

“Overheidssoftware als open source”

Handreiking juridische aspecten in het kader van NOiV actielijn 15.

Prof. mr. Aernout Schmidt, mr. Franke van de Klaauw-Koops en mr. Mathieu Paapst

Dit is een publicatie van het programmabureau Nederland Open in Verbinding.

Wilhelmina van Pruisenweg 104

2595 AN Den Haag

Deze publicatie valt onder de Creative Commons licentie *Naamsvermelding-Gelijk delen 3.0*



Inhoudsopgave

Inleiding.....	3
Open source software, auteursrecht en licenties, openbaar aanbesteden.....	7
Auteursrecht.....	7
Vereisten voor ontstaan.....	7
Wie is auteursrechthebbende en wat houdt het auteursrecht in?.....	7
Eigendom en intellectuele eigendom	8
Overdracht auteursrecht, verlenen van gebruiksrechten/ licentie.....	8
Auteursrechtelijke haalbaarheid van Actielijn 15 NOiV.....	9
Overheidsaanbestedingen.....	10
European Union Public License 1.0 (EURL).....	12
Hoofdpijnen EURL	12
Verenigbare licenties.....	14
Afdwingen Open source licentie of overdracht in aanbestedingen.	16
Criteria voor beoordeling legitimiteit.....	16
Hergebruik.....	17
Aanbestedingsrechtelijke risico's	17
Praktisch: wederzijds vertrouwen.....	18
Praktisch: civielrechtelijke risico's.....	18
Intellectuele eigendomsrechtelijke risico's.....	21
Risico's na verkrijging van een licentie of auteursrechten.....	22
Kennisasymmetrie.....	22
Beheer.....	23
Communities; the right to “fork”	23
Lock-in.....	24
De wet van de remmende voorsprong.....	24
Checklist risico's	25
Over de auteurs.....	27

Inleiding

De Informatie- en CommunicatieTechnologie (ICT) speelt een cruciale rol in de groeiende informatiemaatschappij. De aanschaf van kostbare ICT-voorzieningen vormt dientengevolge, zeker ook voor de publieke sector, een aanzienlijke uitgavenpost. Vanwege de eigenaardigheden van met name de softwaremarkt lag de aanschaf van software in 2002 in de Tweede Kamer onder vuur. Dit resulteerde in de motie-Vendrik, die met algemene stemmen werd aangenomen.¹ Volgens Vendrik was er een koerswijziging in het aanbestedingsbeleid van software nodig, omdat betreffende omvangrijke markten werden beheerst door monopolisten en die markten mede tengevolge van het bestaande aanbestedingsbeleid onvoldoende toegankelijk bleken voor nieuwkomers. Met de motie verzocht de Tweede Kamer de Regering om:

1. ervoor te zorgen dat alle door de publieke sector gebruikte software in 2006 voldoet aan open standaarden; en
2. actief het gebruik van open source software in de publieke sector te stimuleren.

In dit verband werd met “open standaarden” geduid op ICT-standaarden die door iedereen kunnen worden gebruikt en betrof het belang daarvan de interoperabiliteit en de leveranciersafhankelijkheid. “Open source software” is programmatuur waarvan de lees- en begrijpbare vorm, de broncode, vrij beschikbaar is zodat deze door de gebruiker ervan kan worden bekeken, aangepast en verspreid, waarvan de aanschaf veelal gratis is, maar er wel moet worden gerekend op invoering- en beheerkosten.

Op 12 april 2007, enkele jaren te laat aldus in ieder geval Vendrik, had er algemeen overleg plaats tussen de vaste commissie voor Economische Zaken met staatssecretaris Heemskerk van EZ.² Tijdens dit overleg steggelden de leden van de commissie over de precieze betekenis van de motie en of er in dat licht voortgang was geboekt, en zo ja welke. De staatssecretaris benadrukte vervolgens een aantal voordelen van het gebruik van open source software en open standaarden, constateerde dat het uitgangspunt niet is of het wordt gebruikt, maar hoe, en zegde de Kamer onder meer een beleidsplan toe, maar niet eerder dan nadat hij van het College Standaardisatie een advies had ontvangen.³

17 September 2007 was het zover en bood de Staatssecretaris mede namens zijn collega van BZK het beleidsplan “*Nederland Open in Verbinding, een actieplan voor het gebruik van Open Standaarden en Open Source Software bij de (semi-)publieke sector*”⁴ aan de Tweede Kamer aan, waar de Kamer vervolgens, op 12 december 2007, mee instemde. Het plan geeft een analyse van de effecten van de stimulans vanuit de overheid om open standaarden in de informatiesystemen te gebruiken en van het verstrekken van informatie over open source software, en constateert dat het beoogde ef-

¹ TK, 2002-2003, 28 600 – XIII, nr. 30

² TK, 2006-2007, 26 643, nr. 90

³ Voor brief inclusief bijlage en onderliggend adviesrapport zie <http://gbo.overheid.nl/nieuws/artikel/114/>

⁴ Ministerie van Economische Zaken, *Nederland Open in Verbinding, een actieplan voor het gebruik van Open Standaarden en Open Source Software bij de (semi-)publieke sector*, 's-Gravenhage, november 2007, publicatienummer: 07ET14

fect van een overgang naar open alternatieven of deze als serieuze optie bij beleids- of bedrijfsbeslissingen mee te nemen niet is bereikt.

In het actieplan is daarom een groot aantal actielijnen opgenomen welke tot doel hebben om het gebruik van open standaarden en open source software binnen de overheid te bevorderen.

Van open source software hanteert het actieplan de volgende omschrijving:

“Open source software is software die een door het Open Source Initiative (OSI)⁵ goedgekeurde licentie heeft en daarmee voldoet aan twee kenmerken:

1. de broncode van de software is vrij beschikbaar;
2. in het licentiemodel is het intellectueel eigendom en het (her)gebruik van de software en bijbehorende broncode dusdanig geregeld dat de licentienemer de broncode mag inzien, gebruiken, verbeteren, aanvullen en distribueren.”

Het gebruik van open source software wordt, aldus het actieplan, door het Kabinet krachtig gestimuleerd, maar niet als norm gesteld.

In actielijn 15 “Software in gebruik bij de overheid” van het actieplan is het volgende opgenomen:

“Het Kabinet zal gaan onderzoeken in hoeverre alle in eigen beheer/opdracht ontwikkelde software (in navolging van bijvoorbeeld de elektronische voorzieningen voor het gebruik van het Bedrijvenloket en eFormulieren) in beginsel onder een open source softwarelicentie is vrij te geven, opdat meer software voor hergebruik door de Nederlandse economie beschikbaar komt, de openbaarheid van bestuur versterkt wordt en de aansluiting op elektronische overheidsdienstverlening verder verbeterd wordt. Dit kan betekenen dat de overheid in aanbestedingen het voorbehoud moet maken ook de Intellectuele Eigendom te verkrijgen van de ontwikkelde software. Zo heeft het Bureau Keteninformatisering Werk en Inkomen van SZW haar software ter beschikking gesteld aan de onderwijswereld om hiermee goedkoop en snel hun Elektronisch Leer Dossier te ontwikkelen. Uitzonderingen kunnen gelden voor software in gebruik voor vitale en nationaal gevoelige doeleinden. In dit verband zal ook de ontwikkeling rond de European Union Public License 1.0 (EURL) gevolgd worden.”

Naar verwachting zal de efficiëntie met name worden gediend als daartoe geschikte generieke functionaliteit software van de ene overheid eveneens kan worden gebruikt via verdere verspreiding onder een open source licentie door andere overheden, in plaats van dat iedere overheid deze software voor zichzelf laat ontwikkelen. Overheden blijken in hoge mate geïnteresseerd in de mogelijkheid om open source software en applicaties te gebruiken die door of voor andere (overheids)organisaties zijn ontwikkeld. Het kabinet streeft in dit verband tevens naar community-vorming binnen de overheid.⁶

Het kabinet noemt als redenen voor zijn standpunt dat daarmee meer software voor hergebruik door de Nederlandse economie beschikbaar komt, de openbaarheid van bestuur versterkt wordt en de aansluiting op elektronische overheidsdienstverlening verder wordt verbeterd.

Uit recent uitgevoerd Europees onderzoek naar overheidssoftware is gebleken dat er voor overheidsorganisaties nog een groot aantal andere motivaties zijn aan te wijzen waarom een overheidsorganisatie haar eigen software als open source beschikbaar

⁵ Organisatie die licenties goedkeurt op 10 criteria voor openheid. Zie <http://www.opensource.org/>

⁶ Zie voor cijfers en meer informatie hierover het NOiV Monitor-rapport *Verbinding in het vizier*, december 2008.

zou willen stellen.⁷ Het onderzoek noemt de volgende acht:

1. Vergroting van de algemene keuzevrijheid door bij te dragen aan open source projecten.
2. Verbetering van de kwaliteit van (eigen) overheidssoftware.
3. Het helpen van andere overheidsorganisaties in het onafhankelijk worden van leveranciers.
4. Het bevorderen van flexibiliteit.
5. Anderen helpen om hoge licentiekosten te voorkomen.
6. Het uitbreiden van de bestaande kring van ontwikkelaars zodat "externe" ontwikkelaars support kunnen geven, de software kunnen verbeteren en het onderhoud kunnen overnemen. Dit kan op termijn resulteren in een kostenreductie.
7. Het creëren van nieuwe economische activiteit voor lokale bedrijven en ontwikkelaars die op basis van de open overheidssoftware nieuwe diensten kunnen ontwikkelen.
8. Om specifieke software beschikbaar te stellen waar in de markt geen aanbieder voor is.

Vooral de eerste twee redenen werden hierbij door overheidsorganisaties het vaakst genoemd.

De overheidsorganisaties die aangeven dat ze hun software niet als open source beschikbaar willen stellen, gaven voornamelijk als reden op dat zij niet beschikken over de capaciteiten en kunde binnen hun organisatie voor de realisatie van een dergelijk project. De IT-managers binnen deze organisaties zien zichzelf voornamelijk als gebruiker en consument in plaats van als service-aanbieder voor burgers, bedrijven en mede-overheden.

Om aan deze bezwaren tegemoet te komen is er op Europees niveau een platform ontwikkeld met als primaire functie de uitwisseling en het hergebruik van software binnen de publieke sector. Het Open Source Observatory and Repository (OSOR) stelt overheden op een goedkope wijze in staat om samen met andere overheidsorganisaties de software naar behoefte aan te passen.⁸

Voor dit doel heeft de Europese Commissie de European Union Public Licence (EURL) gepubliceerd, een licentie welke is afgestemd op het Europese juridische kader inzake intellectueel eigendom, consumentenbescherming en aansprakelijkheid.⁹

Het kabinet heeft daarom aangegeven de ontwikkelingen rondom deze licentie nauwlettend te volgen.

⁷ Rishab A. Ghosh a.o., *OSS Impact Study, Study on the effect on the development of the information Society of European public bodies making their own software available as open source*, Final report, December 12 2006, Contract no.: 30-CE-0039302/00-67, bewerkt tot een actuele vertaling in het Nederlands door het programmabureau NOiV dd december 2008 en verkrijgbaar via de website www.noiv.nl.

⁸ Zie: <http://www.osor.eu>

⁹ *European Union Public Licence v. 1.0*, Europese Gemeenschap 2007

Het beschikbaar kunnen stellen van nieuw ontwikkelde software onder een open source licentie zoals de EUPL, zou volgens het kabinet kunnen betekenen dat de overheid in aanbestedingen het voorbehoud zal moeten maken dat zij ook de intellectuele eigendom dient te verkrijgen van de ontwikkelde software. Een andere optie zou echter kunnen zijn dat de leverancier aanbiedt dat hij de nieuw ontwikkelde software onder een open source licentie zal aanbieden aan de overheidsorganisatie.

In deze handreiking zal achtereenvolgens aandacht worden besteed aan de vraag op welke wijze de overheidsorganisatie bij een ICT-opdracht of een aanbesteding van een ICT-opdracht aanspraak kan maken op de intellectuele eigendomsrechten van nieuw ontwikkelde software. Ook zal de vraag worden beantwoord in hoeverre de overheidsorganisatie als opdrachtgever van tevoren duidelijk moet maken aan de ontwikkelaar van de software dat het de bedoeling is dat de broncode en software onder een open source licentie beschikbaar zal komen.

Vervolgens zal worden ingegaan op de mogelijke risico's welke door de overheidsorganisatie gelopen kunnen worden indien de software en broncode beschikbaar worden gesteld zonder auteursrechtvoorbehoud of met gebruik van een open source licentie. Deze risico's zijn onder meer afhankelijk van de vraag of de overheidsorganisatie alle auteursrechten heeft verkregen en daardoor zelf licentiegever is geworden of dat zij van de ontwikkelaar een open source licentie heeft gekregen. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om aansprakelijkheid wegens slecht functioneren van de software en om aansprakelijkheid omdat blijkt dat de geleverde software inbreuk maakt op een intellectueel eigendomsrecht van een derde. In een dergelijk geval dient het voor de overheid mogelijk te zijn om de oorspronkelijke ontwikkelaar aan te spreken.

Tevens blijkt daaruit het belang van een goede open source licentie.

Open source software, auteursrecht en licenties, openbaar aanbesteden

Auteursrecht

Het auteursrecht behoort tot de intellectuele eigendomsrechten (evenals bijvoorbeeld het octrooirecht, merkenrecht en handelsnaamrecht).

Het auteursrecht geeft de auteursrechthebbende het uitsluitende recht op het verveelvoudigen en openbaar maken van zijn “werk”. Software wordt onder de noemer van “Computerprogramma’s en het voorbereidend materiaal” sinds 1994, tengevolge van de Nederlandse implementatie van de Europese programmatuurrichtlijn,¹⁰ in art. 10 sub 12 van de Auteurswet (Aw) expliciet genoemd als werk.¹¹

Vereisten voor ontstaan

Voor het ontstaan van het auteursrecht op een werk zijn geen formaliteiten vereist. Dit betekent dat computerprogramma’s, en het voorbereidende materiaal, mits voldoende origineel, enkel al door deze te ontwikkelen auteursrechtelijk zijn beschermd. Het auteursrecht beschermt alleen de uitdrukkingwijze van het werk, en niet de achterliggende ideeën en beginselen.¹² Daarnaast wordt de uitdrukkingwijze van een werk slechts beschermd als en voorzover deze voldoende origineel is, wat volgens de Nederlandse rechtspraak betekent dat het werk voldoet aan het originaliteitscriterium: “een eigen oorspronkelijk karakter en een persoonlijk stempel van de auteur.”¹³ In de bestaande rechtspraak blijkt dat de vereiste originaliteit voor programmatuur al snel wordt aangenomen. Onder de beschermde uitdrukkingwijze vallen de object-, maar ook de broncode.

Wie is auteursrechthebbende en wat houdt het auteursrecht in?

Uitgangspunt is dat de (feitelijke) maker/auteur van een werk de auteursrechthebbende is.¹⁴ Hij bezit als enige de zogeheten exploitatierechten op het werk, dat wil zeggen het recht om het werk te verveelvoudigen, en openbaar te maken. Er zijn enige uitzonderingen op dit uitgangspunt.¹⁵ De belangrijkste in dit kader van programmatuuront-

¹⁰ *PbEG* L122/42, Richtlijn 91/250/EEG betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma’s

¹¹ Zie voor auteursrecht op software ook D.W.F. Verkade, hoofdstuk 7 “Intellectuele eigendom” in Franken, Kaspersen en De Wild, *Recht en computer, Recht en Praktijk*, nr 36, 5^e druk, Kluwer Deventer 2004, p. 227 – 289, en de daar genoemde literatuur.

¹² In de Richtlijn staat dat de auteursrechtelijke bescherming voor programmatuur “wordt verleend aan de uitdrukkingwijze, in welke vorm dan ook, van een computerprogramma”.

¹³ HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 608 (Van Dale/Romme).

¹⁴ Art. 1 Aw. Zie echter de uitzonderingen op deze regel in de artt. 6, 7 en 8 Aw (werk van degene naar wiens ontwerp, en onder wiens leiding en toezicht het tot stand is gekomen (art. 6); werkgever is maker als de werknemer in het kader van zijn dienstbetrekking het werk heeft gemaakt (art. 7); en openbaar gemaakt werk, gemaakt in opdracht van een derde zonder dat de naam van de maker is genoemd (art. 8)).

¹⁵ Zie voor verveelvoudigen art. 13 Aw, en de in art. 45i Aw specifiek voor computerprogrammatuur aangegeven verveelvoudigingen: “laden, het in beeld brengen, de uitvoering, de transmissie of de

wikkeling vormt de uitzondering genoemd in art. 7 Aw, dat aangeeft de werkgever als maker wordt aangemerkt als het werk wordt gemaakt door een werknemer die als arbeid de werken vervaardigt in dienst van die werkgever, tenzij werkgever en werknemer anders overeen zijn gekomen. Voor het anderszins “in opdracht” vervaardigen van werken, bijvoorbeeld als *freelancer* geldt de uitzondering van artikel 7 Aw niet.

Aan twee of meer personen kan ook een gemeenschappelijk auteursrecht op een werk toekomen.

Naast de exploitatierechten heeft de maker ook de in art. 25 Aw genoemde persoonlijkheidsrechten, zoals rechten in verband met de naamsvermelding, of met wijziging, misvorming e.d. van het werk vanwege de integriteit van het werk of de maker.

Het kopiëren, maar ook het aanpassen en wijzigen van programmatuur is als “verveelvoudigen” daarom in beginsel voorbehouden aan de auteursrechthebbende.

Onder het voorbehouden “openbaar maken” van programmatuur, verstaan we de distributie, ofwel het ter beschikking stellen van de software.

De duur van het auteursrecht op een werk is tijdelijk. Het vervalt 70 jaren na 1 januari volgend op het sterfjaar van de maker.¹⁶

Eigendom en intellectuele eigendom

Er wordt in het gewone spraakgebruik nogal eens slordig omgesprongen met de juridische begrippen ‘eigendom’ en ‘intellectuele eigendom’ in die zin dat deze door elkaar worden gebruikt, met verwarring als gevolg. Een voorbeeld kan dat goed verduidelijken. ‘Eigendom’ heeft iemand (de eigenaar) van een zaak, dat wil zeggen van een stoffelijk object.¹⁷ De intellectuele eigendom”, in ons geval het auteursrecht, betreft de software. Een drager waarop software is vastgelegd kan iemands eigendom zijn, maar het gebruik van de daarop vastgelegde software wordt beheerst door het daarop rustende auteursrecht en door licenties.

Overdracht auteursrecht, verlenen van gebruiksrechten/ licentie

Als anderen dan de auteursrechthebbende van de software gebruik willen maken dat is voorbehouden aan de auteursrechthebbende, dan kan dat juridisch gezien op twee manieren worden bereikt, te weten door:

- (1) Overdracht van het auteursrecht.¹⁸ Zo kunnen partijen overeenkomen dat de auteursrechthebbende het auteursrecht geheel of gedeeltelijk overdraagt aan een wederpartij, veelal tegen betaling als tegenprestatie. Een rechtsgeldige overdracht vereist wel een akte van overdracht. Dit is een ondertekend geschrift waarin is aangegeven wat wordt overgedragen. Na de overdracht is de wederpartij auteursrechthebbende op de overgedragen auteursrechten.
- (2) Licentieverlening op een bepaald gebruik van de software. De auteursrecht-

opslag, voorzover voor deze handelingen het verveelvoudigen van dat werk noodzakelijk is.”

¹⁶ Art. 37 Aw.

¹⁷ Art. 5:1 en 3:2 BW

¹⁸ Art. 2 leden 1 en 2 Aw.

hebbende/licentiegever geeft toestemming aan een ander/licentienemer voor een bepaald gebruik. Als partijen een bepaald gebruik overeenkomen, wordt een licentie vaak verleend tegen een bepaalde vergoeding, de royalty. Een en ander maakt dan onderdeel uit van een licentieovereenkomst. Als de licentiehouder het recht krijgt om op zijn beurt ook een bepaalde licentie te verlenen, noemen we die bepaalde licentie een sublicentie. Licentiecontracten bevatten vaak, behalve de omvang van het toegestane gebruik en de eventuele royalty, bepalingen waarin ook andere aangelegenheden worden vastgelegd. Denk aan boetebedingen, garanties, geheimhoudingsbepalingen, aansprakelijkheden, exoneratiebedingen, gebruiksbepalingen, toepasselijk recht, geschilbeslechting, bevoegde rechter en dergelijke.¹⁹

Auteursrechtelijke haalbaarheid van Actielijn 15 NOiV

Aangaande actielijn 15 van het actieplan is het opportuun om te bekijken of en in hoeverre alle door overheidsorganisaties in eigen beheer en in opdracht ontwikkelde software in beginsel onder een open source softwarelicentie is vrij te geven. Om aan de bedoelingen met open source software tegemoet te komen, moet als gezegd ook de broncode van de software voor een gebruiker beschikbaar zijn en blijven, en het gebruik van de software en de broncode zo zijn geregeld dat de broncode mag en kan worden ingezien, bestudeerd, gebruikt, verbeterd, gewijzigd, aangevuld en gedistribueerd. Hierin moet in overeenstemming met het auteursrecht en met behulp van de juiste licentievoorwaarden worden voorzien.

Onderscheid in de twee genoemde situaties:

1. Overheidsorganisatie A ontwikkelt software in eigen beheer.

Als de software wordt ontwikkeld door werknemers van A, dan is A auteursrechtelijke op de software, tenzij anders met betreffende werknemer(s) is overeengekomen.

A moet ook alert zijn op de inzet van niet-werknemers, bijvoorbeeld freelancers. Hiermee moeten tevoren goede afspraken worden gemaakt, bij voorkeur over de overdracht van hun auteursrecht op de software aan A.

Als A het auteursrecht heeft op de software, dan kan A de software onder de gewenste (open source) gebruikslicenties ter beschikking te stellen.

2. Overheidsorganisatie B laat in opdracht software ontwikkelen door C:

C verwerft door het ontwikkelen van software de auteursrechten op die software. (Uiteraard geldt ook voor C dat deze alert is op werknemers die betreffende het auteursrecht speciale afspraken met C hebben gemaakt, en op niet-werknemers waarmee juist wel speciale afspraken over het auteursrecht moeten worden gemaakt). Het is heel belangrijk dat C daadwerkelijk beschikt over de juiste rechten om achteraf claims te voorkomen.

Om het B mogelijk te maken de software door middel van een (open source) licentie ter beschikking te stellen zijn er twee mogelijkheden:

¹⁹ Zie C. Stuurman, paragraaf 3.9 in Franken, Kaspersen en De Wild, *Recht en computer, Recht en Praktijk*, nr 36, 5^e druk, Kluwer Deventer 2004, p. 100 e.v.

- a. C behoudt de auteursrechten, en B bedingt een licentie van C die zo veel omvattend is dat deze het voor B mogelijk maakt om de software onder de gewenste (open source) gebruikslicenties ter beschikking te stellen;
- en
- b. C draagt de auteursrechten op de software over aan B. B kan dan de software onder de gewenste (open source) gebruikslicenties ter beschikking te stellen.

Overheidsaanbestedingen

Actielijn 15 van het actieplan NOiV stelt verder dat het door overheidsorganisaties in beginsel “onder een open source softwarelicentie vrij te kunnen geven” van in eigen beheer en in opdracht ontwikkelde software, kan betekenen dat de overheid in aanbestedingen het voorbehoud moet maken om ook de intellectuele eigendomsrechten te verkrijgen van de ontwikkelde software. Naar aanleiding hiervan kan worden opgemerkt dat als de overheid de intellectuele eigendomsrechten niet overgedragen krijgt, de mogelijkheid toch bestaat om de software onder een open source licentie vrij te kunnen geven, als de softwareproducent dit aan de overheid via een licentie toestaat. Dit zal veelal kunnen worden geregeld met behulp van een open source licentie van de softwareproducent.

Voor het verderop kunnen beantwoorden van de vraag of het aanbestedingsrechtelijk door de beugel kan dat de eis aan software-ontwikkelaars wordt gesteld dat zij hun auteursrecht overdragen is het volgende van belang.

Aanbesteden is het uitnodigen van potentiële opdrachtnemers om met aanbiedingen mee te dingen naar een opdracht. Voor de publieke sector is het aanbesteden, met het oog op de openstelling van de markt voor overheidsopdrachten voor het uitvoeren van bouwwerken, de levering van producten en de dienstverlening, voornamelijk gereguleerd op basis van het Europese recht. Voor dergelijke “overheidsopdrachten” boven een bepaald drempelbedrag gelden de speciale, in het Nederlandse recht geïmplementeerde, Europese Aanbestedingsrichtlijnen,²⁰ die de aanbestedingsprocedures coördineren.²¹ De drie kernbegrippen, transparantie, non-discriminatie en objectiviteit, spelen in het aanbestedingsrecht een cruciale rol.

De transparantie vereist helderheid van en inzichtelijkheid in de opdrachten en de gunningsresultaten. Dit gebeurt door de aanbestedende diensten te verplichten tot een groot aantal publicatievoorschriften tijdens het gehele aanbestedingstraject van de in acht te nemen termijnen, selectie-eisen (geschiktheidseisen) waarop de potentiële opdrachtnemer wordt geselecteerd en gunningscriteria op grond waarvan de opdracht wordt gegund.

De non-discriminatie en objectiviteit spelen een rol bij de selectie van de leverancier en de gunning van de opdracht, met name ook bij het gebruik van technische specificaties.

²⁰ Dit zijn Richtlijn 2004/18/EG voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten; en Richtlijn 2004/17/EG voor de "specifieke sectoren". Deze richtlijnen zijn via een raamwet als amvb's geïmplementeerd in het Bao (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten, Stb. 2005, 408) en het Bass (Besluit aanbestedingen speciale sectoren, Stb. 2005, 409).

²¹ De drempelbedragen zijn voor 2008-2009 voor diensten en leveringen vastgesteld op 133.000,- Euro voor opdrachten van de centrale overheid en 206.000,- Euro voor die van de decentrale overheden.

Discriminatie wordt voorkomen door de aanbestedende overheidsdiensten te verplichten de wensen, eisen en specificaties objectief te formuleren en te waarderen.²²

De richtlijnen geven de “aanbesteder (aanbestedende dienst genoemd) voor het aanbesteden van een opdracht boven de drempelwaarde in beginsel de keuze tussen een “openbare” en een “niet-openbare” procedure. De overige procedures die in de wet worden genoemd zijn uitzonderingsprocedures, die slechts onder bepaalde voorwaarden mogen worden gebruikt.

De openbare procedure geeft iedere geïnteresseerde de mogelijkheid om mee te dingen naar de opdracht en op basis van het bestek een aanbieding te doen. Er wordt getoetst aan de hand van de selectie- en van de gunningscriteria.

De niet-openbare procedure bestaat eerst uit de selectie op basis van de selectiecriteria. De geselecteerden worden vervolgens uitgenodigd om een aanbieding te doen, die wordt beoordeeld op basis van de gunningscriteria.

De gunningscriteria die de aanbesteder mag gebruiken voor de beoordeling van de aanbiedingen zijn: de laagste prijs of de economisch meest voordelige aanbieding. Dit laatste criterium bestaat uit subcriteria betreffende veelal de (technische) kwaliteit en de prijs. De (sub)criteria en hun gewicht moeten tevoren in de aanbestedingsstukken bekend zijn gemaakt.

Zeker in verband met de vereiste transparantie, gelijke behandeling van de markt en objectiviteit is het zaak om de uiterste zorg te besteden aan het nauwkeurig formuleren en beoordelen van de selectie- en (sub)gunningscriteria.

²² Voor uitgebreidere informatie over het aanbestedingsrecht: binnenkort verschijnt van de hand van Pijnacker Hordijk e.a. een nieuwe druk van “*Aanbestedingsrecht, Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*”, Sdu Uitgevers Den Haag. Het boek van M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*”, Elsevier Overheid Den Haag 2005, biedt een praktisch hulpmiddel voor aanbesteders.

European Union Public License 1.0 (EUPL)

De in actielijn 15 genoemde EUPL is een acroniem van *European Union Public License*, de eerste open source-licentie van de Europese Unie.²³ Deze licentie werd oorspronkelijk geschreven om een bepaald softwareprogramma onder de lidstaten te kunnen verspreiden, en wel op zo'n manier dat zij de vrijheid zouden hebben de software aan te passen aan eigen behoeften. Het programma in kwestie heet CIRCA, wat staat voor *Communication and Information Resource Centre Administrator*. Het is is een webbased- omgeving voor gesloten gebruikersgroepen die documenten en bronmateriaal gemeenschappelijk kunnen gebruiken.²⁴

Op grond van de afgesloten ontwikkelingscontracten werd de Europese Unie eigenaar van alle intellectuele eigendomsrechten van CIRCA. Na gereedkoming werd de software onder een drie jaar durende licentie aan de lidstaten beschikbaar gesteld (CIRCA Licence v 1.2). Toen bleken deze echter tegen problemen op te lopen. Zo moest de software in de meeste lidstaten worden aangepast om te kunnen voldoen aan semantische en juridische vereisten. Ook wilde men de broncode kunnen aanpassen en die vrij kunnen integreren in andere applicaties. Tevens rees de vraag of de software niet beschikbaar moest komen voor het algemene publiek, want dat is de uiteindelijke financier van de gelden waarmee CIRCA werd ontwikkeld.

De problemen die de lidstaten ervoeren, mondten uit in een onderzoeksrapport dat verschillende licentie-oplossingen, waaronder de ontwikkeling van een nieuwe licentie, behandelde en met elkaar vergeleek.²⁵ Op basis van dit rapport koos de Europese Commissie voor de ontwikkeling van een eigen licentie.²⁶ De licentie die vervolgens werd geschreven bleek door zijn algemene terminologie ook bruikbaar te zijn voor andere licentiegevers en voor andere software. Daarom werd gekozen voor de naam European Union Public Licence.

Op 9 januari 2007 kreeg versie 1.0 definitieve goedkeuring van de Europese commissie in drie taalversies: Engels, Duits en Frans. Een jaar later werden de overige vertalingen goedgekeurd, inclusief een Nederlandse vertaling. Hiermee wijkt de EUPL significant af van de reeds bestaande Engelstalige free/open source-licenties die over het algemeen een vertaling op voorhand niet rechtsgeldig verklaren.

Hoofdpijnen EUPL

Het voert hier te ver om de licentie volledig artikelgewijs te bespreken. Wel zullen we in hoofdpijnen een aantal opvallende zaken onder de loep nemen.

Artikel 2 van de licentie geeft aan wat de reikwijdte van de door de licentie verleende rechten is. Zo is het een ieder toegestaan de software en de broncode te kopiëren, te bewerken en te verspreiden. Voor zover de Auteurswet dat toestaat doet de licentiegever afstand van zijn recht om persoonlijkheidsrechten te handhaven opdat de auteurs-

²³ Zie <http://ec.europa.eu/idabc/en/document/5425> en ook: <http://www.osor.eu/eupl>

²⁴ Zie voor meer informatie: <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/ida/ircforum/home>

²⁵ 'Open Source Licensing of software developed by The European Commission'. Zie: <http://ec.europa.eu/idabc/en/document/3879/471>

²⁶ Voor uitvoerige argumentatie waarom de bestaande open source licenties niet voldeden aan de vereisten van de EU verwijzen wij naar het onderzoeksrapport.

rechtelijke exploitatierechten daardoor niet belemmerd kunnen worden. Tevens geeft de licentiegever een royaltyvrij gebruiksrecht op die octrooien van de licentiegever welke nodig zijn om gebruik te kunnen maken van de rechten die de EUPL geeft. Naast de mogelijkheid tot distributie van de software, spreekt de licentie ook van ‘communicatie’ van de software. Dit is gedaan om ASP-constructies, voor zover dat nog niet duidelijk was, onder de licentie te laten vallen.²⁷

Artikel 6 bepaalt dat de oorspronkelijke licentiegever en iedere bewerker van de code aan elke licentienemer de garantie moet geven dat zij het recht hebben de software beschikbaar te stellen onder de EUPL. Buiten deze garantiebepaling worden in de artikelen 7 en 8 alle andere garanties en aansprakelijkheden in beginsel afgewezen, tenzij er sprake is van opzet of grove schuld. Iemand die dus doelbewust of door roekeloosheid ‘fouten’ veroorzaakt in software is altijd aan te spreken voor de daardoor ontstane schade. In Nederland kennen we deze bepaling al enige decennia vanuit de jurisprudentie.

Dat de verspreiders van open source software hun aansprakelijkheid voor fouten willen beperken, is op zich begrijpelijk. Zo heeft de verspreider in de meeste gevallen geen contact gehad met de afnemer en hoeft deze laatste voor de software ook geen licentiekosten te betalen. Deze twee omstandigheden brengen met zich mee dat van de afnemer een zekere mate van zorgvuldigheid mag worden verwacht met betrekking tot het doel waarvoor het programma wordt gebruikt.

In artikel 9 wordt aangegeven dat het bij de verspreiding van het werk is toegestaan om in een aanvullende overeenkomst extra diensten als support, garantie en andere diensten te verkopen. Dienstverlenende bedrijven kunnen hier een economisch voordeel mee doen door diensten te ontwikkelen op basis van de door de overheid beschikbaar gestelde open source software.

Artikel 10 geeft aan dat de licentie onder meer geaccepteerd kan worden door te klikken op een knop of tekst met “Ik ga akkoord”. Een methode die ook bekend staat als click-wrap.²⁸ Daarnaast is het mogelijk de licentie te accepteren door gebruik te maken van rechten die de licentie aan de gebruiker geeft. Volgens artikel 3:37 lid 1 BW kunnen verklaringen in iedere vorm geschieden en dus ook in een gedraging besloten liggen. Het enkele gebruik van de software is dus voldoende om te kunnen spreken van een aanvaarding van de EUPL.²⁹

Beëindiging van de licentie vindt automatisch plaats op het moment dat de licentienemer inbreuk maakt op bepalingen van de licentie. Eventuele sublicenties die iemand van de inbreukmaker heeft ontvangen, blijven wel in stand zolang de sublicentienemers zich houden aan de bepalingen van de EUPL.

In artikel 14 is opgenomen dat geschillen moeten worden voorgelegd aan de bevoeg-

²⁷ Een application service provider (ASP) geeft zijn klanten op afstand toegang tot door de ASP gehoste applicaties.

²⁸ M.H.Paapst, GPL, de auteursrechtelijke toestemming tot gebruik, Open Source Jaarboek 2006-2007, p.103

²⁹ Zie voor meer informatie over de aanvaarding van licenties door gedraging: M.H.Paapst, GPL, de auteursrechtelijke toestemming tot gebruik, Open Source Jaarboek 2006-2007, p. 103; Zie tevens K.J. Koelman, ‘Terug naar de bron: open source en copyleft’, *Informatierecht/AMI*, 2000-8, p. 152; Anders: Chr. De Preter & H. Dekeyser, ‘De totstandkoming en draagwijdte van open source-licenties’,

de rechter in de plaats waar de licentiegever is gevestigd of zijn voornaamste activiteit uitoefent. Dit is een groot verschil met andere open source licenties die veelal de Amerikaanse rechter aanwijzen als bevoegde rechter. Aansluitend is in artikel 15 opgenomen dat de licentie wordt beheerst door het recht van de EU lidstaat waar de licentiegever is gevestigd of zijn hoofdkantoor heeft. Voor de Nederlandse publieke sector zal dit over het algemeen tot gevolg hebben dat de licentie wordt beheerst door Nederlands recht.

Verenigbare licenties

Een van de opvallendste bepalingen is te vinden in artikel 5 EUPL: de verenigbaarheidsclausule.

“Wanneer de licentiehouder bewerkingen of kopieën ervan verspreidt en/of mededeelt die zijn gebaseerd op het oorspronkelijke werk en op een ander werk waarvan uit hoofde van een verenigbare licentie een licentie is gegeven, kan die verspreiding en/of mededeling geschieden onder de voorwaarden van deze verenigbare licentie. Voor de toepassing van deze clausule wordt onder “verenigbare licentie” verstaan, de licenties die in de bijlage bij deze licentie zijn opgesomd. Indien de verplichtingen van de licentiehouder uit hoofde van de verenigbare licentie in strijd zijn met diens verplichtingen uit hoofde van deze licentie, hebben de verplichtingen van de verenigbare licentie voorrang”

De verenigbaarheid van licenties hangt sterk samen met het copyleft-principe van de EUPL. Volgens dit principe moet de broncode van de software en van eventuele bewerkingen vrij worden gegeven onder dezelfde licentievoorwaarden, indien er opnieuw sprake is van verspreiding. Daarmee wordt bijvoorbeeld voorkomen dat open source software door een derde verbeterd wordt, en vervolgens als gesloten proprietary software verder verkocht wordt.³⁰

In de praktijk is het resultaat van het copyleft-principe vaak dat afgeleide of bewerkte software onder dezelfde licentie verspreid zal worden. Daarnaast wordt het als lastig en in sommige gevallen als onmogelijk ervaren om broncode samen te voegen wanneer deze onder verschillende licenties vallen. Daarmee wordt onbedoeld de flexibiliteit van licentiegevers en programmeurs ingeperkt.

Uit de verenigbaarheidsclausule volgt dat er onder bepaalde voorwaarden toch kan worden gekozen voor een andere licentie. Tijdens de conceptperiode van de EUPL heeft men dit uit twee verschillende perspectieven benaderd: upstream en downstream.

Vanuit upstream-perspectief gaat het om de vraag of broncode die verspreid wordt onder een free/open source-licentie verder mag worden gedistribueerd onder de EUPL of mag worden samengevoegd met EUPL-broncode. Om deze vraag te beantwoorden dient voornamelijk gekeken te worden naar de inhoud en mogelijkheden van de andere licentie.

³⁰ Hoewel men dit ook wel aanduidt met de term 'viraal effect', de licentie zou zich viraal uitstrekken over bewerkingen, is 'reciprociteit' een betere term. Het is een speciale voorwaarde waar je aan moet voldoen in ruil voor de kostenloze toestemming om software te bewerken en te verspreiden.

Bij het downstream-perspectief gaat het om het omgekeerde, namelijk de vraag of broncode die verspreid wordt onder een EUPL verder mag worden gedistribueerd onder een andere licentie of mag worden samengevoegd met broncode die onder een andere licentie valt.

De verenigbaarheidsclausule van artikel 5 EUPL heeft alleen betrekking op de downstream comptabiliteit en is uitgewerkt in een appendix met 'compatible licences'. Daar worden genoemd:

- General Public License (GPL) v.2
- Open Software License (OSL) v. 2.1 en v. 3.0
- Common Public License v 1.0
- Eclipse Public License v. 1.0
- Cecill v. 2.0

Deze licenties hebben met elkaar en de EUPL gemeen dat ze allen het copyleft-principe volgen. Juridisch gezien kan EUPL-software in twee gevallen onder een 'compatible licence' verder verspreid worden:

1. Wanneer een gebruiker de EUPL-broncode uit gaat breiden met componenten of modules die onder een andere copyleft-licentie vallen en die andere licentie staat op de appendix.
2. Wanneer een gebruiker de EUPL-broncode als onderdeel gaat verwerken in een werk dat onder een andere copyleft-licentie valt en die andere licentie staat op de appendix.

In de praktijk heeft dit bijvoorbeeld tot gevolg dat broncode van CIRCA die onder de EUPL beschikbaar is gesteld, na toevoeging van een GPL-component onder de GPL-licentie verder kan worden verspreid. Stel echter dat aan de broncode van CIRCA een component is toegevoegd die onder de BSD valt, een non-copyleft licentie, dan mag het nieuwe programma slechts onder de EUPL verder worden verspreid. In beide gevallen blijft de oorspronkelijke licentiegever, in casu de Europese Commissie, slechts gebonden aan de EUPL.

Hoewel het waarschijnlijk voornamelijk overheidsorganisaties zullen zijn die de EUPL gaan gebruiken, bevat de licentie geen restricties waardoor andere auteursrechthebbenden en gebruikers buiten de overheid dat ook niet zouden kunnen doen.

Afdwingen Open source licentie of overdracht in aanbestedingen.

Kan bij Europese ICT-aanbesteding een Open Source licentie c.q. auteursrecht overdracht worden afgedwongen en zo ja, hoe?

Criteria voor beoordeling legitimiteit

Vanuit het aanbestedingsrecht gelden in het algemeen de volgende criteria bij het beoordelen van de vraag of een bepaalde eis (specificatie) op legitieme wijze in het aanbestedingsdocument kan worden geformuleerd:

1. Is het vereiste mededingingsrechtelijk gezien voldoende bepaald, transparant, objectief en non-discriminair? Het op aanbestedende bestuursdiensten gerichte Europese aanbestedingsrecht heeft nu eenmaal ten doel om de mededinging bij aanbesteding in de gehele Europese economische ruimte op een horizontaal speelveld te doen plaatsvinden. Zo mag men niet de eis stellen dat van een bepaald operating systeem gebruik moet worden gemaakt (Unix, Microsoft Windows) maar moet die eis functioneel worden verwoord, of, als het niet anders kan worden voorzien van de formule ‘of gelijkwaardig’ of ‘daarmee overeenstemmend.’³¹
2. Houdt het vereiste voldoende verband met het voorwerp van de opdracht? Omdat de ervaring bestaat dat veel aanbestedende diensten een voorkeur hebben voor een bepaald merk, en vrezende bij functionele specificaties te worden veroordeeld tot een ander merk, is in de aanbestedingsregelgeving voorzien dat daartoe gebruik zal kunnen worden gemaakt van bijzondere functionele vereisten die geen verband houden met de eigenlijke opdracht. Deze wordt in beginsel dan ook verboden. Daardoor wordt soms het specificeren in overeenstemming met overheidsbeleid problematisch. Met het oog op de mogelijkheid toch vereisten te formuleren die de bedoeling hebben om het milieu minimaal te belasten is de strikte band met het voorwerp van de opdracht enigszins verruimd.

Naast de criteria die voortvloeien uit het aanbestedingsrecht zijn er ook enkele tamelijk algemene criteria die hier moeten worden genoemd en die voortvloeien uit de praktijk

3. Kunnen de vereisten zodanig worden geformuleerd dat het mogelijk blijft om te kunnen nagaan of aanbidders kunnen worden vertrouwd in die zin, dat ze ook zullen kunnen waarmaken wat ze in hun aanbieding voorspiegelen?
4. Kunnen de vereisten zodanig worden geformuleerd (en worden neergelegd in de aanbestedingsovereenkomst) dat de verdeling van de civielrechtelijke risico's vooraf kan worden overzien en zodanig verdeeld, dat er daadwerkelijk aanbiedingen zullen komen?
5. Kunnen de vereisten zodanig worden geformuleerd (en worden neergelegd in de aanbestedingsovereenkomst) dat eventuele intellectuele eigendomsrechtelijke risico's kunnen worden afgedekt?

³¹ Zie art. 23 Bao en art. 23 van de Richtlijn, en HvJ-EG, C. 359/93, Unix.

Hergebruik

Voor het beoordelen van de vraag of het eisen van overdracht van auteursrecht dan wel van het verlenen van een open source licentie tot de praktische mogelijkheden behoort, lijkt onderscheid te moeten worden gemaakt tussen opdrachten tot nieuwbouw en opdrachten waarbij (ook) gebruik wordt gemaakt van bestaande functies of objecten. Omdat de eerste variant eigenlijk nooit voorkomt (er wordt altijd wel gebruik gemaakt van bestaande 'libraries') gaan we er verder van uit dat het altijd zal gaan om gedeeltelijk hergebruik.

Aanbestedingsrechtelijke risico's

Het non-discriminatoire karakter van het vereiste om aan de ICT-dienst ten grondslag liggende software alleen te accepteren wanneer deze onder een open source licentie van het type EUPL, dan wel met volledige overdracht van de auteursrechten ter beschikking wordt gesteld, zal hoogstwaarschijnlijk - wanneer het om een voldoende belangrijke aanbesteding gaat - vanuit de 'proprietary' software-industrie worden aangevochten. Deze kant van de industrie verdedigt nogal eens de opvatting dat de vraag naar open source licenties c.q. auteursrechtoverdracht discrimineert tegen aanbieders die andere licentie- en bedrijfsmodellen hanteren en pleegt deze bezwaren te larderen met oorlogsretoriek als zou het open source licentiemodel de hele software-industrie bedreigen. Juridisch gezien is deze argumentatie niet erg sterk. Het staat de rechthebbende immers vrij om zijn licentie- en bedrijfsmodellen te kiezen. Het argument dat een groot aantal softwarebedrijven ook daadwerkelijk met open source of auteursrechtoverdracht werkt lijkt het argument te ondersteunen dat het vereiste van open source licenties niet discriminerend is in de zin dat daaraan door een deel van de industrie niet zou *kunnen* worden voldaan. Waarschijnlijk gaat het hier om een afwijking van proportionaliteit:

Is het vereiste, dat mogelijk een deel van de markt voor aanbieders de facto zal buitensluiten, voldoende van belang voor de opdracht, dat het vereiste kan worden gesteld?

Deze vraag is nog niet in de rechtspraak opgehelderd. Mogelijk zal een voorafgaand vastgesteld en gepubliceerd beleidsbesluit vanwege de overheid hier een rol kunnen spelen, maar dan nog zal het wenselijk zijn om het verband met de opdracht in het aanbestedingsdocument nader toe te lichten. Opgemerkt zij daarbij dat het juridisch risicovol zou kunnen zijn vanuit mededingingsrechtelijke optiek om de wens te formuleren een bepaalde sector van overheidswege te willen bevoordelen. Sterkere juridische argumenten liggen daar waar het gaat om de vereiste transparantie en verantwoording van overheidshandelen, ook waar het om door ICT-diensten bemiddeld overheidshandelen gaat. Bovendien valt te overwegen dat ICT-diensten, geleverd onder open source licenties en ondersteund door actieve gemeenschappen van ontwikkelaars veel flexibeler zijn, op veel kortere termijn kunnen worden aangepast aan nieuwe vereisten (zoals die bijvoorbeeld door de wetgever kunnen worden gesteld) en veel minder gevoelig zijn voor de risico's van *vendor lock-in* dan *proprietary* software. Deze laatste argumenten zijn veel beter te verdedigen als zijnde 'van belang voor een opdracht van een overheidsdienst' dan de wens om de open source sector te stimuleren.

Praktisch: wederzijds vertrouwen

Bekend zijn natuurlijk het risico's van

- (1) de kwalitatief armzalige dienstverlening door aanbieders die hun vak niet verstaan (hiertegen moet worden gewaakt via de van de aanbieder gevraagde specificaties, referenties en trackrecords, ter verificatie);
- (2) de overspecificatie van het aan te besteden werk en wel zodanig, dat een product wordt opgeleverd dat wel aan de geformuleerde vereisten, maar niet meer aan de eisen van de inmiddels veranderde tijd voldoen en in dat licht leidt tot onbeheersbare hoeveelheden meerwerk;
- (3) de eenzijdige specificatie en wel zodanig, dat er helemaal geen aanbiedingen komen;
- (4) de natuurlijke neiging tot bilaterale toelichting (even snel tussen een potentiële aanbieder en de aanbesteder, zonder bekendmaking aan de andere potentiële aanbieders) tijdens het aanbestedingsproces, die de hele onderneming in elk geval juridisch op losse schroeven kan zetten en aanvechtbaar maakt; en
- (5) van kennis-asymmetrie tussen aanbesteder en aanbieder.

Deze risico's bestaan, min of meer onafhankelijk van de door de aanbesteder te verwerven licentie. Ze passeren in het volgende hoofdstuk kort de revue voor zover er specifieke open source aspecten mee zijn verbonden.

Praktisch: civielrechtelijke risico's

Afgezien van de gebruikelijke en algemene civielrechtelijke leerstukken omtrent bijvoorbeeld de wils- vertrouwensleer, toepasselijkheid algemene voorwaarden, het tot stand komen van de licentieovereenkomst en ingeval van elektronische contracten de gevolgen van de Aanpassingswet elektronische handel, almede de begrensde exonerationmogelijkheden³² is het belangrijkste civielrechtelijke punt de interpretatie van wat onder 'bewerkingen' wordt verstaan, omdat open source producten, ook wanneer ze worden bewerkt, via de copyleftclausule open source producten blijven. Om één en ander te kunnen toelichten volgen hieronder enkele relevante citaten uit de EULP:

*Art 1 – definities: **Bewerkingen:*** de werken of software die door de licentiehouder kunnen worden geschapen op de grondslag van het oorspronkelijke werk of wijzigingen ervan. In deze licentie wordt niet gedefinieerd welke mate van wijziging of afhankelijkheid van het oorspronkelijke werk vereist is om een werk als een bewerking te kunnen aanmerken; dat wordt bepaald naar het auteursrecht dat van toepassing is in de in artikel 15 bedoelde lidstaat;

*Art 5 – Verplichtingen van de licentiehouder: **Copyleft-clausule:*** Wanneer de licentiehouder kopieën van het oorspronkelijke werk of bewerkingen op de grondslag van het oorspronkelijke werk verspreidt en/of mededeelt, geschiedt die verspreiding en/of mededeling onder de voorwaarden van de licentie. De licentiehouder (die licentiegever wordt) kan met betrekking tot het werk of de bewerkingen geen aanvullende bepalingen of voorwaarden opleggen of stellen die de voorwaarden van de licentie wijzigen of beperken.

Deze clausules roepen de voor de praktijk belangrijke vraag op of, en zo ja op welke wijze open source en commerciële programmatuur in een ICT-dienst kunnen worden gecombineerd (a) zonder dat de open source licentie wordt geschonden én (b) zonder dat de commerciële programmatuur tot open source programmatuur verwordt.

Er komen nu vragen op ten aanzien van twee soorten combinaties, verticaal en hori-

³² Voor deze civielrechtelijke onderwerpen wordt verwezen naar de diverse juridische handboeken.

zontaal. Anders gezegd: is het mogelijk om open source programmatuur verticaal dan wel horizontaal te integreren in een dienst die overigens bestaat uit commerciële programmatuur, en zo ja, hoe moet dat dan om de begrippen ‘bewerking’ en ‘copyleft-clausule’ niet van toepassing te doen zijn? Het gaat hierbij om de juridische vraag wanneer die begrippen van toepassing zijn op de resulterende programmatuur die gezamenlijk een dienst ondersteunt.

Juridisch is hier van belang wanneer er sprake is van een ‘afgeleid werk.’ Dat is een auteursrechtelijk relevante term die doorgaans (dat wil zeggen wanneer wordt gekeken naar vragen rond het gebruik van de General Public License³³ – hetgeen van toepassing mag worden geacht nu de GPL door de EUPL als compatibel wordt genoemd) rond de voorliggende kwestie naar de ICT-wereld in verband wordt gebracht met de manier waarop de verschillende onderdelen met elkaar worden ‘verbonden’:

1. Er is geen sprake van een afgeleid werk, wanneer de programma’s zodanig met elkaar worden verbonden dat ze afzonderlijk in het werkgeheugen worden geladen voor executie. Dus: wanneer er sprake is van een *fork/exe* link tussen twee programma's is er geen sprake van een afgeleid werk, maar van twee afzonderlijke programma's. Hoewel *fork/exe* een UNIX/Linux kunstje is, mag worden aangenomen dat, wanneer het om een analoge c.q. functioneel equivalente aansturing vanuit commerciële software (MSDOS: *run*) gaat, er evenmin sprake van is dat het geheel als een afgeleid werk van één van de delen kan worden geoordeeld.
2. Wanneer er sprake is van *static linking* (waarbij beide programma's zijn aangepast om direct samen te kunnen werken), wordt doorgaans aangenomen dat het geheel vanuit open source optiek wél een afgeleid werk is. Met andere woorden, wanneer open source software met commerciële software wordt gecombineerd in één ICT-dienst leidt *static linking* in beginsel tot het in werking treden van de copyleftclausule voor het geheel. De resulterende situatie is onduidelijk en onwenselijk, tenzij deze vergezeld gaat van een expliciete licentie van de rechthebbende op de commerciële software. *Static linking* door een niet rechthebbende wordt anders immers tevens een auteursrechtinbreuk. Men kan nu eenmaal niet meer rechten overdragen dan men heeft. Ook een vrijwaring-clausule hoeft hier in de praktijk weinig ander soulaas te bieden dan schadevergoeding, omdat de rechthebbende het gebruik via *static linking* domweg kan verbieden.
3. Wanneer er sprake is van *dynamic linking* is de kwestie onzeker, althans juridisch nog nooit beslist. Van belang wordt in die gevallen wel doorslaggevend gevonden welk programma welk ander programma aanroept. Als het aanroepende programma niet-OSS is, wordt het geheel waarschijnlijk geen afgeleid werk, andersom mogelijk wel. In dit laatste geval gelden dezelfde *caveats* als geformuleerd bij *static linking*.

Eén en ander houdt in dat er maar één veilige manier is om het heterogene karakter van een samengestelde dienst te behouden: via afzonderlijke *fork/exe* commando's.

De civielrechtelijke risico's verbonden aan de combinatie van heterogene programmatuur (open source én commercieel) zijn verbonden met casuïstiek. Als overzicht lijkt een algemene weergave van elementen, benodigd voor een webdienst geschikt (zie Tabel 1).

³³ Zie via www.gnu.org/

De beschreven combinatieproblematiek doet zich in de praktijk vooral voor wanneer bijzonder modules onder open source licenties worden gemaakt die de functie hebben om commerciële diensten aan te sturen of er direct mee samen te werken. Veelal speelt dit zich af op het niveau van de scripts. Daar is dus waakzaamheid geboden.

	Commerciële voorbeelden	Open source voorbeelden
Operating system	Microsoft, SunOS, (OS/X)	Linux, BSD, (OS/X)
Database support	SQL server, Oracle	Mysql, Postgresql
Webservers	IIS	Apache, AOLserver
Interpreters, scripts	ASP, .NET	PHP, J2EE
Authenticatiefuncties	Active Directory	OpenLDAP/Kerberos, Fedora
Browsers	IE Explorer	Mozilla Firefox
Communicatie	Exchange server	Kolab 2
Office suites	MS Office	Open Office
Terminal servers	MS WTS, Citrix	Linux TS, NX server

Tabel 1: Een beeld van combinatiemogelijkheden

Voor het overige zij opgemerkt dat het probleem niet of nauwelijks speelt tussen applicaties die onder open source licentie beschikbaar zijn gesteld (gedacht moet wel worden aan eventuele anomalieën tussen verschillende licenties als GPLv2, GPLv3 en BSD) en dat Tabel 1 veeleer iets anders laat zien: ten eerste, dat de commerciële dienstverlening zich lijkt te beschermen door de eigen producten via *dynamic linking* te laten samenwerken, zodat het moeilijk en soms onmogelijk is voor de concurrentie om ertussen te komen (op het moment van schrijven zijn vooral de Oracle database applicaties, en microsoft Active Directory en de Exchange Server toepassingen lastig te vervangen vanwege bijzonderheden in hun verticale bindingen) en ten tweede dat het inmiddels wel zo is dat serieuze open source alternatieven voor veel commerciële diensten op verschillende niveaus beschikbaar zijn.

Het gaat hier te ver om verder in te gaan op de praktische vraagstukken die spelen bij conversie van commercieel naar open source. Verwezen zij daarvoor naar een omvangrijke gids die door het Duitse *Bundesministerium des Innern* op Internet is gepubliceerd onder de titel "*Migrationsleitfaden 3.0.*"³⁴

Wat overblijft is de vraag aan welke vereisten de distributie van de programma's moet voldoen. Hierbij is duidelijkheid van belang. Het verdient aanbeveling om bij ICT-diensten, opgebouwd uit gemengde open source – commerciële programmatuur helderheid te scheppen over wat is onderworpen aan welke licentie en om de EUPL, de objectcode, de broncode, eventuele overige licenties en documentatie in een aparte directory op het distributiemedium op te nemen. Voorts verdient het aanbeveling om in dergelijke gevallen te refereren naar "de programma's" en niet naar "het programma."

Het bovenstaande is naar ons beste weten de huidige juridische stand van zaken (december 2008) rond de te beantwoorden vragen over heterogene samengestelde dien-

³⁴ Van april 2008, zie <http://www.kbst.bund.de>.

sten. Er moet wel het voorbehoud worden gemaakt dat er vooralsnog geen jurisprudentie is, die een en ander bevestigt - en dat het regelmatig voorkomt dat wanneer zo'n nieuwe vraag aan een rechter wordt voorgelegd er, met name in kort geding, onvoorspelbare uitspraken kunnen volgen (die overigens doorgaans in hoger beroep heel redelijk uitpakken).

Intellectuele eigendomsrechtelijke risico's

Van belang zijn hier de volgende bepalingen van de EUPL:

Art 6 – Auteursketen

De oorspronkelijke licentiegever garandeert, dat hij rechthebbende is van het hierbij verleende auteursrecht op het oorspronkelijke werk dan wel hem dit in licentie is gegeven en dat hij de bevoegdheid heeft de licentie te verlenen.

Art 5 – Verplichtingen van de licentiehouder:

Attributierecht: De licentiehouder moet alle auteurs-, octrooi- of merkenrechtelijke kennisgevingen onverlet laten alsook alle kennisgevingen die naar de licentie en de afwijzing van garanties verwijzen. De licentiehouder moet een afschrift van deze kennisgevingen en een afschrift van de licentie bij elke kopie van het werk voegen, die hij verspreidt en/of mededeelt. De licentiehouder moet ervoor zorgen, dat elke bewerking een duidelijke kennisgeving bevat waarin wordt aangegeven dat het werk is gewijzigd en de datum van de wijziging.

Er zijn drie soorten risico's die voortvloeien uit kwesties van intellectuele eigendom:

- (1) De sancties die kunnen worden verbonden aan het maken van fouten bij het beoordelen of er al dan niet *sprake is van een afgeleid werk*.
- (2) De gevolgen die kunnen worden verbonden aan *het gebruik* van software waarvan achteraf blijkt *dat de verleende licentie niet door de rechthebbende is verleend*.
- (3) De gevolgen die kunnen worden verbonden aan het *(achteraf onrechtmatige) uitgeven van licenties voor het gebruik van software*.

Deze drie risico's zijn nauw met elkaar verweven. In alle gevallen gaat het om een situatie waarin achteraf blijkt dat de opdrachtgever, gebruiker of distributeur niet over toereikende auteursrechtelijke bevoegdheden beschikt. Als deze situatie zich voordoet is de opdrachtgever, gebruiker of distributeur niet alleen in een positie waarin de rechthebbende kan verbieden het gebruik voort te zetten, maar is hij bovendien aansprakelijk voor de geleden schade – een schade die, wanneer het om een Amerikaanse rechthebbende zou gaan die zijn claim in de Verenigde Staten rechtens tot gelding brengt een aanmerkelijke omvang kan aannemen.³⁵

Juridisch ligt hier een belangrijke oplossing voor de overheid als opdrachtgever, gebruiker dan wel distributeur door er zorg voor te dragen dat niet de overheid het auteursrecht claimt, maar dat laat rusten bij de opdrachtnemer, onder de voorwaarde dat deze de software onder de EUPL beschikbaar stelt. Aanvullend kan worden overwogen om een vrijwaringverklaring te vragen van de opdrachtnemer. Aanbestedingsrechtelijk heeft dit overigens, zoals eerder aangegeven onder de aanbestedingsrechtelijke risico's, enige haken en ogen.

³⁵ Indachtig *Virgin vs Thomas*, oktober 2007 (thans opnieuw onder de rechter).

Risico's na verkrijging van een licentie of auteursrechten

Welke risico's loopt de aanbestedende dienst indien hij een open source licentie c.q. de auteursrechten heeft verkregen?

Aan de aanbestedingsrechtelijke en de auteursrechtelijke risico's is hierboven aandacht besteed. Hieronder geven we enkele overwegingen die een rol kunnen spelen nadat de aanbestede open source dienst is geleverd en in gebruik genomen. Ze houden een waarschuwing in voor wie zou denken dat alle ICT-problemen zouden worden opgelost door de beschikking te krijgen over open source software in plaats van over commerciële programmatuur. De risico's van kennisasymmetrie, beheer, lock-in, continuïteit en de remmende voorsprong blijven – mogelijk in andere vorm – bestaan.

Kennisasymmetrie

Er bestaat steeds het risico van kennisasymmetrie tussen aanbesteder en aanbieder, ook als de broncode beschikbaar is. In veel gevallen gaat het ook bij open source om aanmerkelijke hoeveelheden code die een geweldige inspanning vragen om als opdrachtgever te leren kennen en doorgronden. Met andere woorden: ook bij open source leveranciers blijven de risico's bestaan die voortvloeien uit expertiseverschillen tussen aanbieder en opdrachtgever. Vertrouwen speelt hier een doorslaggevende rol wil de markt voor open source niet de weg volgen van Akerlofs *Market for 'Lemons'*.³⁶ Het betreffende mechanisme leidt tot het ineensstorten van een markt. Het treedt op wanneer aanbieders aanmerkelijk meer weten dan afnemers over de kwaliteit van een product waaraan gebreken *kunnen* kleven (als tweedehands auto's, of open source programmatuur), én wanneer het regelmatig voorkomt dat daarvan door aanbieders misbruik wordt gemaakt. Alsdan treedt het mechanisme in werking dat afnemers geen reële prijs meer willen betalen voor waardevolle producten of diensten en dat tast de hele betreffende markt aan.

Een en ander houdt in dat het aanbeveling verdient dat de aanbestedende overheid zich mede verantwoordelijk voelt en toont voor het welslagen van haar open source projecten. Zoals de kaarten nu lijken te liggen ondervindt de commerciële ICT-dienstverlening nauwelijks schade van mislukkende automatiseringsprojecten bij de overheid (denk aan de fiasco's bij de politie en de Wia en de rapportages daarover door de Rekenkamer) terwijl aan de andere kant valt te verwachten dat mislukkende open source projecten een heftiger reactie teweeg zullen brengen. Met andere woorden, het lijkt met name bij open source projecten van groot belang dat de aanbestedende overheid beschikt over toereikende ICT-expertise om de projecten te begeleiden en het daaropvolgende beheer en onderhoud ter hand te nemen of te sturen. Gelet op de uitzonderlijk geringe aantallen studenten die thans informatica op academisch niveau studeren ligt hier een aanmerkelijk risico. Wel lijkt het zo dat wanneer gebruik wordt gemaakt van de inzet van open source materiaal dat wordt gedragen door energieke en actieve *communities*, de risico's van kennisasymmetrie met betrekkelijk geringe investeringen onder ogen kunnen worden gezien. Dan is wel oog nodig voor de noodzaak om die capaciteit vrij te maken en medewerkers op te dragen aan betreffende communities deel te nemen.

³⁶ George A. Akerlof, 1970, The Market for 'Lemons': Quality, Uncertainty and the Market Mechanism, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, no. 3, pp. 488–500.

Beheer

Beheer van open source software is een totaal andersoortige activiteit dan beheer van commerciële programmatuur omdat open source software volcontinu in ontwikkeling is en nieuwe versies elkaar om de haverklap plegen op te volgen. Ook hier geldt het vereiste dat de aanbestedende overheidsdienst zelf over voldoende ICT-expertise dient te beschikken om dat onderhoud zelf uit te voeren dan wel het onderhoud te begeleiden en sturen wanneer het zou worden uitbesteed.

Communities; the right to “fork”

Eén van de voordelen van het gebruik van open source software is dat deze open source licentievorm onverbrekelijk lijkt te zijn verbonden met ‘*communities*’ van ICT-ers en gebruikers die samenwerken om de kwaliteit van ‘hun’ product te verbeteren, om het gebruik en het onderhoud te documenteren en om elkaar te steunen bij het oplossen van problemen. Het is niet helemaal duidelijk wat de redenen zijn waarom en hoe communities zich vormen en in stand blijven, al lijkt het de kansen van een community te bevorderen wanneer de leiding *de facto* dictatoriale beleidsbevoegdheden claimt en krijgt, en de leden elkaar op open en democratische wijze bejegenen op een wijze die aan hun status binnen de community kan bijdragen en die voor het overige voor elk lid voordelig is omdat het geheel van de inbreng van anderen hoe dan ook meer is dan zijn eigen individuele investering. Die vragen zijn van belang omdat de omvang en de activiteitsgraad van een community voor de continuïteit van het betreffende product van grote betekenis is. Vanuit dat gezichtspunt is het recht tot afsplitsing (*the right to fork*, zie hieronder), dat inherent is aan de EUPL, een risico. Trouwens, het meeste onderzoek dat naar dit soort vragen is gedaan gaat over communities met een open karakter, toegankelijk voor een ieder, waar ook ter wereld.³⁷

Het komt ons overigens voor dat genoemde regelmatigheden zich ook voordoen bij het soort communities dat een overheid zich zou kunnen voorstellen, van een semi-gesloten type met een verenigings-achtig karakter (vooral gericht op het lidmaatschap van overheidsdiensten op basis van vrijwillige samenwerking, eventueel aangevuld met medewerkers van dienstverlenende bedrijven). Het is niet alleen aannemelijk dat dergelijke gemeenschappen met het oog op leiderschap en continuïteit aanvullende overeenkomsten zullen moeten sluiten, maar ook dat juist die omstandigheid de aantrekkelijkheid ervan voor individuele deelname vanuit de rest van de open source wereld zal doen afnemen.

Eén van de vrijheden die aan open source projecten zijn verbonden is het recht van afsplitsing (*to fork*). Wie een betere richting ziet kan die inslaan, en zodoende een deel van de betreffende *community* met zich meenemen. En dat kan weer leiden tot de verzwakking van de oorspronkelijke community, mogelijk zelfs tot het verweesd raken van de toepassing die de aanbestedende dienst heeft verworven. Maar, als gezegd, hier gaat het om een risico dat inherent is aan het gebruik van open source. En misschien is dit wel een nadeel ‘dat zijn voordeel heb’: het risico van afsplitsing houdt de community en zijn leiding scherp op het blijven bieden van meerwaarde.

³⁷ Bij het MIT wordt een *repository* gehost met wetenschappelijke bijdragen over dit soort onderwerpen. Zie: http://opensource.mit.edu/online_papers.php

Lock-in

Ook ontwikkelingen in open source projecten kunnen leiden tot onderdelen van een dienst die direct op elkaar zijn afgesteld op een ‘doorgesoldeerde’ wijze, hetgeen loskoppeling en het vervangen van onderdelen bemoeilijkt, wat weer kan leiden tot *lock-in* van de aanbesteder bij de aanbieder. Op de middellange termijn is het niet zelden zo dat de voordelen van in elkaar vervlochten deelfuncties worden tenietgedaan door de nadelen van *lock-in*. Dit leidt er uiteindelijk toe dat de aanbesteder wordt geconfronteerd met aanmerkelijke conversiekosten wanneer zou moeten worden overgestapt naar een andere aanbieder of een andere softwareleverancier waar het deelfuncties betreft. Het organiseren en functioneel specificeren van de aan te besteden dienst in deelfuncties die onafhankelijk van elkaar moeten kunnen worden toegewezen (en dus met elkaar communiceren via open standaarden), kan bescherming bieden tegen deze gevaren van *lock-in* in de ontwikkelingsfase. Opnieuw is toereikende ICT-expertise vereist om er op toe te zien dat bedoelde situatie niet ontstaat nadat het product in gebruik is genomen en zich, via onderhoud, verder ontwikkelt.

De wet van de remmende voorsprong

De wereld van de informatica staat niet stil. Steeds is het mogelijk dat een geheel nieuwe weg wordt ingeslagen, die weer tot heel andere vraagstukken aanleiding geeft. Wie thans de aandacht bij uitsluiting richt op de conversie van commerciële naar open source programmatuur zou de huidige trend kunnen onderschatten in de richting van wat wel *Software as a Service* wordt genoemd, waarbij met name moet worden gedacht aan mega-diensten die via browsers worden ontsloten. Als voorbeeld kan het elektronisch patiëntendossier dienen, een dienst die inmiddels ook door Google wordt aangeboden en waarvoor bij verschillende medische instellingen serieuze aandacht bestaat. Vooralsnog lijken dergelijke architecturen voor overheidsdiensten niet erg voor de hand te liggen, omdat ze al snel zullen leiden tot vragen over de toedeling van in beginsel publiekrechtelijke taken aan het bedrijfsleven en over de ermee gemoeide vormen van *lock-in*. Een en ander neemt niet weg dat argumenten van efficiency en betrouwbaarheid de discussie daarover een vooralsnog onverwachte wending zullen kunnen geven waarmee op de wat langere termijn serieus rekening moet worden gehouden.

Checklist risico's

Tot slot is hieronder een niet limitatieve checklist opgenomen waarin de juridische risico's staan beschreven waarmee bij ICT opdrachten rekening moet worden gehouden.

Checklist risico's bij het afdwingen van open source licenties

Bepaal of het Europees aanbestedingsrecht van toepassing is. Om het risico van claims te voorkomen dient het aanbestedingsrecht consciëntieus te worden nageleefd.

Is het vereiste mededingingsrechtelijk gezien voldoende bepaald, transparant, objectief en non-discriminatoire?

Houdt de formulering van het vereiste van open source voldoende verband met het voorwerp van de opdracht?

Zijn de vereisten zodanig geformuleerd dat het mogelijk blijft om te kunnen nagaan of aanbieders kunnen worden vertrouwd in die zin, dat ze ook zullen kunnen waarmaken wat ze in hun aanbieding voorspiegelen?

Zijn de vereisten zodanig geformuleerd (en neergelegd in de aanbestedingsovereenkomst) dat de verdeling van de civielrechtelijke risico's vooraf kan worden overzien en zodanig verdeeld, dat er daadwerkelijk aanbiedingen zullen komen?

Zijn de auteursrechtelijke posities in relatie tot de ontwikkelde software helder? Denk aan de rechten van werkgevers en werknemers van de software-ontwikkelaars bij de overheid, bij softwarebedrijven, en overige ontwikkelaars als bijvoorbeeld free lancers.

Zijn de auteursrechtelijke posities zodanig dat met behulp van overdracht van auteursrecht of licentie-overeenkomsten de gewenste open source licentie kan worden gehanteerd.

Zijn de vereisten zodanig geformuleerd (en neergelegd in de aanbestedingsovereenkomst) dat eventuele intellectuele eigendomsrechtelijke risico's worden afgedekt?

Zijn in het aanbestedingsdocument/proces voorts de volgende risico's ondervangen?

- Van de kwalitatief armzalige dienstverlening door aanbieders die hun vak niet verstaan (hiertegen moet worden gewaakt via de van de aanbieder gevraagde specificaties, referenties en trackrecords, ter verificatie).
- Van overspecificatie van het aan te besteden werk en wel zodanig, dat een product wordt opgeleverd dat wel aan de geformuleerde vereisten, maar niet meer aan de eisen van de inmiddels veranderde tijd voldoet en in dat licht leidt tot onbeheersbare hoeveelheden meerwerk.
- Van eenzijdige specificatie en wel zodanig, dat er helemaal geen aanbiedingen komen.
- Van de natuurlijke neiging tot bilaterale toelichting (even snel tussen een potentiële aanbieder en de aanbesteder, zonder bekendmaking aan de andere potentiële aanbieders) tijdens het aanbestedingsproces, die de hele onderneming in elk geval juridisch op losse schroeven kan zetten en aanvechtbaar maakt.
- Van kennis-asymmetrieën tussen aanbesteder en aanbieder.

Zijn de vereisten zodanig geformuleerd dat de risico's van het eventueel combineren van open source met commerciële software te laten verlopen via *fork/exe* verbindingen?

Zijn alle bepalingen in het licentiecontract juridisch toegestaan en effectief?

Checklist risico's na verwerving van software onder open source licenties

Zijn de bijzondere risico's van het toelaten van *kennisasymmetrie* tussen aanbieder en aanbesteder van open source projecten onderkend en zijn er toereikende maatregelen voor getroffen en investeringen voor gereserveerd?

Zijn de bijzondere risico's van het *beheer* van open source software onderkend en zijn er toereikende maatregelen voor getroffen en investeringen voor gereserveerd?

Zijn de bijzondere risico's van het deelnemen aan/leiden van *communities* onderkend en zijn er toereikende maatregelen voor getroffen en investeringen voor gereserveerd?

Is het bijzondere risico van het recht tot afsplitsing, inherent aan open source communities, onderkend? Zijn er toereikende maatregelen voor getroffen en investeringen voor gereserveerd?

Zijn de bijzondere risico's van vendor lock-in, ook bij open source projecten, onderkend en zijn er toereikende maatregelen voor getroffen en investeringen voor gereserveerd?

Over de auteurs

Professor mr Aernout Schmidt:

hoogleraar informatica en recht en directeur eLaw@Leiden, centrum voor recht in de informatiemaatschappij, Universiteit Leiden

Mr Franke van der Klaauw-Koops:

verbonden aan eLaw@Leiden, centrum voor recht in de informatiemaatschappij, Universiteit Leiden.

Beiden zitten in het bestuur van de Stichting Eupian (European Procurement and Innovation Network)

Mr Mathieu Paapst:

Juridisch adviseur programma NOiV en tevens verbonden aan het Centrum voor Recht en ICT, Rijksuniversiteit Groningen.