

Något om fri programvara och öppen källkod – nya licenstyper för datorprogram

Av jur. kand. Mikael Pawlo¹

1. Bakgrund

En ny typ av datorprogramlicenser börjar bli mycket vanligt förekommande i Sverige. Dessa licenser är huvudsakligen författade av amerikanska programmerare och baserade på tankar om frihet och transparens. Eftersom datorprogram distribuerade under dessa licenser ofta används i den praktiska verksamheten i många företag kan det vara av intresse med ett par inledande kommentarer till de nya typerna av datorprogramlicenser som sammanfattningsvis går under benämningen licenser för *fri programvara* och *öppen källkod*. Avsikten med denna framställning är att ge en introduktion till begreppen och beröra något den aktuella juridiska materien. Det kan finnas skäl att återkomma med en närmare granskning av specifika frågor.

Datorprogram skyddas av upphovsrätt genom upphovsrättslagen.² Skyddet uppkommer direkt vid skapandet och krav på särskild form eller registrering saknas. Ett datorprogram definieras i motiven till 1989 års ändringar i upphovsrättslagstiftningen som en ”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.”³ Den ensamrätt som ges genom upphovsrättslagen tillkommer enligt huvudregeln upphovsmannen. För det fall att upphovsmannen utvecklar datorprogrammet som ett led i sin anställning stadgas i den dispositiva bestämmelsen 40 a § upphovsrättslagen att upphovsrätten till datorprogrammet skall tillkomma arbetsgivaren. Upphovsmannen har såsom för övriga verkskategorier en ekonomisk och en ideell rätt till verket. Upphovsmannen kan överlåta sin ekonomiska rätt till verket. Förvärvaren äger enligt 28 § upphovsrättslagen inte genomföra förändringar i verket. Bestämmelsen är dispositiv och parterna kan avtala om att andra villkor skall tillämpas. Enligt 27 § upphovsrättslagen med hänvisning till 3 § upphovsrättslagen kan den ideella rätten till verket endast efterges till viss del. Det vanliga vid kommersialiserad programvaruutveckling är att upphovsrätten inte överlåts,

¹ Författaren är verksam vid Advokatfirman Lindahl.

² För en genomgång av det internationella rättsläget när datorprogram inte skyddades av upphovsrätt, se Karnell i NIR 1984 s 133 ff.

³ Se SOU 1985:51 s 87.

utan att den upplåts genom ett licensavtal.⁴ Vid upplåtelsen bestämmer upphovsrättsinnehavaren i vad mån och på vilka villkor upphovsrätten skall tillkomma licenstagaren.⁵

2. Fri programvara

De nya licenstyper som behandlas i denna artikel är de som reglerar användning av datorprogramvara som kallas för *fri programvara* eller programvara med *öppen källkod*.⁶ Denna programvara används av företag och konsumenterna i rollen som slutkunder och användare, men även som led i programutveckling. När källkoden finns tillgänglig kan nya datorprogram baseras på den tidigare gjorda utvecklingen vilket leder till att datorprogram utvecklade under licenstyperna inkorporeras i ny svensk programutveckling.

2.1 Historisk bakgrund. Gemensamt för licenstyperna är att de bygger på en genomarbetad bakomliggande filosofi. Samtliga licenstyper löper tillbaka till det arbete som utfördes av Richard M Stallman på MIT.⁷ Richard M Stallman började arbeta på MIT:s laboratorium för artificiell intelligens 1971 och blev snabbt del av en grupp programmerare som fritt bytte idéer och programkod med varandra enligt principer om maximal akademisk frihet. 1980 slutade datorföretaget Digital utveckla en datorserie som gruppen på MIT hade använt. Det enda som fanns som alternativ till denna var en mängd operativsystem som varken var fria att använda eller att sprida. Tvärtom krävdes till och med att man accepterade ett sekretessavtal för att ens få installera operativsystemet. Det som man fick reda på om operativsystemet fick alltså inte spridas vidare. Gruppens utbyte upphörde. Stallman valde att sluta på MIT 1984. Istället startade han projektet GNU med syfte att skapa ett fritt operativsystem.⁸ GNU är en så kallad rekursiv förkortning som står för Gnu's not Unix, det vill säga Gnu är inte Unix. Stallman ville återskapa den miljö han upplevt i programmerargruppen på MIT, men i större skala. Han skulle skapa ett operativsystem som skulle vara fritt. Han kände sig tvungen att sluta på MIT för att inte drabbas av några anspråk från en arbetsgivare på upphovsrätten till sitt arbete. Stallmans programpaket Hurd skulle utgöra kärnan i operativsystemet. Det sägs av dem som är duktiga programmerare vara ett mycket avancerat system. Hurd har dock dragits med långa

⁴ För en genomgång av mjukvarulicenser se Nordell, Levin (red), *Handel med immaterialrätt* (cit. Handel), Juristförlaget, Stockholm 1996, s 193 ff.

⁵ Se Andersson, Mattias, *Open Source ur ett praktiskt juridiskt perspektiv*, examenssuppsats vid Juridiska institutionen vid Göteborgs universitet, HT 2000, s 31.

⁶ Öppen källkod kommer genomgående i denna artikel att användas som översättning av "open source".

⁷ Se för en översiktlig genomgång av utvecklingen av den bakomliggande filosofin Free software Foundations webbplats under <http://www.gnu.org/>, Pawlo i *Dagens Nyheter* 26/10/2000 s B5 *Det fria Internets fader?*, Pawlo i *Liberal Debatt* 1/2002, *Jakten på fri programvara*, Raymond, Eric S, *Katedralen och Basaren*, Nya Doxa, Falun 2001, Walleij, Linus, *Copyright finns inte*, Rootgear, 2000.

⁸ För en djuplodande genomgång av detta förlopp se Moody, Glyn, *Rebel Code*, Perseus Publishing 2001.

förseningar och har inte ännu nått en stor spridning. Den som i praktiken kommit att sprida den fria programvarans lov har istället varit den berömda finlands-svenske programmeraren Linus Torvalds. Torvalds tog fasta på ideerna inom GNU-projektet och utvecklade operativsystemet Linux.

Nyckeln till Linux framgång är att det är fritt att vidareutveckla och sprida. Det betyder dock inte att Linux är gratis. Det finns versioner av Linux som kostar pengar och företaget Red Hat som har utvecklat en framgångsrik Linux-distribution är till och med noterat på den amerikanska Nasdaqbörsen. Det man tar betalt för är manualer, teknisk support samt relaterade konsulttjänster men inte för själva programvaran. Samtidigt ger man bort källkoden och låter användaren göra vad han eller hon vill med den och sprida de förändrade versionerna. Linux har en stark position på marknaden vad avser installation i serversystem. Närmare 30 procent av samtliga installationer av operativsystem på servrar utgörs av Linux-installationer.⁹

2.2 Licensen GNU GPL. Stallman har sedermera skapat en stiftelse för utveckling av datorprogramlicenser och datorprogramvara, Free Software Foundation. Inom denna stiftelse har Stallman utvecklat filosofin kring fri programvara. Fri programvara är i juridisk mening ett licensieringssystem genom vilket den ekonomiska upphovsrätten används för att tillse att fyra friheter knyts till programvaran:

- frihet att använda programmet för valfritt ändamål (frihet 0),
- frihet att undersöka hur programmet fungerar och ändra det för egna ändamål (frihet 1),
- frihet att skicka kopior vidare av programmet, mot betalning eller gratis (frihet 2) samt
- frihet att förbättra programmet och sprida det vidare i förbättrad form (frihet 3).¹⁰

GNU General Public License (GPL) är de mest förekommande licensvillkor som reglerar utveckling och distribution av fri programvara. Licensvillkoren uppdateras kontinuerligt. Nu gällande version heter GNU GPL Version 2 och är publicerad i juni 1991.¹¹ Det pågår för närvarande ett arbete med en ny version av licensvillkoren. Den viktigaste förändringen lär bli att licensvillkoren bättre anpassas för kommersiell utveckling där fri programvara kombineras med icke-fri programvara.¹² Vidare kommer de nya licensvillkoren att innehålla en modell för att hantera programuthyrning, så kallad ASP-verksamhet.¹³ Licensie-

⁹ Siffror från undersökningsföretaget International Data Corporation, IDC. Rapporterat av Cnet under: <http://news.com.com/2100-1001-253320.html?legacy=cnet>

¹⁰ I artikeln används den svenska översättning av GNU GPL och de fyra friheterna som gjorts av Mikael Pawlo per den 3 december 2000 och finns tillgänglig online under <http://www.algonet.se/~mpawlo/gnugpl2.html>

¹¹ Den gällande versionen av GNU GPL finns alltid tillgänglig i original under <http://www.gnu.org/>

¹² Intervju med Richard M Stallman per 2000-11-22.

¹³ E-post-korrespondens med Eben Moglen mellan 2002-03-14 – 2002-03-17.

ringsmodellen GNU GPL skiljer sig mycket från övriga mjukvarulicenser, företrädesvis genom syftet med avtalet och skyddsomfånget. Avtalsformen är så speciell att det sannolikt kan utgöra en avtalsform *sui generis*.¹⁴ Det bör dock noteras att fri programvara förutom licenstypen inte skiljer sig från annan programvara vad gäller framställningsätt, programmeringsspråk eller användningsområde.¹⁵ GNU GPL binder användaren genom användning och konkludent handlande. Det kan ifrågasättas om avtalsbindning enligt villkoren i GNU GPL överhuvudtaget uppkommit enligt svensk rätt. Det ligger dock utom ramen för denna framställning att gå närmare in på avtalsbindning i digitala miljöer och jag antar i det följande att ett avtal på villkoren i GNU GPL uppstått mellan användaren och utvecklaren.¹⁶ Som tolkningsstöd för partsviljan torde det rikliga material som Free Software Foundation utvecklat kunna fungera i de flesta fall.¹⁷ Det skulle förvisso kunna anföras att en användare som nyttjar och vidare-sprider programvaran utan att ta del av licensvillkor inte kan ha en viljeyttring som kan användas som tolkningsunderlag. Det kan i detta sammanhang noteras att den som bortser från licensvillkoren sannolikt gör sig skyldig till intrång i upphovsmannens upphovsrätt, eftersom datorprogrammet endast får nyttjas på de villkor som stipuleras i licensen, vilket kan leda till stränga påföljder.¹⁸ Enligt Olsen kan gratiserbjudanden starkt ifrågasättas från en konkurrensrättslig synpunkt, eftersom endast de största och starkaste företagen kan överleva i ett sådant klimat där gratiserbjudanden är vanliga.¹⁹ I den mån gratiserbjudanden görs av en aktör med dominerande ställning på marknaden kan det betraktas som missbruk av dominerande ställning att sänka priserna under produktionskostnaden. Det bör i sammanhanget också noteras att fri programvara inte är gratis och att investeringar i IT företrädesvis bedöms utifrån *Total Cost of Ownership* vari inräknas inte endast kostnaden för programvaran utan även support, underhåll och övriga kostnader.²⁰ Konkurrensrättsliga och marknadsrättsliga aspekter på datorprogramlicenserna ligger i övrigt utanför ramarna för denna framställning.²¹

GNU GPL avser den upphovsrättsliga förfoganderätten.²² Upphovsmannen tar aldrig betalt för själva programvaran enligt GNU GPL, men ofta för kring-tjänster som support, manualer, framställning av exemplar och liknande. Enligt svensk rätt skulle då överlåtelsen av programvaran som huvudregel utgöra gåva

¹⁴ Se Sandgren, Patentlicenser, 1974, s 115 ff.

¹⁵ Se Koch, Frank A i Computerrecht, 5/2000, s 253.

¹⁶ För en studie av avtalsbindning i digital miljö se Pawlo i NIR 1999 s 140 ff.

¹⁷ Se dokumentsamling under <http://www.gnu.org/> per den 2 februari 2002.

¹⁸ Se 7 kap i upphovsrättslagen.

¹⁹ Olsen, Lena, Gratiserbjudanden och IT, Det IT-rättsliga Observatoriets rapport 43/2001, IT-kommissionen, Stockholm 2001, s 5.

²⁰ För en utförlig genomgång av Total Cost of Ownership, se <http://www.compaq.com/tco/> per 3 februari 2002.

²¹ Det kan i all korthet konstateras att GNU GPL inte strider mot TRIPS artikel 40, artikel 85 eller 86 i Romfördraget eller konkurrenslagen § 6. För en genomgång av konkurrensrätt och licensavtal se Handel s 221 ff.

²² Se 2 § upphovsrättslagen.

och GNU GPL vara en benefik licens. Detta torde dock inte påverka bedömningen enligt upphovsrättslagen och avtalslagen i detta avseende. Även en benefik licens kan förenas med villkor. Vad gäller frågan om en benefik licens kräver accept i sig torde så vara fallet med fri programvara. GNU GPL är så pass långtgående att licensvillkoren kräver accept i avtalslagens mening.²³ Det skall även noteras att föreskrifter som alltför starkt inskränker licenstagarens frihet kan åsidosättas med stöd av 36 § avtalslagen.²⁴ Köplagen är enligt 1 § inte tillämplig på gåvor. Konsumentköplagen är över huvud taget inte tillämplig på immaterialrättigheter. Det kan finnas situationer där vederlaget för den totala transaktionen uppgår till en sådan nivå att avtalet i sin helhet kommer att tolkas som oneröst, men som huvudregel är avtalet av benefik art.

GNU GPL gäller varje programvara eller annat verk som innehåller en hänvisning till licensvillkoren där upphovsrättsinnehavaren stadgat att programvaran kan distribueras enligt GNU GPL.²⁵ GNU GPL behandlar kopiering, distribution och ändringar i programvaran. Användningen av programvaran är inte begränsad och resultatet av användningen av programvaran täcks endast av GNU GPL om resultatet utgör ett verk baserat på programvaran, oberoende av att det skapats av att programmet körts. Många av rättsverkningarna av GNU GPL är beroende av huruvida spridning av programvaran sker eller inte.²⁶ GNU GPL kan ske så att upphovsmannen efterger sina rättigheter till allmänhetens fromma.²⁷ Det torde dock inte vara fråga om en sådant eftergivande ("waiver") som gör att upphovsmannen förlorar sin egen rätt. Tvärtom utgör GNU GPL en licens och brott mot den kan leda till att licenstagaren förlorar sina rättigheter som därmed återgår till upphovsmannen.²⁸

2.3 Rätt till ändringar, mångfaldigande och spridning. Användaren får enligt licensen kopiera och distribuera exakta kopior av programvarans källkod såsom han mottagit den, i alla medier, förutsatt att han tydligt och på ett skäligt sätt på varje exemplar digitalt fäster en upphovsrättsklausul ("copyright notice") och friskrivning från garantiåtaganden, vidhåller alla hänvisningar till GNU GPL och till alla friskrivningar. Utöver detta skall användaren till alla mottagare ge en kopia av GNU GPL med exemplaret av programvaran. Användaren får enligt licensvillkoren utta en avgift för framställning av nya exemplar eller överföringen av en kopia och får erbjuda en garanti för programvaran mot en avgift. Det sagda skall dock inte tolkas så att användaren får ta betalt för programmet. Det är endast för det arbete som exempelvis en kopiering av en diskett kan innebära som användaren kan få ersättning för. Användaren får inte kräva betalning för

²³ Jfr Hellner, *Speciell avtalsrätt II*, Juristförlaget, Stockholm 1992, s 184 f.

²⁴ Se Hellner, a a s 185.

²⁵ Se GNU GPL p 0.

²⁶ Det sagda har skapat en möjlighet att undvika kravet på att tillhandahålla källkoden genom att undvika distribution, exempelvis genom programuthyrning över Internet istället för överföring av datorprogrammet.

²⁷ Se Metzger, Axel och Jaeger, Till, *Open Source Software und deutsches Urheberrecht i GRUR Int.* 1999 s 839 ff.

²⁸ Se Metzger och Jaeger a a s 844 f.

programvaran och om mottagaren väljer att sprida sitt exemplar utan kostnad så kan den första användaren inte hindra ett sådant beteende.²⁹

Förutsatt att ett avtal träffats enligt villkoren i GNU GPL gäller dessa villkor sannolikt utan inskränkningar även i svensk rätt. Vad gäller rätten till vidaredistribution måste den avtalas enligt 28 § 1 p URL. Kravet på att upphovsrättsklausulen skall fästas på exemplar vid vidaredistribution är knappast oskäligt enligt avtalslagen. Det förbud mot vidareöverlåtelse utom villkoren som ställs upp i GNU GPL presumeras gälla redan av upphovsrättslagen. Vidare är godtrosvörvärv inte möjliga.³⁰ Enligt 26 g § 1 p URL gäller en presumtion för förvärvare av datorprogram att göra sådana ändringar i programmet som är nödvändiga för att han skall kunna använda programmet för dess avsedda ändamål. Detsamma gäller rättelser av fel. I övrigt är i princip alla ändringar utan upphovsmannens tillåtelse förbjudna.³¹

Enligt GNU GPL 2 p får användaren ändra sitt exemplar eller andra kopior av programvaran eller någon del av den och därmed skapa ett verk baserat på den samt att kopiera och distribuera sådana förändrade versioner av den eller verk enligt villkoren i paragraf 1 ovan, förutsatt att användaren också uppfyller följande villkor:

a) han tillser att de förändrade filerna har ett tydligt meddelande som berättar att han ändrat filerna samt vilket datum dessa ändringar gjordes,

b) han tillser att alla verk som han distribuerar eller offentliggör som till en del eller i sin helhet innehåller eller är härlett från programvaran eller en del av programvaran, licensieras i sin helhet, utan kostnad till tredje man enligt dessa licensvillkor, samt

c) om den förändrade programvaran i sitt normala utförande kan utföra interaktiva kommandon när det körs, måste han tillse att när programmet startas skall det skriva ut eller visa, på ett enkelt tillgängligt sätt, ett meddelande som tydligt och på ett skäligt sätt på varje exemplar fäster en riktig upphovsrättsklausul och garantiavsägelse (eller i förekommande fall ett meddelande som klargör att användaren tillhandahåller en garanti) samt att mottagaren äger distribuera programvaran enligt dessa licensvillkor samt berätta hur mottagaren kan se dessa licensvillkor. Från denna skyldighet undantas det fall att programvaran förvisso är interaktiv, men i sitt normala utförande inte visar ett meddelande av denna typ. I sådant fall behöver verk baserade på programvaran inte visa ett sådant meddelande som nämns ovan.

Dessa krav gäller det förändrade verket i dess helhet. Om identifierbara delar av verket inte härrör från programvaran och skäligen kan anses vara fristående och självständiga verk i sig, skall dessa licensvillkor inte gälla i de delar när de distribueras som egna verk. Men om samma delar distribueras tillsammans med en helhet som innehåller verk som härrör från programvaran, måste distributionen i sin helhet ske enligt dessa licensvillkor. Licensvillkoren skall i sådant fall

²⁹ Se GNU GPL 1 p i jämförelse med resonemanget i The Free Software Definition som ligger online under: <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html> per den 2 februari 2002.

³⁰ Se Bernitz i NIR 1959 s 39 ff.

³¹ Se Bernitz m fl, Immaterialrätt, sjunde upplagan, Jure, Stockholm 2001, s 76 ff.

gälla för andra licenstagare för hela verket och sålunda till alla delar av programvaran, oavsett vem som är upphovsman till respektive delar av verket.

Denna paragraf skall således inte tolkas så att anspråk görs på rättigheter eller att ifrågasätta användarens rättigheter till programvara som skrivits helt av användaren. Syftet är att tillse att rätten att kontrollera distributionen av ”derivativa” verk eller samlingsverk av programvaran. Förekomsten av ett annat verk på ett lagringsmedium eller samlingsmedium som innehåller programvaran eller verk baserat på programvaran leder inte till att det andra verket omfattas av de licensvillkoren.

GNU GPL 2 p går således betydligt längre än vad som krävs enligt upphovsrättslagen. De krav som ställs i samband med den utökade rätten att förändra verket torde vara giltiga, inte minst med tanke på avtalets benefika karaktär. Det bör dock finnas en löpande skala för verket och även om verket baseras på ett annat verk torde vid någon punkt ett helt nytt verk uppstå, oavsett att detta ursprungligen utgått från ett verk som distribuerats enligt licensvillkoren i GNU GPL. Ett sådant verk är inte per automatik bundet av GNU GPL.

Enligt GNU GPL 3 p får användaren kopiera och distribuera programvaran (eller verk baserat på programvaran) i objektкод eller i körbar form enligt villkoren i paragraf 1 och paragraf 2 förutsatt att användaren också gör en av följande saker:

a) bifogar den kompletta källkoden i maskinläsbar form, som måste distribueras på villkoren i paragraf 1 och 2 på ett medium som i allmänhet används för utbyte av programvara, eller

b) bifogar ett skriftligt erbjudande, med minst tre års giltighet, att ge tredje man, för en avgift som högst uppgår till användarens kostnad att utföra fysisk distribution, en fullständig kopia av källkoden i maskinläsbar form, distribuerad på villkoren i paragraf 1 och 2 på ett medium som i allmänhet används för utbyte av programvara, eller

c) bifogar det skriftliga erbjudande som användaren fick att erhålla källkoden. (Detta alternativ kan användas endast för icke-kommersiell distribution och endast om användaren erhållit ett program i objektкод eller körbar form med ett erbjudande i enlighet med b ovan.

Källkoden för ett verk avser den form av ett verk som är att föredra för att göra förändringar av verket. För ett körbart verk avser källkoden all källkod för moduler som det innehåller, samt alla tillhörande gränssnittsfiler, definitioner, script för att kontrollera kompilering och installation av den körbara programvaran. Ett undantag kan dock göras för sådant som normalt distribueras, antingen i binär form eller som källkod, med huvudkomponenterna i operativsystemet (kompilator, kärna och så vidare) i vilket den körbara programvaran körs, om inte denna komponent medföljer den körbara programvaran.

Om distributionen av körbar programvara eller objektкод görs genom att erbjuda tillgång till att kopiera från en bestämd plats, skall motsvarande tillgång till att kopiera källkoden från samma plats räknas som distribution av källkoden, även om tredje män inte behöver kopiera källkoden tillsammans med objektkoden.

Användaren får enligt GNU GPL 4 p inte kopiera, ändra, licensiera eller distribuera programvaran annat än enligt licensvillkoren. All övrig kopiering, ändringar, licensiering eller distribution av programvaran är ogiltig och kommer automatiskt medföra att användaren förlorar sina rättigheter enligt GNU GPL. Tredje man som har mottagit kopior eller rättigheter från användaren enligt dessa licensvillkor kommer dock inte att förlora sina rättigheter så länge de följer licensvillkoren. I denna del kan GNU GPL sannolikt jämkas enligt 36 § avtalslagen. Det torde framstå som oskäligt att dessa konsekvenser följer av ett upphovsrättsintrång som kanske framstår som ringa. Vad gäller den fortsatta giltigheten av avtalsvillkoren kan den ifrågasättas. Kan en upphovsman binda framtida utvecklare till vissa villkor i all oändlighet? Det är den bakomliggande tanken med GNU GPL. Licensen har i detta avseende beskrivits ha egenskaper som motsvarar ett medicinskt virus.³² GNU GPL kan sannolikt jämkas i detta avseende med stöd av 36 § avtalslagen och det torde i praktiken ofta vara svårt att avgöra om ett ”derivativt” verk är tillräckligt influerat av det ursprungliga verket för att vara bundet av licensvillkoren. Det kan noteras att avtalets hela innehåll skall läggas till grund för skälighetsbedömningen och att det är fråga om en avvägning mellan pris, prestation och risktagande. Om ett villkor uppenbart missgynnar part kan det i vissa fall anses oacceptabelt men kan i andra fall godtas om part gynnas på annat sätt.³³

2.4 Friskrivning enligt GNU GPL. En stor del av syftet med GNU GPL är att friskriva licensgivaren från skadeståndsansvar. De viktigaste friskrivningsklausulerna återfinns i punkterna 11 och 12.

11. DÅ DENNA PROGRAMVARA LICENSIERAS UTAN KOSTNAD GES INGEN GARANTI FÖR PROGRAMMET, UTOM SÅDAN GARANTI SOM MÅSTE GES ENLIGT TILLÄMPLIG LAG. FÖRUTOM DÅ DET UTTRYCKS I SKRIFT TILLHANDAHÅLLER UPPHOVSRÄTTSSINNEHAVAREN OCH/ELLER ANDRA PARTER PROGRAMMET ”I BEFINTLIGT SKICK” (”AS IS”) UTAN GARANTIER AV NÅGRA SLAG, VARKEN UTTRYCKLIGA ELLER UNDERFÖRSTÅDDA, INKLUSIVE, MEN INTE BEGRÄNSAT TILL, UNDERFÖRSTÅDDA GARANTIER VID KÖP OCH LÄMPLIGHET FÖR ETT SÄRSKILT ÄNDAMÅL. HELA RISKEN FÖR KVALITET OCH ANVÄNDBARHET BÄRS AV DIG. OM PROGRAMMET SKULLE VISA SIG HA DEFEKTER SKALL DU BÄRA ALLA KOSTNADER FÖR FELETS AVHJÄLPANDE, REPARATIONER ELLER NÖDVÄNDIG SERVICE.

12. INTE I NÅGOT FALL, UTOM NÄR DET GÄLLER ENLIGT TILLÄMPLIG LAG ELLER NÄR DET ÖVERENSKOMMITS SKRIFTLIGEN, SKALL EN UPPHOVSRÄTTSSINNEHAVARE ELLER ANNAN PART SOM ÄGER ÄNDRA OCH/ELLER DISTRIBUTUERA PROGRAMVARAN ENLIGT OVAN, VARA SKYLDIG UTGE ERSÄTTNING FÖR SKADA DU LIDER, INKLUSIVE ALL-

³² Se Radin, Margaret Jane, Humans, Computers, and Binding Commitment, 75 Ind. L.J. 1125.

³³ Se Dotevall, Herre och Runesson, Avtals- och köprätt, Norstedts Juridik 1997, s 46.

MÄN, DIREKT ELLER INDIREKT SKADA SOM FÖLJER PÅ GRUND AV ANVÄNDNING ELLER OMÖJLIGHET ATT ANVÄNDA PROGRAMVARAN (INKLUSIVE MEN INTE BEGRÄNSAT TILL FÖRLUST AV DATA OCH INFORMATION ELLER DATA OCH INFORMATION SOM FRAMSTÄLLTS FELAKTIGT AV DIG ELLER TREDJE PART ELLER FEL DÄR PROGRAMMET INTE KUNNAT KÖRAS SAMTIDIGT MED ANNAN PROGRAMVARA), ÄVEN OM EN SÅDAN UPPHOVSRÄTTSSINNEHAVAREN ELLER ANNAN PART UPPLYSTS OM MÖJLIGHETEN TILL SÅDAN SKADA.

Som nämnts ovan är fri programvara i huvudsak en benefik avtalstyp. Det kan finnas situationer där vederlaget för den totala transaktionen uppgår till en sådan nivå att avtalet i sin helhet kommer att tolkas som oneröst, men som huvudregel är avtalet av benefik art. Fråga är då vilket ansvar gåvogivaren har för skada som han vållar genom sin gåva. I fallet med fri programvara kan skadan ofta bli avsevärd, om programvaran exempelvis används i affärskritiska situationer eller på exempelvis sjukhus och sedan inte fungerar på avsett sätt eller innehåller felaktigheter.³⁴

Det finns två svenska avgöranden som behandlar skadeståndskrav vid benefika transaktioner. Dessa avgöranden är inte direkt tillämpliga på förevarande situation men illustrerar ändå hur ansvaret för benefika prestationer kan bedömas.

En bilverkstad reparerade i NJA 1948 s 752 utan krav på ersättning en bil. Bilen stals vid reparationsstillfället och tjuvens handhavande skadade bilen. Högsta domstolen fann att bilverkstaden trots det benefika avtalet skulle ha vårdat bilden som anförtrött gods och anförde att tillgreppet möjliggjorts genom bilverkstadens vållande. Innehavaren blev skadeståndsskyldig.

Samma ansvar drabbade ett speditjonsbolag i NJA 1948 s 701. Bolaget åtog sig uppdraget att genomföra en flytt åt en anställd vid bolaget. Genom bolagets oaktsamhet välte flyttbilen under transporten och bohaget skadades. Bolaget hade i sina allmänna villkor friskrivit sig från ansvar för skada som inträffar under transport. I det benefika avtalet med den anställde hänvisade bolaget dock inte till dessa allmänna villkor. Även om man kan tycka att den anställde borde ha känt till dessa allmänna villkor anförde högsta domstolen att oavsett om och i vad mån ersättning skulle utgå för flytten bolaget var skyldigt att ersätta den anställde för hela hans skada.

Vid benefika prestationer tycks sålunda domstolarna agera på samma sätt som vid onerösa prestationer. För fallet med programvara distribuerad under GNU GPL kan man även tänka sig att ett produktansvar kan bli tillämpligt, något som kan ge betydligt mer långtgående konsekvenser än de som var fallet i de refererade fallen. Friskrivningen i GNU GPL är sålunda nödvändig. Det skall dock noteras att friskrivningsklausuler utgör sådana betungande avtalsvillkor som i praxis tolkas restriktivt och mot bakgrund av dispositiv rätt.³⁵ Huruvida

³⁴ För mer om IT och risker förenade därmed se Seipel, Peter, Juridik och IT, Norstedts Juridik, sjunde upplagan, Stockholm 2001, s 226 ff.

³⁵ Se Lehrberg, Avtalstolkning, Norstedts juridik, Stockholm 1995, s 93 ff.

den citerade friskrivningsklausulerna i GNU GPL kommer att äga giltighet går inte att sia om på förhand.

2.5 *Verkan av konkurs.* Vad händer om en juridisk eller fysisk person som tillverkar fri programvara går i konkurs? Ett överlåtelseförbud vid gåva har sakrättslig verkan mot gåvotagarens borgenärer.³⁶ Fri programvara som mottagits kan sålunda inte utmätas för gåvotagarens skulder i en konkurs, eftersom överlåtelse endast får göras på visst särskilt angivet sätt. Det sagda utgör en skillnad från vad som gäller i onerösa avtal där överlåtelseförbud inte har någon verkan vid konkurs. Det sagda gäller dock bara gentemot en gåvotagare. En upphovsmans upphovsrätt kan enligt 42 § URL bli föremål för utmätning om verket i fråga blivit lovligt offentliggjort.³⁷ Det står då givetvis den nye ägaren fritt att ändra licensvillkoren för programvaran. Det kan få långtgående och svåröverblickbara konsekvenser för utvecklare i senare led som kanske har gjort sig beroende av att en programvara som de bygger sina datorprogram på är fri. Det torde inte vara så att de licenser som redan är upplåtna per automatik förfaller, men risken är att de inte får del av framtida utveckling. Om någon förvärvar fri programvara trots överlåtelseförbudet får förbudet sannolikt fortsatt giltighet.³⁸ Vad som i övrigt gäller vid kollisioner mellan totala och partiella förfoganden av en immaterialrätt är mycket ovisst.³⁹ I brist på annan reglering kan man möjligen utgå ifrån att tidsprioritet bör gälla. Det skall noteras att en oklanderligt upplåten licensrätt sålunda kan förbli gällande vid överlåtelse av den bakomliggande immaterialrätten, oavsett om dess förvärvare var i god tro eller inte.⁴⁰ Det bör även noteras att dessa förhållanden avseende fri programvara ofta skiljer sig från vad som gäller avseende upplåtelser av IT-system i övrigt. Normalt torde ett konkursbolag som nyttjat ett datorprogram endast ha rätten att använda datorprogrammet, inte att sälja det vidare.⁴¹

Det skall i detta sammanhang särskilt noteras att lagvalsklausuler och tvistlösningsklausuler saknas i licensen. Med tanke på Internets gränslöshet och att datorprogrammen inte sällan kommer att spridas via Internet kan det vara svårt att avgöra vilket lands lag och vilket forum som skall nyttjas vid en tvist.⁴² Den som skall använda licensen i praktiken bör därför göra ett tillägg till GNU GPL där dessa för avtalsrelationen och tydligheten viktiga frågor regleras. Det är viktigt särskilt eftersom avtalsrelationen i övrigt är osäker mot bakgrund av det sätt på vilket bundenhet uppnås. Även om det i svensk praxis finns en återhållsamhet mot att tillmäta ofullständiga avtal rättsverkningar torde förutsebarheten inte gynnas av på förhand uppenbara oklarheter.⁴³ Det skall noteras att GNU GPL

³⁶ Se Hellner, a a s 190.

³⁷ Se även Immaterialrätt, s 50.

³⁸ Se Håstad, Sakrätt, 4 uppl, 1992, s 352 f.

³⁹ Se Rodhe, Handbok i Sakrätt, 2:a tryckningen, Lund 1986, s 580.

⁴⁰ Se Bernitz i NIR 1959 s 39 ff.

⁴¹ Se Hübner i E-världen 1/2001, s 14 f.

⁴² Jfr Bogdan, Michael, Gränsöverskridande förtal i Cyberspace, Svensk Juristtidning, 1998 s 1.

⁴³ Vad avser ofullständiga avtal, se Runesson, Eric M. Rekonstruktion av ofullständiga avtal. Särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader, MercurIUS, Stockholm 1996.

aldrig prövats i domstol. Enligt Moglen som är Richard M Stallmans ombud pro bono beror detta på licensens förträfflighet och att det inte går att vinna en talan som går ut på att ogiltigförklara licensen.⁴⁴ När detta skrivs skall dock licensen för första gången prövas i en intrångstalan.⁴⁵

2.6 Upphovsmannens ideella rätt. Som noterats ovan utgår GNU GPL från upphovsmannens förfoganderätt. Som bekant tillerkäns upphovsmannen även en ideell rätt, vilken tar hänsyn till den särskilda känslomässiga eller personliga samband som ofta finns mellan upphovsmannen och dennes verk.⁴⁶ Tanken om en stark koppling mellan upphovsmannen och dennes verk har sina rötter i upplysningen och den franska revolutionen. Den franske revolutionsfilosofen Bouffler lär ha uttalat: "S'il existe pour un homme une véritable propriété, c'est sa pensée".⁴⁷ Det tydligaste arvet av denna tanke i svensk rätt är den ideella rätten. Reglerna har stadfäst i 3 § upphovsrättslagen och stadgar att upphovsmannen har rätt att få gälla som upphovsman till verket samt rätt till respekt för verket. Denna rätt kan också fylla ytterligare en funktion genom att befordra eller bevara en upphovsmans renommé och sålunda indirekt ge ekonomiska effekter för upphovsmannen på givna marknad.⁴⁸ Den ideella rätten kan inte överlåtas. Angivandet av upphovsmannen skall ske på det sätt som krävs enligt god sed. Upphovsmannens namn skall anges på de exemplar som framställs och det gäller alla typer av verk inbegripet datorprogram och arkitektritningar (se NJA 1993 s 263).⁴⁹

Vad gäller rätten till respekt för verket innebär den att varje upphovsman kan motsätta sig att hans verk återges i vanställt eller stympat skick eller återges på ett sätt eller annars i ett sammanhang som är kränkande för honom.⁵⁰ Rätten till respekt för verket bygger på tre huvudpelare: ändringar i verket, ändringar i exemplar av verket (inte aktuellt i detta fall, avser företrädesvis målningar, skulpturer och andra konstverk) samt återgivande av verket i främmande sammanhang.⁵¹

För en genomgång av svensk praxis kring ofullständiga avtal se Adlercreutz, Axel, Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal, Svensk Juristtidning, 1987 s 493 ff.

⁴⁴ Se Moglen, Eben, Enforcing the GPL, publicerad i Linux User, men även online under <http://emoglen.law.columbia.edu/publications/lu-12.html> per den 3 februari 2002.

⁴⁵ Nusphere ./ MySQL AB, processen har inte inletts när detta skrivs, men stämningsansökan avser avtalsbrott avseende interimistiskt avtal, varumärkesintrång samt avtalsbrott avseende GNU GPL. Information om processen och processföremålet finns under <http://www.mysql.com/news/article-75.html> per den 3 februari 2002.

⁴⁶ Se Olsson, Henry, Copyright, 6:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1998, s 106 ff.

⁴⁷ Se Levin, Marianne, Upphovsrättens grundprinciper, publicerad inom Kungliga Bibliotekets projekt Nya vägar för boken, 2000, s 2.

⁴⁸ Se Rosén i JT 1996-97 s 142.

⁴⁹ Se nedan under avsnittet 3. Öppen källkod för en utveckling kring i vilken utsträckning upphovsmannen måste anges.

⁵⁰ Se Olsson, a a s 109 ff.

⁵¹ Se Olsson a st.

Rätten till respekt för ändringar i verket behandlas i NJA 1976 s 679. En person utgav en grammofonskiva med en sång som till tonerna av Hugo Alfvéns musik hämtade inspiration och den första raden från K G Ossiannilissons dikt Sveriges Flagga. Sångens tema var i övrigt skarp kritik mot USA:s krigföring i Vietnam. HD fann att kränkning av upphovsmannens ideella rätt hade skett både avseende Alfvéns och Ossiannilissons verk.

Rätten till respekt i form av rätt att neka återgivande av verket i främmande sammanhang tar sikte på sådana sammanhang som kan vara kränkande för upphovsmannen. Typiskt sett handlar det om att verket används i pornografiska, politiska eller religiösa sammanhang som upphovsmannen inte tänkt sig.⁵²

Stockholms tingsrätt fann i NIR 1971 s 219 att det den religiösa sången ”Denne Gud, Han är vår far” användes som ljudillustration till ett samlag i ett träd i Vilgot Sjömans film ”Jag är nyfiken – en film i gult” på ett sådant sätt är kränkande för upphovsmannen. I NJA 1974 s 94 använde ett filmbolag ett antal reproduktioner av stiliserade konstverk föreställande nakna kvinnokroppar. Användningen utgjordes av att filmbolaget nyttjade reproduktionerna som ram kring en affisch med samlagsbilder som i sin tur utgjorde reklam för en pornografisk biograf. HD anförde att användningen utgjorde kränkning av upphovsmannens ideella rättigheter. I NJA 1985 s 807 begärde en journalist ersättning för ideell skada. En person hade olovligen kopierat och spritt en artikel i marknadsföringssyfte. HD anförde att nyttjandet inte kunde anses nedsättande för journalisten i sådan mening som skulle innebära ersättning för ideell skada. Journalisten erhöll ersättning för sin ekonomiska skada.

GNU GPL är skapad under amerikanska förutsättningar. Någon hänsyn till europeiska rättsfigurer avseende droit moral och upphovsmannens ideella rätt tas inte i GNU GPL eftersom dessa rättsfigurer i huvudsak saknas i amerikansk upphovsrättslagstiftning och existerar överhuvudtaget endast till liten del genom praxis. Det sagda innebär att ett senare bearbetare av ett verk licensierat som fri programvara inte kan vara säker på att han får genomföra de ändringar eller sprida programmet i det sammanhang han tänkt sig, oaktat att licensen GNU GPL säger det. Eftersom den ideella rätten inte kan avtalas bort i sin helhet gäller den även om upphovsmannen sagt sig vilja efterge den. Såsom stadgas i 3 § upphovsrättslagen kan upphovsmannen efterge sin ideella rätt med bindande verkan till en till art och omfattning begränsad användning av verket. Vidare kan den ideella upphovsrätten till datorprogram enligt 40 a § upphovsrättslagen övergå till arbetsgivare i anställningsförhållanden. I det förevarande fallet med GNU GPL görs dock en generell eftergift av den ideella rätten. En sådan torde emellertid inte bli bindande för upphovsmannen enligt nordisk rätt eftersom den är så omfattande och sträcker sig så långt fram i tiden att upphovsmannen omöjligen kan förutse vad den kan få för praktiska effekter.⁵³ Det skulle sålunda åtminstone i teorin kunna inträffa att en utvecklare av fri programvara vägrar en

⁵² Se Olsson a a s 113 ff.

⁵³ Se Olsson a a s 115 ff.

viss utveckling eller utveckling för ett visst ändamål i ett senare led med hänvisning till sin ideella rätt. Problematiken har även uppmärksammats i Tyskland.⁵⁴ Det torde dock vara så att upphovsmannen får acceptera en mer långtgående inskränkning till följd av sin generella eftergift än vad som annars skulle varit fallet.⁵⁵ Free Software Foundations europeiska systerorganisation, Free Software Foundation Europe, arbetar med att utveckla en modell för att hantera frågan med den europeiska synen på upphovsmannen och därtill nödvändig utveckling av GNU GPL.⁵⁶ Det bör samtidigt noteras att vi i Norden inte har någon rätt för upphovsmannen att ångra sig, så kallad *droit de repentir*. Upphovsmannen kan sålunda inte hindra att hans verk i fortsättningen görs tillgänglig för allmänheten om han en gång tillgängliggjort det.⁵⁷ Den ideella rätten får i Sverige i detta avseende endast effekt för särskilda typer av ändringar eller användning, inte offentliggörandet i sig.

3. Öppen källkod

GNU GPL har genom Linux fått stor uppmärksamhet, men alla gillade inte den puristiska anda som präglade Stallmans bakomliggande filosofi.⁵⁸ Under 1990-talet utvecklades alternativa licensmodeller och filosofier, främst inom utvecklingen av programmeringsspråket Perl under ledning av Larry Wall och Guido van Russoms Python. Den riktigt stora förändringen skedde dock med utvecklingen av Debian Free Software Guidelines och Nescapes beslut att distribuera källkoden till sin webbläsare till allmänheten. Bruce Perens som skrivit Debian Free Software Guidelines träffade bland annat Eric S Raymond och man diskuterade vad Nescapes beslut skulle innebära. Snart fann man att det borde finnas utrymme för fri distribution av källkod utan att för den skull ansluta sig till filosofin som Stallman utvecklat och manifesterat i GNU GPL. Man utvecklade istället för en komplett licens utifrån Debian Free Software Guidelines en serie regler för vad som borde styra programutveckling. Alla licenser som följer definitionen kan kallas för *öppen källkod*.⁵⁹ Den främsta skillnaden mot filosofin bakom GNU GPL är att man tillåter direkt kommersiell försäljning av programvara. Det skall dock noteras att GNU GPL ryms inom definitionen för öppen källkod. Definitionen för öppen källkod specificerar de minsta gemensamma nämnare som gäller för samtliga licenser för de datorprogram som tillgängliggörs som öppen källkod. De licenser som används inom öppen käll-

⁵⁴ Se Metzger och Jaeger, *Open Source Software and German Copyright Law*, i IIC Vol. 32, 1/2001 s 64 ff.

⁵⁵ Jfr Metzger och Jaeger a a s 65.

⁵⁶ FSF Europe har bland annat uppdragit åt Axel Metzger, Carsten Schulz och Till Jaeger att utveckla en särskild *Fiduciary Licence Agreement* med vilken FSF Europe kan överta huvudmannskapet för viss programkod. Se för mer information om denna utveckling, tidskriften *Brave Gnu World* utgåva 38, online under <http://www.gnu.org/brave-gnu-world/issue-38.en.html> per den 11 april 2002.

⁵⁷ Se Olsson, a a s 117.

⁵⁸ Se Raymond, a a s 60 ff.

⁵⁹ Den översättning av definitionen av öppen källkod som används i det följande är gjord av Wallström, Patrik och Ihse, Magnus samt publicerad under: <http://www.gnuheter.com/osd.php> per den 2 februari 2002.

kod skiljer sig mycket åt bortsett från dessa grundläggande krav på licensernas utformning.

Den första punkten stadgar att licensen inte skall förhindra någon part från att sälja eller att ge bort mjukvaran som en komponent eller som en sammanslagen mjukvarudistribution som innehåller program från flera olika källor. Licensen får inte kräva royalty eller någon annan kostnad för sådan försäljning. Det anförda innebär en viktig skillnad gentemot GNU GPL.

Programmet måste enligt definitionen inkludera källkoden, och måste tillåta distribution i såväl källkodsform som i kompilerad form. Eftersom någon del av en produkt inte distribueras med källkod så måste det finnas ett tydligt offentliggjort sätt att få tag på källkoden för inte mer än en rimlig reproduktionskostnad. Detta sker i praktiken företrädesvis genom nedladdning från Internet utan kostnad. Källkoden måste vara i den form som en programmerare skulle föredra för att modifiera programmet. Medvetet förvringd källkod är inte tillåten. Intermediära format såsom utmatningen av en pre-processor eller översättare är inte tillåtna.

Licensen måste tillåta modifikationer och härledda verk, och måste tillåta dessa att distribueras på samma villkor som licensen i originalmjukvaran. Följaktligen måste en licens under öppen källkod garantera att källkoden är lätt tillgänglig, men den tillåts kräva att källkoden distribueras som en orörd bas tillsammans med patchar. På detta sätt kan "inofficiella" förändringar göras tillgängliga men med lätthet skiljas från baskällkoden. Upphovsmannen till varje enskild del kan sålunda identifieras. Detta kan vara viktigt från garantisynpunkt, men många licenser använder detta för att ge den ursprunglige författaren ett erkännande på ett sätt som påminner om de europeiska tankarna kring droit moral.⁶⁰ Det kan i sammanhanget noteras att det i motiven angavs att behovet av angivande av upphovsmannen är begränsat, eftersom upphovsmannens intresse i första hand är ekonomiskt.⁶¹ God sed vid utveckling under öppen källkod-licenser eller utveckling av fri programvara torde dock vara en vidsträckt rätt för upphovsmannen att bli angiven i samband med verkets tillgänglighöjande.⁶² Upphovsmannen kan i linje med återgivna motivuttalanden sannolikt med bindande verkan efterge denna rätt att bli namngiven när det gäller projekt med en stor krets av utvecklare.

I NJA 1996 s 354 hade fem kompositörer och textförfattare väckt talan mot Sveriges Television och yrkat ersättning för teve-stationens underlåtenhet att ange upphovsmännen när dessas verk i olika former användes vid teve-utsändningar. Enligt HD hade SVT brutit mot god sed på området genom att underlåta att ange viss upphovsman. HD anförde som huvudregel att upphovsmannens namn alltid skall anges när inte tekniska eller andra praktiska skäl talar emot ett sådant angivande. Det är dock ofrånkom-

⁶⁰ Se Strömholm, Stig, *Le droit moral de l'auteur en droit allemand, français et scandinave avec un aperçu de l'évolution internationale* (Band 1: L'évolution historique et le mouvement international / Band 2: Le droit moderne), Stockholm 1966.

⁶¹ Se SOU 1985:51 s 93.

⁶² Se Andersson, a a s 38.

ligt att namngivelse trots detta avgörande kommer att bli beroende av hur skyddade verk produceras samt i vilket sammanhang verket produceras och tillgängliggörs för allmänheten.⁶³

Licensen får begränsa källkoden från att distribueras i modifierad form endast om licensen tillåter distribution av ”patch-filer” tillsammans med källkoden för modifiering av den ursprungliga källkoden vid kompileringstillfället. Licensen måste uttryckligen tillåta distribution av mjukvara skapad från modifierad källkod. Licensen får kräva att härledda arbeten använder ett annat namn eller versionsnummer än originalmjukvaran.

Licensen får inte diskriminera någon person eller grupp av personer. Licensen får inte heller förhindra någon från att använda programmet inom en särskild bransch. Till exempel får den inte förhindra programmet från att användas inom ett visst företag, eller användas till genetisk forskning. Rättigheterna som hör till programmet måste tillfalla dem som programmet distribueras till utan att ytterligare någon licens tillfaller dessa. Rättigheterna som hör till programmet får inte vara beroende av att programmet tillhör någon särskild mjukvarudistribution. Om programvaran skiljs ut från den distributionen och används eller distribueras inom ramarna för programmets licens, så skall alla parter som erhållit den vidare-distribuerade programvaran få samma rättigheter som de som gavs i samband med originaldistributionen. Licensen får inte ställa upp restriktioner på annan mjukvara som distribueras tillsammans med den licensierade mjukvaran. Till exempel får mjukvaran inte kräva att all annan mjukvara som distribueras på samma medium är öppen källkod.

Open Source Initiative har framtagit ett kollektivmärke med vilken datorprogram kan märkas som är certifierade som öppen källkod.⁶⁴ Det är inte licenserna som certifieras, utan datorprogrammet som sådant. I praktiken finns det dock ett antal licenser som betraktas som öppen källkod och den som använder dessa licenser kan vara säker på att datorprogrammet certifieras som öppen källkod. Bland programvara som är certifierad som öppen källkod och som används frekvent märks Apache som används som webbserver av mer än 60 procent av samtliga webbplatser på Internet, Perl som används flitigt för att skapa webbplatser på Internet med så kallat dynamiskt och interaktivt innehåll, BIND som används för att hantera samtliga domännamn över Internet samt Sendmail som är det mest använda verktyget för att transportera e-post över Internet.⁶⁵ Det kan finnas skäl att i ett annat sammanhang återkomma till en grundlig genomgång av de licensvillkor som reglerar dessa programvaror.

4. Slutsatser

Det kan tyckas vara ett banalt påstående för NIR:s läsekrets, men det är av yttersta vikt att varje företag med IT-relaterad verksamhet – vilket torde vara de

⁶³ Se Rosén i JT 1996-97 s 146 f.

⁶⁴ Mer information om hur märkningen går till i praktiken finns under: http://www.opensource.org/docs/certification_mark.html per den 2 februari 2002.

⁶⁵ Se <http://opensource.org/docs/products.html> per den 3 februari 2002.

flesta kommersiellt verksamma företag idag i mindre eller större utsträckning – genomför en licensinventering.⁶⁶ I praktiken har jag sett många fall där utvecklare och konsulter använt programvara och källkod som nedladdats via Internet. Programvaran har i de fall jag är bekant med använts i såväl extern som intern verksamhet. Ofta har en utveckling av programvara skett med många programdelar som nedladdats via Internet. Företaget befinner sig då i en prekär situation eftersom en datorprogramutveckling kan ha skett för miljontals kronor över en tid av flera år och resultatet innehåller ett tiotal licenstyper som sinsemellan är motstridiga. Dessutom kanske det innebär ett avtalsbrott att sälja programvaran på det sätt som företagsledningen har för avsikt att göra. Fri programvara och licenstyperna inom öppen källkod har fördelar som gör att de sannolikt är här för att stanna under överskådlig tid. Programutvecklingen kan ske distribuerat vilket leder till säkrare programvara och snabbare utveckling. Vidare innebär den bakomliggande filosofin att programkoden blir transparent och demokratiserad.⁶⁷ Betydelsen av fri programvara och öppen källkod ökar ständigt. Det tycks i samband med detta som om behovet av en internationell homogen bas i avtalsrätten generellt ökar.⁶⁸ På sådant sätt når vi bättre förutsebarhet och blir bättre rustade för den internationella och gränsöverskridande spridning av programvara som idag är vardagsmat i de globala datornätverken.

När det gäller friskrivningsklausulerna är det av stor vikt att dessa tydligt presenteras för användaren. Det är sannolikt inte tillräckligt att placera dem som en läsbar textfil på en CD-ROM-skiva på vilken programvaran distribueras. Friskrivningsklausulerna måste presenteras tydligt för användaren och gärna på ett sätt som gör att användaren måste godkänna dem före användning.⁶⁹

Såväl den med mindre altruistiska motiv bakom sin verksamhet som den som vill verka i Richard M Stallmans anda torde ha goda skäl att inventera licensanvändningen och tillse att licenserna som används går att använda för det aktuella ändamålet.⁷⁰

⁶⁶ Några praktiska råd inför utveckling under en öppen källkod-licens ges av Andersson, a a s 47 ff.

⁶⁷ För utveckling av dessa tankar se Lessig, Lawrence, Code and other laws of cyberspace, Basic Books 2000. Se även Björkenfeldt i NIR 2002 s 251 ff.

⁶⁸ Se Hultmark i JT 1995-96 s 668.

⁶⁹ Se Pawlo i NIR 1999 s 153 ff.

⁷⁰ Det kan vara lämpligt att genomföra en s.a.s. intern intrångsundersökning. Se för mer information om intrångsundersökning som instrument Bengtsson i NIR 2000 s 499 ff.