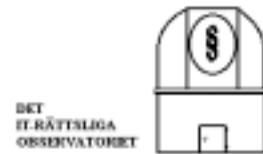


Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

**Open source – Ur ett praktiskt juridiskt
perspektiv**



Open source -

Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv

Mattias Andersson

Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

En rapport från

det IT-rättsliga observatoriet

Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

Förord

Informations- och kommunikationstekniken innebär att traditionell reglering av immateriella rättigheter ställs inför nya prövningar och utmaningar. Nästan dagligen uppmärksammas problem med piratkopiering och spridning av programvara, musik och annat digitalt material.

Även rättspolitiska frågor, som har att göra med utformningen av regleringen och dess lämplighet i den nya miljön, är aktuella. Ett exempel är diskussionen kring patent för datorprogram och för affärsmodeller och processer. Ett drag som möjligen kan skönjas i utvecklingen är att gränsen mellan formskydd och innehållsskydd i upphovsrätten håller på att suddas ut eller flyttas.

Det IT-rättsliga observatoriet genomförde under år 2001 tre seminarier för att analysera hur regleringen av immateriella rättigheter står sig i konfrontationen med en ny digital miljö. Kan den befintliga regleringen tillämpas utan behov av ytterligare anpassning, eller behövs en revision? Gör sig andra intressen gällande, intressen som kan föranleda att de principer som ligger till grund för regleringen bör omvärderas?

Seminarie serien kom att omfatta följande områden

Företagshemligheter i en digital miljö – Fredrik Jonasson

Upphovsrätt - nya distributionsformer – Niklas Lundblad

Open source - Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv – Mattias Andersson

Något om patenterbarhet av datorprogram i svensk rätt – Mikael Pawlo och Patrik Wallström

Tekniska skyddsåtgärder och upphovsrätt – Daniel Westman

Varje område har haft en egen presentatör (se ovan) vars uppgift varit att skriva ett diskussions-underlag inför sitt seminarium. Ev. slutsatser och konklusioner i dessa underlag är

**Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier**

författarnas egna.

I denna rapport återfinns Mattias Anderssons underlag för diskussionen om open source. De vid den efterföljande diskussionen framkomna synpunkterna utgör grunden för det inledande summerande avsnittet.

Stockholm, november 2002

Peter Seipel

ordförande

Summering

Vi ser idag en pågående diskussion om användning av program med öppen källkod inom förvaltningen.

Nyligen har Trafikutskottet (2001/2002 TU8 s 29 f) behandlat och avstyrkt ett motionsförslag om åtgärder för att främja bl.a. användning av fri programvara med hänvisning till att det inte bör ankomma på riksdagen att behandla frågor kring utveckling och användning av olika typer av programvaror utan det får förutsättas att de myndigheter som har ansvar för IT-användningen följer utvecklingen på området och tar de initiativ som kan anses påkallade. Utskottet hänvisar till att Statskontoret har till uppgift att utveckla den tekniska infrastrukturen för data- och telekom-munikation genom att i samverkan med dels statliga myndigheter, dels kommuner och landsting, öka utvecklingen och användningen av gemensamma standarder och tillämpningar.

EU har enligt utskottet påbörjat en studie på om-rådet. Inom ramen för IDA (Interchange of Data between Administrations) har två dokument tagits fram: "Study into the use of open source software in the public sector" och "Open source software in EU public administrations - February 2001."

Slutligen har Statskontorets nyligen igångsatt ett projekt som avser en förstudie, vilken ska behandla frågor om öppna system och användning av olika typer av öppna datorprogram. Förstudien ska ge underlag för fortsatt diskussion, informationsinsatser och ev. ställningstaganden om hur förvaltningen bör förhålla sig till denna typ av programvaror.

Bakgrunden till förstudien är de aktiviteter inom området som pågår i offentlig förvaltning i omvärlden liksom initiativ inom EU (se ovan) liksom effekter som förvaltningen drabbats av på senare tid genom att ett fåtal stora programtillverkare helt dominerar marknaden för kontorsstöds- och operativ-systemprodukter.

Syftet med förstudien är att ge en överblick över området

Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

öppen programvara samt att ge underlag för fortsatt arbete. Förstudien kommer att inriktas på följande delar:

Beskrivning av området. Andra liknande upp-låtelseformer. Licensvillkor och affärsmodeller. Produktutbud och aktörer.

Erfarenheter och pågående projekt, främst i förvaltningen.

Erfarenheter och pågående arbete i omvärlden.

Öppen programvara som konkurrensdrivande faktor.

Grundläggande krav på support, underhåll m.m. för att öppen programvara ska vara ett realistiskt alternativ för förvaltningen.

Bedömning av om krav på öppen källkod kan ställas i Statskontorets ramavtalsupphandlingar.

Förstudien kommer att resultera i en rapport som beräknas ligga klar 1 december 2002.

(Se vidare www.statskontoret.se/openkallkod)

Nordiska Ministerrådet har givit en halv miljon kronor till ett projektet om en gemensam nordisk webbplats om open source till konsumenter som skall öppna i juni 2003.

Det danska Teknologirådet har tagit fram en rapport om open source Software i den digitala förvaltningen.

(Se vidare www.tekno.dk/subpage.php3?article=859&language=dk&category=6&toppic=kategori6)

Det finns även ett flertal andra exempel på på-gående arbeten inom andra länder.

Vid observatoriets seminarium framkom bl.a. följande synpunkter:

– Framgången för konceptet free software/open source hänger mindre samman med juridiken än med andra faktorer, såsom kulturen och den historiska utveckling. Det är snarare den sociala strukturen som möjliggör fenomenet än licensavtalen och juridiken.

Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

- Acceptansen för de olika licenstyperna avgör om de blir framgångsrika eller inte.
- Kommersiella strategier kan utformas olika. Open source produkten kan vara draghjälp åt andra, skyddade programprodukter, tillbehör, maskinvaror och tjänster. Strategierna kan också skilja sig över tid, t.ex. i en form där lansering sker upphovsrättsskyddat, medan open source varianten följer senare.
- Licenserna kan indelas i *standard* (GPL, MPL /Mozilla/ och QT), *fria* (BSD, MIT, ZPL och Apache -- inga skyldigheter utan bara rättigheter), *restriktiva* (NPL /Netscape/ och SUN -- extra klausuler som gynnar den ursprungliga rättsinnehavaren). Nya licenser tillkommer hela tiden, men dessa är huvudkategorierna.
- Juridiskt finns det få egentliga problem med licenserna. Om detta beror på den miljö där licenserna tillämpas kan diskuteras. Problemen har närmast att göra med bl.a. kompatibilitet (mellan olika licenstyper) och administration (licensgivning /flera licenser, under-licensiering).
- Det skadar att försöka utveckla någonting "alltför juridiskt". Det skadar också att kommersiellt försöka gynna ursprungsinnehavaren av rättigheterna.
- Open source systemet passar bättre ju mer omfattande användning programmet har eller kan tänkas få, som t.ex. just operativsystem. Här kan man också skilja på sådant som har "sale value" och "use value" för användarna. Det är den förra kategorin som passar open source bäst.
- Hur skall man se på fenomenet med hög investeringskostnad och låga kopierings- och distributionskostnader? Ju fler som använder programmet desto rimligare blir den ekonomiska kalkylen. Däremot är situationen negativ om det endast blir få användare. Open source skulle vara ett smörjmedel för att få till stånd en bred användning. För de typiska Open source-produkterna finns inte ett marknadstryck liknande det som Microsoft utsätts för. Open source-produkter är alltså produkter

Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

för kvalificerade datorexperters som utvecklar dem för sina egna behov. Samhällsekonomiskt är Open source-systemet mer gynnsamt än Microsoft-systemet.

– Kommer Open source att innebära att de kommersiella programtillverkarna kommer att börja ta ett större ansvar för kvalitet, felrättning etc.?

- Om Open source får större spridning och börjar tränga in i mer kommersiella sammanhang kommer sannolikt de juridiska frågorna att både mer träda i förgrunden och bli svårare att hantera (jfr t.ex. ansvarsfrågor och användningar av kod med varierande rättighetsanspråk och Open source-kod som integreras i olika former av affärskritiska verksamheter). Man kommer också in på frågor om vilken typ av licens som fungerar bäst i en mer eller mindre kommersiell miljö.

Observatoriet har inte att ta ställning till frågan om och hur open source skall användas inom förvaltningen. Det pågående utredningsarbetet hos Statskontoret får visa vägen.

Men om open source skall användas är det av vikt att närmare överväga de juridiska frågeställningarna som redovisas bl.a. i denna rapport och annat material som hänvisats till ovan.

Uppsatsen - som legat till grund för seminariet – har som syfte att undersöka open source ur ett legalt perspektiv och främst de olika licenser som kan användas. Uppsatsen belyser dessa licenser – företrädesvis grundade på amerikansk rätt – ur ett svenskt rättsligt perspektiv. Uppsatsen belyser främst de avtalsrättsliga och upphovsrättsliga aspekterna.

Slutsatsen i uppsatsen är att det juridiskt finns få egentliga problem med licenserna. Författaren pekar på likheten med problem som uppstår vid användandet av standardavtal och hur villkoren i sådana avtal blir kända för licenstagaren. När det gäller innehållet i avtalet pekar han på vikten att se på regleringen av lagval och av fri-

**Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier**

skrivningsklausuler. Författaren har även gjort en praktisk analys av licenserna.

En idé som väckts hos IT-kommissionen är att initiera ett mer praktiskt inriktat arbete kring möjligheterna med open source inom svensk förvaltning. I ett sådant utvecklingsarbete skulle även näringslivet kunna involveras. Statskontorets förstudie ska ge underlag för fortsatt diskussion, informationsinsatser och ev. ställningstaganden till hur förvaltningen bör förhålla sig till denna typ av programvaror. Även om Statskontoret kan ha intresse av att bevaka området i syfte att upprätthålla god konkurrens mellan olika leverantörer vid anskaffning av programvaror menar Observatoriet att också ett samverkansprogram kan prövas.

Naturligtvis finns det även andra rättsområden utanför de civilrättsliga som kan behöva belysas inför ett ställningstagande till frågan om open source. Offentlighetsprincipen kan utgöra ett sådant område.

Ett annat är konsekvenserna som open source får för upphovsrättens del. Kommer den att försvagas eller förstärkas? Koden skall ju kunna leva vidare och utvecklas. Kan detta ske lika effektivt inom ramen för enbart upphovsrätten? – Jfr det allmänna påståendet att upphovsrätten behövs för att stimulera det andliga skapandet liksom frågor rörande patenterbarhet av datorelaterade uppfinningar.

**Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier**

Open source
Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv

Mattias Andersson

Uppsats i tillämpade studier ht 2000

Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid
Göteborgs Universitet

Handledare: Professor Christina Ramberg

*Diskussionsunderlag till det IT-rättsliga
observatoriets seminarium*

Ensamrätter i ny miljö

Innehållsförteckning

INTRODUKTION	14
<i>Inledning</i>	14
<i>Syfte och frågeställningar</i>	15
<i>Avgränsningar</i>	16
<i>Metod</i>	16
OPEN SOURCE	20
<i>Allmänt</i>	20
<i>Historiken bakom open source</i>	22
<i>Filosofin/Ideologin bakom Open Source</i> .	27
Free Software	27
Open Source.....	28
<i>De kommersiella aspekterna på Open Source</i> 29	
Stärkt marknadsandel	32
Mjukvara bifogad hårdvara	32
Open source och tjänsteförsäljning	33
Tillbehörsförsäljning	33
Upphovsrätt idag – Open source framöver. 33	
<i>Programmerarnas roll inom open source</i> 34	
LICENSERNA	37
<i>Upphovsrätt till datorprogram</i>	37
Vad är det egentligen som skyddas?	38
Vem är det som skyddas?	38
Vad innebär skyddet?	39
Undantag avseende datorprogram.	41

**Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier**

Överlåtelse/upplåtelse av upphovsrätter.....	41
<i>De olika licenserna.....</i>	<i>43</i>
Public Domain	43
GNU Public License (GPL).....	44
THE BSD (Berkeley System Distribution) / MIT/ ZPL /X11 /APACHE LICENSES	48
Artistic	51
Mozilla (Mpl)/ Netscape (Npl) Public License	53
SUN	56
Qt Public License (Qpl).....	58
ANALYS AV LICENSERNA.....	61
<i>Licenserna – allmänna juridiska synpunkter</i>	<i>61</i>
<i>Bundenhet</i>	<i>62</i>
Shrinkwrap, clickwrap och webwrap	63
<i>Avtalets innehåll</i>	<i>69</i>
Inledning	69
Internationella aspekter.....	70
Får licenstagaren upphovsrätt till modifikationerna?	72
Oskälighet	76
Kompabilitet	78
Avtalsbrott/Intrång.....	78
Ursprungsrätten.....	81
<i>Praktisk analys</i>	<i>81</i>
PRAKTISKA RÅD	89
- <i>Bundenhet</i>	<i>89</i>
- <i>Innehåll</i>	<i>90</i>
- <i>Praktiskt.....</i>	<i>93</i>
KÄLLFÖRTECKNING.....	96
<i>Offentligt Tryck.....</i>	<i>96</i>
<i>Artiklar & Böcker</i>	<i>96</i>
<i>Hemsidor.....</i>	<i>100</i>
BILAGA 1 – DEFINITIONER	102
BILAGA 2 – EXEMPEL PÅ LICENS (GPL)	104

Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

Introduktion

Inledning

Open source är ett tämligen nytt begrepp som på kort tid blivit ett modeord i datorprograms-utvecklingskretsar. Trots att begreppet fortfarande är okänt för de flesta är program som utvecklats utifrån open source något som många av oss stöter på i vårt dagliga datoranvändande, många gånger utan att vi tänker på det. Troligtvis är programvaran i den server du använder open source, då programvaran Apache numera har en marknadsandel på 61 %. Kanske använder du redan Linux som operativsystem eller Netscape som webbläsare? Alldeles säkert har du utan att veta om det använt BIND, vilket är det program som ligger bakom att vi kan skriva www.law.gu.se för att komma till Juridiska institutionen på Handelshögskolan i Göteborg, istället för att använda och minnas motsvarande IP-adress (130.241.135.85). Högst sannolikt har du även använt programmet Sendmail vilket befordrar ca 80 % av all e-post som går via Internet.

Open source är ett nytt sätt att utveckla programvara som bygger på att datorprogrammets källkod skall vara fri för alla för att driva utvecklingen framåt. Open source är lika mycket en protest mot det rådande upphovsrättsliga systemet som ett helt nytt tankesätt. Open source bygger på den rådande upphovsrättsstrukturen inklusive dess licenssystem. Licenserna är en integrerad del av open source. För att förstå dem är det viktigt att känna till open source i sin

historiska, ideologiska, ekonomiska och praktiska kontext.

Uppsatsen undersöker juridiska aspekter på open source. Den relaterar även till såväl de praktiska som teoretiska perspektiven på open source.

Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka det fenomen som vanligtvis går under namnet open source ur främst ett legalt perspektiv. Först och främst inriktas undersökningen på de grundläggande aspekterna på open source; dess filosofi, historik samt de ekonomiska teorier som ligger bakom den senaste tidens kommersialisering av open source.

En sådan grundläggande undersökning är nödvändig för förståelsen av open source som en något besynnerlig företeelse som ej endast kan beskrivas utifrån juridisk synvinkel.

Fortsättningsvis skall jag inrikta uppsatsen på de licenser som ligger till grund för de program som utgives enligt open source. Dessa licenser grundas i allt väsentligt på amerikansk rätt och jag skall därför undersöka hur dessa gestaltar sig i enlighet med svensk rätt.

Innan jag gör detta skall jag dock göra en genomgång av de vanligast förekommande licenserna. I denna del vill jag besvara följande frågor: Hur är de utformade? Vad innehåller de? Vilka problem finns det i dess utformning? Ur vilken praktisk kontext har de uppstått?

Först och främst skall jag undersöka hur bundenhet

uppstår mellan parterna vid ingäendet av licensavtalen. Hur bedöms de situationer som open source licensavtalen tillkommer i?

För det andra skall jag kommentera innehållet i licenserna samt bedöma dess verkningar enligt svensk avtalsrätt, upphovsrätt samt övrig relevant svensk lagstiftning.

För det tredje skall jag undersöka licenserna ur ett praktiskt perspektiv. Hur, och i vilka sammanhang, har de använts? Hur kan detta anses ha påverkat innehållet i licenserna? Men även se licenserna i ett större sammanhang och se vilka praktiska slutsatser detta leder fram till.

Undersökningen är tänkt att leda fram till en kortfattad praktisk juridisk guide för hur ett svenskt open source projekt bör utformas.

Avgränsningar

Uppsatsen analyserar i första hand de avtalsrättsliga och upphovsrättsliga aspekterna på open source. Jag kommer därför att bortse från patenträtt samt även den diskussion som pågår avseende patent rörande datorprogram. Jag kommer även att bortse från svensk lagstiftning avseende halvledarprodukter. Jag kommer ej heller att behandla konkurrens-rättsliga aspekter på open source-avtal.

Metod

Metoden i uppsatsens första mer deskriptiva del kommer till största del bestå av dels studier av lagtext,

förarbeten och doktrin i de delar som berör lagstiftningen. I övriga delar kommer jag att använda mig av den litteratur som finns i ämnet. Denna är dock begränsad till sin omfattning och mycket av det material som används i denna del är hämtat från olika hemsidor på Internet. Denna information består av olika artiklar och inlägg i den pågående debatten. Information härrör således från personer som direkt är inblandade i open source eller på annat sätt ej innehar en fullständig objektiv bild av denna rörelse. Detta gör att informationen måste behandlas kritiskt.

Den andra delen består av en analys av de licenser som utgör kärnan i open source. Jag kommer att analysera och granska innehållet i de olika licenserna. Jag kommer att peka på de viktigaste aspekterna i licenserna för att underlätta en senare jämförelse. Jag kommer även att undersöka licensernas praktiska kontext. Denna undersökning utgår ofta från de olika företagens marknadsföring och den information som lämnats i årsredovisningar och dylikt. Denna subjektivitet i informationen har tagits hänsyn till och uppgifter som lämnas har kontrollerats mot mer objektiva källor i den mån detta varit möjligt.

Den tredje delen innehåller olika metodologiska moment. Först kommer jag att kommentera licenserna ur ett juridiskt perspektiv utifrån svensk rätt. Denna analys kommer att avse licensernas korrelans med svensk upphovsrätt och avtalsrätt. Den juridiska analysen kommer att utgå från svensk rättskällevärd. I den mån det är möjligt kommer lagtext, förarbeten samt domstolsavgöranden att beaktas. Mycket av denna undersökning kommer ske med utgångspunkt i vår samtida doktrin och även med analogier till utländsk

rätt.

Sedan följer en jämförande analys avseende den praktiska aspekten och hur denna påverkats av vilken licens som valts. I denna del vägs tidigare avsnitt samman i en slutlig analys. Denna analys kommer att försöka se de olika sammanhangen inom open source. Här väver jag samman de tidigare avsnitten rörande de filosofiska, juridiska och praktiska momenten inom open source.

När dessa delar färdigställts så avslutas uppsatsen med en analys där jag avser att ge råd till företag som avser att starta ett open source projekt. Denna analys kommer att ta sin utgångspunkt i uppsatsens tidigare delar.

Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

Open source

Allmänt

Open source (öppen källkod) är ett begrepp som är tämligen nytt för att beskriva det fenomen denna uppsats är tänkt att undersöka. "Open source™" är ett registrerat varumärke i USA. Registreringen skedde 1998 av Bruce Perens, som är upphovsmannen till the open source definition.¹ Detta är endast en del av den rörelse som går under många namn. Som jag senare beskriver i historikavsnittet har fenomenet gått från att kallas hackerkultur till free software och copyleft och slutligen till open source. Det föreligger visserligen skillnader mellan dessa begrepp men de beskriver olika sidor av ett fenomen som bär en gemensam grundläggande struktur. Begrepps-förvirringen är dock stor och open source bör användas med viss försiktighet.

Den grundläggande teorin bakom open source/free software förklaras lättast genom att beskriva ett typiskt open source projekt. En initiativtagare startar ett programmeringsprojekt och under arbetets gång eller möjligtvis sedan personen övergivit projektet läggs källkoden ut på Internet, fritt för vem som helst att ladda ner. Programmet erhålls dock med en licens från den ursprungliga upphovs-rättsinnehavaren vari den grundläggande teorin finns beskriven. Denna licens utgår generellt ifrån att alla har rätt att göra kopior av

¹ Perens, The open source definition, 1999, s 2

programmet samt att fritt distribuera dessa kopior. Alla har även rätt att ta del av programmets källkod samt rätt att göra förändringar av programmet. I många fall binder man sig att distribuera alla kopior och modifikationer enligt samma eller en liknande open source licens.

Personer som finner programmet värt att investera sin tid i förbättrar programmet och måste i sin tur i enlighet med licensen göra sina förbättringar tillgängliga i källkodsform så att utvecklingen kan fortgå. Vanligtvis sitter den ursprunglige skaparen kvar som samordnare av de inkommande förbättringarna.² Den pådrivande faktorn är ofta den renommé som ett gott arbete för med sig inom den kultur som projektets medlemmar befinner sig i.

Dessa licenser innehåller olika varianter på ovannämnda tema, varav vissa ger större frihet, andra mindre och vissa tillåter ytterligare rättigheter och skyldigheter. Dessa licenser är dock inte endast juridik. Att förstå Open Source/free software innebär att förstå ett tankesätt och likafullt att försöka att förstå en kultur eller kanske snarare en ideologi. Detta låter sig inte göras utan en tillbakablick på hur denna rörelse har startat och vad som varit dess drivkraft och vilka som varit dess eldsjälur.

² Se exempelvis hur arbetet fortlöpte med kerneln Linux som sedan blev till operativsystemet GNU/Linux.

Historiken bakom open source

Idéerna bakom open source har utvecklats av programmerare för programmerare. Dess rötter finner vi bland de personer som vanligtvis brukar kallas "hackers".³ I början av 60-talet var de s.k. hackers begåvade unga ingenjörer och fysiker som drogs till universitet och institutioner som MIT Artificial Intelligence Laboratory, Stanford Artificial Intelligence Laboratory (SAIL) och Carnegie-Mellon University. Vid denna tidpunkt var datorer inte av dagens PC-format utan stora och relativt dyra. Detta medförde att det var en begränsad skara människor som besatt nödvändig kunskap för att hantera och programmera dessa datorer.

1969 bidrog två viktiga faktorer till att skapa den företeelse vi senare kommer att kalla open source.⁴ Först och främst ARPAnet. Detta var ett nätverk, som för tiden var snabbt och transkontinentalt, byggt av USA försvarsdepartement. Nätverket länkade samman hundratals universitet och andra institutioner inblandade i datorutvecklingen. Visserligen användes detta nätverk i första hand för att underlätta utvecklingen inom det amerikanska försvaret men, ARPAnet kom även att användas för att sprida all sorts information forskare emellan. ARPAnet blev också känt för dess "mailing lists", som användes för att binda samman forskare och kunskap över hela USA på ett effektivt sätt.

³ Ordet hacker skall i detta sammanhang ej missförstås och ges den kriminella innebörd som media i ett flertal fall har gjort. Istället användes ordet hacker med anledning av det engelska ordet hack = att lösa ett problem.

⁴ Raymond, A brief history of Hackerdom, s 16

För det andra skapades operativsystemet Unix av Ken Thompson och i samband med detta skapade Dennis Ritchie ett nytt programmeringsspråk kallat "C". Dessa hade de likheter att de var båda lättanvända, flexibla och anpassade för att vara kompatibla med alla sorters uppgifter och hårdvara. ARPAnet innebar att de personer som var pådrivande inom datorutvecklingen från första början var i kontakt med varandra. Unix och C medförde i sin tur att det var mycket enklare än förut att utveckla mjukvara.

"Hackersamhället" var öppet avseende informationsförmedling och utveckling. De delade med sig av information och av de framsteg de gjorde. Det skapade en kultur av att tillgång till information skulle vara fri för att gynna utvecklingen. Vid denna tid kallades inte detta för open source och inte heller Free Software utan var det system och den kultur som rådde i dataålderns tidiga era. Som exempel kan nämnas X Window System som kom i början av 80-talet. Detta var ett grafikprogram som kunde användas under Unix.⁵ Utvecklarna till X gav ut källkoden till programmet och distribuerade det över Internet för att gemensamt kunna utveckla en bra programvara. X kom slutligen att nå större framgångar än de grafikprogram som erbjöds av kommersiella bolag.

I början på 80-talet bestod inte längre programvaruutvecklarna enbart av hackers. Många av de som tidigare varit engagerade i hackerkulturen arbetade nu för diverse mjukvarubolag och de mesta programutvecklingen kom därmed att bli

⁵ Moglen, Free Software and the death of copyright, Rom 1999, s 21

kommersiell.⁶ Det var mot denna bakgrund som Richard Stallman startade "the GNU project" 1984. Han grundade även the Free Software Foundation. De grundläggande målen med dessa projekt var att programvara skulle vara fri för alla. Han ansåg att grunden till programmen, källkoden, var sådan vetenskaplig information som fritt skulle delas och distribueras, för att förhindra att ett företag fick monopol på dessa idéer och att utvecklingen därvid avstannade.

För att genomföra dessa idéer med den lagstiftning som rådde på området, utarbetade Stallman GPL (Gnu Public License). Denna innebar att alla gavs tillåtelse att köra, kopiera och modifiera programmet. Licenstagaren fick även rätt att vidare distribuera modifierade versioner. Denna idé gick även under namnet Copyleft.

7

Free Software Foundation kom dock ej att spela någon större roll under resterande del av 80-talet. De projekt de startade kom ej att slutföras och de som slutfördes blev klara för sent. Unix som varit grunden för detta tänkande kom att förlora en stor del av marknaden till Microsoft under slutet av 80-talet och början av 90-talet. Microsoft Windows var överlägset bättre än de operativsystem som var framtagna med Unix som utgångspunkt. I början av 90-talet började Linus Torvalds, som då studerade vid Helsingfors Universitet, utveckla ett kernel, vilket är den centrala delen av ett operativsystem, med hjälp av Free Software

⁶ Stallman, The GNU operating system and the free software foundation, s 1

⁷ Copyleft har ingen betydelse i sig själv utan är endast en ordlek på copyright.

Foundations verktyg.⁸ Linus Torvalds tillämpade dock en annan metod än vad som tidigare hade varit vanligt i programutvecklings-sammanhang. Utgångspunkten var Internet, där han från början lyckades intressera en större allmänhet för sitt system. Linus Torvalds kernel kom under 1992 att sammanlänkas med det operativsystem som drivits under GNU.⁹ Internet blev sedan den sammanhållande länken mellan alla de frivilliga som utvecklade, kom med synpunkter och utvärderade operativsystemet som kallades Linux. Detta utvecklingsarbete skedde dock av en liten skara inom hackerkulturen. För de allra flesta förblev Linux ett okänt begrepp under ännu några år men utvecklades dock allt mer och kom att bli allt mer stabilt och pålitligt. Återigen var det två faktorer som gjorde att tankarna om open source åter var aktuella. För det första såg man allt tydligare att det faktiskt gick att utveckla något så komplicerat som ett operativsystem i en löst sammanhållen organisation samtidigt som programmet ej utgick från sedvanlig upphovsrätt utan fritt gav bort källkod och även gav rätt att modifiera och vidare distribuera. För det andra utvecklades det Internet vi känner idag allt mer. Människor i allt fler länder fick tillgång till datorer samtidigt som datorerna i allt större utsträckning kopplades samman.

Ordet Open Source tillkom med dess nuvarande innebörd under våren 1997.¹⁰ Det som vi numera hänför till open source, skulle av de mer insatta kallas Free Software. Tanken om open source skapades av

⁸ Linux är dock ej som andra senare Unixliknande operativsystem, t.ex. FreeBSD, byggt utifrån Unix källkod utan koden är nyskriven från första början.

⁹ Stallman, The GNU operating system and the free software foundation, s2 samt Torvalds, the Linux edge, s 4

¹⁰ de Bona, Introduction, s 2

framförallt tre ledande personligheter inom Free Software rörelsen: Eric Raymond, Tim O´Reilly och Larry Augustin. Deras mål var att marknadsföra tankarna bakom free software, men på ett sätt som skulle kunna bidra till att open source blev mer vida spritt än tankarna bakom Free Software, som 13 år tidigare framförts av Richard Stallman. Free Software Foundation hade från grunden varit negativt inställd till all kommersialisering av mjukvara. Männerna bakom Open Source ansåg dock att om dessa tankar skulle spridas krävdes ett nytt sätt att se på open source/free software. Bruce Perens skrev ett manifest kallat the Open Source Definition (OSD) angående vilka krav en licens skall uppfylla för att anses vara en open source licens. Jämfört med GNU manifestet så ger OSD större frihet avseende vilka licenser som utgör open source. Bland annat tillåter OSD ett större mått av sammanblandning mellan open source och upphovsrättsligt skyddat material.

Under 1998 ökade antalet Internetanvändare explosionsartat och många av de tidigare nämnda komponenterna, exempelvis BIND och Sendmail (som är open source), kom att få mer uppmärksamhet. Förändringen av free software/copyleft till det mer pragmatiska open source tillsammans med de framgångar som framförallt GNU-Linux systemet började uppvisa innebar att open source blev ett allt mer uppmärksammat fenomen ur ett kommersiellt perspektiv.

Netscape beslutade under 1998 att lägga ut koden till sin webbläsare "Communicator" via open source. Det blev startskottet för en mängd nya företag, som avsåg att på något sätt använda open source för dess egna

syften vilket jag kommer visa på i senare kapitel.

Filosofin/Ideologin bakom Open Source

Trots många gemensamma drag är inte Open Source och Free Software samma sak. Skillnaden är inte endast retorisk utan ligger i många fall på ett mer grundläggande plan.¹¹

Free Software

Stallman som grundade Free Software Foundation och grundade GNU projektet, skrev egentligen bara ner en kultur som från första början hade varit standard inom området. Det grundläggande i detta tankesätt är att idén, dvs. programmet är viktigare än något annat. Vi finner i detta en gåvoekonomi, där det väsentliga inte är att få monetär ersättning för det jag åstadkommit utan snarare att jag bidrar till att förfinna och förbättra idén, programmet. Genom att föra utvecklingen vidare skapar jag kvalité som hela det programmerande samhället har nytta av men jag äger inte min idé utan jag ger bort den till andra som ger sina idéer till mig.

Visserligen har detta tankesätt sitt ursprung i just mjukvara, men tillämpar sig på alla delar av information. Information skall delas på alla. Enligt detta synsätt kan inte den äganderättstruktur, som följde av det industriella samhället avseende fysiska ting tillämpas när vi nu befinner oss i informationssamhället. Den viktigaste grundstommen, informationen, skall fritt kunna kopieras och spridas

¹¹ Watson, *Philosophies of free software and intellectual property*, s 2

utan att detta medför kostnader av sådant slag som återfinnes i industriell produktion.

Open Source

Open source står för en mer pragmatisk och kommersiell syn. Idéerna bakom open source och den utvecklade strukturen används för att förbättra programvara. Ideologin bakom lyfts ej fram utan istället produceras licenser som i större eller mindre utsträckning behåller den ursprungliga upphovsmannens rättigheter gentemot vidareutvecklade produkter och även reglerar hur de ekonomiska frågor som uppkommer med vidareförsäljning skall lösas.¹²

Open source tillåter större sammanblandning av upphovsrättsligt skyddat material och open source material. Dessa lösningar brukar ej accepteras av den ideologiska kategorin av rörelsen som anser att partiell kommersialisering av open source strider mot de grundläggande idéer som karakteriserar free software.

Denna grundläggande skillnad mellan filosofer och praktiker inom rörelsen kommer starkt till uttryck i de olika licenser jag senare kommer att beskriva. Gemensamt för båda grupper är att idén, programmet och dess källkod, skall vara fri. Skiljelinjerna framkommer klarast i de två manifest som författats av båda sidor. Free Softwares manifest kallas "the GNU manifesto" och Open source:s manifest "the Open

¹² Exempelvis SUN och Netscape.

source definition”.¹³ Skillnaden mellan dessa två är dock ej så tydlig. I många fall vävs de samman och diskuteras samtidigt. I flera fall kan även en licens som godkänns av Free software vara en open source licens. Ett tydligt exempel på detta utgör GPL licensen.

Denna uppsats lägger tonvikt på open source och hur man kan använda open source kommersiellt. Trots detta är det viktigt att känna till free softwares inställning Free software utgör kärnan och grunden för rörelsen medan open source fortfarande är ett relativt nytt begrepp vilket är långt ifrån accepterat av alla.

De kommersiella aspekterna på Open Source

Flera omständigheter har medfört att open source idag är mer än en rörelse bland datorprogrammerare. Framförallt framträder Linux som det projekt som i störst utsträckning bidragit till spridningen av open source.

Genom Linux har det påvisats att något så komplicerat som ett operativsystem kan framtagas av en löst sammansatt organisation utan egentlig styrning samt att den produkt som utkommit ur detta arbete i många fall har nått en högre kvalité än liknande produkter som ej framtagits genom open source.¹⁴

¹³ Återfinns på:

http://www.cs.utah.edu/dept/old/texinfo/emacs19/emacs_39.html och <http://www.oreilly.com/catalog/opensources/book/perens.html>.

¹⁴ Det skall understrykas än en gång att Linux ej är något operativsystem utan att Linux endast består av en kernel som visserligen är en viktig beståndsdel men som inte utgör hela operativsystemet. Övriga delar av operativsystemet har framtagits av GNU. En lämplig beteckning bör därför vara GNU/Linux.

Produkten har framtagits utan några egentliga kostnader då det i många fall rör sig om ideellt arbete. Att inte ha upphovsrätt till ett program kan alltså visa sig lönsamt.

I boken *The Cathedral and the bazaar* beskriver Eric S Raymond *open source*-utvecklingen. Han beskriver den ekonomiska teorin bakom *open source* utifrån två begrepp. *Sale value* (försäljningsvärde) och *use value* (bruksvärde). *Sale value* representerar värdet som produkten har såsom en säljbar produkt medan *use value* representerar värdet det har som ett redskap.¹⁵

Vanligtvis brukar man förknippa mjuk-varuutveckling med *sale value*, dvs som en produkt som sedan skall säljas. Raymond menar att ungefär 95 % av all källkod skrivs internt för olika företags behov t.ex. drivrutiner för olika moderna produkter eller kod för maskiner drivna av mikrochip.

Raymond skriver att när vi diskuterar upphovsrätt till datorprogram koncentrerar vi oss på de 5 % som anser sig vara beroende av upphovsrätt för att sälja program. De övriga 95 % skulle snarare gynnas av *open source*. Detta kan förklaras genom följande exempel: Föreställ dig att ditt företag hyr in någon som skriver ett specifikt program för ditt företag. Genom detta erhåller du upphovsrätten till programmet vilket därför kommer att vara skyddat. Vad har du att vinna på detta såvida du inte skall starta en försäljning av programmet utan endast använda det i din verksamhet?

¹⁵ Raymond "The cathedral and the bazaar", s 141

Det vanligaste argumentet är att om jag lägger ut programmet på open source kommer ju mina konkurrenter att få tillgång till något som jag spenderat pengar på att ta fram och därför låter jag det vara skyddat. Men Raymond pekar på att genom att sprida det kan du istället hålla produkten uppdaterad. Andra producenter kommer att utveckla det vidare och du kan på så sätt erhålla en bättre produkt. Vad gäller framtagningskostnaden skulle du ju faktiskt ha denna ändå oavsett om du lade ut det på open source eller ej. Du får således göra en avvägning emellan det värde det innebär för företaget att hela tiden billigt erhålla uppdaterade produkter mot att dina konkurrenter kan erhålla produkten.

Beträffande de övriga 5 % av produkter som kan betecknas som sale value-produkter förefaller open source först inte vara ett lika självklart val. Det är dock inom sale value-produkter som uppfinningsrikiedom har varit störst inom open source. Det går att finna en mängd olika affärsidéer bland de olika företag som har gått in i open source. Dessa olika affärsidéer har olika stark koppling till open source. För att ge en förstäelse redogör jag kort för dessa modeller.¹⁶

¹⁶ Dessa modeller har sitt ursprung i "The cathedral and the bazaar" under kapitlet "the magic cauldron" s 137-194. Det finns självfallet en mängd andra modeller som kan användas inom open source. De jag tar upp i denna uppsats anser jag dock vara de som har störst betydelse. För mer information avseende andra modeller se bl.a. artikeln Setting up shop – the business of open source software, av Frank Hecker, maj 1998. Återfinns på:
<http://www.hecker.org/writings/setting-up-shop.html>

Stärkt marknadsandel¹⁷

I denna modell används en open source mjukvara för att skapa ett intresse eller stärka en marknadsandel avseende ett företags övriga, ofta upphovsrättsligt skyddade, produkter. Detta system påminner om det vi finner inom shareware. Ett sätt har varit att ha två versioner av ett program. En version som bygger på open source och en version som måste köpas under sedvanlig programlicens. Det senare programmet måste köpas om du har planerat att använda det kommersiellt. Ett annat sätt har varit att ge ut ett program på open source för att erhålla ett starkt varumärke och därmed underlätta försäljning för de övriga produkter som samma företag säljer.

Mjukvara bifogad hårdvara

Denna modell har använts av hårdvaru-producenter. Dessa har i ökad utsträckning sett sig tvungna att bifoga viss mjukvara i den hårdvara de säljer. Denna mjukvara medför inte i sig själv någon vinst utan förutsätts numera endast att bifogas i hårdvaran. Däremot så innebär framtagningen av denna mjukvara avsevärda kostnader för företaget. Nödvändigheten av att erhålla upphovsrätt till denna mjukvara är begränsad på sätt som starkt påminner om den diskussion som ovan förs under use value produkter.

¹⁷ Har i amerikansk litteratur kallats "loss leader" eller "market positioner". Se Raymond "The Cathedral and the Bazaar" s 162.

Open source och tjänsteförsäljning

Denna modell utgår från en ekonomisk modell som har gått under flera namn t.ex. "give away the razor, sell razor blades". Det vill säga att man ger bort något som skapar ytterligare behov. Denna idé är idag framträdande inom exempelvis mobiltelefonbranschen där telefonerna säljs till ett lågt pris samtidigt som kunderna tecknar abonnemang för en viss tidsperiod.

Inom open source har detta varit ett framgångsrikt koncept då programmen har givits ut gratis enligt open source och tjänsterna runt produkten sålts. Sådana tjänster har framförallt varit exempelvis support och garantigivning. Dessutom har man sålt själva programmet. Men programmet är fortfarande open source. Det man tar betalt för är helt enkelt det faktum att företaget satt samman en bra produkt utifrån alla de bidrag som olika programmerare inkommit med.

Tillbehörsförsäljning

Denna modell berör detta arbete endast marginellt men bör ändå nämnas eftersom den utgör en stor del av open source rörelsen. De företag som använder denna modell säljer produkter som underlättar för användaren, exempelvis instruktionsböcker och annan nödvändig dokumentation, alternativt tjänster, exempelvis kurser i olika open source program.

Upphovsrätt idag – Open source framöver.

I denna modell säljer man mjukvara idag enligt en speciell licens vilken innebär att källkoden ej kommer

att vara öppen inledningsvis. Du har däremot rätt att distribuera programmet och använda det för icke-kommersiella syften. Men efter en viss tidsperiod kommer licensen att övergå till att bli en GPL. Denna modell innebär att du får in pengar i ett inledande skede men att du samtidigt ej erhåller förbättringar till programmet under den tid då projekten vanligtvis dras med problem som möjligtvis lösts bättre om programmet legat under open source.

Vid den senare genomgången av licenser kommer jag att ge exempel på de vanligaste ekonomiska modellerna och förklara bakgrunden till de olika företagens initiativ.

Programmerarnas roll inom open source

Innan jag går vidare till licenserna så finns det en grundläggande aspekt på open source som bör kommenteras, nämligen programmerarens roll i dessa projekt. Programmeraren är den absoluta grundstenen inom open source. Utan programmerarna utvecklas ej programmen och de önskvärda effekterna uteblir. Vad är det då som motiverar programmerarna att delta i ett open source projekt utan möjlighet till monetär kompensation? Självfallet finns det ett flertal anställda programmerare som arbetar inom open source projekt och därmed erhåller lön för de insatser de bidrar med. Men vad vinner övriga programmerare som använder sin egen tid till att vidareutveckla open source program?

I många fall har programmeraraspekten inom open source förklarats med den grundläggande gävokultur som råder inom hackersamhället och att denna även idag är så stark att programmerare helt enkelt bortser

från kompensation och upphovsrätt.

Detta var säkerligen fallet under de första åren inom hackerkulturen då det rörde sig om en begränsad krets av programmerare vid de olika universiteten i USA.

Ju mer kunskapen om programmering har spridit sig desto tunnare och mer diversifierad har även kulturen runt programmering blivit. En annan aspekt på hackerkulturen lyfts istället fram. Lerner/Tirole lägger fram en teori om programmerarnas incitamentsstruktur.¹⁸ Först och främst "the career concern incentive" vilket innebär att det arbete de bidrar med kan innebära framtida jobb och kanske även aktier när projekten introduceras på börsen. För det andra "the ego gratification incentive" vilket innebär att programmeraren arbetar utifrån behovet av bekräftelse.

Trots dessa personliga incitament så skall ej den grundläggande gävokulturen helt bortses ifrån. Detta blir tydligt i den kritik som riktas från hackers gentemot olika nymodigheter inom open source. Att göra open source kommersiellt är inget som man idag motsätter sig inom open source. Eric Raymond utpekar dock två olika drag av open source projekt som ofta möts av motstånd av programmerare och sålunda ej kommer fungera såsom open source.¹⁹ För det första så rör det symmetrin i projekten. Det vill säga att ingen skall ha en privilegierad position. För det andra så ogillar man inskränkningar i den frihet som programmerare inom open source traditionellt åtnjuter. Som ett exempel på

¹⁸ Lerner/Tirole, "The simple economics of open source", s 14.

¹⁹ Raymond, "The Cathedral and the bazaar" s 161

**Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier**

detta kan nämnas förbud mot forking (mer om detta senare).²⁰

²⁰ Forking innebär att ett programmeringsprojekt delas upp och således fortsätter i två olika riktningar. Detta sker vanligtvis efter meningsskiljaktigheter beträffande projektets framtid.

Licenserna

Upphovsrätt till datorprogram

Den svenska upphovsrätten utgår från SFS 1960:729. Lagen har successivt förändrats och anpassats till ny teknologi. Ett flertal EG direktiv har haft stort inflytande på lagens utformning och innehåll.

Skyddet i svensk lag är formlöst och ensamrätten uppstår i och med verkets tillkomst. Svensk upphovsrätt skyddar datorprogram enligt 1 § 1 st. 2p URL. Definitionen på ett datorprogram ges i förarbetena: ”utformning av en serie instruktioner eller anvisningar, oberoende av den uttrycksform eller den anläggning vari den är nedlagd, avsedd att förmå en dator att direkt eller indirekt ange eller utföra en speciell funktion eller uppgift eller uppnå ett speciellt resultat”.²¹

Även för datorprogram gäller att programmet skall ha nått verkshöjd för att erhålla skydd. Verkshöjd innebär ett krav på individualitet och originalitet hos det aktuella verket för att anses vara ett sådant verk som omfattas av lagen. I prop. 1988/89:85 stadgas att kravet på verkshöjd skall ställas förhållandevis högt beträffande datorprogram.²²

²¹ SOU 1985:51 s 87

²² Prop 1988/89:85 s 27

Vad är det egentligen som skyddas?

Skyddet avser endast den konkreta formen och således ej den bakomliggande idén eller principen till verket. Vad gäller datorprogram innebär detta att algoritmen, dvs. programmets struktur (sammanhängande lösningar på problemen), ej åtnjuter upphovsrätt. Inte heller de principer som ligger bakom programmets gränssnitt åtnjuter upphovsrätt.

I prop. 1992/93:48 stadgas att allt som har föregått datorprogrammet, t.ex. förberedande designmaterial, dataflödesplan, programflödesplan samt det slutliga programmet i källkod och objektskod, omfattas av upphovsrätten.²³ Förutsättningen är dock att verkshöjd nås under de olika stadierna. Detta krav anses vara uppfyllt avseende förberedande designmaterial om ett upphovsrättsligt skyddat datorprogram kan skapas med materialet som bas.

Vem är det som skyddas?

Huvudregeln är att rätten tillkommer upphovsmannen. Med upphovsman avses den faktiskt skapande fysiska personen. Ett undantag från detta stadgas i URL 40 a §. 40a § är en dispositiv regel som säger att om en arbetstagare skapar ett datorprogram som ett led i sin anställning får han ej upphovsrätt till verket utan denna övergår till arbetstagaren. Detta inkluderar även den ideella rätten enligt 3 §. Det finns även en möjlighet till upphovsrättsligt samägande om flera personer tillsammans har skapat ett program och

²³ Prop 1992/93:48 s112

deras delar inte kan skiljas åt såsom separata verk.²⁴ Om gemensam upphovsrätt skall uppstå krävs att varje persons insats betecknas som upphovsmässig och därmed får en person som handlat efter en upphovsmans instruktioner således ingen upphovsrätt. Gränsen är svår att dra men personen måste ha tillräckliga kunskaper för att på egen hand kunna skapa det aktuella verket.

I detta sammanhang skall även nämnas bearbetning. Om någon bearbetat ett upphovsrättsligt skyddat verk så kan en separat upphovsrätt uppkomma för bearbetningen. Denna rätt tillkommer naturligtvis den som bearbetat men denna kan ej förfoga över sin upphovsrätt ”i strid mot upphovsrätten till originalverket” enligt 4 § URL.

Vad innebär skyddet?

Det skydd som upphovsmannen erhåller brukar vanligtvis delas in i ekonomiska och ideella rättigheter. Den ekonomiska rätten innefattar en exklusiv rätt för upphovsmannen att framställa exemplar av verket samt att göra verket tillgängligt för allmänheten.

Framställning av exemplar sker om exemplaret är fixerat.²⁵ Fixering sker om det uppstår i en form som är tillräckligt för ett återgivande av exemplaret.²⁶ Verket är vidare tillgängligt för allmänheten i tre olika fall enligt

²⁴ 6§ URL.

²⁵ SOU 1956:25 s 93 och SOU 1985:51 s 57.

²⁶ Att komma ihåg är dock 12 § URL som medger framställning av exemplar för enskilt bruk. Detta gäller dock ej datorprogram. Dock skall 26g§ 2st tas i beräkning då denna tillåter säkerhetskopiering av program.

URL., Offentligt framförande (ex musikverk), offentlig visning (ex bildkonstverk) samt spridning av exemplar. Vad gäller dator-program blir det snarast spridningsdelen som i första hand blir aktuell även om intressanta frågeställningar uppkommer, exempelvis om lagen omfattar visning av ett skyddat program inom ett nätverk eller exekvering av t.ex. ett multimedieprogram på en datorskärm innebär framförande. Spridningsrätten har dock en inskränkning i de konsumtionsregler URL stadgar i dess 19 §. Dessa regler innebär att om ett datorprogram har spridits inom EES med upphovsmannens samtycke får de exemplaren sedan spridas vidare. I 19 § finner vi även reglerna angående uthyrning och utlåning. Uthyrning av datorprogram får ej ske utan upphovsmannens samtycke. Utlåning får ej heller ske då det gäller program i maskinläsbar form (se objektskod). Programutskrift i endast källkod får dock lånas ut. Fortfarande gäller dock att den ursprungliga spridningen måste ha skett med upphovsmannens samtycke.

Den andra delen av det upphovsrättsliga skyddet finner vi i den ideella rätten. Den omedelbara skillnaden med de ekonomiska rättigheterna är att de ideella ej är överlåtbara.²⁷ I 3 § finner vi namngivelsesrätten vilken innebär att upphovsmannens namn skall angivas i enlighet med god sed. God sed får antas innebära mindre ideell rätt ju mer tekniskt verket är i sin karaktär. Dataprogram får nog i stor utsträckning antas ha en begränsad

²⁷ Viss möjlighet erbjuds dock i URL 3§ 3st då det gäller ” en till art och omfattning begränsad användning av verket”

namngivelsesrätt. Vidare innefattar den ideella rätten en respekträtt. I 3 § 2st stadgas att verket ej må ändras eller göras tillgängligt för allmänheten på så sätt att upphovsmannens anseende kränkes.

Undantag avseende datorprogram.

Från det skydd som ovan nämnts, finns dock några undantag avseende datorprogram som har betydelse för den fortsatta framställningen. I URL 26g § fastställs att den som förvärvat rätt att använda ett datorprogram, får framställa sådana exemplar och vidta sådana ändringar av detsamma för att förvärvaren skall kunna använda programmet till dess avsedda ändamål. Det avsedda ändamålet får utläsas av det avtal som gäller mellan överlåtaren och förvärvaren. I 26g § 4st ges rätt till vad som brukar kallas *reverse engineering* vilket innebär att alla har rätt att ”iaktta, undersöka eller prova programmets funktion”

I 26h § fastslås att: ”Återgivning av ett datorprograms kod eller översättning av kodens form är tillåten om åtgärderna krävs för att få den information som är nödvändig för att uppnå samverkansförmåga mellan programmet och ett annat program.” Detta är dock endast tillåtet under vissa speciella förutsättningar.

Överlåtelse/upplåtelse av upphovsrätter

Den ekonomiska rätten representerar ett ekonomiskt värde och som sådant är dessa rättigheter fritt överlåtbara eller upplåtbara. Vid en överlåtelse av upphovsrätten övergår samtliga rättigheter till

förvärvaren.²⁸ Denna regel modifieras dock av 27 och 28 §§ URL.²⁹ Enligt 28 § URL får förvärvaren ej företa ändringar i verket och denne får ej heller vidareöverlåta verket. Denna regel är dock dispositiv.

27 § hänvisar till 3 § där det, som tidigare nämnts, anges att upphovsmannen endast i begränsad omfattning kan efterge sin ideella rätt till verket.

Ett sedvanligt förfarande avseende upphovsrätt är att endast upplåta nyttjanderätt till programmet. Upphovsrätten kvarstannar hos upphovsmannen medan licensenstagaren rättigheter utgår från det avtal (licensen) som föreligger emellan licensgivaren och licenstagaren. En grundläggande princip vid såväl överlåtelse som upplåtelse är den s.k. specifikationsprincipen.³⁰ Denna innebär att de delar av upphovsrätten som ej överläts eller upplåts, enligt vad som uttryckligen framkommer av avtalet, skall ej heller anses omfattas av avtalet. En restriktiv tolkning förespråkas både inom internationell juridisk diskussion och enligt dansk och norsk lagstiftning. Det är således viktigt att tydligt precisera vad köpeavtalet eller licensen är tänkt att täcka och noga överväga ordalydelsen i licensen eller överlåtelseavtalet. Viktigt att komma ihåg med denna typ av avtal är även att överträdelseproblematiken blir något annorlunda än vid sedvanliga köpeavtal. Gäller överträdelsen den delen av avtalet som reglerar förfoganderätten så innebär det att

²⁸ Anmärkning: Enligt 28§ URL får förvärvaren ej företa ändringar i verket eller vidareöverlåta det. Denna regel är dock dispositiv.

²⁹ Í 3§ anges den begränsning som tidigare nämnts, nämligen att upphovsmannen endast i begränsad omfattning kan efterge sin ideella rätt till verket.

³⁰ Henry Olsson, Copyright, s 147.

sanktionsreglerna i URL blir aktuella. Andra frågor i avtalet kommer dock endast att beröras av sedvanliga regler angående avtalsbrott vilket innebär skadestånd eller alternativt hävning vid väsentligt avtalsbrott.

De olika licenserna

Public Domain

Innan jag skall beskriva de olika licenser som utgör stommen i open source måste först en kort diskussion föras om dessa licensers nödvändighet. Om målsättningen är en mjukvaruutveckling fri från upphovsrätt; varför använde då exempelvis Richard Stallman en licens vid uppstartandet av GNU-projektet? Varför lade han inte endast ut det som färdigställdes på en så kallad "public domain"?

Public Domain är ett begrepp som återfinns inom den amerikanska upphovsrättsdiskussionen. Public Domain är ingen licens utan i begreppet public domain innefattas, enligt amerikansk federal upphovsrättslagstiftning, sådant som från början inte är möjligt att få upphovsrätt till (t.ex. idéer, fakta, namn etc.), sådana upphovsrätter vars tid har gått ut (livstid plus 70 år), statliga dokument och sådana verk som upphovsmannen frivilligt har givit upp sin upphovsrätt till.³¹ När ett verk blir "public domain" så innebär detta de facto att verket blir helt fritt att använda. Förändringar av verk som har varit public domain kan

³¹ <http://www.benedict.com/basic/public/public.htm> "the copyright website". För exempel på olika verk som ligger inom public domain. Se hemsida: http://cyber.law.harvard.edu/cc/Public_Domain_Links.html

man således erhålla upphovsrätt till utan att detta blir en sådan beroende upphovsrätt som stadgas i URL 4§.³² Naturligtvis var detta ej något alternativ för Stallman vid uppstartandet av GNU. Istället var det ju just detta han ville undvika. Därför använde han sig av den befintliga upphovsrätten och även av de möjligheter som erbjöds till att licensiera ut informationen för att på så sätt bevara så pass mycket kontroll att inte GNU skulle bli föremål för upphovsrättsligt skydd av någon annan. I Sverige har begreppet public domain använts avseende det tillstånd verket når efter skyddstidens slut. En okänd företeelse inom svensk rätt är, såvitt jag funnit, det frivilliga avståendet av upphovsrätt.³³

*GNU Public License (GPL)*³⁴

Licensen

Free Software Foundation valde att använda sig av Public Licenses. Upphovsrätten kvarstår men under särskilda omständigheter beskrivna i den licens kallad GNU Public License. GPL ger de som omfattas av licensen vissa rättigheter till de program som upphovsmannen fortfarande innehar upphovsrätt till.

För att enklast förklara GPL delar jag upp innehållet i de rättigheter och skyldigheter som licensen innebär. GPL ger dig rätt att 1.) kopiera mjukvaran samt distribuera denna, 2.) modifiera mjukvaran samt

³² Perens, The open source definition, 1999, s 6

³³ Detta går visserligen att åstadkomma rent praktiskt då de sanktioner som stadgas i URL utgår ifrån en anmälan av upphovsrättsinnehavaren.

³⁴ <http://www.fsf.org/copyleft/gpl.html>

distribuera dessa modifikationer, 3.) erhålla källkoden till programmet.

Men samtidigt måste du 1.) distribuera programmen utan att ta betalt för licensen samt bifoga källkoden till ursprungligt program samt källkoden till modifikationer när du distribuerar programmet, 2.) modifikationer eller arbete som härrör från ett program licensierat under GPL måste fortsätta vara licensierat under GPL.³⁵

Kopiering, modifiering, distribution och underlicensiering i någon annan form än de som uttryckligen medges enligt avtalet är ej tillåtet enligt licensen. Den sanktion som licensen medger i fall av överträdelse är att sådana överträdelser omedelbart skall medföra att de rättigheter licenstagaren har, i enlighet med licensen, upphör. Detta kommer således att medföra att denna person gör sig skyldig till intrång gentemot upphovsrättningshavaren då bakgrundsrätten, dvs t ex. svensk upphovsrätt, blir gällande.

Licenstagaren som vidare distribuerar modifierade versioner får dock inte lägga till ytterligare restriktioner eller villkor för licensen. Licenstagaren är ej heller skyldig att ingripa mot tredje mans intrång i upphovsrätten.

GPL innehåller även ett förbud mot att inkorporera delar av det licensierade programmet till andra program som har andra villkor än de som följer av GPL. Denna del innebär en stor begränsning av utvecklingen inom open source. Moduler som omfattas av GPL kan ej

³⁵ Det är dock möjligt att ta betalt för själva distributionskostnaden.

inkorporeras med moduler som omfattas av en licens som ej är godkänd av FSF.

Slutligen innehåller licensen en omfattande friskrivning för några som helst fel i de produkter som ges ut mot bakgrund av GPL.

Praktisk tillämpning

GPL är utan tvekan den mest använda av de olika licenserna. Dess nuvarande popularitet beror sannolikt på att Linux har använt GPL. I denna genomgång är det två olika företags open source användning som kort skall beröras, nämligen Ghostscript och Red Hat Linux.

Flera företag har kommersialiserat Linux och säljer sina versioner av Linux med tillbehör och tillhörande tjänster. Ett exempel på ett sådant företag är Red Hat Linux, vilket är baserat i USA. Red Hat säljer färdiga programpaket till operativsystemet Linux.³⁶ Men då de ej innehar upphovsrätten till programmet säljer de egentligen tjänsten att de har sammansatt olika utvalda delar av inkomna bidrag och därför har en bra produkt. I försäljningen av själva produkten ingår fri installation men support sker i enlighet de servicekontrakt som separat upprättas med kunderna.³⁷ Detta är ett tydligt exempel på den affärsmodell som ovan kallas "open source och tjänsteförsäljning". Detta är även den vanligaste modellen inom sale value program.

Då källkoden är öppen och Red Hat ej innehar någon upphovsrätt till programvaran kan ju vem som vill

³⁶ Likt andra aktörer och linux distributörer. Anledningen till att jag valt Red Hat är att de har funnits längre på marknaden än de flesta andra och därför lättare går att studera.

³⁷ Läs mer om Red Hat på : <http://www.redhat.com/index.html>

påbörja försäljning av Red Hat Linux.³⁸ Detta är dock inget som skett i någon större utsträckning Red Hat är ett Nasdaqnoterat företag vars vinst stadigt ökat under 1999 och 2000.³⁹ Att Linux popularitet växer visar sig tydligt i dess ständigt stigande marknadsandel. Från att ha en marknads andel på 16 % under 1998 stiga till över 25 % under 1999.⁴⁰ Ett växande antal personer och företag som använder Linux kommer att medföra ökade vinster för företag som exempelvis Red Hat.

Ghostscript är en mjukvara som ursprungligen utvecklades av Aladdin Enterprises.⁴¹ Programmet är en interpreter av Postscript vilket är ett programspråk utvecklat för att återge såväl skrift som bilder. Ghostscript är ett program som idag ges ut på tre olika licenser. Artifex Software tillämpar affärsmodell nummer 5 ovan (upphovsrätt idag – open source framöver). Artifex säljer en ghostscript version som du måste köpa ifall du har tänkt använda programmet kommersiellt.⁴² Detta är dock ej nödvändigt ifall du ej kräver den senaste teknologin. Då programmet funnits på marknaden i ett år så kommer programmet att läggas ut under GPL och denna tillåter all användning även i kommersiella sammanhang förutsatt att källkoden förblir öppen etc. Genom detta system erhåller således Artifex pengarna initialt medan de även

³⁸ Låt vara till ett annat namn då såväl Linux och Red Hat är varumärkesrättsligt skyddade.

³⁹ För närmare ekonomisk information rörande Red hat se: http://www.nasdaq.com/asp/quotes_news.asp?symbol=RHAT`&selected=RHA T

⁴⁰ Källa: www.idc.com

⁴¹ Läs mer om Aladdin Enterprises på: <http://www.aladdin.com/>

⁴² Termen kommersiellt avser i detta sammanhang kommersiell distribution. Se vidare: <http://www.artifex.com/pages/licensing.html>

kan utnyttja viss teknologiutveckling inom GPL´s ramar efter det att ett år förflutit.

*THE BSD (Berkeley System Distribution) / MIT/ ZPL /X11 /APACHE LICENSES*⁴³

Licensen

Det som sammanbinder merparten av dessa licenser är att de emanerar ur projekt som var sponsrade av den amerikanska staten då de bedrevs av olika universitet. Detta innebar att det resultatet blev fritt tillgängliga för allmänheten.⁴⁴ Detta gjorde att dessa licenser har fått karaktären av open source men samtidigt uppvisar de vissa grundläggande skillnader med GPL. Först och främst är dessa licenser utrymmesmässigt mycket kortare än GPL. Innehållsmässigt ser man vissa grundläggande likheter men samtidigt stora skillnader.

De program som utges med dessa licenser får användas, modifieras och vidare distribueras om källkoden alternativt den binära koden innehåller 1.) en angiven copyright notice, 2.) listan med de, i licensen angivna, villkoren samt 3.) en utförlig, i licensen angiven, friskrivning.

Dessa licenser innebär att även om själva källkoden släpps fri så finns det inget krav på att de modifikationer som görs måste innehålla förbehåll om

⁴³ <http://www.opensource.org/licenses/bsd-license.html>
<http://www.opensource.org/licenses/mit-license.html>
<http://www.x.org/xlicense.htm> Används även av Xfree86
<http://www.apache.org/docs-1.2/LICENSE>

⁴⁴ Perens, The open source definition, 1999, s 8

open source. Inte heller måste de modifikationer som görs presenteras i källkod.

Program som är licensierade enligt några av dessa licenser medför att du kan få tillgång till ett program som du har rätt att modifiera. Du kan erhålla upphovsrätt till de modifikationer du gjort och sälja ditt modifierade program i binär form utan att tillhandahålla källkoden.

Det har förekommit vissa praktiska problem med dessa licenser vilket medfört att de fått ett dåligt rykte. Licenserna har dock gjorts om för att undvika detta problem men fortfarande förekommer dessa licenser, framförallt Apache och BSD, i program som gör att större projekt får dras med en onödig administration.⁴⁵

Både X licensen och den nu gällande BSD licensen har av Free Software Foundation ansetts vara en av de få licenser som är kompatibla med GPL och därför kan användas inom samma projekt.⁴⁶ Däremot anses den ursprungliga BSD licensen och Apache licensen ej vara kompatibla med GPL och kan därför ej köras inom samma projekt. Jag har svårt att se skillnaden mellan dessa licenser men då FSF självmant utser vilka licenser som skall anses vara kompatibla med GPL så kvarstår de problem som nedan kommer att diskuteras under rubriken kompatibilitet.

⁴⁵ Mer om detta: <http://www.openresources.com/documents/bsd-license-problem/>

⁴⁶ <http://www.fsf.org/philosophy/license-list.html>

Praktisk tillämpning

Digital Creations⁴⁷ hade upphovsrätt till en server- och portaltoolkit kallad Zope. Zope fungerar på alla plattformar såsom Unix och även Windows NT och kan användas tillsammans med de flesta webbservrar.⁴⁸ Överraskande nog lade företaget ut denna, för företaget grundläggande, produkt på open source enligt Zope Public License. Denna licens påminner i allt väsentligt om de ovanstående licenserna i detta kapitel.⁴⁹

Enligt Paul Ritter som är VD för Digital Creations lades Zope ut på open source för att nå en högre marknadsandel då de inte investeringsmässigt kunde konkurrera på marknaden. På detta sätt kom alltså utvecklingen att ske via open source samtidigt som Zope nådde fler användare.⁵⁰ Detta går under affärsmodell nummer 1 (högre marknadsandel). Men samtidigt kom Digital Creations även att använda samma affärskoncept som Red Hat (tjänsteförsäljning), då de fokuserade verksamheten till utbildning, support, utveckling av kundspecifika lösningar etc.

Digital Creations är ett företag som arbetar inom det som Eric Raymond kallar sale value software. Jag skall här ta upp ett tydligt exempel på hur denna typ av licens har använts inom use value. Apache är en programvara till servrar som bygger på http vilket är ett

⁴⁷ Läs mer om Digital Creations (senare Digital Solutions) på:
<http://www.digicool.com/>

⁴⁸ Läs mer om Zope på: http://www.devshed.com/Server_Side/Zope/Intro/

⁴⁹ <http://www.zope.org/Resources/ZPL>

⁵⁰ "No-cost software can bring unexpected dividends", Washington business journal av Maurice Martin, 21 May 1999. se:
<http://www.bizjournals.com/washington/stories/1999/05/24/focus4.html>

kommunikationsprotokoll för överföring av bl.a. HTML-dokument på Internet. Utvecklingen av Apache startade som ett frivilligt projekt av Brian Behlendorf och sex andra utvecklare. Projektet skulle drivas genom att många kunde föreslå ändringar av programmet men endast några få fick göra de egentliga modifikationerna. Från 1995 och framåt har programmet vuxit i popularitet och idag uppskattas andelen webbservrar som använder Apache vara uppe i cirka 61%.⁵¹ Resultatet har således blivit ett program som ej på något sätt kommersialiseras utan som endast drivs framåt av de användare som nyttjar programmet och som hela tiden utvecklar det.

Artistic

Licensen

Artistic licensen användes ursprungligen för Perl men har sedan använts för en del andra program.⁵² Licensen uppvisar stora likheter med GPL.⁵³ Artistic tillåter undantag från regeln att göra modifikationer tillgänglig för alla. Licensen tillåter även upphovsrättsligt skyddat och ickeskyddat material att sammanblandas i vissa specifika situationer.

Licensen har blivit kritiserad av såväl Free Software Foundation som Open source rörelsen. FSF har till och med uppmanat allmänheten att undvika att använda

⁵¹ Undersökningen är gjord av Netcraft och siffran är från september 2000. Se: <http://www.netcraft.com/survey/> Jämförande siffror är 1996: 31%, 1997: 44% och 1999 55%

⁵² Perl är ett programmeringsspråk vilket härstammar från programmeringsspråket C och även från operativsystemet Unix. Läs mer: <http://www.perl.com>

⁵³ http://www.freeworldlicence.org/other_licences.shtml

denna licens.⁵⁴ Licensen innehåller en rad otydligheter och vaga begrepp. Ett flertal av de undantag från GPL som licensen stadgar kan man lätt komma runt och dessa fyller därmed en begränsad funktion.

Detta har medfört att den mesta av den mjukvara som tillhandahålls genom Artistic License numera använder dubbla licenser vilket innebär att du som licenstagare kan välja om du vill vara bunden av Artistic License eller av GPL.

Artistic License är ett tydligt exempel på en licens som ej föregåtts av någon ingående juridisk eller för den delen språklig analys. Då detta är en vanligt förekommande licens kan man dock ej avfärda den utan snarare använda den som ett varnande exempel på vikten av noggrant avfattade licenser.

Praktisk tillämpning

Eftersom Artistic har en begränsad betydelse i jämförelse med de andra licenserna skall jag endast nämna ett exempel under denna rubrik.

Perl är ett programmeringsspråk utvecklat av Larry Wall. Språket används framförallt till att utveckla och skriva skript till Apache webbservrar men programmet är även en del av flera andra program. Viktigt att understryka här är dock att inget företag ligger bakom detta heller utan detta utgör ytterligare ett exempel på use value software.

⁵⁴ Richard Stallman, Various Licenses and comments about them, www.fsf.org, s5

Mozilla (Mpl)/ Netscape (Npl) Public License

Licensen

MPL och NPL är av något annorlunda karaktär än de tidigare beskrivna licenserna. De framtogs mot bakgrund av att Netscape beslöt att omvandla sin webbläsare till open source. Den webbläsare som har blivit open source är den som kallas Mozilla. Varumärket Netscape är fortfarande benämningen för den upphovsrättsligt skyddade produkten men innehåller även den några drag av open source. Dessa licenser är betydligt mer genomarbetade än exempelvis artistic eller licenserna av BSD typ.

I en jämförelse med GPL så uppvisar MPL/NPL många gemensamma drag. Först och främst stadgar de att licenstagaren bland annat har rätt att använda, kopiera, modifiera, underlicensiera och distribuera källkoden till programmet och även sådan källkod som andra har modifierat och distribuerat etc.

För det andra så gäller detta modifieringar som skall licensieras under samma licens som den ursprungliga programvaran och skall även finnas tillgänglig i källkodsform. Men däremot så godtar MPL/NPL att källkod under dessa licenser kan kombineras med annan källkod (larger works) och att dessa behöver ej vara licensierade under MPL/NPL. ⁵⁵

⁵⁵ Detta kommer till uttryck i MPL v1.1 art 1.7. “`[Larger Work](#)” means a work which combines Covered Code or portions thereof with code not governed by the terms of this License” samt art 2.1 “The Initial Developer hereby grants You a world-wide, royalty-free, non-exclusive license, subject to third party intellectual property claims: (a) to use, reproduce, modify, display, perform, sublicense and distribute the Original Code (or portions thereof) with or without Modifications, or as part of a Larger Work (...)” Se även art 3.7.

Både MPL och NPL klassas som Free Software licenser men de går ej att kombinera med GPL då FSF anser att de innehåller för komplexa restriktioner för att kunna anses vara kompatibla.

Varför finns det då två licenser? Skillnaden är att NPL är speciellt designad för att användas gentemot den källkod som härstammar ur Netscape Communicator. NPL är tänkt att användas för modifierationer till det ursprungliga verket.⁵⁶ Skrivs däremot ny kod kan naturligtvis vilken licens som helst väljas. MPL är dock ett rekommenderat alternativ från Netscapes sida då dokumentet, enligt dem, är en väl avvägd och genomtänkt licens.

NPL och MPL innehåller materiella skillnader. Framförallt är det två egenskaper som utmärker NPL licensen.

För det första kan Netscape använda källkod som omfattas av NPL i andra Netscape-produkter utan att dessa produkter i sin tur omfattas av NPL. Bidrag, till ett open source under ett NPL projekt, kan således Netscape använda i sina övriga produkter utan att göra dessa produkter open source.

För det andra så kan Netscape inkludera modifierationer i den ursprungliga upphovsrätten (registrerad copyright enligt amerikansk rätt) till sådana modifierationer som bidragsgivare har tillfört

⁵⁶ Vad detta är framgår att inledningen till såväl MPL och NPL versions 1.1. I engelsk text lyder de: "1.9. "Modifications" means any addition to or deletion from the substance or structure of either the Original Code or any previous Modifications. When Covered Code is released as a series of files, a Modification is: A. Any addition to or deletion from the contents of a file containing Original Code or previous Modifications. B. Any new file that contains any part of the Original Code or previous Modifications. "

projektet. Netscape garanterar alltså specifika rättigheter som medför att bidragsgivare kan se de modifikationer de gjort hamna under Netscapes ursprungliga upphovsrätt.

Inte oväntat fick Netscape utstå mycket kritik för dessa tillägg som många ansåg innebära att Netscape avvek från vad som egentligen var open source.⁵⁷

Praktisk tillämpning

Netscape är ett av de open source program som tillhör de mest välkända. Netscape var dock ursprungligen utvecklad som en upphovsrättsligt skyddad webbläsare. Netscapes huvudsakliga konkurrent inom denna sektor är Microsoft Internet Explorer. I januari 1998 beslöt Netscape att källkoden till deras kända webbläsare skulle läggas ut på open source enligt en speciell licens, då de ej ansåg att GPL uppfyllde de specifika krav Netscape ställde. Den huvudsakliga anledningen till detta, för många, förbluffande beslut var att använda Netscapes webbläsare till att marknadsföra Netscape som varumärke. Detta för att istället få ut de produkter som de ville skulle utgöra kärnan av verksamheten, exempelvis applikationer för e-handel och företagsnätverkslösningar.⁵⁸ Detta är ett tydligt exempel på affärsmodellen ”ökad marknadsandel”.

Netscape fann att det ej gick att hålla jämn utvecklingstakt med Microsoft eller på annat sätt kunna konkurrera med Microsoft. Huruvida detta har varit en

⁵⁷ Foley, The open source pretenders, se:
<http://www.zdnet.com/zdnn/stories/news/0,4586,2487092,00.html>

⁵⁸ Clark, Netscape time, s 255

vinnande idé är egentligen svårt att svara på. Netscape har tappat marknadsandelar beträffande sin webbläsare under senare tid och är nu nere på en 21 % nivå vilket skall jämföras med Microsofts 72 %.⁵⁹ Netscape har även haft stora problem med att rekrytera bidragsgivare till sitt Mozilla projekt. Netscape har dock just släppt sin Netscape version 6.0 som i stor utsträckning har utvecklats genom open source. Framtiden får utvisa i vad mån denna nya version kommer att påverka webbläsarens popularitet.

SUN

Licensen

SUN har utvecklat en licens kallad SUN Community Source License (SCSL).⁶⁰ Denna licens är den mest omfattande och juridiskt genomtänkta av samtliga de licenser som presenteras i detta kapitel. Licensen har ej godtagits av FSF som en free software license och SUN säger själva att de genom denna licens vill kombinera en sedvanlig licens med en open source licens för att kombinera båda systemens bästa effekter.⁶¹

Den huvudsakliga skillnaden mellan de övriga licenser som jag redovisar och SUN:s licens är att de infört ett royaltysystem. Detta system bygger på att så länge som du använder källkoden för icke-kommersiellt bruk så fungerar licensen som en sedvanlig open source licens. I denna del innehåller SCSL en mer öppen attityd jämfört

⁵⁹ West, The open source movement, s8 Se:

http://www.pcsnap.com/reviews.cfm?review_id=opensrc&rev_page=8

⁶⁰ <http://techdeals.findlaw.com/agreements/caldera/sourcelicense.html>

⁶¹ Plamondon, SUN releases Java 2 source code, Se:

<http://www.cnn.com/TECH/computing/9903/08/java2.idg/>

med SUN:s tidigare open source licens. Men används programmet kommersiellt så skall användaren betala för licensen som sådan och när användaren genomfört programutvecklingen och avser att sälja programmet så skall licenstagaren betala en royaltyavgift till licensgivaren.⁶²

Licensen innehåller även regler för kompatibilitet vilket jag ej sett förr. Detta innebär att programmerarna som modifierar programmen hela tiden måste se till att modifikationerna är kompatibla med SUN:s Javastandard.

En annan stor skillnad med SUN:s licens är att den förbjuder något som vanligtvis kallas forking. Forking innebär att projektet delas upp och således kommer att leva två separata liv. Detta är något som har förekommit i vissa projekt när det förelegat oenighet om projektens framtid. Forking kommer därför i många fall innebära att projekten uttunnas vad gäller inblandad programmerarbas samt att det "varumärke" som produkten står för blir allt mer uttunnat.⁶³

Praktisk tillämpning

Den praktiska tillämpningen av SCSL är i allt väsentligt begränsad till SUN. Denna affärsidé hör ju ej till någon av de ovan redovisade och har ej heller mottagits väl av olika delar av open source samhället. Men SUN tilldrog sig stor uppmärksamhet när de

⁶² Termen kommersiellt avser i detta sammanhang att kopiera och distribuera källkod eller kompilerad källkod i ett kommersiellt sammanhang. Se licensens attachement D.

⁶³ Se mer om detta i Raymond, the cathedral and the bazaar, s 104 ff

presenterade att deras plattform för Java 2 skulle licensieras genom open source. Inte endast p.g.a. att ett så pass stort företag som SUN gav sig in i open source utan på det sätt de gjorde det. Kombinationen av en open source licens med en sedvanlig royaltylicens utgjorde en ny affärsidé som om den lyckades skulle komma att attrahera nya aktörer till open source.⁶⁴ Den effekt som SUN ville uppnå med sin licens har dock ej infunnit sig. Programmerarna har ej anslutit sig till detta projekt i den utsträckning som SUN förutspådde och eftersträvade.⁶⁵ Anledningar till detta kommer jag att diskutera i den avslutande analysen nedan. SUN har efter Java 2 lanseringen fortsatt sin satsning på open source. SUN innehar upphovsrätten till StarOffice vilket är ett programpaket liknande Microsoft Office paketet. Denna gång har de dock licensierat ut programmet i enlighet med GPL. Syftet med denna lansering är att uppnå marknadsandelar med StarOffice för att försöka rå på Microsoft Office med en produkt som utvecklas genom open source och som dessutom distribueras helt fritt och gratis via nätet.⁶⁶ Hur framtiden ser ut för detta projekt återstår att se.

Qt Public License (Qpl)

Licensen

QPL bär drag av samtliga av de tidigare nämnda licenserna. Licensen i sig innehåller ej några

⁶⁴ Se artikel "Öppen källkod som ny affärsmodell", Lauri Pappinen, Pagina Net News

⁶⁵ Raymond, The cathedral and the bazaar, s161

⁶⁶ Weiss/Copeland, StarOffice open-source code released to rocky start, se: <http://www.cnn.com/2000/TECH/computing/10/17/staroffice.code.idg/index.html>

övertaskningar. Den omfattar en rätt att kopiera och distribuera källkod och objektskod under vissa angivna förutsättningar t.ex. att det skall alltid finnas en tillgänglig källkod samt att denna skall vara tillgänglig via exempelvis Internet. Den innehåller även regler som innebär att om du använder QT under licensen så kommer det du utvecklar med hjälp av dessa redskap vara open source. Licensen är dock dubbelbottnad i det att den innebär att även programmet i sig är open source. Ävenså de modifikationer som görs av detta program.

Det är ej tillåtet att ta betalt för sådant som omfattas av QPL.⁶⁷ Det är ej heller möjligt att använda QT under QPL för att utveckla upphovsrättsligt skyddat material.

Praktisk tillämpning

QPL är en licens som ursprungligen medföljde ett program som kallas Qt som utvecklades av det norska Trolltech A/S. Qt är ett redskap för att utveckla grafiska gränssnitt som kan användas av olika plattformar, t.ex. av Windows, Linux eller Unix. Qt är skrivet i C++.

Trolltechs Qt blev tidigt integrerat i Linux projektet. Inledningsvis var detta något som starkt ifrågasattes av Open source samhället då deras dåvarande licens inte var open source.⁶⁸ Då Trolltech stod inför ultimatumet att antingen ändra licensen eller inte få vara delaktig i Linux utveckling valde de att ändra licensen. Resultatet blev QPL. QPL bygger på en affärsmodell som till viss

⁶⁷ Viss betalning får dock utkrävas för materialkostnader etc.

⁶⁸ Perens, The open source definition, 1999, s 3

del påminner om exempelvis Ghostscript. Det vill säga att vill du utnyttja programmet kommersiellt så betalar du för licensen. Vid icke-kommersiellt bruk är detta ej nödvändigt. Skillnaden är att då detta program är ett verktyg kommer alltså även det du tillverkar med detta verktyg att vara open source enligt licensen. Vill du använda verktyget till att göra program som är upphovsrättsligt skyddade så måste du betala en avgift till Trolltech.⁶⁹

Under våren 2000 har dock Trolltech dubbellicensierat Qt under såväl GPL som QPL.⁷⁰ Licenstagaren kan alltså välja vilken denne vill bli bunden av vilket underlättar projekt som drivs under GPL då GPL ej är kompatibel med särskilt många licenser. En separat utvecklingslicens måste dock fortfarande köpas ifall du vill utveckla upphovsrättsligt skyddat material. Trolltech är numera värderat till 500 milj norska kronor och har nyligen skrivit på samarbets-avtal med NEC, Ericsson och Palm Technology.⁷¹

⁶⁹ <http://www.trolltech.com/developer/faq/general.html>

⁷⁰ Reichard, Trolltech to release QT under GPL, se: <http://www.linuxplanet.com/linuxplanet/reports/2269/1/>

⁷¹ <http://www.itavisen.no/art/1292268.html> "Norsk selskap trollbinder - Trolltech vinner terreng verden over", **Line M. Tomter**, 11. aug 2000

Analys av licenserna

Licenserna – allmänna juridiska synpunkter

I och med att licenserna är författade med amerikansk rätt som utgångspunkt bör vi i första hand ställa oss frågan om det enligt svensk rätt fungerar att använda open source licenser. De generella regler som finns inom detta område har redan nämnts, nämligen huvudregeln som stadgar att den ekonomiska rätten till ett verk är fritt överlåtbar eller upplåtbar. Vid en överlåtelse av upphovsrätten övergår samtliga rättigheter, med de undantag som stadgas i 27-28 §§ URL, till förvärvaren. Vid en upplåtelse kan upphovsrättsinnehavaren genom ett licensavtal bestämma i vad mån rättigheterna skall övergå till en licenstagare. Viktigt att erinra sig i båda fallen är just undantaget att de ideella rättigheterna överlåtes svårligen och endast under kortare tid.

I övrigt innehåller svensk rätt ej några begränsningar beträffande licensavtal. Det bör dock uppmärksammas att licensavtalen måste överens-stämma med resterande delar av svensk rätt, framförallt de obligationsrättsliga samt de konkurrensrättsliga delarna. Open source licensen är inget annat än en sedvanlig licens avseende ett verk som omfattas av upphovsrätt. Skillnaden är endast att upphovsmannen upplåter sina rättigheter i större omfattning än vad som annars är sedvanligt och utan anspråk på ersättning. Detta medför dock på inget sätt att det föreligger några hinder gentemot open source.

Den ständiga paradoxen inom detta område blir dock att den rörelse som anser att upphovsrätt överhuvudtaget ej bör finnas är samma rörelse som är beroende av en fungerande upphovsrättslig struktur med licensavtal etc. Genom att använda systemet med licenser och hålla sig inom ramarna för upphovsrätten undergräver de samtidigt systemet då de genom licenserna medvetet skapar ett parallellt system.

Bundenhet

En licens är ett avtal mellan licensgivaren, den person som innehar rätten till programmet, och licenstagaren. Dessa licenser är grundstenen för hela den rörelse som kallas open source.

Utmärkande för denna avtalssituation är att avtalsinnehållet på förhand är bestämt av ena parten samt att parterna vanligtvis ej har någon direkt kontakt med varandra. Den part som ansluter sig till det existerande kontraktet (licenstagaren) kan på olika sätt ha informerats eller fått kännedom angående innehållet i avtalet innan denne handlar på ett sådant sätt att avtal möjligtvis kan anses ha uppkommit. Licensen, avtalet, skall uppfylla sedvanliga krav inom svensk rätt avseende avtal.

De problem som uppstår beträffande open source licenser är desamma som uppstår vid andra avtal inom data och IT området. Framförallt gäller detta hur standardavtal inkorporeras i avtalet. Vid denna undersökning kommer jag att inrikta mig på de två huvudsakliga distributionssystem som aktualiseras vid försäljning av open source licensierad mjukvara.

Shrinkwrap, clickwrap och webwrap

Det första distributionssystemet omfattar fysisk försäljning av mjukvara, såväl ursprunglig som modifierad, av återförsäljare. Licensen kommer i dessa fall att huvudsakligen presenteras för kunden på två sätt. Antingen så återfinns licensen att utanpå programvaruförpackningen. Denna typ av licensiering brukar kallas shrink wrap⁷² och har till syfte att binda kunden då förpackningen brytes. Alternativt eller kombinerat med detta kommer kunden att vid installation av programmet få upp en textruta med licensavtalet varvid kunden uppmanas att läsa igenom avtalet samt godkänna det om han är beredd att gå med på villkoren. Denna typ av avtal brukar kallas click wrap.⁷³

Det andra systemet omfattar försäljning eller distribution via exempelvis Internet. Med denna typ av system så uppkommer en liknande situation som vid det avtal jag ovan kallade click wrap. Web wrap innebär att *innan* du laddar ner något från Internet uppmanas att läsa igenom avtalet eller alternativt klickar dig fram genom licensavtalet. Detta bygger på samma system som click wrap. Skillnaden mellan click wrap och web wrap är att den sistnämnda är Internetbaserat och därmed kommer att presentera licensavtalet innan avtalsslutet

Gemensamt för dessa typer av licenser är att det föreligger ett standardavtal som har författats av

⁷² Kallas även box-top license, förpackningslicenser, cellofanavtal, tear-open license etc. Jag kommer i fortsättningen att beteckna tekniken shrink wrap.

⁷³ Har även kallats point and click contracts etc.

licensgivaren. Licenstagaren står endast inför valet att acceptera avtalet och använda produkten eller avstå ifrån att acceptera (adhesionskontrakt/ "take it or leave it").

En tydlig parallell kan således dras med de allmänna problem och frågeställningar som uppkommer vid användande av standardavtal. Vid sådan användning skall enligt svensk rätt villkoren bringas till mottagarens, i detta fall licenstagarens, kännedom muntligen eller skriftligen före avtalsslutet. Görts inte detta riskerar man att de standardiserade villkoren ej utgöra en del av avtalet.⁷⁴ På vilket sätt skall då detta ske?

Standardvillkoren bifogas det individuella avtalet.

Ifall standardvillkoren bifogas det individuella avtalet så måste detta ske innan avtalsslutet för att licensen skall bli en del av avtalet. I ett flertal av de fall då licenser bifogas enligt de två ovan nämnda förfarandena så kan det ifrågasättas ifall sådant bifogande verkligen har skett. Detta är också den huvudsakliga kritik som har riktats gentemot shrink wrap avtalen med utgångspunkt i svensk rätt. I proposition 88/89 s 14 anges att shrink wrap licensers innehåll generellt ej skall anses bli giltiga såvida inte licenstagaren blivit särskilt upplyst innan avtalet.

Avtalsslutet vid ett sedvanligt köp av programvara sker vid den tidpunkt då en person inhandlar det i en affär

⁷⁴ Avtalen kan ju bli gällande, vid exempelvis en referensklausul eller vid handelsbruk, trots att det inte *presenterats* innan avtalsslutet. Mer om detta senare.

samt betalning sker. I dessa fall presenteras inte licensen innan avtalsslutet. Detta medför att licensavtalet inte blivit inkorporerat enligt svensk rätt. Det enda avtal som blir gällande är det mellan försäljaren av programvaran samt förvärvaren. Programskaparens licens blir inte gällande utan istället träder bakgrundsräten in i form av den gällande immaterialrättsliga lagstiftningen.

Handelsbruk

Vad gäller open source licenser kan det ifrågasättas om dessa licenser idag inte är såpass utbredda och att de som arbetar inom denna bransch faktiskt har så stor kännedom om dessa avtal att de kan anses utgöra handelsbruk. Handelsbruk innebär dock en i stor utsträckning förekommande sedvänja. Det räcker således inte att vissa standardvillkor är allmänt vedertagna och använda. I svensk doktrin har det förekommit en diskussion huruvida "agreed documents" skall anses utgöra handelsbruk.⁷⁵ Bernitz har tidigare hävdade att dessa ej generellt kan utgöra handelsbruk men har under senare tid ändrat ståndpunkt. Ramberg hävdar att de i vissa fall utgör handelsbruk.⁷⁶

Vad gäller open source licenser så fungerar generellt inte dessa argument avseende ojämlikhet i parternas styrka då innehållet ofta är mycket generöst gentemot licenstagaren. Däremot finns det ingen generell standard och ordet open source är idag mer diversifierat

⁷⁵ Med "agreed document" avses vanligtvis standardavtal vars innehåll har framkommit efter förhandling mellan båda parter. I många fall genom förhandlingar mellan parternas branschorganisation.

⁷⁶ Bryneson, Inkorporering av standardavtal vid elektronisk handel, s 29

än någonsin förr. Jag anser därför att en hänvisning krävs till ett specifikt avtal för att licensen skall kunna bli gällande.

Hänvisning till standardvillkor

En referensklausul eller dylik hänvisning kan räcka för att motparten skall bli bunden av villkoren. För detta krävs dock att hänvisningen görs *innan* avtalsslutet och att de finns *lätt tillgängliga*. Det krävs inte att motparten de facto har tagit del av avtalen men han måste ha fått en tydlig hänvisning till sådant avtal.

Hänvisning är något som är vanligt förekommande vid avtalsslut via Internet (web wrap). Innan man startar nedladdning av program nämns ofta vilken licens som är gällande för det specifika avtalet. Ibland kompletteras detta med en hyperlänk till licensavtalet. Det är således tillgängligheten som i dessa fall blir avgörande. Ensidigt utformade standardvillkor, vilket open source licenserna i de flesta fall är, skall finnas tillgängliga hos den part som har författat dem. Att motparten kan efterfråga dem innan avtal sluts anses vara tillräckligt.⁷⁷ Däremot kan det ifrågasättas om inte detta bör ske genom samma kommunika-tionsmetod som avtalets sluts. Om avtalet sluts via Internet bör kanske även standardavtalet göras tillgängligt genom hyperlänk eller e-post eller liknande sätt.⁷⁸

⁷⁷ Hellner, Kommersiell avtalsrätt, s 48

⁷⁸ Bryneson, Inkorporering av standardavtal vid elektronisk handel, s 34

Analys av bundenhet

Huruvida villkoren blir en del av avtalen kan ifrågasättas. Enligt Pawlo finns det ingen anledning att inte tillmäta shrink wrap och click wrap avtal betydelse. Han skriver även att man måste dra en klar skiljelinje mellan huruvida avtalet är bindande som sådant och hur villkoren i avtalet ser ut.⁷⁹ Något som annars är vanligt i den argumentation som kringgärdar denna diskussion är att de villkor som shrink wrap avtalen består av i många fall är ytterst fördelaktig för licensgivaren. Många av de villkor som används i dessa licenser skulle med svenska mått anses oskäligen och i många fall ej överensstämmande med vår upphovsrättsliga och konkurrensrättsliga lagstiftning. Skillnaden med open source licenser är att de istället ger bort fler rättigheter till licenstagaren än vad lagen gör. De kommer troligen ej att anses oskäligen.

Generellt kan man hävda att shrink wrap avtalen i sig själv ej blir gällande då dessa sällan presenterar villkoren innan avtalsslutet. Detta gäller även sådan click wrap som blir aktuell vid installation av programmet. Avtalet är redan slutet och om köparen ej uppmärksammas på standardavtalet innan avtalsslutet kan standardavtalets villkor ej anses vara inkorporerade.

Säljs eller distribueras programmen via Internet är det vanligt att hänvisning till gällande standardavtal görs. Om denna hänvisning är tillräckligt tydlig har den ju skett innan avtalsslutet och blir en del av avtalsinnehållet. Generellt ställs låga krav på sådan

⁷⁹ Nordiskt immateriellt rättsskydd, NIR, häfte 1 1999 Årgång 68, s 140 ff.

hänvisning och samtidigt erbjuder Internet stora möjligheter att på ett enkelt sätt göra en köpare uppmärksam på standardavtalets villkor.

I vissa fall är det alltså så att licensavtalen inte blivit riktigt inkorporerade och därför kan de inte göras gällande av vare sig licensgivare eller licenstagare. Avtalet mellan försäljare/gåvogivare och köpare/gåvotagare av programmet kommer att bli giltigt men licensen som upphovsrättsinnehavaren infogar i/med programmet kommer alltså ej att bli gällande. Detta medför att gällande svensk dispositiv rätt blir tillämplig. Praktiskt sett lär inte detta medföra några svårigheter. Då licensgivaren inte har någon anledning att ingripa mot dessa licenser vilket innebär att licenstagaren naturligtvis kan använda de i licensen angivna villkoren och använda programmet som det ursprungligen är tänkt. Licenstagaren kan inte heller utnyttja denna situation då han enligt svensk lagstiftning ej får utföra de aktioner som avtalet medger. Dock bör en person som innehar upphovsrätten noga tillse att licensen blir gällande avtalsmässigt för att betona projektets seriositet och för att undvika eventuella problem om annat lands lag skulle bli tillämpligt. Huvudregeln bör därför vara att så tydligt som möjligt presentera ovan angiven information före avtalsslutet. Genom detta tillser man även att projekten får den inriktning som eftersträvas.

Ett annorlunda sätt att inkorporera open source licenserna finner vi hos SUN och deras SCSL. Den icke-kommersiella delen ingås med ett web wrap avtal men om du vill använda programvaran i ett kommersiellt

syfte så måste du personligen ta kontakt med SUN och skriva på ett individuellt avtal mellan dig och SUN.⁸⁰ Huruvida parterna är bundna av dessa individuella avtal kan ju svårligen ifrågasättas annat än från sedvanlig avtalsrättslig ogiltighets-diskussion.

Avtalets innehåll

Inledning

Avtalen uppvisar några karaktäristiska drag samt väcker en del frågeställningar som jag tänkte visa på i detta kapitel. Att utföra en fullständig analys av samtliga de avtal jag granskat här skulle bli alltför omfattande men jag kommer istället att inrikta mig på de huvudsakliga synpunkter som jag har angående dessa avtal.

Open source utvecklades i USA och de licenser vi finner idag är, med några få undantag, samtliga utvecklade med amerikansk rätt som utgångspunkt. I ett flertal fall förekommer formuleringar eller rättsfigurer som inte existerar eller saknar betydelse i svensk rätt. För en svensk användare innebär detta inga större problem då man endast behöver gå igenom licensen för att upptäcka vilka krav licensgivaren ställer på exempelvis hur ”copyright notices” eller hur olika friskrivningar skall utformas. Detta får betydelse då exempelvis en svensk licenstagare skall underlicensiera ett program. I dessa fall ställer ett flertal av licenserna

⁸⁰ Som tidigare förklarats så innebär termen kommersiellt utnyttjande att man reproducerar och distribuerar program som omfattas av licensen i kommersiellt syfte. För vidare definition se licensens utformning.

krav att vissa meddelanden även skall framgå i programmet som sådant eller bifogas källkoden. Detta bör göras för att undvika rättsliga efterspel även om ett flertal av dessa meddelanden saknar betydelse i svensk rätt.

Internationella aspekter

Vissa av licenserna innehåller uttryckligen en lagvalsklausul (exempelvis QPL som hänvisar till norsk rätt eller IBM Public License som hänvisar till amerikansk upphovsrätt samt lagen i staten New York). Att använda lagvalsklausuler är även allmän praxis inom internationella licensavtal. Det skall dock uppmärksammas att merparten av open source avtalen ej innehåller något sådant lagval och frågan om tillämplig lag måste då lösas med hjälp av internationell privaträtt. I fråga om open source licenser är det viktigt att dra en skiljelinje emellan de frågor som har immaterialrättslig karaktär och de som har avtalsrättslig karaktär eftersom olika lagvalsregler gäller för dessa båda frågor.

Vilket lands lag skall användas på de immateriella rättigheterna? Enligt Kocktvedgaard/ Levin skall detta alltid avgöras av det landets lag där rättigheten görs gällande. Vill man som svensk person göra gällande ett intrång som skett i Amerika är det således amerikansk rätt som gäller.⁸¹ Omvänt får en amerikan som anser att en någon inkräktat på dennes rätt i Sverige använda svensk rätt för att beivra detta intrång.

⁸¹ Detta gäller enligt Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (1886)

Om en amerikan har upphovsrätt till ett datorprogram och lägger ut detta program på Internet med en open source licens och en svensk person laddar hem detta. Vilket lands lag skall gälla på detta avtal, vad gäller de avtalsrättsliga frågorna? Licensgivarens eller licenstagarens lands lag? Svensk rätt följer av Romkonventionen och innebär att avtalet vara underkastat lagen i det land som det har närmast anknytning till. Denna anknytning utgår ifrån det land där den part som skall utföra den prestation som är karaktäristisk för avtalet har sin vanliga vistelseort eller där detta bolag har sin huvudsakliga verksamhet.⁸²

Om jag som modifierat detta program bryter mot den del av avtalsrelationen som berör upphovsrätten skall således svensk rätt troligtvis användas enligt Bernkonventionen. Bryter man mot avtalet skall ävenså svensk rätt tillämpas om parten som skall prestera är hemmahörande i Sverige. Slutsatsen blir således att svensk rätt i flera fall kommer att bli tillämplig på dessa avtal.⁸³

Att noga reglera lagvalet i open source avtalet är av yttersta vikt men har i flera fall ej tagits med av dess författare vilket kan medföra problem beroende på vars lands lag internationella privaträtt som kan uppvisa stora skillnader.

⁸² Konvention om tillämplig lag för avtalsförpliktelser, öppnad för undertecknande i Rom den 19 juni 1980, Ds 1996:7

⁸³ I många fall kan dock amerikansk rätt anses tillämplig. För en utförlig genomgång avseende open source och amerikansk upphovsrätt se: "Open source software licensing", Steven H Lee, Harvard Law School, 2000. Se: <http://eon.law.harvard.edu/openlaw/gpl.pdf>

Får licenstagaren upphovsrätt till modifikationerna?

Den svenska upphovsrätten präglas, som nämnts ovan, av avtalsfrihet. Detta gäller dock endast i begränsad omfattning avseende den ideella rätten. Dvs. rätten att verket ej skall kränkas samt att upphovsmannens namn skall anges. Vad har detta för betydelse för open source enligt svensk rätt? Jag kommer att belysa detta med ett exempel.

Exempel: A skapar ett program som är upphovsrättsligt skyddat och lägger ut detta på Internet för att kunna laddas ner genom en open source licens. B laddar ner detta program och blir bunden av licensen. B modifierar sedan programmet och skapar en rad nya funktioner till programmet. I enlighet med licensen lägger även B ut sin version på nätet under samma open source licens. Fråga: Vilka rättigheter har B till de modifikationer denna har gjort?

Först och främst har person B rätt att använda, kopiera, modifiera och distribuera programmet enligt licensen. Om person B endast erhållit ett exemplar till verket utan de i licensen angivna rättigheterna hade dennes rättigheter begränsats av URL med undantag för 26g och 26h §§. I person A:s rättigheter finner vi rätten, enligt 4 § URL, att all sorts andrahandsverk kräver upphovsmannens samtycke. Såsom andra-handsverk avses översättningar och bearbetningar etc. Finns inte ett sådant samtycke har B gjort intrång i A´s upphovsrätt.

I detta fall har dock Person A tillåtit att Person B får modifiera programmet. Person B har således haft rätt att utföra en modifikation till originalverket. 4 §

behandlar endast bearbetningar vilket enligt förarbetena innebär översättningar eller överföring till en annan konstform. Jag anser dock att detta även bör omfatta mer avancerade modifieringar av ett verk. Syftet med regeln är ju snarare att sätta en miniminivå på vilka modifieringar som kan uppnå skydd. Person B erhåller upphovsrätt till sin modifiering, såvida modifieringen är resultatet av en individuell skapande verksamhet, men denna upphovsrätt är beroende av den ursprungliga upphovsrätten. Att person B erhåller upphovsrätt till sina modifieringar innebär två potentiella komplikationer för svensk tillämpning på open source

Namnangivelsesrätten.

Den licens Person B har med den ursprungliga innehavaren innebär ju att denne har givit upp de ekonomiska rättigheterna till sitt verk. Detta avtal är ju visserligen författat innan modifieringen är gjord men detta är tillåtet enligt svensk rätt under förutsättning att rättsförhållandet kan överblickas.⁸⁴

Men enligt svensk rätt har Person A även ideella rättigheter och dessa kan ej efterges annat än i begränsad omfattning. Kräver då svensk rätt att samtliga upphovsmän skall namnges i open source projekt? Ifall detta skulle vara fallet skulle ett projekt av GNU/Linux storlek kräva en omfattande administrativ organisation vilket inte är önskvärt ur open source perspektiv.

⁸⁴ Koktedgaard/Levin s 95

I SOU 1985:51 s 93f anges att vad gäller datorprogram kan god sed angående namn-angivelser anses vara av begränsad omfattning då programskaparens intresse snarast är av ekonomisk art. Detta kan dock svårligen anses gälla vid open source programmering då den uteslutande drivkraften sådana projekt ej är av ekonomisk art utan snarare av renommékaraktär. Men samtidigt nämns i SOU 85:51 att i programmeringsprojekt där personkretsen är bred och skiftande skall även detta inverka på vad som skall anses vara god sed. I ett sedvanligt open source projekt, där dessa förutsättningar klart är uppfyllda, kan det alltså anses innebära god sed att begränsa namnangivelserätten. Svensk rätt hindrar därför inte att A, i licensavtalet, efterger sin rätt att bli namngiven och kommer därför ej heller att innebära en administrativ börda för ett svenskt open source projekt.

Licensgivning

Om programmet tillkommit genom person A:s ursprungsprogram och person B:s bearbetning och den sistnämnda vill distribuera programmet vidare. Vilka är parter i det nya avtalet?

Detta avtal kommer naturligtvis att slutas mellan den nya licenstagaren, person C, och person B efter att person C exempelvis laddat ner programmet från person B:s hemsida etc. Men person B har endast har en beroende rätt till sin modifikation vilket innebär att person B inte kan förfara fritt med programmet utan att detta endast får distribueras efter tillåtelse från person A. Har sådan tillåtelse givits?

Open source licenserna måste, enligt min åsikt, förstås

på följande sätt. Genom att man väljer att lägga ut ett program via en sådan licens så innefattar även detta beteende att man därmed godtar att distribution i senare led sker. Det är en naturlig del av ett open source projekt att detta kan fortgå utan att medgivande krävs från varje tidigare bidragsgivare till projektet.

Två saker bör uppmärksammas i detta sammanhang.

Först och främst att detta medgivande har utformats olika i de olika licenserna. GPL/NPL ställer krav på i vilka situationer underlicensiering är tillåten, vilka krav som måste uppfyllas exempelvis vad gäller vilken licens som får användas etc. Licenser av BSD-typ ger däremot ett vidsträckt medgivande avseende i vilka situationer person B tillåts underlicensiera.

För det andra så har ursprungsrättsinnehavaren kommit, i ett flertal av licenserna, att agera som om den vore avtalspart. Ett exempel på detta är art 7 i GPL som stadgar att licenstagarna ej är ansvariga för att upprätthålla avtalen genom att använda sanktioner eller liknande åtgärder. Detta anser jag har även givit upphov till en felaktig föreställning att avtalsparterna skulle vara ursprungsrätts-innehavaren på ena sidan och samtliga licenstagare på andra sidan samt att de som modifierar programmen ej skulle erhålla någon som helst upphovsrätt.⁸⁵ Detta anser jag dock ej, med utgångspunkt i det ovanstående resonemanget, är fallet i svensk rätt.

⁸⁵ Det skall dock understrykas att författarna till dessa inlägg ofta har amerikansk rätt som utgångspunkt för deras analyser och åsikter.

Oskälighet

Standardavtal inom dataområdet brukar kritiseras för att vara alltför förmånliga för den part som formulerat avtalet. Vanligtvis så har de licensavtal som funnits inom data och IT området starkt utökat det skydd vilket upphovsmannen besitter i jämförelse med lagstiftningen.⁸⁶ I fallet med de standardiserade avtalen inom open source är det ofta tvärtom.

Upphovsrättsinnehavaren ger bort samtliga av sina ekonomiska rättigheter utan att i många fall erhålla ekonomisk kompensation för detta. Generellt kan det alltså sägas att oskälighetsaspekten på open source avtal ej kan göras gällande med framgång. Inte heller licenstagarens situation kan anses oskäligen. Denne erhåller ju upphovsrätt till modifieringarna men är ofta i sin tur tvungen att fortsätta licensiera ut dessa modifieringar via open source. För att bedöma oskälighet enligt 36§ AvtL skall man enligt Grönfors sätta förevarande avtalsvillkor i relation till vad som anses normalt eller annars vad som kan anses skäligt.⁸⁷ Att anse open source avtal såsom oskäligen i denna aspekt tycker jag verkar i högsta grad orimligt. Upphovsrätten präglas av avtalsfrihet och att överlåta eller på annat sätt avtala bort sin upphovsrätt är vanligt förekommande och kan svärigen anses oskäligen. Inte heller anser jag att det då kan vara oskäligen ifall någon väljer att avtala bort upphovsrätten mot att denne i gengäld för använda, nyttja och modifiera en produkt denna annars inte haft tillgång till.

⁸⁶ Framförallt avseende kompilation och reverse engineering, se "Gränserna för nyttjanderätten till standardprogram", Thomas Riesler, Sthlms universitet 1995, s55

⁸⁷ Ramberg/Hultmark s 192

Men det finns självfallet klausuler i dessa avtal som man ur svensk synvinkel kan ifrågasättas.

Samtliga licenser innehåller omfattande friskrivningsklausuler. En vanlig formulering är att ingen person inblandad i dessa projekt kan göras ansvarig för vilken skada som än må uppkomma genom användandet av programmet eller genom att programmet ej kan användas. Godtar svensk rätt en sådan formulering? De krav som svensk rätt vanligtvis ställer på friskrivningar är att de skall vara klara och tydliga.⁸⁸ Open source licensers friskrivningar är snarast vidsträckta och generella vilket gör att deras tydlighet och klarhet i många fall kan ifrågasättas. Men de speciella omständigheter som kringgärdar open source innebär enligt mig att dessa friskrivningar får anses vara gällande. Framförallt erbjuds programmen ofta gratis eller till låga priser. Detta innebär att de förväntningar mottagaren kan ha är ofta starkt begränsade. Mottagaren är dessutom medveten om hur produkten kommit till, dvs. att ett stort antal producenter deltagit och att kvalitetskontrollen kan ha varit mindre noggrann.

Även skiljeklausuler börjar dyka upp i dessa licenser. Hittills har jag endast sett detta i några få licenser men det lär bli ett vanligare inslag ju längre kommersialiseringen av open source går.⁸⁹ Skiljeklausuler behöver givetvis inte vara oskäligen men svensk rätt har generellt en motvillig syn på skiljeklausuler i konsumentförhållanden. I den nya lagen om skiljeförfaranden 6 § stadgas att om tvisten

⁸⁸ Ramberg/Hultmark s 251

⁸⁹ Exempelvis NPL art 11

står mellan en näringsidkare och en konsument avseende en nytthet som tillhandahållits för huvudsakligen enskilt bruk, får ett skiljeavtal inte göras gällande, om det träffats innan tvisten uppstod.⁹⁰

Kompabilitet

Kompabilitet är en egenskap som vi främst finner hos GPL och något som behöver uppmärksammas i de fall en licens skall användas i större projekt. Art 11 i GPL förbjuder att delar av program, som är licensierade under GPL, inkorporeras i program som lyder under andra licenser. Detta har varit ett problem för ett flertal projekt där man velat sammanföra två projekt men där detta visat sig omöjligt beroende på GPL:s utformning beträffande kompabilitet. Uppmärksamhet bör riktas mot dessa klausuler då de kan bidra till samarbetsproblem inom open source. Lösningen på problemet har varit att många projekt har dubbellicensierat sina program. Ett exempel på detta är norska Trolltech som numera har dubbellicensierat QT. Nya licenstagare kan alltså få programmet licensierat med GPL och därmed integrera detta program i andra GPL-baserade program.

Avtalsbrott/Intrång

Hur avtalsbrott/intrång skall bedömas är givetvis en intressant fråga avseende open source licenser. Om jag laddar ner ett program som är licensierat enligt en open source licens och jag bryter mot licensavtalet - vilka sanktioner riskerar jag?

⁹⁰ SFS 1999:116

Först och främst är det viktigt att skilja mellan avtalsrätt och upphovsrätt. Denna skiljelinje är inte alltid lätt att dra men det som rör upphovsrättens omfång samt intrång i densamma skall givetvis bedömas utifrån det upphovsrättsliga sanktions-systemet. Klausuler i licensen som rör förhållanden mellan parterna och som inte rör upphovsrätten skall bedömas efter avtalsrättens sanktionssystem.

Avtalsmässigt skall ju parternas mellan-havanden följa av avtalet. Om någon av parterna ej uppfyller avtalet och ej heller kan ursäktas av någon ansvarsbefriande omständighet föreligger ett kontraktsbrott.⁹¹

Såvida inget annat framgår av avtalet så berättigar ett avtalsbrott den andra parten att häva avtalet samt att begära skadestånd, vilket skall uppgå till samma ekonomiska läge som denne skulle ha befunnit sig i om fullgörelse skett. Vad gäller hävning förutsätter detta generellt ett väsentligt avtalsbrott. Viktigt att påpeka i detta fall är att många av avtalen innehåller en klausul som stadgar att om någon part avviker ifrån de rättigheter och skyldigheter som framgår av avtalet så upphör dennes rättigheter enligt avtalet omedelbart eller inom en viss angiven tidsperiod.⁹²

En sådan klausul är enligt proposition 88/89:85 s 15 helt i enlighet med svensk rätt. Allt användande av programmet efter sagda tidpunkt kommer således att innebära intrång i upphovsmannens rättigheter. Vad gäller skadestånd är detta en mer svårtillämpad sanktion i dessa sammanhang. Då många projekt drivs

⁹¹ Ramberg/Hultmark s 39

⁹² Exempelvis art 8 i NPL som föreskriver en 30 dagars uppsägningsperiod.

utan någon monetär inblandning så innebär detta samtidigt att ekonomiska förluster etc. kan vara svårt att uppmäta.

Vad gäller den immaterialrättsliga delen så aktualiseras den svenska upphovsrättsliga lagstiftningens sanktionsbestämmelser. De sanktioner som då kan bli aktuella är inledningsvis ett förbud att använda verket vilket kan kombineras med ett vite. Straff kan ådömas den som uppsåtligen eller av grov vårdslöshet gjort intrång i annans verk. Skadestånd kan komma ifråga vid obehörigt utnyttjande men även vid andra intrång än utnyttjande. Skadeståndsberäkningen skall beakta såväl den ekonomiska som ideella betydelsen för den drabbade.⁹³ Även andra sanktioner såsom inlösen, ändring och förstöring av olagliga exemplar kan komma ifråga.

Här finner vi en annan syn på skadeståndet än vad som är fallet enligt avtalsrätten. Här skall även ideella hänsyn tagas vilket kan ha stor inverkan på dessa sorters avtal. Dessa sanktioner är ej heller beroende av att man skall vara avtalsparter. Istället kan alla de personer som varit inblandade i projekten och som eventuellt därigenom erhållit upphovsrätt till bearbetningar och modifikationer förutsatt att dessa har drabbats av intrånget och vars rättigheter blivit kränkta, söka dessa sanktioner. I många fall kommer dock den ursprunglige upphovsrättsinnehavaren att fungera som talesman för samtliga dessa intressenter enligt licensernas utformning.

⁹³ Prop 1960:17 s 50

Ursprungsrätten

En intressant aspekt på dessa licensers konstruktion är den ställning som den ursprungliga upphovsrättsinnehavaren intar. Denne är ju den ursprunglige avgivaren av licensen och är därvid den vilken licensiering utgår ifrån. Den ursprunglige upphovsrättsinnehavaren kan alltså *själv* bryta mot licensavtalet då denne ej är bunden av vad avtalet stadgar. Att denne inte är bunden kan anses vara en självklarhet men ändå bör uppmärksammas då open source projekt i många fall följer ett något annat mönster än sedvanlig licensgivning. I ett open source projekt kan det vara så att den ursprunglige upphovsrättsinnehavaren endast har bidragit med en marginell del av projektets volym. Denne kan vidare ha slutat arbeta i projektet vilket har drivits vidare av andra personer. Men denne person befinner sig i en särställning vilket är viktigt att komma ihåg för de personer som engagerar sig i ett projekt.

Ett tydligt exempel på detta när detta till och med har blivit avtalsinnehåll är NPL. I enlighet med denna så omfattas Netscape visserligen av licensen (vilket ej framgår av GPL) men har samtidigt rätt att inkorporera andras modifikationer i upphovsrättsligt skyddade program. Detta ledde till hård kritik från framförallt FSF för dess inkompatibilitet med de grundläggande tankarna bakom open source men klausulen finns fortfarande kvar.

Praktisk analys

Som ovan visats är licenserna inom detta område av

högst skiftande karaktär. Alltifrån fyrradiga avtal till fullödiga juridiska avtal av amerikansk modell.

En första fråga i denna analys är således: hur påverkar licensens utformning projektets framgång?

Faran vid en juridisk analys av open source är att man tenderar att ta fundamentet för open source för givet, nämligen programmerarna. Utan dessa så kommer inget open source projekt att kunna fortsätta att utvecklas och därmed är förut-sättningarna för framgång borta. Dessa programmerare drivs ej, vilket jag tidigare visat, av direkta ekonomiska motiv. De får inget betalt för sitt arbete och rubbar därigenom vår grundläggande ekonomiska syn på hur ekonomisk utveckling och motivation sker.

Gruppen av programmerare är dock ej någon homogen massa och idag finner vi att pro-programmerarkollektivet består av allt ifrån de ursprungliga idealisterna till de mer pragmatiskt och kommersiellt inriktade programmerarna. Viktigt att komma ihåg är att open source är en relativt ny företeelse. Grundläggande är de värderingar som ligger till grund för free software. Men då det idag finns en större variation emellan programmerare kommer dessa att med olika utgångspunkter bedöma de olika projekten för att avgöra vilket av alla dessa projekt som är värt att investera tid och ansträngning i.

Jag anser att en av de faktorer som påverkar detta val är vilken licens som används i de olika projekten. Naturligtvis skulle en undersökning av detta slag kräva större utrymme än vad som erbjuds i denna uppsats men några viktiga generella slutsatser går att dra från

de exempel jag givit ovan på praktisk tillämpning av open source.

På ena sidan finns Apache-projektet, som är ett av de mest framgångsrika projekten vad avser antal användare och bidragsgivare. Projektet är helt fritt från kommersiella inslag och använder Apachelicensen vilken är en av de mer fria licenserna. Linux, vilket även det är ett lyckat open source projekt, har visserligen kommersiella inslag, exempelvis företag som Red Hat etc., men är licensierad under GPL vilken är en väl accepterad licens inom open source kretsar. Båda dessa projekt har lockat mängder av programmerare att vidareutveckla programmen.

På andra sidan finner vi t.ex. NPL och SUN. De fria licenserna av BSD och Apache-typ samt GPL är författade av programmerare. Netscape och SUN:s licenser är däremot författade av jurister. Den utförliga juridiska strukturen har ej mottagits positivt av programmerare inom open source. Netscape och SUN har ej haft den framgång de båda eftersträvade med open source. Netscapes Mozilla-browser går långsamt fram i utvecklingen beroende på att få har anmält sitt intresse för att bidra till projektet. Inte heller SUN har uppnått avsedd effekt. Programmerarna har ej anslutit sig till detta projekt i den utsträckning som SUN ville.

En första anledning till skillnaden mellan projektens framgång kan troligtvis återfinnas i graden av kommersialism. Netscape och SUN är stora mjukvaruaktörer som från början betraktades med skepsis då de gav sig in på open source. Det är då naturligt att det blir svårare att få programmerare att

ansluta sig till projekt som drivs av ett företag och jämfört med ett frivilligt open source projekt.⁹⁴

Jag anser dock att detta ej återspeglar hela sanningen. Företag som IBM har engagerat sig i exempelvis Apacheprojektet och detta engagemang har tagits på allvar av programmerare inom open source.⁹⁵ Vad det däremot visar tydligt är att stora kommersiella företag har en svårare utgångsposition som bör tas med i den analys som behöver göras innan man startar ett open source projekt.

En andra anledning anser jag vara licensernas innehåll. Netscape och SUN har kritiserats hårt för den speciella karaktär som de båda företagens licenser har. De är båda protektionistiska till sin karaktär och innehåller restriktivare regler avseende uppgivandet av upphovsrätt. Raymond, som under flera år har undersökt open source rörelsen, menar att motsättningarna främst beror på de kommersiella aspekterna. Detta anser inte jag, då det numera återfinns pragmatiska programmerare och ett flertal fungerande open source projekt som faktiskt är kommersiella.

Det kommersiella behöver inte nödvändigtvis innebära att man behöver använda en mer strikt licens. De ovan nämnda licenserna har även begränsat vissa grundläggande rättigheter som återfinns inom programmerarkulturen. I SUN:s fall kan nämnas

⁹⁴ Jaffe, Don't Close the Book on Netscape's Open-Source , s1
Återfinns på: www.businessweek.com/bwdaily/dnflash/apr1999/nf90421d.htm

⁹⁵ Foley ,The open source pretenders, se:
<http://www.zdnet.com/zdnn/stories/news/0,4586,2487092,00.html>

förbudet mot forking. Visserligen uppfattas forking generellt som en negativ företeelse men Raymond jämför exempelvis forking med strejkrätten. Även om vi inte utnyttjar den speciellt ofta så är det något som en programmerare anser sig ha rätt att göra. En begränsning av denna rätt utgör således en alltför stor inskränkningen i programmerarens frihet.

Det finns en kultur inom free software men även inom open source som vilar på den ideologi som jag beskrivit i de ovanstående kapitlen. Att frångå kulturen upplevs som ett brott mot traditioner och normer inom ett samhälle av människor som har ett speciellt sätt att se på information och hur denna skall delas för det gemensamma bästa. Denna uppfattning skiljer sig starkt ifrån de regler som återfinns inom den sedvanliga upphovsrätten. Att inte sätta sig in i denna innan man påbörjar ett open source projekt kan medföra att projektet ej kommer att utvecklas på det som avsetts. Frihetsaspekten på open source är ett mycket viktigt inslag som måste respekteras. Ju öppnare ett projekt är desto mer intresse drar projektet till sig. Vill ett kommersiellt företag initiera ett open source projekt måste frihetsaspekten klart framgå av företagets marknadsföring gentemot programmerare. Förmodligen krävs en tydligare röst än andra projekt. Då jag läst otaliga inlägg i newsgrupper och andra inlägg i den pågående open source debatten har jag funnit att den vanligaste uppfattningen är att licensen skall vara enkel och lättförståelig. I de fall licenserna har varit för "juridiska" eller för omfattande har det varit en vanlig uppfattning att personen som utgivit licensen har något att dölja eller att det krävs en jurist som sitter bredvid dig under tiden du programmerar.

Ur ett företags perspektiv är det visserligen svårt att fullt ut acceptera att kontrollen försvinner ur projektet. Detta är den huvudsakliga anledningen till att alternativa licenser har använts. Ovan har jag visat på att såväl SUN som Trolltech har reviderat sin ståndpunkt gentemot open source. Trolltech har dubbellicensierat QT medan SUN har lagt ut StarOffice paketet på GPL.

En intressant fråga är hur företagsprojekten hade sett ut om GPL/BSD licenser använts redan från början. Dessa licenser som är mer godtagna av open source samhället skiljer sig de facto endast marginellt i jämförelse med exempelvis NPL och SUN. Om syftet är att starta ett open source projekt är exempelvis GPL en bra licens. Vill man ej släppa så mycket kontroll som dessa licenser gör så kan du överväga mer strikta licenser. Min åsikt är dock att om Netscape och SUN initialt hade valt mer öppna licenser så hade projekten nått större framgång. De hade då fått begränsa sina krav på projektets utformning men hade å andra sidan kunnat njuta frukterna av open source. Vid författandet av en licens måste man alltså behärska två parallella normsystem. Den sedvanliga upphovsrätten och open source kulturen. Utan denna förståelse riskerar projektet att drabbas av kulturens oskrivna sanktionssystem – impopularitet.

En intressant frågeställning i detta sammanhang är vilken betydelse licensens innehåll och bokstav har för upprätthållandet av licensens syfte?

I USA, där dessa licenser använts sedan 80 talet, har det hittills ej förekommit någon tvist i domstol rörande open source licenser.⁹⁶

Steven Lee har i en artikel angående open source licenser undersökt apachelicensen som tillåter en stor handlingsfrihet. Trots detta har många stora bidragsgivare, exempelvis IBM, handlat i enlighet med vad som allmänt kan anses vara open source kultur snarare än licensens bokstav.⁹⁷ Lee har i sin undersökning funnit att den grundläggande kultur, som ovan beskrivits, ofta genomsyrar projekten. De fria licenserna där i stort sett allt är tillåtet har ej utnyttjats i någon märkbar utsträckning utan dessa uppvisar till stor del att licensen spelat mindre betydelse än vad som generellt anses ingå i begreppen free software och open source.

Men självklart kan man inte vara för godtrogen vad gäller detta. Open source blir alltmer kommersiellt och alla personer inblandade i dessa projekt delar inte de ursprungliga altruistiska tankarna.

Jag anser att innan man startar ett open source projekt bör man alltså noga analysera vilka vinster man anteciperar att detta kommer att medföra och medvetet väga detta mot det försvar och den kontroll som man eftersträvar. Denna analys bör ske mot bakgrund av vilken typ av organisation man representerar och vilken typ av projekt det är frågan om. Utifrån denna analys får val av licens ske med utgångspunkt i de synpunkter jag ovan redovisat.

⁹⁶ <http://eol.law.harvard.edu/openlaw/gpl.pdf>

⁹⁷ Leonard, open season, s 1f

Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

Praktiska Råd

Sammanfattningsvis ger jag några praktiska råd till den som står inför ett uppstartande av ett open source projekt.

- *Bundenhet*

Oavsett om du tänker distribuera programvara fysiskt, genom försäljning, eller genom Internet är *tydlighet* av yttersta vikt.

Väljer du fysisk distribution, dvs. försäljning av programvara genom butiksförsäljning, så räcker det inte med att licensen bifogas i programvaran eller återfinns vid installation av programvaran. För att licensen skall bli gällande bör du instruera dina återförsäljare att de informerar vad licensen innebär till eventuell köpare. Kunden skall informeras avseende licensen *innan* avtalsslutet. Detta kan exempelvis ske genom att klausulen tas med på kontraktet som köparen undertecknar.

Väljer du distribution via Internet finns det stora möjligheter att få licensen gällande. Gör tydliga hänvisningar då programvaran skall beställas eller laddas ner. Komplettera med en hyperlänk till ett gällande avtal. Komplettera gärna med ett klicksystem där kunden uppmanas att läsa igenom avtalet innan nedladdning/beställning sker.

Genom att genomföra dessa åtgärder garanterar du att

projektet i större omfattning kommer att få den inriktning som du avsåg samtidigt som det betonar seriositeten i projektet. Tydlig information ger ett tydligt projekt. Framförallt gäller detta i Sverige där open source för många är ett okänt begrepp.

- *Innehåll*

Vilken licens bör väljas ur ett juridiskt/ innehållsmässigt perspektiv?

Detta beror på vad du vill uppnå. I uppsatsen går jag mer noggrant igenom juridiska och praktiska aspekter på de olika licenserna men här följer en sammanfattning av de viktigaste aspekterna på dessa licenser:

1. Grundläggande krav ⁹⁸:

- källkoden är fri och tillgänglig
- Licensen hindrar ej att någon distribuerar de program som omfattas av licensen genom att sälja eller ge bort kopior av det ursprungliga programmet eller av modifierade versioner av densamma.
- Licensen tillåter att modifikationer görs av programmet samt att dessa distribueras enligt samma licens.

2. Open source programmet får enligt licensen sammanblandas med material som är upphovsrättsligt skyddat.

⁹⁸ Delvis enligt "the Open source definition"

Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

3. Modifikationer som någon bidrar med måste fortsätta vara open source.
4. Innehåller speciella privilegier för den ursprungliga upphovsrättshavaren.

**Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier**

Licens /Nr:	1	2	3	4
GPL	Ja	Nej	Ja	Nej
BSD/X11/MIT/Apache	Ja	Ja	Nej	Nej
Artistic	Ja	Ja	Nej	Nej
NPL	Ja	Ja	Ja	Ja
MPL	Ja	Ja	Ja	Nej
SUN	Ja	Ja	Ja	Ja
QT	Ja	Ja	Ja	Nej

Som synes finns det variationer mellan licenserna. Framförallt är det två aspekter som framkommer ur detta diagram. Licenserna av BSD typ samt Artistic licensen innehåller ej samma restriktioner som övriga licenser vad gäller huruvida modifikationer skall fortsätta vara open source. Dessa licenser tillåter generellt mer än övriga. Samtidigt ser vi hur NPL och SUN har licenser som innehåller speciella privilegier för upphovsrättshavaren. Samtidigt som de är mer restriktiva. Denna jämförelse visar sig ha stor betydelse för licensens popularitet.

Finns det någon licens du bör se upp med utifrån svensk rätt? Artistic bör ej väljas då denna licens innehåller formuleringar som är otydliga och som lätt kan förbigås.

I övrigt så fungerar dessa licenser väl med svensk rätt. Jag har ej funnit något som skulle innebära allvarliga komplikationer för ett svenskt open source projekt. Visserligen finns det vissa klausuler som kan bedömas oskäligen enligt svensk rätt men dessa är ovanliga och innebär egentligen inga större problem. Överväger du att använda några av de licenser som ej återfinns i denna uppsats kan dock svaret bli ett annat.

- *Praktiskt*

1. Vilken licens bör jag välja ur ett praktiskt perspektiv?

Att starta ett open source projekt rör sig främst om att få en programvara vidareutvecklad. För att kunna göra detta krävs att programmerare finner att projektet är värt mödan. Mot bakgrund av vad som tidigare redovisats bör man innan uppstartandet av ett open source projekt noga analysera vilka vinster som projektet är tänkt att medföra. Val av licens bör ske utifrån följande synpunkter:

- Vilken typ av organisation representerar jag?

Stora företag som tex SUN och Netscape bör vara tydliga i sin marknadsföring gentemot program-merare. De bör även undvika licenser som begränsar friheter eller ger dem själva privilegier eftersom det inte överensstämmer med open source kulturen.

Projekt med en ideell karaktär, exempelvis Apache, har generellt varit mer uppskattade än kommersiella. Glöm inte av open sources karaktär av gävokultur. Det kommersiella open source är ett förhållandevis nytt

fenomen som inte är accepterat av alla. Även här råder jag till en tydlighet i marknadsföring av projektet och att noga överväga om projektet möjligtvis skall ligga under en separat organisation för att inte sammanblandas med övriga kommersiella delar av en organisation.

- Vad vill jag uppnå med open source?

Gör ett medvetet övervägande vilka vinster du vill uppnå med att använda dig av open source. Det viktigaste är att attrahera programmerare som utvecklar. Underskatta inte den effekt som ett populärt open source projekt kan ha för produktens marknadsföring. Ett tydligt exempel på detta är Linux som har nått stora marknadsandelar utan att spendera ett öre i marknadsföring. Väg dessa fördelar noga gentemot det behov du anser dig ha av speciella privilegier eller begränsning av programmerarnas frihet och var medveten om de eventuella effekter som detta val medför.

2. Kan jag författa min egen licens?

Att författa en egen licens är självfallet ett alternativ för dig som vill undvika några av de problem jag visat i arbetet, exempelvis kompatibilitet, eller för att lägga till något som saknas, exempelvis en lagvalsklausul.

Det finns numera ett stort antal licenser som används för specifika projekt. Som jag ovan angivit bör du noga tänka igenom vilka fördelar du kan erhålla genom att författa en egen licens jämfört med att använda någon av de redan etablerade licenserna. Min

Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier

rekommendation är dock att undvika att författa en egen licens och istället använda någon av de mer accepterade licenserna, exempelvis GPL.

Källförteckning

Offentligt Tryck

SOU 1956:25 "Upphovsmannarätt"

SOU 1985:51 "Upphovsrätt och datorteknik"

Prop. 1988/89:85 "Om ändringar i de im-materialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet mm"

Prop. 1992/93:48 "Om ändringar i de im-materialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet mm"

Prop 1960:17 "Med förslag till lag om upphovsrätt till litterära verk och konstnärliga verk mm"

Artiklar & Böcker

Bona Chris de, Introduction, Ur Open sources, 1999.

Bryneson Mattias, Inkorporering av standardavtal vid elektronisk handel, Examensarbete vid juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet. 1998

Clark Jim, Netscape time, New York 1999

**Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier**

Foley Mary Jo, The open source pretenders,
Nättidskrift: ZD Net, 29 mars 2000

Hecker Frank, Setting up shop – the business of
open source software, maj 1998

Hellner Jan, Kommersiell avtalsrätt, 4
upplagan, Stockholm

Hultmark Christina, Elektronisk handel och
avtalsrätt, Stockholm 1998

Jaffe Sam, Don't Close the Book on Netscape's
Open-Source, Tidskrift: Businessweek, April
1999.

Koktvedgaard Mogens / Levin Marianne,
Lärobok i Immaterialrätt, 4 uppl, Stockholm
1996.

Lee Steven H, Open source software licensing,
Harvard Law School, April 1999

Leonard Andrew, Open season, Tidskrift:
Wired, Maj 99

Lerner Josh / Tirole Jean, The simple
economics of open source, working paper 7600,
Cambridge, mars 2000. (NBER Working paper
series)

Levin Marianne och Nordell Per-Jonas, Handel
med immaterialrätt, Stockholm, 1996.

**Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier**

Long Roderick T, The libertarian case against intellectual property rights, Tidskrift: Formulations 1995

Martin Maurisce, No-cost software can bring unexpected dividends, Tidskrift: Washington business journal, 21 May 1999

Moglen Eben, Free Software and the death of copyright, Rom 1999

Olsson Henry, Copyright, 5 uppl, 1994, Stockholm

Pappinen Lauri, Öppen källkod som ny affärsmodell, Nättidskrift: Pagina net news 12 December 1998

Pawlo Mikael, Shrinkwrap- och clickwrap-avtal i svensk och internationell rätt, publicerad i Nordiskt immateriellt rättsskydd, NIR, häfte 1 1999 Årgång 68

Perens Bruce, The open source definition, 1999 Ur: Open sources, 1999

Plamondon Scott, SUN releases Java 2 source code, Nyhetstjänst: CNN, 8 Mars 1999

Potter Shawn W, Opening up to open source, Tidskrift: The Richmond journal of law and technology, vol VI, issue 5, varen 2000

Ramberg Jan / Hultmark Christina, Allmän Avtalsrätt, 5 uppl, Stockholm 1999

**Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier**

Raymond Eric S , A brief history of Hackerdom,
1999. Ur: Open sources, 1999

Raymond Eric S, The cathedral and the bazaar,
1st edition, Sebastopol 1999

Reichard Kevin, Trolltech to release QT under
GPL, Nättidskrift: Linuxplanet, 4 september
2000

Riesler Thomas, Gränserna för nyttjanderätten
till standardprogram, IRI rapport 1995:3,
Stockholms universitet.

Stallman Richard, The BSD License Problem,
www.fsf.org, Augusti 1998

Stallman Richard, The GNU operating system
and the free software foundation, 1999. Ur:
Open sources, 1999.

Stallman Richard, Various Licenses and
comments about them, www.fsf.org, Augusti
2000

Stallman Richard, Why software should not
have owners, se www.fsf.org

Tomter Line M, Norsk selskap trollbinder -
Trolltech vinner terreng verden over,
Nättidskrift: Itavisen, 11 aug 2000

Torvalds Linus, The Linux edge, 1999. Ur Open
sources, 1999

**Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier**

Wallerstein mfl, Global dimensions of intellectual property rights in science and technology, 1993, Washington DC

Watson Brett, Philosophies of free software and intellectual property, 10 februari 1999

Weiss Todd R / Copeland Lee, StarOffice open-source code released to rocky start, Nyhetstjänst: CNN, 17 Oktober 2000

West Jonathan, The open source movement, Nättidskrift: PcSnap, 25 Maj 2000

Hemsidor

Samtliga hemsidors existens kontrollerad: 2001-01-10.

www.fsf.org

www.openresources.com

www.redhat.com

www.nasdaq.com

www.aladdin.com

www.opensource.org

www.apache.org

www.x.org

www.digicool.com

**Open source – Ur ett praktiskt juridiskt perspektiv
Ensamrätter i ny miljö – tre seminarier**

www.devshed.com/Server_Side/Zope

www.trolltech.com

www.zope.org

www.perl.com

www.oreilly.com

www.netcraft.com/survey/

www.freeworldlicence.org

techdeals.findlaw.com

Bilaga 1 – Definitioner

(Källa: Nya dataordboken, Ulf Lingärde, 6:e utgåvan, 2000, Stockholm)

Mjukvara Alternativt software. Program till datorer i största allmänhet.

Hårdvara Maskinvara, dvs hårddisk, cd-spelare, kretskort och kablar etc

Shareware Fritt tillgänglig vara där programmet är begränsat till innehåll eller tid.

Freeware Gratis program. Skall ej sammanblandas med Public Domain eller Open source

Unix Ett operativsystem

Källkod Den programkod som program-meraren eller vissa typer av kod-generatorer framställer. Läsbar av människan. Källkoden kompileras i en kompilator till maskinkod som datorn förstår.

Operativsystem Systemprogramvara som administrerar datorns interna verksamhet. Till exempel: Windows, Unix, MVS, Linux etc.

Kernel Operativsystemets mest centrala del.

Forking Forking innebär att ett programmeringsprojekt delas upp och således fortsätter i två olika riktningar. Detta sker vanligtvis efter menings-

skiljaktigheter beträffande projektets framtid.

Objektkod	Källkod som kompilerats till maskinkod.
Gränssnitt	Alternativt Interface. Hur något förhåller sig till omvärlden.
Linux GNU/Linux	Kernel för operativsystemet
LGPL	Lesser GNU Public License
GNU	Gnu´s not Unix -
GPL	GNU Public License
NPL	Netscape Public License
URL	Upphovsrättslagen SFS 1960: 729
FSF	Free software foundation
BSD	Berkeley System Distribution
MPL	Mozilla Public License
OSD	Open Source Definition
QPL	Qt Public License

Bilaga 2 – Exempel på licens (GPL)

[GNU GENERAL PUBLIC LICENSE](#)

Version 2, June 1991

Copyright (C) 1989, 1991 Free Software Foundation,
Inc.

59 Temple Place - Suite 330, Boston, MA 02111-1307,
USA

Everyone is permitted to copy and distribute verbatim
copies of this license document, but changing it is not
allowed.

[TERMS AND CONDITIONS FOR COPYING, DISTRIBUTION AND MODIFICATION](#)

0. This License applies to any program or other work
which contains a notice placed by the copyright holder
saying it may be distributed under the terms of this
General Public License. The "Program", below, refers to
any such program or work, and a "work based on the
Program" means either the Program or any derivative
work under copyright law: that is to say, a work
containing the Program or a portion of it, either
verbatim or with modifications and/or translated into

another language. (Hereinafter, translation is included without limitation in the term "modification".) Each licensee is addressed as "you".

Activities other than copying, distribution and modification are not covered by this License; they are outside its scope. The act of running the Program is not restricted, and the output from the Program is covered only if its contents constitute a work based on the Program (independent of having been made by running the Program). Whether that is true depends on what the Program does.

1. You may copy and distribute verbatim copies of the Program's source code as you receive it, in any medium, provided that you conspicuously and appropriately publish on each copy an appropriate copyright notice and disclaimer of warranty; keep intact all the notices that refer to this License and to the absence of any warranty; and give any other recipients of the Program a copy of this License along with the Program.

You may charge a fee for the physical act of transferring a copy, and you may at your option offer warranty protection in exchange for a fee.

2. You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program, and copy and distribute such modifications or work under the terms of Section 1 above, provided that you also meet all of these conditions:

a) You must cause the modified files to carry prominent notices stating that you changed the files and the date of any change.

b) You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License.

c) If the modified program normally reads commands interactively when run, you must cause it, when started running for such interactive use in the most ordinary way, to print or display an announcement including an appropriate copyright notice and a notice that there is no warranty (or else, saying that you provide a warranty) and that users may redistribute the program under these conditions, and telling the user how to view a copy of this License. (Exception: if the Program itself is interactive but does not normally print such an announcement, your work based on the Program is not required to print an announcement.)

These requirements apply to the modified work as a whole. If identifiable sections of that work are not derived from the Program, and can be reasonably considered independent and separate works in themselves, then this License, and its terms, do not apply to those sections when you distribute them as separate works. But when you distribute the same sections as part of a whole which is a work based on the Program, the distribution of the whole must be on the terms of this License, whose permissions for other licensees extend to the entire whole, and thus to each and every part regardless of who wrote it.

Thus, it is not the intent of this section to claim rights or contest your rights to work written entirely by you; rather, the intent is to exercise the right to control the

distribution of derivative or collective works based on the Program.

In addition, mere aggregation of another work not based on the Program with the Program (or with a work based on the Program) on a volume of a storage or distribution medium does not bring the other work under the scope of this License.

3. You may copy and distribute the Program (or a work based on it, under Section 2) in object code or executable form under the terms of Sections 1 and 2 above provided that you also do one of the following:

a) Accompany it with the complete corresponding machine-readable source code, which must be distributed under the terms of Sections 1 and 2 above on a medium customarily used for software interchange; or,

b) Accompany it with a written offer, valid for at least three years, to give any third party, for a charge no more than your cost of physically performing source distribution, a complete machine-readable copy of the corresponding source code, to be distributed under the terms of Sections 1 and 2 above on a medium customarily used for software interchange; or,

c) Accompany it with the information you received as to the offer to distribute corresponding source code. (This alternative is allowed only for noncommercial distribution and only if you received the program in object code or executable form with such an offer, in accord with Subsection b above.)

The source code for a work means the preferred form

of the work for making modifications to it. For an executable work, complete source code means all the source code for all modules it contains, plus any associated interface definition files, plus the scripts used to control compilation and installation of the executable. However, as a special exception, the source code distributed need not include anything that is normally distributed (in either source or binary form) with the major components (compiler, kernel, and so on) of the operating system on which the executable runs, unless that component itself accompanies the executable.

If distribution of executable or object code is made by offering access to copy from a designated place, then offering equivalent access to copy the source code from the same place counts as distribution of the source code, even though third parties are not compelled to copy the source along with the object code.

4. You may not copy, modify, sublicense, or distribute the Program except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to copy, modify, sublicense or distribute the Program is void, and will automatically terminate your rights under this License. However, parties who have received copies, or rights, from you under this License will not have their licenses terminated so long as such parties remain in full compliance.

5. You are not required to accept this License, since you have not signed it. However, nothing else grants you permission to modify or distribute the Program or its derivative works. These actions are prohibited by law if you do not accept this License. Therefore, by

modifying or distributing the Program (or any work based on the Program), you indicate your acceptance of this License to do so, and all its terms and conditions for copying, distributing or modifying the Program or works based on it.

6. Each time you redistribute the Program (or any work based on the Program), the recipient automatically receives a license from the original licensor to copy, distribute or modify the Program subject to these terms and conditions. You may not impose any further restrictions on the recipients' exercise of the rights granted herein. You are not responsible for enforcing compliance by third parties to this License.

7. If, as a consequence of a court judgment or allegation of patent infringement or for any other reason (not limited to patent issues), conditions are imposed on you (whether by court order, agreement or otherwise) that contradict the conditions of this License, they do not excuse you from the conditions of this License. If you cannot distribute so as to satisfy simultaneously your obligations under this License and any other pertinent obligations, then as a consequence you may not distribute the Program at all. For example, if a patent license would not permit royalty-free redistribution of the Program by all those who receive copies directly or indirectly through you, then the only way you could satisfy both it and this License would be to refrain entirely from distribution of the Program.

If any portion of this section is held invalid or unenforceable under any particular circumstance, the balance of the section is intended to apply and the

section as a whole is intended to apply in other circumstances.

It is not the purpose of this section to induce you to infringe any patents or other property right claims or to contest validity of any such claims; this section has the sole purpose of protecting the integrity of the free software distribution system, which is implemented by public license practices. Many people have made generous contributions to the wide range of software distributed through that system in reliance on consistent application of that system; it is up to the author/donor to decide if he or she is willing to distribute software through any other system and a licensee cannot impose that choice.

This section is intended to make thoroughly clear what is believed to be a consequence of the rest of this License.

8. If the distribution and/or use of the Program is restricted in certain countries either by patents or by copyrighted interfaces, the original copyright holder who places the Program under this License may add an explicit geographical distribution limitation excluding those countries, so that distribution is permitted only in or among countries not thus excluded. In such case, this License incorporates the limitation as if written in the body of this License.

9. The Free Software Foundation may publish revised and/or new versions of the General Public License from time to time. Such new versions will be similar in spirit to the present version, but may differ in detail to address new problems or concerns.

Each version is given a distinguishing version number. If the Program specifies a version number of this License which applies to it and "any later version", you have the option of following the terms and conditions either of that version or of any later version published by the Free Software Foundation. If the Program does not specify a version number of this License, you may choose any version ever published by the Free Software Foundation.

10. If you wish to incorporate parts of the Program into other free programs whose distribution conditions are different, write to the author to ask for permission. For software which is copyrighted by the Free Software Foundation, write to the Free Software Foundation; we sometimes make exceptions for this. Our decision will be guided by the two goals of preserving the free status of all derivatives of our free software and of promoting the sharing and reuse of software generally.

NO WARRANTY

11. BECAUSE THE PROGRAM IS LICENSED FREE OF CHARGE, THERE IS NO WARRANTY FOR THE PROGRAM, TO THE EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW. EXCEPT WHEN OTHERWISE STATED IN WRITING THE COPYRIGHT HOLDERS AND/OR OTHER PARTIES PROVIDE THE PROGRAM "AS IS" WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, EITHER EXPRESSED OR IMPLIED, INCLUDING, BUT NOT LIMITED TO, THE IMPLIED WARRANTIES OF MERCHANTABILITY AND FIT-NESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. THE ENTIRE RISK AS TO

THE QUALITY AND PERFORMANCE OF THE PROGRAM IS WITH YOU. SHOULD THE PROGRAM PROVE DEFECTIVE, YOU ASSUME THE COST OF ALL NECESSARY SERVICING, REPAIR OR CORRECTION.

12. IN NO EVENT UNLESS REQUIRED BY APPLICABLE LAW OR AGREED TO IN WRITING WILL ANY COPYRIGHT HOLDER, OR ANY OTHER PARTY WHO MAY MODIFY AND/OR REDISTRIBUTE THE PROGRAM AS PERMITTED ABOVE, BE LIABLE TO YOU FOR DAMAGES, INCLUDING ANY GENERAL, SPECIAL, INCIDENTAL OR CONSEQUENTIAL DAMAGES ARISING OUT OF THE USE OR INABILITY TO USE THE PROGRAM (INCLUDING BUT NOT LIMITED TO LOSS OF DATA OR DATA BEING RENDERED INACCURATE OR LOSSES SUSTAINED BY YOU OR THIRD PARTIES OR A FAILURE OF THE PROGRAM TO OPERATE WITH ANY OTHER PROGRAMS), EVEN IF SUCH HOLDER OR OTHER PARTY HAS BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES.