

# Rettslige problemstillinger ved åpen programvare

*Torger Kielland*

## Sammendrag

*Tradisjonelt har lisenser til datamaskinprogrammer bare gitt brukerne tillatelse til å bruke programmet ved å kjøre dette på en datamaskin. Denne typen proprietære programvarelisenser bygger med andre ord på en forretningsmodell hvor utvikleren av programmet beholder kontrollen over utviklingen av programmet. Åpne programvarelisenser gir derimot brukerne vide tillatelser til å bruke, bearbeide og tilgjengeliggjøre programmet for allmennheten, både i opprinnelig og endret form.*

*Lisensiering under en åpen programvarelisens innebærer likevel ingen fullstendig oppgivelse av opphavsretten til programmet. Utnyttelse av tillatelsene forutsetter at lisenstaker oppfyller visse vilkår. Dette innebærer at også bruken av åpne programmer må skje innenfor visse rettslige rammer.*

*Avhengig av hvordan et åpent program distribueres vil den åpne lisensen samtidig bare utgjøre en del av et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold mellom lisensgiver og lisenstaker, hvor ikke bare lisenstaker, men også lisensgiver har kontraktsrettslige plikter. Dette kan blant annet innebære et kontraktsrettslig ansvar for innholdet i programmet og et ansvar for vanhjemmel.*

*De rettslige rammebetingelsene for anvendelsen av åpen programvare har potensielt store økonomiske konsekvenser for utviklingen av denne typen programmer. På bakgrunn av at åpne programvarelisenser er et relativt lite drøftet tema i norsk litteratur, ønsker jeg gjennom prosjektet å gjennomføre en helhetlig undersøkelse av de rettslige rammebetingelsene for åpen programvare i norsk rett*



## 1 Aktualitet

Parallelt med fremveksten av Internett, har man de siste tjue årene sett en voldsom fremgang for en tilsynelatende ny type programvarelisenser; der programmer som operativsystemet Linux, nettleseren Mozilla Firefox og det mobile operativsystemet Android er tilgjengelig uten anskaffelseskostnader og tilsynelatende uten begrensninger for brukeren. Denne typen programmer er kjent som Open Source software, fri programvare eller *åpen programvare*.<sup>1</sup>

Datamaskinprogrammer som er resultatet av en original og individuelt preget innsats fra frembringerens er opphavsrettslig vernet som *åndsverk* etter lov 12. mai 1961 nr. 2 om opphavsrett til åndsverk m.v. (åvl.) § 1 andre ledd nr. 12. Etter åvl. § 2 første ledd har opphavsmannen en tidsbegrenset *enerett* til å fremstille eksemplarer av programmet, og til å gjøre det tilgjengelig for allmennheten både i opprinnelig og bearbeidet form. For de fleste praktiske formål vil en økonomisk utnyttelse av opphavsretten til et datamaskinprogram forutsette at opphavsmannen overdrar enerettene til andre for utnyttelse. Åndsverkloven § 39 første ledd slår derfor fast at opphavsmannen «helt eller delvis [kan] overdra sin rett til å råde over åndsverket».

Tradisjonelt har kommersiell utnyttelse av datamaskinprogrammer skjedd gjennom begrensede lisenser, der lisenstaker bare gis tillatelse til å *bruke* programmet. Enerettene til å bearbeide og tilgjengeliggjøre programmet for allmennheten forblir derimot hos produsenten, som på denne måten beholder kontrollen over utviklingen og distribusjonen av programmet. Denne typen tradisjonelle lisenser betegnes gjerne som proprietære programvarelisenser.<sup>2</sup>

Åpne programvarelisenser gir derimot brukerne langt videre tillatelser; ikke bare til å gjøre programmet tilgjengelig for andre, men også til å bearbeide programmet ved å lage sine egne versjoner av dette. For at dette skal være mulig er det i tillegg en forutsetning at lisenstaker gis tilgang til de skrevne instruksjonene som utgjør programmet, i form av programmets *kildekode*. En

---

<sup>1</sup> Se nærmere om disse betegnelsene, Kielland, Copyleft, CompLex 7/2005 s. 28 ff.

<sup>2</sup> Proprietær programvare brukes gjerne som en fellesbetegnelse på programvare som er lisensiert under lisenser som gir lisenstaker snevre eller ingen rettigheter til bearbeide og tilgjengeliggjøre programmet for allmennheten, liten eller ingen tilgang til kildekoden, og som i de fleste tilfeller krever betaling for lisensen, se Kielland, Copyleft, CompLex 7/2005s. 23, note 29.

åpen programvarelisens kan da beskrives som en lisens for datamaskinprogrammer som oppfyller følgende fem kriterier:<sup>3</sup>

1. Lisenstaker må gis tillatelse til å anvende programmet til valgfritt formål og på et ubegrenset antall maskiner.
2. Lisenstaker må gis tillatelse til å fremstille eksemplarer av og tilgjengeliggjøre det lisensierte programmet i opprinnelig form for allmennheten.
3. Lisenstaker må gis tillatelse til å bearbeide og kombinere programmet med annen programvare og til å tilgjengeliggjøre slike modifikasjoner av programmet for allmennheten.
4. Lisenstaker må ikke pålegges å yte vederlag for utøvelse av de handlinger lisensen gir ham tillatelse til.
5. Lisenstaker må få tilgang til det lisensierte programmets kildekode og gis tillatelse til å anvende og bearbeide denne.

Den mest kjente og desidert mest brukte åpne programvarelisensen er GNU General Public License versjon 2 – GPL. Dens utbredelse og generelle betydning har gjort GPL til en modellisens for andre åpne programvarelisenser. Dette gjør ikke bare GPL til en egnet gjenstand for analyse i seg selv, men gjør den også til et godt utgangspunkt for en mer generell drøftelse av åpne programvarelisenser.

Til tross for de vide tillatelsene innebærer lisensiering av et program under en åpen lisens ingen fullstendig oppgivelse av opphavsretten til programmet. Utnyttelsen forutsetter tvert i mot at lisenstaker oppfyller visse *vilkår*. (punkt 2) Avhengig av hvordan et åpent program distribueres vil den åpne lisensen imidlertid også utgjøre en del av et *gjensidig bebyrdende kontraktsforhold* mellom lisensgiver og lisenstaker, hvor ikke bare lisenstaker, men også lisensgiver har kontraktsrettslige plikter. Dette kan for eksempel innebære et kontraktsrettslig ansvar for innholdet i programmet og et ansvar for van-

---

<sup>3</sup> Åpen lisensiering forekommer også i forhold til andre verkstyper enn datamaskinprogrammer, for eksempel tradisjonelle litterære verk, billedverk, musikkverk og filmverk, og går da gjerne under den engelske betegnelsen «Open Content», se bl.a. Välimäki og Hietanen, «Some Legal Issues with Open Content Licensing in Europe» i Niklas Bruun (red.), *Intellectual Property Beyond Rights*, 2005 s. 333 og Hietanen, «Analyzing the Nature of Creative Commons Licenses», NIR 2007 s. 517-535. Den meste kjente ordningen for slik lisensiering er Creative Commons, som har sitt utspring ved universitetet Stanford i California, se <http://creativecommons.org>.

hjemmel. (punkt 3) Åpen programvare har en utpreget internasjonal karakter, der programmer utvikles, gjøres tilgjengelig for allmennheten og brukes i og fra en rekke land. Rettslige spørsmål som knytter seg til åpne programvarelisenser kan derfor ha faktisk tilknytning til flere ulike land. Dette innebærer at det i saker om åpne programvarelisenser i en del tilfeller kan oppstå spørsmål om hva som er riktig *verneting* og *hvilket lands materielle rettsregler* som skal anvendes. (punkt 4)

## 2 Tillatelser og vilkår i åpne programvarelisenser

De enkleste åpne lisensene oppstiller i hovedsak to vilkår: For det første at lisensgiver navngir tidligere bidragsytere til programmet, for det andre at lisensgiver aksepterer og videreformidler en ansvarsfraskrivelse. Denne typen lisenser går ofte, på grunn av sitt utspring ved amerikanske universiteter under betegnelsen *akademiske lisenser*.<sup>4</sup>

Akademiske lisenser gir lisenstaker *tillatelse* til å tilgjengeliggjøre programmet både som kildekode og maskinkode, men pålegger ingen *plikt* til å gi senere mottakere tilsvarende tillatelser og tilgang til kildekoden. Dette innebærer at lisenstaker fritt kan tilgjengeliggjøre modifikasjoner av programmet på andre vilkår og uten at det gis tilgang til kildekoden. Ønsket om at *alle mottakere* av et åpent program skal kunne utnytte dette på åpne vilkår, har derfor gjort at enkelte åpne programvarelisenser også regulerer programmets åpenhet rettslig.<sup>5</sup> Denne typen rettslige reguleringer av programmets åpenhet betegnes gjerne som gjensidighetsvilkår eller *copyleft-klausuler*.<sup>6</sup>

Copyleft kan beskrives som en rettslig konstruksjon der lisenstaker gis tilgang til kildekoden til et datamaskinprogram, og tillatelse til å bruke, bearbeide og tilgjengeliggjøre programmet for allmennheten; men bare *under forutsetning* av at senere mottakere av programmet gis *tilsvarende rettigheter* og *tilsvarende faktiske muligheter* til å utnytte dette.<sup>7</sup> Konkret innebærer dette at tillatelsene forutsetter at lisenstaker 1) videreformidler at programmet er lisensiert

---

<sup>4</sup> Se nærmere, Kielland, Copyleft, CompLex 7/2005 s. 39 f.

<sup>5</sup> Se Stallman, Free Software, free society 2002 s. 89.

<sup>6</sup> Begrepet «copyleft» er et ordspill på copyright som spiller på copyleft-klausulenes funksjon som «reverserer» den opphavsrettslige eneretten fra en forbudsrett til en «allmannsrett». Bruken av et speilvendt ©-symbol og uttrykket «All rights reversed» i stedet for «All rights reserved», spiller på den samme speilvendingen, se Stallman s. 21, Free Software, free society 2002 s. 89.

<sup>7</sup> Se Stallman, Free Software, free society 2002 s. 89: «Copyleft is a general method for making a program or other work free, and requiring all modified and extended versions of the program to be free as well.»

under en åpen lisens; 2) gir senere mottakere lisens til modifikasjoner på tilsvarende lisensvilkår; 3) gir senere mottakere av programmet tilgang til dets kildekode og 4) ikke krever vederlag, hverken for den lisensen som gis etter 2) eller for den tilgang til kildekode som gis etter 3).

Dette reiser spørsmål om hva som utgjør en relevant *modifikasjon* av et lisensiert program. Dette varierer mellom de ulike lisensene. På den ene siden har man lisenser med det kan kalle en *sterk gjensidighetseffekt*. Disse forutsetter at ikke bare endringer av den lisensierte koden lisensieres under den samme lisensen, men også annen kode som fungerer sammen med den lisensierte koden. På den annen side har man lisenser med en mer *moderat gjensidighetseffekt*, som eksplisitt begrenser lisensens gjensidighetsvirkning til visse, mer spesifiserte former for modifikasjoner av programmet. Slike lisenser gjør det lettere for lisenstaker å utnytte det lisensierte programmet i et større program, men samtidig skille ut andre deler av dette som han lisensierer på andre vilkår og med begrenset tilgang til kildekode.<sup>8</sup>

Dersom lisenstaker overtrer vilkårene i lisensen, blir spørsmålet på hvilket grunnlag lisensgiver kan håndheve vilkårsbruddet, og hvilke sanksjoner han i så fall kan gjøre gjeldende. Det mest nærliggende er tilsynelatende en *direkte opphavsrettslig sanksjonering* av overtredelse av vilkårene. Etter åvl. § 39 kan opphavsmannen «helt eller delvis» overdra retten til å utnytte opphavsretten til programmet. Lisensgiver kan da gi tillatelse utelukkende til visse former for utnyttelse, mens utnyttelse på andre måter vil innebære et direkte inngrep i opphavsretten.<sup>9</sup>

Opphavsmannens mulighet til slik direkte sanksjonering, er imidlertid ikke ubegrenset. Det må trekkes en grense mellom *deloverdragelse* av opphavsretten og overdragelse med *forbehold* for en bestemt bruk.<sup>10</sup> Dette innebærer at enkelte vilkår kan danne grunnlag for en opphavsrettslig sanksjonering, mens andre vilkår bare kan anses som rene kontraktsvilkår. Dette kan uttrykkes som en sontring mellom opphavsrettslig og kontraktsrettslig virkende vilkår. Det avgjørende for denne sontringen er hvorvidt vilkåret har en umiddelbar tilknytning til opphavsretten.<sup>11</sup> Et sentralt moment i denne vurderingen vil være

---

<sup>8</sup> Eksempler på slike lisenser er Lesser General Public License (LGPL) og Mozilla Public License (MPL), se nærmere Kielland, Copyleft, CompLex 7/2005 s. 141 ff.

<sup>9</sup> Se Rognstad, Spredning av verkseksemplar 1999 s. 332 ff.

<sup>10</sup> Ibid. s. 333.

<sup>11</sup> De svenske forarbeidene uttrykker dette slik at det må være tale om «[v]ilkår, som ... omedelbart anknytter til förfoganderätten», se SOU 1956:25 s. 276.

om oppdelingen kan sies å ha *selvstendig økonomisk eller markedsmessig verdi*.<sup>12</sup>

Uavhengig av om vilkårene innebærer en opphavsrettslig deloverdragelse som avgrenser mot bruk i strid med vilkårene, vil lisensen uansett anses som en *avtale* som kan få avtalerettslige konsekvenser. Spørsmålet blir da om vilkårene og lisenstakers forpliktelse til å oppfylle disse skal anses som *gjensidige forpliktelser*, eller om tillatelsene skal anses som en *ensidig forpliktelse* hvor vilkårene bare anses som betingelser som må være oppfylt dersom lisensgiver fortsatt skal ha en forpliktelse til å yte etter avtalen.<sup>13</sup> Distinksjonen vil være avgjørende for hvilke sanksjoner lisensgiver kan gjøre gjeldende. Svikt i en betingelse vil bare medføre at tillatelsen til å utnytte programmet faller bort. Anses tillatelsene og vilkårene derimot som gjensidige forpliktelser, vil opphør av lisensen forutsette at denne heves. Samtidig vil lisensgiver etter omstendighetene kunne gjøre gjeldende kontraktsrettslige sanksjoner som erstatning og krav om naturaloppfyllelse.

### 3 Kontraktsrettslige forpliktelser og erstatningsansvar i åpne programvarelisenser

I sin enkleste form kan åpen programvare distribueres ved at programmet gjøres tilgjengelig for gratis nedlasting fra en webside eller en FTP-server. I andre tilfeller kan det åpne programmet derimot inngå som en del av en større program-pakke som en distributør tilbyr sine kunder på et fysisk medium, for nedlasting eller som en del av en programvaretjeneste (SAAS – «software as a service») hvor sluttbruker ikke laster ned programmet, men bruker dette over nett.

Der åpne programmer distribueres gratis for nedlasting kan der stiles spørsmål om den åpne lisensen må anses som et *gaveløfte* som må tolkes innskrenkende i favør av lisensgiver. Dette får blant annet betydning for tolkningen av de *ansvarsfraskrivelser* som ligger i åpne lisenser, se for eksempel GPL punkt 11 og 12. I slike tilfeller gir en ansvarsfraskrivelse tilsynelatende uttrykk for en rimelig risikofordeling i forholdet mellom lisensgiver og lisenstaker: Lisensgiver gir kostnadsfritt tilgang til programmet, men innestår ikke for programmets nærmere egenskaper og eventuelle økonomiske tap lisenstaker pådras som følge av feil og mangler ved dette. Der en åpen programvarelisens inngår som en del av et større avtaleforhold mellom lisensgiver og lisenstaker,

---

<sup>12</sup> Se Rognstad, Spredning av verkseksemplar 1999 s. 336 og i svensk rett, Jan Rosén, Förlagsrätt 1989 s. 141 f.

<sup>13</sup> Se for eksempel Rt. 1920 s. 900.

for eksempel om utvikling av og support til programmet, må ansvarsfraskrivelsene derimot tolkes i sammenheng med resten av avtaleforholdet. Dersom dette rimelig klart gir uttrykk for at lisensgiver har påtatt seg å innstå for visse egenskaper ved programmet, kan det bli aktuelt helt eller delvis tolke bort slike ansvarsfraskrivelser.

Dette reiser blant annet spørsmål om lisensgiver kan holdes ansvarlig for *vanhjemmel* i tilfeller hvor det åpne programmet inneholder kode som andre enn lisensgiver har opphavsrett til. Det kan også bli spørsmål om ansvar for annen skade som oppstår som følge av at det åpne programmet ikke fungerer som forutsatt.

#### 4 Lovvalg og jurisdiksjon

Fremveksten og utviklingen av åpen programvare og åpen programvareutvikling på 90-tallet, ville knapt vært mulig uten den voldsomme utviklingen av Internett i samme periode. Gjennom Internett ble utviklerne av åpne programmer på en helt annen måte enn tidligere satt i stand til å dele sine programmer med andre, og på denne måten utvikle programmer uavhengig av hvor i verden programmerne befant seg. Dette gjør at åpne programmer har en utpreget internasjonal karakter, da det samme programmet kan utvikles, gjøres tilgjengelig for allmennheten og brukes i og fra en rekke land.

Dette innebærer at rettsspørsmål knyttet til utnyttelsen av åpen programvare ha faktisk tilknytning til flere ulike land, og med tilknytning til flere ulike lands materielle rettsregler. Dette reiser for det første spørsmål om hva som er riktig *verneting*. Etter tvisteloven § 4-3 første ledd kan tvister i internasjonale forhold bare anlegges for norske domstoler når saksforholdet «har tilstrekkelig tilknytning til Norge». Dette innebærer at saker med internasjonal tilknytning kan anlegges ved norsk domstol dersom det kan påvises et verneting i Norge, forutsatt at noe annet ikke følger av en konvensjon eller en annen folkerettslig regel.<sup>14</sup> Slike bestemmelser finnes særlig i Luganokonvensjonen, som gjelder som norsk lov, jf. tvisteloven § 4-8.

For det andre reiser åpne programvarelisensers internasjonale tilknytning spørsmål om hvilket lands materielle rett som skal anvendes. Slike *lovvalg* avgjøres ved først å kvalifisere det aktuelle rettsforholdet under et rettsområde. Lovvalsreglene har ulike tilknytningskriterier avhengig av hvilket rettsområde rettsforholdet kvalifiseres under. Disse fastlegges etter å ha kvalifisert rettsfor-

---

<sup>14</sup> Jf. Skoghøy, *Tvisteløsning* 2015 s. 55.



holdet under et slikt område. Målet for prosessen er å finne ett tilknytningskriterium, alternativt flere i kombinasjon, som utpeker én stats materielle rett som skal anvendes for å avgjøre det materielle rettsspørsmålet. Dette innebærer at ulike spørsmål som knytter seg til anvendelsen av åpen programvare, for eksempel opphavsrettslige spørsmål knyttet til lisensen og spørsmål knyttet til lisensen som kontrakt, ikke nødvendigvis skal behandles etter samme lands materielle rett.

## 5 Prosjektets metode

Prosjektets metode vil være rettsdogmatisk, i den forstand at det primært tas sikte på å undersøke innholdet av og virkningene av bruken av åpne programvarelisenser etter gjeldende norsk rett. Rettsdogmatikk forstås her i vid forstand, hvor formålet ikke bare er å trekke slutninger fra eksisterende rettskilde-materialet, men også å bedømme holdbarheten til disse tolkningsresultatene, ved å vurdere om de er koherente i forhold til hverandre og om de harmonerer med de grunnleggende verdiene som immaterialretten i vid forstand bygger på.<sup>15</sup>

Utgangspunktet for drøftelsen av norsk rett vil være åndsverkloven og norske regler om avtaletolkning, kontraktsbrudd og sanksjoner. Opphavsretten til datamaskinprogrammer er dels harmonisert på europeisk nivå, særlig gjennom direktiv 2009/24/EF av 23. april 2009 om rettslig beskyttelse av data-programmer. Kontraktsretten er på sin side mindre harmonisert. Her vil imidlertid utenlandsk praksis, særlig nordisk og tysk praksis kunne fungere som relevante argumentasjonskilder.

## 6 Forskningsstatus

Åpen programvare er internasjonalt sett et relativt omskrevet emne. Dette gjelder ikke minst et stort antall artikler om temaet med et mer rettsøkonomisk tilsnitt. Norsk litteratur er imidlertid i praksis begrenset til mine egne fremstillinger, «Copyleft – en analyse av rekkevidden av gjensidighetsvilkår i åpne programvarelisenser i norsk rett», *CompLex* 5/2007 og «Rettslige problem-

---

<sup>15</sup> Jeg kan her i det vesentlige slutte meg til de synspunkter om et koherensideal som en del av rettsdogmatisk metode som kommer til uttrykk i Askeland i *Festskrift til Bernt* 2013 s. 20. Det skal påpekes at jeg med dette videre perspektivet ikke legger til grunn en annen *norm* for fastleggelsen av gjeldende rett enn den som blant annet anvendes ved domstolene, og som gjerne betegnes som «vanlig juridisk metode», se nærmere om dette Graver i *TfR* 2008. *Rent faktisk* vil likevel en rettsvitenskapelig analyse regelmessig ha et videre perspektiv og være grundigere og mer presis enn annen fastleggelse av gjeldende rett, men dette innebærer ikke at det er en annen norm som legges til grunn for denne fastleggelsen.

stillinger ved åpen programvare i norsk rett», LoR 2007 s. 406-422 og Odd Randgaard Kleivas «Åpen programvare – noen rettslige problemstillinger», CompLex 1/2009.

Heller ikke i Norden for øvrig er litteraturtilfanget særlig stort, men det finnes enkelte artikler. Her kan nevnes Pawlo, «Något om fri programvara och öppen källkod – nya licenstyper för datorprogram», NIR 2002 s. 380-395; Folker, «Open source-licenser i ophavsretlig belysning», NIR 2005 s. 165-192 og Hübner, «From Proprietary Software to Open Source. Legal Challenges with Mixing the Code», NIR 2014 s. 450-479. Det eneste større arbeidet er så vidt kan ses Valimakis «The Rise of Open Source Licensing – A Challenge to the Use of Intellectual Property in the Software Industry». Dette er imidlertid ikke en ren rettsvitenskapelig avhandling, selv om den også drøfter rettslige spørsmål.

Internasjonalt er litteraturtilfanget derimot større. I Europa gjelder dette særlig i Tyskland, hvor det finnes flere større arbeider om temaet. Nevnes her kan Metzger og Jaeger, «Open Source Software», 3. utg. 2011; Koglin, «Open-sourcerecht» 2007 og Spindler, «Rechtsfragen bei Open Source» 2004. Fra USA kan nevnes Meeker, «The Open Source Alternative» 2008; Dixon, «Open Source Software Law» 2004 og Rosen, «Open Source Licensing» 2004. Ut over dette finnes en rekke mindre artikler om ulike enkeltaspekter knyttet til åpne programvarelisenser, og det er hverken faktisk mulig eller formålstjenlig å lage noen oversikt over disse her.

Prosjektet skiller seg fra hoveddelen av disse fremstillingene ved at det favner videre, i det tar sikte på ikke bare å behandle åpne programvarelisenser som et sett av vilkår for utnyttelse av opphavsrett, men også som en gjensidig kontraktsrettslig forpliktelse mellom lisensgiver og lisenstaker. Det tas sikte på å behandle disse spørsmålene i en monografi, men det vil også bli vurdert om enkelte problemstillinger kan behandles i form av artikler.