

Open source, een juridisch verantwoorde keuze!

Open source software geeft je vrijheid. Deze vrijheid wordt geregeld in de licentie. De licentie faciliteert daarmee onbegrensde samenwerking aan software. Hoewel deze vrijheid sommigen prachtig in de oren klinkt, lijken anderen angst te hebben voor zoveel vrijheid. Zij wijzen uitdrukkelijk op de juridische risico's. Uiteraard is het goed om oog te hebben voor de juridische kant. Echter, in het geval van open source software wordt vaak zodanig gefocust op de juridische risico's, dat men het bredere perspectief uit het oog verliest. Dit bredere perspectief bestaat uit mogelijke beheersmaatregelen en een vergelijking met de risico's van traditionele, gesloten software.

In dit artikel worden de juridische risico's van open source software door programma OSOSS in een breder perspectief geplaatst. Uit de antwoorden op 14 veel voorkomende juridische vragen kan worden afgeleid dat het juridische risico van open source software meevalt. Hoewel niet te ontkennen valt dat bepaalde juridische risico's bestaan, zijn deze voldoende beheersbaar. Het risico is bij open source software daardoor minstens even acceptabel als bij traditionele, gesloten software.

1. Wat is open source software?

Open source software is gewoon software. Het enige verschil ten opzichte van traditionele software is het licentiemodel. De open source licentie geeft de licentienemer veel vrijheden. Zo heeft de licentienemer onbeperkt toegang tot de broncode ofwel "het recept" van de software, en mag deze de software aanpassen, kopiëren en verder verspreiden. Het Open Source Initiative (hierna: OSI) heeft een aantal voorwaarden opgesteld waaraan een licentie moet voldoen om te kunnen spreken van open source software.¹ De GNU General Public License (hierna: GPL) is de meest voorkomende open source licentie.² Onder andere Linux en MySQL worden onder de GPL verspreid.

Softwareleveranciers maken steeds vaker goede sier met de term "open source software". Vaak terecht, maar soms ook onterecht. Het is daarom van belang dat u controleert of de software daadwerkelijk onder een open source licentie wordt geleverd. Controleer bijvoorbeeld of de licentie is goedgekeurd door OSI.³ Hoewel het geen vorm is van formele certificering, garandeert de goedkeuring door OSI wel dat een licentie door de community ofwel de programmeursgemeenschap als voldoende "open" wordt beschouwd. Open source betekent in ieder geval dat de broncode van de software vrij beschikbaar moet zijn, en dat geen licentiekosten in rekening kunnen worden gebracht.

2. Wat is copyleft en wat is non-copyleft?

Copyleft licenties, zoals de GPL, bepalen dat de licentienemer verplicht is de broncode van de originele software en van aanpassingen mee te leveren als hij deze verder verspreidt. Indien verbeteringen aan de software worden verspreid, dan moeten deze dus ook weer "open" zijn. De voorwaarde kan worden beschouwd als een tegenprestatie voor de geboden vrijheden. Non-copyleft licenties, zoals de BSD- en Apache-licentie, verlangen deze tegenprestatie niet. Zij geven de licentienemer de vrijheid om zelf te bepalen onder welke voorwaarden hij de software en eventuele aanpassingen verder verspreidt. Daarom kan BSD-software relatief gemakkelijk worden opgenomen in gesloten software, zoals Mac OSX, maar ook worden geïntegreerd in GPL-software, zoals Linux.

3. Kan ik door de "virale werking" van de GPL het auteursrecht op mijn software verliezen?

Bij nogal wat mensen leeft het misverstand dat de GPL "virale werking" heeft. Deze werking zou inhouden dat men verplicht is om eigen code onder de GPL uit te brengen, als GPL-code in de eigen ontwikkelde code belandt. Dit klopt niet.

1 Zie <http://www.opensource.org/docs/definition.php>.

2 Voor meer inhoudelijke informatie over open source licenties zie <http://licentiewijzer.ososs.nl>.

3 Zie <http://opensource.org/licenses/>.

De GPL geeft toestemming voor gebruik van de software onder bepaalde voorwaarden. Deze voorwaarden zijn duidelijk. Verspreiding van de software of van afgeleide software moet onder dezelfde voorwaarden als de GPL. De GPL verplicht u dus niet om afgeleide software te verspreiden. U kunt er ook voor kiezen om de afgeleide software alleen intern te gebruiken en niet te verspreiden. Daarnaast strekt de GPL zich niet uit over gekoppelde, niet-afgeleide software. Zo heeft het feit dat het besturingssysteem Linux wordt verspreid onder de GPL geen effect op de juridische voorwaarden van de in een distributie meegeleverde applicaties die draaien op Linux, zoals een tekstverwerker of een webbrowser.

Als niet aan de voorwaarden van de GPL wordt voldaan, dan is er geen sprake van toestemming. Iemand die software verspreidt zonder toestemming, maakt waarschijnlijk inbreuk op het auteursrecht. Indien er sprake is van inbreuk, dan kunnen de rechthebbenden de rechter op basis van het auteursrecht verzoeken om de verspreiding te stoppen en zij kunnen eventueel aanspraak maken op schadevergoeding. Echter, de auteursrechthebbenden van GPL-software hebben in beginsel geen zeggenschap over de software waarop anderen auteursrecht hebben.⁴

4. Hebben open source licenties eigenlijk wel rechtskracht?

Uiteindelijk bepaalt de rechter of een licentie geldig is. Tot op heden heeft nog geen Nederlandse rechter zicht uitgesproken over een open source licentie. Onlangs heeft een Duitse rechter bepaald dat een aantal kernvoorwaarden van de GPL in Duitsland rechtskracht heeft.⁵

5. Wat moet ik met de broncode van de software?

Een open source licentie bepaalt dat de broncode voor iedereen vrij beschikbaar moet zijn. "Sleutelen onder de motorkap" van de software is daardoor niet voorbehouden aan één partij of een select aantal partijen, zoals wel het geval is bij gesloten software. Eenieder met voldoende expertise kan open source software aanpassen en deze actief ondersteunen. Dat maakt u als gebruiker minder afhankelijk. Op het moment dat u niet tevreden bent over de ondersteuning van uw dienstverlener, dan kunt u altijd overstappen naar een andere partij die de software ondersteunt. Zelfs in het geval van faillissement van uw dienstverlener bent u verzekerd van toegang tot de broncode. Het opnemen van een afzonderlijke (escrow-)bepaling om de broncode zeker te stellen, zoals gebruikelijk is bij gesloten software, is in het geval van open source software daarom in beginsel niet noodzakelijk.

6. Wie is er aansprakelijk voor fouten in open source software?

Software kan fouten bevatten waardoor schade ontstaat. Dat geldt voor zowel gesloten als open source software. In vrijwel alle open source licenties wordt de aansprakelijkheid van de auteurs voor schade vergaand uitgesloten. Zoals blijkt uit *tekstkader 1* is een dergelijke vergaande uitsluiting ook niet ongewoon voor gesloten software.

Hoewel aansprakelijkheid naar Nederlands recht vergaand kan worden uitgesloten, kan aansprakelijkheid voor opzet en grove schuld niet worden uitgesloten. Bovendien zal de rechter altijd de omstandigheden van het geval meewegen bij zijn oordeel of een beroep op de aansprakelijkheidsuitsluiting redelijk en billijk is. In het geval iemand open source software verspreidt waarin doelbewust een virus is verstopt, dan kan deze verspreider dus ondanks de aansprakelijkheidsuitsluiting waarschijnlijk toch worden aangepakt.

BEPERKING VAN AANSPRAKELIJKHEID EN VERHAALSMOGELIJKHEDEN.

Niettegenstaande enige schade die u mogelijk lijdt om welke reden dan ook (met inbegrip van, maar niet beperkt tot alle hiervoor genoemde schade en alle directe of algemene schade), bedraagt de volledige aansprakelijkheid van XYZ en haar leveranciers krachtens enige bepaling van deze Overeenkomst en uw enige verhaalsmogelijkheid voor alle voornoemde schade (behoudens eventuele verhaalsmogelijkheden aangaande restitutie of vervanging die door XYZ verkozen wordt met betrekking tot een eventuele breuk van de Beperkte Garantie) maximaal het daadwerkelijk door u betaalde bedrag voor het (de) product (en) of 5,00 dollar (VS), indien dit hoger is.

Tekstkader 1: Citaat met betrekking tot uitsluiting van aansprakelijkheid uit traditionele, gesloten software licentie.

Bij open source software is de vergaande aansprakelijkheidsuitsluiting begrijpelijk omdat de

4 Zie http://en.wikipedia.org/wiki/GNU_General_Public_License.

5 Zie Netfilter versus Sitecom, Noot bij de uitspraak van Rechtbank te München 19 mei 2004, <http://www.javisite.nl/Artikel/0405-186JU.pdf>.

software *om niet* wordt aangeboden. Bovendien wordt de broncode meegeleverd, zodat gebruikers de juiste werking van de software op ieder niveau kunnen (laten) controleren. Overigens staat de open source licentie u niet in de weg om aanvullend garanties, bijvoorbeeld in de vorm van een SLA, met een dienstverlener overeen te komen.

7. Is de kans op auteursrechtelijke inbreuk bij open source software groter?

Aan open source projecten werken vaak veel verschillende ontwikkelaars mee. Daarom bestaat de mogelijkheid dat de software delen bevat waarop derden rechten hebben zonder dat zij toestemming hebben gegeven. Dit kan negatieve consequenties hebben voor het vrije gebruik van de software. Het is bij open source software net als bij gesloten software van belang om een uitgebreide productselectie uit te voeren. Hierbij wordt ondermeer de herkomst van de software onderzocht. Welke waarborgen zijn in het open source project ingebouwd om auteursrechtelijke inbreuken te voorkomen?⁶ Wie biedt de software aan en welke gerenommeerde partijen zijn gelieerd aan het softwareproject?

Het risico van inbreuk op auteursrechten van derden is bij open source software van een gelijk niveau als bij gesloten software. Ten eerste hangt het af van de waarborgen die de producerende organisatie heeft ingebouwd ter voorkoming van inbreuk. Het maakt daarbij niet uit of het gaat om een open source project of om een softwarebedrijf.

Ten tweede spelen verschillende tegengestelde krachten die samenhangen met de vrije beschikbaarheid van broncode een rol. Aan de ene kant bemoeilijkt de geslotenheid van broncode het voor een derde om aan te tonen dat traditionele software inbreuk maakt op zijn rechten. Bij open source software is dit door de vrije beschikbaarheid van de broncode gemakkelijker. Je zou daardoor geneigd zijn om het inbreukrisico van open source software hoger in te schatten. Aan de andere kant zal een open source programmeur minder snel geneigd zijn om bewust inbreuk te maken. Hij weet namelijk dat de "hele wereld" kan meekijken, omdat de broncode vrij toegankelijk is. Dit reduceert het risico van open source software en trekt de risico's van beide alweer aardig gelijk.

De vrije beschikbaarheid van broncode heeft ook nog een ander effect. Een programmeur van gesloten software heeft namelijk meestal toegang tot meer softwaremateriaal dat hij niet mag integreren, zoals GPL-software, dan een programmeur van open source software. Uit recente conflicten blijkt dat producenten van gesloten software nogal eens inbreuk maken op auteursrechten van open source programmeurs. Twee van de onlangs in opspraak geraakte producenten zijn afkomstig uit Nederland.⁷ Een open source programmeur heeft in de regel geen toegang tot broncode van gesloten software, en andere open source software mag hij meestal integreren. Dit verlaagt voor open source software het risico van inbreuk op rechten van derden.

8. Hoe zit het met de rechtszaak tussen SCO en IBM over Linux?

In maart 2003 spande SCO in de Verenigde Staten een rechtszaak over Linux aan tegen IBM. Volgens SCO zou IBM vertrouwelijke informatie van het besturingssysteem UNIX, waarop SCO beweert rechten te hebben, in Linux hebben verwerkt.⁸ Ondertussen heeft IBM een tegenactie ingesteld, en zijn Novell en RedHat rechtszaken tegen SCO begonnen. Naast de rechtszaak tegen IBM roept SCO eindgebruikers van Linux op om een licentie van SCO aan te schaffen. Veel bedrijven, waaronder Unilever, hebben aangegeven vooralsnog geen licentie af te nemen, omdat zij de claims van SCO omstreden achten.

Op SCO rust een zware bewijslast. Het bedrijf heeft echter tot op heden niet duidelijk gemaakt om welke code het precies gaat. In twee Duitse rechtszaken werd bepaald dat SCO, gezien de afwezigheid van bewijzen, niet zomaar mag stellen dat gebruikers van Linux aansprakelijk zijn

6 De Apache Foundation maakt bijvoorbeeld afspraken met programmeurs over de intellectuele eigendomsrechten. (Zie Contributor License Agreements, <http://www.apache.org/licenses/#clas>). En ook Free Software Foundation (FSF) vraagt programmeurs hun intellectuele eigendomsrechten over te dragen aan de FSF (<http://www.fsf.org/licenses/why-assign.html>).

7 Zie <http://www.gpl-violations.org>.

8 De rechtszaak is overigens beperkt tot de Linux kernel en gaat niet over andere applicaties die in een Linux-distributie worden meegeleverd.

voor inbreuk op de intellectuele eigendomsrechten van SCO.

Op dit moment is, met uitzondering van Unilever, niet bekend dat Nederlandse organisaties direct zijn aangesproken door SCO. Daarom is er voor overheidsorganisaties, mede gezien het ontbreken van overtuigend publiek bewijs, momenteel geen aanleiding om het gebruik van Linux te staken.⁹

9. Kan ik gezien de software-octrooirichtlijn niet beter stoppen met open source software?

Nee, ten eerste zijn software-octrooiën niet nieuw en ten tweede is de voorgestelde nieuwe richtlijn nog onderwerp van politieke discussie. Aangezien software-octrooiën uitvindingen in software beschermen, is het mogelijk dat het vrije gebruik van open source software in gevaar komt, indien de open source software inbreuk maakt op een software-octrooi. Echter, hetzelfde geldt voor het gebruik van gesloten software. Tot op heden is nog geen enkel open source project aangeklaagd voor octrooi-inbreuk, terwijl er al verschillende rechtszaken zijn geweest tegen producenten van gesloten software, onder wie Microsoft.¹⁰

10. Wie kan mij vrijwaren voor aansprakelijkheid op grond van inbreuk op auteursrecht en octrooirecht?

Open source licenties sluiten aansprakelijkheid vergaand uit en geven dus geen vrijwaring tegen inbreuk op intellectuele eigendomsrechten van derden. Open source licenties staan wel toe dat hierover aanvullende afspraken met derden worden gemaakt. Indien u het inbreukrisico te groot acht, dan kunt u met uw dienstverlener een vrijwaringsbepaling overeen komen. Voor een bepaalde vergoeding wordt uw organisatie door de dienstverlener gevrijwaard tegen aanspraken van derden terzake van inbreuk op intellectuele eigendomsrechten.

In de praktijk gebeurt dit inmiddels. Zo geven bedrijven als Hewlett-Packard, Novell en RedHat bijvoorbeeld een vrijwaring voor Linux.¹¹ Aan deze vrijwaringen zijn uiteraard wel vaak bepaalde voorwaarden en restricties verbonden. Naast vrijwaringen heeft een aantal bedrijven, waaronder Novell en IBM, aangegeven hun eigen octrooiportefeuille niet in te zullen zetten tegen open source software, maar alleen ter bescherming van open source software.¹²

If, as a result of an infringement claim, a court of competent jurisdiction enjoins your use of covered software, we will do one of the following, at our option:

- procure the right to continue its use,
- replace it with a functional equivalent,
- modify it to make it non-infringing (including disabling the challenged functionality), or
- refund the amount paid for the infringing software and terminate the license for it.

Tekstkader 2: Citaat uit vrijwaringspolicy van een grote producent van gesloten software.

Overigens stellen producenten van gesloten software hier niet veel tegenover. Uit de vrijwaringspolicy van een grote softwareproducent blijkt bijvoorbeeld dat deze er voor kan kiezen om het aankoopbedrag te restitueren, in het geval u de software vanwege inbreuk niet langer kan gebruiken (zie *tekstkader 2*). De kans is echter groot dat uw schade door het niet mogen gebruiken van de software vele malen hoger is dan het aankoopbedrag van de software.

11. Hoe neem ik open source software in een aanbesteding op?

Het is voor overheidsorganisaties mogelijk om een open source oplossing als eis op te nemen in de aanbestedingsstukken als u kunt aantonen dat alle specifieke kenmerken van open source voor uw organisatie van belang zijn.¹³ Als de gewenste oplossing aan een deel van de specifieke kenmerken voldoet dan is het hooguit mogelijk om open source als wens/voorkeur op te nemen. U kunt de kenmerken die voor u van belang zijn, opnemen in het programma van eisen. Naarmate meer kenmerken van open source software voor u van belang zijn, kunt u beter onderbouwen dat uw voorkeur uitgaat naar open source software.¹⁴

9 Voor meer actuele informatie zie <http://www.groklaw.net>.

10 Zie <http://www.ososs.nl/article.jsp?article=14573>.

11 Zie bijvoorbeeld <http://www.hp.com/linux>.

12 Zie bijvoorbeeld <http://www.novell.com/nl-nl/company/policies/patent/>.

13 Het gaat om de kenmerken in de definitie van open source software, zie <http://www.opensource.org/docs/definition.php>.

14 Voor meer informatie zie: *Handleiding Open Standaarden en Open Source Software in aanbestedingen* (<http://www.ososs.nl/article.jsp?article=12330>).

In het geval dat een overheidsorganisatie aan een softwareontwikkelaar een opdracht verstrekt om maatwerksoftware te ontwikkelen, dan dient het uitgangspunt te zijn dat de intellectuele eigendomsrechten worden overgedragen aan de overheidsorganisatie. Dit verkleint de afhankelijkheid en bovendien kan de overheidsorganisatie de software eventueel in de toekomst uitbrengen onder een open source licentie.

12. Wat doe ik als ik fouten tegenkom in open source software?

Fouten (bugs) in open source software kunnen worden gemeld op de mailing-list of het forum van het desbetreffende software project. Dit is geen verplichting. Echter, overheidsorganisaties past het gezien hun publieke taak eigenlijk niet om ontdekte fouten en gevonden oplossingen daarvoor (bug fixes) niet terug te geven. Burgers zouden daardoor bijvoorbeeld onnodig blootgesteld kunnen worden aan veiligheidsrisico's. Het aansprakelijkheidsrisico voor de organisatie die bug fixes teruggeeft, is nihil. Ten eerste gaat het in de regel om een klein overzichtelijk stukje software-code. Ten tweede zijn het uiteindelijk de leiders en andere programmeurs van het open source project die de bug fix keuren en bepalen of deze in de officiële versie van de software wordt opgenomen.

13. Waar moet ik op letten als ik zelf open source software wil verspreiden?

Van belang is dat u beschikt over alle intellectuele eigendomsrechten, waaronder auteurs- en merkenrecht, op de software. Dit is hoogstwaarschijnlijk het geval als de software door uw eigen medewerkers is ontwikkeld, of als uw opdrachtnemer deze rechten heeft overgedragen aan uw organisatie.

Daarnaast dient u de gebruikers goed te informeren over de functionaliteit van de software, inclusief fouten en tekortkomingen. Een openbaar forum of een mailing-list kan hierbij een belangrijke rol spelen. Ook is het belangrijk dat het voor de gebruikers duidelijk is onder welke licentievoorwaarden u de software levert en wat deze voorwaarden inhouden. U kunt de gebruiker bijvoorbeeld verzoeken de licentie te accepteren, voordat hij de software kan downloaden. En u kunt hem er nadrukkelijk op wijzen dat u de software "als zodanig" aanbiedt, dat wil zeggen zonder enige garanties en onder een verregaande uitsluiting van de aansprakelijkheid. Op deze manier brengt u de aansprakelijkheidsrisico's voor uw eigen organisatie terug tot een acceptabel niveau.

Er zijn verschillende overheidsorganisaties die zelf open source software verspreiden. Voorbeelden zijn het Nederlands Forensisch Instituut dat TULP2G onder een open source licentie verspreidt, en het Europees Milieuagentschap dat meerdere softwareproducten als open source aanbiedt.¹⁵

14. Is programma OSOSS de enige die vindt dat open source software een juridisch verantwoorde keuze is?

Uit verschillende publicaties van programma OSOSS blijkt dat de juridische risico's van open source software in het algemeen van een beheersbaar en acceptabel niveau zijn.¹⁶ Het is daarbij van belang dat een overheidsorganisatie zorgvuldig handelt en passende beheersmaatregelen neemt. Deze bevinding is in lijn met die van andere organisaties. In een onderzoek van de Duitse stad München werd het juridisch risico van open source software onlangs als gering gekwalificeerd.¹⁷ En de Oostenrijkse stad Wenen bestempelt het juridische risico in een recentelijk gepubliceerde haalbaarheidsstudie als beperkt.¹⁸ Bovendien tonen veel organisaties die open source software gebruiken en/of verspreiden, dagelijks dat zij het juridische risico beheersbaar en acceptabel achten!¹⁹

15 Zie <http://www.ososs.nl/article.jsp?article=14641> en

16 Voor meer informatie zie *Software-octrooien, stoppen of doorgaan met open source software?* (<http://www.ososs.nl/attachment.db?14216>), en *Handreiking beheersing juridische risico's bij open source software* (<http://www.ososs.nl/attachment.db?10113>).

17 Zie <http://www.ris-muenchen.de/RII/RII/DOK/SITZUNGSVORLAGE/517379.pdf>.

18 Zie <http://www.wien.gv.at/ma14/oss.htm>.

19 Zie de voorbeeldprojecten van programma OSOSS op <http://www.ososs.nl/matrix/matrix.jsp?id=11763>.