

# Uit principe: de GNU General Public License (GPL) versie 3

146 *Versie 3 van de populairste open source-licentie introduceert vérgaande verboden op octrooien, technische voorzieningen en beperkt toegankelijke hardware.*

## Samenwerken aan open source

Na vijftien jaar wachten is nu per 30 juni 2007 de nieuwe versie van de bekendste en meest gebruikte licentie voor open source-software beschikbaar: de *GNU General Public License* oftewel de GPL.<sup>2</sup> Open source-software is een verzamelnaam voor alle soorten software waarvan de broncode vrijelijk ter beschikking wordt gesteld.<sup>3</sup> Het Linux besturingssysteem, de Firefox webbrowser en de Apache webserver zijn de bekendste voorbeelden.

Om software open source te maken, moet de auteur een van de ongeveer veertig verschillende open source-licenties – als modelovereenkomst beschikbaar – van toepassing verklaren op zijn software.<sup>4</sup> De meest gebruikte modelovereenkomst is de GPL, die bijvoorbeeld van toepassing is op Linux. De GPL staat het maken van bewerkingen en uitbreidingen alleen toe wanneer deze op hun beurt ook weer onder de GPL en inclusief broncode beschikbaar gesteld worden.<sup>5</sup>

## Terug naar de principes

GPL versie 2 is al vijftien jaar beschikbaar als modelovereenkomst, en heeft zich in de praktijk bewezen.<sup>6</sup> De reden om toch met een nieuwe versie te komen, is onvrede over bepaalde praktijken in de open source-wereld.

De GPL is namelijk ouder dan open source. Hij bestaat al sinds 1985 als de 'grondwet' van de zogeheten vrijesoftwarebeweging, waarin de *Free Software Foundation* (FSF) van Richard M. Stallman de belangrijkste rol speelt.<sup>7</sup> Deze beweging ziet het samen ontwikkelen van software niet als een doel, maar als een middel om een *politiek* doel te bereiken. Software maken moet vrij van belemmeringen zijn. Zo bepaalt de aanhef van GPL versie 3: '[T]he GNU General Public License is intended to guarantee your freedom to share and change all versions of a program – to make sure it remains free software for all its users.' De vrijesoftwarebeweging gaat hier ver in: het wijzigen van software moet altijd mogelijk zijn, en belemmeringen bij de uitoefening van deze rechten zijn moreel verwerpelijk.<sup>8</sup>

De vrijesoftwarebeweging ervaart de pragmatische aanpak van veel open source-ontwikkelaars dan ook als een ontoelaatbaar afdwalen van het oorspronkelijke uitgangspunt dat de vrijheid van de gebruiker voor alles komt.<sup>9</sup> Bovendien ziet men ontwikkelingen als *digital rights management* (DRM) en softwaregerelateerde octrooien als bedreigend voor vrije software.<sup>10</sup> Om softwareontwikkelaars weer op het rechte pad te

krijgen, en deze dreigingen tegen te gaan, speelt de FSF nu haar grootste troefkaart uit: een nieuwe versie van de GPL waarin getracht wordt alles onklaar te maken dat haar principiële visie kan hinderen. Helaas leidt dit in veel gevallen tot complexe en juridisch twijfelachtige constructies.

## Nieuwe definities

De eerste opvallende wijziging is de manier waarop definities worden gegeven van een aantal veel gebruikte termen. GPL versie 3 hanteert feitelijke omschrijvingen in plaats van auteursrechtelijke terminologie. Er wordt niet gesproken van distributie, kopiëren en publiceren, maar van 'aanpassen' (*modification*), 'verspreiden' (*propagation*) en 'overdragen' (*conveyance*). Deze begrippen moeten dan in een concrete situatie naar toepasselijk auteursrecht worden gekwalificeerd.

- 1 Ir. Arnoud Engelfriet is jurist en octrooigemachtigde bij Philips. E-mailadres: Arnoud@Engelfriet.net.
- 2 In te zien op <http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html> – inderdaad hetzelfde adres als waar voorheen GPL versie 2 te vinden was (!).
- 3 Uitgebreid over het fenomeen open source zijn S. DiBona, S. Ockman & M. Stone (red.), *Open Sources: Voices from the Open Source Revolution*, O'Reilly 1999 (ISBN 1-56592-582-3).
- 4 Zie ook K. Koelman, 'Terug naar de bron: open source en copyleft', *Informatierecht/AMI* 2000/8, p. 149-155 en H. de Preter & C. Dekeyser, 'De totstandkoming en draagwijdte van open source-licenties', *Computerrecht* 2004, 33.
- 5 Zie ook E. Visser, 'GNU General Public License – All rights reversed', *Computerrecht* 2004, 35.
- 6 Zo werd in september 2006 het bedrijf D-Link veroordeeld tot schadevergoeding voor niet-naleving van de GPL. Engelstalig vonnis op <http://www.jbb.de/>. Zie over het eerste echte vonnis – Sitecom in 2004 – J. Höppner, 'The GPL prevails: An analysis of the first-ever Court decision on the validity and effectivity of the GPL', (2004) 1:4 *SCRIPT-ed* 628 <http://www.law.ed.ac.uk/>. In de praktijk blijken veel bedrijven zich goed te houden aan de voorwaarden, zij het soms na enige aansporing van organisaties als GPL-Violations.org. De schaarse rechtszaken over open source worden besproken in W. van Holst, V. Soek, B. Sujecki & E. Visser, 'Geschillen over open source software', in: E. Thole, R. Scholten & W. Seinen (red.), *Open Source Software: Een verkenning naar de juridische aspecten van open source software* (preadvis NVvIR), Den Haag: Elsevier Juridisch 2006, p. 183-197.
- 7 Robert W. Gomulkiewicz, 'General Public License 3.0: Hacking the Free Software Movement's Constitution', 42 *Houston L. Rev.* 1015 (2005), p. 1016. Zie ook Sam Williams, *Free as in Freedom: Richard Stallman's Crusade for Free Software*, O'Reilly & Associates 2002.
- 8 R. Stallman, *The GNU Manifesto*, 1985 <http://www.gnu.org/>. De veel aangehaalde slogan 'free as in speech, not as in beer' betekent dan ook niet slechts dat software vrijelijk beschikbaar is of moet zijn, maar dat software ontwikkelen dezelfde beschermde status verdient als de vrije meningsuiting.
- 9 Alleen al de *discussie* over de grenzen van de GPL wordt als enigszins ongepast gezien. Alle software moet gewoon GPL gemaakt worden, dan speelt dat hele probleem niet, zo verklaarde FSF-huisjurist Eben Moglen tegen ondergetekende in een debat op 15 juni 2006 op de Holland Open conferentie in Amsterdam.
- 10 'FSF releases the GNU General Public License, version 3', FSF persbericht, 29 juni 2007, <http://www.fsf.org/>.

## Overdragen en verspreiden

Art. 0 definieert het 'verspreiden' en 'overdragen' van een werk als volgt:

*'To 'propagate' a work means to do anything with it that, without permission, would make you directly or secondarily liable for infringement under applicable copyright law, except executing it on a computer or making modifications that you do not share.*

*To 'convey' a work means any kind of propagation that enables other parties to make or receive copies, excluding sublicensing.'*

De twee begrippen omvatten naar Nederlands recht dus elke vorm van verveelvoudigen, in al dan niet gewijzigde vorm, en de meeste vormen van openbaar maken, met uitzondering van uitvoeren van het werk op een computer (art. 45j Auteurswet). Uitvoeren is altijd en onbeperkt toegestaan. 'Verspreiden' is onbeperkt toegestaan, zolang een derde maar geen toegang kan krijgen tot een verveelvoudiging van het werk. Dit verduidelijkt wat al langer praktijk was, namelijk dat het werk onbeperkt binnen een bedrijf of organisatie verveelvoudigd ('verspreid') mag worden. Afgifte aan een inhuurkracht valt onder 'verspreiding', zolang het hem maar expliciet verboden wordt de software verder te verspreiden (GPL art. 2, tweede alinea).

Wanneer een derde wel toegang kan krijgen tot het werk, is sprake van 'overdracht'. Dit is alleen toegestaan als de broncode beschikbaar wordt gesteld bij de overdracht (art. 5).

## Aanbieden van broncode

Art. 6 noemt de manieren waarop de broncode beschikbaar gesteld kan worden. De eenvoudigste manier is deze simpelweg mee leveren (art. 6 sub a). Als de broncode niet mee geleverd wordt, moet de overdrager een schriftelijk aanbod bijsluiten waarin hij stelt dat hij iedereen die daar om vraagt een kopie van de broncode zal aanleveren (art. 6 sub b).

Nieuw is dat hij in plaats daarvan ook een schriftelijk aanbod kan bijsluiten om de broncode te downloaden van een nader te noemen site. Dit is in veel gevallen al de praktijk, dus het is goed dat dit nu expliciet genoemd wordt als voldoende mogelijkheid. Het aanbod moet een termijn voor de aanvaarding hebben van minstens drie jaar. Het *aanbod* doorgeven is alleen toegestaan voor niet-commerciële instellingen (art. 6 sub c). Bedrijven kunnen dus hun klanten alleen het aanbod doen als zij zelf beschikken over de broncode.

Wie de software zelf via een server als download aanbiedt, moet de broncode eveneens als download aanbieden (art. 6 sub d). Een nieuwe, expliciet genoemde variant is de overdracht via *file sharing*: dit mag, mits ook nu maar gemeld wordt waar de broncode gedownload kan worden (art. 6 sub e).

## Aanpassen en uitbreiden

Art. 0 definieert het 'aanpassen' van een werk als volgt:

*'To 'modify' a work means to copy from or adapt all or part of the work in a fashion requiring copyright permission, other than the making of an exact copy. The resulting work is called*

*a 'modified version' of the earlier work or a work 'based on' the earlier work.'*

Een werk 'aanpassen' levert dus een 'afgeleid werk' op, wat overeenkomt met de verveelvoudiging in gewijzigde vorm uit art. 10 lid 2 en 13 Auteurswet. GPL versie 2 verwees voor de definitie van 'afgeleid werk' naar de Auteurswet, maar bevatte tegelijk ook een eigen definitie, wat de nodige juridische kritiek opleverde.<sup>11</sup>

De grote vraag is en blijft echter: wanneer is een computerprogramma een verveelvoudiging in gewijzigde vorm van een ander programma?<sup>12</sup> Een veel gestelde vraag in dit verband is of twee programma's met elkaar 'linken' een afgeleid werk oplevert.<sup>13</sup> Deze vraag is voor GPL versie 3 echter irrelevant geworden. Art. 1, vierde alinea schaaft simpelweg alle gelinkte bibliotheken, plug-ins en andere materialen *'that the work is specifically designed to require'* onder de definitie van 'volledige broncode'. Daarmee worden dergelijke materialen onderdeel van het werk en moeten zij vrijgegeven worden onder GPL versie 3, zo bepaalt art. 5 lid c: *'You must license the entire work, as a whole, under this License (...)'* Deze vrijgave staat dus los van de vraag of zij auteursrechtelijk gezien als afgeleid werk aan te merken zijn.

## Broncode van het werk

De 'broncode' is en blijft 'de vorm van het werk waarin een programmeur het werk bij voorkeur bewerkt' (art. 1, eerste alinea). Maar daar komt iets bij: de 'volledige broncode' is de broncode plus de bovengenoemde materialen, *'that the work is specifically designed to require'* plus de installatie-instructies (art. 1, 4<sup>c</sup> alinea). Ook dit moet een verspreider dus aanleveren aan ontvangers van de software, zodat deze de software kunnen aanpassen en installeren. Dit omvat wat art. 10 lid 1 sub 12 Auteurswet met 'voorbereidend materiaal' aanduidt. Daarnaast worden, zoals hierboven genoemd, ook gelinkte bibliotheken en dergelijke onder broncode gerekend. Bij 'consumentenproducten' (art. 6, vierde alinea) worden tevens de geheime installatiecodes van de fabrikant als broncode aangemerkt. De implicaties hiervan zijn verstrekkend.

## Installatie op consumentenproducten

'Consumentenproducten', apparatuur zoals televisies, digitale videorecorders of mobiele telefoons, krijgen namelijk een bijzondere behandeling. Steeds meer fabrikanten gebruiken open source in dergelijke apparatuur. Maar in tegenstelling tot bij pc's kan hierop niet zomaar elke software worden geïnstalleerd. De software moet zijn voorzien van een bepaalde code om geaccepteerd – en dus geïnstalleerd – te worden. Hiervoor worden vaak digitale handtekeningen gebruikt, hoewel de software ook kan worden versleuteld. Alleen de

11 Onder anderen A. van Hekesen, N. Hollebeek & E. Tjong Tjin Tai, 'Licentievormen van open source software', in: E. Thole, R. Scholten & W. Seinen (red.), *a.w.*, 2006, p. 101-107; L. Rosen, *Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law*, Prentice Hall 2004, p. 114-120.

12 Zeer uitgebreid over de verschillende manieren om software te combineren en wat dit betekent vanuit Amerikaans auteursrechtelijk perspectief is L. Determann, 'Dangerous Liaisons – Software Combinations as Derivative Works?' *21 Berkeley Tech. L. J.* Fall 2006.

13 Vgl. De Preter & Dekeyser, *a.w.*, 2004, p. 219.

fabrikant van de apparatuur in kwestie is in staat de handtekening te plaatsen of de versleuteling uit te voeren, en daarmee dus om de software te installeren of te wijzigen.

De FSF ageert al jaren tegen deze techniek, die zij aanduidt als 'Tivoïsatie', naar het Amerikaanse bedrijf Tivo dat deze techniek toepast in haar digitale videorecorders. Deze recorders gebruiken Linux- en veel andere GPL-software. Tivo publiceert alle door haar gewijzigde broncodes, en geeft iedereen het recht om die software te wijzigen en verder te verspreiden. Echter, alleen Tivo kan nieuwe versies van deze software op haar apparaten installeren. De FSF is hier fanatiek tegen: zij meent dat men software niet alleen moet mogen wijzigen, maar dat men gewijzigde software ook moet kunnen installeren op dezelfde hardware als het origineel. Tivoïsatie doet echter 'de computer op slot' voor vrije software, en dat moet verboden worden.<sup>14</sup>

GPL versie 3 eist dan ook (art. 6, zesde alinea) dat alle benodigde sleutels of codes, plus eventuele aanvullende installatie-instructies mee geleverd worden. Dit haalt natuurlijk de gehele constructie onderuit: als iedereen zijn versie van de software van de benodigde code kan voorzien, heeft de fabrikant geen enkele controle meer over wat er op het apparaat wordt geïnstalleerd. De clause is controversieel: open source gaat toch over *software* en niet over hardware? Hoe kan een pure auteursrechtlicentie, die de GPL pretendeert te zijn<sup>15</sup>, restricties opleggen over de te gebruiken hardware? Dit verbod zal het gebruik van GPL versie 3 software in consumentenapparaten sterk beperken. De techniek wordt daar namelijk breed toegepast om te voorkomen dat allerlei wijzigingen het product instabiel maken. Ongecontroleerde wijzigingen kunnen ernstige gevolgen hebben. Denk aan een mobiele telefoon waarvan het zendvermogen te hoog wordt opgevoerd of een antiblokkeersysteem (ABS) in een auto dat onjuist werkt. Bij *games* is het belangrijk te kunnen verifiëren of men met 'echte' software, of met vals spelende aangepaste software te maken heeft. Bij radioapparatuur gelden wettelijke beperkingen op toegelaten vermogen of bandbreedtes waarop uitgezonden mag worden. Als deze beperkingen al te gemakkelijk kunnen worden omzeild door het installeren van gewijzigde versies van de software, verliest de apparatuur mogelijk zijn 'CE' certificatie waardoor deze helemaal niet op de markt gebracht mag worden.

## Maatregelen tegen technische voorzieningen

Een aanverwante, eveneens controversiële bepaling betreft technische voorzieningen voor het controleren van toegang tot muziek, films en dergelijke.<sup>16</sup> Het is mogelijk dat dergelijke voorzieningen (mede) worden gebouwd met GPL-software. Een gebruiker zou dan de software kunnen wijzigen (dit mag immers van de GPL) en daarmee de voorzieningen omzeilen of uitschakelen. De maker van het origineel zou hiertegen kunnen optreden, nu het buitenspel zetten van doeltreffende technische voorzieningen onrechtmatig is (art. 29a lid 2 Auteurswet).

De FSF ziet ook dit als strijdig met de rechten van gebruikers. GPL versie 3 stelt dan ook simpelweg dat GPL software 'shall [not] be deemed part of an effective technological measure under any applicable law' in de zin van art. 29a lid 1 Auteurswet (art. 3, eerste alinea). Bovendien moet de maker van de voorziening 'waive any legal power to forbid cir-

cumvention of technological measures to the extent such circumvention is effected by exercising rights under this License with respect to the covered work' (art. 3, tweede alinea). Dit zou een vordering op grond van art. 29a Auteurswet onhaalbaar maken.<sup>17</sup>

## Uitbreiding van octrooi Clausules

Open source en octrooien blijven een moeilijke combinatie.<sup>18</sup> Het impliciete verbod uit GPL versie 2 op het inzetten van octrooien tegen GPL software is in GPL versie 3 expliciet gemaakt. Octrooihouders die GPL-software overdragen waarin hun eigen octrooien verwerkt zijn, verlenen aan alle gebruikers van de software een volledige en onbeperkte octrooiligentie (art. 11, derde alinea):

*'Each contributor grants you a non-exclusive, worldwide, royalty-free patent license under the contributor's essential patent claims, to make, use, sell, offer for sale, import and otherwise run, modify and propagate the contents of its contributor version.'*

Dit geldt ook wanneer de octrooihouder de software slechts ongewijzigd overdraagt. De definitie van 'contributor version' omvat namelijk zowel de door een *contributor* aangepaste versie als de originele software (art. 11, eerste alinea). De GPL kent een overeenkomstige bepaling voor licentienemers. Een octrooiligentie mag alleen worden afgesloten als deze wereldwijd en voor iedereen geldt (art. 11, vijfde alinea). Het alternatief is opmerkelijk. De licentienemer moet dan de GPL versie 3 software publiekelijk beschikbaar stellen (bijvoorbeeld als download vanaf zijn website), en bovendien verklaren dat de octrooiligentie niet van toepassing is op de aldus aangeboden software. Dit dwingt de licentienemer dus in een positie waarin hij de octrooiligentie schendt.

## De valkuil van de aanvaarding

Wanneer is de gebruiker nu gebonden aan GPL versie 3? Voor het gebruiken (uitvoeren) van de software is acceptatie niet vereist. Wie de software verkrijgt van een andere licentienemer, verkrijgt immers rechtmatig en mag de software dus krachtens art. 45j Auteurswet gebruiken. Men aanvaardt GPL

14 R. Stallman, 'Can you trust your computer?', in: J. Gay (red.), *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*, Free Software Foundation 2002, 2004, p. 115-117. Zie ook de betreffende passage uit Stallman's speech in Tokyo op 21 november 2006, weergegeven op <http://www.fsf.europa.org/>.

15 P. Jones, 'The GPL Is a License, not a Contract', LWN.net 3 december 2003, <http://lwn.net/>. Het onderscheid tussen 'contract' en 'licentie' dat hier wordt gemaakt draait vooral om het ontbreken van de naar Amerikaans recht vereiste *consideration* in de GPL. Vanuit deze optiek kan en mag de GPL niet buiten de grenzen van het auteursrecht gaan.

16 Vgl. K. Koelman, *Auteursrecht en technische voorzieningen: juridische en rechtseconomische aspecten van de bescherming van technische voorzieningen* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 2003.

17 Al vraag ik me af of een rechthebbende deze bepalingen wel kan wegconstrueren. Er staat immers niets over 'wederrechtelijk' of 'toestemming' in art. 29a Auteurswet. Wat valt er dan te 'waiven' voor de maker van de voorziening?

18 A. Engelfriet, 'Open source software en octrooien: een moeilijke combinatie', *BIE* 2003, p. 204-208.

versie 3 dan ook pas door het werk te wijzigen of te verspreiden, aldus art. 9 van de GPL.

De definitie van 'verspreiden' gaat echter verder dan 'verveelvoudigen': men verspreidt wanneer men welke handeling dan ook verricht, die *'without permission, would make you directly or secondarily liable for infringement'*. Hoe moet deze frase nu worden uitgelegd? De meest voor de hand liggende interpretatie is 'het verrichten van een auteursrechtelijk relevante handeling'. Een verveelvoudigings- of openbaar-makingshandeling is – wanneer de pleger weet heeft van de licentie – waarschijnlijk wel te zien als een aanvaardingshandeling (art. 3:37 lid 1 BW).<sup>19</sup>

Maar door de uitdrukking 'or secondarily liable' kan de frase veel breder gelezen worden: het verrichten van een handeling die naar Nederlands recht als *onrechtmatige daad* aangaande het werk te zien is. Denk bijvoorbeeld aan het faciliteren van inbreuk zonder zelf openbaar te maken.<sup>20</sup> Een dergelijke onrechtmatige daad zou dan uitgelegd moeten worden als aanvaardingshandeling van de licentie. Als deze uitleg opgaat, heeft GPL versie 3 hiermee een valkuil van jewelste geschapen voor iedereen die zich bezighoudt met open source.

### Creatieve overeenkomsten verboden

Een van de belangrijkste doelen van deze valkuil was Microsoft dwarszitten.<sup>21</sup> In oktober 2006 sloten Microsoft en Linux-distributeur Novell namelijk een overeenkomst waarbij ze wederzijds beloofden *elkaars klanten* met rust te laten voor wat betreft octrooi-inbreuk door gebruik van Linux door die klanten.<sup>22</sup> Deze klanten kopen bij Microsoft een tegoedbon die hen het recht geeft bij Novell een exemplaar van Linux af te nemen dat dan onder de octrooibeloofte van Microsoft valt. Omdat deze constructie geen octrooilicentie inhield, maar slechts beloften aan elkaars klanten, was zij geen probleem voor GPL versie 2. Novell, een van de grootste Linux-distributeurs, kon dus GPL-software blijven verspreiden.

GPL versie 3 liep meer dan vier maanden vertraging op, omdat de FSF deze constructie onmogelijk wilde maken.<sup>23</sup> Uiteindelijk is er een clause (art. 11, zevende alinea) ingekomen die deze driehoeksovereenkomsten verbiedt, behalve voor bedrijven die ze vóór 28 maart 2007 hebben gesloten. En daarmee is de Microsoft-Novell overeenkomst toch toegestaan. Dit lijkt eigenaardig, maar de FSF hoopt door die overeenkomst in stand te houden Microsoft in de bovengenoemde valkuil te laten lopen en haar zo te binden aan GPL versie 3.<sup>24</sup>

### De valkuil verklaard

De redenering achter deze valkuil verloopt als volgt. Allereerst worden de tegoedbonnen van Microsoft als octrooilicentie aangemerkt (art. 11, vierde alinea). Een verspreider van GPL versie 3 software (in casu Novell) die samenwerkt met de licentiegever, maar niet zorgt dat de octrooilicentie voor de hele wereld geldt, schendt art. 11, vijfde alinea van de GPL. De GPL-licentie vervalt daarmee automatisch (art. 8). Verspreidt Novell de software vervolgens toch, dan pleegt het bedrijf inbreuk op het auteursrecht. De octrooihouder (Microsoft) moedigt de inbreuk aan door willens en wetens een te beperkte octrooilicentie te verstrekken, en profiteert daar

bovendien van door middel van de licentievergoeding. Aanzetten tot en vervolgens profiteren van inbreuk is te zien als onrechtmatige daad aangaande het werk.<sup>25</sup>

Aangezien de GPL het plegen van een dergelijke onrechtmatige daad tot aanvaardingshandeling verklaart, *verklaart de octrooihouder zich door het geven van de octrooilicentie gebonden aan de GPL*, aldus de opstellers. En bijgevolg wordt de verstrekte licentie krachtens art. 11, zesde alinea automatisch opgerekt naar een wereldwijde, gratis licentie aan alle gebruikers van de GPL versie 3 software.

Althans, dat is het plan. Of deze valkuil ook echt werkt, betwijfel ik in hoge mate. Het enkele afgeven van een octrooilicentie voor gebruik van een stuk software kan mijns inziens niet gezien worden als aanvaardingshandeling voor de licentie van datzelfde stuk software. De octrooilicentie heeft immers alleen als doel de licentienemer de software te laten gebruiken. De auteursrechtelijke verhouding tussen deze gebruiker en de maker van de software staat daar verder los van. Dat de octrooilicentie botst met de auteursrechtlicentie doet daaraan niets af.

De redenering is echter niet onmiddellijk van de hand te wijzen. En omdat in de valkuil trappen een octrooihouder duur kan komen te staan, kunnen octrooihouders het zich niet veroorloven om licenties af te geven voor GPL versie 3 software. Dat is jammer, gezien recente ontwikkelingen om nu juist octrooien gratis te delen met open source. Denk aan organisaties zoals Open Invention Network, dat octrooien opkoopt en gratis deelt met Linux-ontwikkelaars en -gebruikers om de adoptie van open source te stimuleren.<sup>26</sup>

### Overige wijzigingen

GPL versie 3 kent nog vele andere veranderingen. Een kleine greep.

- De licentie vervalt, net als versie 2, van rechtswege bij wanprestatie (art. 8). Wel heeft een *first offender* dertig

19 W.H. van Holst & N.K. van Mullem, 'De (on)geldigheid van de GPL', *JAVI* 2004-3, p. 96; Koelman, *a.w.*, 2000, p. 152. Anders: E. Thole & W. Seinen, 'Open source-softwarelicenties: een civielrechtelijke analyse', *Computerrecht* 2004, 34, p. 222. Zie ook M. Boonk et al., 'Een vermogensrechtelijke verkenning van OSS-licentiëring', in: E. Thole, R. Scholten & W. Seinen (red.), *a.w.*, 2006, p. 118-123.

20 Rb. Amsterdam 21 juni 2007, *LJN* BA7810 (*Brein/Leaseweb*) en Rb. 's-Gravenhage 5 januari 2007, *LJN* AZ5678 (*Brein/KPN*). Over deze zaken kritisch R. Chavannes, 'Brein/KPN: het gevaar van een bagatel?', *Mediaforum* 2007-6, p. 174-178.

21 'Our strategy is to use GPL 3 against the deal – we're not going to vary that strategy', aldus Eben Moglen in een interview met *The Register* 20 november 2006, <http://www.theregister.co.uk/>.

22 Jamie Biesemans, 'Microsoft en Novell slaan handen ineen', *ZDNet.nl* 3 november 2006, <http://www.zdnet.nl/> (met link naar de tekst van Microsofts overeenkomst met Novell richting Novell's klanten).

23 'GPLv3 Process – March update', FSF persbericht, 28 maart 2007, <http://gplv3.fsf.org/>.

24 In een persbericht op 5 juli verklaarde Microsoft dat haar octrooilicentie niet zou gelden voor software die onder GPL versie 3 beschikbaar is, <http://www.microsoft.com/>.

25 Vgl. K.J. Koelman, 'MGM vs. Grokster – AKA Auteursrecht vs. Techniek', *Computerrecht* 2005, 39, p. 247-254.

26 OIN is opgericht door IBM, Novell, Philips, Red Hat, en Sony. Meer informatie op <http://www.openinventionnetwork.com/>.

dagen na op de niet-nakoming gewezen te zijn om het verzuim te herstellen.

- Het regime rondom bronvermelding is verscherpt. Een 'appropriate copyright notice', een verwijzing naar de GPL en een exoneratie voor de maker (art. 0, laatste alinea) moeten worden getoond als het werk een interactieve interface kent (art. 5 sub d).
- De beperkingen van garanties en de exoneraties (art. 15 en 16) zijn uitgebreid met een conversiebepaling. Wanneer deze artikelen in strijd zouden blijken met toepasselijk recht, moet de rechter 'apply local law that most closely approximates an absolute waiver of all civil liability in connection with the Program', zo bepaalt art. 17.<sup>27</sup>

Van een rechtskeuze en forumkeuze is afgezien, omdat het gezien het internationale karakter lastig zou zijn om een goede keuze te maken.<sup>28</sup> De keuze aan de gebruiker of distributeur overlaten zou gemakkelijk tot misbruik kunnen leiden.

### Invoering van GPL versie 3

GPL versie 3 is, net als versie 2, beschikbaar als modelovereenkomst en kan dus door iedereen die dat wil van toepassing worden verklaard op zijn software. De licentie van bestaande software kan echter niet zomaar worden gewijzigd van versie 2 naar versie 3. De licentie verstrekt onder GPL versie 2 is in principe voor onbepaalde tijd. Gebruikers die dat niet willen, zijn dus niet verplicht naar GPL versie 3 over te stappen,

maar kunnen de software die zij onder versie 2 hebben verkregen, gewoon blijven gebruiken.

Wel kunnen de auteurs een nieuwe versie van de software uitbrengen die uitsluitend onder GPL versie 3 aangeboden wordt.<sup>29</sup> Gebruikers hebben dan de keus: de nieuwe versie gebruiken en GPL versie 3 aanvaarden, of de oude versie blijven gebruiken en zo bij GPL versie 2 blijven. Dat laatste betekent wel dat zij niet van de uitbreidingen en verbeteringen in de nieuwe versie kunnen profiteren. Omdat de software open source is, kan een gebruiker er wel voor kiezen deze vanaf dat moment zelf te onderhouden of zelfs uit te breiden. Gezien de vele problematische clausules in versie 3 is het dan ook niet denkbeeldig dat belangrijke projecten 'gesplitst' worden, met aparte versies onder GPL 2 en 3. Dit zal de kwaliteit en de samenwerking tussen ontwikkelaars natuurlijk niet ten goede komen.

### Conclusie

Versie 3 van de populairste open source-licentie dringt ontwikkelaars een rigide 'vrije software'-regime op. Dit regime is vooral heel erg 'tegen'. Tegen technische voorzieningen, tegen octrooien en vooral tegen bedrijven die hun hardware beperkt toegankelijk maken. Het gebruik van open source in consumentenapparatuur, waar het nu juist populair is, wordt hiermee ernstig gefrustreerd. De valkuil van de onrechtmatige daad als aanvaardingshandeling zal met name octrooihoudende bedrijven huiverig maken om (nog langer) met open source te werken. En daarmee is GPL versie 3 een slechte ontwikkeling voor open source.

27 Zie ook Thole & Seinen, a.w., 2004, p. 233 en A. Lagemaat & E. de Vilder, 'Aansprakelijkheid en open source software', in: E. Thole, R. Scholten & W. Seinen (red.), a.w., 2006, p. 133-145.

28 Meer over rechtskeuzes, forumkeuze en executieproblemen bij open source in J.P. Sars, B. Sujecki & I. Verheijen, 'OSS vanuit international privaatrechtelijk perspectief', in: E. Thole, R. Scholten & W. Seinen (red.), a.w., 2006, p. 161-181.

29 De FSF heeft al aangekondigd dat zij alle software waarop zij het auteursrecht heeft, van GPL versie 2 naar versie 3 zal overzetten. Of het Linux-besturingssysteem (de *kernel*) naar versie 3 gaat, is nog onduidelijk. Al was het maar vanwege het grote aantal medeauteurs (of, in sommige gevallen, hun erfgenamen) die toestemming zouden moeten geven voor deze licentiewijziging.