

**EXECUTIVE
WHITE PAPER
ANNIVERSARY EDITION**

**OPEN SOURCE SOFTWARE
EN POLITIEK**

Mr. V.A. de Pous

© 2004 V.A. de Pous, Amsterdam

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de auteur en uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt worden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed aanvaarden de auteur, eindredacteur en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Inhoud

Voorwoord	4
Voorwoord bij de lustrumuitgave	5
Internationale ontwikkelingen	6
Nederlands perspectief	8
Wat is open source software?	9
Bijzondere juridische risico's	13
Consensus	17
Geen open source, is dat erg?	19
Public procurement	20
In ontwikkeling	21
Colofon	24

During its first 50 years computer law referred to a loose collection of diverse legal aspects of electronic processing and communication of data.

A more advanced and structured approach to computer law for the 21st century focuses on legal frameworks for the demand-driven availability of robust, secure and interoperable digital technology: products, services and infrastructure.

Computer law today must provide solid, well-balanced legal constructions for living, working, and doing business in the information society, using digital technologies.

Voorwoord

Soms blijkt dat ondernemers die hun business model — mede — op open source software stoelen, weinig notie van het juridisch kader hebben. En dat bevreemdt in zoverre omdat open source software bij nader inzien ten principale een verzameling van uiteenlopende juridische constructies betreft. Wanneer de ICT-industrie kennis omtrent open source software ontbeert, dan is het geenszins denkbeeldig dat aan (eind)gebruikerszijde en ook bij de Nederlandse politiek, die richting willen geven aan de publieke sector als gebruiker van digitale technologie, een blinde vlek aanwezig is. Wellicht zijn er ook nog misverstanden in het spel of doen indianenverhalen de ronde.

Zo is er allereerst een categorie open source-aanhangers die stelt dat een licentie voor open source software geen contract is. Dat geluid komt van origine uit de Verenigde Staten en sommigen in Europa nemen die gedachtelijn klakkeloos over. Onjuist, want naar Nederlands recht en vrijwel zeker ook volgens het recht in andere Europese landen is een licentie in beginsel een vorderingsrecht dat uit een overeenkomst ontstaat.

Om deze reden zijn de algemene regels van het contractenrecht inzake de totstandkoming van de overeenkomst, wanprestatie, aansprakelijkheid en schadevergoeding, zoals vastgelegd in het Burgerlijk Wetboek, van toepassing op open source software.

Daarnaast denken *open sourcers* nogal eens dat zij hun aansprakelijkheid op grond van een licentie volledig kunnen uitsluiten. Opnieuw onjuist, want niet alleen blijft iedereen op grond van het Nederlandse contractenrecht aansprakelijkheid voor de gevolgen van opzet en grove schuld, ook de wettelijke risicoaansprakelijkheid voor onder meer letselschade, ontstaan door gebrekkige producten, kan nu eenmaal niet via een contract worden omzeild.

Maar de juridische kwesties beginnen bij het begin, namelijk de totstandkoming van de overeenkomst. Wordt er wel rechtsgeldig een contract gesloten wanneer de acceptatie door de gebruiker de leverancier nooit bereikt? Zeker, maar dan gelden tien tegen één de bijzondere wettelijke regels inzake algemene voorwaarden.

Het concept van open source software is *here to stay* en zorgt vrijwel zeker voor een belangrijke marktwerking in de ICT-sector, niet zozeer omdat er *meer* programma's beschikbaar komen, maar omdat de *vrije* beschikbaarheid van de broncode van een computerprogramma *third-party* softwaredienstverlening grootschalig mogelijk maakt.

Daardoor heeft dus ook de publieke sector meer keuze in ICT-leveranciers. Bovendien hoeft er voor het gebruik van open source software geen licentievergoeding betaald te worden. Enkele overwegingen voor politici die goed beslagen ICT-beleid willen maken.¹

Amsterdam, 24 september 2004

Victor de Pous

¹ Zie voor een algemene juridische inleiding: V.A. de Pous, *Recht op open source software, Inleidende opmerkingen voor overheidsorganisaties*, Amsterdam, februari 2004.

Voorwoord bij de lustrumuitgave

De aandacht van volksvertegenwoordigers en openbaar bestuurders in Nederland voor de te verwachte positieve aspecten van open source software — meer leveranciersafhankelijkheid en een lagere *total cost of ownership* — is de afgelopen vijf jaar toegenomen. Dat kan helaas niet worden gezegd ten aanzien van onder andere de bijzondere *juridische* risico's die bij de inzet van open source software ontstaan.

Het mag ronduit opmerkelijk genoemd worden dat de bakermat van open source software de rijen wel sluit, zowel over het bestaan van deze risico's alsook de noodzaak om beleid in de vorm van Open Source Software Management te ontwikkelen en uit te voeren.

De onderhavige studie is eind september 2004 naar alle fracties in de Tweede Kamer gestuurd en vervolgens afgenomen en in licentie genomen door marktspelers. Tevens is er sprake van een omvangrijke internationale verspreiding dankzij vertalingen in het Engels, Japans en Mandarijn.

Open source software en politiek heeft mijns inziens vijf jaar later nauwelijks aan waarde en actualiteit ingeboet. Overheidorganisaties: let op uw zaak!

Amsterdam, 6 april 2009

Victor de Pous

Internationale ontwikkelingen

In allerlei landen volgt de politiek nauwlettend de ontwikkelingen met betrekking tot open source software. In eerste instantie gaat het daarbij om het gebruik van de programmatuur in enge zin, het draaien van de runcode, omdat licentiekosten ontbreken. Zo is de Chief Technology Officer van de Amerikaanse staat Massachusetts sinds vorig jaar verplicht om open ICT-standaarden *en* open source software en te kiezen wanneer mogelijk.²

Langs dezelfde lijn wil de Australian Capital Territory geld besparen, want vanaf juni 2003 betaalde deze Australische overheidsdienst al 15 miljoen Australische dollar voor Microsoft-producten. Open source is goedkoper en creëert blijkbaar banen.³ Ook in de Europese Unie signaleert men economische kansen.⁴

Het besturingssysteem Linux staat in de actualiteit meestal centraal, terwijl langzaam maar zeker open source-applicaties aan aandacht winnen. Dichter bij huis heeft de stad München in 2003 een forse stap met haar besluit gezet veertienduizend PC's van Linux te voorzien en de *Öffentliche Hand* zal dus ook wel migreren naar een open source-kantoorapplicatiepakket.⁵

Vergeet echter niet dat voor de implementatie, training, ondersteuning en onderhoud van de software betaald moet worden, in dit geval aan dienstverlener IBM Global Services.

In Japan is men nog niet zover, maar de regering van het land van de rijzende zon bundelt met Volksrepubliek China en Zuid-Korea haar krachten in een omvangrijk onderzoek naar de toepassing van open source software in de publieke sector.⁶

Dat budgettaire redenen een krachtige zo niet de meest bepalende stimulans voor overheidsorganisaties vormen om over te stappen op open source software, blijkt ook uit ontwikkelingslanden. Daar waar overheidseisorganisaties in de Westerse wereld vooral besparingen willen realiseren, ontbreken in arme landen domweg de fondsen voor de aanschaf van softwarelicenties.

Volgens Sergio Amadue van het Braziliaanse National Information Technology Institute is het betalen van een gebruiksvergoeding aan softwarebedrijven zoals Microsoft dan ook eenvoudigweg 'unsustainable economically', nu toepassingssoftware die onder Linux draait veel goedkoper is.⁷

² NewsFactor Network, 20 October 2003.

³ <http://news.osdir.com/article407.html>

⁴ Free Software/Open Source: Information Society Opportunities for Europa? <http://eu.conecta.it/paper.pdf>

⁵ Dit project zou stilgelegd zijn omdat Linux mogelijk octrooien op software van derden schendt. Automatisering Gids, 6 augustus 2004.

⁶ Gesprek op 18 november 2003 met Hisashia Kajita, Senior Research Analyst Software van marktonderzoeksbureau IDC Japan, in Tokio, Japan. In het bedrijfsleven heeft Linux inmiddels ingang gevonden, vooral bij productiebedrijven. Linux is in het Japans vertaald, net als de GNU General Public License.

⁷ Japan Times, 23 november 2003. Amadue ziet de kloof tussen rijk en arm alleen maar toenemen, tenzij ook de armen informatie aan hun vingertoppen krijgen ('Information at your fingertips' is een in 1994 door Bill Gates bedacht concept). Open source software kan helpen de kloof gat terzake te verkleinen. Zie ook Sergio Amadue, Digital Exclusion: Misery in the Information Era, 2003.

Waarschijnlijk betekent de keuze voor open source software nog al eens een directe keuze tegen Microsoft, en behalve voor gebruikers geldt dat eveneens aan leverancierskant. Amerikaanse *IT vendors* waaronder Apple Computer, HP, IBM, Novell, Oracle en Sun Microsystems keren zich bewust tegen de marktdominantie van Microsoft.

Netscape heeft haar browser Navigator als open source software ter beschikking gesteld als uitdrukkelijke daad contra Microsoft, die, naar later in rechte zou blijken, het Amerikaanse mededingingsrecht schond, onder meer door haar eigen browser-programma Explorer — gratis — te bundelen met het besturingssysteem Windows.

Aan gebruikerszijde spreekt niet iedereen dat verzet uit, wel Nguyen Trung Quynh van het Ministerie van Wetenschap en Technologie in Vietnam. 'We are trying step by step to eliminate Microsoft.'⁸ Nogal opmerkelijk is dat Vietnam open source software expliciet als oplossing positioneert van haar eigen probleem van grootschalige softwarepiraterij: maar liefst 97% van alle software draait ter plaatse illegaal. Daardoor mist Microsoft 40 tot 50 miljoen dollar per jaar aan vergoedingen.⁹

Daarbij kan overigens worden gewezen op de Amerikaanse Business Software Alliance (BSA), die bij haar jaarlijkse vaststelling van cijfers over piraterij van computerprogramma's ook door de overheid gemiste BTW-inkomsten meldt en de gevolgen van piraterij voor de werkgelegenheid aangeeft¹⁰.

Zo is volgens marktonderzoeksbureau IDC 37 procent van de software die binnen de Europese Unie wordt gebruikt, illegaal. De kosten hiervan voor nationale en internationale softwareproducenten worden in de communautaire regio op totaal meer dan 8 miljard euro geschat. Voor Nederland ligt het verlies in 2003 door piraterij rond de 470 miljoen.

Volgens de BSA zou een verlaging van slechts 10 procent van het percentage illegale software tot het jaar 2006 onder andere leiden tot 250.000 nieuwe banen en meer dan 18 miljard euro aan extra belastinginkomsten. Blijkbaar creëren zowel open source software als niet-open source-computerprogramma's banen.

Los van eventuele belasting- en werkgelegenheidsaspecten, valt voor een overheidsorganisatie als gebruiker van open source software mogelijk winst te behalen omdat een vergoeding voor gebruik ontbreekt.

Wanneer wij er echter van uit gaan dat open source software geen rechten van derden schendt — zeg maar 'juridisch schoon' is — dan betekent open source software het einde van softwarepiraterij aan gebruikerszijde; een interessant en onderbelicht aspect.

⁸ <http://news.osdir.com/article315.html>

⁹ Naast eindgebruikspiraterij tiert ook de softwarepiraterij aan aanbodzijde welig. Zo bieden Maleise piraten de nieuwste versie van Microsoft's besturingssysteem Windows (Longhorn), dat nota bene pas over twee jaar uitgegeven wordt, aan voor anderhalve euro (NRC Handelsblad, 3 december 2003).

¹⁰ Zie voor verder informatie, gedateerd juli 2004: <http://www.bsa.com>. Overigens doen zich nog twee vermeldenswaardige zaken voor. Allereerst heeft de BSA zich hergepositioneerd en is veranderd van een alliantie die hoofdzakelijk softwarepiraterij wereldwijd bestrijdt, in een meer algemene ICT-brancheorganisatie. De BSA neemt geen positie ten aanzien van de vraag of open source software goed of slecht is. Gesprek op 27 februari 2004 met Mario Correa, Director, Commercial Software Project, in Washington DC.

Nederlands perspectief

Ook in Nederland nemen sommigen, waaronder Groenlinks, de traditionele software-industrie met het 'open source'-wapen op de korrel. In november 2002 presenteerde de politieke partij een plan waarin zij de minister van Economische Zaken voorstelt om het voortouw te nemen bij het doorbreken van de machtspositie van softwareleveranciers.¹¹ Hier wordt gesproken van *vendor lock-in*.

Zeker, marktwerking is een groot goed, maar daarbij moet wel worden aangetekend dat een sterke machtspositie van een bepaalde ICT-aanbieder geenszins onrechtmatig is, tenzij misbruik zich voordoet. Die situatie heeft bijvoorbeeld de Amerikaanse rechter in eerste en tweede instantie vastgesteld in de zaak *United States of America v. Microsoft Corp.*¹²

Ook de Europese Commissie constateert dat Microsoft in strijd met het mededingingsrecht handelt. Het mag overigens opvallend genoemd worden dat, zover bekend, Groenlinks het onderwerp open source software in de nationale politiek introduceerde en op de agenda plaatste, terwijl de VVD - als *de* partij voor vrije marktwerking - juist open source software bij de overheid, vooralsnog, in de ijskast wil zetten.¹³

In ons land beschikt de overheid over *leverage* die bij ICT-gebruikers in de private sector ongetwijfeld tot scheve ogen leidt.¹⁴ De bestedingen van de Nederlandse overheidsorganisaties zorgen maar liefst voor 12,5% van de omzet bij de ICT-sector in ons land.¹⁵

Wie bijvoorbeeld klaagt dat de markt voor de gemeentelijke automatisering te weinig spelers kent — waardoor een wurggreep van deze bedrijven ten opzichte van gemeenten zou zijn ontstaan — heeft wellicht onvoldoende van de mogelijkheden gebruik gemaakt om met ruim 400 gemeenten en een veelvoud daarvan aan gemeentelijke diensten, de krachten te bundelen.¹⁶

Geen enkele Nederlandse multinational heeft zo veel *market power* aan inkoopzijde.

¹¹ Software open u, 19 november 2002. <http://www.groenlinks.nl/partij/2dekamer/publikaties/SoftwareNota191102.pdf>.

¹² 30 juni 2001. Zie http://www.usdoj.gov/atr/cases/ms_index.htm.

¹³ Automatisering Gids, 25 juni 2004.

¹⁴ Willen gebruikers op gelijk niveau met branchevereniging ICT-Nederland voor hun belangen opkomen, dan doen zij er goed aan zich eerst horizontaal en op nationale schaal te organiseren.

¹⁵ Dat wil niet zeggen dat Nederlandse ICT-bedrijven het werk uitvoeren. Per 1 januari 2004 waren 1.136 Nederlandse ICT-ondernemingen onderdeel van een buitenlandse onderneming. Bij deze 1.136 bedrijven werken in totaal 98.418 mensen. Buitenlandse ICT-bedrijven goed zijn voor 37,5% van de werkgelegenheid in de Nederlandse ICT-sector die in totaal 262.865 arbeidsplaatsen omvat. Het grootste deel van de buitenlandse bedrijven wordt gevormd door 491 Amerikaanse ondernemingen met in totaal 41.210 medewerkers, aldus onderzoeker Marketons (<http://www.myict.info>).

¹⁶ Een onderzoek naar de oorzaken van het ontstaan van machtsposities van leveranciers op de gemeentelijke en mogelijk andere delen van de ICT-markt voor de publieke sector ten aanzien van de specifieke softwaretoepassingen, kan leerzaam zijn. Dat geldt tevens aanzien van de vraag op welke gronden Microsoft Office in de loop der jaren meer marktaandeel heeft verworven dan WordPerfect's kantoorapplicatiepakket, dat eerder een de facto standaard in Nederland was. Overigens: er is keuze mogelijk. Naast Microsoft Office 2003 gaat het om de beschikbaarheid van Sun Microsystems StarOffice 7.0, WordPerfect Office 1.1 (beide *geen* open source software) en OpenOffice 1.1. (open source software).

Interessant in dit kader is de stelling van dr. Joseph Reger van Fujitsu Siemens. De Chief Technology Officer van de Japans-Duise jointventure verwacht dat de verdere opmars van het open source-besturingsstelsel Linux zal leiden tot een *vermindering* van het aantal hardware-platforms en zelfs tot de situatie dat er slechts één architectuur overblijft.¹⁷ Daarmee lijkt een toekomstige wurggreep van de *LinTel*-technologie zich aan te dienen.¹⁸

Wat is open source software?

De concepten Free Software en Open Source Software stammen uit de Verenigde Staten en betreffen juridische constructies die betrekking hebben op de vrije (openbare) beschikbaarheid van softwaretechnologie, in het bijzonder de broncode van een computerprogramma.

Daarbij gaat het *niet* om programma's in het publiek domein, waarbij de maker afstand van zijn intellectuele eigendom recht heeft gedaan, maar om software waarop - gewoon - auteursrecht(en) rust(en) en misschien octrooi is verleend.

De vrije beschikbaarheid is vastgelegd in licenties en uit zich in drie basisrechten, welke de licentienemer het recht geven de broncode desgewenst te kopiëren, te wijzigen en (verder) te verspreiden — *the right to copy, modify and distribute the program*. En: de licentienemer heeft tevens het recht de software onbeperkt te draaien, zelfs zonder het betalen van een gebruiksvergoeding.

Om het onderscheid tussen beide stromingen kort aan te geven. Het gemeenschappelijke uitgangspunt van Free Software en Open Source Software mag dan de vrije beschikbaarheid van oorspronkelijke softwaretechnologie zijn, die ongewijzigd altijd vrij beschikbaar moet blijven en waarbij de licentienemer niet verplicht is de door hem gewijzigde software vervolgens ook vrij ter beschikking aan de samenleving te stellen, maar:

- Free Software verbiedt de licentienemer de eenmaal gewijzigde software uit de vrije beschikbaarheidsfeer te halen en deze vervolgens als niet-open source software — soms aangeduid als proprietary of commerciële — software tegen betaling van een vergoeding voor gebruik aan te bieden, terwijl
- Open Source Software de licentienemer wel de mogelijkheid geeft de gewijzigde software uit de vrije beschikbaarheidsfeer te halen *en* te vercommercialiseren door middel van het vragen van een gebruiksvergoeding. Dat hangt namelijk van de gekozen licentievorm af.

¹⁷ Gesprek op 29 augustus 2003 in Augsburg, Duitsland.

¹⁸ Anders gezegd, maakt het platform van Windows software en Intel chips (WinTel), plaats voor het platform dat bestaat uit Linux en Intel?

Free Software	Open Source Software
de oorspronkelijke software blijft altijd vrij beschikbaar, dat wil zeggen dat de broncode openbaar is en dat voor gebruik geen vergoeding mag worden gevraagd	de oorspronkelijke software blijft altijd vrij beschikbaar, dat wil zeggen dat de broncode openbaar is en dat voor gebruik geen vergoeding mag worden gevraagd
de oorspronkelijke software mag worden gewijzigd en hoeft vervolgens niet verspreid te worden (zodat de gewijzigde software dus op deze wijze uit de vrije beschikbaarheidsfeer wordt gehaald)	de oorspronkelijke software mag worden gewijzigd en hoeft vervolgens niet verspreid te worden (zodat de gewijzigde software dus op deze wijze uit de vrije beschikbaarheidsfeer wordt gehaald)
de gewijzigde software mag verder worden verspreid, echter uitsluitend op grond van dezelfde licentie als de oorspronkelijke software, dat wil zeggen alleen wanneer de broncode wordt meegeleverd of vrij ter beschikking wordt gesteld <i>en</i> wanneer er geen gebruiksvergoeding wordt gevraagd (zodat de gewijzigde software opnieuw in de vrije beschikbaarheidsfeer terecht komt)	afhankelijk van de licentie van de oorspronkelijke software, mag de gewijzigde software op grond van een geheel andere licentie worden verspreid en dus ook zonder broncode en/of tegen betaling van een gebruiksvergoeding (en de gewijzigde software wordt dus op deze wijze uit de vrije beschikbaarheidsfeer gehaald)

Figuur: Het onderscheid tussen free software en open source software.

Open source software sluit volgens de Open Source Definition van de Amerikaanse organisatie Open Source Initiative free software in, omgekeerd is dat volgens de eveneens Amerikaanse Free Software Foundation niet het geval. Qua terminologie ga ik hieronder verder van uit van het door de Open Source Definition gekaderde — en omstreden — begrip open source software, dat dus ook free software omvat.

Om het onderwerp als *one-liner* te duiden: open source software is een Amerikaans verzamelbegrip voor uiteenlopende *juridische constructies* voor de vrije beschikbaarheid van softwaretechnologie, in het bijzonder de broncode.

Licenties voor open source software verlenen weliswaar ruime gebruiksrechten, maar daar staat tegenover dat algemeen gesproken waarborgen ontbreken. Zo wordt er in de licentie geen verklaring verstrekt door de software-auteursrechthebbende dat hij ook daadwerkelijke de eigenaar is en bevoegd de licentie te verlenen. Vervolgens ontbreekt voor licentienemers een vrijwaring tegen aanspraken van derden die van mening zijn dat de open source software inbreuk maakt op hun auteursrechten.

Verder geeft een licentie voor open source software geen garantie dat de programmatuur gedurende bepaalde tijd blijft werken volgens (functionele, technische en operationele) specificaties en wordt de aansprakelijkheid van de makers van de softwarecode volledig uitgesloten. Sterker nog, een open source-licentie zwijgt überhaupt over het programma als zodanig dat in het concrete geval op basis van een bepaalde open source-licentie wordt geleverd, want zij is per Amerikaanse definitie *technologieonafhankelijk*.

Voordelen gebruiker

De vrije beschikbaarheid van de broncode van een computerprogramma kan zowel gebruiker als leverancier tot voordeel strekken. Voor gebruikers ontstaat de mogelijkheid om in beginsel iedere ICT-dienstverlener te kiezen die onderhoud en verdere ontwikkeling van de programmatuur in opdracht en dus tegen betaling voor zijn rekening neemt.

Geen vendor lock-in situaties, maar leveranciersafhankelijkheid. Concurrentie in het segment third-party softwaredienstverlening wordt nu pas mogelijk en dat komt het marktmechanisme ten goede. Bovendien kan toepassing van een succesvol *community-based* open source software-ontwikkelingsmodel gratis ondersteuning en verdere ontwikkeling bieden. Maar wellicht spelen op de eerste plaats andere budgettaire overwegingen een rol. Voor het draaien van open source software mag namelijk geen licentievergoeding verlangd worden.

Voordelen leverancier

Voor leveranciers ontsluit de vrije beschikbaarheid van de broncode van computerprogramma's de markt voor third-party dienstverlening grootschalig; een opmerkelijk novum in de geschiedenis van commerciële *digital computing*, na de tweede wereldoorlog begonnen.

Bij niet-open source software heeft een ICT-dienstverlener die ten behoeve van zijn klant de software van andere producent wil onderhouden, op grond van het auteursrecht in beginsel aanvullende toestemming van die producent nodig, omdat het contract wijziging van de programmatuur doorgaans verbiedt en de broncode niet beschikbaar is. In geval van een open source-computerprogramma heeft de licentienemer dit recht al contractueel, en hij beschikt over de code.

Desgewenst kan dus iedere leverancier diensten — implementatie, onderhoud, ontwikkeling, integratie, etc. — gaan aanbieden op iedere open source-softwarecode. Maar voordeel kan zich ook nog anders manifesteren. 'An Open Source community provides a way for individuals and companies to collaborate on projects that none could achieve on their own', aldus stelt IBM.¹⁹ Dat kan dus ook voor ICT-bedrijven gelden.

¹⁹ <http://www-106.ibm.com/developerworks/library/os-cplfaq.html>

Typen open source-modellen

In de praktijk staat het een succesvol *community-based* ontwikkelingsmodel voor open source software het meest in de belangstelling. Maar open source software biedt meer mogelijkheden.

- **Community-based softwareontwikkeling.** Bij community-based ontwikkeling van open source software²⁰ programmeren honderden zo niet duizenden programmeurs mee en de kans is groot dat zij uit verschillende landen komen. Zij dragen voor eigen rekening en risico²¹ (of die van hun werkgever) bij. Het juridische uitgangspunt daarbij luidt dat iedere programmeur die aan een open source-project bijdraagt, zijn auteursrechten behoudt. Bovendien blijkt dat gebruikers ook leveranciers worden, omdat zij meeprogrammeren. In de woorden van IBM 'The Open Source model has the technical advantage of turning users into potential co-developers. With source code readily available, users will help you debug quickly and promote rapid code enhancements'.²² IBM's woordkeuze, *contributors* (bijdragers) en *recipients* (ontvangers) in plaats van licentiegever (leverancier) en licentienemer (gebruiker) in haar eigen IBM Common Public License, geeft deze benadering treffend aan. Voorbeeld: besturingsysteem Linux met als sturende kracht de Open Source Development Labs (OSDL).²³
- **Intern ontwikkelen, later open source.** Het in eigen huis vanaf scratch programmeren met de bedoeling de softwarecode later aan de markt vrij ter beschikking te stellen. Voorbeeld: collaboration software Chandler wordt nu ontwikkeld door de Open Source Application Foundation (OSAF).²⁴
- **Vrijgeven proprietary software.** Reeds bestaande, commerciële (proprietary) softwarepakketten als open source-project te laten voortbestaan door de broncode vrij ter beschikking te stellen op grond van een open source-licentie. Voorbeeld: browsersoftware Netscape Navigator van Netscape Communications Inc., nu open source Mozilla.²⁵
- **Dual licensing.** Één computerprogramma die op basis van *dual and multiple licensing* (open en gesloten source-licenties, of meerdere open source-licenties voor hetzelfde programma) gelijktijdig wordt geëxploiteerd. De modus operandi wordt ook wel *forking* genoemd. Voorbeeld: database software MySQL van MySQL AB.²⁶

²⁰ Voor de goede orde: inmiddels zijn er meer dan 70.000 open source projecten geregistreerd (<http://www.sourceforge.net>).

²¹ Aansprakelijkheid voor opzet en grove schuld kan immers op grond van het Nederlandse recht niet bij contract worden uitgesloten. Bovendien kan de Wet produktenaansprakelijkheid niet worden uitgesloten.

²² <http://www-106.ibm.com/developerworks/library/os-cplfaq.html>

²³ <http://www.osdl.org>

²⁴ <http://www.osaf.org>

²⁵ <http://www.mozilla.org>

²⁶ <http://www.mysql.com>

- **Third-party dienstverlening.** Op basis van open software van anderen tegen betaling diensten verrichten, waaronder implementatie, ondersteuning, onderhoud en verdere ontwikkeling van de programmatuur. Voorbeeld: het Nederlandse bedrijf Finalist IT Group B.V.²⁷

Bijzondere juridische risico's

Een softwarepakket dat met de broncode wordt geleverd blijft natuurlijk een computerprogramma en daarover bestaat tenminste al twee decennia rechtspraak. Bovendien kennen wij naast algemene rechtsregels, *bijzondere* wettelijke regels, speciaal voor software. Deze zijn voorgeschreven door de Europese Unie en maken sinds 1994 deel uit van onze Auteurswet. Het Nederlandse recht biedt dus een bestaand rechtskader voor computerprogramma's, dat ook van toepassing is op open source software.

Bij het gebruik van open source software springen echter een aantal *bijzondere* juridische²⁸ risico's in het oog. Hierbij gaat het om het volgende omstandigheden.

Herkomst broncode

Linus Torvalds, de bekende programmeur van de Linux-kernel, formuleert het kernachtig: 'Open source draait erom dat iedereen mag meespelen'.²⁹ Wanneer honderden of duizenden mensen meeprogrammeren en samenwerken, neemt de kans op 'juridische vervuiling' toe, dat wil zeggen dat het computerprogramma softwarecode van anderen bevat die hiervoor geen toestemming hebben verleend. Of nog anders geformuleerd, dat de open source software inbreuk maakt op rechten van een derde. Hierbij gaat het vooral om intellectuele eigendomsrechten (auteursrecht, octrooirecht en mogelijk merkenrecht), maar reeds verleende, exclusieve distributierechten voor software kunnen ook worden geschonden.

Het ligt voor de hand hierbij allereerst naar andere softwareproducenten te wijzen die rechten hebben of menen te hebben³⁰, maar denk ook aan de omstandigheid wanneer een programmeur in loondienst (een werknemer dus) tijdens kantooruren bijdraagt aan open source-programmering. Volgens de Nederlandse Auteurswet komt het auteursrecht op de softwarecode aan zijn werkgever toe.

²⁷ <http://www.finalist.com>

²⁸ Feitelijke risico's betreffen onzekerheid over kwaliteit van de aangeboden softwarecode, de kans dat een open source-computerprogramma onvoldoende uitgroeit tot een goed functionerend *project* dat door een gemeenschap met een bepaalde kritische massa gedurende een langere periode wordt gedragen, of bijvoorbeeld het risico dat een leverancier ineens de koers wijzigt. Denk aan Red Hat, de Amerikaanse distributeur/leverancier die de commerciële softwarebundel Red Hat Linux plotseling heeft overgedragen aan een nieuw, onbekend open source-project genaamd Fedora Linux. Red Hat zelf richt haar aandacht nu op software voor servers.

²⁹ Linus Torvalds en David Diamond, Gewoon voor de FUN, 2001.

³⁰ De problematiek ligt ten grondslag aan de geruchtmakende Amerikaanse rechtszaak SCO v. IBM.

De werknemer kan en mag de code dus niet overgedragen of in licentie geven aan een open source-gemeenschap, om de eenvoudige reden dat hij deze bevoegdheid niet heeft. In weer een andere situatie gaat een programmeur er ten onrechte van uit dat bepaalde softwarecode open source is, terwijl het bij nader inzien toch om proprietary software gaat.

De geschetste problematiek doet zich nadrukkelijker voor bij *open source* software, omdat aan proprietary software mogelijk minder mensen hebben meeontwikkeld, maar vooral omdat de professionele softwareproducent in de regel zijn intellectuele eigendomszaken goed op orde heeft.

Omdat open source-softwarecode doorgaans is samengesteld uit het werk van soms grote aantallen individuele programmeurs die in los verband virtueel samenwerken of samengewerkt hebben, leidt het gebruik van open source software tot een verhoogd aansprakelijkheidsrisico ten aanzien van het schenden van (intellectuele eigendoms)rechten van derden.

Daarbij lijkt in de praktijk naast het auteursrecht in toenemende mate octrooi op softwarecode van invloed te zijn. Bovendien speelt mee dat open source-programmeurs hun licentienemers niet vrijwaren.

Virale werking licenties

Ten tweede brengt het virale effect van licenties voor open source software zoals de GNU General Public License van de Free Software Foundation het risico van 'juridische besmetting' met zich mee. Op grond hiervan valt bij integratie van bepaalde open source-softwarecode met andere code, de laatstgenoemde code (open source of niet) onder de werkingssfeer van de bewuste open source-licentie met virale werking en zou daarmee open source software worden.

Omdat sommige open source-licenties een virale werking kennen, leidt het gebruik van open source software, die op grond van dit type licentie ter beschikking wordt gesteld, tot het risico dat proprietary software of andere open source software onbedoeld, vooral onwenselijk en mogelijk ook onrechtmatig onder de werkingssfeer van de open source-licentie met virale werking wordt gebracht.

Grootschalige samenwerking

Het derde bijzondere risico van open source software heeft betrekking op samenwerking tussen allerlei partijen en het delen (*sharing*) van elkaars werk. Open source software als sociaal-maatschappelijk project houdt in dat allerlei partijen aan dezelfde programmatuur werken.

De traditionele *one-to-one* contractsverhouding tussen softwareleverancier en gebruiker — twee partijen — maakt in geval van community-based open source softwareontwikkeling plaats voor een nauw verweven, *many-to-many* relatienetwerk van honderden of duizenden softwaregebruikers, die stuk bovendien voor stuk tegelijkertijd ook nog eens leverancier zijn.

In het Amerikaanse jargon wordt in het kader van open source-projecten regelmatig gesproken van *peer-to-peer leadership*, want niet alleen de software zelf, ook de managementverantwoordelijkheid wordt gedeeld. Om dit in een arbeidssociologisch raamwerk te plaatsen, open source-projecten bestaan uit zelfsturende, open, continu wisselende, ad-hoc samengestelde teams.

Voor de goede orde: managementverantwoordelijkheid kan ook anders worden geregeld, zo blijkt uit opzet en werkwijze van de Open Source Development Labs — de organisatie die werkt aan de verdere ontwikkeling van de Linux kernel — en bijvoorbeeld de Open Source Application Foundation.

Beiden projecten kenmerken zich door strak geleide, hiërarchisch gestructureerde en professionele bedrijfs- en werkprocessen. Inspraak is wel, maar medezeggenschap niet mogelijk. Bij OSAF, die de open source-applicatie Chandler, vergelijkbaar met Microsoft Outlook — collaboration software — in eigen huis ontwikkelt, neemt uiteindelijk slechts één persoon alle beslissingen, te weten oprichter en financier Mitch Kapor.³¹

Omdat grote aantallen individuele programmeurs bijdragen aan en samenwerken in een community-based open source-project en omdat gebruikers leveranciers worden en vice versa, ontstaan er ingewikkelde rechtsverhoudingen die minimaal tot rechtsonzekerheid voor partijen leidt.

Contractuele complexiteit

Het concept van open source software — de vrije beschikbaarheid van softwaretechnologie — ziet er op papier eenvoudig uit. Schrijf of kies een licentie en stel de broncode (en runcode) van een computerprogramma vrij beschikbaar. De praktijk is anders en vooral het opzetten en managen van een open source-project om tot goede softwarecode te komen *en* vervolgens jarenlang te continueren, is geen sinecure.

Maar ook de licenties voor open source software vragen bijzondere aandacht, want deze zijn soms individueel, maar vrijwel altijd in samenhang met andere licenties complex.

Om een indruk te geven, de Free Software Foundation geeft tweedaagse cursussen om twee licenties, de GNU General Public License en de GNU Lesser General Public License, uit te leggen.³²

Bovendien leidt het splitsen van software — *forking* — door één computerprogramma op grond van verschillende (open en/of gesloten) licenties tegelijkertijd aan te bieden, tot extra complexe juridische situaties.

Voor het omgekeerde geldt dat evenzeer: het bundelen en vooral het integreren van softwarecodes die op grond van verschillende (open en/of gesloten) licenties in het verkeer zijn gebracht.

³¹ Gesprek op 10 februari 2004 met Peter Harsook, Public Relations Officer van OSAF in San Francisco.

³² Ook hieruit blijkt dat commercialisering van open source software door middel van dienstverlening mogelijk is. De cursus kost USD995.00.

Omdat individuele licenties voor open source software soms juridisch complex zijn en omdat het gebruik van open source licenties in samenhang — onderling of met licenties voor proprietary software — ingewikkelde juridische situaties teweegbrengen, leidt het gebruik van open source software tot verhoogde aansprakelijkheidsrisico's ten aanzien van het schenden van gebruiksvoorwaarden voor en intellectuele eigendomsrechten op de afzonderlijke softwarecodes die geïntegreerd zijn.

Certificering van licenties

Er zijn inmiddels misschien wel meer dan 200 open source-achtige licenties voor computerprogramma's geschreven, maar open source software is volgens sommige Amerikanen alleen open source wanneer de *licentie* — in Nederland, naar Nederlands recht: de *licentieovereenkomst* — voor het bewuste computerprogramma voldoet aan tien criteria van de Open Source Definition, opgesteld door de Amerikaanse non-profit organisatie Open Source Initiative.

Zo moet de licentie onder meer levering of beschikbaarstelling van de broncode verplichten, is de licentie technologieonafhankelijk en mag de licentie niet discrimineren. De Open Source Initiative kan desgevraagd contracten certificeren zoals dat onder meer met de GNU General Public License, gebeurde. Thans zijn ruim 50 licenties gecertificeerd.

Nota bene. 'Goedgekeurd' betekent niet automatisch 'goed'. Dit OSI-certificaat voor open source-licenties zegt namelijk niets over de volgende juridische en softwaretechnologische aspecten:

- de totstandkoming van de overeenkomst in het concrete geval (wordt er daadwerkelijk een overeenkomst gesloten wanneer de licentie als een tekstbestand - *license.txt* - bij de software wordt geleverd, en zijn partijen inderdaad gehouden aan de bepalingen van deze overeenkomst?);
- de rechtsgeldigheid van de individuele bepalingen van het contract (zijn de clausules juridisch toelaatbaar in het concrete geval? Die situatie is natuurlijk afhankelijk van het toepasselijke recht, bijvoorbeeld Amerikaans recht naar de staat New York, of Nederlands recht);
- de inhoudelijke kwaliteit van de licentievoorwaarden als geheel (bestaat het contract uit heldere en redelijke voorwaarden, die samen een evenwichtige en volledige set afspraken vormen?);
- het computerprogramma zelf (gebruikte ontwikkelmethode, technische en functionele specificaties, standaarden, beveiliging, comptabiliteit en certificering voor gebruik met bepaalde hardware- en softwareplatforms of specifieke andere programmatuur, etc.).

Omdat certificering van een licentie voor open source software noch iets zegt over de juridische kwaliteit van dit contract, noch over - de kwaliteit van - de programmatuur zelf, creëert dit systeem van goedkeuring verwarring en schijnzekerheid.

Geen waarborgen

Zoals eerder opgemerkt, bieden licenties voor open source software de licentienemer in beginsel geen juridische waarborgen. De licentie bevat geen verklaring van de software-auteursrechthebbende dat hij ook daadwerkelijk de eigenaar is en bevoegd de licentie te verlenen.

Ook ontbreekt voor licentienemers een vrijwaring tegen aanspraken van derden die van mening zijn dat de open source software inbreuk maakt op hun auteursrechten. Verder geeft een licentie voor open source software geen enkele garantie dat de programmatuur gedurende bepaalde tijd blijft werken volgens specificaties en wordt de aansprakelijkheid van de makers van de softwarecode volledig uitgesloten.

Omdat juridische waarborgen, zoals garantie en vrijwaring, in licenties voor open source software ontbreken, ontstaat rechtsonzekerheid.

Consensus

Over het nut van standaarden en vooral *open* standaarden in de informatie- en communicatietechnologie sluiten zich de rijen. De Nederlandse regering heeft dan ook het gebruik open ICT-standaarden zelfs voor de gehele publieke sector vanaf 2006 verplicht gesteld. Maar open source software zelf, als ontwikkelings- en/of distributie- en/of gebruiks- en/of exploitatiemodel voor computerprogramma's kan geen technische standaard genoemd worden.

De huidige Amerikaanse concepten voor open source software hebben immers betrekking op *juridische* constructies. Bovendien ontbreekt consensus, hetgeen voor standaardisatie in beginsel voorwaarde is.

Wellicht doet de Amerikaanse open source-beweging er goed aan zich te internationaliseren en breed gedragen overeenstemming te vinden over criteria voor *open* softwaretechnologie³³. Die van de Open Source Initiative zijn in geval zonder een traject van mondiale consultatie tot stand gekomen.

Bovendien zijn zij arbitrair, bijvoorbeeld omdat een licentie die voldoet aan de Open Source Definition, het computerprogramma toch, op een later moment, (i) uit de vrije beschikbaarheidsfeer kan halen en (ii) door middel van een licentievergoeding vercommercialiseerd kan worden, zoals de Berkeley Software Distribution License toestaat.

Dat creëert verwarring, wat ook gezegd kan worden over de stammenstrijd die in de Verenigde Staten tussen Free Software Foundation en de Open Source Initiative plaatsvindt. Exemplarisch hiervoor en tegelijkertijd voor het gebrek aan consensus over de kwaliteit van de licenties, is de volgende situatie.

³³ Er zijn ook andere 'open' toepassingen, zoals muziek, documentatie, recht, etc.

Noemen aanhangers van de Free Software Foundation de twee contracten van deze stichting vaak geniaal, anderen hebben hiermee juist weinig op. 'The Lesser GPL is even a greater piece of junk than the GPL', aldus hield Lawrence Rosen 300 Japanse juristen en één Nederlandse jurist voor.³⁴

De forse kritiek komt voor mij inmiddels uit verwachte hoek. Rosen is weliswaar de General Counsel and Secretary of the Board of the Open Source Initiative — de organisatie die de GNU General Public License en de GNU Lesser General Public License van de Free Software Foundation een OSI-certificaat hebben verleend — maar Rosen is ook de auteur van zijn eigen Open Source License. Die vindt hij beter.

Terug naar de definitie. Behalve dat kritiek zich kan richten op een te ruime omschrijving van het begrip open source software volgens de Open Source Definition, gaan er stemmen op de horizon juist verder te verbreden. Daardoor valt Microsoft's Shared Source Initiative ook onder open source. Op grond van deze groep van licentievormen verkrijgt de gebruiker een inzage-recht in de broncode van Windows. Verveelvoudigen, wijzigen en verder verspreiden van de code, mag echter niet.

En recent maakte Microsoft bekend 90% van de broncode van haar kantoorsoftwarepakket Microsoft Office aan overheidsorganisaties onder voorwaarden ter beschikking te willen stellen.³⁵

Wie afstand neemt ziet dat er verschillende keuzes voor 'open' softwaretechnologie denkbaar zijn:

- de *vrije* beschikbaarheid van de broncode van een computerprogramma, die na wijziging uit de vrije beschikbaarheidsfeer gehaald kan worden, echter uitsluitend voor intern gebruik (het klassieke free software-model);
- de *vrije* beschikbaarheid van de broncode van een computerprogramma, die na wijziging uit de vrije beschikbaarheidsfeer gehaald *en* vercommercialiseerd kan worden;
- de beschikbaarheid van de broncode van een computerprogramma (dat gebeurt in de praktijk al jaren en op verschillende wijzen, bijvoorbeeld door meelevering van de sources met de runcode zonder openbare beschikbaarstelling, door software in escrow³⁶ te geven en door overeenkomsten zoals die van Microsoft's Shared Source Initiative).

Maar open source-softwaretechnologie is echter geen doel op zich zelf, het gaat er om dat ICT-gebruikers in hun behoefte worden voorzien. En voor de goede orde: dat kunnen dus tevens leveranciers zijn die als producent en/of dienstverlener de digitale technologie willen exploiteren. Zo wordt er in Japan gepleit open specificaties voor ICT-architectuur onder de open source-paraplu te plaatsen.

³⁴ SOFTIC Symposium 2003, 19 november 2003, Tokyo, Japan.

³⁵ 19 september 2004. <http://www.microsoft.com/presspass/press/2004/sep04/09-19OfficeGSPPR.asp>

³⁶ Escrow (van softwaretechnologie) betreft een juridische zekerheidsconstructie waarbij de rechthebbende softwareleverancier de broncode van het programma en ander ontwikkelingsmateriaal in depot geeft bij een onafhankelijke escrow agent. In geval van een onzeker voorval (o.a. wanprestatie door en faillissement van de leverancier) levert de escrow agent de broncode uit aan de gebruikers van het programma die met de leverancier een licentieovereenkomst hebben gesloten. Zie hierover bijvoorbeeld <http://www.escroweurope.com>.

Deze gedachtegang leidt mijns inziens uiteindelijk tot een breder concept, *open technology*.

De centrale vraag luidt: wat heeft onze informatiesamenleving voor economische ontwikkeling, welvaart en welzijn nodig? De *vrije* beschikbaarheid van *softwaretechnologie* of de, meer algemene, *beschikbaarheid van betrouwbare en veilige technologie, met een hoog interoperabiliteitsgehalte, tegen redelijke voorwaarden en voorzien van een solide en evenwichtig rechtskader?*

Het begrip digitale technologie kan ruim opgevat worden, dus inclusief producten, diensten en infrastructuur.

Maar vergeet tegelijkertijd niet dat de ultieme artistieke, maatschappelijke of ondernemersvrijheid van de maker van een computerprogramma of een ander digitaal product of dienst besloten ligt in zijn keuzevrijheid te bepalen wie onder welke voorwaarden wat daarmee mag uitvoeren.

Geen open source software, is dat erg?

Stel voor: de gemeente Den Haag geeft opdracht aan een externe softwareleverancier op maat een computerprogramma te ontwikkelen ten behoeve van het toekomstige Basis Gebouwen Register, een database-applicatie. De staatssecretaris van VROM heeft namelijk aan de Tweede Kamer per brief laten weten het register in beginsel te willen uitvoeren³⁷.

Dan is het uit juridisch oogpunt buitengemeen raadzaam dat de gemeente overdracht van auteursrechten bij de aannemer van het ICT-project bedingt. Zonder eigendom heeft de gemeente geen namelijk zeggenschap over de programmatuur, kan zij de software dus niet aan derden leveren of deze desgewenst in de toekomst 'open' maken.

Maar op het moment dat de gemeente Den Haag de eenmaal opgeleverde databanksoftware met broncode *uitsluitend aan andere gemeenten* ter beschikking wenst te stellen, voldoet zij niet aan de voorwaarden van de Open Source Definition, zoals die is geformuleerd door de Amerikaanse Open Source Initiative. Discriminatie ten opzichte van personen (in dit geval ambtenaren) of toepassingsgebied (hier: *gemeentelijke* automatisering) zijn namelijk verboden.

So what? Vraagt de Haagse gemeenteraad zich hopelijk in gemoede af. Als auteursrechthebbende bepaalt zij immers ten principale zelf op welke wijze en dus op grond van welke juridische voorwaarden *haar* software aan andere gemeenten wordt aangeboden. Waarom zou de gemeenteraad zich door derden voor laten schrijven wat het business model in het concrete geval zou moeten zijn?³⁸

³⁷ TK, 2001-2002, 28 000 XI, nr. 60. Er zijn nog geen concrete plannen voor een wetsvoorstel.

³⁸ Wel dient zij rekening te houden met de Europese mededingingswetgeving.

Anders geformuleerd: het staat de gemeente Den Haag vanzelfsprekend vrij om er 'open source eigen stijl' van te maken door te kiezen voor een in het concrete geval op maat toegesneden publieke sector-model voor (verdere) ontwikkeling binnen de gemeentelijke sfeer. En: het begin van dat beslissingsproces ligt natuurlijk aan de feitelijke kant. Eerst worden de wensen in het concrete geval bepaald en wordt er vervolgens naar het zakelijk model en de juridische voorwaarden gekeken.

Public procurement

'Vanaf vandaag is er voor de overheid en bedrijfsleven een instrument beschikbaar waarmee goede contracten kunnen worden afgesloten tussen opdrachtgevers en softwareleveranciers: de handleiding met modelcontracten voor de ontwikkeling of aanschaf van computerprogrammatuur.' Dat was 25 mei 1989.

Minister Van Dijk, Binnenlandse Zaken en coördinerend minister voor de overheidsinformatievoorziening³⁹, had speciaal voor de inkoop van software door overheidsorganisaties overeenkomsten laten ontwikkelen, opdat de publieke sector in Nederland, opnieuw⁴⁰, ICT-leveranciers juridisch van inhoudelijke replek kan dienen.⁴¹

Softwareleveranciers gebruikten in die dagen veelal de voorwaarden van brancheorganisatie COSSO⁴², waarin onder andere directe schade werd beperkt en gevolgschade uitgesloten. De BiZa-contracten beperken daarentegen de directe schade niet, terwijl gevolgschade - tot een bepaald maximum - eveneens vergoed moet worden door de softwareleverancier die wanpresteert. Verder kennen BiZa-contracten een verzekeringsplicht voor de leverancier.

Anders gezegd, het gaat om clauses die de rechtspositie van een overheidsorganisatie als softwaregebruiker versterken. Mede gelet op de hierboven geschetste bijzondere juridische risico's kunnen wij stellen dat open source-licenties vaak schril afsteken tegen het gewenste kwaliteitsniveau van softwarecontracten voor Nederlandse overheidsorganisaties.

Deze constatering geldt overigens mogelijk in beginsel ook ten aanzien van de gebruiksvoorwaarden van de meeste softwareleveranciers; daarom heeft de overheid immers eigen inkoopvoorwaarden ontwikkeld. Over licenties voor open software kan echter niet worden onderhandeld: de contracten mogen niet worden gewijzigd.

Omdat onder meer garantie en vrijwaring niet worden verleend en aansprakelijkheid geheel wordt uitgesloten, voldoet een open source-licentie niet aan de qualificatie van een 'goed contract' zoals het

³⁹ Verslag van de congresmiddag over Programmatuurcontracten op 25 mei 1989, Ridderzaal Den Haag.

⁴⁰ De toenmalige Rijkskantoorcentrale (KMC) van het ministerie van Verkeer en Waterstaat heeft met de brancheorganisatie VIFKA en andere softwareleveranciers in de jaren zeventig standaardcontracten voor softwarelicenties, maatwerk en onderhoud uitonderhandeld.

⁴¹ In maart 1989 ging het kabinet akkoord met de Aanbeveling Handeling Programmatuurcontracten.

⁴² Nu zijn beschikbaar Fenit-voorwaarden 6, op 3 juni 2003 gedeponneerd bij de griffie van de rechtbank Den Haag. Zie voor een bespreking J.M.A. Berkvens, A.H.J. Kuus, FENIT-Voorwaarden 6: the next generation?, Computerrecht 2003/6, pag. 347.

ministerie van Binnenlandse Zaken dat 15 jaar geleden voor ogen stond.

Of de Nederlandse overheid anno 2004 akkoord zou moeten gaan met slechte(re) contracten omdat de broncode van het geleverde computerprogramma vrij beschikbaar is, of omdat de licentievergoeding ontbreekt, is een afweging die iedere overheidsorganisatie in het concrete geval kan maken.⁴³

In het kader van public procurement dient bovendien de vraag zich aan of een overheidsorganisatie open source software op grond van het Europese aanbestedingsrecht mag voortrekken. Voor deze situatie biedt het communautaire recht echter nauwelijks ruimte.

Allereerst is inmiddels duidelijk dat open source software geen 'technische specificaties' maar louter juridische constructies zijn (die bovendien volgens de Open Source Definition niets over de te leveren digitale technologie zelf mogen bepalen).

En zelfs in de onwaarschijnlijke situatie dat open source software als een technische specificatie kan worden aangemerkt, mag een opdrachtgever uit de publieke sector bij de openbare aanbesteding niet voor één bepaalde technologie kiezen, bijvoorbeeld het open source-besturingssysteem Linux.

Uit het in 1995 door het Europese Hof van Justitie gewezen arrest in de zaak Europese Commissie v. Staat der Nederlanden volgt namelijk dat het opnemen van een technische specificatie als eis in de *request for proposal* die voortvloeit uit één bepaalde technologie, in dit geval een informatiesysteem dat op Unix draait, niet toelaatbaar is.⁴⁴

In ontwikkelingen

Open source software is inmiddels uit de beslotenheid van individuele programmeurs en hun *communities* gebroken en daarmee in de commerciële sfeer gekomen. Grote Amerikaanse ICT-bedrijven, waaronder Computer Associates, HP, IBM en Novell, investeren op allerlei manieren fors in dit opkomend marktsegment. Op de eerste Open Source Business Conference (OSBC2004)⁴⁵ heerste er opvallend veel consensus. Open source software draait slechts om één zaak: *money, money and money*.

Dat heeft alles te maken met de omstandigheid dat, hoewel de vergoeding voor gebruik van de programmatuur nihil is, er voor andere zaken, waaronder advies, vrijwaring, garantie, implementatie, ondersteuning, onderhoud, training en verdere ontwikkelingen, in principe wel betaald moet worden.

⁴³ Sommige overheidsorganisaties willen graag 'onder de motorkap' van een computerprogramma kijken. Daarvoor is een inzagerecht voldoende. In weer andere omstandigheden, zoals het faillissement van een softwareleverancier, voldoet escrow van softwaretechnologie met het oog op de continuïteit.

⁴⁴ ECJ, C-359/93, Commission v. The Netherlands, 24 January, E.C.R., 1995, I, 168.

⁴⁵ Gehouden in San Francisco, 16-17 maart 2004.

Deze commerciële insteek stemt niet alle *open sourcers* tot vreugde. Toch lijkt de ontwikkeling onomkeerbaar. Een vergelijkbare situatie deed zich voor met een groot, mondiaal gekoppeld computernetwerk genaamd Internet, in het bijzonder het grafische deel World Wide Web.⁴⁶ De commercialisering van dit netwerk was de *non commercial users* van het eerste uur, onder wie academici en informatici, niet zelden een doorn in het oog. Die strijd ligt achter ons, want er gaan nauwelijks nog stemmen op dat elektronische handel *not done* is.

Er valt nog een parallel tussen ontwikkeling van open source software en Internet te trekken. In de beginperiode van het Net dachten sommigen dat dit deel van Internet 'rechtenvrij' was. Deze stelling sneed geen hout omdat een computernetwerk deel uitmaakt van onze samenleving waar nu eenmaal rechtsregels gelden.⁴⁷

Voor software is dat niet anders en het recht dat van toepassing is op computerprogramma's, normeert tevens *open source* software. De Duitse hoogleraar dr. Thomas Hören ziet dat toch wat anders, want hij plaatst de GNU General Public License *buiten de rechtsorde*; als een manifest waar mensen zich vrijwillig aan willen houden.⁴⁸

Misschien hebben zijn originele gedachten in de verte iets weg van een natuurlijke verbintenis, die volgens het Nederlandse privaatrecht weliswaar binnen de rechtsorde valt, maar niet rechtens afdwingbaar is.⁴⁹

Toch moeten discussies over het gebruik van open source software en haar juridisch kader bij voorkeur op grond van gedegen argumenten worden gevoerd. Contracten moeten transparant zijn en rechtszekerheid bieden. Zo wil een Nederlandse overheidsdienst vanzelfsprekend Nederlands recht van toepassing verklaard hebben op de rechtsverhouding met haar softwareleveranciers. Vrijwel alle aanbieders van commerciële software volgen die lijn al jaren.

Als hoofdregel in de industrie geldt dat het recht van de plaats van de gebruiker van toepassing is, aldus de meeste licenties voor niet-open source software, en de lokale rechter heeft de bevoegdheid over een conflict te oordelen.

Een licentie voor open source software zoals de GNU General Public License waaronder onder meer het besturingssysteem Linux wordt aangeboden, zwijgt over het toepasselijke recht en bevoegde rechter. Licenties ter zake van IBM en Computer Associates verwijzen naar Amerikaans recht en verklaren de Amerikaanse rechter bevoegd.

Meer in het algemeen gesproken wil de Nederlandse overheid het functioneren van het openbaar bestuur duurzaam verbeteren, net als haar eigen (informatie)positie.

⁴⁶ Wij kunnen overigens ook op het feit wijzen dat het World Wide Web dankzij open ICT-standaarden en open source software zich in hoog tempo en op grote schaal heeft kunnen ontwikkelen.

⁴⁷ Dat feit laat onverlet dat er nieuwe rechtsvragen kunnen ontstaan. Bijvoorbeeld of een elektronisch bestand een akte is in de zin van de wet. Zo niet, dan kan de eigendom op een auteursrechtelijk werk zoals een computerprogramma niet rechtsgeldig worden overgedragen via e-mail.

⁴⁸ Duitse rechtspraak heeft hem ingehaald. In de zaak *Werte v. Sitecom GmbH* (Landesgericht München, 2 april 2004 en 19 mei 2004) heeft de rechter bepaald dat licentienemer Sitecom zich aan de voorschriften ter zake van de GNU General Public License moet houden, die naar Duits recht als algemene voorwaarden worden aangemerkt.

⁴⁹ Art. 3:3 BW.

De eerstgenoemde ambitie heeft te maken met een overheid waar de burger onder meer met vragen terecht kan, een overheid die niet naar de bekende weg vraagt en een overheid waar iedereen op kan vertrouwen. Het tweede voornemen ziet bijvoorbeeld toe op een effectievere fraudebestrijding, een verbetering van de basis voor beleidsontwikkeling en de controle daarop en een verbetering van de basis voor een meer transparante overheid, die geloofwaardig optreedt.⁵⁰

Om deze doeleinden te bereiken is allerlei digitale technologie, inclusief infrastructuur nodig. De keuze hiervoor begint met het vaststellen van functionele, technische en operationele specificaties, het formuleren van kwaliteitseisen en de bepaling van de gebruikswensen in de zin van de *omvang van het gebruik*.

Hoe ruim moet de beschikbaarheid van de (software)technologie zijn? Mede aan de hand hiervan kan vervolgens voor een juridische constructie worden gekozen. Bijvoorbeeld software in eigendom of in licentie, als strak gesloten, of zover mogelijk open, en met alle tussenliggende varianten.⁵¹

Tegelijkertijd vraagt de samenleving om betrouwbare en veilige technologie (*secure code*; eigen begrip), omdat wij van de goede en ongestoorde werking van deze digitale technologie bijna, zo niet volledig, afhankelijk zijn geworden.

Open source software is een verzameling van juridische constructies — met veel vrijheden en geen waarborgen voor de gebruiker — gekaderd door contractuele voorwaarden in het concrete geval.

Met open source software kan een overheidsorganisatie haar voordeel doen, bijvoorbeeld omdat de licentievergoeding ontbreekt of omdat de vrije beschikbaarheid van de broncode het mogelijk maakt dat iedere softwaredienstverlener de programmatuur kan onderhouden en individueel of in gemeenschap verder ontwikkelen.

Maar voordelen van open source software worden in de praktijk alleen bereikt wanneer een overheidsorganisatie op solide basis handelt, dus met aanvullende waarborgen voor kwaliteit en continuïteit. Feitelijk en juridisch.

⁵⁰ Dirk Schravendeel, Steven Luitjens, Een intelligente, geen alwetende overheid; Het beleid achter Stroomlijning Basisgegevens, Handreiking #1, 2002.

⁵¹ Zie voor een overzicht van exploitatie/gebruiksmodellen voor computerprogramma's NEWSWARE 2004/1.

Colofon

Open source en politiek is geschreven door mr. V.A. de Pous, zelfstandig bedrijfsjurist en industry analyst te Amsterdam. Eindredactie: J.A. Gerritse. De auteur houdt zich sinds 1983 bezig met de rechtsaspecten van digitale technologie en de informatiemaatschappij en geeft sinds 1987 de nieuwsbrief *NEWSWARE* uit.

Selectieve bibliografie boeken, rapporten en white papers

Computerrecht, Amsterdam, 1982

Softwarerecht, Amsterdam, 1984

Legal Protection for Computer Hardware and Software Marketed in Europe, Ingen, the Netherlands/ Sudbury, MA, USA, 1986

Tussen computer en recht; Verzamelende columns over juridische aspecten van informatietechnologie, Alphen a/d Rijn, 1989

Het recht van overheidsautomatisering, Stichting het Expertise Centrum, Den Haag, 1995

Ken uw rechten!; Juridische aspecten van multimedia-werken voor opdrachtgevers, New Media Marketplace, Amsterdam, 1995

Juridische aspecten van het millenniumprobleem, in Voorbij 2000..., Stichting het Expertise Centrum, Den Haag, 1997

Public Information Provision in the Digital Age (Report for the Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkszaken; with Maarten Botterman, Tora Bikson, Sandy Bosman, Jonathan Cave, Erik Frinking), RAND Europe, Leiden, 2000

Telewerken en recht, Deventer, 2000

Het recht op Stroomlijning Basisgegevens, Stichting ICTU, Den Haag, 2002

Open source en politiek, Amsterdam, 2004

Offshoring van ICT-diensten; Enkele feitelijke en juridische aspecten, Amsterdam/Rotterdam, 2004, 2006 (met Paul Tjia)

You ´ve Got Mail; E-mail recht voor bedrijven en overheidsorganisaties, Amsterdam, 2005

BPO Escrow; Continuïteit bij uitbesteding van bedrijfsprocessen, Amsterdam, 2006

Open technologie 1.0, Amsterdam, 2006

Data Storage Recht; Wat iedere manager en ICT-professional behoort te weten, Amsterdam 2007, 2009

Recht op elektronische technologie 1983-2008, GBO.Overheid, Den Haag 2008

Julianapark
Anton Constandsestraat 16
Postbus 51005
1007 EA AMSTERDAM
Telefoon: 020-6655738
Fax: 020-6655818
e-mail: depous@planet.nl