

dr. Matija Damjan

Odprta vsebina

Pravice in dolžnosti
uporabnikov

Izdajo knjige je sofinancirala Javna agencija za knjigo Republike Slovenije.

Knjiga je na voljo pod pogoji licence Creative Commons priznanje – avtorstva, brez predelav, nekomercialno 2.5 Slovenija (CC by-nd-nc).



CIP – Kataložni zapis o publikaciji
Narodna in univerzitetna knjižnica, Ljubljana

347.78:004.42

DAMJAN, Matija

Odprta vsebina : pravice in dolžnosti uporabnikov / Matija
Damjan. – 1. natis. – Ljubljana : GV Založba : Inštitut za
primerjalno pravo, 2011

ISBN 978-961-247-201-6 (GV založba)

259330304

dr. Matija Damjan

Odprta vsebina

Pravice in dolžnosti uporabnikov



Založba

Ljubljana 2011

Kazalo

1. Uvod	11
1.1. Odprta vsebina v moderni dobi	11
1.2. Predmet in zasnova knjige	14
2. Prosto računalniško programje	17
2.1. Uvod	17
2.2. Temeljni tehnični pojmi	17
2.3. Pravno varstvo računalniškega programja	19
2.3.1. Poslovna skrivnost	20
2.3.2. Avtorskopravno varstvo	22
2.3.3. Patentno varstvo programov	25
2.3.4. Znamka	29
2.4. Licenčna pogodba za končnega uporabnika (EULA)	30
2.4.1. Način sklepanja	30
2.4.2. Razlogi za uporabo	32
2.4.3. Tipična vsebina pogodbe	34
2.4.4. Učinek	36
2.5. Kritika pravnega varstva in nastanek alternativnih rešitev	37
2.5.1. Stallmanova ideološka kritika	37
2.5.2. Gibanje za prosto programje	40
2.5.3. Začetek razvoja prostega programja v praksi	42
2.5.4. Raymondova funkcionalistična analiza	43
2.5.5. Gibanje za odprto programje	45
2.5.6. Terminološka dilema	48
2.5.7. Kategorije prostega in lastniškega programja	49
2.6. Primeri prostih licenc za računalniško programje	51

2.6.1.	<i>Preproste permisivne licence</i>	51
2.6.2.	<i>Recipročne (copyleft) licence</i>	55
2.6.3.	<i>Utemeljitev copylefta</i>	63
3.	Druge kategorije odprte vsebine	65
3.1.	<i>Širitev digitalnega in odziv prava</i>	65
3.2.	<i>Širitev kritike avtorskega prava</i>	67
3.2.1.	<i>Metafora o lastnini</i>	68
3.2.2.	<i>Prilagajanje prava tehnologiji</i>	70
3.2.3.	<i>Pravila za profesionalce</i>	72
3.2.4.	<i>Omejevanje tradicionalnih pravic uporabnikov</i>	74
3.2.5.	<i>Pomen uporabe obstoječega znanja</i>	74
3.3.	<i>Gibanje za odprto vsebino</i>	78
3.3.1.	<i>Osnovna zamisel</i>	78
3.3.2.	<i>Prosto licenciranje programske dokumentacije</i>	79
3.3.3.	<i>Splošna opredelitev odprte vsebine</i>	80
3.3.4.	<i>Terminološka nedorečenost</i>	82
3.4.	<i>Primeri prostih licenc za odprto vsebino</i>	83
3.4.1.	<i>Licence za programsko dokumentacijo</i>	84
3.4.2.	<i>Prve splošne licence za odprto vsebino</i>	87
3.4.3.	<i>Licence Creative Commons</i>	91
3.4.4.	<i>Druge licence za odprto vsebino</i>	95
3.5.	<i>Primer Wikipedija – prosta spletna enciklopedija</i>	96
3.5.1.	<i>Prispevanje k Wikipediji</i>	97
3.5.2.	<i>Uporaba gradiva z Wikipedije</i>	99
4.	Temeljno o pravni naravi licence	101
4.1.	<i>Licenca kot splošni pravni instrument</i>	101
4.1.1.	<i>Pravna kvalifikacija in predmet licenčne pogodbe</i>	101
4.1.2.	<i>Ločevanje med licenčno pogodbo in licenco</i>	103
4.1.3.	<i>Pozitivna ali negativna narava</i>	107
4.1.4.	<i>Zavezovalna ali razpolagalna narava</i>	113
4.1.5.	<i>Prenos ugotovitev na področje prostih licenc</i>	126
4.2.	<i>Pridobitev primerka dela in podelitev licence</i>	127
4.2.1.	<i>Splošno</i>	127
4.2.2.	<i>Prenos računalniškega programja</i>	128
4.2.3.	<i>Ugotovitev</i>	131

4.3.	Licenčna pogodba ali enostranska licenca?	131
4.3.1.	Enostranska licenca v ameriškem pravu	132
4.3.2.	GPL kot licenčna pogodba v nemškem pravu	134
4.3.3.	Slabosti pogodbene konstrukcije.....	137
4.3.4.	Poskus nepogodbene konstrukcije v slovenskem pravu	142
4.3.5.	Primerjava pogodbenega in nepogodbenega modela.....	149
4.3.6.	Sklepno o podelitvi prostih licenc.....	151
5.	Značilne določbe prostih licenc	153
5.1.	Stranki posla	153
5.1.1.	Dajalec licence	153
5.1.2.	Identifikacija dajalca licence.....	162
5.1.3.	Pridobitelj licence.....	165
5.2.	Pravni mehanizem licenciranja	166
5.2.1.	Način uporabe licenčne predloge	166
5.2.2.	Podelitev licence	168
5.2.3.	Prenos licence na nove pridobitelje	169
5.3.	Podeljene materialne avtorske pravice	172
5.3.1.	Uporaba	173
5.3.2.	Razmnoževanje	175
5.3.3.	Spreminjanje	176
5.3.4.	Redistribucija in javna priobčitev dela	178
5.3.5.	Nova opredelitev pravic v GPL	182
5.3.6.	Neznane oblike uporabe dela	184
5.4.	Nastanek obveznosti pridobitelja licence	187
5.5.	Copyleft.....	190
5.5.1.	Koncept	190
5.5.2.	Terminologija	191
5.5.3.	Delovanje	192
5.5.4.	Doseg določbe copyleft	193
5.5.5.	Obveznosti iz copylefta	199
5.5.6.	Škodljivi virusni učinek?	201
5.6.	Razkritje izvirne oblike dela	203
5.6.1.	Pomen razkritja	203
5.6.2.	Opredelitev in obseg izvirne oblike	205
5.6.3.	Način razkritja	207
5.6.4.	Prepoved »tivoizacije«	210

5.7.	Tehnološki ukrepi za zaščito varovane vsebine	210
5.7.1.	<i>Razmerje med tehnološkimi ukrepi in odprto vsebino</i>	210
5.7.2.	<i>Odziv licenc na tehnološke ukrepe</i>	213
5.8.	Neodplačnost in nekomercialnost	216
5.8.1.	<i>Neodplačnost licence</i>	216
5.8.2.	<i>Plačilo za druge storitve</i>	217
5.8.3.	<i>Določba o nekomercialni rabi</i>	218
5.8.4.	<i>Omejitev plačila za dobavo izvirne oblike</i>	220
5.9.	Medsebojna združljivost licenc in večkratno licenciranje	221
5.9.1.	<i>(Ne)združljivost prostih licenc</i>	221
5.9.2.	<i>Večkratno licenciranje</i>	223
5.10.	Izključitev odgovornosti zaradi napak	225
5.10.1.	<i>Izključitvene določbe licenc</i>	225
5.10.2.	<i>Predmet jamstva – vrste napak</i>	227
5.10.3.	<i>Dopustnost izključitve odgovornosti</i>	228
5.10.4.	<i>Različni položaji, v katerih lahko pride do odgovornosti</i>	237
5.10.5.	<i>Sklepno o izključitvi odgovornosti</i>	239
5.11.	Prehod med verzijami licence	240
5.12.	Prenehanje proste licence	244
5.12.1.	<i>Potek časa in preklic</i>	244
5.12.2.	<i>Prekinitev licence zaradi kršitev</i>	247
5.12.3.	<i>Nemožnost izpolnjevanja licence</i>	249
6.	Drugi avtorskopravni vidiki prostih licenc	251
6.1.	Kdaj se uporablja slovensko pravo	251
6.1.1.	<i>Avtorski statut</i>	251
6.1.2.	<i>Mešani statut</i>	253
6.1.3.	<i>Mednarodna pristojnost</i>	256
6.2.	Moralne pravice in druge pravice avtorja	256
6.2.1.	<i>Moralne pravice</i>	257
6.2.2.	<i>Druge pravice avtorja</i>	262
6.3.	Vsebinske omejitve avtorske pravice	265
6.3.1.	<i>Zakonite licence</i>	266
6.3.2.	<i>Prosta uporaba</i>	267
6.4.	Izčrpanje pravice distribuiranja	268
6.5.	Kolektivno upravljanje pravic in proste licence	271

7. Pravice industrijske lastnine	275
7.1. Kritika patentnega varstva programov	275
7.1.1. Monopoliziranje ideje	275
7.1.2. Neprimerno podeljeni patenti	276
7.1.3. Pravne možnosti prizadetih	278
7.1.4. Nevarnost za majhne, prednost za velike	279
7.1.5. Neopravljanje informacijske vloge	280
7.1.6. Patentna grožnja prostemu programju	281
7.2. Določbe o patentih v licencah prostega programja	282
7.2.1. Omejitve distribucije	283
7.2.2. Podelitev patentnih pravic na programju	285
7.2.3. Patentna retaliacija	291
7.3. Patentna skupnost	293
7.4. Patentna odprta vsebina na drugih področjih	296
7.5. Posebnosti prostega licenciranja patentov na splošno	299
7.5.1. Podelitev licence	299
7.5.2. Recipročnost	301
7.5.3. Druga patentna vprašanja	304
7.6. Druge pravice intelektualne lastnine	307
7.6.1. Znamka	308
7.6.2. Model	309
7.6.3. Poslovna skrivnost	309
7.6.4. Geografska označba	310
8. Uveljavljanje prostih licenc proti kršiteljem	311
8.1. Kršitve prostih licenc	311
8.2. Neformalno uveljavljanje	312
8.2.1. Upoštevanje licenc v skupnosti	312
8.2.2. Uveljavljanje nasproti tretjim	313
8.3. Sodno uveljavljanje	314
8.3.1. Aktivna legitimacija	314
8.3.2. Možne sankcije	316
8.4. Koncentriranje pravic na prostem programju	318
8.4.1. Težave zaradi razpršenosti ustvarjalcev	318
8.4.2. Prenos pravic na nosilca projekta	320

9. Širše posledice prostega licenciranja	325
9.1. Nastanek pravnega režima odprte vsebine	325
9.2. Vpliv na ustvarjanje in uporabo intelektualnih dosežkov	328
9.3. Odziv pozitivnega prava	331
9.3.1. Ohranitev obstoječih pravil	331
9.3.2. Reforma zakonodaje	332
9.3.3. Vloga prostih licenc pri preoblikovanju prava	334
10. Literatura in viri	339
10.1. Literatura	339
10.2. Pravni viri	348
10.2.1. Slovenska zakonodaja	348
10.2.2. Zakonodaja Evropske unije	349
10.2.3. Mednarodne konvencije	350
10.2.4. Tuja zakonodaja	350

1. Uvod

1.1. Odprta vsebina v moderni dobi

Odprto vsebino v širšem pomenu sestavljajo vse tiste nematerialne dobrine, zlasti stvaritve človekovega uma, ki jih sme vsakdo uporabljati na poljuben način, ne da bi za to potreboval posebno dovoljenje ustvarjalca ali kogarkoli drugega. V to kategorijo lahko spadajo besedila, slike, glasba, videoposnetki, računalniški programi, zbirke podatkov, znaki, tehnične rešitve in postopki ter druge vrste intelektualnih dosežkov, ki jih je mogoče zapisati in ponovno uporabiti. Prosti so tako »kulturna potrošnja« (na primer branje besedil, poslušanje glasbe) kot poustvarjanje, nadgradnja, predelava in gospodarsko izkoriščanje odprte vsebine. Uporaba teh dosežkov pa je prosta, ker pravno sploh niso varovani (tako imenovana javna domena) ali ker se je nosilec pravic odrekel omejevanju uporabe dela.

Odprta vsebina ni pojav modernega časa. Prav nasprotno: do prvih zametkov prava intelektualne lastnine v 15. stoletju je bilo celotno človeško znanje in ustvarjanje pravno nevarovano in kot tako del javne domene. V obdobju zgodnjega kapitalizma pa so vladarji spoznali komercialno vrednost dosežkov duhovnega ustvarjanja in začeli podeljevati izključne pravice (patente, monopole, tiskarske privilegije) na intelektualnih stvaritvah, da bi nagradili in spodbudili njihovo ustvarjanje ter širjenje. Ni mogoče reči, da ta pristop ni bil uspešen. Gospodarski, kulturni in tehnološki razvoj od tedaj je očiten in vzporedno z njim se je razvijalo in širilo tudi pravo intelektualne lastnine, tako da je pravno varstvo zajemalo vse več oblik intelektualnih dosežkov in predvsem nove tehnične načine njihove distribucije in uporabe (pri glasbi na primer gramofonske plošče, radio, televizija, internet). Vrste in obseg izključnih pravic so se tako širili, imetnikov pravic je bilo vse več. Tako se je pravo prilagajalo gospodarskim potrebam, a hkrati ožilo obseg javne domene. Na novo ustvarjena odprta vsebina, katere uporaba je prosta, je postala izjema in ne pravilo.

Prvi pogoj sleherne uporabe duhovnih del je njihova dostopnost uporabnikom. Pravila intelektualne lastnine so namenjena tudi spodbujanju objavljanih novih intelektualnih dosežkov in zagotavljanju njihove dostopnosti širši javnosti: avtorska pravica se je prvotno pridobila šele z natisom knjige, pogoj za pridobitev patenta je še vedno javna objava izuma v obliki patentne prijave. Predvsem pa so izključne pravice razmnoževanja in distribucije primerkov avtorskih del omogočila, da tudi širjenje kulturnih dosežkov postane donosen posel (na primer založništvo). Podeljevanje začasnih monopolov nad uporabo intelektualnih dosežkov je zato v javnem interesu, saj je za družbo kot celoto splošna dostopnost znanja pomembnejša od stroškov zaradi začasnih omejitev njegovega gospodarskega izkoriščanja. To ravnotežje interesov pa je zamajala široka uveljavitev tehnologij informacijske družbe, ki so odpravile dotedanje tehnične ovire za širitev znanja. Pri vseh intelektualnih dosežkih, ki jih je mogoče zapisati kot informacijo v elektronski obliki, se je mejni strošek izdelave kopije in njene distribucije približal ničli, razmnoževanje in razširjanje tako zapisanih informacij pa je postalo dostopno tudi posameznikom. Ubikviteta interneta danes uporabnikom omogoča dostop do obsega informacij, znanja in kulture, kakršen je bil še poldrugo desetletje nazaj nepredstavljen. S tega vidika monopol avtorjev in založnikov nad razmnoževanjem in razširjanjem intelektualnih stvaritev ni več samoumeven. Dosedanje izkušnje z internetom namreč kažejo, da se avtorska dela na internetu dejansko širijo tudi brez profesionalnih posrednikov in ne glede na to, ali in kako so pravno varovana.

Veljavna pravna ureditev še ni našla ustreznega odgovora na ta tehnološki preobrat in še vedno izhaja iz pričakovanja, da bo za širjenje avtorskih del poskrbelo omejeno število poslovnih subjektov, ki bodo od avtorjev pridobili izključne pravice za distribucijo oziroma dajanje del na voljo javnosti. Večina prilagoditev prava tehnološkim spremembam je bila tako usmerjena v dodatno zaščito tradicionalnih načinov širjenja del (na primer s pravnim varstvom tehnoloških ukrepov zaščite avtorskih del), ne pa v izkoriščanje vseh zmožnosti novih tehnologij. Zaradi tega so vsakdanja ravnanja, kot je kopiranje datotek na računalniku ali njihovo pošiljanje po elektronski pošti, pogosto v nasprotju s pravili avtorskega prava. Kršitev avtorske pravice, ki bi včasih zahtevala manjši podjem, lahko zagrešimo že s klikom z miško. Delovanje priljubljenih omrežij *peer-to-peer* (P2P) za vzajemno izmenjavo datotek pa je skorajda nemogoče uskladiti s pravili veljavnega prava, čeprav po tehnološki plati nedvomno pomenijo enega najučinkovitejših načinov za širitev kulturnih dosežkov in drugih informacij. To neskladje med normativnim in dejanskim spodbuja razmišljanja o legitimnosti take pravne ureditve, kar se kaže na primer v rasti tako imenovanih piratskih strank v različnih državah, ki si prizadevajo zlasti za legalizacijo

izmenjave podatkov prek omrežij P2P.¹ Navedene ugotovitve najočitneje veljajo za avtorsko pravo, vendar podobni konflikti nastajajo tudi na področju patentnega prava, zlasti glede patentiranih računalniško izvedenih izumov.

Najbrž je preveč poenostavljeno razmišljanje, da bi bilo mogoče navedene konflikte med sodobno tehnologijo in pravom odpraviti kar z odpravo pravic intelektualne lastnine ali vsaj materialnih avtorskih pravic. Internet namreč (še?) ni nadomestil vseh dosedanjih modelov distribucije znanja, pa tudi produkcija nekaterih kulturnih dobrin (na primer filmov) je povezana s precejšnjimi stroški in večinoma temelji na ustvarjanju prihodka s trženjem izključnih pravic na ustvarjenih delih. Toda zakonodajalec ne bi smel več spregledovati, da tradicionalni modeli ustvarjanja in širjenja znanja niso več edini obstoječi ali mogoči.

Kot odziv na opisano nasprotje med pravno ureditvijo in tehnološko resničnostjo informacijske dobe je nastala zamisel, da je mogoče odprto vsebino ustvariti tudi »umetno«, z uporabo pravnega instrumenta licence, in sicer tako, da imetnik izključnih pravic na nekem delu enostransko podeli široko dovoljenje za uporabo tega dela vsakomur, ki mu primerek dela lahko pride v roke – torej vnaprej nedoločenemu številu oseb. S tako prosto licenco se torej deloma ali v celoti poustvari pogoji pravne nevarovanosti dela in s tem odpravijo pravne ovire za njegovo uporabo in širjenje v digitalnem informacijsko povezanem okolju. Režim izkoriščanja prosto licenciranih del je torej podoben, kot bi bila v javni domeni, čeprav je njihov pravni status drugačen. Med prvimi primeri s prostimi licencami ustvarjene odprte vsebine je prosto oziroma odprtododno računalniško programje (*free software, open source software*), po njegovem zgledu pa se je tako licenciranje postopoma širilo tudi na druge kategorije avtorskih del in intelektualnih stvaritev na splošno – v grobem vzporedno z njihovo digitalizacijo. Vsem oblikam odprte vsebine pa ostaja skupna sorodna licenčna podlaga, četudi je v podrobnostih prilagojena posebnostim predmeta licence.

Uporaba prostih licenc za ustvarjanje odprte vsebine se je začela med amaterskimi zanesenjaki, ki so bili prepričani, da intelektualna lastnina za ustvarjanje ni potrebna, temveč kvečjemu škodljiva. Njihova razlaga ustvarjalnega procesa in motivacije za ustvarjanje je navzkriž s prevladujočo paradigmo prava intelektualne lastnine, po kateri ustvarjalec pričakuje »lastnino« na svoji stvaritvi. Še pred nekaj leti je ideja prostega licenciranja odprte vsebine pri večini pravnikov zbudila le začudenje: seveda je pravno izvedljivo, vendar le zakaj bi to kdo hotel storiti? Danes je ideja že precej manj kontroverzna. Uspešni projekti prostega programja, kot so na primer operacijski sistem GNU Linux, na njegovem jedru temelječi

¹ Glej Klun, *Pirati ...*, str. 16.

mobilni operacijski sistem Android, strežniško programje Apache, paket pisarniških programov OpenOffice/LibreOffice ali internetni brskalnik Mozilla Firefox, dokazujejo, da so mogoči in poslovno uspešni tudi alternativni modeli izkoriščanja pravic intelektualne lastnine. Odmevnost projekta Creative Commons in spletne enciklopedije Wikipedija kot najobsežnejše in najbolj priljubljene enciklopedija na svetu pa sta zadosten dokaz, da primernost prostega licenciranja ni omejena samo na računalniške programe. Uporaba prostih licenc je aktualna tudi v okviru prizadevanj mnogih univerz za odprt dostop do znanstvenih objav (*open access*).

Kar se je začelo kot zanesenjaški projekt posameznikov, ima danes trdne poslovne podlage, ki jih podpirajo tudi nekatere največje korporacije (Google, IBM, Oracle). Proste licence, ki tvorijo pravno podlago odprte vsebine, v celoti temeljijo na veljavnih pravilih prava intelektualne lastnine, čeprav izhajajo iz nekoliko drugačnih ekonomskih predpostavk kot zakonodaja in so za klasičnega pravnika vsaj na prvi pogled pogosto kontraintuitivne. Ravno zato si proste licence kot pravni temelj odprte vsebine zaslužijo podrobnejšo pravno analizo.

1.2. Predmet in zasnova knjige

Tema te knjige so pravni vidiki tiste odprte vsebine, ki je varovana z izključnimi pravicami intelektualne lastnine, a so jo njeni ustvarjalci zaradi lastnega prepričanja o pomenu svobode z licenco odprli in dali vsakomur na razpolago. V delu analiziram prosto licenco kot pravni posel, ki v veljavnem pravnem sistemu uveljavlja odprto uporabo ustvarjalnih del in jo širi prek meja javne domene. Namen knjige je preučiti veljavnost in značilnosti prostih licenc z uporabo klasičnega kategorialnega aparata civilnega prava in prava intelektualne lastnine ter prikazati pravice in obveznosti, ki iz licenc izhajajo za uporabnike/ustvarjalce odprte vsebine.²

Namen dela ni razpravljati o vélikih pravnofilozofskih temah utemeljenosti pravic intelektualne lastnine, podajati ideološke razlage za odprto vsebino ali proti njej ali podrobneje predstavljati razvoj gibanja za odprto programje ali odprto vsebino. Vseeno pa se tej tematiki ni mogoče popolnoma izogniti. Proste licence, ki omogočajo nastanek odprte vsebine, imajo namreč drugačno idejno izhodišče kakor prevladujoča miselna podstat prava intelektualne lastnine, saj so jih sestavili njeni kritiki, ki menijo, da je individualno ustvarjalnost, širitev znanja in umetnosti ter tehnološki razvoj mogoče učinkoviteje in pravičnejše spodbuditi z odpravo vseh monopolov nad intelektualnimi stvaritvami in njihovo takojšnjo dostopnostjo, zato

² Odprta vsebina presega klasično dihotomijo med ustvarjalci in (končnimi) uporabniki, saj je delo vsakomur odprto za predelavo in nadaljnje (po)ustvarjanje.

da jih vsakdo lahko uporablja, razvija in posreduje drugim. Licenčne določbe te cilje operacionalizirajo. Brez njihove omembe je težko pojasniti, zakaj se nekdo z licenco enostransko odreče uveljavljanju izključnih pravic na svojem ustvarjalnem delu, ta namen pa je del kavze posla. Prikazati je treba, zakaj je prosto licenciranje postalo aktualno prav zdaj, četudi je bilo teoretično pravno izvedljivo vsaj že pred sto leti. Idejno ozadje pa je pomembno tudi pri preučitvi posledic uporabe prostih licenc, zlasti za oceno, koliko te res dosegajo zastavljene cilje.

Prvi poglavji opisujeta pravno »zapiranje« vsebin z izključnimi pravicami kot razlog za nastanek in uporabo prostih licenc ter skušata opredeliti cilj, ki mu te licence sledijo. Najprej so primeroma predstavljene težave, ki jih povzroča preveč omejujoč režim avtorskega oziroma patentnega prava pri ustvarjanju in uporabi računalniških programov, pri katerih se je prosto licenciranje začelo in se tudi najbolj uveljavilo. V nadaljevanju se prikaz razlogov za uporabo prostih licenc širi na druga področja intelektualnega ustvarjanja. Za obe glavni skupini odprte vsebine predstavljam nekatere najbolj uveljavljene proste licence, jih skušam razvrstiti in iz njih izluščiti značilne skupne elemente. V osrednjem delu knjige so preučeni pravna narava proste licence kot splošnega pravnega instrumenta, način njene podelitve, pogoji za veljavnost in temeljni pravni učinki. Nato so podrobneje analizirane posamezne značilne določbe prostih licenc, način njihovega učinkovanja in njihove pravne posledice, posebej z vidika avtorskega prava in prava industrijske lastnine. Prikazane so tudi nekatere posebnosti sodnega ali drugačnega pravnega uveljavljanja prostih licenc proti njihovim kršiteljem. Sklepni del knjige pa se sprašuje o bodočih posledicah širše uveljavitve prostega licenciranja, zlasti o morebitnem vplivu na pozitivno pravo intelektualne lastnine. Proste licence namreč uveljavljajo temeljno drugačna pravila od klasičnih, ki se vsaj pri licencah z določbo *copyright* tudi trajno ohranjajo.

Veljavnost in učinki licenčnih določb so v knjigi presojeni na podlagi slovenskega prava, vključujoč, kolikor je treba, relevantno pravo Evropske unije in mednarodne konvencije, ki zavezujejo Republiko Slovenijo, saj bi širša primerjalnopravna analiza presegla zadani obseg tega dela. V primeru nejasnosti in vprašanj v slovenski zakonodaji pa sem rešitve po potrebi iskal tudi v stališčih pravne teorije in sodne prakse tujih pravnih redov, ki so se o teh temah že opredelili.

2. Prosto računalniško programje

2.1. Uvod

Računalniški program je bila zgodovinsko prva oblika intelektualnega dosežka, ki se pojavlja oziroma uporablja izključno v elektronski digitalni obliki – torej kot čista informacija z vsemi možnostmi hipnega zapisa, razmnožitve in posredovanja v elektronski obliki. Zaradi težavne umestitve računalniških programov v sistem intelektualne lastnine se je razvilo večplastno pravno varstvo, v katerem je isti program hkrati varovan z več tipi izključnih pravic.¹ Ob tej kompleksnosti pravil pa je tudi postalo očitno, da pravno varstvo pogosto ne pomeni spodbude, ampak predvsem oviro za učinkovit razvoj računalniških programov. To nelagodno sožitje prava z računalniškim programjem² je izzvalo prvotni protest nekaterih programerjev proti pravnemu omejevanju uporabe programja in predstavitev alternative, tj. prostega programja, temelječega na prostih licencah. Računalniško programje je tisto področje pravnega urejanja, na katerem so se proste licence najprej uveljavile in se še vedno najpogosteje in najuspešneje uporabljajo. Ker je programje izrazito kompleksen predmet pravnega varstva, prosto programje tvori gonilo razvoja odprte vsebine, ob katerem se lomijo kopja zagovornikov in nasprotnikov ter postavljajo vedno nova aktualna vprašanja.

2.2. Temeljni tehnični pojmi

Najprej nekaj terminoloških pojasnil. Pojma računalniški program in programje nista sopomenki. *Računalniški program* je skupek navodil oziroma ukazov,

¹ Glej 117. člen ZASP, ki poleg avtorskoprnega varstva izrecno dopušča pravno varstvo računalniških programov tudi po drugih pravnih vejah, kot so na primer predpisi o patentu, blagovni znamki, varstvu konkurence, poslovni tajnosti, varstvu polprevodnikov in pogodbenih obveznostih.

² Prim. Grbovič, str. 502.

ki so udejanjena tako, da lahko računalnik na njihovi podlagi izvaja operacije, ki so potrebne za opravo določene naloge. Bistvo računalniškega programa je programski algoritem kot matematično logično organizacijsko pravilo, s katerim se v dokončnem številu opredeljenih napotkov rešuje omenjena naloga.³ Program hkrati usmerja delovanje strojne opreme in ga opisuje drugim programerjem. *Programje* ali *programska oprema* (angl. *software*)⁴ je pomensko širši pojem in poleg računalniškega programa zajema še z njim združeno ali priloženo dodatno gradivo v elektronski obliki, ki se uporablja za njegovo razumevanje in uporabo, zlasti programsko dokumentacijo (opis programa, seznam nalog) in uporabniško dokumentacijo (navodila za uporabnike, sisteme za zaslonsko pomoč).⁵ Razlikovanje med programom in programjem je pomembno, saj za nekatere dele slednjega (na primer uporabniško dokumentacijo) veljajo splošne določbe avtorskega prava, ne pa posebna pravila, ki urejajo računalniške programe.⁶ Programje na splošno razvrščamo v dve skupini: namenske programe (*application*), namenjene določeni vrsti opravil (na primer urejevalniki besedil, spletni brskalniki, programi za elektronsko pošto) in sistemsko programje (*system software*), ki navadno obsega operacijski sistem za izvajanje drugih sistemskih in namenskih programov, uporabniški vmesnik z orodji za vzdrževanje datotek in upravljanje operacijskega sistema in včasih orodja za programiranje na nizki ravni.⁷

K programju spadajo tako izvirno besedilo programa kot izvršljive datoteke s strojnim besedilom programa. *Izvorna koda* ali *izvorno besedilo* je oblika programa, kot jo napiše programer v enem od višjenivojskih programskih jezikov, na primer Pascal, C++, Perl, Python ali Java, ki ga še ni mogoče strojno poganjati. *Strojna koda* oziroma *strojno besedilo* programa pa je sestavljena iz zaporedij izvršljivih strojnih ukazov za mikroprocesor, ki jih računalnik lahko neposredno izvaja (govor

³ Buckman/Gay v: Stallman, str. 3–4; Puharič, *Pravno varstvo ...*, str. 1026; Leksikon računalništva in informatike, str. 454.

⁴ Izraz *software* je originalno označeval tiste dele računalniškega sistema, ki jih je bilo v nasprotju s fiksno grajeno sistemsko elektroniko v strojni opremi mogoče spreminjati. Najprej se je tako nanašal na konfiguracijo kablov in stikal na priključni plošči elektronske naprave, pozneje pa šele na lingvistična sredstva usmerjanja računalniškega delovanja. Moglen, *Anarchism ...*, str. 1.

⁵ Puharič, *Pravno varstvo ...*, str. 1025; Leksikon računalništva in informatike, str. 457–458. Nekateri štejejo med programje tudi priročnike v fizični obliki, torej natisnjene knjige, in ne le uporabniške pomoči v obliki datotek (glej na primer Thomann/Rauber, str. 11). Sam menim, da tako širok pojem ni smisel, saj so to povsem navadna knjižna dela, jasno ločena od programja, medtem ko sodobno programje uporabnikom večino navodil zagotavlja v datotekah, ki zagotavljajo zaslonsko pomoč, ter prek spletnih servisov.

⁶ Trampuž, *Predmet ...*, str. 1018.

⁷ Leksikon računalništva in informatike, str. 228.

je tudi o *objektni kodi*, *binarni* in *izvršljivi obliki* programa). Da bi računalnik lahko izvajal program, je tega treba pretvoriti v strojni jezik. Navadno se izvorna koda s posebnim programom, imenovanim prevajalnik (*compiler*), prevede v nižjenivojski jezik, imenovan *zbirni jezik* (*assembly language*). Z drugim orodjem, imenovanim *zbirnik* (*assembler*), pa se zbirna koda razbije v končno fazo – najnižji nivo *strojnega jezika* (*machine language*), ki ga računalnik razume neposredno.⁸ Na splošno dobijo kupci komercialnega programja samo izvršljive datoteke, ne pa datotek z izvirnim besedilom programa, v katerih bi lahko videli, kako je programje napisano.⁹ Naloga izvirne kode ni samo posredovanje ukazov računalniku, temveč tudi komunikacija s programerji. Večina informacij, vsebovanih v izvorni kodi programa, je vsaj z vidika prevajalnika le komentar, tj. nefunkcionalno gradivo, namenjeno drugim programerjem, ki bi želeli odpraviti napako ali izboljšati delovanje programja. V večini programskih jezikov je razlaga ljudem, kaj program počne, precej bolj obsežna kot ukazi računalniku, kako naj nalogo izpolni.¹⁰

To poglavje obravnava programje kot celoto, z vsemi njegovimi sestavinami, saj je največkrat celotno programje (ali vsaj njegov sklop) predmet iste licence. Programje je specifična vrsta intelektualne stvaritve, ki se razlikuje od tipičnih predmetov varstva intelektualne lastnine. Ker krmili strojno opremo, je funkcionalne narave, kar je sicer odlika tehničnih izumov in pomeni, da je mogoče njegovo funkcionalnosti izboljševati. Po drugi strani pa sestavlja programje le golo besedilo, ki neposredno ne opravlja nobene naloge – v čemer je podobno literarnim delom. Zaradi tega se programje ne prilega najbolje nobeni kategoriji pravic intelektualne lastnine, temveč so zanj vedno potrebne posebne rešitve.

2.3. Pravno varstvo računalniškega programja

Iz razvojnosti pravnega varstva računalniškega programja so razvidne pravne in praktične težave, ki so se pojavljale pri apliciranju tradicionalnih pravnih pravil na novo obliko intelektualnega dela. Prvi elektronski računalniki, ki jih je bilo mogoče programirati, so se pojavili v 40. letih 20. stoletja in se od tedaj stalno razvijali in širili. Programje je bilo najprej pravno nevarovano. Gomulkiewicz pravi, da je

⁸ Nekatere vrste programske kode niso kompilirane, zato sta izvorna in izvršljiva oblika identični. To velja na primer za označevalni jezik html, v katerem je pisana večina spletnih strani, zato si je mogoče izvirno kodo spletnih strani ogledati s preprostim ukazom v internetnem brskalniku (na primer s kombinacijo tipk ctrl+u v brskalniku Mozilla Firefox). Zittrain, str. 271.

⁹ Leksikon računalništva in informatike, str. 194, 559; Buckman/Gay v: Stallman, str. 3–4; Gomulkiewicz, *Legal Protection ...*, str. 446.

¹⁰ Moglen, *Anarchism ...*, str. 8.

šlo za *geekware* – nekaj, kar so programerji napisali za programerje.¹¹ O pravnem varstvu ni nihče razmišljal, ker programi še niso imeli prave komercialne vrednosti, saj so bili napisani za vsak računalnik posebej, razvijali pa so jih programerji v medsebojnem sodelovanju. S širitvijo uporabe računalnikov v poslovne namene so računalniška podjetja ugotovila, da ima poleg računalniške opreme tudi program potencialno vrednost, ki bi jo lahko obdržali zase. Od strank so zato začela zahtevati podpis pogodb o nerazkritju (*non-disclosure agreement*) celo za dostop do izvršljive oblike programja.¹²

S hitro širitvijo dostopnosti računalnikov in njihove uporabe so se širile tudi pravne podlage, na katerih je programje mogoče zaščititi. Na prvi pogled ni bilo razvidno, kje naj bi bil *sedes materiae* za ureditev pravnega varstva računalniških programov – v avtorskem pravu, v patentnem pravu, v konkurenčnem pravu – ali naj bi šlo za ureditev *sui generis*. Pravno varstvo se je tako razvijalo od zaščite s poslovnimi skrivnostmi prek avtorskopravnega do patentnega varovanja programov.¹³

2.3.1. Poslovna skrivnost

V začetku razvoja računalništva je bila edina pravna oblika zaščite programja, ki je bila podjetjem na voljo, institut poslovne skrivnosti. Vrh njene uporabe je bil od zgodnjih 70. do zgodnjih 90. let prejšnjega stoletja. Prednost poslovne skrivnosti je širina, saj z njo lahko ščitimo tako idejo kot tudi njen izraz. Toda poslovna skrivnost je zaščiten samo, dokler dejansko ostane skrivna, zato jo je treba ves čas varovati pred razkritjem. Poleg tega ne preprečuje neodvisnega razvoja in uporabe iste ideje, morda celo izražene na enak način.¹⁴ Poslovna skrivnost zavezuje poslovne partnerje in zaposlene. Teorija jo danes opredeljuje s kombinacijo voljne in interesne teorije: gre za vsako dejstvo, ki je v povezavi z dejavnostjo podjetja; ki ni splošno dostopno in je znano samo omejenemu krogu oseb; ki ga upravičenec želi ohraniti tajnega in za ohranitev tajnosti katerega obstaja utemeljen gospodarski interes.¹⁵

Zakon o gospodarskih družbah (ZGD-1) v 39. členu opredeljuje poslovno skrivnost kot podatke, za katere tako določi družba s pisnim sklepom, s katerim morajo biti seznanjene osebe, ki morajo varovati poslovno skrivnost. V vsakem primeru se za poslovno skrivnost štejejo tudi podatki, za katere je očitno, da bi nastala občutna škoda, če bi zanje izvedela nepooblaščen oseba. Družbeniki,

¹¹ Gomulkiewicz, *Legal Protection ...*, str. 445; Stallman, str. 15 in 157.

¹² Stallman, str. 16 in 158–159.

¹³ Puharič, *Pravno varstvo ...*, str. 1025; Strojín, str. 28; Gomulkiewicz, *Legal Protection ...*, str. 445.

¹⁴ Gomulkiewicz, *Legal Protection ...*, str. 449.

¹⁵ Junker/Benecke, str. 93–94.

delavci, člani organov družbe in druge osebe so odgovorni za izdajo poslovne skrivnosti, če so vedeli ali bi morali vedeti za tako naravo podatkov. Podatke, ki so poslovna skrivnost družbe, morajo varovati tudi osebe zunaj družbe, če so vedele ali če bi glede na naravo podatka morale vedeti, da je podatek poslovna skrivnost. Prepovedano je ravnanje, s katerim bi take osebe poskušale v nasprotju z zakonom in voljo družbe pridobiti podatke, ki so poslovna skrivnost družbe (40. člen ZGD-1). Delavcem narekuje varovanje poslovne skrivnosti delodajalca tudi ZDR, ki v 36. členu določa, da delavec ne sme izkoriščati za svojo osebno uporabo ali izdati tretjemu delodajalčevih poslovnih skrivnosti, ki jih kot take določi delodajalec in ki so bile delavcu zaupane ali s katerimi je bil seznanjen na drug način. Norma je neobičajna, ker ščiti delodajalca pred lastnimi zaposlenimi, medtem ko pri večini norm delovnega prava velja obrnjeno.¹⁶ Zadnja alineja tretjega odstavka 13. člena ZVK pa označuje kot prepovedano nelojalno konkurenco protipravno pridobivanje poslovne tajnosti drugega podjetja ali neupravičeno izkoriščanje zaupane poslovne tajnosti drugega podjetja. Ker institut poslovne skrivnosti lahko učinkuje tudi proti tretjim osebam, ga teorija uvršča med pravice industrijske lastnine v širšem pomenu.¹⁷

Ohranitev tajnosti programja je mogoča zlasti pri individualnem programju, prilagojenem posebnim potrebam naročnika. Tako programje je praviloma poslovna skrivnost naročnika, ne programerja, saj pomeni prednost pri opravljanju naročnikove dejavnosti, ki jo ta želi ohraniti pred tekmeci na trgu. Dejstvo, da naročnikovi zaposleni uporabljajo to programje, ni v nasprotju s pogojem tajnosti, saj so delavci zavezani varovati delodajalčevo poslovno skrivnost. Drugačen je položaj pri standardnem uporabniškem programju, namenjenem široki porabi. To je lahko kvečjemu poslovna skrivnost njegovega proizvajalca, ne pa uporabnikov, saj bi bilo sicer kršeno pravilo omejenosti kroga oseb, ki jim je skrivnost znana. Po nekaterih mnenjih je sicer zadostna tajnost programja ohranjena že, če uporabnikom ni dostopna njegova izvorna koda, objektna koda pa je zavarovana s tehnološkimi ukrepi. Izvorna koda tako ostane proizvajalčeva poslovna skrivnost, dekompiliranje objektna koda pa naj bi pomenilo njeno nedopustno kršitev. Ker pa avtorsko pravo dekompiliranje v nekaterih primerih izrecno dopušča, se pomen varovanja standardnega programja zgolj s poslovno skrivnostjo zmanjša.¹⁸

¹⁶ Junker/Benecke, str. 95.

¹⁷ Puharič, *ZIL-1 s komentarjem*, str. 32. Nekateri zato menijo, da je *know-how*, ki je varovan kot poslovna skrivnost, že lahko predmet licence. Stumpf/Groß, str. 39–40.

¹⁸ Junker/Benecke, str. 94–95; prim. Pearson, str. 210–213.

2.3.2. Avtorskopravno varstvo

Že zgodaj se je zastavilo vprašanje, ali je programje lahko varovano z avtorsko pravico.¹⁹ Računalniški programi so po eni strani orodje za krmiljenje procesov, po drugi pa tudi pisana dela, izražena v jezikovnem zapisu, ki ga uporabniki zaznavajo neposredno ali posredno. V sodni praksi, nato pa še v zakonodaji se je izoblikoval odgovor, da jih v tem drugem vidiku varuje avtorska pravica.²⁰ Računalniške programe izrecno varuje sporazum TRIPS (prvi odstavek 10. člena). Enako je predvideno v Konvenciji WIPO o avtorski pravici (4. člen), vendar je omemba računalniških programov v tej konvenciji le deklaratorna, saj se šteje, da so programi varovani že ves čas po 2. členu Bernske konvencije (kot književna dela). V pravu Evropske unije to področje ureja Direktiva 91/250/EGS o pravnem varstvu računalniških programov, ki po sporazumu med EU in EFTO zavezuje tudi države članice Evropskega gospodarskega prostora. Določbam te direktive sledi 2. oddelek četrtega poglavja slovenskega ZASP, ki ureja računalniške programe. To poglavje je *lex specialis* v razmerju do drugih določb zakona in glede vprašanj, ki jih ureja, izpodriva druge določbe zakona.²¹

Računalniško programje uživa avtorskopravno varstvo v kategoriji pisanih oziroma književnih del, če izpolnjuje splošne pogoje vsakega avtorskega dela: da gre za individualno intelektualno stvaritev (2. točka drugega odstavka 5. člena in tretji odstavek 111. člena ZASP). Programje mora torej doseči določeno raven ustvarjalnosti in individualnosti; povsem trivialni programi so izvzeti iz varstva.²² Skladno z načeli avtorskega prava se varuje izraz programa, saj je samo ta zaznaven. Oblika izraza ni pomembna – programi so torej varovani tako v izvorni kot v strojni kodi. Izraz je pomemben predvsem v povezavi z vsebinsko idejo programa (na primer zamisel programa za urejanje besedila), ki načeloma ni avtorskopravno varovana.

¹⁹ Ameriški kongres je za preučitev tega vprašanja leta 1975 ustanovil celo posebno komisijo (*National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works – CONTU*), ki je v končnem poročilu sklenila, da so računalniški programi lahko avtorskopravno varovani tako v obliki izvorne kot objektne kode. Zanimivi sta zlasti ločeni mnenji članov komisije Nimmerja (ki bi avtorskopravno varstvo priznal samo programom, katerih proizvod je avtorsko delo) in Herseya (ki je menil, da je avtorskopravno varstvo programja nepotrebno in neprimerno). Končno poročilo komisije je dostopno na naslovu: <http://digital-law-online.info/CONTU/contu1.html>. Gomulkiewicz, *Legal Protection ...*, str. 447. O razvoju avtorskopravnega varstva računalniškega programja skozi nemško sodno prakso ter naknadni zakonodajni razvoj na evropski in nacionalni ravni glej Junker/Benecke, str. 22–34.

²⁰ Trampuž, *Predmet ...*, str. 1018.

²¹ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 264–265.

²² Junker/Benecke, str. 42–43.

Zahtevnejše vprašanje je, ali avtorska pravica varuje samo besedilne vidike programa (izvorna in strojna koda ter vizualni prikazi) ali tudi njegove nebesedilne vidike, kot so struktura, zaporedje in organizacija kode in prikazov.²³ Zakonodaja ne ponuja izrecnega odgovora, zato je treba v vsakem primeru posebej presojati, ali ti elementi samostojno lahko zadostijo merilom avtorskega dela. Algoritmi sami po sebi ne morejo biti avtorskopravno varovani, niti če izpolnjujejo pogoj originalnosti. Varovan pa je lahko na podlagi takega algoritma zgrajen program. Mejo med njima je včasih težko najti. Trampuž pravi, da avtorsko pravo varuje le ideje, ki so neposredno vsebovane v konkretnem programu tako, da sta ideja in izraz stopljena. Ideje in načela, ki so uporabljeni le kot predloga ali vodilo pri programiranju kateregakoli elementa računalniškega programa, pa se ne štejejo kot izraz, zato tudi niso avtorskopravno varovani (drugi odstavek 111. člena ZASP).²⁴ Ne zakon ne evropska direktiva konkretnije ne razmejujeta med idejami in načeli, ki so osnova računalniškega programa, ter njihovim avtorskopravno varovanim izrazom. Odgovor na to vprašanje je prepuščen sodni praksi. To odločitev zakonodajalcev del teorije kritizira kot pravnopolitično neprimerno.²⁵

Avtorska pravica pripade ustvarjalcu programa na podlagi stvaritve dela, brez formalnosti (14. člen ZASP); v 174. členu pa zakon dopušča vzpostavitev registra avtorskih del, katerega namen je predvsem lažje dokazovanje avtorstva. Ta možnost je pri računalniških programih še posebno aktualna, saj njihov nastanek, razvoj in avtorstvo niso tako očitni kot pri nekaterih drugih kategorijah del.²⁶ Ameriško pravo je tudi za sam obstoj avtorske pravice (*copyright*) dolgo časa zahtevalo registracijo avtorskega dela oziroma oznako © na vsakem njegovem primerku. Danes to ni več obvezno, vendar še vedno precej olajša sodno varstvo avtorske pravice.²⁷ Uporabo take oznake izključnemu imetniku avtorskih pravic dovoljuje tudi 175. člen ZASP.

Avtor računalniškega programa ima med drugim izključno pravico do reproduciranja sestavnih delov ali celotnega računalniškega programa (prva alineja prvega odstavka 113. člena ZASP). Vendar je posebnost programov v primerjavi z drugimi kategorijami avtorskih del, da jih brez vsakokratnega elektronskega

²³ Gomulkiewicz, *Legal Protection ...*, str. 447.

²⁴ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 265–266.

²⁵ Junker/Benecke, str. 36–38; Moglen opozarja, da izraznost ni postala lastnost programskih jezikov zaradi potreb računalnika, temveč zaradi olajšanja kolaborativnega ustvarjanja in vzdrževanja čedalje kompleksnejših sistemov programja. Paradoks je v tem, da je izrazna sestavina, ki omogoča avtorskopravno varstvo programja, namenjena izključno olajšanju izdelave derivativnih del, ki ga avtorska pravica omejuje. Moglen, *Anarchism ...*, str. 10.

²⁶ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 269.

²⁷ Pearson, str. 208–209.

reproduciranja sploh ni mogoče uporabljati.²⁸ Že pri namestitvi je namreč treba program kopirati s pomnilniškega medija na računalnikov trdi disk, pri vsakem poganjanju se reproducirajo deli strojne kode v delovnem spominu računalnika. Vsaka uporaba programja bi torej lahko pomenila kršitev avtorske pravice.²⁹ Zato zakon za računalniške programe določa nekatere izjeme od siceršnjih pravil avtorskega prava. Če ni s pogodbo določeno drugače, ima zakoniti pridobitelj pravico program razmnožiti ali ga prilagoditi, če je takšna reprodukcija nujna za uporabo programa v skladu z njegovim namenom. Poleg tega lahko reproducira dva varnostna primerka programa, če je to potrebno zaradi njegove uporabe. Te specialne določbe za računalniške programe izključujejo uporabo splošnih pravil o privatnem ali drugem lastnem reproduciranju primerkov avtorskega dela, izrecno je izključeno tudi javno posojanje računalniških programov brez pogodbe z avtorjem. Avtor računalniškega programa pa nima siceršnje moralne avtorske pravice do skesanja (114. člen ZASP). Podobni izjemi kot za računalniške programe sta bili v ZASP naknadno določeni glede začasnega reproduciranja, potrebnega za uporabo drugih vrst del v elektronski obliki (49.a člen) oziroma uporabo (elektronskih) baz podatkov (53.a člen).³⁰

Za računalniške programe (ne pa tudi za druge elemente programja) veljajo še nekatere druge vsebinske omejitve pravic, povezane z njihovo funkcionalnostjo. Upravičeni uporabnik lahko brez dovoljenja avtorja opazuje, preučuje ali testira delovanje programa, da dožene ideje in načela, ki so osnova kateremukoli elementu programa, če to stori pri njegovem nalaganju, prikazovanju, izvajanju, prenašanju ali shranjevanju, do katerih je upravičen. Pod določenimi pogoji zakon dovoljuje tudi dekompiliranje strojne kode programa. Gre za vrsto povratnega inženiringa, s katerim se program razgradi, da se doženejo njegova struktura, ideje in principi, in sicer s prevajanjem strojne kode na stopnjo zbirne oz. asemblirane kode, ki je podobna izvorni kodi. Ta postopek zahteva reproduciranje, prevajanje ali spreminjanje delov programa, kar je že poseg v avtorsko pravico, vendar je tak poseg izjemoma dopusten zaradi doseganja javnega interesa – interoperabilnosti med različnimi programi. Dekompiliranje je zato dopustno brez dovoljenja avtorja

²⁸ Junker/Benecke, str. 27.

²⁹ Litmanova opozarja, da takšna razlaga, ki med avtorju pridržano ravnanje uvršča tudi izdelavo efemernih kopij brez samostojnega pomena, čeprav na videz sledi črki zakona, pomeni izjemno širitev avtorske pravice, tako da omogoča nadzor nad kakršnokoli uporabo dela. Litman, *Digital ...*, str. 27–27. Glej tudi Grbovič, str. 502.

³⁰ Vse tri izjeme so v bistvu uvedle že tri evropske direktive: Direktiva 91/250/EGS o pravnem varstvu računalniških programov, Direktiva 96/9/ES o pravnem varstvu baz podatkov in Direktiva 2001/29/ES o avtorski pravici v informacijski družbi.

programa, če ga izvrši upravičeni uporabnik programa, ki mu informacije, potrebne za doseganje interoperabilnosti sicer niso dostopne, in sicer samo na tistih delih prvotnega programa, ki so potrebni za doseganje interoperabilnosti (*vmesniki*). Informacije, pridobljene z dekompiliranjem, pa je prepovedano odstopiti tretjim osebam ali uporabiti za razvoj bistveno podobnega oz. konkurenčnega računalniškega programa. Če že sam imetnik pravic na programu ponudi oz. objavi specifikacije vmesnikov, pravica do dekompiliranja odpade. Te določbe so bile uvedene z evropsko direktivo, po namenu zakonodajalca pa naj bi vodile v standardizirane vmesnike in odprte sisteme.³¹ Njihovi pripravi je bila svojčas namenjena velika pozornost, saj naj bi ustvarile ustrezno ravnotežje med izključnimi pravicam avtorja in širšimi interesi javnosti v zvezi s programjem, zlasti varstvu konkurence, ki bi jo lahko ogrozilo monopoliziranje vmesnikov. V praksi pa so te določbe ostale relativno redko izkoriščene, saj so sodobni programi praviloma tako kompleksni, da z dekompiliranjem ni mogoče priti do zadosti uporabnih podatkov o njihovi strukturi.³²

Avtorska pravica na računalniškem programu tako kot pri drugih kategorijah avtorskih del traja za čas avtorjevega življenja in še 70 let po njegovi smrti (59. člen ZASP). Vprašljiva je smiselnost tako dolgega obdobja varstva, saj sta sama računalniška tehnologija in programiranje stara manj kot 70 let, na večini računalnikov pa je programje, ki ni starejše od petih let.³³ Trajanje avtorske pravice je torej s praktičnega stališča neomejeno, saj daleč presega celotno življenjsko dobo programja.³⁴

2.3.3. Patentno varstvo programov

Avtorskopravno varstvo ne obsega znanstvenih odkritij in tehničnih vsebin, temveč le formo dela – izraz določene ideje v obliki izvorne ali strojne kode programa. Pri programju torej avtorska pravica varuje zlasti njegovo obliko in sestavo, ki dosegata določeno ustvarjalno raven. Funkcionalnost istega računalniškega

³¹ Trampuž/Oman/Zupančič, 277–278; Junker/Benecke, str. 67–70.

³² Evropska komisija nasprotno meni, da je redkost sodnih sporov na podlagi teh določb dokaz njihovega učinkovitega delovanja. Glej *Report from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on the implementation and effects of Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs* (COM/2000/0199 final).

³³ Breyer, str. 348.

³⁴ Zittrain, str. 277. Lessig predlaga omejitev pravnega varstva programja na pet let z možnostjo podaljšanja za nadaljnjih pet let pod pogojem, da avtor pristojnemu organu predloži izvorno kodo programja, ki bi po izteku izključnih pravic postala javna. Lessig, *The Future ...*, str. 252–253.

programa pa je navadno mogoče doseči na več različnih načinov, torej z izrazom istih idej in načel v drugačni izvorni in strojni kodi. Prav tako avtorska pravica ne omogoča zaščite pred neodvisnim razvojem identičnega programa. Inovativne ideje za reševanje tehničnih problemov je mogoče zaščititi s patentom. Temeljni pogoji za podelitev patenta so, da gre za izum s področja tehnike, ki je nov, inventiven in industrijsko uporabljen (10. člen ZIL-1). Podelitev patenta v primerjavi z avtorsko-pravnim varstvom lahko pomeni širitev monopola tudi na samo idejo, ki je podlaga računalniškemu programu – varuje se funkcionalnost računalniškega programa, ne njegov izraz. Imetnik patenta ima v rokah tudi učinkovito varstvo zoper vsakogar, ki bi, četudi neodvisno, prišel do tehnične rešitve z enako idejo. Patentno varstvo tako ščiti tisto, kar je pri programih najvrednejše, torej algoritme.³⁵

Industrija programske opreme si je zato močno prizadevala uveljaviti še možnost patentne zaščite računalniškega programja. To je najprej dosegla v 80. letih prejšnjega stoletja v ZDA, kjer patentna zakonodaja ne vključuje statutarne izjeme od patentibilnosti, ampak zakon našteva samo patentibilne predmete (naprave, postopki, izdelki, spojine in zmesi ter njihove izboljšave). Izjeme je tako ustvarila sodna praksa, in sicer za naravne zakone, fizične pojave in abstraktne ideje. Med slednje spadajo matematične metode in algoritmi ter izključno miselni postopki, kamor so sprva uvrščali tudi računalniške programe, zato so odklanjali njihovo patentibilnost.³⁶ V zadevi *Diamond v. Diehr*³⁷ pa je Vrhovno sodišče prvič dopustilo patentiranje računalniškega programa, uporabljenega v okviru novega industrijskega postopka.³⁸ Postopoma se je merilo industrijske uporabnosti programa širilo in danes velja, da je izum patentabilen ne glede na svojo naravo že, če je praktično uporabljen in da konkreten, oprijemljiv rezultat. S tem je bila uvedena razmeroma široka možnost patentnega varstva programja, ki je postalo v ZDA že ustaljena praksa.³⁹

³⁵ Junker/Benecke, str. 22; Strojnik, str. 28; Mežnar, *Patentno ...*, str. 103–104; Wiebe v: Spindler, str. 256.

³⁶ Lessig navaja, da je bil pragmatični razlog proti patentiranju programja tudi v tem, da zgolj iz binarne oblike programja največkrat ni razvidno, kako program opravlja določeno nalogo, saj je to mogoče doseči z vrsto različnih algoritmov. Lessig, *The Future ...*, str. 207–208.

³⁷ 450 U.S. 175 (1981).

³⁸ Pearson, str. 244–247; podrobneje o nastanku patentnega varstva programov v ameriški sodni praksi glej Austin, str. 228–253.

³⁹ Zvezno prizivno sodišče je na primer v zadevi *In re Alappat* (U.S. Court of Appeals Federal Circuit. July 29, 1994. 33 F.3d 1526, 31 USPQ2d 1545) sprejelo odločitev, da vsak računalnik, ki je programiran, postane nov stroj, ki je lahko različen od vseh prejšnjih in izpolnjuje pogoje patentibilnosti. Prim. Marn/Ženko, str. 79; Lessig, *The Future ...*, str. 208.

V nasprotju s tem je v Evropi do nedavnega veljalo, da računalniških programov ni mogoče zaščititi s patentom. Konvencija o podeljevanju evropskih patentov (EPK) v 2. točki 52. člena namreč določa, da računalniški programi niso izumi in so *kot takšni* izključeni iz patentnega varstva.⁴⁰ Podobno določbo je vseboval tudi stari slovenski ZIL.⁴¹ Pritožbeni organ Evropskega patentnega urada pa je to izključitev omilil tako, da je dopustil patentiranje tehničnega procesa, ki vključuje uporabo računalniškega programa za doseg nekega tehničnega učinka (na primer programsko vodene naprave in programsko vodeni proizvodni in nadzorni postopki).⁴² Postopoma se je uveljavilo merilo tehnične narave programa kot pogoja za njegovo patentibilnost.⁴³ Izjema iz konvencije naj bi veljala samo za programe *kot takšne*, ki so zgolj abstraktne stvaritve brez tehnične narave, medtem ko morajo biti programi s tehnično naravo obravnavani kot patentibilni izumi, če izpolnjujejo osnovne patentne pogoje novosti, industrijske uporabljivosti in izumiteljskega koraka.⁴⁴ Posebej je pri preizkusu izumiteljskega koraka s primerjavo z najbližjimi primeri stanja tehnike treba ugotoviti objektivni tehnični problem, ki ga rešuje zahtevani izum, obravnavan v celoti. Posamezen patent se nanaša na določeno uporabo algoritma, ki je podlaga za določeni izum, in to na način, kot je zahtevan za točno določeni postopek, saj tako pomeni integralni del izuma. Algoritmi, ki niso omejeni na točno določeno uporabo, ki proizvaja tehnični učinek, niso patentibilni.⁴⁵ Pritožbeni organ se je večinoma držal stališča, da tehnična narava

⁴⁰ Pearson, str. 242.

⁴¹ Prim. Marn/Ženko, str. 78, ki to določbo označujeta za »politično neumnost«.

⁴² V okviru evropskega patenta v zadevi T 208/84 je pritožbeni organ Evropskega patentnega urada ugotovil, da je za patentni zahtevek edino relevanten njegov pomen in da dejstvo, da posamezni tehnični proces poteka na računalniku ali s pomočjo računalnika, še ne pomeni, da je zaščiten računalniški program *kot tak*.

⁴³ Junker/Benecke, str. 99; Guibault/van Daalen, str. 131.

⁴⁴ Povsem jasno se je do vprašanja računalniških patentov pritožbeni organ opredelil leta 1999 v zadevi T 1173/97, ko je zapisal, da računalniški program, ki ima tehnično naravo, ni računalniški program *kot tak* in je zato patentabilen. V zadevi T 931/95 pa je leta 2001 senat ugotovil, da tehničnih značilnosti, potrebnih za patentiranje, nima program, ki ima zgolj računovodske, poslovne ali administrativne učinke. Povzeto po: Marn/Ženko, str. 86; Mežnar, *Patentno ...*, str. 98.

⁴⁵ Puharič, *Pravno varstvo ...*, str. 1026; Stojin, str. 29. Podrobneje o razlikovanju računalniških programov in matematičnih algoritmov glej Marly, str. 10–12. Marn in Ženkova to pravilo argumentirata takole: »Matematične formule in algoritmi sami po sebi niso nič drugega kot jezik, uporabljen za natančnejše izražanje na področju tehnike in naravoslovja. Dovoliti monopolizacijo matematičnega izrazja samega po sebi bi bilo enakovredno dovoliti monopolizacijo dela jezika, kar bi bilo samo po sebi v nasprotju z načelom svobode izražanja. Dovoliti monopolizacijo tehnične vsebine, ki je opisana s tem matematičnim izrazom, pa je dovoljeno in zaželeno, če to prispeva k napredku znanosti in uporabne umetnosti.« Marn/Ženko, str. 85.

programa ni podana zgolj zato, ker povzroči fizične spremembe (zlasti spremembe električnih tokov) v strojni opremi, na kateri teče.⁴⁶ Tehnična narava pa lahko izvira iz nadaljnjih učinkov poganjanja programa na računalniku. Če so ti učinki tehnične narave, je program, ki tako pripomore k rešitvi tehničnega problema, lahko patentabilen. Številni komentatorji sicer menijo, da je bil pogoj tehnične narave programa interpretiran preveč široko in dvoumno, izjema iz 2. točke 52. člena EPK pa preozko, kar naj bi vodilo k podeljevanju trivialnih patentov. Vsekakor je opazen pojav širitve patentnega varstva programske izvedenih izumov – ocenjuje se, da je Evropski patentni urad zanje podelil že okrog 30.000 evropskih patentov.⁴⁷

Evropska komisija je februarja 2002 prvič objavila predlog direktive o patentibilnosti računalniško izvedenih izumov, s katerim naj bi kodificirali in poenotili podeljevanje patentov za tovrstne izume po evropski patentni konvenciji (v nasprotju z ameriškim pravom pa naj bi iz patentibilnosti izključili poslovne metode). Njena vsebina je v javnosti sprožila burne polemike nasprotnikov in zagovornikov ter obsežno lobiranje, zlasti zaradi skrbi, da bi direktiva še širše odprla vrata patentiranja programov »kot takih«.⁴⁸ Po več letih razprav je Evropski parlament julija 2005 predlog direktive s prepričljivo večino zavrnil.⁴⁹

Skladno s sporazum TRIPS⁵⁰ in novejšimi smernicami Evropskega patentnega urada ZIL-1 med stvaritve, ki neposredno kot take ne štejejo za izume, ne uvršča več računalniških programov (prvi odstavek 11. člena). Obrazložitev predloga zakona, ki ga je vlada poslala v Državni zbor, pri tem členu izrecno navaja, da se računalniški programi po novem tudi lahko varujejo s patentom, če izpolnjujejo pogoje izpolnjevanja novosti, inventivnosti in industrijske uporabljivosti.⁵¹ Patent podeli patentni urad na podlagi patentne prijave, praviloma za 20 let od datuma vložitve prijave, za njegovo vzdrževanje pa je treba plačevati pristojbino. ZIL-1

⁴⁶ Iz odločitve pritožbenega organa v zadevi T-0931/95 z dne 8. 9. 2000 je sicer mogoče sklepati, da so programi tehnične narave že, če tečejo na računalnikih. S tem bi bila na široko odprta pot podeljevanju patentov za računalniške programe.

⁴⁷ Evropski patent sicer pomeni sveženj nacionalnih patentov držav podpisnic EPK. Junker/Bennecke, str. 99; Guibault/van Daalen, str. 131–132, 135–136. Podrobneje o razliki med ameriškim in evropskim standardom pri patentiranju programja glej Laub, *Patentfähigkeit von Softwareerfindungen: Rechtliche Standards in Europa und in den USA und deren Bedeutung für den internationalen Anmelder*. GRUR Int, št. 8-9/2006, str. 629–640.

⁴⁸ Mežnar, *Patentno ...*, str. 94; Guibault/van Daalen, str. 132, 139–140.

⁴⁹ Glej pregled sprejemanja predloga direktive: http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=sl&DosID=172020.

⁵⁰ Sporazum TRIPS v 27. členu ne izključuje patentnega varstva računalniških programov. Vendar se posebej poudarja, da mora rešitev takega računalniškega programa imeti tehnično naravo.

⁵¹ Poročevalec DZ št. 21/01 z dne 19. 3. 2001.

zagotavlja imetniku patenta izključno pravico preprečiti tretjim osebam, da brez njegove privolitve izdelujejo, uporabljajo, ponujajo v prodajo, prodajajo ali v te namene uvažajo patentirani izum (18. člen). Obseg patentnega varstva je določen z vsebino patentnih zahtevkov. Patent ne preprečuje uporabe patentiranega programja za zasebne negospodarske namene ter raziskav in poizkusov vseh vrst, ki se nanašajo na predmet patenta (19. člen).

Patenti ponujajo časovno krajšo in dražjo, a močnejšo zaščito intelektualne lastnine, ki učinkuje komplementarno, poleg avtorske pravice. Varuje tudi pred neodvisnim razvojem istovrstnega produkta in ne vsebuje izjeme od varstva pri vmesnikih, ki jo pozna avtorsko pravo. Nosilec patenta lahko tretjim osebam prepreči uporabo programov, ki temeljijo na idejah in načelih, iz katerih izhaja patentirani program, četudi sta njihova izvorna ali strojna koda povsem drugačni (kar pomeni, da imata možnost vzporedne zaščite z medsebojno neodvisnimi avtorskimi pravicami, ki ne posegajo druga v drugo). Pri patentu je odločilno, ali ima lahko končni produkt za uporabnika enak učinek.⁵² Patentno je lahko varovan samo program, ne pa drugi deli programja, ki ne morejo biti tehnične narave, zato ne izpolnjujejo merila patentibilnosti.

2.3.4. Znamka

Programje na trgu nastopa kot izdelek z določenim imenom⁵³ in navadno tudi z določenim znakom ter oznako proizvajalca. Te elemente je v okviru prava industrijske lastnine mogoče zaščititi kot znamko. Znamke se uporabljajo tudi za oznako določenih lastnosti programja, na primer združljivosti z določenim operacijskim sistemom (*Windows Compatible*).⁵⁴ Z znamko so zaščitene zunanje značilnosti programja, kar pomaga pri vsebinski zaščiti, ker piratska kopija potem hkrati krši dve pravici.⁵⁵

Po ZIL-1 se sme kot znamka registrirati kakršenkoli znak ali kakršnakoli kombinacija znakov, ki omogočajo razlikovanje blaga ali storitev enega podjetja od blaga ali storitev drugega podjetja in jih je mogoče grafično prikazati, kot so zlasti besede, črke, številke, figurativni elementi, tridimenzionalne podobe in kombinacije barv ter tudi kakršnakoli kombinacija takih znakov (42. člen). Narava blaga ali storitev, na katere se nanaša znamka, ne sme biti v nobenem primeru ovira

⁵² Strojin, str. 29.

⁵³ Ker imajo v nasprotju z drugimi avtorskimi deli računalniški programi naravo produktov oziroma orodij, v zvezi z njimi prej govorimo o imenu kot o naslovu. Trampuž, *Predmet ...*, str. 1019.

⁵⁴ Gomulkiewicz, *Legal Protection ...*, str. 450.

⁵⁵ Junker/Benecke, str. 102.

za registracijo (tretji odstavek 42. člena), zato je mogoče kot znamko zavarovati tudi ime in grafične razlikovalne elemente računalniškega programja. Razlikovalna funkcija znamke pri trženju programja gotovo ni zanemarljiva, saj znamka pomeni nekakšno jamstvo kakovosti blaga in njegovega porekla. Računalniške programe, če nismo ravno strokovnjaki, pravzaprav med seboj težko razlikujemo po čem drugem kot po imenu in grafičnih elementih, tako da ni čudno, da je na tem področju uveljavljenih precej slovečih znamk, na primer *Microsoft Office*, *iTunes*, *Adobe Photoshop*, *Mozilla Firefox*. Seveda pa z blagovno (ali storitveno) znamko nikakor ni mogoče zaščititi celotnega programja, četudi je to grafično zapisano, temveč le njegove zunanje razlikovalne elemente.⁵⁶

Znamka daje imetniku izključno pravico do njene uporabe in pravico preprečiti tretjim osebam, da brez njegovega soglasja v gospodarskem prometu uporabljajo katerikoli znak, ki je enak ali podoben znamki, za enako ali podobno blago ali storitve, ki so obseženi z znamko, sploh če bi to lahko povzročilo zmedo v javnosti (47. člen ZIL-1). Znamka traja deset let od datuma vložitve prijave in jo je mogoče poljubno mnogokrat obnoviti za obdobje nadaljnjih desetih let. Neupravičena uporaba znamke ali druge oznake drugega podjetja, ne glede na to, ali je drugo podjetje dalo soglasje, pomeni prepovedano nelojalno konkurenco, če se s tem ustvari ali utegne ustvariti zmeda na trgu (13. člen ZVK).

2.4. Licenčna pogodba za končnega uporabnika (EULA)

Pri nameščanju večine standardnega uporabniškega računalniškega programja se na zaslonu pojavi dolgo besedilo, ki podrobno določa, pod katerimi pogoji smemo programje uporabljati, nadaljevanje namestitve pa ni mogoče, dokler s pritiskom na gumb ne potrdimo, da se s pogoji strinjamo. Za tovrstne posle se uporablja izraz *end-user license agreement* (EULA) – gre torej za licenčno pogodbo med proizvajalcem programja in njegovim končnim uporabnikom, ki ureja pravice končnega uporabnika v zvezi s programjem.

2.4.1. Način sklepanja

V začetnem obdobju računalniške industrije so bili uporabniki računalnikov redki in je bilo programje napisano za naročnika skladno z njegovimi poslovnimi oziroma znanstvenimi potrebami. Proizvajalci so svoje programje zaščitili pred nepooblaščenim razmnoževanjem in drugimi zlorabami tako, da so z vsakim na-

⁵⁶ Pearson, str. 271–272.

ročnikom na podlagi pogajanj sklenili pogodbo o varovanju poslovne skrivnosti oziroma licenčno pogodbo. Ker je šlo za poslovne subjekte s svojimi pravnimi oddelki oziroma odvetniki, je bilo to preprosto. S pojavom osebnih računalnikov in množičnega standardnega uporabniškega programja, ki je prihajalo v promet prek vrste različnih distributerjev, zlasti trgovskih verig, pa sklepanje pogodb v klasični obliki ni bilo več mogoče. Oviro pomenita tako veliko število potrebnih pogodb kot dejstvo, da proizvajalec in uporabnik programja ne prideta več neposredno v stik. Treba je bilo najti nov način, kako urediti razmerje med imetnikom pravic in uporabnikom programja. Proizvajalci so se zatekli k uporabi formularnih licenčnih pogodb s standardno vsebino, ki jih sklene uporabnik sam s konkludentnim ravnanjem in brez posredovanja trgovca.

Prva oblika sklepanja licenčnih pogodb EULA je bila tako imenovana ovojna pogodba (*shrink-wrap contract*), ki se je pojavila v zgodnjih osemdesetih letih 20. stoletja.⁵⁷ Besedilo licence je bodisi natisnjeno na zunanosti paketa, v katerem so shranjeni pomnilniški mediji s programjem, bodisi paketu priloženo na posebnem listu in v obeh primerih prekrito s prozorno folijo, skozi katero ga kupec lahko prebere, ne da bi embalažo odprl. Z velikimi tiskanimi črkami je zapisano opozorilo, da uporabnik z dejanjem raztrganja ovoja sprejema pogoje licenčne pogodbe. Poznejša digitalna izvedenka tovrstnih formularnih pogodb je po analogiji dobila ime pogodba s klikom (*click-wrap contract*). Zanj so se ponudniki programja odločili zaradi očitkov, da uporabnik pri ovojni pogodbi pogosto ni seznanjen z licenčnimi pogoji, ki ga zavezujejo. Pri namestitvi programja na računalnik ali pri njegovi prvi uporabi se tako na zaslonu prikažeta besedilo licenčnih določb in opozorilo, ki od uporabnika zahteva, da z neko vrsto aktivnega ravnanja potrdi sprejem pogodbe. Navadno mora uporabnik klikniti na gumb z napisom »sprejem« ali »v redu«; dokler tega ne stori, uporaba programa ni mogoča. Prednost takega sklepanja pogodbe je, da ne zahteva posebne oblike embalaže in je uporabno tudi pri internetnih transakcijah. Pri nakupu programja prek interneta je včasih treba v licenčne pogoje s klikom na ustrezen gumb privoliti že pred prenosom datotek s strežnika. Na ta način je sklepanje licenčnih pogodb najbolj poenostavljeno, kar minimizira transakcijske stroške med proizvajalcem programja in uporabnikom.⁵⁸

Z veljavnostjo tovrstnega sklepanja licenčnih pogodb je povezana vrsta pravnih vprašanj, vendar prevladuje stališče, da je ponudba veljavno sprejeta, če je ponudnik naslovnika z očitnimi opozorili dovolj jasno obvestil o tem, da njegovo ravnanje (odprtje embalaže, uporaba programja, klik z miško) vodi k nastanku pogodbe, in

⁵⁷ Singsangob, str. 5, Pitet, str. 328, op. 15.

⁵⁸ Pearson, str. 139–140; Pitet, str. 328–329.

če je bila naslovniku zagotovljena možnost, da se še pred sklenitvijo pogodbe seznanijo z njeno celotno vsebino. Licenčni pogoji, ki naslovniku ob sklepanju pogodbe niso bili dostopni, ne postanejo del pogodbe. Načinov, kako z zadostno gotovostjo zagotoviti seznanjenost naslovnika, je veliko in so predvsem pri elektronskih oblikah pogodb precej preprosti. Ali je ta pogoj izpolnjen, pa je mogoče presojati le v vsakem primeru posebej. Vsekakor mora za ustrezno obveščanje naslovnika poskrbeti ponudnik.⁵⁹

2.4.2. Razlogi za uporabo

Licenčne pogodbe so se začele množično uporabljati, ko je prevladala interpretacija, da je računalniško programje varovano z avtorsko pravico, zakonodaja pa še ni posebej urejala posebnosti takšnega avtorskega dela. Zaradi elektronske oblike računalniškega programja namreč ni mogoče uporabljati, ne da bi ga razmnožili.⁶⁰ Že pri ga je namreč treba kopirati s pomnilniškega medija na računalnikov trdi disk, pri vsakem poganjanju pa pride do kopiranja delov kode z diska v delovni spomin računalnika. Ker je reproduciranje dela kot izključna pravica pridržano avtorju, je moral imetnik avtorske pravice dovoliti takšno reprodukcijo, sicer bi bila uporaba programja vsaj formalno kršila avtorske pravice.⁶¹ Licenčna pogodba EULA naj bi s podelitvijo ustreznih pravic do razmnožitve dela torej uporabniku omogočala zakonito uporabo programja in hkrati varovala pravice proizvajalca.⁶²

Danes zgolj zaradi omogočanja zakonite rabe programov sklepanje licenčnih pogodb ni več potrebno, saj moderna avtorska zakonodaja zakonitemu pridobitelju računalniškega programa dovoljuje njegovo razmnoževanje, kolikor je potrebno za uporabo programa v skladu z njegovim namenom. Sklepanje licenčnih pogodb za zagotovitev zakonitosti uporabe programja torej ni več nujno, saj ta položaj ustrezno ureja že zakon. Zakonodajalec je skušal ustvariti podobno ureditev kot pri knjigah – za njihovo običajno rabo, torej branje, bralcem ni treba skleniti posebne

⁵⁹ Podrobneje o problematiki takih načinov sklepanja pogodb glej M. Damjan, *Sklepanje ovojnih pogodb in pogodb s klikom (shrink-wrap in click-wrap)*. Podjetje in delo, št. 3-4/2005, str. 565–583.

⁶⁰ Junker/Benecke, str. 27.

⁶¹ Litmanova opozarja, da takšna razlaga, ki med avtorju pridržano ravnanje uvršča tudi izdelavo efemernih kopij brez samostojnega pomena, čeprav na videz sledi črki zakona, pomeni izjemno širitev avtorske pravice, tako da omogoča nadzor nad kakršnokoli uporabo dela. Litman, *Digital ...*, str. 27–27. Glej tudi Grbovič, str. 502.

⁶² Robertson, str. 3; Gomulkiewicz, *Legal Protection ...*, str. 450–451.

pogodbe z avtorjem.⁶³ Kljub temu EULA ni izumrla, temveč se je v digitalni obliki kvečjemu še bolj razširila.

EULA pogosto določa, da je programje proizvajalčeva poslovna skrivnost, ki jo mora pridobitelj licence varovati, vendar taka določba največkrat nima večjega pomena. Objektne oblike standardnega uporabniškega programja ne more pomeniti poslovne skrivnosti, saj je množično distribuirana in torej dostopna širokemu krogu oseb. Skrivna je lahko kvečjemu izvorna koda računalniškega programja, ta pa pri lastniškem komercialnem programu končnemu uporabniku ni razkrita, zato je ne more varovati kot skrivnost. Če je izvorna koda uporabniškega programja enako dostopna kot objektne koda, pa ni dovolj tajna, da bi lahko bila varovana kot poslovna skrivnost.

Pomemben razlog za uporabo licenčnih pogodb je poskus izogniti se učinku izčrpanja pravice distribuiranja. Izključna pravica avtorja do dajanja primerkov svojega dela v promet s prodajo se namreč s prvo prodajo primerka dela, ki se izvrši z izrecnim ali tihim soglasjem avtorja, za ta primerek izčrpa (43. člen ZASP). To pomeni, da na primer kupec zgoščenke z računalniškim programom ta nosilec lahko proda ali posoja naprej. Proizvajalci programja se bojijo precejšnje izgube dohodka, če bi se to množično dogajalo na trgu in med gospodarskimi subjekti.⁶⁴ Iz tega razloga si prizadevajo uveljaviti konstrukcijo, po kateri uporabnikom primerkov programja ne prodajajo, temveč jim ponujajo le sklenitev (neekskluzivne) licenčne pogodbe, ki daje posameznemu uporabniku le pravico do uporabe programja v natanko določenem obsegu.⁶⁵ Pogosta je celo določba, da uporabnik ne pridobi niti lastnine na pomnilniškem mediju, ampak ta ostane v lasti proizvajalca.⁶⁶ Proizvajalčeva pravica do distribuiranja vsakega primerka torej ostane v celoti nedotaknjena in proizvajalec tako ohrani nadzor nad svojim proizvodom.

Veljavnost takega konstrukta je zelo dvomljiva. Če se programje distribuira na fizičnih medijih, uporabnik pridobi lastnino na fizičnem primerku programja, ko ga kupi v trgovini. Če gre za brezplačno distribuirano promocijsko programje,

⁶³ Enako Rohrlisch, točki II.2 in III.4; Junker/Benecke, str. 115.

⁶⁴ Spooner, točka 6.

⁶⁵ EULA Microsoftovega programja Office 2003 v 3. členu med drugim določa: »Microsoft ali njegovi dobavitelji imajo lastniške, avtorske in druge pravice intelektualne lastnine za programsko opremo. Microsoft vam te programske opreme ne prodaja, temveč vam podeljuje licenco za njeno uporabo.«

⁶⁶ Tu se zastavi vprašanje, ali ima v primeru naključnega uničenja medija uporabnik kot prejemnik licence potem pravico od proizvajalca zahtevati, da mu na njegov nosilec brezplačno ponovno naloži licencirano programje – saj pravica do uporabe ni odvisna od obstoja konkretnega medija. Zdi se, da na ta vprašanja tudi programerska industrija gleda z vidika prodajne pogodbe.

lastnino pridobi na podlagi darilne pogodbe. V obeh primerih do prenosa lastninske pravice pride še pred konkludentnim sklepanjem licenčne pogodbe EULA, s čimer se izključna pravica distribuiranja tega primerka že izčrpa.⁶⁷ Tudi če je transakcija v trgovini označena kot licenčna pogodba, velja pri prenosu programja za enkratno plačilo pravo prodajne pogodbe, vključno z učinkom izčrpanja.⁶⁸ Ne more pa biti s kasnejšo licenčno pogodbo za nazaj preklican prenos lastninske pravice, do katerega je prišlo na podlagi prodajne pogodbe med trgovcem in uporabnikom programja. Pri prodajni pogodbi pač ni mogoča takšna omejitev pravic, da prenosa lastnine sploh ne bi bilo, saj bi s tem odpadla kavza prodaje. Še posebej pa take omejitve ni mogoče uvesti s pogodbo med tretjimi osebami. Celo če trgovec ne bi imel pravice razpolagati z nosilci podatkov, bi kupec na njih pridobil lastnino po pravilih o pridobitvi od razpolagalno nesposobne osebe (64. člen SPZ). Kupec torej postane lastnik nosilca programja, za stvarne napake na njem pa mu odgovarja trgovec po splošnih pravilih prodajne pogodbe. Pri distribuciji programja prek interneta se pravica distribuiranja ne izčrpa, vendar tudi to ni posledica licenčne pogodbe. Pravica distribuiranja v smislu 24. člena ZASP se namreč nanaša samo na dajanje v promet fizičnih primerkov programja, ne pa na prenos programja prek elektronskega omrežja, zato se s takim dejanjem pravica distribuiranja ne izčrpa. Če kupec z interneta preneseni program zapiše na fizični medij, tega primerka ne sme prodati naprej, razen če mu licenčna pogodba to posebej dovoli.

Sklenitev licenčne pogodbe torej ni (več) nujna ne za normalno uporabo računalniškega programja ne za varstvo temeljnih interesov njegovega proizvajalca. Pravi razlog za njeno nadaljnjo uporabo je želja, da se razmerje med proizvajalcem in uporabnikom programja uredi drugače od standardnega položaja, ki ga predvideva zakon.

2.4.3. Tipična vsebina pogodbe

Temeljna vsebina licenčne pogodbe je podelitev licence, torej podelitev pravice do namestitve, uporabe in shranjevanja programja. Ker ta ravnanja zakonitemu uporabniku dovoljuje že zakon, pa je pomembnejši del licenc EULA tisti, ki pravice uporabnika programja omejuje (torej bolj, kot jih je omejila zakonodaja).⁶⁹ V ta namen vsebujejo licence določbe o:⁷⁰

⁶⁷ Guibault/van Daalen, str. 114–115.

⁶⁸ Junker/Benecke, str. 115–116.

⁶⁹ Enako Marly, str. 369; Junker/Benecke, str. 116.

⁷⁰ Povzeto po Robertson, str. 2; Hawkins, točka 9; Spooner, točki 8 in 9.

- prepovedi kakršnegakoli razmnoževanja, ki ni z licenco izrecno dovoljeno;
- omejitvi uporabe programja na eno centralno procesno enoto (CPU) hkrati;
- omejitvi uporabe programja samo za osebno rabo, za izobraževalno rabo oziroma o prepovedi komercialne rabe;
- prepovedi prenosa licence;
- prepovedi prodaje, posojanja ali dajanja programja v najem;
- prepovedi povratnega inženiringa in spreminjanja programja.

Takšne pogoje ponudnik postavi predvsem iz razlogov nadzora nad distribucijo (*control after resale*), skupnega trženja različnih produktov (*bundling*) in cenovne diferenciacije (*price discrimination*). Isti program je navadno na voljo za nižjo ceno, če je namenjen samo osebni uporabi, kot če licenca uporabniku dovoljuje, da ga uporablja tudi za poslovne namene.⁷¹ Poleg tega proizvajalci navadno v licenčnih pogojih omejijo jamstvo za pravilno delovanje programja ali za napake na fizičnem nosilcu programa ter izključijo ali omejijo svojo odgovornost za morebitno škodo, nastalo zaradi napak v programju. Običajne so tudi določbe o veljavnem pravu za presojo pogodbe in o sodni pristojnosti za reševanje sporov, ki nastanejo iz te pogodbe.⁷² Včasih gredo licenčna določila celo tako daleč, da prepovedo javno kritiziranje licenciranega programja in objavo primerjalnih testov programja brez predhodnega soglasja proizvajalca.⁷³ Primer, ko je EULA tudi v interesu uporabnika programja, so pogodbene določbe, ki dovoljujejo, da se programje z enega nosilca podatkov namesti na več računalnikov na primer v določenem podjetju ali šoli ali pa na namizni računalnik in notesnik istega uporabnika. Po splošnih pravilih je namreč treba kupiti programje za vsak računalnik posebej.⁷⁴

Marsikatera od omenjenih restriktivnih določb sicer pravno ni v celoti veljavna. S pogodbo na primer ni mogoče omejiti pravice upravičenega uporabnika programja, da brez dovoljenja avtorja reproducira največ dva varnostna primerka programja ali da opazuje, preučuje ali testira delovanje programja pod pogoji, ki jih določa zakon. Taka pogodbena določila so na podlagi petega odstavka 114.

⁷¹ Pearson, str. 138

⁷² Robertson, str. 2; Hawkins, točka 9; Spooner, točki 8 in 9.

⁷³ EULA Microsoftovega programa Visual C++ vsebuje določbo: »... you may not disclose the results of any benchmark test ... to any third party without Microsoft's prior written approval.« Licenca programa VirusScan pa tako: »The customer shall not disclose the results of any benchmark test to any third party without Network Associates' prior written approval. The customer will not publish reviews of the product without prior consent from Network Associates.« Podrobneje o tem: E. Foster: *The Silent Treatment*, Infoworld, 13. december 2002, dostopno na http://www.infoworld.com/article/02/12/13/021216opgripe_1.html.

⁷⁴ Schechter, str. 1770.

člena ZASP nična. Ker je EULA formularna pogodba, katere vsebino v celoti določi proizvajalec programja, pa jo je treba na splošno presojati tako, da se ohrani ravnotežje pravic obeh (ekonomsko neenakih) strank. Razlago nejasnih pogodbenih določil v korist pridobitelja licenca nalagata pravili iz 83. člena OZ in petega odstavka 22. člena ZVPot. Pogodbeni pogoji, ki so v nasprotju z namenom pogodbe, z dobrimi poslovnimi običaji ali ki so nepošteni do potrošnikov, so nični, sodišče pa lahko zavrne uporabo določb, ki so pretirano stroge do druge stranke. V nasprotju z namenom sklenjene pogodbe bi bilo na primer določilo, da uporabnik ne sme na noben način razmnožiti licenciranega programja, saj bi to preprečilo normalno rabo programja. Prepovedano je lahko kvečjemu nadaljnje razmnoževanje programja, ki pa ga prepoveduje že zakon. Nična so tudi določila, da uporabnik brez soglasja proizvajalca ne sme objaviti kritike ali rezultata primerjalnih testov licenciranega programja, saj so že v nasprotju z ustavno pravico do svobode govora, niso nujna za doseg namena pogodbe in neupravičeno varujejo položaj proizvajalca (slabega) programja. Kot nasprotno dobrim poslovnim običajem lahko štejemo določbo, da uporabnik ne postane lastnik fizičnega nosilca programja. Pretirano stroge do ene stranke oz. nepoštene do potrošnika pa bi lahko bile določbe, ki izključujejo kakršnokoli odgovornost proizvajalca za napake programja ter njegovo odškodninsko odgovornost ali za primer spora določajo tujo, težko dosegljivo jurisdikcijo.

2.4.4. Učinek

Zdi se, da je eden glavnih ciljev pogodb EULA (v kombinaciji s tehnološkimi ukrepi zaščite) iskanje pogodbenih obvodov okrog pravic, ki jih veljavno avtorsko pravo podeljuje uporabnikom programja v obliki izjem od izključnih avtorskih upravičenj.⁷⁵ EULA potemtakem ni licenca v pravem pomenu besede – njen poglobitveni učinek ni podelitev dovoljenja za določeno ravnanje, temveč omejitev ravnanja, ki bi bilo sicer dovoljeno.⁷⁶ Hugenholtz ocenjuje, da je izraz »licenca« v tej povezavi večkrat kot ne samo evfemizem za nasprotno stvar.⁷⁷ Če smo ugotovili, da se je pravno varstvo programja razvijalo v smeri čedalje širših pravic proizvajalcev in čedalje ožjega polja prostega ravnanja uporabnikov programja, EULA pomeni še en korak v tej smeri, ki z uporabo pogodbenega prava širi nadzor imetnika pravic tudi nad ravnanji, ki niso del avtorske pravice.

⁷⁵ Litman, *Digital ...*, str. 182.

⁷⁶ Liang, str. 26–27.

⁷⁷ Hugenholtz, str. 308–309.

2.5. Kritika pravnega varstva in nastanek alternativnih rešitev

Razprava o primernosti pravnega varstva programja ima dve perspektivi. Ena stran meni, da veljavni zakoni programja ne varujejo dovolj, saj so njihove kršitve prepogoste. Poudarjajo, da programerska industrija zaradi piratstva vsako leto izgublja milijarde dolarjev, zato bi morala biti zaščita programja pred nezakonitim razmnoževanjem ostrejša.⁷⁸ Druga stran verjame, da kršitve dokazujejo, da je pravno varstvo že zdaj prestrogo. Proizvajalce programja obtožujejo, da izkoriščajo svoje avtorske pravice in patente za zatiranje inovacij in konkurence ter kršijo pravico do proste uporabe informacij.⁷⁹

Zanimajo nas zlasti kritiki pravnega varstva programja, saj se je ustvarjanje prostega programja začelo zaradi njihovih prepričanj. Z nekaj posplošitvami lahko jedro kritike razdelimo na dve vrsti argumentov: ideološke in pragmatične. Taka delitev v grobem ustreza vodilom delovanja gibanj za prosto programje in za odprto programje. To pa naj ne zavede k misli, da gre za strogo ločena tabora, ki se med seboj izključujeta. Isti avtorji pogosto uporabljajo obe vrsti argumentov, razlika je le v tem, katerim dajejo večjo težo.

2.5.1. Stallmanova ideološka kritika

Richard M. Stallman, duhovni oče gibanja za prosto programje, svoj odpor do pravnih omejitev uporabe programja pogosto ilustrira z lastno izkušnjo. Leta 1971 je začel delati kot programer pri MIT Artificial Intelligence Lab⁸⁰ in tako postal del že vrsto let obstajajoče skupnosti, ki je ustvarjala in si delila programje. Njihovi programi niso nosili oznake avtorske pravice, vsakdo si jih je lahko ogledal, dobil izvorno kodo, napravil njeno kopijo in z njo počel, kar je hotel, torej tudi spremenil ali uporabil njene dele za izdelavo novega programa. Računalniška podjetja pa so v tistem času začela programe obravnavati kot svojo lastnino.⁸¹ To je Stallman prvič občutil, ko je želel odpraviti napako v gonilniku Xeroxovega tiskalnika, ki so ga uporabljali na AIL, a so mu dostop do izvorne kode kolegi z druge univerze

⁷⁸ Glej na primer *Third Annual BSA and IDC Global Software Piracy Study, May 2006*, dostopno na spletni strani svetovnega združenja proizvajalcev programja *Business Software Alliance*: <http://www.bsa.org/globalstudy/>.

⁷⁹ Gomulkiewicz, *Legal Protection ...*, str. 446.

⁸⁰ To je bila interdisciplinarna raziskovalna enota pri *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), ki je imela velik vpliv zlasti na področju umetne inteligence in robotike.

⁸¹ Stallman, str. 15; prim. Lessig, *The Future ...*, str. 52–57.

zavrnilo, ker jih je zavezovala pogodba o nerazkritju.⁸² Iz te izkušnje izhaja njegovo kritično stališče do vseh oblik pravnega varstva, ki omejujejo uporabo programja.

Stallmanovo etično izhodišče je, da znanja, od katerega ima človeštvo lahko korist, nihče ne sme zadržati zase. Namen znanosti in tehnologije je razvoj uporabnih informacij, ki lahko izboljšajo človeška življenja, in prikrivanje informacij pomeni izdajo tega cilja. Sistem lastništva programja po njegovem ne spodbuja lastnikov k proizvodnji programja, ki ga ljudje lahko preučujejo, popravljajo, prilagajajo in izboljšujejo, ne pa le uporabljajo. Ko ima program lastnika, uporabniki izgubijo nadzor nad delom svojega življenja. Predvsem pa mora družba spodbujati duh prostovoljnega sodelovanja med državljani. Ko lastniki programja običajno pomoč sosedu označujejo za »piratstvo«, skrunijo državljanski duh družbe. Zaradi tega bi programje po Stallmanu moralo biti prosto pravnih omejitev. Lastniško programje preprečuje, da bi si ljudje medsebojno pomagali; spodbuja egoistično ravnanje in krni etični pomen pomoči bližnjemu. Zmanjšuje tudi samozaupanje uporabnikov programja, ker ga ne morejo izboljšati in prilagoditi lastnim potrebam.⁸³ Stallmanova argumentacija sloni na predpostavki, da uporabnik programja ni nič manj pomemben kot njegov avtor ali avtorjev delodajalec. Uporabnikov interes in potrebe bi zato morali imeti enako težo pri snovanju pravne ureditve.⁸⁴

Pri vprašanju, ali mora biti razvoj programja povezan z obstojem lastnikov, je treba posebej presojati družbeni učinek razvoja programja in učinek omejevanja njegove uporabe. Programje nedvomno je koristno, saj sicer zanj nihče ne bi bil pripravljen plačati. Omejitve distribucije in spreminjanja programja pa povzročajo tri vrste škodljivih učinkov, ki zmanjšujejo vrednost programa za družbo:⁸⁵

1. *Manj ljudi uporablja program.* Izdelava primerka programa ima skoraj nične mejne stroške (ki jih lahko nosi uporabnik tako, da sam napravi kopijo), zato bi imel primerek na prostem trgu skoraj nično ceno. Licenčnina bistveno odvrča od uporabe programa.
2. *Uporabniki programa ne morejo prilagoditi ali popraviti.* Ravno enostavnost spreminjanja je ena velikih prednosti programja pred starejšimi tehnologijami. Toda večine lastniškega programja ni dovoljeno spreminjati, tudi če ga kupimo – na voljo je le tako, kakršno je. Tak položaj je po Stallmanovem mnenju podoben, kot če bi prepovedali prilagajati kuharske recepte posameznikovemu okusu ali dieti.

⁸² Stallman, str. 157–158.

⁸³ Stallman, str. 46–49, 123.

⁸⁴ Prav tam, str. 47, 131.

⁸⁵ Prav tam, str. 119–122.

3. *Drugi razvijalci se iz programa ne morejo učiti ali na njem zasnovati novega dela.* Lastniški model preprečuje evolucijski razvoj programov, pri katerem programerji za nove programe uporabijo dele že obstoječe, preizkušene kode, ki ji le dodajo nove elemente.⁸⁶ Zaradi izključnih pravic je treba razvoj vsakega programa začeti na novo, od začetka. Začetnikom pa je celo onemogočeno, da bi se s preučevanjem obstoječih programov naučili uporabnih tehnik programiranja.⁸⁷

Škodljivi učinki na vseh treh ravneh so prisotni ne glede na način, kako je razmnoževanje, spreminjanje in deljenje programja omejeno – s tehnološkimi sredstvi zaščite, z avtorsko pravico, z licenčnimi pogodbami, enkripcijo, omejitvami strojne opreme ali kako drugače.⁸⁸

Stallman meni, da bi se ljudje ukvarjali s programiranjem tudi brez nagrade v obliki izključnih pravic, že zato, ker je programiranje zabavno in je marsikomu hobi. Poleg tega se programerji lahko preživljajo s prodajanjem storitev, povezanih s programjem, na primer izdelavo programov po naročilu, njihovim prilagajanjem naročnikovim potrebam ali usposabljanjem uporabnikov. Razvoj programja lahko financirajo proizvajalci strojne opreme, univerze in raziskovalne ustanove. Po Stallmanovem mnenju je razvijalec uporabnega programja sicer moralno upravičen do podpore uporabnikov, vendar vsak poskus spremeniti to moralno upravičenje v pravno obveznost izniči moralno podlago obveznosti. Razvijalec si lahko nagrado zasluži ali jo zahteva, ne pa oboje.⁸⁹ Stallman se je prvi javno uprl sistemu lastniškega programja, v svojem protestu pa ni ostal osamljen. Njegova ideologija buri duhove, zato ima tako ostre nasprotnike kot zveste privrženke, med katerimi velja za nekakšnega guruja, ki pooseblja celotno filozofijo prostega programja.⁹⁰ O argumentih zoper lastniško programje danes razpravlja vrsta uglednih pravnikov, filozofov in sociologov.⁹¹

⁸⁶ Moglen označuje tak proces za lamarckovsko evolucijo: izboljšave lahko napravi vsakdo, podedujejo pa jih vsi. Moglen, *Anarchism ...*, str. 13 in 22.

⁸⁷ Lessig navaja, da zaradi pravnega varstva programja podatki, uporabljeni pri izdelavi programja, lahko postanejo za vedno nedostopni za izobraževanje v računalniški znanosti. Če podjetje, ki je proizvajalo določeno programje, propade, ni mogoče preprosto ugotoviti, kako so njegovi produkti kodirali podatke. Tako so nedostopni že podatki o nekaterem programju, ki je bilo v uporabi v 90. letih prejšnjega stoletja. Znanje je izgubljeno in programje je neuporabno. Lessig, *The Future ...*, str. 253.

⁸⁸ Stallman, str. 125–126.

⁸⁹ Stallman, str. 128–129.

⁹⁰ Stallman zato včasih v šali nastopa kot svetnik *St. GNUcius of the Church of Emacs*. Glej <http://www.stallman.org/saint.html>.

⁹¹ Lessig meni, da Stallmanova stališča v resnici niso ekstremna. Njegovo delo pravzaprav pomeni

2.5.2. Gibanje za prosto programje

Kritika lastniškega programja se je prelila v prakso leta 1983, ko je Stallman oznanil začetek izdelave prostega operacijskega sistema GNU in s privrženci zasnovo gibanje za prosto programje (*free software movement*).⁹² Cilj gibanja je nadomestiti lastniško programje z enakovrednim oziroma boljšim prostim programjem. Leta 1985 so za podporo teh ciljev ustanovili ustanovo Free Software Foundation,⁹³ ki so se ji kasneje pridružile še sestrške organizacije FSF Europe,⁹⁴ FSF India⁹⁵ in FSF Latin America.⁹⁶

Izraz *prosto programje* (*free software*) ne pomeni, da je to programje brezplačno, temveč da je »svobodno« v skladu s Stallmanovimi zahtevami. V primerjavi z lastniškim programjem ga njegovi uporabniki lahko uporabljajo, razmnožujejo, preučujejo, spreminjajo in distribuirajo skoraj brez omejitev. Po dejanski plati je to mogoče, ker je dostopna izvorna koda, po pravni plati pa zaradi licence, ki uporabniku dovoljuje večino ravnanj, ki so sicer kot izključna pravica pridržana ustvarjalcu programja. Načelo prostega programja se pogosto primerja z načelom svobode govora.⁹⁷ Free Software Foundation uporablja svojo definicijo prostega programja, sestavljeno iz štirih svoboščin. Gre za tisto programje, katerega uporabniki lahko:

- prosto poganjajo program za kakršenkoli namen (svoboščina 0);
- prosto preučujejo, kako program deluje, in ga prilagodijo svojim potrebam (svoboščina 1) – pogoj za to je dostop do izvorne kode;
- prosto redistribuirajo primerke programa in tako pomagajo bližnjemu (svoboščina 2);
- prosto izboljšujejo program in prepustijo svoje izboljšave javnosti, tako da ima korist od njih celotna skupnost (svoboščina 3) – pogoj za to je dostop do izvorne kode.⁹⁸

Programje je prosto le, če daje uporabnikom vse te pravice. Izvirne ali spremenjene primerke programja torej uporabniki lahko svobodno razdeljujejo komurkoli

prenos tradicionalnih svoboščin, ki so se izoblikovale v svetu zunaj kode, tudi v svet, ki mu vlada koda, zato mu velja prisluhniti. Lessig v: Stallman, str. 10.

⁹² O začetkih gibanja glej tudi Lessig, *The Future ...*, str. 52–54.

⁹³ Spletna stran FSF: <http://www.fsf.org>.

⁹⁴ Spletna stran: <http://www.fsf-europe.org>.

⁹⁵ Spletna stran: <http://fsf.org.in>.

⁹⁶ Spletna stran: <http://www.fsf-la.org>.

⁹⁷ »'Free software' is a matter of liberty, not price. To understand the concept, you should think of 'free' as in 'free speech', not as in 'free beer'.« Stallman, str. 41.

⁹⁸ Definicija prostega programja je dostopna na: <http://www.fsf.org/licensing/essays/free-sw.html>.

kjerkoli, bodisi brezplačno bodisi za plačilo, ne da bi za to potrebovali posebno dovoljenje. Prav tako je brez nadaljnega dopustno prosto spreminjati primerke programa in jih bodisi uporabljati za lastne potrebe bodisi jih objaviti. Svoboda redistribucije primerkov programja mora veljati tako za binarne oziroma izvršljive oblike programa kot za njegovo izvirno kodo. Zato da je mogoče izboljševanje in prilagajanje programa, mora biti omogočen tudi dostop do izvirne kode vsakega prostega programa. Vse te svoboščine uporabnikov prostega programja morajo biti nepreklicne – prvotni imetnik prostega programa (na primer programer) jih ne more pozneje preklicati ali omejiti (razen če uporabnik krši pravila proste licence).

Navedena merila izpolnjuje programje v javni domeni – torej tisto, na katerem ne obstajajo nobene izključne pravice intelektualne lastnine. Vendar je takšno programje zelo redko, saj avtorska pravica traja 70 let po smrti avtorja, kar je dlje, kot obstaja moderna računalniška tehnologija. Zato glavnino prostega programja tvorijo tisti programi, ki so sicer avtorskopravno varovani (oziroma eventualno tudi implementirajo patentiran izum), vendar njihova licenca, ki jo je podelil imetnik teh izključnih pravic, vsakemu uporabniku zagotavlja vse štiri navedene svoboščine. Za tako licenco uporabljam izraz *prosta licenca*. Prva prosta licenca, ki jo je začel uporabljati Stallman pri projektu GNU, je *GNU General Public License*, skrajšano GPL.⁹⁹ Merilom prostega programja pa ustrezajo tudi številne druge proste licence.¹⁰⁰

Prosto programje ne pomeni nujno nekomercialnega programja. Prosti program je dovoljeno uporabljati, razvijati in distribuirati za plačilo. Primerke prostega programja lahko torej vsakdo prodaja, vendar se pri tem ne sme zaračunavati licenčnina za uporabo programa, temveč samo kupnina za posamezni primerek. Z načeli prostega programja tudi ni nezdržljivo postavljanje licenčnih pravil in omejitev glede načina distribuiranja programja, dokler ta pravila ne ovirajo osrednjih svoboščin. Zaradi tega je različnih licenc, ki izpolnjujejo merila proste licence, a se razlikujejo v drugih določbah, veliko. Primer takih pravil distribucije je pravilo *copyleft*, po katerem je predelano programje dopustno distribuirati samo tako, da ostane prosto tudi za vse nadaljnje uporabnike – torej pod pogoji iste proste licence. Prav tako so v prosti licenci dopustna pravila o tem, v kakšni obliki ali v kakšnem paketu naj se distribuirajo spremenjene verzije programa. Licenca lahko

⁹⁹ Moglen ocenjuje, da je kljub Stallmanovim vizionarskim dosežkom na področju programiranja njegovo najpomembnejše delo prav stvaritev licence GPL. Moglen, *Anarchism ...*, str. 20.

¹⁰⁰ Na naslovu <http://www.gnu.org/licenses/license-list.html> FSF vodi seznam različnih pogostejših licenc za računalniško programje in za programske dokumentacije, razvrščenih glede na njihovo skladnost z definicijo prostega programja in glede na združljivost z licenco GPL.

določi, da ima avtor izvirnega programa pravico do primerka spremenjene verzije tega programa, če je ta objavljena.

2.5.3. Začetek razvoja prostega programja v praksi

Stallman je leta 1984 zasnoval ambiciozen projekt neodvisnega kolaborativnega razvoja prostega operacijskega sistema, podobnega tedaj zelo razširjenemu sistemu Unix. Poimenoval GNU, kar je rekurzivni akronim za GNU Ni Unix (*GNU's Not Unix*).¹⁰¹ Projekt se je namreč začel z izdelavo komponent, ki so lahko delovale na lastniškem Unixu. Opredelitev in cilje projekta je opredelil v razglasu *The GNU Manifesto*,¹⁰² v katerem je pozval javnost k sodelovanju in podpori. Osnovna zamisel je bila, da bi prosto programje postalo samoorganiziran projekt, v katerem ne bi prišlo do izgube inovacij zaradi izvrševanja lastniških pravic. Zaradi tega je Stallman sestavil tudi posebno prosto licenco *GNU General Public License*, s katero je vsem uporabnikom komponent operacijskega sistema GNU dovolil vse mogoče načine uporabe tega programja z edinim pogojem, da tudi sami ne smejo omejevati teh pravic nadaljnjim uporabnikom. Projekt GNU je do leta 1990 sestavil vse glavne komponente operacijskega sistema, razen njegovega jedra, programje pa je postalo znano po zanesljivosti in stabilnosti.¹⁰³ Ta razvojni krog pa je leta 1991 sklenil Linus Torvalds, tedaj študent računalništva na univerzi v Helsinkih, ki je zasnoval jedro novega operacijskega sistema. Ugotovil je, da bo njegov projekt najpreprosteje uspel, če njegovo zasnovo prilagodi tako, da bo združljiva s komponentami projekta GNU. Zaradi tega je svoj izdelek, ki se ga je prijelo ime Linux, leta 1991 izdal pod Stallmanovo licenco GPL. Pri vodenju projekta je spretno uporabil internet, ki se je ravno tedaj začel širše uveljavljati, in privabil k sodelovanju stotine, nazadnje pa že tisoče programerjev z vsega sveta, katerih prispevke je precej liberalno vključeval v svoj izdelek. Licenca GPL je vsem sodelujočim zagotavljala, da bodo vsi njihovi prispevki trajno ostali prosto programje, ki ga ni mogoče pretvoriti v lastniškega. Pri razvoju prostega programja je tako prvič hkrati sodelovalo bistveno večje število programerjev, kot bi si jih lahko privoščil zaposliti ali najeti katerikoli komercialni razvijalec programja, njihovo delo pa je bilo precej uspešno.¹⁰⁴ Že leta 1998 je prišla v javnost Microsoftova interna analiza (tako imenovani *Halloween documents*),¹⁰⁵

¹⁰¹ Spletna stran projekta: www.gnu.org.

¹⁰² Dostopen na spletni strani: <http://www.gnu.org/gnu/manifesto.html>.

¹⁰³ Moglen, *Anarchism ...*, str. 15–16.

¹⁰⁴ Po Raymondovem mnenju Torvaldsov največji dosežek ni programiranje Linuxa, temveč prav izum njegovega razvojnega modela. Raymond, *The Cathedral ...* (splet).

¹⁰⁵ Dostopno na: <http://www.catb.org/~esr/halloween>.

ki je ocenila, da je Linux zanesljiv in kredibilen konkurenčen operacijski sistem, ki pomeni najresnejšo grožnjo prevladujočemu sistemu Windows.¹⁰⁶ Danes se je razvilo več uspešnih komercialnih distribucij operacijskega sistema Linux, na primer Ubuntu, Fedora, Suse, Mandriva itd.

Projekt GNU pa ni bil edini vir prostega programja. Več oblik licenc za prosto ali vsaj delno prosto programje, zlasti s področja Unixa, se je oblikovalo tudi v akademskem okolju. *University of California, Berkeley*, je začela izdelavo iz Unixa izvedenega operacijskega sistema za prosto distribucijo v akademski skupnosti. Postal je znan pod oznako Berkeley Software Distribution (BSD), njegova licenca pa preprosto *BSD License*. Uspeh so doživeli nekateri drugi deli gibanja za prosto programje. Apache HTTP Server je na primer postal vodilno strežniško programje na svetu, Perl se je uveljavil kot programski jezik za izgradnjo spletnih strani, projekt Mozilla pa zlasti z brskalnikom Firefox in poštnim programom Thunderbird konkurira lastniškemu izdelkom. Prosto programje ni ostalo le v domeni prostovoljcev in amaterjev,¹⁰⁷ temveč pri njegovem razvoju že dlje časa sodelujejo tudi veliki proizvajalci programske in strojne opreme. Družba Sun Microsystems (danes v lasti družbe Oracle) je na primer v sodelovanju s skupnostjo razvila paket prostega pisarniškega programja OpenOffice.org, pod prosto licenco pa je prepustila tudi prvotno lastniško računalniško okolje Java in jedro operacijskega sistema Solaris. Tudi korporacija IBM sodeluje pri razvoju prostega programja in ga distribuira v okviru strojne opreme in programskih rešitev, ki jih ponuja svojim strankam.¹⁰⁸ Največ pozornosti v zadnjem času pa priteguje Googlov mobilni operacijski sistem Android kot najhitreje razvijajoča se programska platforma za mobilne telefone in tablične računalnike.¹⁰⁹

2.5.4. Raymondova funkcionalistična analiza

Uspeh prvih projektov prostega programja je spodbudil novo smer razmišljanja o (ne)primernosti lastniškega modela pravnega varstva programja z vidika tehnične (ne)učinkovitosti takega sistema. Osrednje delo, ki ga označuje takšna

¹⁰⁶ Moglen, *Anarchism ...*, str. 16–18.

¹⁰⁷ Amaterjev ne v smislu diletantov, temveč v smislu ljudi, ki se dela lotevajo predvsem zaradi lastne ljubezni ali navdušenja, ne pa zaradi službene dolžnosti. Zittrain, str. 272.

¹⁰⁸ Lessig, *The Future ...*, str. 69.

¹⁰⁹ O prednostih uporabe prostega programja razmišljajo tudi javne institucije. Ministrstvo za javno upravo RS je januarja 2011 objavilo Študijo o uvajanju odprtokodne programske opreme na delovnih postajah v javni upravi, v katerem predlaga izvedbo prehoda na uporabo odprtokodnega programja v petletnem obdobju.

argumentacija, je študija Erica Raymonda *The Cathedral and the Bazaar*, v kateri sta analizirana dva različna modela razvoja programja. Prvi model temelji na razmeroma močnem osrednjem nadzoru pri načinu izvedbe in obliki. Podobno kot so v srednjem veku gradili katedrale, programje sestavljajo izbrani mojstri v osami in ga ne dajo v javnost, dokler delo ni popolno. Drugi model je zasnovan na neformalni komunikaciji med velikim številom razvijalcev in koordinatorji projekta ter na soobstoju več projektov, med katerimi se lahko razvijalci prosto odločajo. Razvojna skupnost je podobna hrupnemu bazarju različnih načrtov in pristopov.

Model katedrale je tradicionalni način programskega vodenja, značilen za lastniško programje, čeprav je v uporabi tudi pri nekaterih prostih projektih. V tem modelu je število razvijalcev omejeno, jasno je določeno, kdo prispeva popravke, nadzorovan je način njihove integracije, določen je jasen in natančno opredeljen načrt novih različic in izdaj. Ta je namenjen predvsem boljšemu trženju, ne doseganju čim višje kakovosti programja. Cilj takega sloga razvoja je izdati programje s čim manj napakami, zato se nove verzije izdajajo redko, vmesni čas pa se porabi za interno odkrivanje in odpravljanje napak.

Bazar ponazarja razvojni slog, ki ga je uporabil Torvalds pri razvoju operacijskega sistema Linux. S prispevki lahko sodeluje neomejeno število programerjev, koordinacija njihovega dela poteka prek interneta, roki niso natančno določeni, nadzor nad prispevki in popravki ter razvojem novih funkcij pa je neformalen. Glavna vloga koordinatorja projekta je odločanje o vključitvi prejetih prispevkov v novo verzijo programa. Značilno je, da se izdaja stabilna različica programja, ki je na voljo za splošno uporabo, in razvojna različica (verziji alfa in beta), ki prinaša nove funkcionalnosti in popravke. Medtem ko stabilne različice zaradi bolj natančnega testiranja in zagotavljanja kakovosti izhajajo bolj poredko, se razvojne različice, namenjene testiranju, v modelu bazarja izdajajo izjemno hitro.¹¹⁰ Izkazalo se je namreč, da široka skupnost uporabnikov in razvijalcev najhitreje popravlja pomanjkljivosti programja. Če dovolj ljudi preučuje program, je »hrošče« preprosto odpraviti, pri čemer sploh ni nujno, da napako odpravi oseba, ki jo je odkrila – v dovolj široki skupnosti razvijalcev se bo namreč vedno našel kdo drug, ki bo to znal storiti.¹¹¹ Pogosto pa je odkrivanje napak težje od njihovega odpravljanja. Nobena od teh dveh dejavnosti ne zahteva visoke stopnje koordinacije v skupnosti, vsak lahko išče napake in sestavlja popravke individualno. Pogosto izdajanje novih različic pa preprečuje, da bi prišlo do prepogostega podvajanja

¹¹⁰ Raymond navaja, da je Torvalds v začetnem obdobju razvoja Linuxa včasih izdal novo različico celo po večkrat na dan.

¹¹¹ Raymond je to izrazil v obliki Linusovega zakona *Given enough eyeballs, all bugs are shallow*.

dela. Tako se izrazi načelo, da več oči več vidi in več glav več ve.¹¹² Velikega pomena pri ustvarjanju učinkovite razvojne skupnosti je seveda internet, s katerim geografske ovire postanejo nepomembne in je mogoča hitra komunikacija med udeleženci »bazarja«.

Raymond ugotavlja, da dobre programerje odlikuje konstruktivna lenoba, ker vedo, da je program navadno najbolje zasnovati s predelavo in nadgradnjo že obstoječe programske kode. Razvojnega modela bazarja brez takšne osnove tudi ni mogoče začeti. Zaradi stopničastega razvoja namreč v začetni fazi program še ni dovolj funkcionalen, da bi privabil pozornost drugih programerjev in podporo v obliki denarja, časa in drugih virov za dosego praga uporabnosti. Ko je ta prag dosežen, se lahko začne kazati moč bazarja. Tu se pokaže še ena prednost prostega programja. Ker je vse prosto programje dovoljeno predelati, je že danes na voljo ogromen korpus (več terabajtov) programske kode, ki jo je mogoče uporabiti za razvoj drugih odprtih projektov. Ista koda se tako lahko uporablja in izboljšuje več desetletij, kar pri lastniškem programju lahko počne samo njegov lastnik.¹¹³

Na podlagi navedenih ugotovitev Raymond dokazuje, da je zaprto programje neoptimalna rešitev, prosto programje pa je zaradi javne dostopnosti svoje izvirne kode tehnično superiorno. Prevladalo bo zaradi tehnične učinkovitosti, ne zaradi moralne večvrednosti, ki jo poudarja Stallman.¹¹⁴ Raymondova analiza značilnosti Linuxovega razvojnega modela je bila zelo vplivna, tako da se nanjo sklicuje skoraj vsaka obsežnejša razprava o prostem programju.¹¹⁵

2.5.5. Gibanje za odprto programje

Raymondov esej je leta 1998 sovpadel z odločitvijo korporacije Netscape, da objavi izvirno kodo svojega glavnega proizvoda, internetnega brskalnika Netscape Communicator, pod prosto licenco (razlog za to je bilo izgubljanje tržnega deleža

¹¹² Ugotovitev je nasprotna od tako imenovanega Brooksovega zakona, ki označuje lastniške razvojne projekte in pravi, da povečanje števila sodelujočih programerjev pomeni povečanje kompleksnosti programja in zavleče njegov razvoj.

¹¹³ Že Breyer ugotavlja, da je težava z varovanjem izraza, ne pa ideje programa, v tem, da je treba za doseganje iste funkcije algoritem napisati znova v drugačni obliki, kar je nepotrebno zapravljanje časa, hkrati pa ima lahko katastrofalne posledice za standardizacijo. Breyer, str. 347.

¹¹⁴ Raymond, *The Cathedral ...* (splet).

¹¹⁵ Glej na primer obsežno analizo razvojne metodologije prostega programja z vidika teorije kompleksnosti pri Maher, str. 624–637 in 658–695. So pa njegovi sklepi doživeli tudi precej kritičnih odzivov. Bezroukov na primer meni, da Raymond poenostavlja podobo razvojnega procesa: ta je v resnici bolj podoben posebni obliki akademskega raziskovanja. Prav tako je kritičen do napovedi o neizbežni prevladi prostega programja nad lastniškim.

na račun konkurenčnega Microsoftovega Internet Explorerja). Nekateri vplivni člani gibanja za prosto programje so ocenili, da je to primerna priložnost za vi-dnejši prodor prostega programja na trg prevladujočih uporabniških in poslovnih računalnikov. Menili so, da jih oznaka *prosto programje* oziroma *free software* pri tem ovira, saj s svojim zvenom antikomercialnosti po nepotrebnem draži poslovneže. Zato so predlagali nov, manj ideološko nabit izraz *open source* oziroma *open-source software*, kar slovenimo kot *odprtokodno programje* oziroma krajše *odprto programje*.¹¹⁶ S tem izrazom naj bi skupnost pokazala pripravljenost, da se spusti z barikad in začne sodelovati s svetom korporacij, če bodo te pripravljene sprejeti odprti model razvoja programja.¹¹⁷

Stallman in FSF sta uporabo termina *odprto programje* po premisleku zavrnila, češ da je iz njega premalo razviden pomen svobode uporabnikov, ne le tehnologije.¹¹⁸ Prav tako sta zavrnila članstvo v neprofitni družbi Open Source Initiative (OSI),¹¹⁹ ki je bila ustanovljena z namenom promoviranja odprtega programja. Tako je prišlo do razkola med zagovorniki novega in starega izraza, ki traja še danes. V žargonu programerske skupnosti gre za eno od tako imenovanih svetih vojn, v katerih se obe strani strinjata o bistvu zadeve, spor pa poteka o podrobnostih.¹²⁰ Kar je bilo najprej mišljeno predvsem kot zamenjava oznake zaradi lažjega trženja (*re-labeling*), pa je zaradi nesoglasij s Stallmanom in njegovimi privrženci povzročilo nastanek novega gibanja. Gibanje za odprto programje (*open source movement*) je ubralo novo strategijo trženja, da bi svoje programje čim hitreje komercializirali, zagotovili odmevnejše medijsko poročanje in prepričali računalniška podjetja, da ga sprejmejo ter vlagajo v njegov razvoj. V ta namen so opustili etične, filozofske in socialne razloge za odprto programje in začeli poudarjati predvsem njegove tehnične prednosti pred lastniškim programjem.¹²¹ Pri svojih prizadevanjih so bili precej uspešni, saj je oznaka *open source* danes že bolj uveljavljena kot *free software*.

Distribucijski pogoji odprtega programja, kot ga definira OSI, morajo izpolnjevati naslednje pogoje:¹²²

¹¹⁶ Prim. <http://www.islovar.org/izpisclanka.asp?id=4524>.

¹¹⁷ Glej Raymondov poziv z dne 8. februarja 1998: *Goodbye, »free software«; hello, »open source«*, dostopno na: <http://www.catb.org/~esr/open-source.html>.

¹¹⁸ Stallman, str. 30.

¹¹⁹ Spletna stran OSI: <http://www.opensource.org>.

¹²⁰ Prim. Fogel, str. 93–94.

¹²¹ Moglen, *Free Software ...*, str. 66.

¹²² Glej definicijo odprtega programja: <http://www.opensource.org/docs/definition.html>. Podrobneje razlaga načela odprtega programja Rosen, str. 2–11.

1. Omogočena mora biti prosta redistribucija programa.
2. Program se mora distribuirati skupaj z izvorno kodo ali tako, da je izvorna koda brezplačno javno dostopna.
3. Pridobitelju mora biti dovoljeno izvorno kodo prosto spreminjati in distribuirati spremenjeno programje pod enakimi pogoji kot originalno.
4. Distribucija spremenjene izvorne kode je lahko omejena samo, če je dovoljena distribucija njenih sprememb poleg originalne izvorne kode (s čimer je zagotovljena integriteta avtorjeve izvorne kode).
5. Licenca ne sme diskriminirati nobene vrste uporabnikov – program lahko uporablja kdorkoli.
6. Licenca ne sme diskriminirati glede področja uporabe (ne sme na primer prepovedovati komercialne rabe programja).
7. Določbe licence morajo samodejno veljati za vsakogar, komur je bil program redistribuiran.
8. Licenca mora veljati za program na splošno – ne glede na to, kdo in kako ga distribuira.
9. Licenca ne sme postavljati pogojev glede drugega programja, ki se distribuira skupaj z licenciranim (ne sme na primer določati, da mora biti vse programje na istem mediju odprto ali brezplačno).
10. Licenca mora biti tehnološko nevtralna – ne sme temeljiti na konkretni tehnologiji ali vrsti vmesnika (namen je dovoliti distribucijo programja tudi s tehnologijami, ki ne omogočajo izrecnega sprejema licence s klikom – *click-wrap*).

Da bi preprečili zlorabe izraza, je OSI namreč uvedla sistem certificiranja licenc za programje. Programje, licenčna določila katerega ustrezajo definiciji odprtega programja, lahko nosi oznako *OSI Certified* in zaščiten grafični znak.¹²³ OSI vodi seznam uradno potrjenih licenc na svoji spletni strani.

Ugotovimo lahko, da se uradni definiciji prostega in odprtega programja razlikujeta po formulaciji, medtem ko je vsebinska razlika med njima malenkostna. Načeloma velja, da je prva nekoliko strožja od druge – prosto programje torej vedno izpolnjuje merila odprtega programja, obrnjeno pa ni nujno tako. Vendar so bili v praksi primeri licenc za odprto programje, ki ne bi bilo hkrati tudi prosto programje, izredno redki in nepomembni, trenutno pa se seznama licenc prostega in odprtega programja povsem ujemata. Izraza torej označujeta isto kategorijo programja – razlika med njima je le v filozofskem poudarku. Odprto programje

¹²³ Spletna stran: http://www.opensource.org/docs/certification_mark.php#approval.

Seznam odobrenih odprtih licenc: <http://www.opensource.org/licenses/index.php>.

je bolj podobno razvojni metodi s tehničnimi cilji in poslovno strategijo, prosto programje pa je socialno gibanje z etičnimi cilji. Za ene je prosto programje moralni imperativ, za druge pa pragmatično vprašanje iskanja optimalnega razvojnega modela programja.¹²⁴ Gibanji sicer zagovarjata skoraj enaka praktična sredstva za uresničitev svojih ciljev, zato lahko sodelujeta v številnih konkretnih projektih.¹²⁵

2.5.6. Terminološka dilema

Zaradi omenjene terminološke dihotomije – dveh izrazov, ki označujeta isto kategorijo programja – se znajdemo v zadregi, če hočemo pisati o tem programju na splošno, brez ideološke opredelitve za eno od gibanj. Oba izraza imata pomanjkljivosti. *Prosto programje* je pogosto napačno razumljeno kot brezplačno programje, zlasti v angleščini, kjer je beseda *free* izrazito dvoumna.¹²⁶ Težava izraza *odprto programje* pa je zavajanje k misli, da se pojem izčrpa že z dostopnostjo izvorne kode programja.

Ko se je Evropska komisija začela ukvarjati z vprašanji pravne regulacije programja, se je zmede želela izogniti z izrazom, ki se je občasno že pojavljal od leta 1992: *libre software*. Izraz *libre*, izvirajoč iz romanskih jezikov, se namreč nedvomno nanaša samo na svobodo, in ne na ceno.¹²⁷ V akademskem svetu pa so pisci, ki dajejo prednost natančnosti in inkluzivnosti pred eleganco, iznašli izraz FOSS oz. F/OSS kot okrajšavo za *free/open source software* oziroma FLOSS za *free/libre/open source software*. Vsi ti izrazi pa (vsaj s pravnega vidika) še vedno pomenijo isto stvar: programje, ki ga lahko vsakdo spreminja in distribuira, včasih pospremljeno z zahtevo, da mora biti tudi izvedena dela dovoljeno distribuirati pod istimi pogoji.¹²⁸

Navedeni nevtralni izrazi v pregibnem jeziku, kakršna je slovenščina, zvenijo preveč okorno.¹²⁹ Namesto tega je v nadaljevanju te knjige uporabljen izraz *prosto programje* kot generičen, ne glede na ideološka stališča njegovih ustvarjalcev, in je z njim praviloma zajeto tudi odprto programje, če ni posebej opozorjeno, da so

¹²⁴ Moglen, *Anarchism ...*, str. 23.

¹²⁵ Zittrain, str. 274–275; Fogel, str. 14–16; Stallman, str. 30, 55; glej podrobno analizo vsebinskih razlik med gibanjema: D. Berry, *The Contestation of Code: A preliminary investigation into the discourse of the free/libre and open source movements*. Critical Discourse Studies, letnik 1, št. 1, april 2004, str. 65–89.

¹²⁶ To priznava tudi Stallman, str. 18.

¹²⁷ Spletna stran: <http://fsfeurope.org/documents/freesoftware.en.html>.

¹²⁸ Fogel, str. 153–154.

¹²⁹ Poleg tega načenjajo še vprašanje, ali je treba kratico FLOSS prevesti v PLOP (prosto/libre/odprto programje).

v posameznem primeru med kategorijama upoštevanja vredne razlike. Slovenska beseda *prosto* drugače od angleške ne implicira brezplačnosti, hkrati bolje odslikava (vsaj za pravnike) glavno značilnost programja – prostost uporabe (morda se programerjem dostop do izvirne kode zdi pomembnejši). Zanimiva je tudi Lessigova misel, da dvoumnosti izraza *free* pravzaprav ne gre obžalovati, saj sili ljudi k razmišljanju in spoznanju, da je svoboda pomembnejša od cene.¹³⁰

2.5.7. Kategorije prostega in lastniškega programja

Prosto programje se včasih napačno enači s pravno nevarovanimi programi ali brezplačnimi programi, zato sledi kratka razmejitev med izrazi, ki opredeljujejo različne kategorije bolj ali manj prostega programja.¹³¹

Prosto programje (*free software*) je programje, ki ga je vsakomur dovoljeno uporabljati, razmnoževati in distribuirati, tako dobesednega kot spremenjenega, bodisi brezplačno bodisi za plačilo. Dostopna mora biti njegova izvirna koda. Izraz prosto programje uporablja Free Software Foundation. Izraz zajema enak obseg programja kot *odprto programje*, a bolj poudarja idejo svobode.¹³²

Odprto programje (tudi *odprtokodno programje*; *open-source software*) je alternativni izraz za prosto programje, ki ga je začela uporabljati Open Source Initiative z namenom, da tovrstno programje predstavi kot razvojno metodologijo, in ne politično gibanje, ter ga tako napravi bolj privlačnega za poslovni svet. Poudarek je na tehnični kakovosti programja, in ne na filozofskih stališčih o svobodi.¹³³

Programje v javni domeni, tudi *javno programje*¹³⁴ (*public domain software*) je programje, ki pravno ni varovano. Nevarovano je lahko že po samem zakonu (zlasti če se je iztekla doba varstva) ali po volji avtorja, ki se je v celoti odpovedal svojim pravicam.¹³⁵ To programje ni predmet izključnih pravic, zato ga lahko vsakdo prosto uporablja in njegovo kodo vključi v svoje programje.¹³⁶ Programje v javni domeni izpolnjuje merila prostega programja, če je dostopna tudi njegova izvirna koda.

¹³⁰ Lessig v: Stallman, str. 9.

¹³¹ Razdelitev na kategorije in njihova osnovna opredelitev sta večinoma povzeti po strani <http://www.gnu.org/philosophy/categories.sl.html>.

¹³² Fogel, str. 153.

¹³³ Fogel, str. 153.

¹³⁴ Leksikon računalništva in informatike, str. 196.

¹³⁵ Popolna odpoved avtorski pravici v slovenskem pravu sicer ni mogoča – avtorju vedno ostanejo vsaj moralna upravičenja; taka odpoved pa je mogoča v ameriškem sistemu *copyright*.

¹³⁶ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 263, glej tudi Röhricht/Westphallen, str. 1903 in Marly, str. 126

Napol prosto programje (semi-free software) je tisto, ki daje uporabniku nekatere od svoboščin prostega programja, ne pa vseh. Sem spada na primer programje, ki ga posamezniki smejo uporabljati, razmnoževati, distribuirati in spreminjati (vključno z distribucijo spremenjenih različic) v neprofitne namene, ne pa v profitne. Primer takega napol prostega programa je kriptografski sistem PGP.

Lastniško programje oziroma *zaprto programje (proprietary software, closed-source software)* je nasprotje prostega programja. Imetniki avtorske in drugih pravic na tem programju torej uveljavljajo svoje pravice v celotnem obsegu, ki ga dopušča veljavna zakonodaja. Uporaba, distribuiranje in spreminjanje lastniškega programja brez dovoljenja imetnikov teh pravic niso dopustni oziroma so zelo omejeni, prav tako pa ni javno dostopna njegova izvorna koda. Lastniško programje se distribuira pod pogoji tradicionalnih licenc za končnega uporabnika.¹³⁷

Zastonjsko programje (tudi *brezplačno programje; freeware*)¹³⁸ je tisto, ki ga imetnik izključnih pravic prepusti vsakomur v uporabo brez plačila nadomestila. Odločilna je cena, ne svoboda, zato v to kategorijo lahko pade tako lastniško kot prosto programje. Kako širok je obseg dovoljene brezplačne uporabe zastonjskega programja, je treba ugotoviti v vsakem primeru posebej; pogosto je brezplačna samo uporaba v nekomercialne namene, medtem ko je za komercialno uporabo treba pridobiti licenco.¹³⁹ Prosto programje je dovoljeno prodajati, ne pa zaračunavati licenčnine za njegovo uporabo ali omejevati uporabo v komercialne namene.

Preizkusno programje ali *programje na pokušnjo (shareware)* je programje, pri katerem imetnik pravic sprva omogoči brezplačno preizkusno uporabo (vključno z reproduciranjem in distribuiranjem) za določeno obdobje ali omejeno število rab, uporabnik pa se šele potem odloči za nakup in registracijo. Gre za licenčno razmerje z odločnim pogojem, da ga uporabnik kasneje odobri.¹⁴⁰ Preizkusno programje pomeni torej predvsem način distribucije komercialnega lastniškega programja.¹⁴¹

Komercialno programje (commercial software, tudi payware) je programje, ki ga razvija podjetje s ciljem zaslužiti. Bistveno je torej, da je zanj treba plačati kupnino ali licenčnino. *Komercialno* in *lastniško* nista sopomenki. Večina komercialnega programja je lastniškega, vendar obstaja tako komercialno prosto programje kot

¹³⁷ Prim. Fogel, str. 154.

¹³⁸ Prim. Leksikon računalništva in informatike, str. 40.

¹³⁹ Marly, str. 126; Trampuž/Oman/Zupančič, str. 263.

¹⁴⁰ V pošteev pride analogna uporaba 514. člena OZ o kupu na poskušnjo.

¹⁴¹ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 264, in Röhricht/Westphallen, str. 1904–1905; prim. Marly, str. 144–148.

nekomercialno lastniško programje.¹⁴² Nasprotje komercialnega programja je zastojno programje.

Programje z deljeno kodo (*shared-source software*) je ime za poskus nekaterih proizvajalcev lastniškega programja, da bi z novimi modeli licenciranja izkoristili nekatere prednosti skupnostnega razvijanja programske kode, ne da bi se pri tem odrekli izvrševanju izključnih pravic na programju. Licenca dovoljuje poln ali omejen dostop do izvirne kode programja, ne dovoljuje pa njene komercialne uporabe, zato taka licenca ne izpolnjuje meril prostega programja. Podoben neprosti licenčni model, ki dopušča nekoliko širšo uporabo izvirne kode, je včasih imenovan tudi *public source*.¹⁴³

2.6. Primeri prostih licenc za računalniško programje

Večina prostega programja temelji na licenci, s katero imetnik(i) pravic vsakemu uporabniku podeljuje(jo) širok obseg pravic uporabe. Iz različnih standardnih licenc, ki izpolnjujejo pogoje iz definicije prostega oziroma definicije odprtega programja, je mogoče izluščiti značilnosti, ki zaznamujejo prosto licenco kot poseben tip licence. Zaradi tega so v nadaljevanju najprej na kratko predstavljene nekatere najbolj uveljavljene proste licence za računalniško programje, katerih elementi bodo podrobneje analizirani v 5. poglavju. Čeprav je v uporabi na desetine prostih licenc,¹⁴⁴ je pod pogoji licenc, predstavljenih v nadaljevanju, na voljo več kot 80 odstotkov vse proste programske kode,¹⁴⁵ opazen pa je pojav opuščanja uporabe drugih, manj uveljavljenih licenc. Licence so glede na stopnjo permisivnosti razvrščene v dve temeljni skupini, kar olajšuje ugotavljanje skupnih značilnosti.

2.6.1. Preproste permisivne licence

Permisivne licence določajo le minimalne omejitve pri uporabi programja in ne zahtevajo niti objave njegove izvirne kode (čeprav brez nje večine podeljenih pravic ni mogoče izkoriščati). Zaradi tega so zelo fleksibilne in je pod njimi ustvarjeno programsko kodo mogoče uporabiti tudi v projektih izdelave lastniškega programja. Prve permisivne licence so sestavili na univerzah, da bi omogočili distribucijo programja, izdelanega v okviru raziskovalnih projektov, v duhu akademske

¹⁴² Rosen, str. 52.

¹⁴³ Podrobneje Rosen, str. 255–261; Zittrain, str. 270.

¹⁴⁴ Seznam prostih licenc, ki jih je odobrila OSI, je novembra 2006 obsegal že 58 različnih licenc.

¹⁴⁵ Vir: <http://freshmeat.net/stats/#license>, obiskano 29. novembra 2006.

svobode objavljajanja novih idej in prepuščanja intelektualnih dosežkov javnosti. Zato jih imenujejo tudi akademske licence.¹⁴⁶ Pojavlja se še izraz *disclaimer license*, saj se razvijalec s tako licenco skoraj v celoti odpove izvrševanju svojih pravic na programu.¹⁴⁷

a) Licenca MIT

Licenca MIT (imenovana tudi licenca X ali X11, ker je bila uporabljena za sistem *X Window*)¹⁴⁸ je najpreprostejša od pomembnih prostih licenc. Nastala je tako, da so pravniki na *Massachusetts Institute of Technology* prečistili jezik starejše licence BSD in ga poenostavili.¹⁴⁹ Njeno vsebino najdemo v skoraj vseh drugih prostih licencah, zato jo lahko obravnavamo kot nekakšen temeljni gradnik, z nadgradnjo katerega je mogoče sestaviti kompleksnejše licence.¹⁵⁰

Licenca MIT neodplačno dovoljuje vsakomur, ki pridobi primerek programa in povezane dokumentacije, da z njima počne, kar želi, brez omejitev. To splošno dovoljenje je v nadaljevanju konkretizirano z izrecno izključitvijo kakršnihkoli omejitev uporabe, razmnoževanja, spreminjanja, združevanja, objavljajanja, distribuiranja, podlicenciranja in prodaje primerkov programa ter dovoljevanja novim pridobiteljem programa, da počnejo isto. Licenca torej našteva skoraj vsa izključna upravičenja iz avtorske pravice in iz patenta, ki pridejo v poštev pri programu, in vsakemu uporabniku dovoljuje njihovo izkoriščanje. Dovoljenje se ne nanaša samo na programje, temveč tudi na povezano dokumentacijo, pri čemer je v praksi lahko nejasno, na katero dokumentacijo vse, zato je to v dokumentih smiselno označiti. Izraz »neodplačno« pomeni, da dajalec licence (izvorno MIT) ne more zaračunavati licenčnine v zameno za podelitev licence. To pa ne izključuje prodaje primerkov programa na fizičnih medijih, niti ne preprečuje nadaljnjim razvijalcem, da bi za uporabo spremenjene kode zahtevali plačilo.

Licenca MIT pravzaprav vsebuje samo en pogoj: v vsaki kopiji celotnega licenciranega programa ali njegovega znatnega dela morata biti vključena zaznamek o avtorski pravici na programu in besedilo licence. Nespremenjena koda se mora torej distribuirati pod isto licenco. Če se koda programa predela ali če se uporabi le majhen delček nespremenjene kode, niti ta obveznost ne velja več, zato lahko nadaljnji razvijalec za svojo spremenjeno kodo uporabi kakršnokoli, tudi lastniško licenco.

¹⁴⁶ Rosen, str. 74.

¹⁴⁷ Reese/Stenberg (splet).

¹⁴⁸ Besedilo dostopno na: <http://www.opensource.org/licenses/mit-license.php>.

¹⁴⁹ Rosen, str. 85.

¹⁵⁰ St. Laurent, str. 14.

V zadnjem odstavku je izključeno kakršnokoli jamstvo dajalca licence za pravilno delovanje programja ali njegove pravne napake ter izključena odškodninska odgovornost zaradi škode, ki bi nastala zaradi uporabe programja. Zanimivo je, da je izrecno izključena tudi odgovornost zaradi morebitnih kršitev pravic tretjih oseb na programju (tj. avtorskih pravic ali patentov), česar pri starejših licencah navadno ne zasledimo, čeprav je o tem mogoče sklepati iz splošnejših formulacij.¹⁵¹

b) Licenca BSD

Licenca BSD¹⁵² je ena najbolj razširjenih licenc za prosto programje, poimenovana po operacijskem sistemu *Berkeley Software Distribution*, ki je distribuiran pod njenimi pravili. Je nekoliko restriktivnejša od licence MIT. Izrecno dovoljuje uporabo in redistribucijo programja tako v izvorni kodi kot v binarni obliki, za obe pa veljajo enaka pravila. Pri tem drugače od MIT niso posebej navedene vse izključne pravice, izhajajoče iz avtorske pravice, vendar je iz nadaljnega besedila mogoče z gotovostjo sklepati, da so dovoljeni tudi razmnoževanje in spreminjanje programa ter distribucija spremenjene kode. Bolj nejasno je, ali je podeljena tudi licenca za izkoriščanje morebitnega patenta na programju, saj je od možnih izključnih pravic iz patenta v licenci omenjena samo uporaba programja.¹⁵³

Omejitve, ki jih določa licenca BSD, se nanašajo tudi na distribucijo spremenjene kode, in ne le prvotne kode programja kot pri licenci MIT. Pogoji za distribucijo obojih so enaki:

- Vsi redistribuirani primerki programja morajo vključevati zaznamek o avtorski pravici na prvotnem delu, seznam pogojev za distribucijo in klavzulo o izključitvi odgovornosti. Če gre za distribucijo izvirne kode, morajo biti ti elementi vsebovani v datoteki, pri distribuciji v izvršljivi obliki pa v priloženi dokumentaciji ali drugih gradivih.
- Imen dajalca licence ali razvijalcev programja brez predhodnega pisnega dovoljenja ni dopustno uporabiti za promocijo programja, razvitega na podlagi licencirane kode (take določbe pri licenci MIT ne najdemo).
- Izključena sta kakršnokoli jamstvo dajalca licence za delovanje programja in iz njega izvirajoča odškodninska odgovornost.

Če so te omejitve spoštovane, se lahko predelano programje distribuira tudi pod strožimi prostimi licencami ali lastniškimi licencami, ki nalagajo dodatne pogoje za uporabo, razmnoževanje, spreminjanje ali distribucijo programja.

¹⁵¹ Rosen, str. 89–90.

¹⁵² Besedilo dostopno na: <http://www.opensource.org/licenses/bsd-license.php>.

¹⁵³ Rosen, str. 78–79.

Prvotna verzija licence BSD je vsebovala tako imenovano oglaševalsko določbo, ki je zahtevala, da vse oglasno gradivo, ki omenja lastnosti ali uporabo programa, vsebuje navedbo, da so programje razvili *University of California, Berkeley*, in njeni sodelavci. Ker so številni naknadni razvijalci programja v licenco dodali še svoje ime, je seznam avtorjev, ki ga je bilo treba navajati, pogosto postal predolg in neroden za uporabo.¹⁵⁴ Zaradi te določbe pa je bila prvotna licenca BSD tudi neskladna z licenco GPL, ki ne dovoljuje dodajanja omejitev, ki jih ne določa že sama. Univerza Berkeley je zato na prošnjo Richarda Stallmana to določbo iz licence umaknila. Nova, spremenjena licenca BSD je v celoti združljiva z GPL. Seveda pa za programje, ki je bilo objavljeno pod staro verzijo licence, še vedno velja stara verzija, dokler ga avtorji izrecno ne relicencirajo.¹⁵⁵

c) *Licenca Apache*

Strežniško programje Apache, zlasti Apache HTTP Server, je eden od najuspešnejših projektov prostega programja, saj ga uporablja okrog 65 odstotkov vseh spletnih strežnikov,¹⁵⁶ pod pogoji licence Apache 2.0 je na voljo tudi večina kode priljubljenega mobilnega operacijskega sistema Android. Licenca Apache je bila še v verziji 1.1 iz leta 2000 zelo podobna licenci BSD, čeprav nekoliko daljša. Vsebovala je svojevrstno oglaševalsko klavzulo, ki pa je zahtevala navedbo proizvajalca programja samo v uporabniški dokumentaciji, če je ta priložena, ali alternativno v samem programju, kar je mnogo manj moteče kot pri prvotni licenci BSD. Licenca posebej varuje blagovno znamko Apache, ki je ni dovoljeno uporabljati niti za poimenovanje derivativnega programja niti za njegovo oglaševanje ali promocijo brez predhodnega pisnega dovoljenja ASF.¹⁵⁷

Verzija licence Apache 2.0 iz leta 2004 je daljša in podrobneje opredeljuje uporabljene izraze in podeljene pravice, njeno vsebinsko jedro pa ostaja nespremenjeno.¹⁵⁸ Izrecno je podeljena tudi patentna licenca, če je program ali njegov del patentiran, vendar samo za tiste pravice iz patenta, ki bi jih uporabniki sicer s spreminjanjem ali kombiniranjem kode kršili. Novost je tako imenovana patentna retaliacijska klavzula: pridobitelj licence, ki vloži tožbo, zatrjuje, da licencirano

¹⁵⁴ Verzija programa NetBSD iz leta 1997 je vsebovala seznam kar 75 takih navedb avtorjev ali skupin avtorjev. Vir: <http://www.gnu.org/philosophy/bsd.html>.

¹⁵⁵ St. Laurent, str. 16. Uradni dokument o spremembi licence je dostopen na naslovu: <ftp://ftp.cs.berkeley.edu/pub/4bsd/README.Impt.License.Change>.

¹⁵⁶ Podatek za julij 2011: http://news.netcraft.com/archives/web_server_survey.html.

¹⁵⁷ Blagovna znamka določenega prostoprogramskega izdelka tudi sicer navadno ni predmet proste licence, saj je pomembno sredstvo za trženje programja.

¹⁵⁸ Besedilo dostopno na: <http://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0>.

programje krši njegov patent, z dnem vložitve tožbe izgubi vse pravice iz te patentne licence.¹⁵⁹ Drugače od licenc MIT in BSD (za kateri sicer velja isto) je izrecno navedeno, da je predelano kodo dopustno licencirati tudi pod dodatnimi ali drugačnimi licenčnimi pogoji. Posebej pa je določeno, da lahko dajalec licence vključi v novo verzijo programja pod isto licenco vsako spremembo kode, ki mu je bila poslana, če ni avtor spremembe tega izrecno prepovedal.¹⁶⁰ Kadar je licenca Apache obravnavana v nadaljevanju knjige, so upoštevane določbe verzije 2.0, če ni izrecno navedeno drugače.

2.6.2. Recipročne (copyleft) licence

Recipročne licence¹⁶¹ enako kot permisivne dopuščajo prosto uporabo programja za kakršenkoli namen, vendar poleg tega zahtevajo, da so tudi predelave in druga iz programja izvedena dela licencirani tako, da ostanejo prosto uporabni. Licenca torej ne zavezuje pridobitelja le glede tega, kako sam izkorišča predmet licence, temveč mu tudi nalaga, kakšne omejitve mora oziroma sme naložiti nadaljnjim uporabnikom spremenjenega programja. Poleg prostega licenciranja predelav se zahteva tudi dostopnost njihove izvirne kode, ki po dejanski plati omogoča uresničevanje podeljenih pravic. Koncept prenašanja licence, imenovan *copyleft*, zagotavlja, da se ohranja prostost programja za vse nadaljnje uporabnike in da se korpus prostega programja nenehno povečuje. Po drugi strani pa prepoved dodajanja novih omejitev otežuje združljivost tako licencirane programske kode s kodo, dostopno pod drugimi licencami.

a) GNU General Public License

GNU GPL je gotovo najvplivnejša prosta licenca. V uporabi je za večino projektov FSF in programje številnih drugih razvijalcev, njen najbolj znani predmet pa je operacijski sistem GNU/Linux.¹⁶² V nasprotju z drugimi licencami se GPL ne omejuje na suhoparno podelitev pravic, temveč iz nje veje močan ideološki naboj, usmerjen proti sistemu izključnih pravic na programju. To je razvidno že iz obsežne preambule: namen licence je ohraniti programje prosto za vse uporabnike, da ga ti lahko distribuirajo in spreminjajo brez vsakokratnega dovoljenja razvijalca

¹⁵⁹ Zaradi te določbe je licenca Apache nezdržljiva z verzijo 2 GPL, nova, 3. verzija GPL združljivost omogoča.

¹⁶⁰ St. Laurent, str. 21.

¹⁶¹ Izraz uporablja Rosen, str. 70 in 105. O problematičnosti izraza glej poglavje 5.5.2.

¹⁶² Po podatkih spletne strani freshmeat.net je februarja 2007 GPL uporabljalo več kot 66 odstotkov vsega prostega programja; <http://freshmeat.net/stats/#license>.

programja. Preambula sicer ni neposredno pravno zavezujoča, lahko pa se v dvomu uporabi kot vodilo pri razlagi nejasnih določb licence, saj jasno opredeljuje cilj licence.¹⁶³ Danes je veljavna verzija 3 licence GPL, ki jo je FSF uradno objavila 31. maja 2007. Še vedno pa je pomembna tudi prejšnja verzija iz leta 1991, ki jo uporablja mnogo programskih projektov, med drugim tudi Linuxovo jedro. V knjigi so upoštevane določbe verzije 3 GPL (GPLv3), glavne novosti, ki jih je ta uvedla, pa so primerjane tudi z rešitvami iz verzije 2 (GPLv2).¹⁶⁴

Enako kot pri permisivnih licencah je po GPL nespremenjeno programje dovoljeno razmnoževati in distribuirati pod pogojem, da je ohranjen zaznamek o avtorstvu in izključitvi jamstva ter da je priloženo licenčno besedilo. Izrecno je določeno, da je podelitev licence vedno brezplačna, dovoljeno pa je zaračunavanje za fizični prenos primerka programja, za garancijo in za druge storitve v zvezi s programjem. To omogoča razvoj poslovnega modela prostega programja, ki ne temelji na plačilu licenčnine, temveč na trženju dodatnih storitev (*value-adding*).¹⁶⁵ Medtem ko je GPLv2 vsebovala samo implicitno patentno licenco (dajalec licence ali distributer obljublja, da proti pridobiteljem licence ne bo uveljavljal patentnih zahtevkov v zvezi z zadevnim programjem),¹⁶⁶ je v GPLv3 patentna licenca podeljena izrecno. Obe verziji pa prepovedujeta distribucijo programja, če bi bilo za uporabo implementiranega programskega patenta potrebno plačilo licenčnine tretji osebi.

Brezpogojno je dovoljeno spreminjanje licencirane kode in razmnoževanje predelanega programja, medtem ko je njegova distribucija dovoljena samo pod pogoji licence GPL (tako imenovana klavzula *copyleft*). Določbam GPL ni dovoljeno dodajati novih določb (razen takih, ki jih GPLv3 v 7. členu izrecno dopušča) ali odvzemati obstoječih, zato izvedenih del ni mogoče distribuirati pod lastniško licenco. Kdor želi ustvarjati lastniško programje, si s kodo, licencirano pod GPL, ne more pomagati: tudi če je samo del proste kode vključen v lastniški program, mora biti celota distribuirana pod GPL. V tem pogledu je GPL strožja od večine drugih licenc.¹⁶⁷ To pa ne pomeni, da je GPL »virusne narave«, kot ji pogosto očitajo. Posamezne dele spremenjenega programja, ki so bili razviti samostojno, in

¹⁶³ Odklonilno stališče do tovrstnih preambul ima Rosen, str. 103, 109–111.

¹⁶⁴ Besedilo vseh verzij licence je dostopno na: <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>. Podrobneje o novostih GPLv3 glej Damjan, *Izšla je ...*, str. II–VIII.

¹⁶⁵ St. Laurent, str. 38. Tega ne zahtevajo vse recipročne licence, vendar pravica prostega distribuiranja dejansko onemogoča ekonomski model, utemeljen na visoki licenčnini. Rosen, str. 131–132.

¹⁶⁶ Prim. Rosen, str. 126.

¹⁶⁷ Z besedami Richarda Stallmana: »GNU GPL is not Mr. Nice Guy.« Stallman, str. 92. Kritično o tem Rosen, str. 114–121.

ne izvedeni iz proste kode, je vedno dopustno distribuirati tudi pod drugo licenco, vendar le kot samostojna dela, izločena iz celote, ne pa kot del programja, ki vsebuje kodo pod GPL. Če sta obe vrsti programja na istem fizičnem mediju, še ni obveznosti, da bi za obe veljala GPL. Prav tako se ne zahteva, da bi za programje, ki le teče na operacijskem sistemu pod GPL, veljali pogoji licence GPL.¹⁶⁸

Če se primerki programja distribuirajo ali drugače prenašajo v izvršljivi obliki, velja obveznost distributerja, da vsem uporabnikom zagotovi dostop do izvorne kode tega programja. Izvorna oblika dela mora biti dostopna šele tedaj, ko delo zapusti zasebni krog predelovalca. Za interno uporabo je torej mogoče inovirati brez razkritja izvorne kode.¹⁶⁹ GPL ureja več načinov zagotavljanja izvorne kode. V grobem gre za priložitev na fizičnem mediju, priložitev ponudbe, da bo koda poslana na fizičnem mediju na zahtevo uporabnika, ali omogočanje dostopa do izvorne kode na spletnem strežniku (podrobneje v poglavju 5.6.3). To je novost v GPLv3, saj je po prejšnji verziji licence internetna dostopnost izvorne kode zadoščala samo, če se je tudi programje distribuiralo prek interneta. To je vodilo v nepraktično zahtevo, da se tudi uporabniškim proizvodom z ugnezdenim prostim programjem prilaga CD z izvirno kodo.¹⁷⁰ Poudariti je treba, da iz GPL ne izhaja dolžnost distribuiranja spremenjenega programja oziroma njegove izvorne kode. Odločitev o tem, ali bo programje distribuiral ali ga zadržal samo zase, je v celoti prepuščena posameznemu razvijalcu programja. Če pa se izvedeno programje odloči distribuirati ali drugače prenašati, tega ne sme početi drugače kot po pravilih GPL.¹⁷¹

Distribuiranje programja v nasprotju s pravili GPL ni brez posledic. Vse pravice iz GPL so namreč podeljene pod razveznim pogojem popolnega spoštovanja licence, tako da kršitev katerekoli določbe GPL povzroči preklic vseh iz nje izvirajočih pravic. Ne samo distribuiranje, temveč tudi razmnoževanje in spreminjanje prvotne ali spremenjene kode potem postane nezakonito. Dajalec licence lahko s tožbo uveljavlja prepovedne, odstranitvene in odškodninske zahtevke zaradi kršitve avtorske pravice na programju. To pa ne vpliva na pravice tretjih, ki so primerke programja dobili od kršitelja. GPL namreč ne predvideva podlicenciranja (v tretjem odstavku 2. člena ga izrecno prepoveduje), temveč vsak uporabnik pravice dobi neposredno od prvotnega avtorja in avtorjev vseh naknadnih sprememb

¹⁶⁸ St. Laurent, str. 82.

¹⁶⁹ Miller, str. 497–498; Jaeger v: ifrOSS, str. 60.

¹⁷⁰ Koglin v: ifrOSS, str. 82; Rosen, str. 131.

¹⁷¹ O tem, kdaj razvoj programja za interno rabo v podjetju pomeni distribucijo, glej Spindler, str. 103–111.

kode.¹⁷² GPLv3 v 8. členu omili ostrino samodejne prekinitve licence z dodatkom, ki omogoča »ozdravitev« licence v 60-dnevnem roku v primeru prostovoljnega prenehanja s kršitvami.

Free Software Foundation si kot skrbnica GPL pridržuje pravico, da objavlja nove verzije licence, ki bodo v duhu enake sedanji, a prilagojene novim problemom in vprašanjem, ki se pojavljajo. Doslej so bile objavljene tri verzije licence (v letih 1989, 1991 in 2007). Dajalec licence lahko določilo, katera verzija velja za njegovo programje, doda določbo »or any later version«. V takem primeru lahko uporabnik programja sledi tej ali katerekoli kasnejši verziji licence. Če take določitve ni, pa lahko uporabniki sledijo tudi določbam starejših verzij GPL, kot je uporabljena. GPL ne predvideva popolne izključitve izbire med različnimi verzijami, vendar tega v resnici ni mogoče preprečiti, vsaj če to stori prvi dajalec licence. Linuxovo jedro je tako izrecno licencirano samo pod GPL verzijo 2.0, in ne pod poznejšimi.¹⁷³

Uradno besedilo GPL je samo v angleščini in je avtorskopravno varovano, zato njegovo spreminjanje ni dovoljeno (dobesedno razmnoževanje in distribuiranje pa). Načeloma tudi prevod pomeni predelavo besedila, za katero je potrebno dovoljenje avtorja, vendar FSF dovoljuje objavo neuradnih prevodov licence v informativne namene. Vsakemu primerku programja mora biti priloženo uradno angleško besedilo GPL, lahko pa mu je dodan še prevod v drug jezik z opozorilom, da gre za neuradni prevod.¹⁷⁴ Dejstvo, da je licenca v angleščini, ne vpliva na njeno veljavnost v slovenskem pravnem redu.

GPL je več kot samo pravni dokument. Velja za arhetip proste licence in nekakšen temeljni izraz ideje prostega programja, ki vodi celotno skupnost. Zaradi tega tudi tiste njene določbe, katerih pravna veljavnost bi lahko bila vprašljiva (zlasti v verziji 2), niso brez učinka – obveljajo namreč kot moralna norma skupnosti, katere se zaradi prilagajanja drugim držijo tudi tisti, ki je morda vsebinsko ne sprejemajo. Poleg tega GPL kot najrestriktivnejša prosta licenca vsebuje skoraj vse elemente, ki se v teh licencah pojavljajo, zato bo v nadaljevanju obravnavana najobsežneje.

b) GNU Lesser General Public License

Licenca se imenuje *Lesser GPL* (šibkejša GPL) zato, ker šibkeje ščiti svobodo uporabnikov kot običajna GPL. Gre za nekakšen kompromis med GPL in permissivnimi licencami. Namenjena je predvsem uporabi za programske knjižnice, zato je

¹⁷² St. Laurent, str. 43.

¹⁷³ ifrOSS, str. 11.

¹⁷⁴ ifrOSS, str. 26; <http://www.fsf.org/licensing/licenses/translations.html>.

bilo njeno prvotno ime *Library GPL*,¹⁷⁵ vendar so pod njo licencirane tudi nekatere druge vrste programja, na primer *OpenOffice.org*. LGPL je vsebinska vzporednica licenci GPL, zato je hkrati z GPLv3 izšla tudi nova, 3. verzija LGPL (LGPLv3).¹⁷⁶

Programske knjižnice so zbirke podprogramov, ki zagotavljajo različne funkcije drugim programom in se zato z njimi povezujejo. Rezultat tega povezovanja je po pravni plati mogoče šteti za novo, iz knjižnice izvedeno delo. Če je knjižnica licencirana pod GPL, se zato ne more povezovati z lastniškim programjem, saj mora biti tudi celota programa in knjižnice na voljo pod GPL.¹⁷⁷ V nekaterih primerih je z vidika strategije promocije prostega programja smiselno spodbujati čim širšo uporabo določene proste knjižnice ali jo uveljaviti kot alternativo razširjenim ne-prostim knjižnicam. Zaradi tega LGPL ohranja večino značilnosti GPL za proste knjižnice, a omogoča njihovo širše povezovanje s programjem pod drugimi, tudi lastniškimi licencami. Medsebojna povezanost teh dveh licenc je razvidna že iz tega, da je LGPL v verziji 3 pisana preprosto v obliki dopolnitev in izjem od licence GPL. LGPL dovoljuje razmnoževanje in distribuiranje dobesednih ali spremenjenih primerkov knjižnice pod temeljno enakimi pogoji kot GPL. Za predelavo je dopustno uporabiti bodisi licenco LGPL (pod pogojem, da knjižnica funkcionira tudi sama, brez aplikacije) bodisi licenco GPL. Mogoč je torej prehod z LGPL na GPL, vendar samo enosmerno, saj GPL prehoda na druge licence ne dopušča. Pri prehodu z LGPL na GPL pa se pravzaprav samo odstranijo dodatna dovoljenja, kar dovoljuje že sama GPL.

Za razlikovanje od GPL je bistvena definicija »aplikacije«. Gre za uporabniški program, ki ne vsebuje nobenega dela knjižnice ali njene predelave, je pa zasnovan tako, da deluje skupaj s knjižnico, in sicer da uporablja njen vmesnik. Tak program sam po sebi ni izvedeno delo in ne podleže določbam LGPL. Objektna koda aplikacije lahko vsebuje gradivo iz zglavne datoteke (*header file*) knjižnice, ne da bi za program veljala GPL. Če je prevzeto gradivo iz zglavne datoteke kompleksnejše, mora vsak izvod objektna koda vsebovati jasen zaznamek, da program uporablja prosto knjižnico, za katero velja GPL (ki mora biti priložena objektni kodi).

»Združeno delo« pa je sestavljeno iz kombinacije ali povezave aplikacije s knjižnico, zato tvori derivativ knjižnice, za katerega LGPL določa izjemo od strogega načela *copyleft*.¹⁷⁸ Celotnega združenega dela ni treba licencirati pod LGPL,

¹⁷⁵ St. Laurent, str. 50.

¹⁷⁶ Besedilo dostopno na: <http://www.gnu.org/licenses/lgpl.html>.

¹⁷⁷ GPL pa ne preprečuje povezovanja prostega programja z lastniškimi knjižnicami. Nedopustna je samo obratna kombinacija, tj. povezava prostih knjižnic pod GPL z lastniškim programjem, ker pri uporabi podprogramov iz knjižnice lahko pride do njihovega spreminjanja v smislu GPL.

¹⁷⁸ Druga verzija LGPL je skušala s primeri pojasniti, kdaj povezava knjižnice s programom po-

temveč ga je dopustno prenašati pod katerimikoli licenčnimi pogoji, ki na noben način ne omejujejo spreminjanja delov knjižnice, vsebovanih v združenem delu, in povratnega inženiringa za odpravljanje težav zaradi takih sprememb. V vsakem primerku mora biti navedeno, da uporablja knjižnico, za katero velja LGPL, priložen mora biti izvod besedila LGPL in GPL, uporabnikom pa mora biti omogočeno, da celotno združeno delo reproducirajo in da program povežejo tudi s spremenjenimi verzijami proste knjižnice. Pri LGPL torej *copyleft* velja samo za licencirano knjižnico, ne pa tudi za programe, ki se z njo povezujejo. Knjižnico pod LGPL je dopustno tudi združiti z drugo lastniško ali prosto knjižnico in združeno knjižnico prenašati pod poljubnimi licenčnimi pogoji, če je jasno označeno, da je del kombinirane knjižnice zasnovan na prosti knjižnici in priložen samostojen izvod te proste knjižnice, licenciran pod LGPL. Pri prenašanju aplikacije, ki vključuje podatke iz zglavne datoteke, in prenašanju združenega dela prenašalca ne zavezujejo določbe GPL o prepovedi uveljavljanja tehnoloških ukrepov zaščite.

c) *Mozilla Public License*

Licenca MPL¹⁷⁹ je bila sestavljena konec 90. let, ko se je družba Netscape svoj spletni brskalnik odločila pretvoriti v prostoprogramski projekt. Zanj niso želeli uporabiti permisivnih licenc, ki bi omogočale konkurentom uporabo Netscapove kode za svoje lastniško programje, licenca GPL pa je bila nezdržljiva z licenčnimi obveznostmi za del kode, ki so jo že vključili v svoj brskalnik. Poleg tega se je zdel nejasen doseg recipročnosti obveznosti iz GPL. Zato je Netscapova pravnica Mitchell Baker sestavila novo prosto licenco, prilagojeno potrebam njihovega programja.¹⁸⁰ Po slogu je zato MPL precej bližja profesionalnemu praviškemu dokumentu, kot je sicer značilno za proste licence.¹⁸¹ Koordinacijo projekta in skrbništvo nad licenco je kasneje prevzela Mozilla Foundation.¹⁸² Licenca MPL je prilagojena naravi razvojnega projekta Mozilla, pri katerem številni sodelavci prispevajo svoje delo k skupnemu kontinuiranemu projektu in ne razvijajo kode vsak za lastne potrebe.¹⁸³ MPL je nekakšen hibrid idej licenc GPL in BSD. Čeprav

meni izvedeno delo in kdaj ne. Rosen je ta del licence označil za nepredirljiv blodnjak tehnološkega blebetanja. Rosen, str. 124.

¹⁷⁹ Besedilo dostopno na: <http://www.mozilla.org/MPL/MPL-1.1.html>.

¹⁸⁰ Najprej je šlo za »asimetrično« prosto licenco Netscape Public License, ki je bila kasneje preoblikovana v MPL.

¹⁸¹ Rosen, str. 141–142.

¹⁸² Spletna stran: www.mozilla.org.

¹⁸³ Danes je vsa koda projekta Mozilla sicer na voljo kar pod tremi licencami: MPL, GPL in LGPL; <http://www.mozilla.org/MPL/license-policy.html>.

za kodo veljajo podobne omejitve kot pri GPL, jo je lažje kombinirati s kodo pod drugimi licencami (tako imenovani šibki *copyleft*).¹⁸⁴ Trenutno je veljavna verzija 1.1 MPL.

MPL je sestavljena iz dveh podelitev pravic, licence prvotnega razvijalca programja in licence naknadnega prispevalca. Oba podeljujeta avtorskopravno dovoljenje za uporabo, razmnoževanje, spreminjanje, prikazovanje, izvajanje, podlicenciranje in distribucijo prvotne kode ali njenih delov, v spremenjeni ali nespremenjeni obliki ali kot del večjega dela, ter patentno licenco za izdelovanje, uporabo, prodajo in drugačno razpolaganje s prvotno kodo ali njenimi deli (licenca pa ne pokriva tudi izboljšav patenta).¹⁸⁵ Nikakršne pravice niso podeljene na blagovnih znamkah Mozilla Foundation.

Pogoji za distribucijo programja v izvorni kodi so v bistvenem enaki kot pri GPL. Značilno je, da pri distribuciji spremenjenega programja zadošča distribucija tistega dela izvirne kode, ki se razlikuje od originala, torej samo tistega dela, ki je spremenjen. Temeljna razlika pa je v pogojih za distribucijo programja v izvršljivi obliki. Tega je dopustno distribuirati pod kakršnokoli licenco, tudi lastniško, a samo pod pogojem, da je izvirna koda dostopna pod licenco MPL in da licenca za izvršljivo obliko ne omejuje dostopa do izvirne kode ali njene uporabe. Licencirano kodo je dovoljeno tudi kombinirati z drugo kodo in distribuirati tako nastalo »večje delo« kot enoten proizvod. V takem primeru zadošča, da MPL velja za datoteke, ki vsebujejo pokrito kodo. *Copyleft* se torej nanaša samo na posamezne datoteke, in ne na celotno večje delo. V tem pogledu se MPL najbolj razlikuje od GPL, ki sploh ne dopušča integracije s kodo pod drugimi licencami, in LGPL, ki jo znatno omejuje. Seveda pa mora tudi licenca druge kode dopuščati tako združevanje.

MPL posebej omenja možnost večkratnega licenciranja programja, vendar jo pridržuje samo prvotnemu razvijalcu programja, ki jo ima že po splošnih pravilih. Prvotni dajalec licence lahko določi, da je posamezne dele kode dovoljeno uporabljati bodisi pod pogoji MPL bodisi pod pogoji druge licence, ki jo sam določi (na primer GPL). Nadaljnji razvijalci so pri izbiri licence omejeni s pravili MPL oziroma določene alternativne licence.

Če bi zakon ali sodna odločba preprečila popolno sledenje licenčnim določbam, GPL in LGPL v celoti prepovedujeta izvrševanje podeljenih pravic, pri MPL pa zadošča, da uporabnik sledi določbam licence v največjem možnem obsegu in opiše omejitve v posebni datoteki z naslovom LEGAL. Tudi MPL v primeru krši-

¹⁸⁴ St. Laurent, str. 62–63.

¹⁸⁵ Rosen, str. 152–153.

tve licence preneha, vendar ne takoj, temveč šele po izteku tridesetdnevnega roka, v katerem lahko pridobitelj licence kršitev odpravi. Licenca pozna tudi patentno retaliacijo, tako kot Apache 2.0: pridobitelj licence, ki sproži patentno tožbo proti razvijalcem kode pod MPL, po preteku 60 dni licenco izgubi, če se s toženci ne dogovori drugače.

MPL določa, da se za presojo licence uporablja kalifornijsko pravo, in izključuje uporabo Dunajske konvencije o mednarodni prodaji blaga. Če je vsaj ena stranka ameriški državljan ali pravna oseba, je za spore v zvezi z MPL pristojno sodišče v Santa Clari v Kaliforniji. To kaže, da je bila MPL prilagojena predvsem potrebam konkretnega uporabnika, ne pa splošni uporabi.

d) *Q Public License*

QPL¹⁸⁶ ni ena od široko uporabljenih licenc; povezana je predvsem s programjem *Qt Toolkit* (ki je zdaj dvojno licencirano, tudi pod GPL), odlikuje pa se z izvirnim pristopom k nekaterim vprašanjem prostega licenciranja. Zagotoviti hoče, da je jasno razvidna razlika med originalno in spremenjeno kodo. Zaradi tega dovoljuje distribucijo sprememb licenciranega programja pod manj restriktivnimi pogoji, če se distribuirajo ločeno od prvotnega programja, na primer v obliki popravkov (*patches*). Zadošča, da so ohranjeni zaznamki o avtorski pravici na prvotnem programju, uporabljena pa je lahko katerakoli licenca – ne velja torej načelo *copyleft*. Če so popravki objavljeni pod QPL, njihov avtor prvotnemu razvijalcu programja podeljuje pravico, da popravke vključi v prihodnje verzije svojega programja in jih distribuira (tudi) pod licenco QPL. Če se spremenjena koda vključi v strojno izvršljivo obliko programja, pa morajo biti spremembe na voljo pod licenco QPL. Izvorna koda distribuiranega programja, vključno z vsemi spremembami, mora biti vsakomur dostopna po ceni, ki ne presega stroškov prenosa podatkov. Velja šibki *copyleft*: Za spremembe je dovoljeno uporabiti drugo licenco, dokler so na voljo tudi pod QPL (dvojno licenciranje). Precej omejujoči pa so pogoji za distribucijo drugega programja, ki se povezuje s prvotno ali spremenjeno verzijo licenciranega programja. Distribucija je dovoljena samo pod pogoji proste licence, ki dovoljuje uporabo in distribucijo programja in zagotavlja dostopnost njegove izvirne kode. Ne gre za načelo *copyleft*, ker se ne zahteva uporaba licence QPL.¹⁸⁷ Za presojo QPL se uporablja norveško pravo, za reševanje sporov pa je pristojno sodišče v Oslu. Za zdaj obstaja samo prva verzija licence, z oznako 1.0.

¹⁸⁶ Besedilo dostopno na: <http://doc.trolltech.com/4.0/qpl.html>.

¹⁸⁷ St. Laurent, str. 89.

2.6.3. Utemeljitev copylefta

Permisivne in recipročne licence se med seboj zelo razlikujejo, kar je posledica njihovega različnega izvora. Licenčna politika je namreč odvisna od temeljnih filozofskih prepričanj o svobodi programja.¹⁸⁸ Na splošno velja, da se gibanje za prosto programje ostreje zavzema za *copyleft*, pripadniki gibanja za odprto programje pa so do njega ravnodušni ali dajejo prednost permisivnim licencam.¹⁸⁹

a) Razlogi za *copyleft*

Copyleft pomeni velik odmik od tradicionalnih modelov licenciranja. Vloga recipročne licence je spodbuditi rast javnega dobra (*public commons*) – skupnega korpusa prostih vsebin, ki jih vsakdo lahko uporablja in ki raste s prispevanjem novih in vračanjem izvedenih del.¹⁹⁰ Zagovorniki recipročnih licenc poudarjajo, da največjo svobodo uporabnikom zagotavlja ravno obstoj čim obsežnejšega nabora proste kode, ki ga lahko vsi prosto uporabljajo in vanj prispevajo.¹⁹¹ *Copyleft* je pragmatičen ukrep za doseg tega cilja, saj varuje prosto programje in zagotavlja, da so tudi vsa iz njega izvedena dela prosto licencirana. Rezultat je dinamična in stalno rastoča zbirka programja pod prosto licenco, ki jo je vedno mogoče ponovno uporabiti in izboljšati.¹⁹² *Copyleft* spodbuja programerje, da ustvarjajo prosto programje, saj jim zagotavlja, da si ga nihče tretji ne bo mogel prisvojiti. Programerjem, ki delajo za podjetja ali univerze, pomaga pridobiti dovoljenje za objavo popravkov in sprememb prostega programja. Številni delodajalci bi jih sicer raje distribuiral kot lastniške programske proizvode, a ko izvedo, da bi bila taka distribucija nezakonita, se navadno odločijo, da jih vendarle objavijo kot prosto programje, namesto da bi jih zavrgli. Stallman navaja primera prevajalnika C++ in programskega jezika *Objective C*, ki ne bi postala prosta, če ne bi licenca računalniških podjetij k temu prisilila. Poleg tega uporaba istih distribucijskih pogojev za veliko različnih programov olajšuje kopiranje kode med njimi, saj ni treba razmišljati o medsebojni združljivosti licenc. *Copyleft* naj bi vodil k standardizaciji licenčnih pogojev.¹⁹³

¹⁸⁸ Rosen, str. 180.

¹⁸⁹ Fogel, str. 93–94.

¹⁹⁰ Rosen, str. 79; Zittrain, str. 278.

¹⁹¹ Rosen, str. 108; Stallman, str. 91.

¹⁹² Rosen, str. 104.

¹⁹³ Stallman, str. 89–91.

b) Razlogi proti copyleftu

Odločitev za *copyleft* ali proti njemu je odvisna od definicije svobode. Če zagovorniki *copylefta* poudarjajo predvsem svobodo vseh potencialnih uporabnikov programja, pa nasprotniki menijo, da je pomembnejša čim večja svoboda razvijalcev programja, da spremenjeno kodo vključijo v kakršnokoli vrsto del, tudi v lastniške izdelke. Rosen razloži, da so permisivne licence primerne za radodarne darovalce programja, recipročne licence pa za radodarne delivce programja.¹⁹⁴ Kritiki *copylefta* zahtevajo, naj o načinu objave in dostopnosti dela ne odloča le avtor prvotnega programa, ampak vsak programer za svoj prispevek.¹⁹⁵ FSF na to odgovarja, da se vsak programer sam odloči, ali bo pri delu uporabil prosto kodo ali ne. Če hoče ustvariti lastniško programje, naj ga pač v celoti napiše sam.

Precej kritike leti tudi na dejstvo, da *copyleft* povzroča nezdržljivost različnih prostih licenc. Kodo pod permisivnimi licencami je mogoče vključiti v programje pod GPL, medtem ko nasprotno ne velja. Zaradi *copylefta* torej ne obstaja enoten korpus prostega programja.¹⁹⁶ Raymond meni, da skrbi, ki so vodile k recipročnosti v GPL, danes niso več utemeljene, saj se je uspešnost odprtih razvojnih modelov že izkazala v praksi in zanjo ni več potrebna pravna prisila. »Viralnost« licence naj bi bila zato le dokaz, da razvijalci prostega programja ne verjamejo zares svoji zgodbi. Če je prosto programje superioren sistem izdelave programja, ki bo s trga izrinil lastniško programje, *copyleft* namreč ni potreben, ker bo trg sam kaznoval prebežnike.¹⁹⁷ Zagovorniki *copylefta* menijo, da je takšno razmišljanje preveč optimistično in da prostost programja potrebuje aktivnejšo pravno zaščito.

¹⁹⁴ Rosen, str. 104.

¹⁹⁵ Reese/Stenberg (splet).

¹⁹⁶ Na primer Rosen, str. 114–121. Medsebojna združljivost licenc je podrobneje obravnavana v poglavju 5.9.1.

¹⁹⁷ Dostopno na naslovu: http://www.onlamp.com/pub/a/onlamp/2005/06/30/esr_interview.html.

3.

Druge kategorije odprte vsebine

3.1. Širitev digitalnega in odziv prava

Nastanek novih načinov razvoja prostega programja (model bazarja) je bil mogoč zaradi lahkotnosti razmnoževanja in internetne izmenjave računalniške programske kode. Danes pa poleg programja v digitalni obliki lahko obstajajo tako rekoč vsa literarna, grafična, glasbena in avdiovizualna avtorska dela. Tudi tridimenzionalna dela, na primer kipe ali arhitekturo, ki jih za zdaj ni mogoče neposredno izraziti v digitalni obliki, je mogoče digitalno vizualno posneti, tako kot je mogoče avdiovizualno snemanje glasbene izvedbe ali uprizoritve gledališke ali plesne predstave. Digitalna oblika omogoča izdelavo neomejenega števila kopij, katerih kakovost je vedno enaka izvirniku. Vsa dela v digitalni obliki pa je mogoče razširjati prek digitalnih omrežij. Digitalna tehnologija je spremenila trg, zato so se nekatera vprašanja, ki so se najprej pojavila pri računalniškem programju, začela zastavljati tudi splošneje.¹

Ko se avtorsko pravo sreča z digitalnim, mehanična uporaba starih pravil ni več primerna. Računalnik deluje tako, da začasno reproducira informacije v svojem delovnem spominu (RAM). Ker je vse, kar je v delovnem spominu, vsaj teoretično mogoče prenesti na trdi disk, se je uveljavila interpretacija, da tudi efemerna reprodukcija v delovnem spominu računalnika pomeni izdelavo novega primerka avtorskega dela (drugi odstavek 23. člena ZASP izrecno omenja shranitev v elektronski obliki kot način reprodukcije dela). Ker je razmnoževanje izključna pravica avtorja, bi ta argument močno razširil nadzor avtorja nad njegovim delom, saj bi bilo potrebno avtorjevo dovoljenje tudi za vsakokratno uporabo dela, na primer branje dokumenta v elektronski obliki, kar presega tradicionalne meje avtorske pravice.² Evropski zakonodajalec se je zato (podobno kot pri računalniških pro-

¹ Litman, *Digital ...*, str. 19.

² Prav tam, str. 27.

gramih) odločil za uvedbo izjeme od izključne pravice reproduciranja, kadar je to potrebno zaradi uporabe dela. Člen 49a ZASP je takole povzel določbo prvega odstavka 5. člena Direktive 2001/29/ES:

»Začasno reproduciranje dela je prosto, če je prehodno ali spremljajoče dejanje, ki je sestavni in bistveni del nekega tehničnega postopka ter nima nobenega neodvisnega gospodarskega pomena, njegov edini namen pa je omogočiti, da se delo prenese v omrežju med tretjimi osebami s pomočjo posrednika ali zakonito uporabi.«

Analiza določbe pokaže, da nadzor imetnika avtorske pravice nad uporabo dela ostaja širši od tradicionalnega. Začasno reproduciranje je namreč dovoljeno le, če je namenjeno zakoniti rabi (tj. če je uporabnik zakonito pridobil elektronski primerek dela, ki ga uporablja) in če nima samostojnega gospodarskega pomena,³ medtem ko na primer samo branje ukradene ali protipravno fotokopirane knjige, celo če bi se z njim ustvarjal dobiček, tradicionalno ne pomeni kršitve avtorske pravice.

Dovolitev začasnega reproduciranja naj bi uporabnikom omogočila nemoteno rabo avtorskih del v elektronski obliki. Zaradi boljšega varstva avtorjev pred neupravičenim izkoriščanjem del v takšni obliki (ki je zaradi lahkotnosti razmnožitve in komunikacije verjetnejše) pa je zakonodaja začela pravno varovati tudi dejanske tehnološke ukrepe za varstvo avtorskih del in podatke za upravljanje pravic. Odstranitev ali sprememba podatka za upravljanje pravic ter izogibanje ali omogočanje izogibanja dejanskim tehnološkim ukrepom so tako dejanja, ki so izenačena s kršitvijo avtorske oziroma sorodne pravice (6. in 7. člen Direktive 2001/29/ES ter 166. in 166.a člen ZASP).

Izhodišče teh sprememb je bilo, da novi koncepti za varstvo intelektualne lastnine niso potrebni, temveč je treba avtorsko zakonodajo le dopolniti, da bo ustrezala ekonomskim realnostim, kot so nove oblike izkoriščanja.⁴ Tako stališče je v teoriji doživelo precej kritik, tako njegovi zagovorniki kot nasprotniki pa se

³ Primerjaj 33. odstavek preambule Direktive 2001/29/ES: »Izključna pravica reproduciranja naj ima izjemo, ki naj dopušča določena dejanja začasnega reproduciranja, ki so prehodne ali naključne reprodukcije in so sestavni in nujni del tehnološkega procesa ter se izvajajo zgolj zato, da se omogoči bodisi učinkovit prenos v omrežju med tretjimi strankami preko posrednika bodisi zakonita uporaba dela ali predmeta. Takšna dejanja reproduciranja ne smejo imeti lastne ekonomske vrednosti. Kolikor ustrezajo tem pogojem, naj ta izjema zajema dejanja, ki omogočajo brskanje, pa tudi dejanja predpomnjenja vključno s tistimi, ki omogočajo učinkovito delovanje prenosnih sistemov, pod pogojem, da vmesnik ne spreminja informacij in se ne vmešava v zakonito uporabo tehnologije, ki jo široko priznava in uporablja industrija, za pridobivanje podatkov o uporabi informacij. Uporaba velja za pravilno, kadar je odobrena s strani imetnika pravic oziroma kadar je ne omejuje zakon.«

⁴ Glej peti odstavek preambule Direktive 2001/29/ES.

strinjajo, da dosedanje prilagoditve avtorskega prava digitalni dobi ne zadostujejo. To dokazujejo množične kršitve avtorskih pravic z uporabo digitalne tehnologije, iz katerih je razvidno, da se večina ljudi sprejete aplikacije norm avtorskega prava na področje novih tehnologij bodisi sploh ne zaveda bodisi teh norm ni ponotranjila in nima večjih pomislekov proti njihovemu kršenju. Najočitnejši primer je široka uporaba programov za medsebojno izmenjavo datotek »vsak z vsakim« (peer-to-peer, krajše P2P), s katerimi se pogosto prenašajo avtorskopravno varovane vsebine⁵ kljub številnim uspešnim tožbam imetnikov avtorskih pravic proti družbam, ki so protipravno izkoriščale te programe, in celo proti posameznim uporabnikom.⁶

Vprašanje, kako naj se pravo odzove na ta položaj, je kontroverzno, odgovor nanj pa odvisen od poglobila na bistvo avtorske pravice. Nekateri menijo, da so iz kroga avtorjevega nadzora lahko izključeni samo taki načini rabe avtorskega dela, ki nimajo pomembnejše ekonomske vrednosti. Avtorjeve pravice je zato treba razširiti na vse porajajoče se načine izkoriščanja avtorskih del, pravno varstvo pa primerno zaostriti, da se preprečijo kršitve pravic, ki jih omogočajo nove tehnologije.⁷ Drugi nasprotno trdijo, da so avtorji upravičeni samo do tolikšnega nadzora nad svojim delom, da jim je zagotovljena nagrada za ustvarjanje oziroma ekonomska spodbuda za objavo dela. Avtorskopravno varstvo v digitalnem okolju, ki olajšuje ustvarjanje, spreminjanje, razmnoževanje in širjenje del, bi bilo zato treba kvečjemu omiliti, ne pa zaostrovati.⁸ Rast odprte vsebine z uporabo prostih licenc je povezana s kritiko preveč omejujočega urejanja človeške ustvarjalnosti, zato je ta skupina stališč v nadaljevanju nekoliko podrobneje predstavljena.

3.2. Širitev kritike avtorskega prava

Novejša kritika pozitivnega avtorskega prava v digitalni dobi je odziv na uspehe gibanja za prosto programje, ki so spodbudili razmišljanje, ali ni mogoče enake filo-

⁵ Gre sicer za nevtralno tehnologijo omrežnega prenosa podatkov, ki optimizira rabo pasovne širine in se uporablja tudi za povsem zakonite prenose avtorskih del in drugih podatkov. Glej Klun, P2P, str. 21.

⁶ Litman, *Digital ...*, str. 166–167, 177–200; Lessig, *Svobodna ...*, str. 83–84. Podrobneje o tožbah proti potrošnikom glej Hughes, J., *On the Logic of Suing One's Customers and the Dilemma of Infringement-Based Business Models*. Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, Vol. 20, 2005.

⁷ Prim. Ginsburg/Gaubiac, *Private Copying in the Digital Environment*, v: Kabel/Mom, str. 150–152.

⁸ Litman, *Digital ...*, str. 13.

zofije uporabiti tudi v zvezi z drugimi vrstami avtorskih del.⁹ Na začetku dokaj ozko usmerjeni argumenti programerjev, osredotočenih na posebnosti računalniškega programja, so začeli vzbujati širša pravno-politična vprašanja. Dvomi o ustreznosti veljavne ureditve avtorskega prava so sicer starejši od široke uveljavitve digitalnih tehnologij. Tedanji profesor in današnji sodnik ameriškega vrhovnega sodišča Stephen Breyer je na primer že leta 1970 v znanem članku *The Uneasy Case for Copyright* ugotovil, da avtorska pravica ni ne edini ne optimalni način spodbujanja ustvarjalnosti in širjenja znanja, in sklenil, da ne obstajajo utemeljeni razlogi za podaljševanje njenega trajanja.¹⁰ Gibanje za prosto programje torej ni postavilo povsem novih vprašanj, je pa z uspešnim zgledom alternativnih vzorcev ustvarjanja okrepilo in razširilo razpravo o obstoječih vprašanjih, ki so zaradi značilnosti digitalnih tehnologij postala vse bolj očitna in aktualna. Že Stallman je ugotovil, da je etična vprašanja prostega programja, torej vprašanja pravice uporabnikov do razmnoževanja in spreminjanja, mogoče zastaviti v zvezi z vsako obliko informacije, ki je lahko shranjena na računalniku in je bila objavljena (ne pa z zasebnimi informacijami, ki niso namenjene javnosti). Kljub temu je precej zadržan do uporabe logike prostega programja tudi za umetnost, saj ta ni funkcionalne narave, duhovna povezava avtorja z delom pa je lahko intenzivnejša kot pri programju.¹¹

3.2.1. Metafora o lastnini

Zagovorniki avtorskih pravic zahtevajo, da se intelektualna lastnina varuje enako kot vsaka druga oblika lastnine.¹² Lessig meni, da je ta retorika zavajajoča. Zgodovinsko gledano namreč pravice intelektualne lastnine nikoli niso bile enake lastnini na stvareh in tudi nikoli ne bi smele biti, saj bi njihovo izenačenje zelo otežilo novo ustvarjanje. Čeprav kulturno ustvarjanje sega na začetke človeške civilizacije, se avtorska pravica pojavi mnogo pozneje – šele v 18. stoletju – zato njen obstoj ni samoumeven.¹³ Lastnina na stvareh se pojavi zaradi dejstva, da je količina fizičnih dobrin v naravi omejena. Ker iste stvari ne morejo hkrati uporabljati vsi, je potencialni konflikt preprečen z uvedbo lastninske pravice. Nematerialne dobrine, med katere spadajo tudi avtorskopravno varovani izrazi idej, pa lahko brez težav

⁹ Glej na primer Lessig, *Svobodna ...*, str. 11.

¹⁰ Sklepi in ugotovitve: Breyer, 350–351.

¹¹ Stallman, str. 134.

¹² To je bila na primer zahteva Jacka Valentija, dolgoletnega predsednika združenja ameriških filmskih producentov in distributerjev *Motion Picture Association of America* (MPAA). Povzeto po Lessig, *Svobodna ...*, str. 97, 136.

¹³ Lessig, *Svobodna ...*, str. 136–137; Breyer, str. 282; Drahos, str. 22; Schack, str. 45.

hkrati uporabljajo vsi ljudje – so neskončno deljive, zato ne prihaja do kolizij različnih uporab.¹⁴ Breyer opozarja, da zgolj vloženo ustvarjalno delo tudi na drugih pravnih področjih praviloma še ne ustvarja lastniških upravičenj.¹⁵

Čeprav je bil že v 18. in 19. stoletju govor o tako imenovani literarni lastnini, ta nikoli ni bila izenačena z lastnino na stvareh, temveč je šlo predvsem za metaforo, ki pojasnjuje izključno naravo pravice oziroma duhovno povezavo avtorja z delom. Metafor pa ne smemo razlagati dobesedno. Anglo-ameriški koncept utemeljuje *copyright* funkcionalistično, kot sredstvo za spodbujanje ustvarjanja.¹⁶ V kontinentalni Evropi prevladujoča naravnopravna utemeljitev vidi v avtorski pravici predvsem nagrado za avtorjevo ustvarjanje, nadzor nad delom pa naj varuje tudi avtorjevo osebno povezano z njegovo stvaritvijo.¹⁷ V obeh primerih se avtorska pravica obravnava bistveno drugače kot lastnina – gre za privilegij, ki ga država podeljuje zaradi širših interesov, kot je varovanje zasebne koristi posameznega ustvarjalca.¹⁸

Litmanova opozarja, da je bila v ameriškem prostoru še v začetku 20. stoletja prevladujoča metafora za avtorsko pravico *quid pro quo*. Avtorska pravica je posel med javnostjo in avtorji, ki avtorjem podeli nekatere izključne pravice v zameno za objavo del in njihov končni prehod v javno domeno. Niti avtor niti javnost si torej ne moreta prilastiti celotne presežne vrednosti novega avtorskega dela. V 70. in 80. letih se je pod vplivom ekonomske analize prava na avtorsko pravo začelo gledati kot na sistem spodbud. Vsako povečanje avtorskopravnega varstva naj bi spodbudilo ustvarjanje in skupno korist, zato se s pravicami javnosti in ravnotežjem pravic ni več treba ukvarjati.¹⁹ Nazadnje se je avtorska pravica spre-

¹⁴ Lessig, *Svobodna ...*, str. 101. Da ta misel ni nova, je razvidno iz odlomka pisma Thomasa Jeffersona Isaacu McPhersonu z dne 13. avgusta 1813: »If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of every one, and the receiver cannot dispossess himself of it. Its peculiar character, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it. He who receives an idea from me, receives instruction himself without lessening mine; as he who lights his taper at mine, receives light without darkening me.«

¹⁵ Breyer, str. 289.

¹⁶ Ustava ZDA kot prva pisana ustava na svetu (iz leta 1787) pooblašča kongres, da spodbuja razvoj znanosti in uporabnih umetnosti tako, da za določen čas avtorjem in izumiteljem zagotovi izključno pravico do njihovih pisanj in odkritij. »The Congress shall have power [...] to promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.« (8. točka osmega odstavka 1. člena)

¹⁷ O različnih opredelitvah avtorske pravice v primerjalnih ustavnih dokumentih glej Dietz, *Verfassungsklauseln und Urheberrecht*. GRUR Int., št. 1/2006, str. 1–9.

¹⁸ Lessig, *Svobodna ...*, str. 106.

¹⁹ O problematičnosti te metafore enako meni Pfaffenberger, str. 94.

menila v vprašanje mednarodne trgovine. Razvite države, ki so neto izvoznice nematerialnih izdelkov, so z mednarodnimi sporazumi silile države v razvoju k zaostritvi pravnega varstva intelektualne lastnine. Prevladujoča metafora za avtorsko pravico je tako postala lastnina, ki se lahko prodaja – to pa poraja iluzijo, da je že s širitvijo pravnega varstva avtorskih del mogoče povečati premoženje. Če je pravica lastnina, je avtor upravičen do čim širšega nadzora nad njo in je edini upravičen določati pogoje, pod katerimi jo lahko uporablja tudi javnost. Litmanova opozarja, da se je avtorsko pravo popolnoma spremenilo brez kakršnekoli javne debate, saj nas je zamenjava metafor prepričala, da gre za uporabo istih pravil, ki so veljala od nekdaj in katerih namen je ves čas bil dati avtorjem čim strožji nadzor nad njihovimi deli.²⁰

3.2.2. Prilagajanje prava tehnologiji

Avtorsko pravo je nastalo zaradi tehnologije in se je moralo tehnološkemu razvoju nenehno prilagajati. V antiki in srednjem veku niso obstajale avtorske pravice ali druga podobna ureditev ustvarjanja. Tuja besedila je lahko prepisoval, kdor je hotel, razmnoževanje avtorskih del je bilo omejeno samo z dejansko zamudnostjo prepisovanja ali prerisovanja. Izum tiskarskega stroja ni le poenostavil izdelave knjig, temveč je v razmnoževanje uvedel ekonomijo obsega. Začetni stroški s postavitvijo besedila so bili precejšnji, nadaljnja izdelava številnih identičnih izvodov dela pa je bila preprosta in poceni. Zaradi padajočih mejnih stroškov je izdelava knjig postala centralizirana dejavnost množične proizvodnje.²¹ Razvoj tiska je spodbudil nastanek prvih norm avtorskega prava, ki je imelo na začetku predvsem vlogo industrijske regulacije – s podelitvijo izključne pravice do tiskanja je razreševalo interesne konflikte različnih založnikov, ki so vlagali sredstva v izdajo določenega dela.²² Poznejše tehnologije so omogočile nove načine izkoriščanja avtorskih del, ki jih ni zajemala pravica do tiska, a so ji bili vsebinsko sorodni. Mehanski klavir, fonograf, fotokopirni stroj in videorekorder so primeri naprav, ki so uvedle nove postopke reprodukcije del in s tem potencialno posegle v gospodarski položaj avtorjev. Pravila avtorskega prava je bilo treba prilagoditi tako, da so v vsakem primeru razmejila med interesi avtorjev na eni ter interesi uporabnikov oziroma javnosti na drugi strani. Avtorji so pridobili nove pravice do reprodukcije in javne priobčitve del, javnost pa območje uporabe, za katero avtorjevo dovoljenje ni po-

²⁰ Litman, *Digital ...*, str. 78–81.

²¹ Stallman, str. 135; enako Breyer, str. 282.

²² Podrobneje o zgodnjem razvoju avtorskega prava Schack, str. 46–50.

trebno. V nobenem primeru pa nova tehnologija ni bila prepovedana zaradi tega, ker se ni prilegala starim pravilom.²³

Danes se dogaja z vidika avtorskega prava največja tehnološka sprememba doslej. Digitalna informacijska tehnologija omogoča, da vsakdo sam razmnožuje informacije z enako lahkoto kot kdorkoli drug. Digitalne kopije so enake izvirniku ne glede na to, kdo jih je izdelal in v kolikšnem številu. Centralizacija in ekonomija obsega, ki sta značilni za tisk in podobne tehnologije, za digitalno razmnoževanje nista več nujni. Po drugi strani ista tehnologija imetnikom pravic omogoča mnogo večji nadzor nad primerki svojega dela, saj v vsak prenos ali uporabo vgrajuje digitalno reprodukcijo, ki jo je mogoče s tehnološkimi ukrepi omejiti. Založnik elektronske knjige lahko na primer omeji, kolikokrat jo je mogoče odpreti, natisniti, kopirati ipd., nadzor nad uporabo in podeljevanje licenc pa lahko potekata prek interneta. To seveda ne velja samo za knjige, temveč tudi na primer glasbo in filme, ki so objavljeni v zakodiranih formatih in zaščiteni s tehnološkimi ukrepi.²⁴

S pravnim omejevanjem razmnoževanja in distribucije avtorskih del država varuje pred konkurenco stare poslovne modele, utemeljene na predpostavki, da sta razmnoževanje in distribucija draga, tehnično zahtevna in ju je mogoče izvajati le centralizirano. Te dejanske omejitve so bile odpravljene, nadomestile pa so jih pravne omejitve. Imetniki pravic so obdržali koristi, ki jim jih je omogočala prejšnja tehnologija – tj. izključnost razmnoževanja del – in jih združili s prednostmi nove tehnologije pri večjem nadzoru nad uporabo dela v digitalni obliki.²⁵ Gre za slabo pravno politiko, ki na trgu umetno ohranja *status quo* in ovira razvoj novih poslovnih modelov ustvarjanja in distribucije.²⁶ Vendar v svobodnem gospodarstvu vloga države ni v tem, da podpira en način poslovanja proti drugim, saj bi s tem ovirala napredek. Tovornjaki niso bili prepovedani zaradi varstva interesov železnic; digitalnih fotoaparátov niso prepovedali, čeprav je zaradi njih Kodak izgubil večino svojega tradicionalnega trga filma. Gonja velikih imetnikov pravic zoper tehnologijo izmenjave datotek P2P pa ima za cilj prav preprečitev take tehnologije, nad katero nimajo nadzora.²⁷

²³ Lessig, *Svobodna ...*, str. 71–72, Litman, *Digital ...*, str. 23.

²⁴ Ginsburg/Gaubiac, *Private Copying in the Digital Environment*, v: Kabel/Mom, str. 150; Lessig, *Svobodna ...*, str. 179.

²⁵ Stallman, str. 136; Litman, *Digital ...*, str. 22.

²⁶ Litman, *Digital ...*, str. 171–172.

²⁷ V primeru Napster so predstavniki glasbene industrije jasno povedali, da je zanje nesprejemljiva celo tehnologija, ki zagotavlja 99,4-odstotno spoštovanje avtorskega prava – že če obstaja možnost kršitve avtorske pravice, mora biti upravljavec odškodninsko odgovoren. Lessig ocenjuje, da zahteva po nični toleranci pomeni zahtevo po nični uporabi tehnologije P2P, torej vojno proti tehnologiji,

Moglen poudarja, da so danes vse oblike kulture in avtorskih del pravzaprav le bitni nizi. Glasbo na cedeju predvajalnik zaznava kot numerično informacijo: ta je izraz dela, katerega nepooblaščenno razmnoževanje avtorsko pravo prepoveduje. To pomeni, da so nekatere številčne kombinacije avtorskopravno varovane, druge pa ne. Pravni sistem torej podobne številke obravnava bistveno različno, pri čemer pa razlika navzven skorajda ni razvidna. Nihče ne more na prvi pogled ugotoviti, ali je več milijonov cifer dolga številka predmet patenta, avtorske pravice ali poslovne skrivnosti. V digitalni družbi pa so vse oblike informacij povezane, ne glede na to, ali pomenijo avtorsko delo ali ne. Dolgoročno ne moremo biti odvisni od medsebojnega razlikovanja bitnih nizov za ugotavljanje veljavnih pravil. Pravni režim, ki temelji na ostrem, a nepredvidljivem razlikovanju med podobnimi objekti, je radikalno nestabilen.²⁸

Temeljna je torej ugotovitev, da digitalizacija pomeni tehnološko spremembo, ki je porušila ravnotežje varstva pravic.²⁹ V primerjavi s prejšnjimi tehničnimi novostmi le prilagoditev zakonodaje v uveljavljeni paradigmi avtorskega prava tokrat ne zadošča, ker so se spremenile temeljne tehnične predpostavke, na katerih je bilo to zgrajeno. Sedanja aplikacija temeljnih pravil avtorskega prava tako, da urejajo vsak prenos elektronske informacije med dvema računalnikoma, pomeni širitev avtorskega prava na urejanje vseh elektronskih komunikacij. Avtorsko pravo torej postaja temelj informacijskega prava, čemur pa ni bilo namenjeno in za to tudi ni primerno.³⁰

3.2.3. Pravila za profesionalce

Razmišljanje razsvetljenskih filozofov o naravni povezavi avtorja z delom je zgodovinsko gledano pripomoglo k temu, da je zakonodajalec izključno pravico nazadnje podelil avtorju, in ne založniku oziroma tiskarju, a razlog za uvedbo avtorske pravice je bilo predvsem preprečevanje nelojalne konkurence in konfliktov med založniki, ki so financirali tisk in distribucijo dela.³¹ Avtorsko pravo je v dobi tiska delovalo nevidno za širšo javnost, saj so imetniki pravic imeli nadzor le nad takimi načini uporabe dela, ki so značilni za komercialne in institucionalne igralce. Pravo ni omejevalo ravnanja bralcev, temveč le ravnanje založnikov in avtorjev. Imelo je

in ne vojno proti kršenju avtorskih pravic. Lessig, *Svobodna ...*, str. 91, 146.

²⁸ Moglen, *Anarchism ...*, str. 5.

²⁹ Lessig stanje primerja kar z Irakom po padcu režima Sadama Huseina. Lessig, *Svobodna ...*, str. 144.

³⁰ Litman, *Digital ...*, str. 30.

³¹ Breyer, str. 292; Drahos, str. 22–23.

torej predvsem naravo industrijske regulacije komercialne dejavnosti, nekomercialna kultura pa je ostajala neregulirana. Četudi je z ročnim prepisovanjem knjige vsakdo lahko kršil avtorsko pravico, takšna kršitev nikoli ni bila sankcionirana. Dejansko pomembno je lahko avtorsko pravico kršil lahko samo založnik, ki ga ni bilo težko najti in proti njemu uveljavljati avtorske pravice, saj je prodaja knjig navadno povezana z oglaševanjem.³²

Digitalna revolucija je razmere spremenila. Ker z računalnikom vsakdo lahko sam izdela kopijo digitalnega dela in jo posreduje drugim, avtorska pravica zadeva vsakega posameznika. Uveljavljanje take pravice zahteva stalen nadzor, posege v zasebnost in stroge kazni. Če je bilo avtorsko pravo včasih omejitev založnikov v korist avtorjev, je po Stallmanovi oceni danes omejitev javnosti v korist založnikov.³³ Izraz »pirat« se je včasih uporabljal za založnike, ki niso plačali avtorju za njegovo delo, oziroma za ljudi, ki so izdelovali in prodajali velike količine ponarejenih primerkov dela. Danes se je razširil na vsakršno nelicencirano uporabo avtorskega dela. Namesto na založnika se nanaša na posameznike, ki so se izognili založnikovemu nadzoru. Paradoks je v tem, da današnji »pirati« počnejo stvari, ki so jih ljudje od nekdaj počeli brez posebnega dovoljenja, torej delali kopije za lastno uporabo, jih delili s prijatelji ipd., le da je teh prijateljev lahko tudi več milijonov.³⁴

Litmanova poudarja, da so pravila avtorskega prava zaradi zapletenosti neprimerna kot temelj informacijske politike naše družbe, saj temu niso namenjena. Izoblikovali so jih namreč specializirani pravniki za ureditev poslovnih razmerij med svojimi klienti. Če skušamo ista pravila uporabiti za vsakodnevno ravnanje vsake osebe na planetu, ne delujejo, saj so izrazito kontraintuitivna. Ljudje pa se ne držijo pravil, ki jim ne verjamejo. Če naj bi običajni ljudje intelektualno lastnino spoštovali enako kot lastnino na stvareh, morajo biti potem njena pravila razumna, intuitivna in dovolj kratka, da jih lahko dojamejo že osnovnošolci (saj se že od njih pričakuje, da jih spoštujejo).³⁵

³² Primer, kako so pravila avtorskega prava namenjena regulaciji profesionalnih subjektov, je pravilo o izčrpanju pravice distribuiranja: dokler je primerek avtorskega dela v rokah založnika, ki je v pogodbenem razmerju z avtorjem, velja izključna pravica – pravica pa se izčrpa, ko delo pride v roke končnemu uporabniku. Potrošnikov izključna pravica distribuiranja torej ne zadeva. Stallman, str. 135–136; Lessig, *Svobodna ...*, str. 105, 156.

³³ Stallman, str. 136.

³⁴ Litman, *Digital ...*, str. 85; Stallman, str. 139.

³⁵ Litman, *Digital ...*, str. 29, 72–73. Mogoča je primerjava z našim obligacijskim pravom, ki kljub načelnemu monizmu v številnih primerih razlikuje med pravili civilnih in gospodarskih poslov. Od gospodarskih subjektov, ki se poklicno ukvarjajo z opravljanjem določene dejavnosti, se zahteva večja skrbnost kot od neprofesionalnih posameznikov. Te pa dodatno varuje še vse širše potrošniško

3.2.4. Omejevanje tradicionalnih pravic uporabnikov

Sodobno avtorsko pravo posega tudi v nekatere načine uporabe avtorskih del, ki so bili tradicionalno prosti, saj varuje tehnološke ukrepe, s katerimi je mogoče nadzirati vsako obliko uporabe dela.³⁶ Položaj se največkrat ponazarja s primerom knjige. Večine načinov uporabe knjige v realnem prostoru avtorsko pravo ne ureja, saj z njimi ne ustvarjamo kopij. Ko v knjigarni kupimo knjigo, plačamo enkratni znesek ne glede na to, kolikokrat jo bomo prebrali. Knjigo lahko beremo, se naučimo njene vsebine in o njej pripovedujemo prijateljem. Knjigo lahko posodimo komurkoli, jo prodamo ali podarimo brez avtorjevega dovoljenja. Če spimo na knjigi, jo uporabljamo za podporo svetilki ali pustimo, da jo žveči pes, teh dejanj avtorsko pravo ne ureja. Podobno velja za sliko ali cede. Nekateri načini uporabe avtorskega dela, zlasti če so zasebne narave, preprosto niso predmet avtorjevega nadzora. Elektronske knjige bralcem ne ponujajo teh svoboščin. Ni jih mogoče posojati prijateljem, si jih izposoditi v javni knjižnici ali prodati rabljenega izvoda knjige, saj bi vsako od teh dejanj ustvarilo nedovoljeno novo kopijo dela. Digitalizacija je razširila doseg regulacije. Ni več skupine domnevno nereguliranih načinov uporabe, ki opredeljujejo svobodo, povezano z avtorskopravno varovanim delom. To seveda ne velja samo za knjige, temveč tudi na primer glasbo in filme v digitalni obliki. Zakodirani formati in drugi tehnološki ukrepi po dejanski plati skrbijo za spoštovanje teh pravil – elektronske knjige brez dovoljenja avtorja torej sploh ni mogoče kopirati. Vendar tehnološki ukrepi omejujejo uporabo digitalnih avtorskih del bolj kakor zakon – preprečujejo na primer tudi izdelovanje sicer dovoljenih zasebnih kopij dela in onemogočajo razmnoževanje avtorskih del, ki so že prešla v javno domeno. Elektronske pravice so bistveno ožje od pravnih pravic. Ko pa zakon sankcionira izogibanje tehnološkim ukrepom, načini nadzora, vgrajeni v tehnologijo zaščite pred kopiranjem in dostopom, postanejo pravila, katerih kršitev pomeni tudi kršitev zakona.³⁷

3.2.5. Pomen uporabe obstoječega znanja

Pri računalniškem programju je problematičnost pravnega varstva postala očitna zaradi funkcionalne narave takega dela. Hitrost in natančnost opravljanja nalog, ki jim je namenjen neki program, je mogoče izboljšati in funkcionalnost programa

pravo. Norme avtorskega prava, ki je bilo prvotno namenjeno regulaciji prizadetih industrij, pa se zdaj uporabljajo tudi za navadne potrošnike.

³⁶ Litman, *Digital ...*, str. 27–28.

³⁷ Lessig, *Svobodna ...*, str. 159–171, 179; Litman, *Digital ...*, str. 16–18; Stallman, str. 137.

nadgraditi, zato so pravne ovire za spreminjanje izvirne kode neoptimalne. Druge oblike avtorskih del nimajo tehničnih ciljev, zato je presoja o tem, kdaj jih je mogoče izboljšati, subjektivna. O izboljševanju avtorskega dela lahko tako govorimo predvsem pri tistih delih, kjer je bistvena faktografska natančnost, kot so slovarji, enciklopedije, leksikoni, ne pa tam, kjer je na prvem mestu individualni ustvarjalni izraz.³⁸ Z ustvarjalnim modelom bazarja najbrž ne bi mogli niti ustvariti niti zgolj izboljšati Beethovnov Devete simfonije. Če je pri programu mogoče uveljaviti prednosti načela, da »več glav več vé«, je pri umetniškem ustvarjanju, kjer sta za kakovost odločilna talent in navdih, bolj primerno reklo »mnogo babic, kilavo dete«. Možnosti kolaborativnega umetniškega dela sicer ne gre zanikati.³⁹ Četudi ne moremo govoriti o izboljšavi del, pa je uporaba starih idej v umetnosti običajna, saj pravzaprav vsa kultura temelji na obstoječih delih. Veliki umetniki so se zavedali, da stojijo na ramenih velikanov. Genialnost njihovih dosežkov se kaže v preseganju znanega kulturnega okvira, ne pa v izoliranem ustvarjanju zunaj njega. Nadgrajevanje kulture, ki nas obdaja, je vsakdanji pojav.⁴⁰

Pred izumom tiska ni bilo ostre delitve med ustvarjanjem in kopiranjem dela, saj zaradi tehnologije ročnega prepisovanja primerki nikoli niso bili povsem identični. Uveljavljene so bile tudi vmesne stopnje med pisanjem in prepisovanjem knjige, na primer pisanje komentarja in sestavljanje kompendijev iz odlomkov različnih drugih del. Prek takih citatov so se ohranila besedila številnih knjig, ki so v originalu že izgubljene.⁴¹ Lessig poudarja, da je posnemanje drugih ustvarjalcev in izposojanje iz obstoječe zakladnice kulture tudi sestavni del naše sodobne kulturne tradicije. Navaja primer, da je bila prva zvočno sinhronizirana risanka, Disneyjev Parnik Willie pravzaprav parodija tedanje komedije Busterja Keatona Parnik Bill mlajši, obe pa sta temeljili na isti pesmi. Druge Disneyjeve celovečerne risanke so animirale pravljice bratov Grimm, a tako, da so zgodbe povedane na nov način, poživiljene z liki in svetlobo. Japonska kultura stripov *manga* pa pozna pojav prepisovanja in predelovanja stripov, imenovan *doudžinši*, kar je uveljavljena oblika

³⁸ Prim. Stallman, str. 141.

³⁹ Podrobneje o tem Liang, str. 32–38.

⁴⁰ Lessig, *Svobodna ...*, str. 11. Pisatelj Jonathan Lethem slikovito in obširno opisuje, kako vsakršna oblika kulturnega ustvarjanja temelji na ponovni uporabi obstoječe ustvarjalnosti, ki obstaja kot del obdajajoče nas kulture. Vsako besedilo je prepleteno z navedki, sklicevanjem, odmevi; vsaka oblika glasbe, zlasti pa jazz in blues, vključuje reinterpretacije starih tem. Ideja o popolni originalnosti avtorskega ustvarjanja je zato hinavska, na njej utemeljeni monopol uporabe pa odsev pogleda na kulturo kot na trg, na katerem je vse, kar je kaj vredno, v lasti nekoga. Na koncu članka pa prikaže, da je tudi ta v večjem delu reciklaža že ustvarjenih besedil, in navede, od kod je »pokradel« posamezne odlomke. J. Lethem, *The Ecstasy of Influence: A Plagiarism*. Harper's Magazine, februar 2007.

⁴¹ Stallman, str. 134.

umetnosti, četudi nezakonita. Skratka, ustvarjalci povsod po svetu vedno črpajo iz ustvarjalnosti, ki se je dogajala v preteklosti in ki jih trenutno obdaja.⁴² Vedno vsaj delno črpajo brez dovoljenja in brez plačila izvirnemu avtorju. Nobena družba, svobodna ali nadzorovana, ni nikoli zahtevala, da se plačuje vsaka uporaba ali da je zanjo vedno potrebno dovoljenje.⁴³

Načelni odgovor teorije avtorskega prava je, da avtorska pravica ne ovira ustvarjalnosti, saj varuje samo zunanji izraz dela, medtem ko ideje, načela, metode in podobne kategorije niso varovane, ampak so predmet svobodnega duhovnega soočenja. Trampuž priznava, da težave lahko nastanejo, ko je neka ideja obdelana v konkretnem avtorskem delu, saj je prehod iz ideje v individualno duhovno stvaritev tekoč in neopredeljen.⁴⁴ Poleg tega je včasih pomembna še ponovna uporaba že znanih izrazov obstoječih del, zlasti takšnih, ki so se zasedla v kolektivno kulturno podzavest.⁴⁵ Za take primere avtorsko pravo ponuja dva odgovora. Prvi so primeri proste uporabe, ki so izjeme od izključne avtorske pravice. Sem spadajo zlasti pravica do citata⁴⁶ iz 51. člena ZASP, pravica proste predelave v parodijo ali karikaturu, če to ne ustvari ali utegne ustvariti zmede glede izvora dela (2. točka 53. člena ZASP), in prosta uporaba del, ki so trajno v parkih, na ulicah, na trgih ali na drugih splošno dostopnih krajih, če ni v tridimenzionalni obliki ali za isti namen kot prvotno delo ali za doseganje gospodarske koristi (55. člen ZASP). Če nobeden od primerov proste uporabe ne pride v poštev, se je treba preprosto obrniti na avtorja in od njega pridobiti dovoljenje za reprodukcijo ali zlasti predelavo⁴⁷ njegovega dela. Obe rešitvi, ki jih ponuja pozitivno pravo (torej prosta uporaba in dovoljenje avtorja), pa sta v praksi pogosto manj uporabni, kot se zdi na prvi pogled. Največji imetniki avtorskih pravic so velike mednarodne korporacije, ki za vsako uporabo svojih del zahtevajo zelo visoko finančno nadomestilo ali imajo celo politiko, da ne dovoljujejo nikakršnih predelav. Sklicevanje predelovalca na prosto uporabo dela pa s seboj prinaša tveganje večletnega pravdanja z visokimi

⁴² Še več konkretnih primerov navaja Liang, str. 14–20.

⁴³ Lessig, *Svobodna ...*, str. 36–43.

⁴⁴ Trampuž, *Predmet ...*, str. 1020.

⁴⁵ Pfaffenberger poudarja pomen uporabe uveljavljenih izrazov z vidika demokratičnega odločanja. Pfaffenberger, str. 94–95.

⁴⁶ Navajanje odlomkov objavljenega dela ali posamičnih objavljenih del s področij fotografije, likovne umetnosti, arhitekture, uporabne umetnosti, industrijskega oblikovanja in kartografije je prosto, če je to potrebno z namenom ponazoritve, soočenja ali napotitve.

⁴⁷ Pravica iz predelave se namreč nanaša tudi na primere, ko se prvotno delo v nespremenjeni obliki vključi ali vgradi v novo delo (drugi odstavek 33. člena ZASP).

odvetniškimi in sodnimi stroški, česar si neodvisni ustvarjalci ne morejo privoščiti, četudi bi v postopku lahko na koncu uspeli.⁴⁸

Pogosto je težavno tudi ugotavljanje, kdo so imetniki avtorske pravice. Če to v delu ni izrecno označeno, ne vemo, ali je imetnik pravic avtor sam, njegov delodajalec, naročnik ali založnik. Nikjer pa tudi niso evidentirani pravni nasledniki kateregakoli od teh subjektov.⁴⁹ V ureditvi, kjer je uporaba intelektualne lastnine brez dovoljenja imetnika prepovedana, avtorska dela torej ne bodo uporabljena. Stare knjige na primer ne bodo digitalizirane in bodo trohnele na policah. To je nerazumno, saj je obdobje, v katerem ustvarjalno delo komercialno živi, večinoma izredno kratko. Digitalne tehnologije pa lahko dajo novo življenje avtorskopravno varovanemu gradivu po tem, ko se njegovo komercialno življenje konča. Dejstvo, da ne vemo, kaj je varovano in kaj ni, postaja breme ustvarjalnega procesa.⁵⁰

Ironija je, da je danes ustvarjanje novega na podlagi starega preprostejše kot kadarkoli prej in ni več jasne razlike med ustvarjalci in uporabniki vsebin. Živimo v kulturi »kopiraj in prilepi«. Z uporabo interneta je mogoče najti slike, zvoke ali filme z vsega sveta in jih s programskimi orodji sestaviti v poljubne kombinacije, vendar so vse take stvaritve nezakonite. Že samo dejanje ustvarjanja umetnosti je postalo pravno obremenjeno. Nobenemu slikarju v zgodovini se ni bilo treba ukvarjati s tem, ali s svojo sliko krši pravice na delu nekoga drugega; današnji slikar, ki uporablja pripomočke programa Photoshop in menjuje vsebino na omrežju, pa

⁴⁸ Lessig navaja primer, ko je filmski ustvarjalec Jon Else v svoj dokumentarec hotel vključiti posnetek odrskih delavcev, ki igrajo damo, medtem ko so v ozadju na majhnem televizorju v kotu sobe po naključju predvajani Simpsonovi. Družba Fox je zahtevala plačilo 10.000 ameriških dolarjev za tovrstno posredno uporabo štiriinpolsekundne risane nanizanke. Lessig, *Svobodna ...*, str. 113–115. Ta primer pa ni osamljen, obstaja še vrsta podobnih. Glej primer dinosavra Barneyja, ko so skušali imetniki avtorskih pravic preprečiti spletno parodijo tega lika iz priljubljene televizijske nanizanke. Avtorja parodije je uspešno zastopala Electronic Frontier Foundation, primer pa je podrobneje predstavljen na njihovi spletni strani: <http://www.eff.org/legal/cases/barney>. Podobni zapleti so se pojavili tudi v zvezi s slovenskim filmom *Bolečina*, ki sta ga ustvarila režiser Vojko Duletič in digitalni montažer Borko Radešček tako, da sta montirala prizore iz treh režiserjevih starejših filmov o usodah posameznikov in družin med drugo svetovno vojno in tik po njej – *Med strahom in dolžnostjo* (1975), *Draga moja Iza* (1979) in *Doktor* (1985) – v en film. Zaradi zapletov v zvezi z avtorskimi pravicami, ki pripadajo Filmskemu skladu RS, je film več let ostal nedostopen širšemu občinstvu. Povzeto po: Gustinčič, A., *Slovenska bolečina Vojka Duletiča*. Dnevnikov Objektiv, 16. 12. 2006.

⁴⁹ Če imetnika pravic sploh ni mogoče opredeliti ali najti, govorimo o tako imenovanih osirotelih delih. Resnost problema je priznala tudi Evropska komisija in zato maja 2011 objavila predlog direktive, ki bi izobraževalnim in kulturnim institucijam pod določenimi pogoji dovoljevala digitalizacijo osirotelih del in njihovo uporabo v elektronski obliki (dokument Komisije COM(2011) 289 konč. z dne 24. 5. 2011).

⁵⁰ Lessig, *Svobodna ...*, str. 244, 268; Breyer, str. 324.

se mora s tem nenehno obremenjevati. Transakcijski stroški pridobitve dovoljenja za uporabo tujega dela so lahko prohibitivno visoki in odvrnejo tudi tiste ustvarjalce, ki bi bili pripravljeni plačati tantieme za uporabo tujega dela. To pripelje do dileme: kršiti zakon ali se odreči kreativnemu poustvarjanju.⁵¹

3.3. Gibanje za odprto vsebino

3.3.1. Osnovna zamisel

Ker so nekateri problemi pravnega varstva skupni vsem oblikam avtorskih del v digitalni obliki, se poraja vprašanje, ali je za vsa mogoče uporabiti rešitev, ki jo je Stallman ponudil s prostim programjem. Izraz *odprta vsebina* (*open content*) je po zgledu odprtega programja (*open source*) skoval David Wiley, predavatelj na Utah State University, ki je leta 1998 ustanovil projekt OpenContent,⁵² v okviru katerega naj bi se licenčni model prostega programja prenesel tudi na druge oblike digitalnih del (besedilo, zvok, slika, video, interaktivna dela). Prosto licenciranje namreč omogoča zakonitost širokega spektra načinov uporabe avtorskih del, ki so značilni za elektronska omrežja, zlasti internet, in za digitalne medije na splošno.

Čeprav je izraz licenca široko v uporabi predvsem v zvezi z računalniškim programjem (to prakso priznava tudi ZASP v drugem odstavku 113. člena), pravzaprav ne pomeni nič drugega kot dovoljenje za uporabo avtorskega dela, ki ga zahteva zakon (21. člen ZASP). Izključne pravice avtorja pomenijo, da nekaterih stvari z avtorskim delom brez dovoljenja avtorja ni mogoče početi; kako bo avtor to dovoljenje dal, pa je njegova stvar. ZASP v drugem odstavku 70. člena določa, da avtor lahko s pogodbo *ali drugim pravnim poslom* prenese na druge osebe posamične materialne avtorske pravice in druge pravice avtorja. Tak drug pravni posel je tudi licenca, zato ni ovir za njeno uporabo na neračunalniškem področju. Prosto licenciranje literarnih, likovnih in celo glasbenih del je pravzaprav staro toliko kot prosto programje samo. Računalniško programje namreč poleg programa vsebuje še druge vsebine v digitalni obliki, na primer datoteke z uporabniško pomočjo⁵³ in številne grafične elemente.⁵⁴ To je očitno pri kompleksnejšem programju, zlasti

⁵¹ Breyer, str. 316–320; Lessig, *Svobodna ...*, str. 123–124, 204.

⁵² S pomočjo Erica Raymonda, Tima O'Reillyja in drugih. Liang, str. 86; http://oc.openflows.org/oc_definition.

⁵³ Licenca MIT na primer izrecno določa, da se nanaša tudi na datoteke z dokumentacijo, povezano s programjem.

⁵⁴ Licenčna pogodba EULA priložena programju Microsoft Office 2003 v točki 1.5 govori o podelitvi licence za predstavnostne elemente (fotografije, slikovne izrezke, oblike, animacije, zvoke,

računalniških igrah, ki vsebujejo poleg programa tudi zgodbo, zvok, slike in animacijo. Taka dela imajo dvojno naravo: poleg računalniškega programa so tudi avdiovizualno delo.⁵⁵ Če so avtorska dela prosto licencirana kot del računalniškega programja, potem je to seveda mogoče tudi zunaj njega. Recipročne proste licence namreč dopuščajo izločevanje delov programja pod pogojem, da ostanejo vsakomur na voljo pod isto licenco. Če datoteke s pomočjo ali grafične elemente prostega programja pod GPL posebej objavimo na spletni strani, mora torej tudi zanje veljati GPL.

Med prvimi pisanimi deli, ki so bila samostojno licencirana pod prostimi licencami, je bila uporabniška dokumentacija za različne vrste prostega programja. Prosto licenciranje računalniške dokumentacije ima pomožno funkcijo – zagotavlja, da je dokumentacija za prosto programje enako dostopna kot programje. Izzivi digitalizacije pa zahtevajo tudi prosto uporabo drugih vsebin, zato se je v gibanju za odprto vsebino ista metoda začela uporabljati tudi za druge vrste avtorskih del – s samostojnim namenom, da se zagotovi njihova prosta dostopnost v omrežnem okolju.

3.3.2. Prosto licenciranje programske dokumentacije

Največja šibkost prostega programja je bilo na začetku pomanjkanje kakovostnih prostih priročnikov, ki bi jih lahko priložili programju. Dokumentacija je bistvena sestavina vsakega paketa programja, ker uporabnikom pomaga, da dejansko lahko uporabljajo vse njegove zmogljivosti. V tem smislu je dokumentacija podobno funkcionalne narave kot programje samo, zato je Stallman oblikoval zahtevo, da prosto programje potrebuje tudi prosto dokumentacijo.⁵⁶ To pomeni, da morajo vsi uporabniki imeti možnost redistribucije dela (vključno s komercialno), tako da lahko priročnik spremlja vsak primerek programa. Vesten programer, ki izkoristi svojo pravico spreminjanja prostega programja, pa bo popravil tudi programski priročnik, tako da bo poleg nove verzije programja na voljo tudi natančna in uporabna dokumentacija. Dopustne pa so nekatere pravne omejitve spreminjanja dela, na primer zahteva po navedbi vseh avtorjev in ohranitvi distribucijskih pogojev (*copyleft*). Prosto spreminjanje je nujno le glede vse tehnične vsebine priročnika.⁵⁷

glasbene in videoposnetke), ki so vključeni v programje, in pod določenimi pogoji dovoljuje njihovo uporabo. V točki 1.6 pa podeljuje licenco za interno nekomercialno uporabo programju priložene dokumentacije.

⁵⁵ Junker/Benecke, str. 25.

⁵⁶ Stallman, str. 67.

⁵⁷ Prav tam, str. 68.

Drugače kot programje se dokumentacija ne pojavlja samo v digitalni obliki. Če se programje distribuira na fizičnih medijih, je lahko dokumentacija priložena (tudi) na papirju. Čeprav se danes vse bolj uveljavlja omrežno prenašanje programja, so uporabniški priročniki v papirnati obliki še vedno popularni (na primer knjige založbe O'Reilly Media, večji del zbirke For Dummies/Za telebane ipd.), navsezadnje zato, ker je branje knjige večini ljudi prijetnejše od branja z računalniškega zaslona. Stallman zahteva, da mora licenca za računalniško dokumentacijo veljati tako za digitalno kot za »analogno«, papirnato obliko dela. Vsak uporabnik mora imeti možnost, dokumentacijo pretvoriti iz ene oblike v drugo (na primer natisniti elektronski dokument ali skenirati papirnatega) in jo distribuirati bodisi prek omrežja bodisi na papirju oziroma na vseh običajnih medijih.⁵⁸ Če to zahtevo posplošimo, ugotovimo, da digitalna oblika dela ni pogoj za smiselnost prostega licenciranja – zadošča že *možnost pretvorbe* v digitalno obliko. Ta možnost pa danes obstaja pri skoraj vseh oblikah avtorskih del. FSF prostost svoje dokumentacije zagotavlja z uporabo proste licence GNU Free Documentation License.

3.3.3. Splošna opredelitev odprte vsebine

Odprta vsebina nima splošno sprejete definicije. Izraz se uporablja na dva načina. Po širši opredelitvi spada med odprto vsebino vse gradivo, ki je javno dostopno in ga je dovoljeno prosto razmnoževati in distribuirati. Strožja definicija pa zahteva, da delo ni le prosto dostopno, temveč ga je dopustno tudi prilagajati in spreminjati. Ti svoboščini sta pomembni zlasti z vidika novih oblik kolaborativnega ustvarjanja v digitalnem okolju.⁵⁹ V knjigi zaradi enotnosti pojmov večinoma sledim drugi, ožji opredelitvi odprte vsebine, ker se ujema z definicijo prostega programja. Obravnavane pa so tudi nekatere licence, ki ustrezajo širšemu pojmu odprte vsebine.

Najenostavnejša vsebinska opredelitev odprte vsebine je preprosto izvedena iz opredelitve prostega programja. Gre za vsa avtorska dela, ki vsakemu uporabniku dopuščajo, da:

- jih prosto uporablja za kakršenkoli namen;⁶⁰
- jih prosto razmnožuje;
- jih prosto spreminja;

⁵⁸ Prav tam.

⁵⁹ Dostopno na: http://oc.openflows.org/oc_definition.

⁶⁰ Ker so možnosti uporabe umetniških del širše, kot je uporaba programja, je treba razlagati, da prosta uporaba zajema tudi vse oblike priobčitve dela javnosti (drugi odstavek 22. člena ZASP).

- prosto distribuira ali drugače daje na voljo spremenjene ali nespremenjene primerke dela.⁶¹

Podrobnejšo definicijo je mogoče sestaviti po analogiji z definicijo odprtega programja. Projekt *Open Knowledge* je tako prišel do opredelitve, ki vsebuje naslednje elemente:

1. prost dostop do dela;
2. prosta redistribucija dela;
3. prosta predelava dela;
4. odsotnost tehnoloških omejitev;
5. priznanje avtorstva;
6. varovanje integritete dela;
7. nediskriminacija uporabnikov;
8. nediskriminacija področij uporabe;
9. distribucija licence skupaj z delom;
10. nevezanost licence na določeno kombinacijo del;
11. neomejevanje distribucije drugih del.⁶²

Podobnih poskusov opredelitve odprte vsebine je še precej, nobena pa še zdaleč ni tako prevladujoča, da bi jo lahko označili za »kanonično«. Zdi se, da večini uporabnikov zadošča smiselna uporaba definicij prostega oziroma odprtega programja. Enako kot pri programju torej velja, da med odprto vsebino spadajo prosto licencirana dela in tista dela, ki sploh ne uživajo avtorskoppravnega varstva, bodisi zato, ker so iz njega vnaprej izključena (ideje, načela, odkritja; uradna besedila z zakonodajnega, upravnega in sodnega področja; ljudske književne in umetniške stvaritve),⁶³ bodisi ker je preteklo trajanje avtorske ali drugih izključnih pravic. Drugače kot prosto programje je torej velik del odprte vsebine obstajal že, preden so se začele uporabljati proste licence.

Ta knjiga se v enem vidiku namenoma oddaljuje od večine opredelitev odprte vsebine. Odprta vsebina se namreč praviloma pojmuje kot ločena od pojma prostega programja – gre torej za tista avtorska dela, ki niso računalniško programje, a zanje velja enak pravni režim kot za prosto programje. Ta značilnost je predvsem razvojne narave, ker je bil pojem prostega programja že uveljavljen, ko se je o

⁶¹ Prim. opredelitev prostega kulturnega dela projekta Freedom Defined: <http://freedomdefined.org/Definition>. Podobna je tudi opredelitev štirih temeljnih svoboščin avtorskega dela v uvodnem, 0. členu licence FDL (verzija 2).

⁶² Podrobneje: <http://www.opendefinition.org/okd>.

⁶³ Prvi odstavek 9. člena ZASP.

odprti vsebini širše šele začenjalo razmišljati – razlogi, ki so k takemu razmišljanju pripeljali, pa so bili na obeh področjih podobni. Ker je v knjigi obravnavana prosta licenca kot splošen institut, katerega predmet sta lahko kakršnokoli avtorsko delo ali druga stvaritev, varovana s pravico intelektualne lastnine, je potreben tudi splošen izraz za vsa dela, ki so predmet take licence. Izraz odprta vsebina je zato uporabljen tako, da zajema katerokoli človeško stvaritev, za katero bodisi na podlagi zakona bodisi na podlagi licence veljajo štiri svoboščine, ki zaznamujejo odprto vsebino. Odprta vsebina v širšem pomenu torej zajema tudi vse vrste prostega programja. Prosto licenciranje pa se ne omejuje samo na dela v digitalni elektronski obliki, temveč je mogoče tudi pri fizičnih izvirnikih ali primerkih dela. Za izkoriščanje vseh prednosti digitalne tehnologije namreč zadošča že, da je delo mogoče pretvoriti v elektronsko obliko – in prosta licenca to dopušča.

3.3.4. Terminološka nedorečenost

Še večjo raznolikost kot pri iskanju opredelitve odprte vsebine zasledimo pri vprašanju, kako naj se ta vrsta gradiva sploh imenuje. Kot rečeno, je bil izraz *odprta vsebina* skovan po analogiji z izrazom odprto programje. Skoraj neizbežno se je torej kmalu pojavil še izraz *prosta vsebina* (*free content*)⁶⁴ po analogiji s prostim programjem – beseda »prosto« naj bi namreč bolje poudarjala pomen svobode. Nekateri menijo, da se izraza razlikujeta v tem, da prosta vsebina zahteva tudi dostopnost izvirne oblike dela, medtem ko naj bi to za odprto vsebino ne veljalo; drugi uporabljajo izraz odprta vsebina za tista dela, do katerih je omogočen le prost dostop in jih je mogoče prosto uporabljati,⁶⁵ medtem ko naj bi prosta vsebina omogočala tudi spreminjanje dela; tretji enačijo odprto vsebino s permisivnimi, prosto pa s *copyleft* licencami. Primerjava opredelitev in licenc⁶⁶ pa takih razlik ne pokaže, zato menim, da sta izraza za praktične potrebe vsebinsko identična.

Sporen ni samo izraz prosto/odprto, temveč tudi izraz *vsebina*. FSF namreč odsvetuje uporabo te besede, češ da je nespoštljiva do avtorskih del in jih obravnava kot potrošno dobrino, katere namen je zgolj ustvariti zaslužek.⁶⁷ Namesto odprte

⁶⁴ Glej na primer <http://freecontentdefinition.org>.

⁶⁵ Tako gradivo primerneje označuje izraz *odprti dostop* (*open access*), kar je pravzaprav način (internetnega) izdajanja del v elektronski obliki, ki se uveljavlja zlasti v zvezi z javno financiranimi raziskavami in akademskimi dosežki.

⁶⁶ Skoraj vsi projekti se na primer sklicujejo na Free Documentation License in nekatere licence Creative Commons.

⁶⁷ Dostopno na: <http://www.gnu.org/philosophy/words-to-avoid.html>.

vsebine se zato predlagata tudi izraza *odprto znanje* (*open knowledge*)⁶⁸ oziroma *prosto znanje* (*free/libre knowledge*).⁶⁹ Projekt Free Content Definition pa razpravlja še o izrazih *prosto delo* (*free work*), *prosta informacija* (*free information*), *prosta stvaritev* (*free creation*), *prosto intelektualno delo* (*free intellectual work*) in *prosti mediji* (*free media*).⁷⁰ Po zgledu uspešnega projekta licenc Creative Commons so nekateri začeli govoriti o *skupni vsebini* (*common content*) oziroma po naslovu knjige ustanovitelja tega projekta, Lawrencea Lessiga, o *svobodni kulturi* (*free culture*),⁷¹ kar lahko na področje terminologije vnaša dodatne nejasnosti, saj samo nekatere licence Creative Commons ustrezajo tudi definiciji prostega programja, ki služi kot pomožno merilo za ugotavljanje odprte vsebine.

V tej knjigi je kot splošni tîrmin uporabljen izraz *odprta vsebina*. Morda bi bilo glede na načelno opredelitev za izraz prosto programje v 2. poglavju dosledneje, če bi tudi tu govorili o prosti vsebini, vendar sta za odprto vsebino vsaj dva pragmatična razloga: izraz je od obravnavanih najstarejši, saj se je pojavil že leta 1998, poleg tega pa je tudi najbolj uveljavljen – morda celo edini, ki ga uporablja več kot en sam projekt,⁷² uporablja pa se tudi že v strokovni literaturi.⁷³ Kot že rečeno, pojem odprte vsebine je (zlasti v nadaljnjih poglavjih) uporabljen v širšem pomenu, tako da zajema tudi prosto programje. Izraz *prosta licenca* pa se v knjigi nanaša na licenco za katerokoli obliko odprte vsebine – tako prosto programje kot druge vrste avtorskih del.

3.4. Primeri prostih licenc za odprto vsebino

Licence za druge vrste odprte vsebine niso tako raznolike kot licence za prosto računalniško programje, a je v uporabi kar nekaj. Mogoče jih je deliti na permissive in recipročne, vendar razlika med tema skupinama ni tako značilna kot pri programju, zato so v nadaljevanju licence razporejene v štiri skupine po svojem skupnem predmetu ali skupnem izvoru.

⁶⁸ Dostopno na: <http://www.okfn.org>.

⁶⁹ Dostopno na: <http://communities.libre.org>.

⁷⁰ Dostopno na: http://freecontentdefinition.org/Which_name_should_you_use%3F.

⁷¹ Tako se imenuje na primer študentsko kulturno gibanje; <http://www.freeculture.org>.

⁷² Na primer <http://opencontent.org>, <http://www.opencontentalliance.org>.

⁷³ Na primer Pfaffenberger, str. 93; Liang, str. 23; Tennant, R., *The Open Content Alliance*. Library Journal, št. 20, let. 130, 2005, str. 38; Cedergren, M., *Open Content and Value Creation*. First Monday, št. 8, let. 8, 2003, dostopno na: http://www.firstmonday.org/issues/issue8_8/cedergren/index.html.

3.4.1. Licence za programsko dokumentacijo

Pod pogoji licenc za programsko dokumentacijo se objavljajo navodila za uporabo, priročniki, učbeniki in druga dokumentacija v zvezi s prostim (lahko pa tudi lastniškim) računalniškim programjem. Ker so licence posebej prilagojene posebnostim tovrstnih besedil, se ne prilagajajo najbolje drugim vrstam avtorskih del. V poštev pridejo zlasti za poučna in referenčna dela – torej besedila, katerih funkcionalnost je mogoče izboljševati. Seveda je programske priročnike mogoče izdajati tudi pod splošnimi licencami za odprto vsebino, vendar te v začetku razvoja prostega programja preprosto še niso obstajale.

a) *FreeBSD Documentation License*

To je najbrž najstarejša med prostimi licencami, sestavljenimi posebej za potrebe dokumentacije. Projekt FreeBSD – ena od razvojnih vej prostega operacijskega sistema BSD – jo je začel uporabljati leta 1994. Gre za preprosto permisivno licenco, ki vsebinsko pretežno sledi licenci BSD za programje, zato je združljiva z večino drugih prostih licenc.⁷⁴ Redistribucija in uporaba dokumentacije v kakršnikoli obliki (kot »izvorna oblika« je naveden standardizirani splošni označevalni jezik DocBook, kot »kompilirana« pa formati SGML, HTML, PDF, PostScript, RTF itd.), s spremembami ali brez, je dovoljena pod pogojem, da se ohranijo zaznamek avtorske pravice, licenčno besedilo in izjava o izključitvi odgovornosti. Izvorna oblika mora te elemente vsebovati v prvi vrstici datoteke, distribucija v kompilirani obliki pa jih mora reproducirati v dokumentaciji oziroma drugem distribuiranem gradivu. Licenca izključuje sleherno odgovornost dokumentacijskega projekta FreeBSD za škodo, ki bi lahko nastala zaradi uporabe ali napak licencirane dokumentacije.

b) *GNU Free Documentation License*

FDL je najvplivnejša licenca za računalniško dokumentacijo in izraža Stallmanove poglede na naravo svobode. FSF jo je za potrebe projekta GNU sestavila kot osnutek leta 1999, veljavna verzija 1.3 pa je bila sprejeta novembra 2008.⁷⁵ Uvodni, 0. člen pojasnjuje, da je namen licence zagotoviti prostost priročnikov, učbenikov ali drugih funkcionalnih in uporabnih dokumentov, tako da jih lahko vsakdo prosto kopira ali distribuira, s spremembami ali brez, komercialno ali nekomercialno, pod omejenim pogojem *copyleft*. Poleg tega licenca zagotavlja avtorju in založniku pri-

⁷⁴ Besedilo dostopno na: <http://www.freebsd.org/copyright/freebsd-doc-license.html>.

⁷⁵ Besedilo dostopno na: <http://www.gnu.org/copyleft/fdl.html>. Že od leta 2006 je v pripravi večja prenova licence FDL, ki naj bi izšla kot verzija 2, vendar je projekt zastal, tako da je namesto tega prišlo samo do manjših popravkov, ki jih je prinesla verzija 1.3.

znanje zaslug za njuno delo in ju varuje pred odgovornostjo za spremembe, ki so jih napravili drugi. FDL izrecno pomeni dopolnitev licenci GPL za prosto programje.

FDL razlikuje med več sestavinami dela: osrednji del, pomožni odsek dela, ki vsebuje samo podatke v zvezi z avtorji in založniki, in besedilo platnic. Avtor lahko določi, da so nekateri pomožni odseki nespremenljivi (tega pa ne sme določiti za osrednji del), in določi besedilo, ki se mora pojaviti na sprednji (največ 5 besed) in zadnji (največ 25 besed) platnici. Razširjanje dela v nespremenjeni obliki je vsakomur dovoljeno na kakršnemkoli mediju, komercialno ali nekomercialno, pod pogojem, da ima vsak izvod zaznamek o avtorstvu dela, o licenci in priloženo nespremenjeno besedilo FDL brez dodatkov. Prepovedana je uporaba tehnoloških sredstev za preprečevanje branja ali nadaljnjega razmnoževanja tako distribuiranih izvodov (uporaba tehnoloških ukrepov zaščite na distribuiranih primerkih dela je torej dovoljena, a le tako, da ne ovirajo izvrševanja pravic, ki jih podeljuje FDL). Dodatne obveznosti veljajo za objavo več kot sto natisnjenih izvodov licenciranega dela. Če je avtor določil obvezno besedilo, ki naj se pojavlja na platnicah, mora biti ta zahteva spoštovana. Na naslovnici morata biti navedena tudi naslov dela in založnik. Vsakemu natisnjenemu izvodu pa mora biti bodisi priložen izvod dela v »transparentni obliki« (tj. v strojno berljivem formatu, katerega specifikacije so dostopne širši javnosti in ga je mogoče spreminjati z generičnimi urejevalniki) bodisi v njem naveden internetni naslov, na katerem je delo vsakomur dostopno v takem formatu vsaj eno leto od konca distribucije.

Delo je vsakomur dovoljeno poljubno spreminjati in ga pod navedenimi pogoji tudi spremenjenega prenašati, vendar mora v tem primeru na naslovnici uporabiti spremenjeni naslov in navesti avtorje prvotnega dela ter avtorje predelave. Ohraniti mora zaznamke o avtorski pravici, licenci, izključitvi odgovornosti in internetnem naslovu, na katerem je delo dostopno, ter podeliti licenco FDL tudi za spremenjeno delo. Pod naslovom Zgodovina mora navesti podatke o izvornem delu (prvotni naslov, leto izdaje, avtor in založnik) ter dodati iste podatke o spremenjenem delu. Ohraniti mora morebitne zahvale in posvetila, izbrisati pa morebitni odsek o podpori oz. pohvali, ki so jo tretje osebe izrekle prvotnemu delu. Če so nekateri odseki označeni kot nespremenljivi, jih je treba ohraniti v izvorni obliki, avtor predelave pa lahko tudi sam določi, da so nekateri pomožni odseki nespremenljivi (tega pa ne sme določiti za osrednji del). Določi lahko tudi dodatno besedilo na platnicah. Imen avtorjev ali založnikov prvotnega dela pa ni dovoljeno uporabljati za oglaševanje spremenjenega dela.

Pod istimi pogoji kot predelati je dopustno tudi spojiti več del izdanih pod licenco FDL ali jih združiti v zbirko – v takem primeru zadošča, da je celoti pri-

ložen en izvod licence. Enako kot pri GPL je dopustna agregacija dela z drugače licenciranimi deli na istem mediju, če se s tem ne poseže v pravice uporabnika dela. Naslovno besedilo se mora pojaviti na zunanjih platnicah samo, če delo tvori več kot pol celotne agregacije. Pod nekoliko poenostavljenimi pogoji je dovoljena objava izvlečkov iz prvotnega ali spremenjenega licenciranega dela ali pod FDL licencirane zbirke. Besedilo licence, naslovno besedilo, zaznamke avtorske pravice ipd. je v takem primeru mogoče nadomestiti z navedbo internetnega naslova, na katerem so dostopni. Za prevod dela (ki pride v poštev samo pri literarnih delih) načeloma veljajo ista pravila kot za predelavo. Za prevod nespremenljivih odsekov je potrebno posebno dovoljenje avtorjev, brez dovoljenja pa je dopustno prevod priložiti ohranjenemu nespremenljivemu odseku. Prav tako je dovoljeno za informativne namene delu priložiti prevod licence, zaznamkov avtorske pravice in izjav o izključitvi odgovornosti, ohranjene pa morajo biti tudi v izvirnem jeziku. FDL predvideva enak postopek prekinitve licence v primeru kršitev (obvestilo v 60 dneh od zadnjega razširjanja ali spreminjanja dela v nasprotju z licenco) kot GPL. Enak je tudi mehanizem samodejnega prehoda na nove verzije licence. Verzija 1.3 FDL pod določenimi pogoji dopušča tudi prehod na licenco Creative Commons BY-SA, vendar le za gradivo, ki je bilo objavljeno na množičnih kolaborativnih spletnih straneh (na primer tipa wiki) v določenem časovnem obdobju.

Zanimivo je, da licenca FDL drugače kot večina drugih prostih licenc ne vsebuje izjave o izključitvi odgovornosti, temveč le dopušča, da dajalec licence tako izjavo doda v dokument poleg licence.

c) *Apple Common Documentation License*

Ta prosta licenca za dokumentacijo je zanimiva, ker jo uporablja Apple, ki je sicer proizvajalec lastniške programske in strojne opreme (vendar se v omejenem obsegu ukvarja tudi s prostim programjem). Veljavna verzija 1.0 se je začela uporabljati leta 2001.⁷⁶ Licenca je kljub precejšnji dolžini razmeroma preprosta, saj se izogne večini tehničnih podrobnosti, ki jih vsebuje na primer FDL. Preprostost in doslednost, ki dovoljuje razmeroma neomejeno uporabo in redistribucijo dokumentov ob priznavanju avtorjevih zaslug in ohranjanju njegovega namena, so v preambuli izrecno navedeni kot cilji te licence.

Obseg podeljenih pravic je enak kot pri FDL – licenca izrecno našteva uporabo, razmnoževanje, spreminjanje, javno prikazovanje in distribuiranje dokumenta in iz njega izvedenih del na kakršnemkoli mediju, komercialno ali nekomercialno. Besedilo licence mora biti priloženo vsem izvodom dokumenta ali pa mora biti v

⁷⁶ Besedilo dostopno na: http://fedoraproject.org/wiki/Licensing/Common_Documentation_License.

vsakem dokumentu na vidnem mestu na predpisanem obrazcu naveden internetni naslov <http://www.opensource.apple.com/cdl>, na katerem je licenčno besedilo dostopno. Izvedena dela morajo poleg zaznamka avtorske pravice predelovalca vsebovati tudi izjavo, ki na kratko povzema, v čem se izvedeno delo razlikuje od prvotnega. Nekoliko ožji je doseg *copylefta*: delo je dovoljeno združiti ali kombinirati z drugimi, samostojnimi deli, pri čemer zadošča, da ostane pod CDL licenciran le vključeni dokument, ne pa celotna kompilacija. Slednja pa mora vsebovati obvestilo o tem, da vključuje dokument, za katerega velja CDL. Prehod na nove verzije licence, ki jih lahko izda Apple, je urejen podobno kot pri FDL, do prekinitve veljavnosti licence zaradi kršitev pa pride samodejno.

Korporativni izvor te licence je razviden iz podrobnih določb o izključitvi jamstva in omejitvi odškodninske odgovornosti, varstvu blagovnih znamk dajalca licence in izjave, da neuveljavljanje te licence v primeru kršitve ne pomeni tudi odpovedi njenemu uveljavljanju v prihodnje. Za licenco velja pravo ZDA in države Kalifornije, razen kalifornijskega kolizijskega prava. Applova licenca CDL je nezdržljiva z licenco FDL, ker svojim določbam ne dopušča dodati novih licenčnih pogojev, medtem kot FDL vsebuje določbe, ki jih v CDL ni.⁷⁷

3.4.2. Prve splošne licence za odprto vsebino

a) Izjava o dovoljeni uporabi

Če želi avtor dovoliti le prosto kroženje svojega avtorskega dela v digitalnem okolju, ne pa njegovega poljubnega spreminjanja, zadošča, da ga opremi z ustrezno kratko izjavo. Standardno obvestilo o avtorskih pravicah na spletnih straneh projekta GNU se na primer glasi: »Dobesedno kopiranje in distribucija tega celotnega članka sta dovoljena po vsem svetu brez plačila, na kakršnemkoli mediju pod pogojem, da je ohranjeno to obvestilo.«⁷⁸ Dobesedno razmnoževanje ne zahteva ohranitve vzglavja in vznožja spletnih strani ali drugih elementov formatiranja, zahteva pa se ohranitev navedenih spletnih povezav.⁷⁹ Takšno jedrnato avtorjevo dovoljenje pravno lahko kvalificiramo kot enostavno licenco, ki pa ni prosta licenca, ker ne dovoljuje prostega spreminjanja licenciranega dela. Zaradi tega ni združljiva s prostimi licencami.

⁷⁷ Besedilo dostopno na: <http://www.gnu.org/licenses/license-list.html#FreeDocumentationLicenses>.

⁷⁸ *Verbatim copying and distribution of this entire article are permitted worldwide without royalty in any medium provided this notice is preserved.*

⁷⁹ Besedilo dostopno na: <http://www.gnu.org/licenses>.

b) Open Content License

Open Content License⁸⁰ (okrajšava OPL, kar včasih povzroča zamenjavo z Open Publication License) je bila prva splošna licenca, zasnovana za distribucijo kakršnekoli odprte vsebine. Ustanovitelj projekta OpenContent, David Wiley, jo je objavil julija 1998, prva objavljena verzija (1.0) pa je ostala brez nadaljnjih sprememb. Licenca ima danes predvsem zgodovinski pomen zaradi svojega prvenstva, saj jo je avtor »upokojil« in namesto nje svetuje uporabo licenc Creative Commons.⁸¹ Gre za recipročno licenco, ki podeljuje standardne pravice do prostega razmnoževanja, spreminjanja in distribucije odprte vsebine. Določba o *copyleftu* je precej stroga, zasnovana enako kot pri GPL: če delo vsebuje kakršnokoli gradivo, ki je bilo licencirano pod OPL, mora biti tudi celota licencirana pod OPL. Nasplošje je razvidno, da je licenca nastala z razmeroma tesnim zgledovanjem po GPL (verziji 2), tako da je beseda »programje« nadomeščena z besedo »vsebina«. Izraz vsebina ni definiran, tako da se lahko nanaša na dela na kateremkoli mediju. Nekatere zahteve iz GPL so izpuščene: tako OPL ne vsebuje določb o transparentni obliki ali drugem ekvivalentu izvirne kode programja, ki so značilne za FDL. Bistvena razlika pa je v tem, da OPL omejuje komercialne dejavnosti, povezane z licenciranim delom ali njegovimi predelavami. Zaračunavanje je dovoljeno samo za medij in storitve, povezane z izdelavo primerka dela; za plačilo je dovoljeno ponujati svetovanje pri uporabi dela ali garancijo zanj. Ni pa dovoljeno prodajati primerkov dela ali zaračunavati za zagotavljanje dostopa do odprte vsebine ali njene uporabe prek omrežja. Zaradi omejevanja komercialne rabe Open Content License ni prava prosta licenca, zato FSF odsvetuje njeno uporabo.

c) Open Publication License

Open Publication License⁸² je druga licenca projekta OpenContent, prvič objavljena junija 1999, še vedno pa je veljavna verzija 1.0. Gre za recipročno licenco, namenjeno zlasti ustvarjanju prostih publikacij. Izvedena je bila iz Open Content License, pod katero je nekaj avtorjev že začelo objavljati svoja dela, tradicionalni knjižni založniki pa so imeli z njo težave (tudi založba O'Reilly, ki sicer pogosto izdaja prosto licencirane knjige). Enako kot pri OPL njen avtor zdaj odsvetuje uporabo te licence za nove projekte odprte vsebine in predlaga uporabo novejših prostih licenc.⁸³

⁸⁰ Besedilo dostopno na naslovu: <http://opencontent.org/opl.shtml>.

⁸¹ Liang, str. 86–87.

⁸² Besedilo dostopno na: <http://opencontent.org/openpub>.

⁸³ Liang, str. 86–87.

Open Publication License podeljuje standardne pravice razmnoževanja in distribuiranja dela z določbo *copyleft*. Drugače kot OPL brez omejitev dovoljuje tudi komercialno redistribucijo gradiva. Ker je namenjena predvsem licenciranju besedila oziroma literarnih del, je lahko podrobneje primeroma navedla, kaj pomeni spremenjeno delo: prevodi, antologije, kompilacije in izvlečki dokumenta. To se razlikuje od pojma spremenjeno oziroma izvedeno delo pri licencah za programje.

Nenavaden je V. člen licence, ki vsebuje priporočila glede dobre poslovne prakse, na primer da se spodobi obvestiti avtorja dela o nameravani distribuciji v knjižni obliki ali na cedeju ter mu ponuditi brezplačen izvod dela. Ni povsem jasno, koliko so te določbe pravno zavezujoče. Bistvena razlika med Open Publication License in drugimi licencami pa je v VI. členu, ki avtorju dopušča dve opcijski omejitvi licenčnih pravic. Prva možnost prepoveduje distribucijo bistveno spremenjenih primerkov dela brez avtorjevega izrecnega dovoljenja. Bistvena sprememba pomeni spremembo semantične vsebine dokumenta, in ne le spremembe formata ali tipkopijskih popravkov. Druga možnost je prepoved objave dela ali njegovih predelav v papirnati knjižni obliki za komercialne namene brez izrecnega dovoljenja imetnika avtorske pravice. Namenjena je zagotavljanju tradicionalnim založnikom knjig, da lahko tiskajo odprto vsebino brez skrbi, da bi jim kdo lahko konkuriral z brezplačno uporabo njihovega uredniškega in založniškega dela. Težava je v tem, da uporaba katerekoli od možnosti iz VI. člena bistveno spremeni naravo licence in jo spremeni iz proste v neprosto licenco. Z možnostjo izbire dodatnih omejitev se skuša pri eni sami licenci doseči učinke dveh različnih licenc, kar lahko zmede tako dajalca kot pridobitelja licence.⁸⁴ FSF meni, da je Open Publication License mogoče uporabljati za izdelavo proste dokumentacije samo, če dajalec licence ne uveljavi nobene od možnosti iz VI. člena.⁸⁵

d) *Free Art License*

Free Art License (FAL)⁸⁶ je nastala iz pobude za prenos nekaterih zamisli prostega programja na področje umetnosti, ki je bila izoblikovana na sestanku *Copyleft Attitude* leta 2000 v Parizu, kjer so se računalniški strokovnjaki in aktivisti prostega programja prvič povezali s sodobnimi umetniki.⁸⁷ Izvirno je napisana v francoščini kot *License Art Libre*, uradne jezikovne verzije pa obstajajo tudi v

⁸⁴ Liang, str. 90–91.

⁸⁵ Besedilo dostopno na: <http://www.gnu.org/licenses/license-list.html#FreeDocumentationLicenses>.

⁸⁶ Angleško besedilo dostopno na: <http://artlibre.org/licence/lal/en>.

⁸⁷ Liang, str. 62.

angleščini, nemščini, španščini, portugalščini in italijanščini. Licenca je napisana ob upoštevanju francoskega prava in Bernske konvencije. Preambula pojasnjuje, da je cilj licence spodbujanje dostopa javnosti do umetniških del, ki ga dotedanje pravice literarne in umetniške lastnine omejujejo. Licenca naj bi javnosti omogočila ustvarjalno uporabo umetniških del in tako krepila internetu in digitalnim medijem lastno idejo uporabnika/ustvarjalca. Skladno s temi izhodišči licenca predvideva kontinuiran postopek ustvarjanja umetnosti kot nasprotje ideji o umetnosti kot dejavnosti, usmerjeni h končnemu rezultatu. Zato že v terminologiji vzpostavlja model, v katerem razlikuje med prvotnim delom (*initial work*), poznejšimi deli, zasnovanimi na prvotnem (*subsequent work*), in občim delom (*common work*), ki vključuje prvotno delo in vse poznejše prispevke k njemu. Licenca velja za vse sestavine občega dela.

Umetnik/ustvarjalec s FAL podeljuje uporabniku:

- pravico do izdelave primerkov dela za osebno uporabo ali uporabo drugih;
- pravico distribuiranja (in javne priobčitve) primerkov dela v kateremkoli mediju, tako v originalni kot spremenjeni obliki, brezplačno ali za plačilo, pod pogojem navedbe vseh avtorjev in mesta izvirnika;
- pravico spreminjanja dela s pogojem, da se lahko spremenjeni primerki distribuirajo samo tako, da tudi zanje veljata navedena pogoja.

Javna priobčitev dela ali njegova vključitev v drugo delo ne smeta omejiti pravic iz licence. Zato morajo na primer izvajalci in proizvajalci fonogramov prav tako podeliti licenco FAL za svoje pravice na posnetkih izvedb dela, če jih želijo distribuirati ali javno priobčiti. Če se delo vključi v drugo, večje delo tako, da do njega ni več mogoče ločeno dostopati, potem mora za celotno delo veljati licenca FAL ali z njo združljiva licenca. Zdaj veljavna verzija 1.3 FAL namreč (drugače kot prejšnje) dopušča, da se spremenjeni primerki dela distribuirajo tudi pod pogoji druge združljive licence. V 5. členu je opredeljeno, da je licenca združljiva s FAL, če daje pravico razmnoževanja, distribuiranja in spreminjanja primerkov dela tudi za komercialne namene in brez drugih omejitev; če zagotavlja ustrezno priznanje avtorstva in dostop do prejšnjih različic dela; če priznava FAL kot združljivo licenco (recipročnost); če zahteva, da so spremembe dela predmet iste licence ali druge licence, ki izpolnjuje pogoje združljivosti.⁸⁸ Trenutno je veljavna verzija licence 1.3, uporabnikom pa dopušča možnost prehoda na poznejše verzije. V primeru kršitve pride do samodejne prekinitve licence.

⁸⁸ Prim. Liang, str. 64.

3.4.3. Licence Creative Commons

a) *Zamisel in cilji*

Creative Commons⁸⁹ je ena najpomembnejših pobud na področju licenciranja odprte vsebine, ki je v kratkem času pritegnila veliko pozornosti in sprožila širšo javno razpravo o odprti vsebini. Gre za neprofitno družbo, ki skladno s filozofijo svojega ustanovitelja Lawrencea Lessiga skuša spodbujati kreativnost z omogočanjem fleksibilne ravni zaščite pravic in svoboščin avtorjev in umetnikov. Njen cilj je oblikovanje *razumne* avtorske pravice; namesto gesla *vse pravice pridržane* zato uporablja načelo *nekatero pravice pridržane*. CC k bogatenju domene odprte vsebine pripomore z naborom uporabniku prijaznih licenc za avtorska dela in delovanjem kot baza odprte vsebine. Vse licence omogočajo prosto kroženje in rabo dela v digitalnem omrežnem okolju, natančnejši obseg podeljenih pravic pa je odvisen od izbire ustvarjalca (kar se razlikuje od pojma svobode pri prostem programu). Podeljene svoboščine so opisane tako, da nadaljnji uporabniki dela lahko uporabijo in se nanje zanašajo, ne da bi morali najeti odvetnika. Zaradi lažje globalne uporabnosti del je v okviru CC na voljo tudi niz mednarodnih licenc, ki uporabniku podeljujejo iste osnovne pravice, a so prilagojene posameznim nacionalnim zakonodajam.⁹⁰

b) *Elementi licenc*

Vsak avtor lahko licenco CC za svoje delo sestavi po lastnih željah s pomočjo enostavnega uporabniškega vmesnika na spletni strani CC, ki ponudi izbiro med tremi ključnimi koncepti. To so: priznanje avtorstva, komercialnost rabe in spreminjanje dela.

1. *Priznanje avtorstva*

Gre za pravico biti priznan kot avtor dela. Če licenca zahteva priznanje avtorstva, lahko delo vsakdo uporablja pod pogojem, da prizna ustvarjalcu njegovo avtorstvo dela, ga ob objavi navede kot avtorja dela, ohranja obstoječe zaznamke avtorske pravice ipd. Ker je pri prvi verziji licenc prek 95 odstotkov avtorjev izbralo zahtevo po priznanju avtorstva, je ta v verziji 2 in naslednjih že standardno vključena v vsako licenco. Ne gre torej več za izbirni element licenc CC. To niti ni presenetljivo, saj je določba o priznanju avtorstva tudi v vseh doslej obravnavanih prostih licencah.

⁸⁹ Spletna stran: www.creativecommons.org, www.creativecommons.si.

⁹⁰ Lessig, *Svobodna ...*, str. 299–302; Liang, str. 78–79; Bogataj Jančič, *Licence ...*, str. 20–21.

2. *Komercialna uporaba*

Avtor lahko določi, ali je dovoljeno delo uporabljati na komercialen način ali pa je ta pravica pridržana njemu. Če se odloči za nekomercialno uporabo, to pomeni, da dovoli avtorsko delo reproducirati, distribuirati ali priobčiti javnosti samo pod pogojem, da ta ravnanja niso primarno namenjena doseganju komercialnih koristi ali zasebnega dobička. Primerkov dela torej ni dovoljeno prodajati.

3. *Spreminjanje dela*

Glede spreminjanja dela ima avtor na izbiro tri možnosti. Lahko ga dovoli brez nadaljnega (enako kot permisivne licence). Lahko ga v celoti prepove (določba »brez predelav«) – to pomeni, da dovoli avtorsko delo reproducirati, distribuirati, dajati v najem in priobčiti javnosti samo v izvirni obliki. Za objavo spremenjenega dela je treba pridobiti avtorjevo posebno dovoljenje. Tretja možnost pa je določba »deljenje pod istimi pogoji« (*share alike*), ki vsebinsko ustreza načelu *copyleft*. To pomeni, da je distribuiranje ali dajanje na voljo javnosti predelav avtorskega dela dovoljeno pod pogojem, da so distribuirana oziroma dana na voljo pod istimi pogoji kot izvirno avtorsko delo.

c) *Vrste licenc*

Iz naštetih licenčnih elementov je bilo v preteklosti (verzija 1.0) mogoče sestaviti enajst različnih licenc. Ker so izkušnje pokazale, da si velika večina avtorjev želi priznanja avtorstva, se temu od verzije 2.5 naprej ni mogoče odreči, zato je na izbiro le še šest različnih licenc:

1. *licenca: »priznanje avtorstva« + »nekomercialno« + »brez predelav«*

Uporabnikom se dovoli brez predelave avtorskega dela reproduciranje, distribuiranje, dajanje v najem in priobčitev javnosti samega izvirnega avtorskega dela, pod pogojem, da navedejo avtorja in da ne gre za komercialno uporabo.

2. *licenca: »priznanje avtorstva« + »nekomercialno« + »deljenje pod istimi pogoji«*

Ta licenca dovoli uporabnikom avtorsko delo in njegove predelave reproducirati, distribuirati, dajati v najem, priobčiti javnosti in predelovati samo pod pogojem, da navedejo avtorja, da ne gre za komercialno uporabo in da tudi oni naprej širijo izvirna dela/predelave pod istimi pogoji. Razlika med 1. in 2. licenco je v tem, da lahko pri 2. licenci uporabniki avtorsko delo predelujejo in spreminjajo, vendar ga morajo pod istimi pogoji širiti naprej.

3. *licenca: »priznanje avtorstva« + »nekomercialno«*

Uporabnikom se s to licenco dovoli nekomercialno reproducirati, distribuirati, dajati v najem, priobčiti javnosti in predelovati avtorsko delo in njegove predelave,

morajo pa navesti avtorja. Od 1. licence se 3. razlikuje v tem, da se pri slednji delo lahko predeluje in spreminja. Od 2. licence pa se razlikuje v tem, da tu ni treba licencirati avtorskega dela/predelave dela pod istimi pogoji.

4. *licence: »priznanje avtorstva« + »brez predelav«*

Sama izvirna avtorska dela, brez predelav, pod to licenco lahko uporabniki reproducirajo, distribuirajo, dajejo v najem in priobčijo javnosti pod pogojem, da navedejo avtorja in dela ne spreminjajo. Od 1. licence se 4. razlikuje v tem, da je pri uporabi slednje licence dovoljena komercialna uporaba avtorskega dela.

5. *licence: »priznanje avtorstva« + »deljenje pod istimi pogoji«*

Licenca dovoli uporabnikom reproduciranje, distribuiranje, dajanje v najem, javno priobčitev in predelavo avtorskega dela, če navedejo avtorja in širijo avtorsko delo/predelavo naprej pod istimi pogoji. Za nova dela, ki bodo nastala s predelavo, bo tako tudi dovoljena komercialna uporaba. Od 2. licence se ta razlikuje samo v tem, da je tu dovoljena tudi komercialna uporaba dela/predelave.

6. *licence: »priznanje avtorstva«*

Uporabnikom je dovoljeno (ne)komercialno reproduciranje, distribuiranje, dajanje v najem, javna priobčitev in predelava avtorskega dela, pod pogojem, da navedejo avtorja izvirnega dela.⁹¹

7. *licence CC 0 – prenos dela v javno domeno*

Pri tem ne gre za licenco, sestavljeno iz prej navedenih elementov, temveč za izjavo v smislu »nobena pravica pridržana«. Izjavitelj s to izjavo prenese delo v javno domeno tako, da se v celoti oziroma v največjem obsegu, ki ga dopušča veljavno pravo, trajno, nepreklicno in nepogojno odreče vsem svojim avtorskim in/ali sorodnim pravicam na tem delu. Ker v številnih pravnih redih popolna odpoved avtorski pravici ni mogoča, saj avtor ne more razpolagati z moralnimi upravičenji, 3. člen izjave izrecno določa, naj se v takšnem primeru izjava šteje za avtorjevo neodplačno, trajno, nepogojno in nepreklicno dovoljenje za izvrševanje njegovih pravic na delu na kakršenkoli način, ne glede na medij, kjerkoli na svetu.

Osnovnih šest licenc je poleg generične različice na voljo še v več nacionalnih različicah. Uporabnik licenciranega dela lahko sledi katerikoli ustrezajoči nacionalni verziji licence CC, ki vsebuje iste temeljne licenčne elemente kot za delo uporabljena licenca. Poleg osnovnih licenc je projekt CC ponujal še nekaj specialnih licenc, ki niso bile na voljo v vseh nacionalnih različicah. To so na primer *Founder's Copyright*, ki poustvarja 14-letno avtorskopravno varstvo, kot so si ga zamislili »ustanovni očetje« ameriške ustavnosti; licenca za vzorčenje (*sampling*),

⁹¹ Opis licenc povzet po: <http://creativecommons.si/licence>.

licenca za deljenje glasbe, licenca za dežele v razvoju. Večina teh specialnih licenc je danes »upokojenih« in CC njihove uporabe ne priporoča več.

Pri projektu CC torej ne gre samo za eno vrsto licenc, temveč za več različnih licenc z različno vsebino. Skupno jim je dovoljenje za prosto nekomercialno razmnoževanje in distribucijo dela. Širok nabor različnih licenc izraža ideološko nevtralnost projekta CC: ne vsiljuje svojega pojma svobode, temveč skuša avtorje s pozitivnim zgledom privabiti k *čim bolj prostemu* licenciranju. Vsaka licenca CC je zato prilagojena specifičnim potrebam dajalca licence in ne sledi skupnemu standardu svobode. To je razumljivo, ker sta raznolikost avtorskih del, ki jih je mogoče licencirati, in obseg ciljnih uporabnikov licenc projekta CC še mnogo večja kot pri prostem programju. Samo dve licenci CC sta na prvi pogled skladni z definicijo proste licence: licenca »priznanje avtorstva« (preprosta permissivna licenca) in licenca »priznanje avtorstva« + »deljenje pod istimi pogoji« (*copyleft* licenca). Licence, ki omejujejo komercialno rabo, prepovedujejo spreminjanje dela ali dopuščajo prosto uporabo samo v nekaterih delih sveta, niso prave proste licence. Ustrezajo kvečjemu pojmu odprte vsebine v širšem smislu: to je vsebina, ki jo je mogoče brez omejitev širiti po digitalnih omrežjih. Projekt CC je torej mogoče označiti za skupek prostih in polprostih licenc.⁹²

d) Uporaba licence CC

Značilnost licenc CC je, da niso prilagojene digitalni dobi samo po pravni, temveč tudi po tehnični in uporabniški plati. Ko avtor izbere osnovne pogoje licence na spletni strani CC, se ta avtomatično generira in izrazi v treh oblikah:

1. *Povzetek licence (Commons Deed)* je preprost, pravnim laikom lahko razumljiv povzetek ključnih določil same licence, dopolnjen z ustreznimi grafičnimi ikonami. Sam povzetek nima neposredne pravne veljave in njegova vsebina se v sami licenci ne pojavlja.

2. *Celotno pravno besedilo licence (Legal Code)* je pravzaprav sama licenca – torej zapis pravnega posla avtorskega prava, podrobnejši in obsežnejši od povzetka licence. To besedilo je neposredno pravno veljavno, a je namenjeno predvsem pravnikom, saj je za razumevanje potrebno podrobnejše branje.

3. *Metapodatki (Digital Code)* pomenijo računalniško berljiv prevod licence, ki pomaga spletnim iskalnikom in drugim aplikacijam identificirati avtorsko delo glede na določene glavne pogoje licence. Licenciranje digitalnih avtorskih del je navzven razvidno tako, da avtor doda svojemu avtorskemu delu gumb *Creative Commons »Some rights reserved«* (slovenski gumb ima obliko *Creative Commons*

⁹² Prodromou (splet).

»nekatero pravice pridržane«). Gumb vodi nazaj na povzetek licence, tako da se lahko s klikom nanj vsi preprosto poučijo o pogojih licence.

Licence CC torej sestavljajo trije izrazi: pravna licenca, preprost, ljudem razumljiv opis licence in strojno čitljiva oznaka. To omogoča, da ljudje lahko licencirajo svoje delo in uporabljajo tuje licencirano delo brez pomoči odvetnikov in da lahko strojno iščejo avtorska dela glede na njihov pravni status. Iskanje gradiva pod licencami CC danes omogočajo že vsi večji internetni iskalniki (na primer Yahoo in Google) in strani, ki ponujajo gostovanje vsebine (na primer Flickr).⁹³

e) *Kritika projekta CC*

Creative Commons kritizirajo tisti zagovorniki odprte vsebine, ki menijo, da je gibanje CC ideološko preveč nedorečeno, kar preprečuje oblikovanje delujoče alternative obstoječemu avtorskemu pravu.⁹⁴ Glavna pomanjkljivost projekta naj bi bila, da ne definira jedra temeljnih svoboščin oziroma pravic, kakršne so značilne za prosto programje. Oznaka »licenca CC« nima skupnega pomena, zato ni mogoče potegniti jasne črte med licenco, ki še sledi duhu projekta, in takšno, ki mu ne. To se razlikuje od Stallmanovega pristopa, ki je z uporabo ene licence dosegel enotno raven svobode prostega programja.⁹⁵ Free Software Foundation zaradi nejasnosti izraza »licence Creative Commons«, ki pokriva tako proste kot polproste licence, namesto katerekoli licence CC priporoča uporabo Free Art License.⁹⁶ Zanimiv je tudi pomislek Nive Elkin Koren, ki ugotavlja, da strategija Creative Commons krepi dojemanje informacije kot blaga. Poenostavitev postopka licenciranja je posameznim avtorjem omogočila, da z licencami poljubno omejujejo uporabo svojih del. Statistika CC kaže, da večina uporabnikov izbere licenco, ki omejuje komercialno uporabo dela. Ko avtorsko pravo postane uporabniku prijazno, postane ideja o lastništvu informacije prevladujoča. Z zanašanjem na avtorsko pravo CC tako krepi lastniški pravni režim na intelektualnih stvaritvah, to pa ne spodbuja večjega dostopa do ustvarjalnosti.⁹⁷

3.4.4. Druge licence za odprto vsebino

Druge proste licence za odprto vsebino se niso širše uveljavile, zato jih tu omenjamo samo kot ilustracijo razširjenosti ideje o prostem licenciranju kulturnih stvaritev:

⁹³ Lessig, *Svobodna ...*, str. 298–299.

⁹⁴ Elkin Koren v: Guibault/Hughenoltz, str. 326.

⁹⁵ Hill (splet); prim. www.libresociety.org.

⁹⁶ Besedilo dostopno na: http://www.fsf.org/licensing/licenses/index_html.

⁹⁷ Elkin Koren v: Guibault/Hughenoltz, str. 334–339.

- *EFF Open Audio License* je licenca za ustvarjanje proste glasbe zasnovana na GPL, ki jo je leta 2001 objavila Electronic Frontier Foundation. EFF namesto te licence zdaj priporoča uporabo licenc Creative Commons, licenco CC »priznanje avtorstva + deljenje pod istimi pogoji« pa označuje kot verzijo 2.0 licence OAL.⁹⁸
- *Open Music Licenses* je bila pobuda nabora prostih licenc za glasbo, ki je bila predstavljena na prireditvi Linuxtag leta 2001. Gre za tri vrste licenc, ki so glede na svojo restriktivnost oziroma permisivnost označene z barvami: zelena, rumena in rdeča licenca OpenMusic. Uporabnik pa lahko iz njihovih določb po svojih preferencah sestavi tudi individualno »mavrično« licenco.⁹⁹
- *Ethymonics Free Music License*¹⁰⁰ je prav tako prosta licenca, zasnovana po zgledu GPL, a prilagojena za licenciranje glasbenih del in distribucijo proste glasbe kot promocije umetnikov. Uporablja jo manjša glasbena družba za prodajo proste glasbe.¹⁰¹
- *SIL Open Font License*¹⁰² je prosta *copyleft* licenca za računalniške pisave in z njimi povezano programje. Njena posebnost je določba, da morajo biti pisave distribuirane skupaj z računalniškim programom, vendar ta pogoj izpolni že preprost program Hello World, zato je po mnenju FSF neškodljiv.¹⁰³
- *Design Science License*¹⁰⁴ je prosta *copyleft* licenca za odprto vsebino, kot so besedilo, slike in glasba. Licenca zahteva distribucijo tako objektne kot izvirne oblike dela. Ker ni združljiva s FDL, FSF odsvetuje njeno uporabo za računalniško dokumentacijo, primerna pa je za druge vrste podatkov.¹⁰⁵

3.5. Primer Wikipedija – prosta spletna enciklopedija

Svoboda spreminjanja je najbolj potrebna pri tistih avtorskih delih, ki imajo funkcionalno, in ne estetsko vrednost, ter jih je mogoče pri opravljanju njihove funkcije izboljševati. Tako delo je na primer enciklopedija, ki je kot zbir znanja

⁹⁸ Besedilo dostopno na: http://www.eff.org/IP/Open_licenses; Liang, str. 69–71.

⁹⁹ Besedilo dostopno na: <http://openmusic.linuxtag.org>; Liang, str. 72–77.

¹⁰⁰ Besedilo dostopno na: <http://www.ethymonics.co.uk/fml.html>.

¹⁰¹ Liang, str. 94–96.

¹⁰² Besedilo dostopno na: http://scripts.sil.org/cms/scripts/page.php?site_id=nrsi&item_id=OFL.

¹⁰³ Besedilo dostopno na: <http://www.fsf.org/licensing/licenses>.

¹⁰⁴ Besedilo licence DSL ni več dostopno na spletni strani njenega avtorja, Michaela Stutza, izvod pa se nahaja na projekta GNU: <http://www.gnu.org/licenses/dsl.html>.

¹⁰⁵ Liang, str. 91–92.

namenjena posredovanju informacij, te pa brez stalnega posodabljanja hitro lahko zastarijo. Uporaba proste licence omogoča pisanje in posodabljanje enciklopedije na kolaborativen način, podoben Linuxovemu razvojnemu modelu. Eden najbolj uspešnih projektov odprte vsebine je tako postala Wikipedija (www.wikipedia.org) – prosta spletna enciklopedija, k vsebini katere lahko vsakdo prispeva in jo ureja. V desetih letih obstoja (od januarja 2001) so njeni uporabniki samo v angleščini ustvarili več kot tri milijone in pol geselskih člankov, vsebina pa hkrati nastaja v več kot 200 drugih jezikih, tudi slovenščini.¹⁰⁶ Zaradi svoje odprte narave Wikipedija obravnava tudi marsikatero temo, ki bi jo v klasičnih enciklopedijah zaman iskali.¹⁰⁷ O zanesljivosti tako nastajajoče enciklopedije naj zadošča ugotovitev ugledne ameriške znanstvene revije Nature iz leta 2005, da v izbranih člankih, ki so jih primerjali strokovnjaki za posamezna področja, Wikipedija ni vsebovala bistveno več napak kot profesionalno urejena Encyclopaedia Britannica.¹⁰⁸

3.5.1. Prispevanje k Wikipediji

Po tehnični plati Wikipedijo omogoča programsko orodje *wiki* (v havajščini: hitro), s katerim lahko vsak obiskovalec dodaja in spreminja vsebino enciklopedičnih člankov na spletnih straneh – zadošča klik na povezavo *edit* na vrhu vsake strani. Gre za postopek hitrega ustvarjanja dokumentov HTML z uporabo preprostih pravil oblikovanja in s sistemom beleženja vsake posamične spremembe. Tako bralci enciklopedijo sproti dopolnjujejo z novimi podatki, odpravljajo se napake, ustvarjajo novi članki. Značilno je, da je pri nastanku posameznega »zrelega« članka sodelovalo več desetih nepovezanih avtorjev. Ker je vsaka sprememba Wikipedijinega članka takoj dostopna internetni javnosti, nikoli ne gre za prosto privatno predelavo avtorskega dela v smislu 53. člena ZASP. Enciklopedija ne bi mogla spontano nastajati kot delo internetne skupnosti, če bi bilo treba za vsakokratno spremembo posebej pridobiti dovoljenje prvega avtorja članka in vseh avtorjev naknadnih sprememb, zato je potreben še pravni ekvivalent pogona *wiki*, ki zagotavlja pravno dopustnost spreminjanja enciklopedičnih člankov. Vse besedilo Wikipedije je bilo prvotno na voljo pod pogoji licence GNU Free Documentation License, od leta 2009 pa je gradivo dvojno licencirano, tako da je na voljo *tudi*

¹⁰⁶ Februarja 2011 je slovenska različica Wikipedije vsebovala preko 105.000 člankov, člankov v vseh jezikovnih različicah skupaj pa je preko dvanajst milijonov.

¹⁰⁷ Na primer All your base are belong to us, Exploding whale, Heavy metal umlaut, Holy prepuce, Pimpmobile, Spoo ... Več: http://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Unusual_articles.

¹⁰⁸ J. Giles, *Internet Encyclopaedias Go Head to Head*. Nature, št. 483, 15. december 2005, str. 900–901.

pod pogoji licence Creative Commons »priznanje avtorstva + deljenje pod enakimi pogoji« (CC-BY-SA).¹⁰⁹

Kdorkoli spreminja besedilo Wikipedijinega članka, izkorišča pravico do predelave avtorskega dela in njegovega dajanja na voljo javnosti, ki so mu jo z licenco podelili dotedanji avtorji članka, hkrati pa na podlagi te licence sam podeljuje tako pravico nadaljnjim uporabnikom. Na to je predelovalec posebej opozorjen na koncu obrazca za spreminjanje spletne strani. K podelitvi licence FDL in CC-BY-SA je po Wikipedijinih pravilih zavezan tudi prvi avtor novega članka. Ustvarjalci Wikipedije pa ostanejo imetniki izključne pravice na svojih avtorskih prispevkih in lahko z njimi še naprej razpolagajo, na primer s podelitvijo drugačne, vendar ne izključne licence. Pravila o obveznem prostem licenciranju veljajo samo za besedilo Wikipedije, ne pa tudi za slike, avdio- in videoposnetke, ki jih prispevajo uporabniki za ilustracijo člankov, saj tu zadošča možnost prostega razmnoževanja, pravica do prostega spreminjanja pa ni nujna. Nebesedilno gradivo je zato lahko podrejeno tudi drugim prostim licencam, ki dajejo uporabnikom ožje ali širše pravice, izključene pa so licence, ki dovoljujejo le nekomercialno uporabo ali uporabo v izobraževalne namene. Seveda ni treba, da bi sodelavci Wikipedije vse gradivo ustvarili sami, temveč lahko prispevajo tudi avtorska dela tretjih oseb, ki so bila dana na voljo pod ustrezno licenco.

Zaželeno je tudi gradivo v javni domeni – torej tisto, na katerem ni avtorskih (ali sorodnih) pravic, ker se je njihovo trajanje že izteklo, ker gre za nevarovane stvaritve (na primer uradna besedila ali ljudske umetniške stvaritve) ali ker se je imetnik avtorske pravice v celoti odrekel svoji pravici. Pogosta osnova za Wikipedijine članke sta zato *Encyclopaedia Britannica* iz leta 1911 in leksikon *Brockhaus* iz let 1899–1902, pomemben vir gradiva pa so dela, ki so jih ustvarili zvezni državni organi ZDA, saj ta po ameriškem zakonu vedno spadajo v javno domeno. Wikipedija izjemoma dopušča tudi prispevanje avtorsko varovanih del brez licence, pod pogoji doktrine o *fair use* – kar v grobem ustreza našim pravilom o prosti uporabi avtorskega dela (2. pododdelek 4. oddelka ZASP). Prednost pa je dana gradivu v javni domeni ali pod prosto licenco, saj je njegova uporaba dopustna vedno, prosta uporaba pa pride v poštev samo pod določenimi pogoji. Če je na voljo več vrst enakovrednega gradiva, bo administrator praviloma odstranil tisto, ki upošteva pravilo o prosti uporabi, prav tako bo seveda odstranjeno gradivo, ki z objavo krši avtorjeve pravice.

¹⁰⁹ Opomba o tem je na dnu vsake spletne strani, licenčna politika pa je podrobneje opredeljena v splošnih pogojih Wikipedije http://wikimediafoundation.org/wiki/Terms_of_Use.

3.5.2. Uporaba gradiva z Wikipedije

K ideji Wikipedije spada, da je njeno vsebino mogoče prosto uporabljati za kakršenkoli namen tudi zunaj enciklopedije. Licenci FDL in CC-BY-SA dovoljujejo razmnoževanje in distribucijo besedila v lastnih knjigah in člankih, objavo na spletnih straneh ali drugih publikacijah na kakršnemkoli mediju, in sicer dobesedno ali v spremenjeni obliki, komercialno ali nekomercialno. Avtor ali predelovalec ne more zahtevati tantiem, saj je pravico do uporabe dela podelil neodplačno. Količinskih omejitev ni, zato je na podlagi licence dopustno celo natisniti celotno Wikipedijo in jo v knjižni obliki prodajati. Treba pa je biti pozoren na licenčne določbe. Pri spreminjanju gradiva v Wikipediji namreč že zasnova spletnih strani zagotavlja upoštevanje licenčnih pravil (na primer s samodejnim beleženjem sprememb in njihovih avtorjev ter dodajanjem obvestila o licenci), medtem ko mora zunaj Wikipedije za to skrbeti uporabnik sam. Wikipedija ne določa nespremenljivih odsekov besedila ali obvezne vsebine platnic, ki jih FDL dopušča. Spremenjeno besedilo iz Wikipedije pa je dovoljeno distribuirati le pod spremenjenim naslovom, z navedbo avtorjev izvirnega dokumenta in avtorjev predelave ter podatki o zgodovini dokumenta.

Slike in avdio- oziroma videoposnetki se po Wikipedijinih pravilih ne štejejo za del članka, zato ločeno kopiranje besedila ali slik ne pomeni predelave avtorskega dela. Je pa treba pri uporabi nebesedilnega gradiva biti pozoren na njegov pravni status, ki je razviden iz »obeska« (*tag*) na spletni strani. Gradivo v javni domeni je dopustno uporabljati brez kakršnihkoli omejitev, avtorska dela, ki so v Wikipediji uporabljena na podlagi pravila o *fair use* oziroma o prosti uporabi, pa lahko brez dovoljenja avtorja uporabimo samo, če tudi sami izpolnjujemo zakonske pogoje za prosto uporabo (na primer uporaba za potrebe pouka, privatno reproduciranje, parodija, citat).

Wikipedija svetuje, da se pri navajanju njenega gradiva v drugih delih vsak članek citira kot samostojno delo, brez posebne navedbe avtorjev, saj enciklopedija nastaja s sodelovanjem mnogih. Naveden naj bo naslov članka in naslov enciklopedije; ker se vsebina članka lahko nenehno spreminja, pa tudi datum in čas zadnje revizije članka, razviden na dnu strani in v rubriki »zgodovina« (razen če hočemo bralca napotiti na aktualno različico članka). Dodan je lahko le glavni internetni naslov Wikipedije ali pa natančnejši naslov posameznega članka. Citiranje precej poenostavi klik na povezavo »*navedba članka*« na levi strani vsakega članka: izpišejo se vsi bibliografski podatki za članek, vključno s stalno povezavo na konkretno različico članka, ki smo jo uporabili (poznejše spremembe članka torej v njej ne

bodo prikazane). Zaradi možnosti navedbe stalne povezave in časa revizije članka ni potrebe po navajanju datuma zadnjega dostopa do citirane spletne strani, ki ga zahtevajo nekateri standardi citiranja.

4.

Temeljno o pravni naravi licence

Narava licence kot pravnega instrumenta je v slovenski pravni teoriji še razmeroma nedorečena. To poglavje se zato nekoliko oddalji od konkretne tematike prostih licenc in se skuša najprej na abstraktnejši ravni z doktrinarnega vidika opredeliti do nekaterih temeljnih pravnih pojmov, ki bodo v nadaljevanju služili kot podlaga za podrobnejšo pravnotehnično analizo vsebine prostih licenc.

4.1. Licenca kot splošni pravni instrument

Ker institut licence ni splošno zakonsko urejen (saj se največkrat ne pojavlja izolirano), si je smiselno najprej pogledati, kakšne so opredelitve v zakonodaji in pravni teoriji glede kompleksnejšega pravnega posla – licenčne pogodbe, potem pa iz njih izluščiti značilnosti ožjega pojava – licence.

4.1.1. Pravna kvalifikacija in predmet licenčne pogodbe

Licenčna pogodba se razlikuje od pogodb o prenosu patenta, blagovne znamke ali avtorske pravice, na podlagi katerih pridobitelj postane dajalčev singularni naslednik. Titular pravice namreč ostane nespremenjen, pridobitelj licence pa pridobi le pravno možnost gospodarskega izkoriščanja predmeta licencirane pravice. Primerjalna zakonodaja licenčne pogodbe praviloma sploh ne ureja oziroma kvečjemu napotuje na možnost njenega sklepanja (na primer par. 15 nemškega ali 34. člen švicarskega patentnega zakona). Teorija si zato zastavlja vprašanje, ali je licenčno pogodbo mogoče uvrstiti v enega od zakonskih pogodbenih tipov, ali gre za mešano pogodbo ali pač za pogodbo *sui generis*, ki je ni mogoče podrediti pravilom nobenega pogodbenega tipa.

Licenčna pogodba povzroči nastanek trajnega pogodbenega razmerja za določen ali nedoločen čas. V tem se razlikuje od prodajne pogodbe. Ker dajalec licence

ne prenaša svoje pravice, temveč le njeno uporabo, Cigoj licenčno pogodbo šteje za tip rabokupa. Izkoriščanje licenciranih pravic industrijske lastnine je v tem, da se te pravice uporabijo v proizvodnji ali na trgu ter imetniku licence prinašajo ugodnosti.¹ Od zakupa pravice pa se licenčna pogodba temeljno razlikuje v tem, da isti predmet ne more biti dan v zakup več neodvisnim osebam, medtem ko je pri licenci tak položaj običajen.² Pri izključnih licencah, ki tudi dajalcu licence prepovedujejo, da bi kakorkoli sam uporabljal svojo pravico, je prenos pravice izkoriščanja tako širok, da se že približuje cesiji, saj dajalcu licence ostane le gola pravica.³ Neodplačna licenčna pogodba se v literaturi primerja s posodbeno pogodbo in z užitkom. Kadar licenčna pogodba predvideva sodelovanje strank za doseg skupnega cilja, na primer pri izkoriščanju predmeta licence, pa je to element družbene pogodbe. Licenčna pogodba se razlikuje od vseh navedenih pogodb v tem, da so predmet licence vedno netelesne dobrine, kar ne velja za nobenega od drugih pogodbenih tipov. Večina tujih avtorjev se zato strinja, da je licenčna pogodba inominatni kontrakt *sui generis*, ki se ne prilega nobeni od tipičnih pogodb, urejenih v zakonu. Sodišče mora v vsakem primeru za posamezen del pogodbe analogno uporabiti zakonska pravila, ki najbolj ustrezajo dejanskemu stanju, pogodbeni volji strank in gospodarski funkciji pogodbe.⁴

»Tehnični« problem pravne kvalifikacije licenčne pogodbe je pri nas rešen na zakonski ravni, saj je slovenska (kot pred njo jugoslovanska) zakonodaja ena redkih, ki to pogodbo izrecno urejajo. Gre za poseben tip pogodbe, urejen v XIV. poglavju OZ, ki se po svojih značilnostih razlikuje od drugih pogodb. Določbe tega poglavja so pretežno dispozitivne narave, zato lahko stranke svoje razmerje uredijo tudi drugače. Kljub zakonskemu normiranju pa pravna narava licenčne pogodbe s teoretičnega stališča ni dosti jasnejša kot v državah, v katerih je ta pogodba inominatni kontrakt. Težave med drugim izvirajo iz razmeroma pestrega nabora netelesnih dobrin kot možnih predmetov licence, kar vodi do neenotnih pravnih učinkov licenc, ki se nanje nanašajo.⁵ Kot bomo videli v nadaljevanju, so

¹ Cigoj, str. 2007.

² Podobnik v: Komentar OZ/4, str. 62. Ne gre pa pritrditi ugotovitvi, da pri zakupni pogodbi ni zaznati kvazistvarnih učinkov, značilnih za izključno licenco. Zakupna pogodba namreč učinkuje tudi proti pridobitelju v zakup dane stvari v primeru njene odtujitve, proti tretjim osebam pa lahko zakupnik uveljavlja posestno varstvo. Prav učinkovanje proti singularnemu pravnemu nasledniku dajalca licence in proti tretjim osebam se navajata kot dokaza kvazistvarne, tj. absolutne narave izključne licence.

³ Podobno Büren/David, str. 257.

⁴ Stumpf/Groß, str. 40–43; Büren/David, str. 246–251; Podobnik v: Komentar OZ/4, str. 61–62; Cigoj, str. 2006–7; Verona, str. 29–36.

⁵ V tem smislu tudi Grilc, *Moderni tipi ...*, str. 133.

narava in učinki licenčne pogodbe namreč v marsičem odvisni od lastnosti pravice, izkoriščanje katere se z licenco dovoljuje.

OZ predvideva uporabo licenčne pogodbe za odstop pravice izkoriščanja patentiranega izuma, tehničnega znanja in izkušenj, znamke, vzorca ali modela (704. člen). To so večinoma pravice industrijske lastnine, ki jih ureja ZIL-1. Znanje in izkušnje (*know-how*) sami po sebi niso pravno varovani, jih je pa mogoče varovati kot poslovno skrivnost. Tudi ZIL-1 pove, da imetnik patenta, modela ali znamke lahko v delu ali v celoti s pogodbo prenaša svojo pravico in sklepa licenčno pogodbo (75. člen). Med pravice industrijske lastnine v širšem pomenu, ki so delno lahko predmet licence, spada tudi firma gospodarske družbe, ki jo ureja drugo poglavje I. dela ZGD-1. Licenčno pogodbo pa omenja še ZASP, ki v 113. členu omogoča prenos avtorskih pravic na računalniškem programu tudi z licenčno pogodbo. Tu gre za priznanje v računalništvu že uveljavljenega poimenovanja, pravzaprav le za posebno obliko avtorske pogodbe, in ne za vsebinsko drugačen pravni instrument. Teorija dopušča uporabnost licenčne pogodbe za prenos izkoriščanja katerekoli kategorije avtorskih del.⁶ Pravna podlaga za to je v drugem odstavku 70. člena ZASP, ki določa, da avtor lahko s pogodbo *ali drugim pravnim poslom* prenese na druge osebe posamične materialne avtorske pravice in druge pravice avtorja. Tak drugi posel je lahko tudi licenčna pogodba ali enostranska licenca. Iz navedenih primerov se torej ponuja razumevanje licence kot splošnega instrumenta za prenos izkoriščanja prenosljivih absolutnih pravic na netelesnih dobrinah.⁷

4.1.2. Ločevanje med licenčno pogodbo in licenco

Pravna literatura največkrat ne razlikuje dosledno med *licenčno pogodbo* in *sámo licenco* (nekateri namesto tega govorijo o licenci v širšem in v ožjem pomenu⁸),

⁶ Cigoj, str. 2007; Štempihar, str. 204; Elster v: Handwörterbuch ..., str. 963.

⁷ Büren/David, str. 252. Nekateri teoretiki tako dopuščajo podeljevanje licenc celo pri nekaterih osebnostnih pravicah – gotovo pa je možnost licenciranja na tem področju precej ozka, saj so te pravice izrazito osebne in neprenosljive (Forkel, str. 1765–1766). Najširša teoretična stališča predvidevajo uporabo licence pri kakršnihkoli pravicah, celo pri povsem relativnih obligacijskih pravicah. Elster v tej zvezi navaja, da je kot licenco v širšem smislu mogoče razumeti tudi služnosti in druge pravice uporabe, kot so najem, zakup in posoda – »stvarna« narava pravic ni nujna (Elster v: Handwörterbuch ..., str. 962). Dejstvo pa je, da se licence v praksi podeljujejo samo na absolutnih pravicah, saj prav učinkovanje *erga omnes* omogoča njihovo gospodarsko izkoriščanje več osebam, ki so udeležene v monopolnem položaju dajalca licence (Büren/David, str. 241). Pri relativnih pravicah, ki učinkujejo le med določenimi osebami, licenca ne bi imela pravega smisla, saj je gospodarsko enake učinke tu mogoče doseči z odstopom terjatve, njeno zastavitvijo itd.

⁸ Na primer Verona, str. 23.

vendar je tako ločevanje pri podrobnejšem obravnavanju potrebno.⁹ Gre za različna pravna instituta, ki sicer največkrat nastopata povezano, a ohranjata svoje posebne opredeljujoče lastnosti. OZ ureja le licenčno pogodbo, izraz licenca pa uporablja v imenih strank te pogodbe: *dajalec licence* in *pridobitelj licence*. Iz tega je mogoče razbrati, da je licenca predmet licenčne pogodbe – tisto, kar prehaja od dajalca na pridobitelja, to pa je (če sledimo zakonskemu besedilu) pravica izkoriščanja patentiranega izuma, tehničnega znanja in izkušenj, znamke, vzorca ali modela (704. člen).¹⁰

a) *Licenca*

Izraz licenca se v zakonih uporablja tudi brez povezave z licenčno pogodbo. ZIL-1 na primer ureja *prisilno licenco* (125. člen). To je dovoljenje za izkoriščanje patentiranega izuma brez soglasja imetnika patenta, ki ga podeli sodišče, če imetnik nerazumno odklanja sklenitev licenčne pogodbe in je podan javni interes ali če imetnik zlorablja svoje pravice. Prisilne licence torej ne podeli imetnik pravice, niti ni podeljena na podlagi licenčne pogodbe. Isto velja za *zakonite licence* za uporabo avtorskega dela, ki jih ureja ZASP v 1. pododdeleku 4. oddelka drugega poglavja – brez izrecnega dovoljenja avtorja je mogoče že na podlagi zakona reproducirati ali javno priobčiti določena avtorska dela za potrebe pouka ali v periodičnem tisku. Z odločbo upravnega organa pa sta bili podeljeni *obvezna licenca* in *uradna licenca*, ki ju je urejal nekdanji jugoslovanski Zakon o varstvu izumov, tehničnih izboljšav in znakov razlikovanja. Na področju upravnega prava sicer obstajajo tudi drugačne licence: Zakon o igrah na srečo tako na primer imenuje dovoljenje za delo v dejavnosti prirejanja posebnih iger na srečo; Zakon o prevozih v cestnem prometu pozna licenco za izvajanje prevoza potnikov ali blaga v cestnem prometu; Zakon o nepremičninskem posredovanju pa ureja licenco za opravljanje poslov nepremičninskega posredovanja. Takih primerov je še mnogo; bolj za šalo bi mednje spadala tudi (fiktivna) licenca za ubijanje v filmih o Jamesu Bondu.¹¹

Očitno je, da licenca v vseh kontekstih pomeni takšno ali drugačno obliko dovoljenja. To je skladno z izvorom besede iz latinskega glagola *licere*, kar pomeni *biti dovoljeno*.¹² Izraz tako razlaga večina referenčnih del.¹³ Drži Štempiharjeva ugo-

⁹ Büren opozarja, da izrazu licenca manjka pravniška ostrina in nedvoumnost. V švicarskem pravu se uporablja v več pomenih: kot sinonim za licenčno pogodbo, kot pravica uporabe pridobitelja licence in kot licenčnina. Büren/David, str. 241.

¹⁰ Natanko tako licenco opredeljuje Pravni terminološki slovar (str. 166), kot drugi pomen besede pa navaja *dovoljenje za kaj*.

¹¹ Glej: <http://www.imdb.com/title/tt009774>.

¹² Büren/David, str. 241; Verona, str. 1; Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, str. 962. Tak pomen na splošno ohranja na primer beseda *licence* v angleščini (ameriško črkovanje: *license*).

¹³ Leksikon Pravo Cankarjeve založbe na primer opredeljuje licenco kot dovoljenje za izkorišča-

toovitev, da beseda licenca (prav tako kot beseda patent) pomeni dvoje: dovoljenje licencianta licenciату, da sme licenciat nekaj storiti, kar bi mu licenciant sicer lahko prepovedal, in pa pravico ali zahtevek, ki iz takega dovoljenja nastane.¹⁴ Dovoljenje v najširšem pomenu je potrebno, kadar je neko početje na splošno prepovedano ali obstaja vsaj možnost take prepovedi. Dovoljenje za posamezen primer, za katerega je dano, odpravi to splošno prepoved ali možnost prepovedi. Če si očiten primer spet izposodimo pri Jamesu Bondu: prepovedano je ubiti človeka – razen tajnim agentom s kodo 00, ki imajo licenco za ubijanje. Licence v resničnem svetu se nanašajo na manj usodne prepovedi. Nedopustno je na primer opravljanje gospodarske dejavnosti prevoza v cestnem prometu, nepremičninskega posredovanja, organiziranja iger na srečo ali detektivske dejavnosti brez ustrezne licence. Imetnik patenta lahko prepreči tretjim osebam, da proizvajajo ali prodajajo patentirani proizvod, razen če jim je za to podelil licenco. Gospodarsko izkoriščanje tuje blagovne znamke ali distribuiranje računalniških programov nista dopustna, če ju ni imetnik pravic z licenco dovolil. Dovoljenje (in torej tudi licenca kot oblika dovoljenja) je v vsakem primeru enostransko pravno dejanje¹⁵ – za njegovo veljavnost ni potrebno soglasje stranke, ki se ji nekaj dovoljuje, saj se s tem ne posega v njene pravice, temveč se ji le razširi krog dopustnega ravnanja. V upravnem pravu je to akt pristojnega državnega ali občinskega organa. V zasebnem pravu (na katero se v nadaljevanju omejuje to razmišljanje) pa gre za izjavo volje imetnika pravice, s katero dovoli ravnanje, ki bi ga njegova pravica sicer preprečevala. Dovoljenja ne more dati kdorkoli, temveč le imetnik izključne pravice, torej tisti subjekt, ki ima pravico prepovedati neko ravnanje oziroma zahtevati pravno varstvo v primeru kršitve prepovedi. Dajanje dovoljenja spada v krog oblastnih upravičenj, ki izvirajo iz pripadnosti izključne pravice. Izjemoma dovoljenja ne podeli imetnik pravice v primerih prisilnih, uradnih in zakonskih licenc, kjer država zaradi zagotavljanja javnega interesa nadomesti imetnikovo voljo z oblastnim aktom. Dovoljenje se v

nje zavarovane pravice, navadno pravice industrijske lastnine. Leksikon Pravo, str. 165. Köblerjev pravni slovar licenco na področju prava netelesnih dobrin razume kot dovoljenje za gospodarsko izkoriščanje pravice, ki ga tretjemu podeli upravičenec. Köbler, str. 318. Deutsches Rechtslexikon jo definira kot pravico uporabe, ki jo imetnik pravic iz avtorskopravno varovanega dela, patenta ali modela prenese na nekoga drugega. Deutsches Rechtslexikon, str. 2756. Röhrich in Westphallen jo opredeljujeta kot pogodbeno dovoljenje ali upravičenje uporabljati monopolne pravice in/ali znanje in/ali proizvodna sredstva nekoga tretjega. Röhrich/Westphallen, str. 2108. Black's Law Dictionary je najsplošnejši: gre za preklicno dovoljenje storiti neko dejanje, ki bi sicer bilo protipravno. Black's, str. 931.

¹⁴ Štempihar, str. 204; podobno Krašer, str. 954.

¹⁵ Prim. Verona, str. 1 in 21, ki licence po pravnem temelju deli na pogodbene, javno ponujene, prisilne in zakonske, pri čemer razume, da so prve same po sebi sinalagmatske pogodbe.

vsakem primeru razlikuje od gole opustitve izvrševanja prepovednih zahtevkov, saj gre za aktivno zagotovilo neuveljavljanja prepovedi, na katero se nasprotna stranka (delno, odvisno od pravne podlage za podelitev licence) lahko zanaša.

b) Licenčna pogodba

Če je podelitev licence enostranski pravni posel, pa je licenčna pogodba dvo- ali večstranski posel, s katerim se dajalec licence zavezuje, da bo pridobitelju podelil licenco (tj. dovoljenje za izkoriščanje varovane netelesne dobrine), ta pa se zavezuje, da mu bo za to dal določeno plačilo – licenčnino. Iz pogodbe nastanejo vzajemne pravice in obveznosti za obe stranki. Obveznosti dajalca licence, ki jih predvideva OZ, so na primer izročitev predmeta licence, dajanje obvestil in navodil, odgovornost za tehnično izvedljivost in uporabnost predmeta licence ter za pravne napake. Obveznosti pridobitelja licence pa so izkoriščanje predmeta licence, varovanje njegove morebitne zaupnosti, zaznamovanje blaga z označbo o proizvodnji po licenci, poročanje o obsegu izkoriščanja predmeta licence itd. Navedene obveznosti strank torej izvirajo iz licenčne pogodbe, in ne iz same licence. To se izrazi zlasti pri licencah, ki niso pogodbene narave, temveč so pridobljene z odločbo pristojnega državnega organa. S podelitvijo prisilne ali uradne licence nosilec patenta namreč ni zavezan k nikakršnemu pozitivnemu dejanju, temveč le k opustitvi uveljavitve prepovednih upravičenj. Ne odgovarja torej za pravne ali dejanske napake predmeta licence in pridobitelju licence ni zavezan dajati navodil, obvestil ali tehnične dokumentacije, potrebne za praktično uporabo izuma. Vsebina tipične licenčne pogodbe pa po obsegu daleč presega vsebino gole licence – licenca je samo eden od njenih elementov. Je seveda bistveni element licenčne pogodbe, medtem ko vse druge obveznosti strank, navedene v OZ, pomenijo *naturalia negotii*.¹⁶

Temeljna obveznost, ki za dajalca licence izhaja iz licenčne pogodbe, je podelitev licence. Ta obveznost je praviloma izpolnjena hkrati s svojim nastankom, saj se licenca podeli kar v licenčni pogodbi. Licenca in licenčna pogodba sta spojeni v en pravni akt, tako da licenco pomeni le ustrezna določba licenčne pogodbe, s katero dajalec pridobitelju dovoljuje izkoriščanje varovane netelesne dobrine v dogovorjenem obsegu.¹⁷ O neizpolnitvi pogodbe zato lahko govorimo le, kadar

¹⁶ Parać, *Pravna priroda ...*, str. 8.

¹⁷ Štempihar v zvezi s tem govori o dvojni naravi pogodb avtorskega prava: poleg obligacijskega posla obsegajo tudi prenos pravic. Zato se torej prenos opravi s samo sklenitvijo licenčne pogodbe, razpolaga in obveza sta strnjeni v eno. »Ni [...] tiste pregnantne in na zunaj opazne cezure med sklepom pogodbe in začetkom spolnjevanja, ki jo poznamo pri trajnih pogodbenih razmerjih obveznostnega prava ..., vendar so tudi v tem oziru predpisi obveznostnega prava analogno uporabni.« Štempihar, str. 200. Enako Trampuč, *Avtorsko pogodbeno ...*, točka IV.1.

dajalec licence ni imetnik pravice, za katero se licenca podeljuje ali kadar ta pravica sploh ne obstaja.

Mnenja o tem, kaj se zgodi v primeru ugotovitve ničnosti pravice intelektualne lastnine, ki je predmet licence, so različna. Podobnik smiselno po Cigoju ugotavlja, da je v takem primeru v skladu s 86. členom OZ *ex tunc* nična tudi pogodba o licenci.¹⁸ Podobno je stališče švicarske judikature, češ da je v takem primeru izpolnitev pogodbe od začetka bila nična, zato velja načelo *impossibilia nulla obligatio est*.¹⁹ Stumpf in Groß nasprotno menita, da ugotovitev ničnosti patenta nima učinka na veljavnost pogodb o patentiranem izumu, sklenjenih pred ugotovitvijo ničnosti. Stranki pa se lahko že v pogodbi dogovorita o posledicah morebitne ugotovitve ničnosti in na primer za tak primer določita *ex tunc* učinkujočo ničnost pogodbe.²⁰ Menim, da je rezultat odvisen od tega, ali je namen pogodbe mogoče doseči tudi brez absolutne pravice, katere ničnost je bila ugotovljena. Mogoča je konverzija pogodbe – pogodba o licenci patenta lahko tako obvelja kot licenčna pogodba za tajni *know-how*, če je to v skladu z namenom strank. Büren navaja, da lahko licenčna pogodba obvelja kot dejansko pogodbeno razmerje, če stranki kljub ničnosti pravice še naprej ravnata v skladu z njo.²¹ V vsakem primeru pa je brez pravnega učinka sama licenca na nični pravici, ker njen predmet ne obstaja.

Kot je bilo že nakazano, ni izključena možnost podelitve licence brez pogodbe med dajalcem in pridobiteljem. V tem primeru vse dodatne, iz pogodbe izhajajoče vsebine licenčnega razmerja odpadejo. Ker ni predhodnega zavezovalnega posla, take podelitve od dajalca licence seveda ne more nihče zahtevati. Pri podelitvi gole licence ne gre izpolnitev pogodbene obveznosti, temveč za enostransko odločitev imetnika pravice. Kot je razvidno v nadaljevanju, je tak položaj pri prostih licencah običajen.

4.1.3. Pozitivna ali negativna narava

a) Narava licenčne pogodbe

V literaturi naletimo na pozitivno in na negativno opredelitev licenčne pogodbe. Po prvi dajalec licence prenaša na pridobitelja pravico gospodarskega izkoriščanja varovane nematerialne dobrine in iz te pravice izhajajo upravičenja do dajalca licence in do tretjih oseb. Po drugi razlagi pa je licenčna pogodba sporazum, s katerim

¹⁸ Podobnik v: Komentar OZ/4, str. 67; Cigoj, str. 2013.

¹⁹ Büren/David, str. 303.

²⁰ Stumpf/Groß, str. 66–67.

²¹ Büren/David, str. 303.

se dajalec licence zavezuje, da se bo med trajanjem pogodbe vzdržal uresničevanja svojih prepovednih upravičenj in tako pridobitelju dovolil izkoriščanje varovane netelesne dobrine. Gre za nekakšen *pactum de non petendo*. Vsebina pogodbe je negativna, izčrpa se v dajalčevi opustitvi.²²

Negativna opredelitev licenčne pogodbe se je pojavljala predvsem v zgodnejši doktrini in judikaturi, ki sta šteli zavezo opuščanja prepovednih zahtevkov (*ius prohibendi*) za edino ali vsaj glavno obveznost dajalca licence do njenega pridobitelja. Nemška sodna praksa je kmalu začela razlikovati med pogodbo o navadni in o izključni licenci ter slednji priznavati pozitivno naravo.²³ Šlo naj bi za prenos pozitivne pravice do uporabe varovanega izuma, ker pridobitelj izključne licence to pravico lahko tudi sam uveljavlja s prepovednimi zahtevki nasproti tretjim, česar pridobitelj neizključne licence ne more početi. V sodobni doktrini pa prevladuje pojmovanje o pozitivni naravi vsakršne licenčne pogodbe kot celote – tako pogodbe o izključni kot o neizključni licenci. Uveljavljeno je namreč mnenje, da bistvena vsebina vsake licenčne pogodbe ni samo zaveza dajalca licence, da pridobitelju dovoli uporabo patentiranega izuma v gospodarske namene, temveč tudi, da mu dejansko in aktivno omogoči njegovo izkoriščanje med trajanjem pogodbe.²⁴ Namen licenčne pogodbe je gospodarsko izkoriščanje predmeta licence zaradi doseganja določenih tehničnih in gospodarskih učinkov, torej pozitivna udeležba pridobitelja pri izkoriščanju predmeta licence. Pravna možnost (tj. dopustnost) izkoriščanja se zagotovi z licenco kot dovoljenjem nosilca izključne pravice. Za dejansko možnost izkoriščanja pa so pogosto potrebni še izročitev tehnične dokumentacije, dajanje obvestil in navodil za uporabo ter s tem povezana odgovornost za tehnično izvedljivost in uporabnost predmeta licence. Vse to so pozitivne pogodbene obveznosti dajalca licence, ki jih OZ izrecno predpisuje. Z zakonskimi določbami sicer ni izključena možnost, da stranki iz pogodbe izločita vse pozitivne obveznosti dajalca licence in pogodbo zreducirata zgolj na negativno vsebino. Potreben pa je izrecen dogovor strank; molk ne zadošča, saj bo sicer zaradi veljave dispozitivnih določb OZ obveljala pozitivna vsebina licenčne pogodbe.²⁵

b) Narava licence

Če je utemeljitev pozitivne narave licenčne pogodbe dokaj preprosta, pa se z njo ne izognemo ponovitvi (pravzaprav natančnejšemu formuliranju) vprašanja o

²² Büren, str. 240; Parać, *Patentirani izum ...*, str. 470; Kraßer, str. 954.

²³ Sodbe nemškega vrhovnega sodišča iz let 1906 (RGZ 57, 38), 1911 (RGZ 76, 235) in 1913 (RGZ 82,431). Povzeto po Veroni, str. 22–23.

²⁴ Verona, str. 21–22; Parać, *Pravna priroda ...*, str. 5–7; Hartmann, str. 7–9.

²⁵ Parać, *Pravna priroda ...*, str. 9, 11, 14.

pozitivni ali negativni naravi v ožjem pomenu, torej glede same licence.²⁶ Licenca pridobitelju dovoljuje nekatere načine ravnanja. Pri tem dovoljenju gre lahko le za odpoved dajalca licence uresničevanju prepovednih zahtevkov nasproti pridobitelju licence (negativna narava licence) ali pa za podelitev pozitivne pravice do gospodarskega izkoriščanja varovane netelesne dobrine (pozitivna narava licence).²⁷ Vprašanje ni le dogmatskega pomena, temveč ima tudi praktične posledice. Navaja se, da je le iz prenosa pozitivne pravice mogoče izpeljati številne obveznosti dajalca licence, izhajajoče iz licenčne pogodbe (ki jim teorija na splošno pritruje, pri nas pa so določene že v zakonu). Če izum ni tehnično izvedljiv in uporaben, je na primer govor o stvarnih napakah, čeprav predmet pogodbe ni stvar. Jamstvo dajalca licence za stvarne napake je zato mogoče izpeljati le iz pozitivne pravice, ki jo je odstopil pridobitelju licence. Če se je dajalec le odpovedal tožbi, ne more odgovarjati za napake predmeta pravice.²⁸

Zaradi ne povsem enotnega pojmovanja pozitivnosti oziroma negativnosti licence v teoretičnih razpravah je treba poudariti, da izraz povezujem z vsebino upravičenj, ki izhajajo iz licence. Pogost argument, da je licenca pozitivna že zato, ker pridobitelju podeljuje neko pravico, ki jo ta lahko uveljavlja proti dajalcu licence ali tretjim, zato ni zadosten. Tudi pri najbolj goli licenci, s katero se je dajalec izrecno zavezal samo k neuveljavljanju svojega prepovednega zahtevka in ničemur drugemu, namreč pridobitelj licence dobi neko pravico: da se upre dajalčevi prepovedi. Negativna opredelitev licence se torej ne more izogniti podelitvi pravice. Mogoče pa je vprašanje zastaviti kot vprašanje o vsebini prejete pravice. O negativni naravi licence govorimo, če lahko pridobitelj od dajalca licence zahteva le pasivnost, torej opuščanje prepovedi in nič več. Licenca, ki pridobitelju daje pravico, da sam počne nekaj, česar sicer ne bi smel (namreč gospodarsko izkoriščati predmet licence), pa je pozitivne narave.²⁹

OZ opredeljuje podelitev licence kot *odstop pravice do izkoriščanja patentiranega izuma, tehničnega znanja in izkušenj, znamke, vzorca ali modela*.³⁰ Zakonodajalec

²⁶ Tu se pokaže smiselnost razlikovanja med licenčno pogodbo in licenco. Zaradi njunega neločevanja so teoretične razprave o tem vprašanju namreč pogosto precej nepregledne.

²⁷ Hartmann, str. 7.

²⁸ Stumpf/Groß, str. 37 in 156.

²⁹ Kritični razmislek glede take opredelitve: tudi pri negativni koncepciji je mogoče reči, da je pridobitelj dobil pravico izključiti prepovedni zahtevek dajalca, česar prej ni mogel storiti. Najbrž je treba razlikovati med zahtevkom na pasivnost in pravico do lastnega aktivnega ravnanja.

³⁰ Tudi ZIL je govoril o pogodbenem odstopu pravice do izkoriščanja patenta, modela ali vzorca oziroma uporabe znamke (108. člen), medtem ko ZIL-1 določa samo, da imetnik patenta, modela ali znamke lahko v delu ali v celoti s pogodbo prenaša svojo pravico in sklepa licenčne pogodbe (75. člen).

je očitno izhajal iz predpostavke, da dajalcu licence pripada pozitivna pravica do uporabe varovanega predmeta in da to pravico odstopa pridobitelju licence. Parać opozarja, da je takšno konstrukcijo logično mogoče utemeljiti samo, če je pravica izkoriščanja posledica obstoja absolutnega pravnega varstva predmeta licence, ki izključuje možnost tretje osebe, da bi to dobrino uporabljala. Če licencirana pravica ne bi bila take narave, pridobitelj licence ne bi pridobil posebne pravice izkoriščanja netelesne dobrine, saj bi dopustnost tega izvirala neposredno iz pravnega reda.³¹ Iz tega merila je razvidno, da dokončnega odgovora o pozitivni ali negativni naravi licence ni mogoče dobiti z analizo licence same. Licenca je razmeroma nevtralen pravni instrument, vsebina katerega je odvisna od narave predmeta, na katerega se nanaša, in teh predmetov je več vrst. Če je predmet licence absolutna pravica, iz katere izhajajo izključno negativna upravičenja (prepovedni zahtevki), potem je tudi licenca po naravi samo negativna. Gre za odpoved uresničevanju teh zahtevkov, in ne za odstop pravice do gospodarskega izkoriščanja.³² Dajalec licence po splošnem načelu *nemo plus iuris* ne more pridobitelju odstopiti več pravic, kot jih ima sam. Če pa je predmet licence absolutna pravica takšne vrste, ki daje imetniku tudi pozitivna upravičenja do izkoriščanja predmeta pravice, potem lahko imetnik z licenco odstopi takšna upravičenja in vsebina licence postane pozitivna. Kot ugotavlja Parać, pa o pozitivnih upravičenjih nosilca pravice lahko govorimo samo takrat, kadar obstaja absolutno pravno varstvo, ki vsem tretjim osebam prepoveduje izkoriščanje predmeta pravice.³³

S takim izhodiščem je razmeroma preprosto utemeljiti pozitivno naravo licence za uporabo avtorskega dela, saj je vsebina avtorske in sorodnih pravic kot pozitivna opredeljena že v zakonu. ZASP v 21. členu določa, da materialne avtorske pravice (moralne pravice ne morejo biti predmet licence, saj niso pravnoposlovno prenosljive) varujejo premoženjske interese avtorja s tem, da avtor izključno dovoljuje ali prepoveduje uporabo svojega dela in primerkov svojega dela. Če ni z zakonom drugače določeno, je uporaba avtorskega dela dopustna le, če je avtor prenesel ustrezno materialno avtorsko pravico. Avtor ima pravico, da odloča o svojem delu in da prepoveduje posege tretjih oseb vanj.³⁴ Izpolnjena je torej Paraćeva zahteva po

³¹ Parać, *Patentirani izum ...*, str. 471–472.

³² Prim. z golo licenco/dovoljenjem v anglosaškem pravu. »Bare license: A license in which no property interest passes to the licensee, who is merely not a trespasser. It is revocable at will.« Black's Law Dictionary, str. 932

³³ Prim. Blum-Pedrazzini, ki povezuje problem pozitivne ali negativne vsebine licence z razumevanjem pozitivnega ali negativnega učinka samega patenta. Povzeto po Veroni, str. 25–27.

³⁴ Trampuž ti upravičenji imenuje pozitivno dovoljenje in negativna prepoved. Trampuž/Oman/Zupančič, str. 69.

absolutnem pravnem varstvu predmeta licence – vsaka uporaba dela, varovanega z avtorsko pravico, je brez avtorjevega dovoljenja praviloma prepovedana. Prav tako so kot izključne pravice do določenih načinov uporabe dela opredeljene sorodne pravice izvajalcev, proizvajalcev fonogramov, filmskih producentov, radijskih ali televizijskih organizacij in založnikov (121., 129., 134., 137. in 139. člen ZASP). Pridobitelj licence pridobi pozitivno pravico do uporabe dela, ki ga prej ni smel uporabljati, zato je avtorskoppravna licenca vedno pozitivna.

Pri pravicah industrijske lastnine so med teoretičnimi stališči o naravi licence večja razhajanja, saj ni enotnega pojmovanja niti o vsebini varstva, ki ga te pravice prinašajo. Opredelitev pravic industrijske lastnine se namreč med zakonodajami razlikuje in se je sčasoma spreminjala. Parač zagovarja stališče, da s podelitvijo patenta vložnik patentne prijave ne pridobi nekakšne posebne pravice uporabe varovanega izuma, temveč predvsem prepovedna upravičenja, s katerimi lahko varuje svoj monopolni položaj na trgu glede gospodarskega izkoriščanja patentiranega izuma. Dajalec licence pridobitelju torej ne odstopi pravice izkoriščanja patentiranega izuma (saj take pravice nima niti sam), temveč se zavezuje, da v času trajanja licenčne pogodbe proti pridobitelju licence ne bo uveljavljal svojih prepovednih zahtevkov. Ta obveznost pomeni licenco in je očitno negativne narave, saj dajalcu licence nalaga pasivnost.³⁵ Stumpf in Groß nasprotno navajata, da je v novejši pravni literaturi in jurisprudenci splošno uveljavljeno pojmovanje, da tako podelitev enostavne kot izključne licence pomenita podelitev pozitivne pravice uporabe. Vse tri pojavne oblike pravice na izumu (pravica do patenta, zahtevek za podelitev patenta in pravice iz patenta) namreč v nemški doktrini veljajo za pozitivne. Kraßer opredeljuje licenco kot dovoljenje za uporabo znanja, ki je (ali bo) predmet absolutne pravice, na način, ki ga zakon sicer dopušča le imeniku pravice. Pozitivnost licence (tudi če je vsebina patenta negativna) pa se kaže v tem, da je izkoriščanje varovane dobrine na temelju licence v vsakem primeru zakonito. Namen strank namreč gotovo ni samo neuveljavljanje prepovednih zahtevkov, temveč izključitev možnosti njihovega nastanka. Tudi najenostavnejša licenca neposredno spremeni pravni položaj pridobitelja, saj ta lahko premet licence zakonito uporablja, medtem ko je tretjim to preprečeno. Pridobitelj licence pridobi upravičenje do zakonite uporabe v takem obsegu, kot dajalec licence izgubi prepovedno upravičenje.³⁶

³⁵ Parač, *Patentirani izum ...*, str. 471–472, in *Pravna priroda ...*, str. 8; negativno vsebino licence zagovarjajo tudi Klostermann, Robolski in Klöppel – glej Verona, str. 22–72.

³⁶ Kraßer, str. 954–955; Stumpf/Groß, str. 37 in 156. Pozitivno teorijo zastopajo tudi nemški avtorji Kraus, Munk, Kohler in Mertz – glej obsežen primerjalnopravni pregled stališč o naravi licence pri Veroni, str. 22–28. Janjić pa opozarja, da vsebina patenta poleg pozitivne pravice obsega tudi dolžnost izkoriščanja varovanega izuma (saj je sicer možna prisilna licenca), str. 25. Enako Šipeć, str. 44.

Če se osredotočimo še na zakonsko formulacijo, ugotovimo, da ZIL-1 v 18. členu pravice iz patenta opredeljuje samo negativno, kot izključno pravico imetnika, da prepreči tretjim osebam, ki nimajo imetnikove privolitve, da izdelujejo, uporabljajo, ponujajo v prodajo, prodajajo ali v te namene uvažajo proizvod, ki je predmet patenta, oziroma da postopek, ki je predmet patenta, uporabljajo in ponujajo v prodajo, prodajajo ali v te namene uvažajo proizvod, ki je pridobljen neposredno s tem postopkom. Takšna opredelitev je na prvi pogled skladna s Paračevim stališčem, da ne obstaja pozitivna pravica do uporabe patenta. Zanimivo pa je, da je Parač takšno stališče zagovarjal v času, ko je tedanji zvezni zakon pravice iz patenta izrecno definiral pozitivno,³⁷ a je bila takšna določba po njegovem mnenju pač neprimerna.³⁸ Tudi prej veljavni slovenski ZIL je vsebini patenta pripisal pozitivno in negativno sestavino: pravico do izkoriščanja zavarovanega izuma in dajanja v promet po njem izdelanih predmetov ter pravico prepovedati tretjim osebam takšno izkoriščanje (prvi odstavek 32. člena ZIL).³⁹ V obrazložitvi predloga novega ZIL-1 je bilo glede te spremembe pri 18. členu pojasnjeno, da je uveden nov koncept pravic iz patenta po vzoru Sporazuma TRIPs, in sicer namesto pozitivnih pravic nosilca patenta, kot je na primer pravica izkoriščanja, tako imenovana negativna koncepcija.⁴⁰ Zanimivo je, da je podobno navedeno tudi pri modelu in znamki (obrazložitev 37. in 47. člena), čeprav je pri obeh (poleg prepovednega zahtevka) izrecno zapisana tudi izključna pravica imetnika do uporabe modela oziroma znamke. Na podlagi zakonske dikcije bi ti pravici zlahka razumeli pozitivno.

Nejasno pa je, ali je tudi veljavna opredelitev vsebine patentnega varstva res povsem negativna. Imetnik patenta ima pravico tretjim osebam preprečiti, da *brez njegove privolitve* uporabljajo predmet patenta. Privolitev imetnika patenta je torej prvi pogoj za zakonito rabo patentiranega izuma, kar je razvidno iz 122. člena istega zakona, ki predvideva tožbo zaradi kršitve pravic industrijske lastnine v primeru, ko je nekdo posegal vanje brez soglasja imetnika. Za kršitev torej ni treba, da bi imetnik patenta posamezni osebi izrecno prepovedal izkoriščanje varovanega izuma. Dejstvo, da je nekdo vložil patentno prijavo oziroma registriral model ali znamko, že samo priča o želji po izključni rabi netelesne dobrine. Taka volja imetnika pravice pa

³⁷ Kot pravico izkoriščati zavarovani izum, ne dovoliti drugim, da ga izkoriščajo, pravico razpolagati s patentom in pravico do plačila, kadar zavarovani izum izkorišča kdo drug (44. člen ZITIZR).

³⁸ V tem smislu tudi Puharič/Ude/Krisper Kramberger, str. 66: »Pozitivne pravice do uporabe izuma, oblike telesa, slike ali risbe upravičenec dejansko ne potrebuje, ker jo že ima tudi brez patenta, modela ali vzorca. Rabi pa prepovedno pravico ...«

³⁹ Puharič/Krisper Kramberger/Ude/Zabel, str. 108.

⁴⁰ Poročevalec DZ, št. 21/01 z dne 19. 3. 2001.

je še bolj razvidna, če je komu že podelil licenco za izkoriščanje te pravice – jasno je, da tretjim osebam (torej tistim, ki jim ni podelil licence) njenega izkoriščanja ne dovoljuje. Izpolnjena je Paračeva zahteva, da gre za absolutno pravno varstvo, ki vsem tretjim prepoveduje uporabo predmeta pravice, in s tem implicitno daje pravico do uporabe le imetniku pravice in pridobitelju licence. Položaj je torej podoben kot pri avtorskem delu, le da tam absolutno varstvo nastopi samodejno, z nastankom dela, in ne šele z njegovo registracijo.

Pritegniti gre mnenju Bluma in Pedrazzinija, da nobeno od skrajnih stališč ne more dati pravega odgovora o pozitivnem ali negativnem učinku patenta in tudi ne licence. Ne glede na zakonsko formulacijo o učinku patenta imata tako pozitivno kot negativno tolmačenje svojo utemeljitev, ker gre le za različno tolmačenje istega pojava. Pri tem se nekateri sklicujejo na zakonsko formulacijo, drugi pa na funkcionalni učinek patenta. Patent pa ima tako pozitivne kot negativne učinke: to so različne možnosti, ki nosilcu pravice pripadejo v pravnem sistemu. Pravzaprav ima vsaka absolutna pravica tako pozitivno kot negativno plat, ki sta neločljivi – to velja tudi za lastnino. V skladu s tem Blum in Pedrazzini sklepata, da ima vsebina licence kot enotnega pravnega instituta različne vidike.⁴¹

Zdi se, da je takšno priznavanje (tudi) pozitivnih vidikov pravic industrijske lastnine in licenc na njih tudi bližje pravnemu občutku in vsakdanjemu pojmovanju. Sklenemo torej lahko, da vsaka licenca (tudi proste licence), ne glede to, na katero pravico intelektualne lastnine se nanaša, vsaj v delu pomeni tudi podelitev pozitivne pravice do izkoriščanja predmeta licence.

4.1.4 Zavezovalna ali razpolagalna narava

a) Opredelitev problema

Razlikovanje med licenčno pogodbo in licenco kot dvema pravnima institutoma pripelje do ugotovitve, da je prva obligacijski posel zavezovalne narave (kot vsaka pogodba), druga pa izpolnitev obveznosti, izhajajoče iz tega posla. Izpolnitev temeljne obveznosti iz licenčne pogodbe poteka v pravni sferi, zato je zanjo vedno

⁴¹ Povzeto po Veroni, str. 26–27; Pedrazzini/Büren/Marbach, str. 46–47. Podobno Kraßerjevemu stališču, da prepovednim upravičenjem kot zunanji, negativni plati patenta ustreza kot notranja, pozitivna plat pravna povezava med imetnikom patenta in izumom. Kraßer, str. 4. Podobno Šipec, str. 41–43, ki pozitivno vsebino izključnih pravic vidi v tem, da ima nosilec izključno pravico uporabe zavarovane dobrine in izključno pravico razpolaganja z njo. Je edini upravičeni ponudnik dobrine oziroma »mono polis«. Po negativni vsebini pa so obravnavane pravice izključevalne – upravičenec lahko tretjemu prepreči uporabo dobrine v mejah pravic, ki jih ima na dobrini sam.

potreben izpolnitveni pravni posel, to je podelitev licence. Razmerje med posloma je kavzalno – zaveza iz licenčne pogodbe pomeni kavzo za podelitev licence.⁴²

Izpolnitev zavezovalnega posla včasih zahteva razpolaganje, drugič pa se namen strank doseže že s čistim obligacijskim poslom, prav tako zavezovalne narave.⁴³ Postavlja se torej vprašanje, ali gre pri podelitvi licence, tj. dovoljenja za izkoriščanje predmeta pravice, za razpolaganje z licencirano pravico ali pa le za obligacijsko zavezo dajalca licence. Prej smo ugotovili, da licenca pomeni (tudi) pozitivno pravico do izkoriščanja predmeta licence, tu pa gre za vprašanje, kakšna je narava te podeljene pozitivne pravice oziroma dovoljenja. Če podelitev licence razumemo zgolj kot zavezovalni posel, obljubo dajalca, potem je njeno učinkovanje omejeno na stranki tega posla – deluje torej *inter partes*. Pravica do izkoriščanja varovane dobrine je nova obligacijska pravica, ustvarjena s podelitvijo licence, in zavezuje dajalca licence le proti njenemu pridobitelju. Pri takšni opredelitvi je ločevanje med licenčno pogodbo in licenco kot dvema posloma komajda še smiselno, saj je slednja samo del zaveze dajalca licence iz licenčne pogodbe. Razlikovanje med izrazoma je smiselno le toliko, kolikor je zavezovalna licenca lahko tudi enostranska obljuba, ki ne temelji na pogodbi. Po drugi strani je mogoče podelitev licence razumeti kot razpolaganje z obstoječo absolutno pravico (na primer avtorsko pravico ali patentom), ki je predmet licence. Pri tem pa seveda ne gre za translativni prenos absolutne pravice (pravi, celoviti prenos, odsvojitev), pri katerem imetnik svojo pravico v celoti in neomejeno prenese na pridobitelja, temveč za konstitutivni prenos te pravice (nepravi, neceloviti, kvaziprenos, obremenitev).⁴⁴ Izraz označuje dejstvo, da je nastala nova »hčerinska« pravica, ki pa ni povsem nova v smislu, da prej ni obstajala (kot se zgodi pri zavezovalnih poslih), temveč je nastala z omejitvijo že prej obstoječe »matične« pravice, katere pripadnost se ni spremenila. Dajalec licence je torej odcepil del svojih upravičenj do izkoriščanja predmeta pravice, izhajajočih iz absolutne pravice intelektualne lastnine, in jih prenesel na pridobitelja licence – zato ne govorimo o prenosu absolutne pravice, temveč o podelitvi pravice do njenega izkoriščanja. Nova pravica obremenjuje

⁴² »[T]ako odstop kakor tudi prenos [pravice] v večini primerov nista samostojno ali celo abstraktno pravno dejanje, temveč sta samo spolnitveno dejanje glede na obvezo iz temeljnega, kavzalnega posla.« Štampihar, str. 198.

⁴³ Hartmann, str. 2; tako zavezovalni kot razpolagalni posel lahko z vidika pridobitelja licence pomenita pridobitni pravni posel, saj z njim v vsakem primeru pridobi civilnopravno pravico. Prim. Juhart, str. 132.

⁴⁴ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 183: opredelitev za en ali drug sistem prenosov ima pomembne posledice, na primer krog aktivno legitimiranih oseb v primeru kršitve prenesene oziroma podeljene pravice.

obstoječo absolutno pravico kot celoto.⁴⁵ Takšna licenca ima tudi sama naravo absolutne pravice in učinkuje *erga omnes* – tako proti tretjim kot proti dajalcu licence in njegovim pravnim naslednikom.

Praktična razlika med opredelitvijo licence kot razpolagalnega ali kot zavezovalnega posla se pokaže pri pravnem nasledstvu in pri pravnem varstvu licencirane pravice.⁴⁶ Učinek naknadnega prenosa licencirane pravice na tretjo osebo je odvisen od preostale sposobnosti imetnika pravice (prejšnjega dajalca licence), da razpolaga s to pravico. Če je licenca zavezovalni posel, je proti novemu pridobitelju matične pravice neučinkovita (saj deluje kot pogodba le *inter partes* med prvotnim dajalcem in pridobiteljem licence). Novi imetnik absolutne pravice torej lahko pridobitelju licence uspešno prepreči njeno gospodarsko izkoriščanje, slednjemu pa ostane le odškodninski zahtevek zoper prejšnjega imetnika kot dajalca licence.⁴⁷ Če je licenca razpolagalni posel, pa velja še naprej, ne glede na singularno pravno nasledstvo temeljne pravice. Imetnik z licenciranim delom pravice namreč ni mogel razpolagati, saj za to ni več imel ustrezne razpolagalne sposobnosti.⁴⁸ Licenca učinkuje tudi proti novemu imetniku pravice, in če ta zanjo ni vedel, lahko uveljavlja samo odškodninski zahtevek zoper cedenta pravice zaradi pravne napake izpolnitve. Podobna razlika se pojavi, če je podeljena izključna licenca in ena ali več neizključnih ali izključnih licenc, ki so z njo v nasprotju (na primer se nanašajo na isto območje). V domači sodni praksi ni najti odgovora na vprašanje, ali je tedaj, ko je za določen predmet že bila dana neizključna licenca, mogoče pozneje drugemu pridobitelju dati tudi izključno licenco.⁴⁹ Če je licenca zavezovalni posel, so hkrati veljavne vse podeljene licence (a so vsaj izključne izpolnjene s pravno napako). Če pa pomeni licenca razpolaganje s pravico samo, potem je v celoti učinkovita le tista licenca, ki je bila podeljena prva, saj se je z njo izčrpala sposobnost dajalca, da razpolaga s to pravico v že prenesenem obsegu. Poznejše licence so torej učinkovite le toliko, kolikor niso v nasprotju s prvo.⁵⁰ Razpolagalna koncepcija torej daje prednost vrstnemu redu pridobitve licence. Pri tem se seveda

⁴⁵ Prim. Štempihar, str. 199 in 203: »Konstitutivni prenos je seveda samo quasi-prenos. Avtorska pravica ostane v premoženju prenosnika, je pa obremenjena z »uporabno pravico« prevzemnika.«

⁴⁶ Büren/David, str. 252.

⁴⁷ Stumpf/Groß, str. 195, Büren/David, str. 253.

⁴⁸ Razpolagalna sposobnost izhaja iz dejstva, da je nekdo imetnik pravice. Razpolagalni posel je z vidika pridobitelja pravice pridobitni posel. Larenz, str. 323.

⁴⁹ Podobnik v: Komentar OZ/4, str. 69; po ameriški sodni praksi naj bi bila poznejša podelitev izključne licence mogoča.

⁵⁰ Vsaka prejšnja razpolaga, kakor hitro je učinkovita, izključuje poznejšo, ki je s prvo v nasprotju. Sajovic, *CP Splošni del*, str. 133.

pojavi praktična težava dokazovanja resničnega datuma podelitve licence, če vpis licenc v register pravic ni obvezen. Pri pravnem varstvu licencirane pravice pa gre za vprašanje aktivne legitimacije pridobitelja licence, da sam uveljavlja pravno varstvo proti tretjim osebam v primeru njihove kršitve pravice, ki je predmet licence. Do tega je upravičen samo, če je od pridobitelja licence z razpolago pridobil ustrezen del izključne pravice. Če je licenca samo zavezovalne narave, pa se mora glede uveljavljanja varstva proti tretjim osebam obrniti na imetnika licencirane izključne pravice.⁵¹

Predstavljena dilema med zavezovalnostjo in razpolagalnostjo je v nemški pravni teoriji največkrat poimenovana vprašanje o obligacijskem ali stvarnem učinkovanju licence. Pri tem je seveda jasno, da niti sama licenca niti pravice, katerih izkoriščanje dovoljuje, niso pravice stvarnega prava; nasprotno, so pravice na netelesnih dobrinah. Izraz stvarno (*dinglich*) tu ni mišljen v dobesednem pomenu, temveč se z njim poudarja, da tako pojmovana licenca učinkuje proti vsakomur, tako kot pravice stvarnega prava.⁵² Da bi se izognili nejasnostim, se mi zdi namesto *stvarno* ustrežnejše uporabljati izraz *absolutno* učinkovanje in razlikovati med *zavezovalnim* in *razpolagalnim* poslom.⁵³

Vprašanje je tesno povezano z vprašanjem o negativni ali pozitivni naravi licence. Zagovorniki negativne koncepcije navadno menijo, da je licenca zavezovalen, zagovorniki pozitivne koncepcije pa, da je razpolagalen posel. Ta povezava je razumljiva, vendar ne nujna: tako pozitivna kot negativna upravičenja je mogoče pridobiti bodisi z zavezovalnim bodisi z razpolagalnim poslom.⁵⁴ Licenca z negativno vsebino je lahko tudi posledica nepreklicnega odreka prepovednim zahtevkom iz absolutne pravice (razpolagalno), medtem ko pozitivna licenca lahko nastane s pogodbo o »zakupu« pravice (zavezovalno).

b) Argumenti za zavezovalno koncepcijo licence

V nemški teoriji prevladuje stališče o navadni licenci kot zavezovalnem poslu.⁵⁵ V njegovo utemeljitev se navaja, da licenca daje pridobitelju samo enostavno

⁵¹ Büren/David, str. 252, op. 69.

⁵² Verona, str. 36–37; Hartmann kot kriterije »stvarnosti« navaja absolutno učinkovanje pravnega položaja, obstoj pravice na predmetu kljub pravnemu nasledstvu in prepovedno upravičenje pri posegu v lastno pravico uporabe (str. 14).

⁵³ Tako tudi Büren/David, str. 252.

⁵⁴ Prim. Hartmann, str. 8; Forkel, str. 43.

⁵⁵ Nemško vrhovno sodišče (tedaj *Reichsgericht*) se je do vprašanja opredelilo že leta 1886. Ocenilo je, da je razmerje med dajalcem in pridobiteljem licence samo obligacijsko in da med njima ne pride do prenosa pravice. V isti sodbi se je opredelilo za negativno naravo licenčne pogodbe. RGZ 17, 53.

pravico do uporabe, usmerjeno proti dajalcu licence, ne pa proti tretjim osebam. Med pogodbenima strankama obstajajo vzajemne pravice in obveznosti na podlagi pogodbenega razmerja. Navadna licenca tako pomeni obligacijsko pravico, ki učinkuje zgolj med pogodbenima strankama in ne ustvarja absolutnega, »kvazistvarnega« položaja. Njen pridobitelj namreč lahko uveljavlja ugovore le zoper dajalca licence – svojega pogodbenega partnerja, zoper kršitelje pa neposredno nima niti opustitvenega niti odškodninskega zahtevka. Če kršijo njegovo pravico, se mora obrniti na dajalca licence in od njega zahtevati, da prepreči kršitve.⁵⁶ V tem smislu tudi Parać navaja, da je pravica, ki jo pridobi pridobitelj licence, posledica dajalčeve zaveze k opustitvi prepovednih zahtevkov. Ta pravica učinkuje samo zoper dajalca licence kot imetnika patenta, saj le ta lahko pridobitelju prepove uporabo zaščenega izuma, če v nasprotju s pogodbo uveljavi svoje prepovedne zahtevke. Podeljena pravica uporabe nima in ne potrebuje učinka *erga omnes*, saj tretje osebe že sicer ne morejo preprečiti pridobitelju licence izkoriščanja izuma.⁵⁷

1. Izključna licenca

Kot izjema od načelne opredelitve za zavezovalno naravo licence pa se je v nemški judikaturi in doktrini trdno uveljavilo stališče, da so izključne licence »stvarne,« torej razpolagalne narave.⁵⁸ Izključna pravica izkoriščanja predmeta licence za obdobje in na območju, za katero je bila podeljena, namreč ne onemogoča le nadaljnjega podeljevanja licence, temveč tudi izkoriščanje predmeta licence tako tretjim osebam kot samemu imetniku pravice. Pridobitelj licence lahko svojo pravico neposredno uveljavlja sam s prepovednimi zahtevki proti tretjim osebam in tudi proti dajalcu licence.⁵⁹ Prebito je torej pogodbeno delovanje *inter partes*, ker pridobitelj pridobi absoluten izključujoči položaj. To naj bi potrjevalo kvazistvarno naravo pravice. Pridobitelj licence z razpolagalnim poslom prejme edino pravico uporabljati licencirano pravico in v tem pogledu vstopi v pravni položaj imetnika pravice. Dajalec licence je torej svojo izključno pravico do izkoriščanja predmeta licence na določenem območju v celoti prenesel na pridobitelja licence, kar je jasen primer razpolaganja s pravico (in sicer gre za konstitutivni prenos, saj imetnik matične pravice ostane nespremenjen).⁶⁰ Poseben primer izključne licence je tako imenovana solo licenca oziroma polizključna licenca, ki deluje izključujoče

⁵⁶ Stumpf/Groß, str. 55 in 199; Podobnik v: Komentar OZ/4, str. 69; Ebnet, str. 56.

⁵⁷ Parać, *Patentirani izum ...*, str. 472.

⁵⁸ Tako že sodba nemškega vrhovnega sodišča iz leta 1906 (RGZ 17, 54). Povzeto po Veroni, str. 37.

⁵⁹ Pri nas to potrjuje določba četrtega odstavka 121. člena ZIL-1, po kateri se pri tožbi zaradi kršitve pravic pridobitelj izključne licence smiselno šteje za imetnika pravice.

⁶⁰ Podobnik v: Komentar OZ/4, str. 67; Stumpf/Groß, str. 52; Ebnet, str. 56; Kraßer, str. 956.

proti vsem tretjim osebam, ne pa proti dajalcu licence, ki tudi sam lahko izkorišča njen predmet.⁶¹ Ker gre za prenos prepovednih zahtevkov proti tretjim osebam na pridobitelja licence, lahko po istem kriteriju tudi tej obliki licence pripišemo razpolagalno naravo.

Značilnosti izključnih licenc se najpogosteje uporabljajo kot *argumentum a contrario*, ki naj bi potrjeval zgolj zavezovalno naravo navadnih licenc (glede katerih mnenja ostajajo bolj različna). Neizključne licence namreč ne ustvarjajo učinkov proti tretjim osebam, temveč le med strankama – to pa je značilno za pogodbene obveznosti. Zanimivo je, da se je v švicarski teoriji in judikaturi, ki sta sprva sledili nemškemu vzoru, pozneje iz pravnosistemskih razlogov uveljavilo stališče, da so tudi izključne licence relativne narave. To se utemeljuje s pravilom, da absolutne pravice lahko nastanejo le v primerih, ki jih predvideva zakon, brez zakonske podlage pa lahko stranki zavežeta le sami sebe, ne pa tretjih.⁶²

2. Veljavnost pri singularnem pravnem nasledstvu

Čeprav podelitev navadne licence velja za zavezovalni posel, ji večina teoretikov priznava učinkovanje tudi proti novemu imetniku licencirane pravice, če je bila ta pravica prenesena po podelitvi licence (*Sukzessionsschutz*).⁶³ Tudi Parać navaja, da v primeru, ko dajalec licence odsvoji patent, prej podeljena licenca učinkuje tudi proti tretji osebi kot novemu imetniku patenta (še posebej pa, če je bila licenčna pogodba vpisana v patentni register).⁶⁴ Navedeno pravilo naj bi pomenilo le izjemo od sicer običajnega pogodbenega učinkovanja licence le med strankama, podobno kot najemna pogodba učinkuje tudi proti novemu lastniku najete stvari. Težava pa je v tem, da za najemno pogodbo tako izjemo izrecno določa zakon, za licenčno pogodbo (ki je v večini držav inominatni kontrakt) pa je izjema praviloma konstrukt teorije. Tudi OZ, ki ureja licenčno pogodbo, ne določa takšnega učinka. Učinkovanje licence proti neposrednemu pravnemu nasledniku zato prej pomeni argument za njeno razpolagalno naravo.⁶⁵ V slovenski zakonodaji vpraša-

⁶¹ Stumpf/Groß, str. 183.

⁶² Büren/David, str. 254. Argument se ne zdi posebno prepričljiv, saj stranki pravzaprav ne ustvarjata nove absolutne pravice, temveč prenašata del obstoječe pravice intelektualne lastnine, k spoštovanju katere tretje osebe zavezuje zakon, in ne licenca.

⁶³ Stumpf/Groß, str. 195.

⁶⁴ Parać, *Patentirani izum ...*, str. 473.

⁶⁵ Leta 1982 je nemško zvezno sodišče dosledneje kot prevladujoča teorija sledilo stališču o zavezovalni naravi navadne licence in odločilo, da obveznost imetnika patenta, izvirajoča iz licenčne pogodbe, ne preide na poznejšega pridobitelja patenta, saj pogodbe učinkujejo le *inter partes*. Pri tem je odklonilo smiselno uporabo pravil o *Sukzessionsschutzu* pri najemni pogodbi, pogodbi o uporabi avtorskega dela in podobnih določb (neuvejavljene) konvencije o skupnostnem patentu. Odloči-

nje učinkovanja prej podeljene licence proti singularnemu pravnemu nasledniku dajalca licence v OZ in ZIL-1 ni urejeno, tak učinek pa licenci priznava ZASP (o tem več v poglavju 4.1.4c) 1).

3. Učinek vpisa v register

Učinkovanje licenc proti tretjim osebam je lahko odvisno tudi od njihovega vpisa v ustrezní register podeljenih pravic (patentni register, register modelov, znamk in geografskih označb, register varovanih avtorskih del).⁶⁶ Švicarski zakon na primer zahteva vpis licenc v register kot pogoj za njihovo učinkovanje proti tretjim osebam (ne pa kot pogoj za veljavnost licence).⁶⁷ Novejša švicarska doktrina, ki sprejema čisto zavezovalno koncepcijo licence, zato meni, da licenca brez vpisa v register v nobenem primeru ne učinkuje proti singularnim pravnim naslednikom dajalca licence, če so ti pravico pridobili v dobri veri. Z vpisom v register pa licenca pridobi okrepljen obligacijski učinek, in ne »stvarnopravnega«.⁶⁸ Enak sklep je za jugoslovansko pravo na podlagi določb ZOR zagovarjal Verona, medtem ko je Janjić menil, da licenca z vpisom v register postane translativen pravni posel.⁶⁹ Parać (ki prav tako zagovarja zavezovalno koncepcijo licence) nasprotno meni, da proti tretji osebi kot novemu imetniku patenta prej podeljena licenca učinkuje *vedno*, še posebej pa, če je bila licenčna pogodba vpisana v register patentov.⁷⁰

Vpis licenčne pogodbe v ustrezní register kot pogoj za učinkovanje proti tretjim osebam je določal prejšnji slovenski ZIL v tretjem odstavku 110. člena, in sicer brez razlikovanja med izključnimi in neizključnimi licencami. ZIL-1 pa v drugem odstavku 107. člena določa samo, da se prenos pravice ali licenca na zahtevo ene od pogodbenih strank vpiše v ustrezní register, in ne določa več, da bi bil to pogoj za učinkovanje licence proti tretjim. Vpis licence v register ni obvezen.⁷¹ ZASP v

tev sodišča je bila v teoriji močno kritizirana, češ da ustrezno ne upošteva interesov udeležencev licenčnega razmerja. Zato je nemški zakonodajalec leta 1986 dopolnil patentni zakon in določil, da prenos temeljne pravice ali podelitev licence ne vpliva na prej podeljene licence tretjim osebam (tretji odstavek par. 15 PatG). Praktično vprašanje je zdaj rešeno na zakonski ravni, v teoriji pa ostaja sporno, ali ta določba potrjuje stvarno učinkovanje enostavne licence ali pa gre le za izjemo od obligacijskega delovanja *inter partes*. Stumpf/Groß, str. 196, 199.

⁶⁶ Po prevladujočem stališču nemške teorije je tak vpis mogoč, a je vedno le deklaratorne narave. Licenca velja tudi brez vpisa in vpis v register ni potreben niti za absolutno učinkovanje izključne licence. Stumpf/Groß, str. 52; Kraßer, str. 953.

⁶⁷ Büren/David, str. 254, 273.

⁶⁸ Blum/Pedrazzini, povzeto po Veroni, str. 3; Büren/David, str. 273–275.

⁶⁹ Verona, str. 45; Janjić, str. 69 (v prvi izdaji iz leta 1973).

⁷⁰ Parać, *Patentirani izum ...*, str. 473.

⁷¹ Prim. Puharič, *Komentar ZIL-1*, str. 376.

174. členu predvideva možnost, da imetniki pravic zaradi zavarovanja dokazov ali iz drugih razlogov vpišejo ali shranijo izvirnike ali primerke svojih del, fonograme, videograme ali predmete kake druge svoje pravice v register zavarovanih del pri pristojni organizaciji, vendar za učinkovanje licence ali avtorske pogodbe proti tretjim osebam ne zahteva njenega vpisa v ta register. Vprašanje učinkovanja licence proti tretjim osebam v pozitivnem slovenskem pravu torej ni vezano na vpis licence v ustrezní register pravic.

c) *Argumenti za razpolagalno koncepcijo licence*

Drugi teoretiki ocenjujejo, da je vprašanja, povezana z učinkovanjem licenc proti tretjim osebam, mogoče elegantneje rešiti s priznavanjem razpolagalnega učinka vsem licencam, in ne le izključnim. Menijo, da je razlika med izključno in navadno licenco zgolj količinske, ne pa kakovostne narave – gre za prenos manjšega ali večjega dela vsebine licencirane pravice.⁷² Če je licencirana pravica absolutna, je potem enake narave tudi licenca.⁷³ Težava pa je v tem, da je drugače kot v stvarnem pravu zakonska ureditev razpolaganja z absolutnimi pravicami na področju prava intelektualne lastnine precej skopa. Zaradi tega je pogosto potrebna analogija s stvarnim pravom, ki pa je včasih zavajajoča. Pri prenosu nestvarnih pravic sta namreč temeljni posel in odstop praviloma sočasna, poseben *modus acquirendi* pa ni mogoč zaradi nemožnosti izročitve duhovne stvaritve. Neposredni predmet prenosne pogodbe je torej že perfektna absolutna pravica, tako da je sleherna nadaljnja dajatev ali storitev dolžnika in s tem njegova obveza nepotrebna in nemogoča.⁷⁴

1. *Avtorsko pravo*

Stališče o razpolagalni naravi licenc je najmanj problematično na področju avtorskega prava. V pretežnem delu literature se namreč enostavni pravici do uporabe avtorskega dela vsaj deloma priznava absolutna vsebina. ZASP v drugem odstavku 21. člena določa, da je uporaba avtorskega dela dopustna le, če je avtor prenesel ustrezno materialno avtorsko pravico. Pri licenci gre torej za prenos dela absolutne avtorske pravice oziroma za obremenitev te pravice.⁷⁵ To potrjujejo zakonske določbe, ki določajo nadaljnje učinkovanje enostavne pravice uporabe

⁷² Tako Hubmann. Glej obsežen primerjalni pregled teoretičnih stališč različnih avtorjev pri Veroni, str. 37–44.

⁷³ Forkel navaja, da sicer nedvomno obstajajo licence, ki spadajo samo na obligacijskopravno področje, prav tako pa gotovo obstajajo licence s »stvarnim«, torej absolutnim delovanjem. Sporno ostaja, kdaj gre za ene in kdaj za druge. Forkel, str. 1764. Tudi nemško zvezno sodišče je v omenjeni sodbi iz leta 1982 to vprašanje izrecno pustilo odprto.

⁷⁴ Štempihar, str. 198 in 200.

⁷⁵ V tem smislu Trampuž/Oman/Zupančič, str. 180, 183.

(navadne licence) avtorskega dela tudi proti poznejšemu pridobitelju izključne pravice uporabe (izključne licence) istega dela oziroma tudi proti pravnemu nasledniku imetnika matične licencirane pravice (na primer 74. člen ZASP in par. 33 nemškega avtorskega zakona).⁷⁶ Poleg tega ni izključena možnost, da pridobitelj licence za uporabo avtorskega dela neposredno uveljavlja varstvo svojih pravic zoper kršitelje, kolikor ti posegajo v preneseno pravico (164. člen v zvezi z 72. členom ZASP).⁷⁷ Štempihar navaja, da je iz avtorske pravice odvedena pravica pridobitelja licence po naravi, »biološko«, iste vrste kot matična pravica, torej je absolutna.⁷⁸

Dokaj nesporno je, da je licenca v avtorskem pravu konstitutivna, saj za konstitutivnega velja vsak prenos avtorske pravice.⁷⁹ Vedno gre namreč za cepitev avtorske pravice, ker ta v celoti sploh ni prenosljiva – avtorju vedno ostanejo vsaj moralne pravice. Komentatorji zakona to stališče utemeljujejo s splošno usmeritvijo ZASP, da ostanejo avtorske pravice, kolikor je mogoče, pri avtorju.⁸⁰ Forkel konstitutivni prenos pravice imenuje tudi povezani prenos (*gebundene Rechtsübertragung*), saj je značilno, da se prenese le omejena pravica do uporabe predmeta licence, ki ni povsem neodvisna od matične pravice, iz katere je nastala, saj ob prenehanju veljavnosti licence pride do samodejnega povratnega pripada prenesenih upravičenj na imetnika matične pravice. Do tega povratnega pripada pa je dajalec licence izgubil svojo razpolagalno sposobnost (ne pa imetništva pravice) glede odstopljenih upravičenj.⁸¹ Tudi Štempihar poudarja, da avtorska pravica spet dobi svoj prvotni

⁷⁶ Ebnet, str. 56; Forkel, str. 1765. Nemški zakon izrecno določa celo, da ostane podeljena pravica do uporabe dela v veljavi tudi, če se dajalec licence naknadno v celoti odreče svoji pravici. Zanimivo pa je, da je bila z novelo UrhG leta 2002 v drugem odstavku par. 29 izrecno uvedena tudi nasprotna možnost, namreč da se stranki lahko dogovorita za le obligacijsko učinkovanje pravice do uporabe avtorskega dela, kar *a contrario* potrjuje, da je licenca praviloma razpolagalna. Schack, str. 245.

⁷⁷ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 187.

⁷⁸ »Posebno pri malih avtorskih pravicah je pogosto težko ali nemogoče avtorja ali imetnika avtorske pravice ugotoviti ali pa – v mednarodnem prometu – doseči. Poleg tega ni gotovo, da bi se bil ta sploh hotel ali mogel spustiti v pravdo zoper kršilca licenciatove pravice. Če se postavimo na stališča, da je z licenčno pogodbo prepuščena licenciatu uporaba avtorske pravice same in da ta uporaba, tj. izkoriščanje te pravice v obsegu podeljene licence, ne more biti drugačne pravne narave kot matična pravica, sledi iz tega absolutno varstvo licenciata samo po sebi.« Štempihar, str. 203 in 207.

⁷⁹ Štempihar opozarja, da je treba razlikovati med odstopom (cesijo), ki je mogoč le pri terjatvah, ter prenosom pravice, kakršen je mogoč tudi pri absolutnih pravicah, na primer avtorski pravici. Pri terjatvah imamo namreč določenega zavezanca, dolžnika, pri pravicah pa ga (do kršitve) nimamo. Zato pri prenosu odpadejo tiste določbe o odstopu, ki zadevajo odstopljenega dolžnika. Štempihar, str. 197–198.

⁸⁰ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 183; Schack, str. 240.

⁸¹ Forkel, str. 1764; Hartmann, str. 9–10.

obseg, če iz kateregakoli razloga iz avtorske pravice odvedene pravice drugih oseb ugasnejo, ta pojav pa imenuje »elastičnost avtorske pravice«.⁸²

2. Pravo industrijske lastnine

Uporaba razpolagalne pravne konstrukcije tudi na področju prava industrijske lastnine ni izključena. ZIL-1 sicer licence ne ureja, vendar v prvem odstavku 75. člena poleg prenosa celotne pravice izrecno predvideva še omejen prenos pravice.⁸³ Licenco zato lahko kvalificiramo kot omejen (konstitutiven oziroma povezan) prenos pravice, ki je podoben obremenitvi lastninske pravice v stvarnem pravu. V tem smislu je mogoče razumeti tudi OZ, ki opredeljuje licenco kot odstop pravice do izkoriščanja (704. člen). Posebnost povezanih prenosov pravice je v tem, da se kvalitativni del vsebine absolutne pravice odcepi v korist pravnega naslednika, in sicer del, ki je z licenco odmerjen glede na konkretne interese udeležencev, ne pa na posamezna, z zakonom predvidena upravičenja (v stvarnem pravu je nekoliko drugače, ker tam obstaja *numerus clausus* zakonsko določenih tipov obremenitev pravice).⁸⁴ Licenca torej učinkuje *erga omnes*, enako kot matična pravica. Za absolutnost licence govori tudi, da je usmerjena h konkretnemu (netelesnemu) predmetu, katerega izkoriščanje dovoljuje, in njeno bistvo ni v medosebnem razmerju med dajalcem in pridobiteljem. Izvirno je samo imetnik pravice v položaju, ko lahko varno izkorišča predmet pravice, ne da bi mu to lahko kdo preprečil, z licenco pa pridobi takšen absoluten (in v tem smislu proti tretjim osebam učinkujoč) položaj tudi pridobitelj licence. To je absolutna pravica, ki je bila prenesena nanj.

V prid absolutnemu učinkovanju navadne licence govori določba drugega odstavka 711. člena OZ, ki govori o odgovornosti za pravne napake: če je predmet pogodbe izključna licenca, dajalec licence jamči, da pravice izkoriščanja ni odstopil drugemu, ne popolnoma ne delno. Obstoj predhodne navadne licence pa lahko pri pogodbi o izključni licenci pomeni pravno napako samo, če predhodna licenca učinkuje proti pridobitelju naknadne izključne licence. To je mogoče le, če je tudi učinkovanje navadne licence absolutno. Navadna licenca, ki bi učinkovala le kot pogodba med dajalcem in pridobiteljem licence, namreč z ničimer ne posega v pravice pridobitelja poznejše izključne licence, zato ne more pomeniti pravne napake.

Glavni argument, ki se navaja proti razpolagalni koncepciji, je, da navadna licenca imetniku patenta ne preprečuje, da tudi sam uporablja patentirani izum ali drugim osebam dovoljuje njegovo uporabo. Pridobitelj licence neposredno ne more uveljavljati pravnega varstva zoper kršitelje pravice, lahko pa (na podlagi

⁸² Štampihar, str. 199, Trampuž/Oman/Zupančič, str. 184.

⁸³ Enako prvi odstavek par. 15 nemškega PatG.

⁸⁴ Forkel, str. 1764–1765; Schack, str. 245.

pogodbe) samo zahteva uveljavljanje teh zahtevkov od dajalca licence. Sledilo bi, da gre za prenos izključne pravice le takrat, kadar tudi pridobitelj pridobi nekatera izključna upravičenja – torej ne, če lahko imetnik patenta še vedno uporablja izum in podeljuje licence. Forkel opozarja, da to v resnici ni nujno. Absolutnost pravice se kaže na več načinov in nikakor ni nujno, da pridobitelj omejene stvarne pravice pridobi tudi upravičenje, da od njene uporabe izključi vse tretje osebe.⁸⁵ To je očitno pri služnostih, ki so nedvomno izključne stvarne narave, četudi služnostni upravičenec pridobi samo neko pozitivno pravico, na primer kopati pesek na služnem zemljišču. Lastnik služnega zemljišča lahko take služnosti dovoli tudi tretjim ali sam koplje pesek na svojem zemljišču. Absolutnost neizključne služnosti pa se kaže v tem, da se imetnik izpeljane pravice lahko brani zoper vsakogar, ki ga pri dovoljeni lastni uporabi moti in ovira ali oporeka njegovim upravičenjem. To pa gotovo lahko počne tudi pridobitelj navadne licence na pravici industrijske lastnine. Če manjka izključnost pravice v razmerju do konkurentov, to ne pomeni, da ni nikakršne izključnosti pravice. Ne obstajata torej le skrajnosti – povsem izključne, absolutne pravice ter povsem neizključne, relativne pravice, temveč je med njima še možnost omejeno izključnih pravic, navaja Forkel.⁸⁶ Kraßer pa celo meni, da pridobitelju navadne licence ne bi smeli iz golih dogmatičnih razlogov odreči pravice do samostojne tožbe zoper kršitelje, ki jim imetnik pravice ni dovolil njene uporabe, zlasti če upoštevamo, da je prav odsotnost te tožbe bistveni argument za trditev, da navadna licenca ne učinkuje absolutno. Razlog proti vidi kvečjemu v tem, da bi zoper isto osebo zaradi iste kršitve sicer lahko bilo vloženih več tožb.⁸⁷

Za absolutno učinkovanje enostavne licence govori tudi tipična interesna podlaga.⁸⁸ V večini primerov izhajata stranki licenčne pogodbe z izhodišča, da bo pridobitelj pridobil neko trajno pravico uporabe, ne pa takšne, ki jo lahko dajalec licence vsak čas ogrozi in ukine s prenosom matične pravice ali podelitvijo izključne licence na njej. Če priznavamo razpolagalni učinek izključni licenci, navadni licenci pa ne, s tem poznejšega pridobitelja izključne licence neupravičeno postavimo v boljši položaj kot prejšnjega pridobitelja neizključne, saj bi slednja s podelitvijo izključne licence prenehala veljati ali vsaj postala neučinkovita. Ni pa jasno, zakaj bi

⁸⁵ Pojmovanje, da mora pridobitelj licence pri stvarnem prenosu pridobiti izključne prepovedne zahteve proti vsem, izhaja iz starejšega pojmovanja, da so pravice industrijske lastnine izključno negativne narave brez pozitivne vsebine. Forkel, op. 43.

⁸⁶ Forkel, str. 1766.

⁸⁷ Kraßer, str. 957.

⁸⁸ Stumpf/Groß, str. 197.

bilo treba bolj varovati interese poznejšega pridobitelja patenta oziroma izključne licence kot interese prejšnjega pridobitelja navadne licence.⁸⁹

Če pa pomeni podelitev licence razpolaganje z absolutno pravico, se v enaki situaciji zastavi vprašanje, ali je po analogiji s stvarnim pravom mogoča dobroverna pridobitev pravic od razpolagalno nesposobne osebe. Na primer da imetnik z licencami obremenjenega patenta tega prenese na tretjo osebo, ne da bi jo obvestil o izključnih pravicah – ali dobroverni pridobitelj patent dobi neomejeno in ga licence ne vežejo? Če je licence vpisana v patentni register, je zaradi publicitetnega učinka vpisa dobra vera pridobitelja gotovo izključena. Vendar tak vpis ni obvezen. Ker ZASP učinkovanja licence proti poznejšemu pridobitelju avtorske pravice ne pogojuje z vpisom v kak register pravic, je smiselno enako pravilo uporabiti tudi na področju prava industrijske lastnine. Izjeme od načela *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet* je pač treba razlagati ozko in morajo biti v zakonu izrecno določene. Pravic intelektualne lastnine ni mogoče pridobiti iz naslova dobre vere, saj ne more priti do izročitve pravice v posest, ki v stvarnem pravu ustvarja domnevo lastninske pravice.⁹⁰ Prevlada torej pravica zgodnejšega pridobitelja licence. V praksi se sicer lahko pojavi resna težava v zvezi z dokazovanjem vrstnega reda podelitve licenc, ki niso vpisane v noben register, vendar drugače od možne hkratne veljavnosti več nasprotujočih si licenc pri zavezovalni konceptiji razpolagalna razlaga ponuja vsaj jasno merilo za rešitev možnega spora.

V smer razumevanja licence kot razpolagalnega posla se nagiba tudi večina (sicer razmeroma skopih) opredelitev v slovenski teoriji. Štempihar se o tem izjavlja najbolj izrecno. Patentna pravica, z licenčno pogodbo dana v uporabo, je po njegovem mnenju absolutna pravica; naravno je iz absolutne pravice izvedena uporabna pravica iste narave kakor matična pravica. Pravica uporabe je breme na patentni pravici sami in neposredno na njej, ne pa samo osebna obveza licencianta. Izkoriščanje, izvrševanje pravice ne more biti drugačne pravne narave, kot je pravica sama. Če je pravica absolutna, je tudi izkoriščanje absolutno in je potem tudi pravno razmerje deležno absolutnega pravnega varstva.⁹¹ Puharič v starejših

⁸⁹ V nemškem pravnem redu je bila ta težava rešena s posebnima določbama avtorskega in patentnega prava o nadaljnjem učinkovanju licence tudi proti singularnemu pravnemu nasledniku dajalca licence. Prevladujoča teorija ti pravili šteje za izjemi od sicer obligacijske narave navadne licence, vendar ju je dosledneje šteti za potrditev njenega razpolagalnega učinkovanja. V švicarskem pravu pa se skladno z zavezovalno konceptijo učinek licence proti tretjim veže na njen vpis v patentni register. Forkel, str. 1767–1768.

⁹⁰ Drugi odstavek 11. člena SPZ: »Domneva se, da je lastniški posestnik premičnine njen lastnik.« Tako tudi Štempihar, str. 199, in Trampuž/Oman/Zupančič, str. 184.

⁹¹ Štempihar, str. 200–201, 205.

komentarjih opredeljuje licenco kot obliko razpolaganja s patentom, modelom ali vzorcem v smislu 3. točke 44. člena jugoslovanskega ZITIZR⁹² oziroma tretjega odstavka 32. člena prejšnjega ZIL. Pri tem se ne opredeli, da bi to veljalo samo za izključne licence, čeprav v komentarju 110. člena starega ZIL pravi, da ima izključna licenca naravo absolutne, neizključna pa naravo relativne pravice.⁹³ V komentarju ZIL-1 pa licenco opredeljuje kot pooblastilo za izkoriščanje pravice industrijske lastnine oziroma odstop pravice.⁹⁴ ZIL-1 namreč pravice razpolaganja ne našteva več kot vsebino pravic industrijske lastnine. Še vedno pa bežno omenja licenco kot obliko razpolaganja s pravico v 20. členu, kjer določa, da oseba, ki je v dobri veri uporabljala izum v Republiki Sloveniji pred datumom prijave patenta, zadrži pravico uporabljati izum, nima pa pravice dajati licence *ali drugače razpolagati z izumom*. Dajanje licence je torej tudi v ZIL-1 izenačeno z drugimi načini razpolaganja s pravico. V smislu razpolaganja s pozitivno pravico je mogoče razumeti tudi Cigoja in Podobnika, ki menita (brez podrobnejše obrazložitve), da dajalec licence na pridobitelja prenaša del svoje pravice – nekatera od upravičenj, ki izhajajo iz absolutne pravice industrijske lastnine, medtem ko sam ostane imetnik temeljne pravice.⁹⁵

d) Vmesni sklep

Naša teorija in sodna praksa⁹⁶ nista toliko dorekli učinkov licence, na primer pri odsvojitvi licencirane pravice, da bi bilo mogoče iz njih induktivno »razbrati« pravno naravo licence, zato se je treba o tem vprašanju samostojno opredeliti. Čeprav sta obe rešitvi lahko sprejemljivi, menim, da se razpolagalna utemeljitev bolje sklada z naravo absolutne pravice kot predmeta licence.⁹⁷ V njen prid govori tudi potreba po enotni ureditvi učinkov vseh licenc (tako navadnih kot izključnih; tako avtorskopравnih kot tistih s področja prava industrijske lastnine). Zaradi širitve obsega patentnega in avtorskopравnega varstva se namreč vse pogostejše lahko zgodi, da je isti predmet licence varovan hkrati avtorskopравno in s pravicami industrijske lastnine – računalniški program je na primer varovan kot avtorsko delo, lahko pa

⁹² Puharič/Ude/Krisper Kramberger, str. 66.

⁹³ Puharič/Krisper Kramberger/Ude/Zabel, str. 109 in 213.

⁹⁴ Puharič, str. 275–276; enako Grilc, *Moderni tipi ...*, str. 133.

⁹⁵ Podobnik v: Komentar OZ/4, str. 62; Cigoj, str. 2007; identično stališču Stumpf/Groß, str. 42. Podobnik sicer na drugem mestu (str. 69) povzema stališče Stumpfa in Grobja (str. 199), da je navadna licenca le obligacijske narave, tako da opredelitev za razpolagalni posel očitno sprejema le za izključne licence.

⁹⁶ Vsaj če sklepamo po rezultatih iskanja po Ius-Infu.

⁹⁷ Hartmann, str. 16.

je hkrati patentiran kot del industrijskega procesa, njegovo ime pa je zaščiteno z blagovno znamko. Nepraktično je, da bi (v primeru prenosa pravice) za nekatere od teh pravic licenca učinkovala tudi proti novemu imetniku, za druge pravice na istem stvarnem predmetu pa ne. Zaradi navedenega je primernejše podelitev licence praviloma šteti za razpolaganje s pravico. Vedno je seveda mogoč nasproten dogovor strank, ki učinke pogodbe omejuje na obligacijske in izključuje učinkovanje proti tretjim osebam, če se pojavi potreba po tem. Temeljna rešitev pa mora čim bolj ustrezati tipičnim potrebam strank, saj od njih ni mogoče pričakovati, da bi ob sklepanju pogodbe mislile na vse možne zaplete v prihodnosti.⁹⁸

4.1.5. Prenos ugotovitev na področje prostih licenc

Če skušamo na podlagi predstavljenih ugotovitev opredeliti pravno naravo prostih licenc, je treba najprej ugotoviti, da je prosta licenca vedno neizključna. Gre za neizključno dovoljenje za uporabo predmeta licence pod določenimi pogoji.⁹⁹ Izključnost licence bi bila v popolnem nasprotju z načelom, da mora imeti vsak uporabnik možnost odprto vsebino prosto uporabljati za kakršenkoli namen. Vsebina proste licence je vedno pozitivne narave – ne gre torej le za odpoved dajalca licence nekaterim svojim upravičenjem ali za zavezo, da jih ne bo uresničeval, temveč vsak uporabnik pridobi pozitivno pravico do uporabe dela odprte vsebine, ki je predmet licence. Na to iz licence izhajajočo pravico se lahko sklicuje tako nasproti dajalcu licence kot nasproti katerikoli tretji osebi, ki bi mu skušala prepovedati uporabo odprte vsebine. Podelitev proste licence namreč pomeni konstitutivno razpolaganje z matično pravico, zato prosta licenca učinkuje *erga omnes* enako kot matična pravica. Prosta licenca se lahko vpiše v ustrezni register pravic, v katerega je vpisana matična pravica (oziroma avtorsko delo, na katero se nanaša), vendar tak vpis ni pogoj za veljavnost licence in ne vpliva na njeno učinkovanje, temveč omogoča le večjo preglednost pravnega položaja. Če je vpis temeljne podelitve proste licence prvotnega ustvarjalca v posameznih primerih še mogoč, pa pri številnih naknadnih predelavah licenciranega dela najbrž ni realistično pričakovati, da bodo amaterski

⁹⁸ V tem smislu tudi Štampihar, str. 207: »Potemtakem je samo od strank odvisno, za kakšno pravno razmerje se pogode: za licenco, za zakup, za užitek ali za rabo, ali pa se zadovolje z golim prekarijem. Res pa je, da je od strank, ki so pri sklepu pogodbe vsaki 'pravniški navlaki' nenaklonjene, težko pričakovati, da bi se ravnale po obrazloženih načelih. Rešitev ni pričakovati od poenostavljenih pravniških konstrukcij, ker dajajo licencam samo 'negativni značaj', s katerim ni nikomur ustrezno, temveč od dispozitivnih in po potrebi od kogentnih pravil, postavljenih od zakonodajalca.«

⁹⁹ McGowan, *Legal Implications ...*, str. 245.

prispevalci odprte vsebine vsakič registrirali podelitev proste licence na svojem prispevku. Tudi brez vpisa so proste licence veljavno podeljene.

4.2. Pridobitev primerka dela in podelitev licence

4.2.1. Splošno

Duhovne stvaritve, varovane s pravicami intelektualne lastnine, so praviloma inkorporirane na fizičnih nosilcih. Knjiga je zapis literarnega avtorskega dela na papirju; računalniško programje, ki je lahko hkrati avtorsko delo in implementacija patentiranega izuma, je vedno shranjeno na podatkovnem mediju; z modelom varovani videz se utelesi v obliki industrijskega izdelka. Brez fizičnega medija te dobrine ne morejo obstajati, hkrati pa se vsebinsko razlikujejo od njega. Zlasti pri izvirnikih in primerkih avtorskih del zato pogosto na prvi pogled ni jasno, ali jih moramo obravnavati kot premično stvar ali kot netelesno dobro.¹⁰⁰

ZASP v petem pododdelku tretjega oddelka drugega poglavja (členi 40–45) ureja razmerje med avtorsko in lastninsko pravico. Na prvem mestu je načelo ločenosti pravic: avtorska pravica je neodvisna in skladna z lastninsko pravico ali drugimi pravicami na stvari, na kateri je avtorsko delo vsebovano, če ni z zakonom drugače določeno (40. člen). Avtorska pravica torej obstaja na delu kot netelesni dobrini, na izvirniku ali primerku dela kot fizični stvari pa obstaja lastninska pravica.¹⁰¹ Isto velja pri pravicah industrijske lastnine: obstajajo neodvisno od izdelkov, na katere se nanašajo, in neodvisno od njihovega lastništva. Pravici na telesnih in netelesnih predmetih sta torej med sabo neodvisni, vsebinsko različni, lahko (oziroma celo praviloma) imata različne imetnike. Zaradi tega logično velja tudi načelo ločenosti pravnega prometa. Člen 41 ZASP ga formulira takole: pravni promet s posamičnimi materialnimi avtorskimi pravicami ali drugimi pravicami avtorja na delu ne vpliva na lastninsko pravico na stvari, na kateri je to delo vsebovano; pravni promet z lastninsko pravico na stvari, na kateri je delo vsebovano, pa ne vpliva na posamične materialne avtorske pravice ali druge pravice avtorja na tem delu, če ni z zakonom ali s pogodbo drugače določeno. Če kupimo primerek avtorskega dela, torej pridobimo lastnino na fizičnem mediju, ne pa tudi avtorskih pravic na programu (le možnost uporabe zakonskih izjem od avtorjevih izključnih upravičenj).¹⁰² Če program implementira patentiran izum, imamo le pravico uporabljati program,

¹⁰⁰ Prim. Junker/Benecke, str. 113.

¹⁰¹ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 128–129.

¹⁰² Guibault/van Daalen, str. 47.

ne pa pravice gospodarsko izkoriščati patentirani izum. Z nakupom izdelka seveda ne pridobimo pravice do gospodarske rabe njegove blagovne znamke. Lastninska pravica se prenaša z instituti stvarnega prava (izročitev, posestni konstitut, priposestvanje, dedovanje ...), pravice intelektualne lastnine pa se v celoti (translativno) prenašajo s smiselno uporabo pravil o odstopu terjatve, deloma (konstitutivno) pa s podelitvijo licence.

Nejasnosti, predvsem v razmerju med obligacijskopравnimi posli, ki so podlaga za prenos obeh vrst pravic, so zlasti pri tistih vrstah duhovnih stvaritev, pri katerih se hkrati s prenosom stvari navadno podeljujejo tudi določene pravice na varovani netelesni dobrini. Problematika bo predstavljena na primeru prodaje računalniškega programja.

4.2.2. Prenos računalniškega programja

a) Neposredna pogodba med razvijalcem in uporabnikom

Če uporabnik programje dobi neposredno od njegovega avtorja oziroma imetnika pravic, razmerje med njima brez težave lahko kvalificiramo kot licenčno pogodbo. Licenčna pogodba, kot jo ureja OZ, med obveznostmi dajalca licence v 708. členu predvideva tudi izročitev predmeta licence. Licenčna pogodba je v takem primeru pravna podlaga za prenos lastninske pravice na pomnilniškem mediju s programjem in hkrati podlaga za podelitev pravic. Pri internetni prodaji programja je mogoče šteti, da je obveznost izročitve predmeta izpolnjena s tem, ko je uporabnik prenesel elektronsko kopijo programja na svoj računalnik. Pri prostem programju je seveda podelitev pravic neodplačna, plačilo pa je lahko določeno za prenos lastnine na fizičnem mediju ali za storitve, povezane s programjem. Pri lastniškem programju je EULA podlaga tudi za plačilo enkratne licenčnine. Proizvajalec in uporabnik programja prideta v neposredni stik pri klasičnem podpisu pogodbe in pri sklenitvi pogodbe v elektronski obliki, prek interneta (v slednjem primeru ne pride do prenosa fizičnega nosilca podatkov, zato se ne odpirajo vprašanja lastninske pravice na njem).¹⁰³

b) Prodaja programja prek tretjih oseb

Položaj postane bolj zapleten pri prodaji programja v trgovinah oziroma pri drugih distributerjih. V razmerje med proizvajalcem programja in njegovim uporabnikom tu vstopi tretja oseba in uporabnik je neposredno v stiku samo z njo. Od trgovca prejme programje, v zameno pa mu izroči denar. Če zavrremo naj-

¹⁰³ Enako Guibault/van Daalen, str. 54–55.

radikalnejše stališče, da pride v takšnem primeru vedno le do sklenitve prodajne pogodbe med trgovcem in kupcem primerka programja, licenca pa je pravno brez kakršnegakoli pomena,¹⁰⁴ obstajajo tri možnosti, kako bi lahko proizvajalec tudi v tem tristranskem razmerju vezal uporabnika na svoje licenčne pogoje.¹⁰⁵

1. *Samo licenčna pogodba*

Omenjeno je že bilo, da licenčne pogodbe EULA lastniškega programja pogosto določajo, da proizvajalec programja ne prodaja, temveč uporabniku zgolj podeljuje licenco za njegovo uporabo.¹⁰⁶ Ker med trgovcem in kupcem programja očitno mora obstajati neko pravno razmerje, ki je podlaga za izvedbo plačilo in izročitev programja, bi taka pravna konstrukcija lahko obveljala samo, če bi bil trgovec pooblaščenec proizvajalca in bi v njegovem imenu sklepal licenčno pogodbo z uporabniki na podlagi splošnih poslovnih pogojev iz licence. V takem primeru mora proizvajalec trgovca dejansko pooblastiti za sklepanje licenčnih pogodb, te pa se sklepajo v pisni obliki v trgovini. Potreba po konkludentnem sklepanju licenčne pogodbe v obliki ovojne pogodbe bi tako odpadla, vendar je taka rešitev za prakso neuporabna, saj bi zahtevala množično podpisovanje pogodb v trgovinah in sicer za programje vsakega proizvajalca pod njegovimi poslovnimi pogoji, kar pa je za masovno rabo preveč zapleteno. Ta možnost je še posebej neuporabna pri prostem programju, kjer bi že za vsak posamezen program trgovca moralo pooblastiti za sklepanje licenčnih pogodb cela množica dajalcev licence (vseh prispevalcev kode, ki so sodelovali pri razvoju programja in ostajajo imetniki pravic na njem). Licence tako lastniškega kot prostega programja vedno urejajo razmerje med razvijalcem programja in njegovim uporabnikom kot strankama, zato odpade tudi razlaga, da trgovec na stranke prenaša naprej (oziroma podlicencira) licenco za uporabo programja, ki jo je sam dobil od razvijalca.

2. *Samo prodajna pogodba*

Druga možnost je, da trgovec sklepa prodajno pogodbo v svojem imenu, vendar vanjo kot splošne pogodbene pogoje vključi licenčne pogoje proizvajalca programja – ti tako postanejo del prodajne pogodbe. Kolikor ta rešitev zahteva sklepanje prodajne pogodbe s podpisom kupca v trgovini, govorijo zoper njo isti razlogi kot zoper tako sklepanje licenčne pogodbe. Vendar je predvsem ameriška sodna pra-

¹⁰⁴ Röhricht/Westphallen, str. 2108 in 1901–1903.

¹⁰⁵ Delitev deloma povzeta po Marly, str. 163–164.

¹⁰⁶ EULA Microsoftovega programja Office 2003 v 3. členu med drugim določa: »Microsoft ali njegovi dobavitelji imajo lastniške, avtorske in druge pravice intelektualne lastnine za programsko opremo. Microsoft vam te programske opreme ne prodaja, temveč vam podeljuje licenco za njeno uporabo.«

ksa dopustila možnost, da licenčni pogoji šele naknadno postanejo del prodajne pogodbe. Sodišča so prvotno večinoma štela, da je med trgovcem in uporabnikom programja sklenjena običajna neoblična prodajna pogodba, EULA, natisnjena na embalaži programja ali prikazana na zaslonu, pa pomeni prodajalčevo ponudbo za naknadno spremembo te pogodbe. S predpisanim konkludentnim ravnanjem uporabnik sprejme to ponudbo in tako pride do novacije prodajne pogodbe v skladu z določili proizvajalčeve licence.¹⁰⁷ Novejša rešitev pa je, da prodajna pogodba sploh še ni sklenjena v trgovini, ob plačilu programja, ampak šele takrat, ko se je uporabnik seznanil s pogoji iz licence EULA in vanje s konkludentnim ravnanjem tudi privolil. Če uporabnik v te pogoje ne privoli, pa lahko kupljeno blago vrne in zahteva vračilo kupnine.¹⁰⁸ Zanimivo možnost pa predstavlja stališče škotskega sodišča,¹⁰⁹ da je EULA inkorporirana v pogodbo med trgovcem in kupcem, ki pa je pogodba v korist tretjega, tj. proizvajalca programja. Pogodba med distributerjem in uporabnikom naj bi namreč ustvarjala pravice za proizvajalca programja, zato lahko proizvajalec te pravice uveljavlja neposredno proti končnemu uporabniku. Seveda pa bi ta kvalifikacija lahko prišla v poštev le pri lastniškem programju, saj določbe v njegovi EULA kupca dodatno omejujejo. Pri prostem programju pa je licenca zlasti v korist kupca, ker mu poleg zakonskih pravic zakonitega uporabnika programja podeljuje še vrsto dodatnih pravic proste uporabe. Teh pravic pa ni mogoče podeliti brez sodelovanja razvijalca programja, zato gola prodajna pogodba nikoli ne zadošča za nastanek prostega programja.

3. Ločeni prodajna in licenčna pogodba

Tretja možnost je sklenitev dveh ločenih, samostojnih poslov. Programje, ki se prodaja v trgovinah, je navadno razstavljeno na policah. Po 23. členu OZ razstavljanje blaga z označitvijo cene pomeni ponudbo za sklenitev pogodbe. Ker se v trgovini normalno sklepajo samo prodajne pogodbe, tudi razstavljanje programja lahko razumemo samo kot ponudbo za sklenitev prodajne pogodbe in ne katere druge (razen če nas trgovec posebej opozori, da to blago ni naprodaj, temveč le na voljo za sklenitev licenčne pogodbe). Med trgovcem in kupcem je torej sklenjena prodajna pogodba, na podlagi katere se prenese lastninska pravica na primerku programja. Podelitev licence med razvijalcem programja in končnim uporabnikom pa je neodvisna in poznejša od te prodajne pogodbe. Ker proizvajalec in uporabnik

¹⁰⁷ Glej primera *Step-Saver Data Systems, Inc. v. Wyse Technology* 939 F.2d 91 (3rd Cir. 1991) in *Arizona Retail Systems, Inc. v. Software Link, Inc* 831 F. Supp. 759 (D. Ariz. 1993)

¹⁰⁸ Primer *Pro-CD, Inc. v. Zeidenberg* 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996) Ta odločitev je sprožila veliko kritik, da se kupec ne zaveda, da ob plačilu kupnine pri blagajni blago še ni postalo njegovo, ter da trgovci v praksi ne sprejemajo vračila programja, ki je bilo že odprto in uporabljeno.

¹⁰⁹ V primeru *Beta Computers (Europe) Ltd. v. Adobe Systems (Europe) Ltd.* [1996] FSR 367.

nikoli ne prideta neposredno v stik, se pogodba med njima (če je potrebna) sklene v obliki ovojne pogodbe ali pogodbe s klikom. EULA tako pomeni ponudbo proizvajalca za sklenitev licenčne pogodbe s splošnimi poslovnimi pogoji, naslovljeno na nedoločen krog oseb, uporabnik pa vanjo privoli konkludentno oziroma prek interneta. Ta rešitev je najbližje vsebini določb tipičnih računalniških licenc in ne obremenjuje po nepotrebnem razmerja med trgovcem in kupcem z vsebinami, ki zadevajo le razmerje uporabnika do proizvajalca, zato se mi zdi najustreznejša.¹¹⁰ Večina prostih licenc tudi izrecno določa, da imetnik pravic podeljuje dovoljenje za uporabo prostega programa neposredno vsakemu uporabniku.

Ista opredelitev velja, če tretja oseba (torej ne neposredno imetnik pravic) programje daje na voljo javnosti za nalaganje z interneta. Licenco za prosto programje vedno podeli imetnik pravic, torej razvijalec. Prodajalec pa lahko zaračuna le za storitev prenosa programja ali svojo provizijo, kar pa temelji na drugi, od podelitve licence ločeni pogodbi. V takem primeru sploh ni prenosa lastninske pravice, ker uporabnik programje sam sname z omrežja in ga posname na svoj pomnilniški medij.

4.2.3. Ugotovitev

Če ugotovitve, ki veljajo za programje, posplošimo, lahko sklenemo, da je podelitev licence za odprto vsebino vedno ločena od pravnega posla, na podlagi katerega se prenese lastninska pravica na stvari, ki inkorporira netelesni predmet odprte vsebine. Knjigo, izdano pod pogoji proste licence CC, lahko kupimo v knjigarni, vendar licenco CC še vedno dobimo neposredno od njenega avtorja. Licenco vedno podeljuje imetnik pravic intelektualne lastnine neposredno vsakokratnemu uporabniku dela odprte vsebine in se nanaša na odprto vsebino kot na netelesno stvaritev. Zaradi tega temeljne pravne lastnosti proste licence ostajajo nespremenjene ne glede na to, v kontekstu kakšnih obligacijskopравnih razmerij v zvezi s prenosom primerkov odprte vsebine se pojavlja.

4.3. Licenčna pogodba ali enostranska licenca?

Prosta licenca se lahko podeli na enak način kot licence EULA za lastniško računalniško programje, torej na podlagi izrecno ali še pogosteje konkludentno sklenjene formularne licenčne pogodbe. Vprašanje pa je, ali je za veljavno podelitev proste licence sklenitev pogodbe sploh potrebna. Stallman in FSF vztrajata pri

¹¹⁰ V tem smislu tudi Guibault/van Daalen, str. 54.

stališču, da ne. Licence EULA vzpostavijo vrsto pogodbenih omejitev uporabe programja, značilnih za lastniško programje. Licence, ki spoštujejo svoboščine prostega programja, pa določajo le minimalne omejitve uporabe dela, zato lahko temeljijo na avtorskem pravu, brez pogodbenih zavez. Golo avtorskopravno licenco lahko avtor podeli enostransko, brez soglasja pridobitelja licence, zato naj bi zahteva, da uporabnik izrazi sprejem licenčne ponudbe, pomenila odvečno formalnost. Ideja o enostranskosti licence ima tudi ideološki pomen: prosto licencirano delo naj bi postalo »osvobojeno« večine omejitev prava intelektualne lastnine in vsakomur takoj na voljo za uporabo. Uporabo obligacijskega prava pa FSF odsvetuje tudi, ker široka paleta možnih pogodbenih omejitev povečuje možnost, da licenca postane pretirano restriktivna in zato neprosta.¹¹¹

Pogodbena ali nepogodbena narava proste licence je eno najbolj spornih vprašanj v zvezi z odprto vsebino, opredelitev do njega pa delno vpliva na mehanizem delovanja in pravne posledice večine določb prostih licenc. Problematika bo najprej predstavljena na primeru licence GPL, ki se o tem najbolj izrecno opredeljuje; ker velja za arhetip proste licence, pa so nasprotujoča si stališča v zvezi z njo tudi najjasneje izražena.¹¹² Polemike, resda pogostejše na internetnih forumih kot v pravniških publikacijah, se največkrat sučejo okoli vprašanja, ali licenca uporabnika programja sploh zavezuje, če je ni podpisal ali na drug način privolil vanjo. GPL in podobne proste licence namreč od uporabnika ne zahtevajo niti potrditve sprejema s klikom. Zaradi temeljno sorodne narave vse odprte vsebine je ugotovitve v zvezi z GPL mogoče posplošiti tudi na druge proste licence oziroma enostranske licence nasploh.

4.3.1. Enostranska licenca v ameriškem pravu

Čeprav je GPL danes v uporabi po vsem svetu, je treba upoštevati njen nastanek v pravnem sistemu ZDA. Moglen (ki je sodeloval pri pripravi 2. in 3. različice GPL) razlaga, da ima v pravnih sistemih *common law* izraz licenca že stoletja specifičen pravnotehnični pomen: je enostransko dovoljenje za uporabo tujega premoženja, ki ga podeli lastnik tega premoženja. Z drugimi besedami gre za dovoljenje početi nekaj, česar pridobitelj licence sicer ne bi smel zakonito početi oziroma kar bi mu dajalec licence lahko prepovedal. Bistvo avtorskega prava, tako kot drugih sistemov premoženjskih pravil, je pravica do izključevanja. Imetnik avtorske pravice lahko vse druge osebe izključi od razmnoževanja, predelovanja in distribuiranja svojega

¹¹¹ Dostopno na: <http://www.fsf.org/licensing/essays/free-sw.html>; Rosen, str. 65, 138–139.

¹¹² Rosen dilemo med enostransko licenco in licenčno pogodbo slikovito označuje za Heisenbergovo načelo nedoločenosti prostega programja. Rosen, str. 53.

dela. Pravica izključiti pa implicira enako široko pravico dovoliti to, kar bi bilo sicer prepovedano, oziroma določiti pogoje, pod katerimi je tako ravnanje dovoljeno. Licence niso pogodbe: uporabnik avtorskega dela ni zavezan ostati v mejah licence zato, ker je to obljubil, temveč mu zakon prepoveduje načine uporabe dela, za katere nima avtorjevega dovoljenja (17 U.S.C., par. 106 in nasl.).¹¹³ Licenco lahko imetnik avtorske pravice podeli tudi brez podpisa pogodbe.¹¹⁴

Moglen poudarja, da je GPL prava avtorskopravna (*copyright*) licenca – enostransko dovoljenje za uporabo računalniškega programja, kar je razvidno že iz njenega imena (ki ni *licence agreement*). Če zakon daje avtorju programa izključno pravico razmnoževanja, spreminjanja in distribuiranja programa, avtor z GPL ta ravnanja vsakemu uporabniku dovoljuje, z omejitvijo, da se distribucija lahko opravlja le skladno z določbami licence GPL. Če uporabnik ta pogoj prekrši, dovoljenje v celoti preneha. GPL ne dovoljuje, toda tudi z ničimer ne omejuje pridobitve, nameščanja, uporabe ali preučevanja programja, saj je do teh ravnanj zakoniti imetnik primerka programja upravičen že na podlagi zakona in zanje ne potrebuje posebnega avtorjevega dovoljenja (17 U.S.C., par. 117).¹¹⁵ Standardne licence EULA za lastniško računalniško programje se vsebinsko bistveno razlikujejo od GPL, saj vsebujejo dodatne omejitve in obveznosti za končnega uporabnika, v zameno pa podeljujejo licenco za uporabo programja.¹¹⁶ Uporabnik lastniškega programja mora te določbe spoštovati, ker se je k temu zavezal s pogodbo. V nasprotju s tem GPL uporabniku podeljuje dodatne pravice, širše od tistih, ki izvirajo iz zakonske regulacije,¹¹⁷ in pridobitelja licence dodatno ne omejuje, zato se za morebitno uveljavljanje GPL pred sodiščem ni treba zanašati na pogodbo.¹¹⁸ Licenčni pogoji določajo le način izvrševanja podeljenih pravic, ne pa dodatnih obveznosti. Kdor distribuira primerke prostega programja v nasprotju z GPL in zatrjuje, da ga licenca ne zavezuje, ker je ni sprejel, s tem priznava, da za distribuiranje nima dovoljenja in torej krši avtorsko pravico. Če uporabnik predela ali dopolni licencirani program, GPL od njega ne zahteva, da mora spremenjeno kodo programja objaviti ali distribuirati. Za to se odloči vsak avtor predelave sam; v licenci so določeni le pogoji, pod katerimi to sme storiti: spremenjena koda mora biti licen-

¹¹³ Moglen, *Enforcing the GPL*, I, str. 66; Jones (splet), 15. odstavek; Rosen, str. 51–52.

¹¹⁴ Rosen, str. 53.

¹¹⁵ Prav tam, str. 54; prim. Spindler, str. 64, 152; Koch (II), str. 337–338.

¹¹⁶ Pearson, str. 138–139; St. Laurent, str. 151.

¹¹⁷ Spindler, str. 66.

¹¹⁸ Prosto programje največkrat ne poskuša prisiliti uporabnikov k sklenitvi pogodbe z obveznim klikom na gumb »sprejem« pod licenčnim besedilom oziroma je prikaz besedila namenjen samo seznaitvi uporabnika z njegovimi pravicami.

cirana pod GPL, dostopna mora biti tudi izvorna koda. Na podlagi GPL kršitelja zato ni mogoče prisiliti k odpravi kršitve, torej distribuciji predelanega programa pod pogoji GPL, temveč imetnik avtorske pravice na prvotnem programu lahko proti njemu uveljavlja samo neposredno iz zakona izvirajoče zahteve: prepoved nadaljnje distribucije in odškodnino (17 U.S.C., par. 501–506).¹¹⁹

Nekateri ameriški pravniki menijo, da bi bilo z vidika prostega programa GPL primerneje razlagati kot licenčno pogodbo. Za to navajajo predvsem pragmatične razloge, zlasti da glede razlage pogodb obstaja že ustaljena sodna praksa, kar zagotavlja večjo pravno varnost glede razlage in uveljavljanja licenc. To stališče praviloma ne pomeni zanikanja možnosti enostranske podelitve licence, temveč le spraševanje o njeni smiselnosti.¹²⁰

4.3.2. GPL kot licenčna pogodba v nemškem pravu

Prva sodna odločba, ki je presojala veljavnost GPL, ni bila izdana v ZDA, temveč v Nemčiji. Münchensko deželno sodišče je v zadevi *Harald Welte* proti *Sitecom Deutschland GmbH*¹²¹ 19. maja 2004 licenci GPL priznalo veljavnost in na njeni podlagi ugodilo zahtevku enega glavnih avtorjev programa *netfilter* proti družbi, ki je distribuirala ta program v nasprotju z licenčnimi pogoji. Toženi stranki je prepovedalo nadaljnje distribuiranje tega programa brez prilaganja besedila GPL in izvirne kode. Septembra 2006 je veljavnost GPL spet potrdila sodba deželnega sodišča v Frankfurtu v zadevi *Harald Welte* proti *D-Link Germany GmbH*.¹²² Sodišče je v obeh primerih GPL obravnavalo kot adhezijsko licenčno pogodbo, pri čemer se je izrecno oprlo na pravno konstrukcijo, ki jo zagovarjajo avtorji Metzger, Jaeger, Omsels in Plaß.¹²³ Ti menijo, da je GPL v nemškem pravu prava licenčna pogodba, sklenjena na podlagi splošnih pogojev poslovanja.¹²⁴ Opozarjajo, da so pogoji za sklenitev pogodbe v ameriškem pravu bolj togi: zahteva se na primer obstoj protidajatve (*consideration*), ki je pri prostem programu ni;¹²⁵ zaradi razlik med pravnimi redi zveznih držav pa se je pri uveljavljanju licence namesto na pogodbo preprosteje sklicevati na avtorsko pravo, ki je v federalni pristojnosti in zato enotno na celotnem ozemlju ZDA. V nemškem pravu pa nasprotno za sklenitev

¹¹⁹ Jones (splet), predzadnji odstavek; Moglen, *Enforcing the GPL*, I, str. 66; St. Laurent, str. 152.

¹²⁰ O kvalifikaciji GPL kot pogodbe v ameriškem pravu glej Rosen, str. 57–66.

¹²¹ Opr. št. 21 O 6123/04.

¹²² Opr. št. 2–6 O 224/06.

¹²³ Citirana sodba münchenskega sodišča, str. 15.

¹²⁴ Enako Spindler, str. 58.

¹²⁵ St. Laurent drugače, str. 148; prim. Guibault/van Daalen, str. 46–47.

pogodbe zadošča že sporazum strank, ki je usmerjen v nastanek določene pravne posledice; odplačnost pogodbe ali posebna oblika nista predpisana. Tako široko merilo GPL nedvomno izpolnjuje, zato lahko tvori licenčno pogodbo.¹²⁶

Osrednja določba, na katero omenjeni teoretiki opirajo pogodbeno razlago GPL, je njen 9. člen (5. člen v verziji 2 licence), ki določa, da uporabnik programja sicer ni zavezan sprejeti te licence, vendar mu nič drugega razen nje ne daje pravice spreminjanja ali distribuiranja programa ali njegovih predelav, ker ta dejanja prepoveduje že zakon. Zaradi tega se lahko domneva, da je s spreminjanjem ali distribuiranjem programa uporabnik izrazil sprejem licenčnih določb in pogojev.¹²⁷ Besedilo GPL, priloženo programju, pomeni ponudbo avtorja programja za sklenitev licenčne pogodbe; ta ponudba pa je naslovljena na vsakega konkretnega uporabnika primerka prostega programja. Tretje osebe, ki programje posredujejo končnemu uporabniku, imajo le vlogo sla, ki ponudbo dajalca licence prenaša njenim naslovnikom.¹²⁸ Licenčna pogodba ni sklenjena z vsakim uporabnikom prostega programja, saj zgolj za namestitvev, uporabo ali preučevanje programja avtorjevo dovoljenje ni potrebno: ta dejanja dovoljuje že zakon. Večina uporabnikov prostega programja zato po mnenju nemške teorije nikoli ne sklene licenčne pogodbe GPL. Dovoljenje avtorja pa je potrebno za predelavo in distribuiranje programja. Če se nekdo loti teh ravnanj, se zato lahko sklepa, da je tiho privolil v sklenitev licenčne pogodbe GPL, saj bi bilo sicer njegovo ravnanje protipravno, česar se je moral zavedati. Ponudba za sklenitev licenčne pogodbe v obliki GPL je torej največkrat sprejeta s konkludentnim ravnanjem, in ne z izrecno izjavo. Pri sklenitvi pogodbe s konkludentnim ravnanjem ni treba, da izjava o sprejemu ponudbe prispe do ponudnika, saj velja, da se je ponudnik, ki je tak način sklenitve predvidel, temu odpovedal (par. 151 BGB, prim. drugi odstavek 28. člena OZ), zato je pogodba sklenjena že v trenutku konkludentnega sprejema ponudbe.

Avtorskopravna licenčna pogodba v nemškem pravu praviloma ne učinkuje samo obligacijskopravno, saj podelitev licence pomeni razpolaganje z avtorsko pravico.¹²⁹ Avtor pridobitelju licence podeljuje nekatere neizključne pravice do uporabe avtorskega dela (*Nutzungsrechte*), ki izvirajo iz njegove absolutne pravice.

¹²⁶ ifrOSS, str. 33, 97, 105. Spindler, str. 53–54.

¹²⁷ Schulz v: ifrOSS, str. 96; enako Guibault/van Daalen, str. 59.

¹²⁸ Spindler, str. 40, 53. Koch meni, da distributer nasproti pridobitelju nastopa kot zastopnik dajalca licence. Koch (II), str. 338–339. Nedvomno pa ne gre za podlicenciranje.

¹²⁹ Glej sodba str. 13. Drugačno je stališče švicarskega prava, kjer vsaka licenčna pogodba učinkuje samo obligacijsko. Spindler, str. 43–44; Büren/David, str. 254; Koch meni, da bi licenca za program, ki v konkretnem primeru ne bi bil avtorskopravno varovan, tudi v nemškem pravu učinkovala le obligacijsko, med pogodbenima strankama. Koch (I), str. 275.

Podelitev teh upravičenj pomeni izpolnitev obveznosti iz zavezovalnega posla, kar pa se pri licenčni pogodbi praviloma izvrši hkrati z nastankom zaveze.¹³⁰ Konkretno z GPL se uporabniku podeli pravica do spreminjanja¹³¹ in distribuiranja licenciranega programja. Določbe GPL, ki urejajo način izkoriščanja podeljenih pravic (licenciranje predelave pod GPL, distribucija s priloženim besedilom GPL in odprtost izvirne kode), pa naj bi imele naravo pogodbene obveznosti – učinkujejo torej le med strankama. Ta pogodbeni obveznost je zavarovana s stvarno učinkujočim pridržkom – razveznim pogojem razpolagalnega posla: če pridobitelj licence krši svoje pogodbene obveznosti, podelitev pravic preneha.¹³² Uporabnik izgubi pravico spreminjati in distribuirati programje, zato njegovo početje pomeni poleg kršitve pogodbe tudi kršitev avtorske pravice. Ta izguba ne vpliva na pravice tretjih oseb, ki so pridobile primerke programja od kršilca GPL: programje lahko uporabljajo neposredno na podlagi zakona, dovoljenje za njegovo spreminjanje in distribuiranje pa lahko dobijo s konkludentno sklenitvijo licenčne pogodbe GPL neposredno od avtorja programja, tako kot vsak drug uporabnik.

Obveznosti iz GPL bi bilo mogoče alternativno kvalificirati tudi kot vsebinsko omejitev podeljene pravice do distribuiranja: podeli se torej le pravica do distribuiranja programja skladno z GPL, drugačna distribucija (na primer brez priložitve GPL) pa ni dovoljena in zato pomeni kršitev avtorske pravice, ne le kršitev pogodbe. Teorija takšno kvalifikacijo večinsko zavrača, saj je ustaljeno stališče nemške sodne prakse, da je vsebinska omejitev oziroma cepitev pravice distribuiranja dopustna samo, če se nanaša na tehnično in gospodarsko samostojne oblike uporabe v pravnem prometu. S tem se varuje položaj tretje osebe, ki je pridobila primerek avtorskega dela, saj v primeru distributerjeve prekoračitve pravice delo ni zakonito dano v promet in se pravica distribuiranja ne izčrpa, kar negativno vpliva na možnost nadaljnjega pravnega prometa. Omejevanje pravice distribuiranja le na običajne, navzven razvidne načine uporabe naj bi zato ohranjalo preglednost pravnega položaja in prometno sposobnost dela. Prosto in lastniško programje se med seboj razlikujeta predvsem s pravnega vidika, cepitev na prosto in neprosto distribucijo istega programja je z gospodarskega vidika največkrat nesmiselna, s tehničnega vidika pa med verzijama sploh ni razlike. Večji del teorije zato meni, da ne tvorita samostojnih oblik uporabe programja, ki bi omogočali pravno cepitev pravice distribuiranja. Tudi GPL sama ne govori o vsebinski omejitvi pravice

¹³⁰ Koglin v: ifrOSS, str. 52.

¹³¹ V nemškem pravu veljajo za računalniške programe posebna pravila, ki zahtevajo dovoljenje avtorja tudi za spreminjanje programov, ki se zgodi v povsem zasebni sferi (par. 69 c UrhG; prim. 112., 114. in 53. člen ZASP).

¹³² Spindler, str. 52.

do uporabe, temveč o odpadu vseh pravic v primeru kršitve – tega pri vsebinski omejitvi ni, mogoči so le opustitveni zahtevki.¹³³

Nekateri avtorji se sprašujejo še, ali ni konstrukcija z razveznim pogojevanjem razpolagalnega posla nemara nedopusten obid prepovedi cepitve pravice na gospodarsko nesamostojne načine uporabe, saj je njen končni rezultat zelo podoben: kršitev pogodbe pomeni tudi kršitev avtorske pravice. Razlika je v tem, da vsebinska omejitev pravice učinkuje proti vsakomur, medtem ko razvezni pogoj učinkuje samo, če GPL krši pridobitelj licence, ne pa od njega neodvisne tretje osebe. Soglasno je stališče, da tak rezultat ni nedopusten, saj sta pravni položaj tretjih in prometna sposobnost programja ustrezno varovana že s tem, da lahko s sklenitvijo GPL dobijo ustrezne pravice na programju neposredno od avtorja, iz priloženega licenčnega besedila pa lahko natančno ugotovijo obseg svojih pravic, kar pri vsebinskih omejitvah praviloma ni mogoče.¹³⁴

Če povzamemo, je GPL po mnenju nemške teorije in sodne prakse s konkludentnim ravnanjem sklenjena licenčna pogodba, pri kateri je podelitev licence vezana na razvezni pogoj popolnega spoštovanja pogodbenih pogojev.

4.3.3. Slabosti pogodbene konstrukcije

Čeprav je razlaga GPL kot licenčne pogodbe dovolj prepričljivo utemeljena, ima taka konstrukcija tudi slabosti, vsaj z vidika gibanja za prosto programje, ki si želi čim bolj trdne veljavnosti prostih licenc.

a) *Soglasje volj*

Za nastanek pogodbe je potrebno soglasje volj obeh pogodbenih strank. Ponudba je zato lahko sprejeta s konkludentnim ravnanjem samo, če to ravnanje izraža dejansko voljo stopiti v pogodbeno razmerje in je iz ravnanja o obstoju take volje mogoče zanesljivo sklepati.¹³⁵ Izjava volje za sklenitev posla pa mora biti svobodna in resna – izjavitelj se mora zavedati, da z njo ustvarja pravne posledice (18. člen OZ). O sklenitvi licenčne pogodbe GPL s konkludentnim ravnanjem tako ne moremo govoriti, kadar se uporabnik programja ni zavedal, kakšne pravne posledice naj bi imelo njegovo ravnanje. To se lahko zgodi na primer, če uporabnik sploh ne

¹³³ Jaeger v: ifrOSS, str. 88–90; Spindler, str. 46–50; Schack, str. 248. Drugače Koch, ki meni, da v nekaterih primerih (na primer strežniški Apache-Linux) prosto programje pomeni tehnično in gospodarsko samostojno vrsto uporabe. Pri drugem programju, ki ne izpolnjuje tega pogoja, pa naj bi omejitve iz GPL učinkovale le obligacijsko. Koch (II), str. 334–336.

¹³⁴ Jaeger v: ifrOSS, str. 91–92; enako citirana sodba frankfurtskega sodišča, str. 12.

¹³⁵ Tako tudi Marly, str. 165; Schwab, str. 211.

opazi programju priloženega licenčnega besedila (GPL ne zahteva potrditve sprejema licence) ali če ga opazi, pa ne razume jezika, v katerem je to zapisano (uradna verzija GPL obstaja samo v angleščini)¹³⁶ – v teh primerih vsebine GPL ne pozna.

Nekateri teoretiki menijo, da za veljaven sprejem ponudbe zadošča že obstoj *možnosti*, da se uporabnik programja seznani z licenčnimi pogoji; ta pa je podana vedno, kadar je programju priloženo besedilo GPL (če je v tujem jeziku, ga je pač mogoče prevesti). Kdor hoče razmnoževati ali distribuirati programje, mora namreč sam poiskati avtorjevo dovoljenje za ta ravnanja in dovoljenje lahko dobi samo s sprejemom licenčne ponudbe.¹³⁷ Takšna razlaga pa je vprašljiva, sploh če naj GPL pomeni splošne pogoje posla, katerih dostopnost je treba presojati strogo.¹³⁸ Za posle s potrošniki velja celo, da pogodbeni pogoji zavezujejo potrošnika le, če je bil pred sklenitvijo pogodbe seznanjen z njihovim celotnim besedilom, šteje pa se, da je bil s pogoji seznanjen, če ga je nanje podjetje izrecno opozorilo in če so mu bili dostopni brez težav (drugi in tretji odstavek 22. člena ZVPot). Če ni jasnega opozorila na GPL kot splošne pogoje poslovanja, je zato primernejša razlaga, da pogodba ni sklenjena in uporabnik pridobi le zakonske pravice do uporabe programja iz 114. in 115. člena ZASP.¹³⁹ Glede jezika licence pa splošna teorija obligacij navaja, da nerazumljena izjava v jeziku, za katerega od naslovnika ni mogoče zahtevati, da ga zna, proti temu naslovniku ne učinkuje in znanje angleščine je mogoče na splošno pričakovati samo od profesionalnih subjektov.¹⁴⁰ Če navaden uporabnik programja ne razume jezika GPL, pogodba ni sklenjena.¹⁴¹ Teorija sicer navaja, da konkludentno dejanje lahko zavezuje tudi, če se stranka ni zavedala njegovih pravnih posledic, a bi se jih na podlagi poslovnega običaja morala zavedati.¹⁴² Vendar za zdaj ne moremo trditi, da je konkludentno sklepanje pogodb GPL postalo poslovni običaj.

Zaradi navedenih razlogov menim, da samo iz tega, da bi po zakonu licenčna pogodba *morala biti sklenjena*, še ne moremo izpeljati sklepa, da je tudi *bila sklenjena*. Po taki razlagi bi bila kršitev avtorske pravice z nedovoljenim distribuiranjem programja mogoča samo z direktnim naklepom, če se je uporabnik na primer zavedal možnosti sklenitve licenčne pogodbe in celo podrobno poznal določbe GPL,

¹³⁶ Zaradi tega lahko pride do težav tudi v povezavi z 2. členom ZVPot, ki določa, da morajo podjetja s potrošniki poslovati v slovenskem jeziku.

¹³⁷ Schulz v: ifrOSS, str. 102.

¹³⁸ Spindler, str. 64.

¹³⁹ Prav tam, str. 61–62; Guibault/van Daalen, str. 60.

¹⁴⁰ Medicus, str. 113.

¹⁴¹ Spindler, str. 67.

¹⁴² Marly, str. 381.

a se je zavestno odločil, da take pogodbe noče skleniti (na primer iz ideološkega nasprotovanja prostemu programju) – saj bi se v dvomu sicer štelo, da je sklenil licenčno pogodbo.¹⁴³ Vprašanje je, ali ne bi ob tako močni presumpciji sprejema ponudbe bila potrebna celo izrecna (pisna?) izjava uporabnika programja, da ne sklepa pogodbe.

Ustrezneje voljni naravi dvostranskega pravnega posla se mi zdi, da ne konstruiramo nastanka pogodbe, kadar za to ni niti eventualne volje ene od strank, in priznamo, da v navedenih primerih licenčna pogodba ne more biti sklenjena. Posledica te ugotovitve bi lahko bila, da uporabniki programja, ki niso veljavno sprejeli GPL, s spreminjanjem in distribuiranjem prostega programja vedno kršijo avtorsko pravico programerja, tudi če se pri tem navzven držijo določb GPL. To še bolj vpliva na pravice nadaljnjih pridobiteljev, ki zaradi nezakonite distribucije ne pridobijo niti zakonskih pravic uporabe programja niti ne pride do izčrpanja pravice distribuiranja.¹⁴⁴ Predelave programja pa so brez sklenitve licenčne pogodbe nezakonite in niti same ne morejo biti veljavno licencirane pod GPL, zato vse njihove nadaljnje spremembe pomenijo poseg v avtorsko pravico prvotnega programerja. Pravna napaka se tako »virusno« razširi po celotni licenčni verigi.¹⁴⁵ Taka pravna katastrofa gotovo ni v skladu z namenom GPL: ohraniti svoboščine prostega programja za vse njegove uporabnike.¹⁴⁶ Tipičnemu dajalcu te licence je vseeno, ali je bila pogodba veljavno sklenjena ali ne; pomembno je le, da se uporabniki dejansko ravnaajo v skladu z GPL, četudi nanjo pravno niso vezani kot na pogodbo.¹⁴⁷ Free Software Foundation kot skrbnica licence GPL pa sploh ne predvideva njenega pogodbenega uveljavljanja. Ob upoštevanju take volje avtorja (ki je edini upravičen odločati o uporabi dela) ni smiselno trditi, da je ravnanje distributerjev, ki niso veljavno sklenili GPL, vedno protipravno, in se zadovoljiti z

¹⁴³ V tem smislu Schulz v: *ifrOSS*, str. 100. Zanimivo je, da isti avtorji, ki dvomijo o veljavnosti konkludentne sklenitve ovojnih pogodb in pogodb s klikom EULA z ravnanjem, ki je nujno za uporabo programja (prim. *ifrOSS*, str. 7–8), v primeru prostega programja stopijo korak dlje v nasprotno smer in zagovarjajo samodejno sklenitev licenčne pogodbe tudi, če uporabnik nanjo sploh ni bil opozorjen. Vendar je bistvena razlika v tem, da zgolj za uporabo programja (kar ureja EULA) licenca ni potrebna, medtem ko razmnoževanje in distribuiranje programja (kar ureja GPL) brez avtorjevega dovoljenja ni dopustno.

¹⁴⁴ Spindler, str. 56, 67.

¹⁴⁵ Prim. Guibault/van Daalen, str. 71.

¹⁴⁶ Prvi odstavek preambule h GPL.

¹⁴⁷ Na primer programer, ki spremeni del izvirne kode prostega programa, potem pa spremenjeno kodo objavi na internetu, ne da bi spreminjal obvestila o avtorski pravici in GPL. Tudi če ni vedel za pravice iz GPL ali je imel celo v naklepu kršitev avtorske pravice, njegovega dejanja ne moremo kvalificirati za protipravno, saj je skladno z avtorjevim dovoljenjem.

verjetnostjo, da jih dajalec licence ne bo tožil, če ravnaajo skladno z duhom licence. Če so navzven izpolnjene vse obveznosti GPL, neskladje pa je le »v glavi«, je kvalificiranje ravnanja za protipravno absurdno, na videz fleksibilnejši odnos kontinentalnega prava do sklepanja pravnih poslov pa se v tem pogledu izkaže za po nepotrebnem rigidnejšega od anglo-ameriškega.

b) Časovna veljavnost ponudbe

GPL ne določa roka svoje veljavnosti. Iz njenega namena – ohraniti programje prosto za vse njegove uporabnike – pa izhaja potreba po veljavnosti ves čas trajanja avtorske pravice na programju, torej še 70 let po smrti avtorja (59. člen ZASP). OZ izhaja iz časovne omejenosti ponudbe – ureja namreč več položajev, ko ponudba neha veljati – vendar izrecno ne izključuje možnosti, da bi veljala neomejeno dolgo. V tretjem odstavku 26. člena je določeno, da ponudba, dana odsotni osebi, v kateri ni določen rok za sprejem, veže ponudnika toliko časa, kolikor je navadno potrebno, da ponudba prispe do te osebe, da jo ta preuči ter o njej odloči in da odgovor o sprejemu prispe do ponudnika. Zastavlja se vprašanje, ali torej ponudba za sklenitev licenčne pogodbe GPL preneha veljati, če se posamezni uporabnik programja v določenem roku ne loti njegovega razmnoževanja, spreminjanja ali distribucije – s čimer bi ponudbo sprejel. Odgovor je najbrž nikalen, saj je to pravilo OZ za GPL skorajda nemogoče uporabiti. Nejasno je že, kdaj uporabnik programja sploh prejme ponudbo za sklenitev licenčne pogodbe – ali takrat, ko prejme primerek programja, ali šele tedaj, ko se loti njegovega razmnoževanja, spreminjanja oziroma distribucije. Poleg tega izjava o sprejemu praviloma ne prispe do ponudnika, saj sprejem učinkuje že, ko je bilo konkludentno dejanje storjeno, in obveščanje ponudnika ni potrebno.¹⁴⁸ Primernege roka za sprejem ponudbe zato ni mogoče določiti. Položaj je podoben kot pri prodajnih avtomatih, kjer ponudba za prodajo blaga (ki se sprejme s konkludentnim dejanjem vstavitve denarja) velja, dokler je v avtomatu kaj blaga. Vendar ponudnik v takem primeru ponudbo lahko umakne (ali bolje: preneha dajati ponudbe) tako, da avtomat odstrani oziroma ga izprazni, medtem ko kaj takega pri programju ni mogoče. Prav tako ne pride do prenehanja ponudbe z zastaranjem, saj lahko zastarajo samo terjatve in pravice, iz katerih izhajajo občasne terjatve, ponudba pa ne spada v ti kategoriji.

Ker ponudba v zakonu očitno ni zamišljena kot trajen pravni posel, pa se vendarle zdi nenavadno, da bi v primeru GPL veljala tudi več kot sto let in vezala še ponudnikove naslednike (nemara tudi po izteku avtorske pravice?), zlasti v našem sistemu trdne ponudbe, ki ponudnika zavezuje tako, da je ne more več umakniti,

¹⁴⁸ Kranjc v: Komentar OZ/1, str. 253.

ko jo je naslovnik enkrat prejel. Težava pri tako dolgem trajanju ponudbe se lahko pojavi tudi, če naknadno pride do singularnega prenosa materialne avtorske pravice (na primer z izvršbo na avtorsko pravico). Novega imetnika pravice na programju avtorjeva ponudba kot obligacijski posel ne zavezuje. S konkludentnim dejanjem uporabnika programja se še vedno sklene licenčna pogodba GPL med uporabnikom in avtorjem oziroma njegovimi univerzalnimi nasledniki, ki pa pogodbe ne morejo izpolniti, ker ne razpolagajo več z avtorsko pravico na programju. Ali nasprotna stranka lahko toži na izpolnitev pogodbe? Uporabniku programja največkrat sploh ne bo znano, da do razpolagalnega posla podelitve pravic ni prišlo, zato bo v dobri veri kršil avtorsko pravico – prav tako vsi, ki programje prejmejo od njega. Tak rezultat gotovo ne pripomore k varnosti pravnega prometa.

c) *Pisnost*

V nemškem pravu in večini primerjalnih pravnih sistemov licenčna pogodba ni zakonsko urejena in zanjo ni predpisana posebna oblika,¹⁴⁹ prav tako ni posebej predpisana oblika avtorskopravnega razpolagalnega posla.¹⁵⁰ Neoblični sprejem ponudbe zato tam ne pomeni ovire za veljavnost licenčne pogodbe GPL.¹⁵¹ Slovenski OZ pa izrecno zahteva pisnost licenčne pogodbe (705. člen). Tudi ZASP kot *lex specialis* v 80. členu določa, da morajo biti vsi pravni posli, s katerimi se prenašajo avtorske pravice ali dajejo dovoljenja, v pisni obliki. Iz določb 27. člena OZ sledi, da morata biti torej tako ponudba za sklenitev licenčne pogodbe kot njen sprejem izražena v pisni obliki. Programju priloženo besedilo GPL izpolnjuje pogoj pisnosti ponudbe, sprejem ponudbe s konkludentnim dejanjem pa tej zahtevi nedvomno ne zadostuje (prim. 57. člen OZ).

Pogodba, ki ni sklenjena v predpisani obliki, je nična, če iz namena predpisa ne izhaja kaj drugega (55. člen OZ). Večina komentatorjev meni, da je v skladu s to določbo nezapisana licenčna pogodba nična.¹⁵² Vendar pri licenciranju avtorskih del pride v poštev tudi določba drugega odstavka 80. člena ZASP, da se ob pomanjkanju pisne oblike sporne ali nejasne določbe posla razlagajo v korist avtorja. Kršitev obličnosti torej ne vpliva rušilno na pogodbeno razmerje, temveč ima le interpretativne posledice.¹⁵³ Vseeno ni jasno, kako to vpliva na veljavnost GPL, saj bi sodišče lahko štel, da neodplačna podelitev pravic avtorju ne more koristiti. Poleg tega je tu še določba 83. člena OZ, po kateri je treba nejasna do-

¹⁴⁹ Podobnik v: Komentar OZ/4, str. 65; Stumpf/Groß, str. 36, 59.

¹⁵⁰ Schack, str. 243.

¹⁵¹ Koglin v: ifrOSS, str. 42.

¹⁵² Podobnik v: Komentar OZ/4, str. 65.

¹⁵³ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 199–200.

ločila pogodbe, ki jo je pripravila ena pogodbeni stranka, razlagati v korist druge stranke. Ker je splošne pogoje pogodbe GPL določil avtor, torej v korist uporabnika programja – nasprotno kot po ZASP. Uporabo pravila o realizaciji pogodb s pomanjkljivo obličnostjo iz 58. člena OZ pa otežuje težavnost ugotovitve, kdaj je neodplačna licenčna pogodba sploh v celoti ali pretežno izpolnjena.

Razvidno je, da v slovenskem pravnem redu o veljavni sklenitvi licenčne pogodbe GPL lahko z gotovostjo govorimo le, kadar je uporabnik programja sprejem ponudbe izrazil v pisni obliki. Pri pisnem sprejemu pa je pogodba sklenjena šele, ko izjava o sprejemu prispe do ponudnika. Ker je (so)avtorjev posameznega prostega programa navadno več deset in njihovi naslovi uporabnikom niso znani, je tako sklepanje licenčnih pogodb pogosto težko izvedljivo, zaradi česar bi GPL izgubila praktični pomen vsaj v tistih primerih, ko programju ni priložena v obliki učinkovite ovojne pogodbe ali pogodbe na klik (*shrink-wrap* ali *click-wrap*), kar pa pogosto ne ustreza dosednji praksi.

4.3.4. Poskus nepogodbene konstrukcije v slovenskem pravu

Sklenitev licenčne pogodbe z vsebino, kot jo določa GPL, je v slovenskem pravu nedvomno mogoča in jo je brez pomisleka mogoče uporabiti zlasti v primerih, ko se je uporabnik pri namestitvi programja s klikom izrecno strinjal z licenčnimi pogoji. Glede na predstavljene težave, ki jih lahko v bolj nejasnih položajih povzroča pogodbeni konstrukcija, pa se zastavlja vprašanje, ali ni mogoče tudi v našem pravu uporabiti elegantno preprostejše Moglenove razlage o enostransko podeljeni licenci. Z drugimi besedami: ali je sklenitev licenčne pogodbe za veljavnost GPL sploh nujna? Temeljna materialna izhodišča so v ameriškem in evropskem avtorskem pravu enaka: avtor izključno dovoljuje ali prepoveduje uporabo¹⁵⁴ svojega dela in njegovih primerkov (21. člen ZASP, 17 U.S.C., par. 106, par. 15 UrhG). Izraz licenca pa ne pomeni nič drugega kot avtorjevo dovoljenje za izkoriščanje predmeta pravice intelektualne lastnine. Z licenčno pogodbo se dajalec licence zaveže podeliti tako dovoljenje, pridobitelj licence pa se zaveže v zameno dati določeno plačilo (prim. 704. člen OZ). Podelitev licence torej pomeni izpolnitev obveznosti ene stranke licenčne pogodbe, ki pa je praviloma izpolnjena hkrati s svojim nastankom, saj sta licenca in licenčna pogodba spojeni v en pravni

¹⁵⁴ Izraz »uporaba« v slovenskem zakonu pravzaprav ni najbolj posrečen, saj običajna uporaba dela v smislu branja knjige, gledanja slike, poslušanja glasbe, poganjanja računalniškega programa itd. ni zajeta z izključnimi pravicami avtorja. Prim. nemški UrhG, ki razlikuje med *Nutzung* v pomenu avtorju pridržanega izkoriščanja dela (par. 11) in *Benutzung* oziroma *Verwendung* kot imetniku dovoljeno uporabo računalniškega programa (par. 69d). V tem smislu tudi Trampuž/Oman/Zupančič, str. 89.

akt: licenco pomeni določba licenčne pogodbe, da dajalec pridobitelju dovoljuje izkoriščanje licenciranega avtorskega dela v dogovorjenem obsegu.¹⁵⁵ Avtorjevo dovoljenje za uporabo dela pomeni konstitutivni prenos ustrezne materialne avtorske pravice, prenaša se nova »hčerinska« pravica, ki je nastala z odcepitvijo od že prej obstoječe avtorske pravice, pripadnost slednje pa se ne spremeni (drugi odstavek 21. člena ZASP).¹⁵⁶

Podelitev licence je enostranski pravni akt – izjava volje imetnika avtorske pravice, da dovoljuje ravnanje, ki bi ga njegova pravica sicer preprečevala (v primeru GPL razmnoževanje, spreminjanje in distribuiranje primerkov programa). Dovoljenja ne more dati kdorkoli, temveč le imetnik avtorske pravice, torej subjekt, ki ima pravico zahtevati pravno varstvo v primeru kršitve prepovedi. Dajanje dovoljenja spada v krog oblastnih upravičenj, ki izvirajo iz pripadnosti izključne pravice.¹⁵⁷ Tako kot za prepoved uporabe dela avtor ne potrebuje uporabnikovega soglasja,¹⁵⁸ tega ne potrebuje niti za podelitev uporabe (ki je logični antipod prepovedi). Soglasje stranke, ki se ji nekaj dovoljuje, ni potrebno, ker dovoljenje ne posega v njene pravice, temveč ji razširi krog dopustnega ravnanja.¹⁵⁹ Tega ne spremeni dejstvo, da dovoljenje v avtorskem pravu pomeni podelitev pravic. Sodelovanje nasprotna stranke pri razpolagalnem poslu je namreč potrebno samo pri translativnem prenosu celotne matične pravice (na primer s cesijo), kjer pridobitelj postane novi titular pravice. Pri podelitvi licence pa ne pride do prenosa matične pravice, temveč samo do njene »obremenitve« z licenco.¹⁶⁰

Razlika med pogodbo in golo licenco je v tem, da pogodba ustvarja pravila na polju pravno nevezanega ravnanja. Ureja torej ravnanje, glede katerega bi bili stranki sicer svobodni. Licenca pa določa pravila na področju, kjer ravnanje že v izhodišču ni svobodno – omejuje ga zakon, ki le imetniku izključne pravice daje možnost, da dovoli nekatera ravnanja. Šele imetnikovo dovoljenje ravnanje tretjih napravi zakonito in tako »odklene« zakonsko omejitev. Dajalec licence torej za

¹⁵⁵ Štempihar, str. 200; Trampuž IV.1. Tako Schultz razume GPL: je hkrati licenca in pogodba; Schulz v: ifrOSS, str. 97; Spindler, str. 151.

¹⁵⁶ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 183; Schack, str. 240; Dreier/Schulze, str. 435.

¹⁵⁷ Prvi pogoj učinkovitega razpolaganja je upravičenost do razpolaganja s pravico, razpolagalna sposobnost, ki pripada predvsem imetniku pravice. Larenz, str. 323.

¹⁵⁸ Sicer bi se razblinil sleherni pomen izključne pravice – da je uporaba dela dopustna le z avtorjevim dovoljenjem.

¹⁵⁹ Zakon dopušča učinkovanje enostranskih pravnih poslov predvsem v primerih, ko s poslom ne more biti postavljen v slabši položaj nihče razen morebitnega izjavitelja samega. Na primer odpoved lastnini na nepremičnini ali odpoved dediščini. Schwab, 184; enako Larenz, str. 319.

¹⁶⁰ Schwab, 196; Schack, str. 240.

preganjanje kršitev ne potrebuje obligacijske zaveze kršiteljev, temveč uporabniki varovanega predmeta potrebujejo njegovo dovoljenje. Licenčna pogodba se sklepa zaradi ureditve vzajemnih pravic in obveznosti strank, zlasti dolžnosti dajalca licence, da podeli licenco, in dolžnosti pridobitelja licence do plačila licenčnine. Pri GPL pa take vzajemnosti obveznosti ni, saj licenca ni podeljena v zameno za plačilo licenčnine. Prav tako pridobitelj licence GPL ne prevzema nikakršnih pozitivnih obveznosti, ki bi jih bilo mogoče uveljavljati proti njemu. Licenca določa samo omejitve nekaterih podeljenih pravic.¹⁶¹ Kdor programje distribuira, je na primer zavezan ohraniti obstoječe navedbe avtorja, kdor distribuira spremenjeno programje, ga je zavezan licencirati pod GPL in razkriti njegovo izvirno kodo, pod GPL licencirane kode nihče ne sme uporabiti tako, da bi postala del lastniškega programja. Vsaka od teh obveznosti se aktivira samo, kadar uporabnik izkorišča določeno pravico, ki mu jo podeljuje licenca. Nekatere pravice, zlasti pravica distribuiranja in dajanja na voljo javnosti, namreč niso podeljene neomejeno, temveč pod določenimi pogoji. Brez licence bi bila distribucija programja v vsakem primeru nedopustna. Dajalec licence pa ne more prisiliti uporabnika programja, da razkrije spremenjeno kodo in jo začne distribuirati skladno s pogoji GPL – obveznost distribucije iz GPL namreč ne izhaja. Lahko mu le prepove, da ga distribuira v nasprotju z GPL, in v primeru kršitve proti njemu uveljavlja opustitveno oziroma odstranitveno tožbo iz 167. člena ZASP. Oba zahtevka pa temeljita neposredno na zakonu, in ne na pogodbenih zavezah pridobitelja licence (glej 9. člen GPL), saj je licenca s kršitvijo samodejno prenehala veljati.¹⁶²

Če za podelitev dovoljenja soglasje strank ni potrebno, z GPL pa pridobitelj licence ne prevzema nobenih dodatnih obveznosti,¹⁶³ je licenca GPL lahko pravno učinkovita, torej podeljuje pravice uporabnikom in jih zavezuje, tudi če med uporabnikom in imetnikom pravic ni bila sklenjena licenčna pogodba. Drugi odstavek 70. člena ZASP določa, da avtor lahko s pogodbo *ali drugim pravnim poslom* prenese na druge osebe posamične materialne avtorske pravice in druge pravice avtorja. Pri podelitvi licence GPL gre za tak drug pravni posel, in sicer samostojen enostranski razpolagalni posel avtorja programja, s katerim ta vsakemu uporabniku primerka programja dovoljuje njegovo razmnoževanje, spreminjanje in distribuiranje pod do-

¹⁶¹ St. Laurent, str. 147.

¹⁶² Na podlagi zakona je proti kršitelju načeloma mogoče uveljavljati tudi odškodninski zahtevek po splošnih pravilih in civilno kazen po 168. členu ZASP, kjer pa je vprašljiv izračun njune višine, saj je dogovorjeno oziroma običajno plačilo za uporabo prostega programja enako nič.

¹⁶³ GPL mu ne prepoveduje ničesar, kar bi mu bilo sicer dovoljeno, temveč določa le pogoje za dopustnost ravnanj, ki bi bila brez dovoljenja avtorja na podlagi zakona prepovedana.

ločenimi pogoji.¹⁶⁴ Razpolagalni posel podelitve licence pogosto pomeni izpolnitev obveznosti iz zavezovalnega posla, vendar to ni nujno.¹⁶⁵ Iz avtonomije strank izhaja, da lahko imetnik s svojo pravico počne, kar se mu zljubi; lahko se ji celo odreče.¹⁶⁶ Tem bolj torej drži, da lahko drugim dovoljuje izkoriščanje predmeta svoje pravice pod pogoji, ki jih sam postavi, čeprav k temu ni zavezan s pogodbo ali zakonom in četudi ničesar ne dobi v zameno.¹⁶⁷ Taka rešitev se zdi še posebno preprosta v nemškem pravnem sistemu, kjer razpolagalni posel na splošno velja za abstraktnega in njegova veljavnost ni odvisna od zavezovalnega posla.¹⁶⁸ Vendar tudi kavzalna koncepcija razpolagalnega posla, ki je na podlagi avstrijske tradicije uveljavljena v slovenskem pravu, ne pomeni, da mora kavzo razpolage vedno utemeljevati zavezovalni posel.¹⁶⁹ Kavza je poslovni namen – interes, zaradi katerega se sklepa posel. Že med tipskimi kavzami poleg *cause solvendi* obstajajo tudi druge možne podlage posla; v primeru prostega programja bi najbrž prišla v poštev *causa donandi*, saj je podelitev pravic neodplačna. Namen posla pa dokončno določa volja strank, pri enostranskih poslih pač volja ene stranke, in pri GPL nikakor ne moremo govoriti o diskretnem poslu. Njen namen je jasno zapisan že v preambuli: zagotoviti, da bo programje prosto za vse uporabnike, ne torej le za sklenitelje pogodbe. Kadar avtor da programje v pravni promet pod licenco GPL (pa iz kateregakoli razloga ne moremo govoriti o veljavni sklenitvi licenčne pogodbe), GPL učinkuje kot samostojen razpolagalni posel, ki sam utemeljuje lastno kavzo in podeljuje pravice vsem uporabnikom tega programja.¹⁷⁰ Poudariti je treba, da pri tem ne gre za novo

¹⁶⁴ Posel je razpolagalen, ker doktrina, kot je bilo že omenjeno, dovoljenje za uporabo avtorskega dela razlaga kot konstitutivno podelitev materialne pravice. Sicer bi lahko obveljal tudi kot enostranski zavezovalni posel – obljuba.

¹⁶⁵ Schwab, str. 197.

¹⁶⁶ Razpolagalna svoboda omogoča, da se lastnik lahko odpove svoji pravici. Sajovic, *Stvarno pravo I*, str. 116.

¹⁶⁷ Zanimivo je, da nemški zakon izrecno predvideva, da lahko avtor neodplačno podeli vsakomur enostavno (tj. neizključno) pravico uporabe (tretji odstavek par. 32 UrhG); ZASP take določbe ne vsebuje.

¹⁶⁸ Schwab, str. 202–204; Medicus, str. 89–96; Juhart, str. 132–133. Schulze sicer navaja, da na področju avtorskega prava po večinskem mnenju načelo abstraktnosti ne pride v poštev, ker šele zavezovalni posel določa vsebino prenesene pravice; ne obstaja *namreč numerus clausus* pravic kot v stvarnem pravu. Dreier/Schulze, str. 457. Nasprotno Schack, str. 238–240.

¹⁶⁹ Kavza razpolagalnega posla ni vedno v zavezovalnem poslu. Medicus celo navaja, da obstajajo razpolagalni posli, ki ne potrebujejo nobenega pravnega temelja, ki ne temeljijo niti na zavezovalnem poslu ali plačilu. Pri derelikciji je na primer kavza zavrženja v lastnikovem namenu opustiti lastninsko pravico na stvari, za kar ni potreben sporazum z nikomer tretjim. Prav tako pri oporoki ni partnerja, s katerim bi bil dogovorjen temeljni posel. Medicus, str. 88; Schwab, str. 203.

¹⁷⁰ Če se že nočemo ločiti od zavezovalnega posla kot kavze razpolage, pa ga lahko najdemo v

vrsto razpolagalnega posla (te zaradi tipske prisile razpolagalnih poslov stranke same tudi ne morejo ustvariti¹⁷¹), temveč za enako obliko podelitve pravic, kot se sicer pojavlja pri licenčnih pogodbah, le da pri GPL nastopa brez pogodbe. Pravni temelj razpolage je v obeh primerih 21. člen ZASP.

Obveznosti, ki za pridobitelja licence izhajajo iz GPL, niso pogodbene obveznosti obligacijske narave (niti naturalna obligacija ne), temveč samo pogoji, pod katerimi je izkoriščanje predmeta GPL dopustno. Prenos posamičnih materialnih avtorskih pravic ali posamičnih drugih pravic avtorja je namreč lahko vsebinsko, prostorsko ali časovno omejen (73. člen ZASP). Za prenos pravice izkoriščanja avtorskega dela pa lahko avtor postavlja kakršnekoli pogoje.¹⁷² Iz licenčnih določb izhaja obveznost samo toliko, kolikor obstaja splošna obveznost ne kršiti avtorsko pravico. Drugačno ravnanje ni kršitev obligacije, temveč kršitev zakona oziroma avtorske pravice. Kršitelja s pravnimi sredstvi zato ni mogoče prisiliti k aktivnemu ravnanju, skladnemu z licenco, temveč le k opustitvi kršitev.¹⁷³ Pri razpolagalnem poslu je taka razlaga nujna, saj iz razpolage nikoli ne nastane obveznost in v tem se enostranska licenca temeljno razlikuje od neodplačne licenčne pogodbe.¹⁷⁴ Razpolagalni posel učinkuje *erga omnes*, in sicer so pravice iz GPL (skupaj z vsemi pogoji) podeljene vsakemu uporabniku programa ne glede na to, ali ta pozna vsebino GPL ali ne, in ne glede na njegovo dobrovernost glede uporabe programa.¹⁷⁵

Položaj lahko ponazorimo s primerom iz stvarnega prava. Lastnik sadovnjaka se na primer odloči, da je cena jabolk na trgu prenizka in se mu jih ne izplača prodajati. Zato ob vходу v sadovnjak, ki je v bližini priljubljene sprehajalne poti, postavi tablo z napisom, da vsakemu sprehajalcu dovoljuje, da si nabere do pet kilogramov jabolk, pod pogojem, da jih pobira samo po tleh in ne z drevesa (da ne bi polomil vej). Prilaskanje plodov tuje stvari, torej ravnanje, ki bi ga lastninska pravica na zemljišču sicer preprečevala, tako preneha biti protipravno, a le v mejah dovoljenja. Nabiralci še vedno ne smejo nabrati več kot pet kilogramov jabolk, ne smejo jih pobirati z drevja in ne smejo nabirati hrušk, saj za ta ravnanja nimajo dovoljenja lastnika. Če se jim ti pogoji zdijo nesprejemljivi, jim seveda jabolk ni

kvalifikaciji GPL kot javne oblube dajalca licence (ki je spojena s prenosom pravice v en pravní akt).

¹⁷¹ Schwab, str. 198.

¹⁷² Trampuž/Oman/Zupančič, str. 88.

¹⁷³ V pomenu nemožnosti uveljavljanja teh obveznosti zgolj na podlagi avtorske pravice tudi Guibault/van Daalen, str. 51.

¹⁷⁴ Prim. Schwab, str. 196.

¹⁷⁵ Drugače Koglin v: ifrOSS, str. 41: licenca se ne nanaša na kateregakoli bralca ali celo kateregakoli Zemljana, temveč le na konkretnega pridobitelja licence, ki je z dajalcem sklenil licenčno pogodbo.

treba nabirati. To velja tudi za tistega, ki se sredi noči prikrade v sadovnjak, zaradi teme ne vidi napisa in jabolka nabira, misleč, da jih rabuta. Čeprav z lastnikom gotovo niti implicitno ni sklenil pogodbe, mu je dovoljeno nabrati do pet kilogramov jabolk in prepovedano nabirati hruške.¹⁷⁶

Nepogodbena razlaga je tudi skladnejša z besedilom GPL. Zagovorniki pogodbene konstrukcije se opirajo predvsem na besedilo 9. člena GPL. Vendar ta člen ne določa, da uporabnik s spreminjanjem ali distribuiranjem programja sprejema ponudbo za sklenitev licenčne pogodbe, temveč da s temi dejanji nakazuje sprejem dovoljenja, da to sme početi (*license to do so*). Če se je lotil avtorju pridržanih dejanj, bi moral vedeti za pogoje, pod katerimi so dovoljena. Uporabnikovo soglasje ni pogoj za veljavnost dovoljenja, ampak je seznanjenost z licenco kvečjemu pogoj za zavestno ravnanje v skladu z njo. V prvem osnutku verzije 3 GPL se je naslov 9. člena celo izrecno glasil: *Not a Contract*, pojasnilo k tej določbi v drugem osnutku pa pravi, da je namenoma oblikovana kot enostranska podelitev avtorskopравnih dovoljenj, ki je v osnovi neodvisna od pogodbenega prava.¹⁷⁷ Nepogodbena zasnova GPL je razvidna tudi iz 10. člena licence, ki določa, da v primeru redistribucije programja vsak prejemnik primerka programja samodejno pridobi enako licenco – torej brez sklenitve pogodbe.¹⁷⁸ Zgovorna so tudi navodila za uporabo licence iz priloge GPL, ki pri interaktivnih programih zahtevajo le, da uporabniku prikažejo obvestilo o licenci, od njega pa ne zahtevajo privolitve vanjo, na primer s klikom na gumb »sprejem«. Treba se je predvsem zavedati, da je GPL nastala kot izraz kritike avtorskopравnega varstva računalniškega programja. Namen prostoprogramske skupnosti je zato ustvariti prost pravni režim, ki brez nadaljnega vsakomur omogoča prosto uporabljati programje, sklepanje licenčnih pogodb pa ni več potrebno.

Sprejemljivo je večinsko stališče nemške teorije, usklajeno z obstoječo sodno prakso, po katerem obveznosti iz GPL glede razpolage s pravico učinkujejo kot razvezni pogoj, in ne kot vsebinska omejitev podeljene pravice.¹⁷⁹ Pravici do razmnoževanja in spreminjanja programja sta podeljeni brezpogojno, pravica do distribuiranja pa je omejena s pogojem, da morajo biti vsi distribuirani primerki

¹⁷⁶ Lastnikovo dovoljenje sicer v takem primeru (drugače kot na področju avtorskega prava) učinkuje kot zavezovalni posel, saj je razpolaganje s stvarnimi pravicami na nepremičninah pogojeno s strožjim obličnostmi in tipsko vezano na *numerus clausus* pravic stvarnega prava.

¹⁷⁷ Opomba 77 na strani 22 dokumenta *GPLv3 Second Discussion Draft Rationale*, dostopno na: <http://gplv3.fsf.org/gpl3-dd1to2-markup-rationale.pdf>.

¹⁷⁸ Drugače Schulz v: ifrOSS, str. 105–106.

¹⁷⁹ Spindler govori o stvarno učinkujočem pridržku oziroma razveznem pogojem. Spindler, str. 50. Prim. Guibault/van Daalen, str. 48–50.

opremljeni z licenco GPL in da mora biti uporabnikom dostopna izvorna koda programja. Kdor ta pogoj prekrši, izgubi vse podeljene pravice na programju. Razlika glede na pogodbeno konstrukcijo se pojavi le v tem, da je vsebina razveznega pogoja v celoti določena v razpolagalnem poslu, in ne s sklicevanjem na obveznosti iz licenčne pogodbe.¹⁸⁰ Poudariti je treba, da se konstrukcija z razveznim pogojem pri GPL po učinkih skorajda ne razlikuje od vsebinske omejitve pravice distribuiranja – v obeh primerih distribucija v nasprotju z licenčnimi pogoji pomeni tudi kršitev avtorske pravice. Bistveno pa je, da s tem ni ogrožena varnost pravnega prometa oziroma uporabnikov programja. Ko je primerek prostega programja prvič dan v promet, se avtorjeva izključna pravica distribuiranja na tem primerku namreč v celoti izčrpa, omejitve iz GPL pa se nanašajo le na nove oziroma predelane primerke programja.¹⁸¹ Ker pri standardni, neprosti distribuciji uporabnik pravic predelave ali razmnoževanja programja sploh ne pridobi, njihove omejitve ne morejo veljati za neobičajne in za uporabnika presenetljive. Če je uporabnik pridobil programje od nezakonitega distributerja, ki je kršil GPL, se pravica distribuiranja na tem primerku sicer ni izčrpala, vendar je uporaba in nadaljnja distribucija vseeno dopustna neposredno na podlagi GPL, zato položaj uporabnika tudi v takem primeru ni ogrožen.

Podelitev GPL je torej enostranski posel, ki uporabniku programja daje na izbiro, da predmet licence izkorišča pod licenčnimi pogoji ali da ga ne izkorišča. Če uporabniku ti pogoji ne ustrezajo, se lahko obrne na avtorje in skuša od njih pridobiti dovoljenje za drugačen način uporabe dela, tako kot po standardnih pravilih avtorskega prava. Če pa uporabnik predmet licence izkorišča v nasprotju z licenčnimi pogoji, to počne brez dovoljenja avtorja programja in krši njegovo avtorsko pravico. Obveznost spoštovanja licenčnih pogojev ne izhaja iz pogodbe ali same licence, temveč iz zakona, ki avtorju priznava absolutno pravico in prepoveduje tretjim izkoriščanje licenciranega programja brez njegovega soglasja. Dajalec z licenco začrta meje pravno dopustnega izkoriščanja avtorskega dela. Sankcija, ki jo GPL omogoča za kršitev licenčnih pogojev, pa je izguba vseh pravic iz licence.

¹⁸⁰ Veljavnosti vseh razpolagalnih poslov ni mogoče vezati na nastop pogoja (zaradi absolutnih učinkov), vendar avtorji načeloma ne vidijo ovir niti za odložno niti za razvezno pogojevanje. Juhart, str. 133; Larenz, str. 424. Sajovic meni, da je mogoče vse razpolagalne posle pogojevati, razen zavrženja. Sajovic, *Stvarno pravo I*, str. 72. Prim. z drugim odstavkom 37. člena SPZ, ki določa, da lastninske pravice ni mogoče vezati na rok ali pogoj; to pa ni nikjer določeno za druge absolutne pravice, tako da pri njih pogojevanje ni izključeno.

¹⁸¹ Koch (II), str. 335; prim. str. 12 sodbe frankfurtskega sodišča, citirane v op. 122.

4.3.5. Primerjava pogodbenega in nepogodbenega modela

Če presojamo GPL kot samostojen enostranski pravni posel, v primerjavi s pogodbenim modelom odpadejo vsi pomisleki glede načina, časa in oblike sklenitve pogodbe. Soglasje uporabnika programja za veljavnost enostransko podeljene licence ni potrebno, zato ni pomembno, ali je ta licenco opazil oziroma ali je razumel njeno vsebino. GPL ne pomeni splošnih pogojev posla v smislu 120. člena OZ, saj vsebino enostranskega posla vedno določi samo ena stranka, zato je ni treba presojati s posebnimi pravili. Zahteva ZASP po pisni obliki posla, s katerim se prenašajo materialne avtorske pravice, je izpolnjena: GPL je zapisana; sprejem ni del posla, zato njegova oblika ni pomembna. Z licenco podeljene pravice do izkoriščanja programja trajajo ves čas trajanja avtorske pravice na programju, saj so pravzaprav del te pravice, GPL pa jih časovno ne omejuje.

Drugačen je trenutek učinkovanja licence. Pravica do uporabe programja ni podeljena šele tedaj, ko se uporabnik loti spreminjanja ali distribuiranja programja (s čimer bi konkludentno sklenil licenčno pogodbo), temveč že tedaj, ko avtor posamezni primerek programja prvič da v promet, oziroma najpozneje tedaj, ko primerek pride v roke vsakokratnemu uporabniku. Z GPL se pravice na programju namreč podeljujejo vsakemu morebitnemu uporabniku programja. Vsak uporabnik torej samodejno skupaj s programjem pridobi tudi licenco; ali bo iz nje izvirajoče pravice izkoristil, pa je odvisno od njega. Programju priloženo besedilo GPL tako ne služi sklepanju pogodbe, ampak le seznanjanju uporabnika s podeljenimi pravicami. Takšna vnaprejšnja podelitev licence učinkuje *erga omnes*, zato se položaj uporabnikov programja v primeru naknadne odsvojitve matične avtorske pravice na licenciranem programju v ničemer ne spremeni; licenca učinkuje tudi proti novemu imetniku te pravice.

Če sklenitev pogodbe za veljavnost licence ni potrebna, je lažje izvedljivo tudi naknadno spreminjanje vsebine licence. To je lahko potrebno, če je prvi dajalec licence v skladu z 8. členom verzije 2 GPL teritorialno omejil distribucijo programja z izključitvijo držav, v katerih bi bila distribucija ali uporaba programja ovirana zaradi patentov ali avtorskih pravic na vmesnikih. Če potreba po taki teritorialni omejitvi naknadno odpade (na primer zaradi razveljavitve ali izteka veljavnosti patenta na programju), za njeno izključitev iz licence ni potrebno sklepanje novih licenčnih pogodb z vsakim posameznim uporabnikom programja, temveč zadošča enostranska izjava avtorja programja (na primer objavljena na njegovi spletni strani), da vsem uporabnikom podeljuje pravico distribuiranja tudi za dotlej izključene države. Podobna rešitev pride v poštev v primeru razširitve licence na nove oblike uporabe avtorskega dela, ki v času prvotne podelitve licence še niso

bile znane. Vnaprejšnja podelitev licence za neznane oblike uporabe dela namreč ni dopustna (79. člen ZASP, par. 31 UrhG).¹⁸² Če je avtor omejil distribucijo programja na pogoje določene verzije GPL (operacijski sistem Linux na primer samo na GPL verzijo 2), lahko naknadno z enostransko izjavo dopusti prehod na novejšo verzijo. Enostranska podelitev licence pa ne odpravi praktične težave, da je avtorjev in predelovalcev programja navadno zelo veliko in morajo ustrezne izjave podati prav vsi.¹⁸³

Z enostransko vnaprejšnjo podelitvijo licence vsem uporabnikom so pogoji GPL vtakani v avtorsko pravico na programju, postanejo tako rekoč njegova pravna lastnost. Zaradi tega odpade skrb, da bi distributerji lahko omejili pravice nadaljnjih uporabnikov na njem, na primer tako, da bi jim prepovedali sklepanje licenčnih pogodb GPL. Ne glede na take določbe v prodajni pogodbi vsak uporabnik samodejno pridobi vse pravice iz GPL neposredno od avtorjev programja. Enostranska licenca poenostavi tudi vprašanja mednarodnega zasebnega prava. Uporaba pogodbenega statuta odpade, za enostransko licenco pa pride v poštev teritorialno načelo mednarodnega avtorskega prava – veljavno je pravo države, kjer se pravica uveljavlja.¹⁸⁴

Gotovo pa se zastavlja vprašanje, ali je enostransko podeljeno licenco mogoče tudi enostransko preklicati, če ne obstaja licenčna pogodba, ki bi zavezovala dajalca licence. Zaradi elastičnosti avtorske pravice bi v takem primeru vsa upravičenja spet pripadla avtorju. Menim, da to ni mogoče, če licenca ne predvideva možnosti preklica ali prenehanja pod določenim pogojem (GPL pa v 2. členu verzije 3 izrecno določa, da je podelitev pravic nepreklicna, dokler so licenčni pogoji spoštovani). Avtorskoppravna licenca namreč ni samo navadna obljuba; s podelitvijo licence je dajalec izčrpal svojo razpolagalno oblast nad podeljenimi upravičenji na posameznem primerku programja, zato ustanovljene »obremenitve pravice« ne more več sam odpraviti.¹⁸⁵ ZASP posebej določa primer, ko je mogoč preklic prenesene materialne avtorske pravice, in sicer z uveljavitvijo pravice skesanja po 20. členu – vendar je uporaba te določbe za računalniško programje izključena (četrti odstavek 114. člena ZASP). Vsekakor bi naknadni preklic licence in uveljavljanje izključnih

¹⁸² Kreutzer predlaga, da ta omejitev za računalniške programe ne bi veljala. Kreutzer v: *ifrOSS*, str. 126.

¹⁸³ Glej Koch (I), str. 277.

¹⁸⁴ Prim. Metzger v: *ifrOSS*, str. 172; Trampuž/Oman/Zupančič, str. 407.

¹⁸⁵ Če bi bila licenca zgolj zavezovalne narave, to ne bi veljalo (zato je preklic enostranske licence mogoč v ameriškem pravu; Rosen, str. 56). Medicus sicer navaja, da mora biti pri enostranskih poslih, za veljavnost katerih ni potreben sprejem, preklic urejen v posebnih predpisih, na primer za oporoko ali javno obljubo. Medicus, str. 115.

pravic nasproti uporabnikom, ki so se zanašali na licenco, pomenila nasprotujoče si ravnanje (*venire contra factum proprium*), ki krši načelo dobre vere in poštenja. Poudariti pa je treba, da nepreklicnost licence velja samo za primerke programja, ki so že bili dani v promet pod licenco GPL. Avtor programja ni zavezan nadaljevati distribucijo pod GPL in lahko nove primerke programja začne dajati v promet tudi pod pogoji druge, restriktivnejše licence (dvojno licenciranje¹⁸⁶).

Kar zadeva način sodnega uveljavljanja pravic v primeru kršitev licence GPL, pa med pogodbenim in nepogodbenim modelom pravzaprav ni razlik. Kot je bilo že omenjeno, dajalec licence proti kršiteljem v vsakem primeru lahko uveljavlja samo na ZASP utemeljene prepovedne, odstranitvene in odškodninske zahteve zaradi kršitve avtorske pravice na programju, ne pa zaradi kršitve pogodbe. GPL dajalcu licence ne omogoča, da bi kršitelje prisilil k izpolnitvi obveznosti iz licence, temveč ga lahko prisili le k prenehanju kršitev. Sodišče pa tudi po nepogodbenem modelu ne more odločiti, da je pravica do uporabe programja podeljena, licenčni pogoji pa uporabnika ne zavezujejo, ker ni pogodbe. To bi bilo v nasprotju z načelom razlaganja pravnih poslov v korist avtorja in načelom, da se v dvomu pravica šteje za nepreneseno. Kar zadeva pravno varstvo, je torej rezultat obeh modelov v končni fazi enak, nekoliko drugačna je le pot do njega. Edina potencialno pomembna razlika med modeloma je v odškodninski odgovornosti dajalca licence (podrobneje o tem v poglavju 5.10).

4.3.6. Sklepno o podelitvi prostih licenc

Licenca GPL se lahko podeli s sklenitvijo licenčne pogodbe, vendar to za veljavnost licenčnih določb ni nujno, saj GPL lahko obvelja tudi kot enostransko podeljena licenca oziroma dovoljenje, kar je bil namen avtorjev besedila GPL. V eventualni pravdi zaradi kršitev GPL dajalec proti kršitelju ne uveljavlja pogodbenih obveznosti, ampak le na zakonu utemeljene zahteve. Sodišče mora ugotoviti le, ali je imel toženec avtorjevo dovoljenje za svoje ravnanje, ni pa potrebno ugotavljanje, ali je bil s tem dovoljenjem tudi seznanjen in ali je vanj privolil. Sklicevanje na konkludentno sklenjeno licenčno pogodbo je smiselno kvečjemu za uporabnika, ki bi mu imetnik izključnih pravic na programju naknadno odrekel veljavnost podeljene licence.

Navedene ugotovitve v zvezi z GPL je večinoma mogoče posplošiti tudi na druge proste licence za vse kategorije odprte vsebine. V skladu z interpretacijo, da je tudi patent pozitivna pravica, s katero razpolaga dajalec licence, enak pravni

¹⁸⁶ Glej poglavje 5.9.2.

mehanizem podelitve in postavljanja pogojev pride v poštev tudi za patentne proste licence. Seveda pa so ravnanja, ki pomenijo kršitev patenta in na katera so vezani licenčni pogoji, lahko druga kot tista pri avtorskopravni licenci. Če vztrajamo pri stališču, da je navadna patentna licenca zgolj obligacijske narave, pa prosta licenca učinkuje kot enostranska obljuba imetnika pravice. Tudi to načeloma zadošča za zakonitost uporabe patentiranega izuma in po že omenjenem večinskem mnenju teorije učinkuje tudi proti pravnim naslednikom dajalca licence, najbrž pa povečuje možnost enostranskega preklica take obljube.

Nekatere proste licence sicer predvidevajo sklenitev licenčne pogodbe. FAL v 8. členu določa, da licenca začne učinkovati z uporabnikovim sprejemom, pri čemer se šteje, da razmnoževanje, distribucija ali spreminjanje dela pomenijo tiho izraženo soglasje. Licenca Python je v starejših verzijah zahtevala privolitev uporabnikov v licenčne pogoje prek spletne strani, zaradi česar je FSF menila, da ni kompatibilna z GPL, ki hoče odpraviti vse formalnosti, potrebne za uporabo programja. V veljavni verziji 2 take zahteve zato ni več, sporna pa ostaja domneva iz 8. člena licence, da že razmnoževanje, namestitev ali uporaba programja pomenijo privolitev v licenčne pogoje.¹⁸⁷ Ne glede na to menim, da vsaka prosta licenca, ki ne določa obsežnejših obveznosti uporabnika kot GPL (torej takih, ki bi presegale enostavno pogojevanje izvrševanja z licenco podeljenih pravic), lahko obvelja brez sklicevanja na uporabnikov sprejem. Tako je mogoče razumeti točko c člena 2.1 in točko c člena 2.2 licence MPL, ki določata, da je licenca prvotnega razvijalca učinkovita z dnem, ko ta prvič distribuira izvorno kodo pod MPL, licence naknadnih prispevalcev pa z dnem, ko so prvič komercialno uporabili licencirano kodo (tj. jo distribuiral tretji stranki). Nizozemsko sodišče je marca 2006 v tem duhu odločilo, da licenca Creative Commons lahko velja tudi, če uporabnik ni izrecno privolil vanjo in celo če sploh ni poznal njenih pogojev.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Guibault/van Daalen, str. 23; <http://www.python.org/download/releases/2.1/fsf>.

¹⁸⁸ P. B. Hugenholtz, *Dutch Court upholds Creative Commons licence*, dostopno na: <http://www.creativecommons.ca/blog/?p=165>.

5.

Značilne določbe prostih licenc

5.1. Stranki posla

Stranki, udeleženi pri pravnem poslu podelitve licence, sta *dajalec licence* in *pridobitelj licence*. Ta izraza OZ uporablja za poimenovanje strank licenčne pogodbe (704. člen OZ), primerna pa sta tudi za stranki razpolagalnega posla.

5.1.1. Dajalec licence

Licenco lahko podeli samo imetnik tistih izključnih pravic na avtorskem delu, izkoriščanje katerih se z licenco dovoljuje. To so lahko bodisi avtor bodisi nekatere druge osebe. Dajalec licence je včasih označen kot »nosilec avtorske pravice« (*copyright holder*; na primer v licencah GPL, FDL in OPL). Schulz opozarja, da ta izraz temelji na ameriškem pravu, po katerem je avtorska pravica v celoti prenosljiva premoženjska pravica. Nosilec avtorske pravice je zato lahko bodisi avtor bodisi tisti, na katerega je avtor svojo pravico v celoti prenesel. Po slovenskem pravu, podobno kot po nemškem, pa avtorska pravica velja za neprenosljivo; na podlagi pravnega posla ali zakona se lahko prenesejo samo upravičenja do gospodarskega izkoriščanja avtorskega dela.¹ Ker imetnik matične avtorske pravice v našem pravu vedno ostane avtor, izraz *copyright holder* v licenčnem kontekstu ne pomeni vedno avtorja, temveč imetnika takih izključnih pravic izkoriščanja avtorskega dela, ki vključujejo za podelitev licence potrebno razpolagalno sposobnost. Dajalci licence so torej lahko avtor sam, več (so)avtorjev ali druga oseba, ki je na podlagi pogodbe ali zakona pridobila izključno pravico do uporabe dela – odgovor je odvisen predvsem od modela ustvarjanja.² Način distribucije ali javne priobčitve licenciranega dela tega ne spreminja. Prodajalec v trgovini ali upravljavec strežnika,

¹ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 58.

² Schulz v: ifrOSS, str. 34–36; Spindler, str. 27.

s katerega je dano na voljo javnosti določeno delo, ne podeljujeta licence (razen če ju je avtor za to pooblastil), temveč samo distribuirata primerke dela. Avtorstvo dela je pomembno tudi zaradi določitve trajanja avtorske pravice in licence.³

a) Individualni avtor

Najpreprostejši je položaj, če je delo v celoti ustvaril posamezni avtor in pravic na njem ni prenesel na nikogar drugega. V takem primeru je lahko dajalec licence samo avtor. ZASP veže avtorstvo izključno na fizično osebo, ki ji avtorska pravica pripade na podlagi samega ustvarjalnega akta. Stvaritev je individualni in duhovni podvig, ki ga je zmožen samo človek kot fizična oseba, zato avtor ne more biti stroj, žival ali pravna oseba.⁴ Odprte vsebine, zlasti prosto programje, pa največkrat nastajajo s prispevki številnih sodelavcev, ki niso zaposleni pri istem delodajalcu ali medsebojno pogodbeno povezani (tako imenovani bazar). To sodelovanje lahko ustreza različnim pravnim konceptom.

b) Soavtorji in avtorji združenih del

Za *soavtorstvo* gre, če je delo ustvarjeno v sodelovanju dveh ali več oseb, ki so sledile enotni zasnovi dela. Vsak od soavtorjev mora ustvarjalno prispevati k stvaritvi skupnega dela. Tako ustvarjeno delo je nedeljiva celota, kar pomeni, da se posamezni prispevki soavtorjev ne morejo ločeno izkoriščati. To velja, če deležev zaradi zlitosti ni mogoče ločevati ali če bi bil posamezen prispevek sam zase z izločitvijo iz soavtorskega dela nepopoln in bi ga bilo treba za njegovo samostojno izkoriščanje dopolniti. Zaradi tega vsem soavtorjem na delu pripade nedeljiva avtorska pravica, na podlagi katere vsi nerazdelno odločajo o izkoriščanju skupnega dela. Za podreditev dela prosti licenci je torej potrebno soglasje vseh soavtorjev, ne zadošča večina po avtorjih, po deležih ali kakšna druga večina. Skupnost soavtorjev postane dajalec licence. Pravico veta posameznega avtorja pa je zakon omehčal z določbo, da ta ne sme biti v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja (12. člen ZASP). V sporu se manjkajoče soglasje soavtorja lahko iztoži v pravnem postopku.⁵ Nasprotovanje prostemu licenciranju bi bilo lahko v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja na primer, če bi se avtorji vnaprej neformalno dogovorili, da bodo skupno delo prispevali k Wikipediji, po dokončanju dela pa bi eden od soavtorjev nasprotoval licenciranju dela pod pogoji FDL.

Zgolj dejstvo, da je o sprejemu posameznih ustvarjalnih prispevkov odločal odbor avtorjev ali posamezna oseba (kot je to običajno pri projektih prostega

³ Guibault/van Daalen, str. 90–91.

⁴ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 57–58.

⁵ Povzeto po Trampuž/Oman/Zupančič, str. 62–63.

programja), še ne povzroči soavtorstva.⁶ V praksi so zato pogostejši od skupnega ustvarjanja oziroma soavtorstva primeri, ko različni avtorji samo združijo svoja dela zaradi skupnega izkoriščanja, njihova dela pa niso bila ustvarjena skupno in bi se sicer lahko ločeno izkoriščala. Taki primeri so združitev glasbe in besedila (opera, muzikal, zabavna glasba), združitev pisanih in likovnih del (knjige z ilustracijami, likovne monografije itd.) ali pisanih del s predstavitvami znanstvene, izobraževalne ali tehnične narave. S takimi združitvami ne nastane novo nedeljivo delo, kljub temu pa gre za več kot goli seštevek združenih del.⁷ Za *združeno delo* se smiselno uporabljajo pravila za soavtorstvo (13. člen ZASP), kar pomeni, da ga lahko licencirajo samo vsi avtorji skupaj, medtem ko s posameznim delom še vedno lahko razpolaga samo njegov avtor. Za skupnost soavtorjev se podrejeno lahko uporabljajo o civilni skupnosti (1003.–1011. člen OZ), saj vsem skupaj pripada ista avtorska pravica, medtem ko avtorji združenih del lahko tvorijo družbo civilnega prava (990.–1002. člen OZ), če je njihov skupni cilj ustvaritev združenega dela in njegovo izkoriščanje. Pri tem pa imajo seveda prednost določbe 12. in 13. člena ZASP ter načela avtorskega prava.⁸

c) *Avtor predelave ali avdiovizualne priredbe*

Posebno opazna značilnost odprte vsebine je, da se razvija z zapovrstnimi samostojnimi, skupnimi ali združenimi *predelavami* obstoječih prosto licenciranih del, saj prosta licenca predelovanje zelo široko dovoljuje. Od soavtorstva se predelava razlikuje po tem, da ni ustvarjalnega sodelovanja med avtorjem prvotnega dela in avtorjem predelave. Prevodi, priredbe, aranžmaji, spremembe in druge predelave prvotnega avtorskega dela ali drugega gradiva so nova samostojna avtorska dela, če gre za individualno intelektualno stvaritev (7. člen ZASP). Predelovalec zato pridobi vse moralne in materialne avtorske pravice na predelanem delu. S predelavo pa ne smejo biti prizadete pravice avtorja prvotnega dela, zato ta poleg pravice dovoliti predelavo obdrži tudi pravico nadaljnega izkoriščanja novega dela (drugi odstavek 7. člena in tretji odstavek 33. člena ZASP). Predelovalčeva avtorska pravica ne izpodrine pravice prvotnega avtorja, temveč nastane poleg nje. V novem delu so namreč bistvene poteze prvotnega dela, tako da se z izkoriščanjem predelave zmeraj izkoriščata obe deli.⁹ Na izvedenem delu torej uživata izključne pravice tako avtor prvotnega dela kot predelovalec in jih v pravnem prometu skupaj prenašata. Prosto licenco na predelavi morata zato podeliti oba. V praksi se to ne zgodi hkrati,

⁶ Spindler, str. 28.

⁷ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 64–65.

⁸ Prim. Spindler, str. 30 in 32; Koch (I), str. 227.

⁹ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 47–49, 61; Rosen, str. 29.

temveč prvotni avtor z licenco vnaprej podeli dovoljenje tako za predelovanje dela kot za nadaljnje izkoriščanje predelave. Avtor predelave se zato lahko sam, brez dogovarjanja s prvotnim avtorjem, odloči o nadaljnjem licenciranju izvedenega dela. V vsakem primeru pa sta dajalca licence oba oziroma celotna veriga (so) avtorjev, naknadnih prispevalcev in predelovalcev dela.¹⁰

Nekoliko drugačna ureditev velja pri *avdiovizualni priredbi*, ki pomeni posebno obliko predelave, pri kateri se prvotno delo predela ali vključi v avdiovizualno delo (film). S sklenitvijo pogodbe o avdiovizualni priredbi se šteje, da je avtor prvotnega dela izključno in neomejeno prenesel na filmskega producenta pravico predelave in vključitve prvotnega dela v avdiovizualno delo, svoje materialne avtorske pravice in druge pravice avtorja na tem avdiovizualnem delu, njegovem prevodu, njegovih avdiovizualnih predelavah ali na fotografijah, nastalih v zvezi s produkcijo avdiovizualnega dela, če ni s pogodbo drugače določeno (drugi odstavek 104. člena ZASP). Prvotni avtor torej na novem avdiovizualnem delu nima pravic, razen treh izjem, ki jih določa tretji odstavek 104. člena. Avtor prvotnega dela v vsakem primeru obdrži: izključno pravico do nadaljnje predelave avdiovizualnega dela v kakšno drugo umetniško obliko, izključno pravico do nove avdiovizualne priredbe prvotnega dela, vendar po preteku desetih let od sklenitve pogodbe o avdiovizualni priredbi, in pravico do primernega nadomestila od filmskega producenta za vsakokratno dajanje v najem videogramov avdiovizualnega dela. Čeprav je novo avdiovizualno delo sicer formalno samostojno avtorsko delo, torej niti njegovi soavtorji niti filmski producent nimajo pravice sami dovoljevati njegove nadaljnje predelave, na primer v gledališko delo, temveč ostane vsaka takšna predelava v druge umetniške oblike izključna pravica prvotnega dela. Ker je pravica neoviranega spreminjanja licenciranega dela ena glavnih značilnosti odprte vsebine, morata tudi za avdiovizualna dela prosto licenco podeliti tako avtor prvotnega dela kot filmski producent. Če je bilo že prvotno delo prosto licencirano, je sicer mogoče, da sklenitve pogodbe o avdiovizualni priredbi in s tem do izključnega prenosa pravic na producenta sploh ni bilo – avdiovizualna priredba je namreč dopustna že na podlagi proste licence, zato posebna pogodba zanjo ni potrebna. Pri licencah *copyleft* oziroma *share alike* mora biti tudi avdiovizualno delo prosto licencirano.

d) Sestavljenec zbirke in izdelovalec baze podatkov

Oblika izvedenega ali odvisnega dela so tudi *zbirke* avtorskih del ali drugega gradiva, kot so enciklopedije, antologije, baze podatkov, zbirke dokumentov ipd. Sestavni deli zbirke so lahko avtorska dela ali pa drugo gradivo, kar za samo zbirko

¹⁰ Spindler, str. 33.

kot delo ni pomembno. Drugače kot pri soavtorstvu je tu združenih več samostojnih del, katerih avtorji niso ustvarjali v sodelovanju.¹¹ Bistvena je ustvarjalnost pri sestavljanju gradiva – če je zbirka po izbiri, uskladitvi ali razporeditvi vsebine individualna intelektualna stvaritev, tvori samostojno avtorsko delo (8. člen). Avtorska pravica na zbirki varuje ustvarjalni izbor ali razporeditev ali uskladitev, ne pa samega gradiva. Zbirka ne vpliva na status avtorskih del, ki so njen sestavni del. Z uvrstitvijo prvotnih avtorskih del v zbirko ne smejo biti prizadete pravice avtorjev teh del; z uvrstitvijo prvotnega avtorsko nevarovanega gradiva v zbirko pa to gradivo ne postane varovano delo.¹² Za licenciranje zbirke je torej potrebno soglasje sestavljalca zbirke in ustvarjalcev avtorskopravno varovanih prispevkov, ki so v njej zbrani, zlasti ker prosta licenca dovoljuje izločitev kateregakoli prispevka iz zbirke in njegovo ločeno uporabo.

Če avtorska pravica ne varuje vsebine zbirke, pa vsebino *podatkovne baze* lahko neodvisno od avtorske pravice varuje posebna pravica *sui generis*, ki jo je uvedla Direktiva 96/9/ES o pravnem varstvu baz podatkov, ZASP pa jo uvršča v poglavje o avtorski in sorodnih pravicah. Baze podatkov so posebne oblike zbirk, in sicer zbirke neodvisnih del, podatkov ali drugega gradiva v kakršnikoli obliki, ki je sistematično ali metodično urejeno in posamično dostopno z elektronskimi ali drugimi sredstvi. Baza je varovana s samo posebno pravico, če pridobitev, preveritev ali predstavitev njene vsebine zahteva kakovostno ali količinsko znatno naložbo. S posebno pravico ni varovana samo podatkovna baza kot celota, temveč tudi vsak kakovostno ali količinsko znatni del njene vsebine ter celo neznatni deli vsebine, kadar se uporabljajo ponovljeno in sistematično, pa je to v nasprotju z običajno uporabo te podatkovne baze ali v nerazumni meri prizadene zakonite interese njenega izdelovalca. Izdelovalec podatkovnih baz ima izključno pravico reproduciranja, distribuiranja, dajanja v najem, dajanja na voljo javnosti in drugih oblik javne priobčitve svoje podatkovne baze (141.a–141.c člen ZASP).¹³

Posebno varstvo se torej razteza tudi na avtorskopravno nevarovane sestavine podatkovne baze. Čeprav je podatkovna baza varovana s posebno pravico, to ni ovira za njeno licenciranje pod prosto licenco, saj je pravica *sui generis* analogna avtorski pravici, njena vsebina pa opredeljena z naštevanjem avtorskopravnih upravičenj, ki jih dovoljujejo tudi proste licence. O licenciranju odloča izdelovalec podatkovne baze; če ta vsebuje avtorska dela, pa morajo pri podelitvi licence sodelovati tudi

¹¹ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 61.

¹² Prav tam, str. 49–50; Guibault/van Daalen, str. 93.

¹³ Glej Hugenholtz, *Implementing the Database Directive*, v: Kabel/Mom, str. 183–200; Junker/Benecke, str. 45–49.

njihovi avtorji. Če je celotna podatkovna baza licencirana pod prosto licenco, je licenciran tudi vsak njen del, zato ga je dopustno izločiti iz baze in ga samostojno izkoriščati pod isto prosto licenco.

e) *Naročniško razmerje*

Avtorska pravica vedno pripada ustvarjalcu dela, pri nekaterih pogodbenih razmerjih pa zakon vzpostavlja domnevo prenosa materialnopravnih upravičenj na drugo osebo. Pri avtorski pogodbi o naročilu dela avtor obdrži avtorsko pravico na naročenem delu, razen pravice distribuiranja, če ni z ZASP ali s pogodbo drugače določeno (tretji odstavek 99. člena ZASP). Naročnik pridobi le eno avtorsko pravico, tj. pravico distribuiranja naročenega primerka. S tem ima možnost, da z naročeno stvarjo razpolaga, kar sicer izhaja tudi iz pravila o izčrpanju te pravice. Naročnik torej dela ne more prosto licencirati. Ali to sme storiti avtor sam, pa je odvisno predvsem od vsebine pogodbe o izdelavi avtorskega dela. Naročnikova pravica distribuiranja se nanaša samo na konkretni primerek dela, ki ga je pridobil na podlagi pogodbe, saj nima tudi pravice njegovega razmnoževanja. Torej bi lahko avtor naknadno izdelal še poljubno število primerkov dela in jih dal na voljo tretjim osebam pod pogoji proste licence. Vendar je takšna razlaga pogosto v nasprotju s pogodbenim namenom, če je naročnik želel pridobiti unikatno delo samo zase. Za prosto licenciranje naročenega dela je zato praviloma potrebno soglasje naročnika in avtorja (kar se lahko uredi že z avtorsko pogodbo).

Pri naročenih računalniških programih že po zakonu velja obrnjeno pravilo. Kadar računalniški program ustvari avtor po avtorski pogodbi o naročilu, se šteje, da so materialne avtorske pravice in druge pravice avtorja na tem programu izključno in neomejeno prenesene na naročnika, če ni s pogodbo drugače določeno (112. člen ZASP). Podobno je določeno za izdelavo podatkovne baze na podlagi podjemne pogodbe, le da se izključni prenos pravic ne nanaša na avtorsko pravico, temveč na pravico *sui generis* na podatkovni bazi (141.e člen ZASP). Dajalec licence je torej lahko naročnik.

Poseben primer podjemne avtorske pogodbe je pogodba o ustvaritvi *kolektivnega dela*. Nekatere vrste naročenih del zahtevajo znatno angažiranje naročnika: glede organizacije in pobude, glede sredstev, glede usklajevanja avtorjev itd. Tako je skoraj vedno, kadar je veliko število soavtorjev, na primer pri enciklopedijah, slovarjih, atlasih ipd, ki jih glede na te značilnosti imenujemo kolektivna dela. Pri njih ZASP posebej varuje položaj naročnika s tem, da mu nekatere pravice pripadajo že kar po zakonu. Avtorske pravice sicer nastanejo pri fizičnih avtorjih, v zakonu pa je določena domneva, da so materialne avtorske pravice in druge pravice avtorjev na kolektivnem delu izključno in neomejeno prenesene na naročnika,

če ni s pogodbo drugače določeno.¹⁴ Do licenciranja kolektivnega dela je torej upravičen njegov naročnik.¹⁵

Še kompleksnejši je položaj pri *avdiovizualnih delih*, za soavtorje katerih veljajo avtor priredbe, pisec scenarija, avtor dialogov, direktor fotografije, glavni režiser, skladatelj filmske glasbe, ki je posebej ustvarjena za uporabo v tem delu, in glavni animator, če je animacija bistveni element dela. Animator in skladatelj glasbe, ki ne veljata za soavtorja avdiovizualnega dela, scenograf, kostumograf, slikar mask in montažer pa imajo avtorske pravice samo na svojih prispevkih k avdiovizualnemu delu (105. in 106. člen ZASP). Razmerja filmskega producenta do soavtorjev avdiovizualnega dela in avtorjev prispevkov ter razmerja med samimi avtorji se urejajo s pogodbo o filmski produkciji. S sklenitvijo te pogodbe se šteje, da so soavtorji izključno in neomejeno prenesli na filmskega producenta vse svoje materialne avtorske pravice in druge pravice avtorja na avdiovizualnem delu, njegovem prevodu, njegovih avdiovizualnih predelavah ali pri tem delu nastalih fotografijah, če ni s pogodbo drugače določeno, avtorji prispevkov pa so izključno in neomejeno prenesli na filmskega producenta samo pravico do uporabe svojih prispevkov za dokončanje avdiovizualnega dela. Ne glede na to soavtorji obdržijo izključno pravico do nadaljnje predelave avdiovizualnega dela v kakšno drugo umetniško obliko; avtorji prispevkov pravico, da svoje prispevke k avdiovizualnemu delu posebej uporabljajo, če niso s tem prizadete pravice filmskega producenta; soavtorji pa še pravico do primerne nadomestila od filmskega producenta za vsakokratno dajanje v najem videogramov avdiovizualnega dela (107. člen ZASP). Kljub prenosu pravic na filmskega producenta ta torej za prosto licenciranje avdiovizualnega dela potrebuje še soglasje soavtorjev, saj prosta licenca dovoljuje tudi neomejeno predelavo dela v druge umetniške oblike, ta pravica pa je pridržana soavtorjem filma in se ji v pogodbi o filmski produkciji ne morejo odpovedati. Soglasje avtorjev prispevkov ni potrebno, njihova pravica, da svoje prispevke ločeno uporabljajo, prostega licenciranja filma v ničemer ne ovira. Dela, ki tvorijo odprto vsebino, pa lahko producent vključi v avdiovizualno delo kot prispevke tudi brez sklenitve pogodbe z njihovimi avtorji, že na podlagi proste licence.

f) Delovno razmerje

Kadar avtorsko delo ustvari delavec pri izpolnjevanju svojih obveznosti ali po navodilih delodajalca, se šteje, da so materialne avtorske pravice in druge pravice avtorja na tem delu izključno prenesene na delodajalca za deset let od dokončanja

¹⁴ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 227–228.

¹⁵ Glej razpravo o pravni kvalifikaciji operacijskega sistema Linux kot kolektivnega dela ali zbirke – Guibault/van Daalen, str. 91–95.

dela, če ni s pogodbo drugače določeno (101. člen ZASP). Prenos na delodajalca je kompleksen in celovit: zajame vse materialne pravice in druge pravice avtorja ne glede na njihovo siceršnjo neprenosljivost (ne pa moralnih pravic). Prenos je izključen, zato avtor ne more takega dela ponuditi drugim. Delodajalec pridobi teritorialno neomejene pravice in možnost, da jih tudi prenaša naprej na tretje osebe. Edina omejitev je čas desetih let, ki teče od dokončanja dela. Po preteku desetih let vse pravice, tudi tiste izključne, spet pripadejo avtorju.¹⁶ Prvih deset let torej lahko delo prosto licencira delodajalec, po izteku tega roka pa avtor dela. Licence, ki jih je podelil delodajalec, ostanejo v veljavi in zavezujejo tudi avtorja, ki samodejno postane dajalec licence tudi na naknadno ustvarjenih novih primerkih prosto licenciranega dela.¹⁷

Materialne avtorske pravice in druge pravice avtorja na bazi podatkov in kolektivnem delu so prenesene na delodajalca brez časovne omejitve (102. člen ZASP), isto velja za avtorske pravice na računalniškem programu (112. člen ZASP) in za izključne pravice *sui generis* na podatkovni bazi, ustvarjeni v delovnem razmerju (141.e člen ZASP). O prostem licenciranju teh del torej lahko odloča delodajalec sam.

Ker je včasih težko razložiti, kdaj je delo ustvarjeno v delovnem razmerju in kdaj ne (programer, ki dela v računalniškem podjetju, lahko na primer piše programe tudi doma – odločilno je, ali je pisanje tega programa spadalo med njegove službene naloge),¹⁸ GPL v navodilih za uporabo predlaga, da avtor v takem primeru skuša od delodajalca pridobiti izjavo o nenasprotovanju prostemu licenciranju dela.

g) *Imetniki sorodnih pravic*

Poleg avtorjev lahko pridobijo na avtorskem delu nekatere izključne pravice, tj. avtorski sorodne pravice, tudi izvajalci, proizvajalci fonogramov, filmski producenti, RTV organizacije, založniki in izdellovalci podatkovnih baz, skratka zlasti tisti, ki so na neki način omogočili dostopnost dela javnosti. Materialne pravice izvajalcev kot arhetip sorodnih pravic obsegajo izključno pravico snemanja svoje žive izvedbe, reproduciranja fonogramov in videogramov s svojo izvedbo, javnega prenašanja svoje žive izvedbe, radiodifuznega oddajanja svoje žive izvedbe, dajanja na voljo javnosti fonogramov in videogramov s svojo izvedbo; distribuiranja fonogramov in videogramov s svojo izvedbo in dajanja v najem fonogramov in videogramov s

¹⁶ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 231–232.

¹⁷ Podrobno o razmerju med delodajalcem in avtorjem kot *pridobiteljem* proste licence glej Spindler, str. 108–110.

¹⁸ Podrobneje o praktični in teoretični plati te problematike glej Guibault/van Daalen, str. 96–98; Junker/Benecke, str. 76–78.

svojo izvedbo (121. člen ZASP). Pravice drugih imetnikov sorodnih pravic zajemajo podobna izključna upravičenja, a v ožjem obsegu.

Izvrševanje sorodnih pravic ne sme omejevati svoboščin odprte vsebine. Pri avtorskih delih, licenciranih pod recipročno licenco, so tudi izvajalci, proizvajalci fonogramov, filmski producenti in drugi vezani na načelo *copyleft*, zato morajo svoje pravice, ki se nanašajo na tako delo, licencirati pod isto prosto licenco. Ni pa jasno, kakšen točno je obseg te obveznosti za imetnike sorodnih pravic. Jasno je na primer, da morata za fonogram z izvedbo prosto licenciranega glasbenega dela podeliti enako prosto licenco tako izvajalec kot proizvajalec fonograma. Zanimivo vprašanje pa je, ali lahko glasbenik, ki javno izvaja prosto licencirano glasbeno delo, prepove zvočno snemanje svoje izvedbe ali pa je to v nasprotju z načelom *copyleft*. Ker je javno izvajanje dela ena od podeljenih pravic iz proste licence, z izvrševanjem katere delo postane dostopno tretjim osebam, mora biti izvedba prosto dostopna že med svojim trajanjem in ne zadošča, da so prosto licencirani njeni posnetki, ki bi jih morda napravil in prodajal izvajalec sam. Tonsko snemanje je namreč oblika reproduciranja dela, kar prosta licenca dovoljuje brez omejitev. V primeru glasbenega dela pa se recipročnost najbrž nanaša samo na zvočno, in ne tudi slikovno snemanje. Pri preprostih permissivnih licencah, ki ne vsebujejo določbe *copyleft*, takih obveznosti seveda ni, zato ni nujno, da tudi izvedba prostega dela spada med odprto vsebino. Uveljavljanje sorodne pravice izvajalca ali proizvajalca fonograma lahko to prepreči.

Med imetniki sorodnih pravic samo založniki največkrat ne pridejo v poštev kot dajalci licence. Založniki imajo namreč na podlagi 139. člena ZASP le pravico do nadomestila za privatno ali drugo lastno reproduciranje po tretjem odstavku 37. člena tega zakona, ne pa izključnih pravic do uporabe dela. S to pravico se ne da prosto razpolagati, zato ne more biti predmet licence, hkrati pa tudi v ničemer ne ovira proste uporabe licenciranih del. Drugačen je položaj založnika, če prvič izda še ne objavljeno delo, na katerem so avtorske pravice že potekle, ali pa kritično ali znanstveno izdajo dela, na katerem so pravice že potekle. ZASP mu v takem primeru priznava materialnim avtorskim pravicam enako varstvo, a za krajšo dobo (140. in 141. člen). Na podlagi tega varstva je založnik lahko dajalec licence. Založnik pa lahko tudi uveljavlja avtorske pravice za račun avtorja, in sicer v primeru, ko avtor dela ni znan in na delu ni naveden izdajatelj (drugi odstavek 11. člena ZASP).¹⁹ Takrat ima načeloma pravico licencirati delo. Ker je taka ureditev namenjena tudi varovanju interesov neznanega avtorja, pa je nejasno, ali bi bilo prosto licenciranje dela skladno s tem ciljem, saj avtorju, če bi se razkril, zmanjšuje možnost prejemanja tantiem od njegovega dela.

¹⁹ Prim. Trampuž/Oman/Zupančič, str. 59–60.

S sorodnimi pravicami se je prva izrecno ukvarjala licenca *Against DRM 2.0*,²⁰ ki v 5. členu podeljuje tudi licenco na sorodnih pravicah v primeru, da je delo predmet takih pravic. V 7. členu pa posebej opredeljuje, da pravilo *copyleft* velja tudi za izvedena dela, izvedbe dela, fonograme, na katerih je delo fiksirano, in radiodifuzno oddajanje dela. Imetniki sorodnih pravic torej teh ne morejo izvrševati drugače kot s podelitvijo proste licence. Čeprav druge recipročne licence sorodnih pravic posebej ne omenjajo, so njihove pravne posledice enake. Sorodno pravico je namreč mogoče pridobiti samo z izvrševanjem ene od izključnih pravic avtorja, na primer reproduciranjem, javnim izvajanjem ali radiodifuznim oddajanjem dela, sodobnejše recipročne licence pa učinek *copyleft* vežejo na vsa tovrstna ravnanja. Od verzije 1.3 naprej vsebuje določbo o sorodnih pravicah tudi *Free Art License*, ki v 3. členu določa, da dejavnosti, iz katerih izvirajo sorodne pravice, ne smejo omejiti pravic, ki jih podeljuje ta licenca. Zaradi tega morajo biti na primer izvedbe prav tako predmet licence FAL ali druge z njo združljive licence. Prav tako vključitev dela v podatkovno bazo, kompilacijo ali antologijo ne sme nikomur preprečiti uporabe dela pod pogoji licence FAL (pri čemer pa zadošča, da licenca velja za konkretno vključeno delo).

5.1.2. Identifikacija dajalca licence

Identifikacija dejanskega dajalca proste licence za konkretno delo je v praksi lahko problematična, ker samo besedilo licence zaradi svoje standardne oblike največkrat ne vsebuje jasne označbe imena in naslova fizične ali pravne osebe, ki licenco podeljuje. Guibaultova in van Daalen menita, da poleg tega iz večine licenc ni razvidno, ali na primer pridobitelj licence za programje to prejme samo od zadnjega programerja v verigi ali od vsakega programerja, ki je bil udeležen v razvojnem procesu konkretne verzije določenega programja.²¹ Glede tega je izrecna predvsem MPL, ki v 2. členu izrecno določa, da licenco podelujeta tako prvotni razvijalec kot vsak naknadni prispevalec k programju (vsi pa so podrobneje identificirani v prilogi A). Podobna je določba 2. in 3. člena licence Apache. Licence Creative Commons se zadovoljijo s skopo ugotovitvijo, da je dajalec licence fizična ali pravna oseba, ki ponuja delo pod pogoji te licence. Enostavne licence, zlasti MIT

²⁰ Ta prosta licenca v praksi ni zelo uveljavljena, zato je tu podrobneje ne obravnavam, omenjam pa jo samo še v zvezi s tehničnimi ukrepi varstva avtorske pravice. Gre za recipročno licenco, namenjeno predvsem uporabi za literarna, dramska, glasbena, likovna, arhitekturna, fotografska, kinematografska dela ipd. (glej obsežen seznam možnih predmetov licence v 3. členu). Besedilo licence je dostopno na naslovu: http://www.freecreations.org/Against_DRM2.html.

²¹ Guibault/van Daalen, str. 51–53. Podrobneje o tem glej poglavje 5.2.3.

in BSD, omogočajo navedbo dajalca licence v licenčnem besedilu ali neposredno ob njem. Pri GPL pa dajalec licence nikoli ni naveden v samem licenčnem besedilu, saj FSF kot imetnik avtorske pravice na tej licenci izrecno ne dovoljuje njenega spreminjanja, temveč le dobesečno razmnoževanje. To lahko zavede k misli, da je dajalec licence FSF, kar pa v večini primerov ne drži. Dajalca licence je treba razbrati iz navedbe imetnika avtorske pravice (poleg znaka ©).

Po drugem odstavku 18. člena ZASP avtor določi, ali naj se pri objavi dela navede njegovo avtorstvo in s kakšno oznako. Delo torej lahko opremi s svojim imenom, psevdonimom ali drugim umetniškim znakom, kar mora storiti na običajen način. Kaj je običajen način, povedo uzance (na primer pri knjigah na ovitku, notranji naslovni strani in v kolofonu; pri slikah v kotu slike; pri zgoščenkah na ovitku in na nalepki plošče; pri programju v datotekah izvorne kode, v grafičnem vmesniku pri zagonu programa ali v rubrikah *o programu*, *vizitka*, *lastnosti*, *pomoč* ipd.).²² Skladno s tem večina prostih licenc odsotnost navedbe avtorja v licenčnem besedilu nadomešča s pravili o obvezni navedbi avtorja prvotnega dela in njegovih predelovalcev na samem delu ter o obvezni ohranitvi takih zaznamkov v vseh nadaljnjih izvodih dela. GPL v navodilih za uporabo licence predvideva, da se v vsaki datoteki izvorne kode navede: »*Copyright* © <leto> <ime avtorja>«, v točki a 5. člena pa zahteva, da sta v spremenjenih verzijah programja navedba, kdo jih je spremenil, in datum spremembe. Podobno zahteva licenca MPL v členih 3.5 in 5, pri čemer razlikuje med navedbo prvotnega razvijalca in naknadnih prispevalcev. Skoraj univerzalno velja tudi zahteva po ohranitvi zaznamka avtorske pravice v vseh primerkih spremenjenega ali nespremenjenega dela. Gre za eno redkih perpetuacij, ki jih za predelave dela določa tudi večina preprostih permisivnih licenc (izjema je licenca MIT, ki ohranitev zaznamkov avtorske pravice zahteva samo v dobesečnih kopijah, ne pa tudi v predelavah). Licence Creative Commons vsebujejo najpodrobnejša navodila o načinu ohranitve obstoječih navodil.²³

²² Trampuž/Oman/Zupančič, str. 59.

²³ »Če uporabnik delo ali morebitne predelave dela ali zbirko distribuira, da v najem ali priobči javnosti, mora pustiti nedotaknjena vsa obstoječa obvestila o pravicah na delu in na način, ustrezen nosilcu oz. načinu uživanja dela, navesti: (i) ime izvirnega avtorja (ali njegov psevdonim, če ga je uporabil); oziroma (ii) če izvirni avtor ali dajalec licence v obvestilu o pravicah, v pogojih poslovanja ali na drug ustrezen način zahteva navedbo druge stranke ali strank (na primer sponzorske institucije, založnika, revijo), se navaja ime te stranke ali strank; naslov dela, če je znan; internetni naslov (*Uniform Resource Identifier*), ki ga dajalec licence povezuje z delom, razen če se ta internetni naslov ne nanaša na obvestila o pravicah na delu ali na podatke o licenci; in pri predelavi dela, obvestilo o načinu uporabe dela v predelavi dela (na primer 'francoski prevod dela', ki ga je napisal izvirni avtor ali pa 'scenarij, napisan po delu, ki ga je napisal izvirni avtor'). Ti podatki so lahko navedeni na kakršenkoli primeren način, vendar se morajo v primeru predelave del in zbirke

Zahteva po zaznamku avtorske pravice z navedbo imetnika in oznako © je dediščina ameriške pravne tradicije, ki je (do pristopa ZDA k Bernski konvenciji leta 1989) to formalnost predpisovala kot enega od pogojev za uveljavljanje avtorskopравnega varstva na delu. Tega pogoja danes ni več, takšna obvestila in zaznamki pa imajo v praksi še vedno pomembno vlogo, saj olajšujejo dokazovanje avtorstva, na primer v primeru kršitve avtorske pravice. To velja tudi v Evropski uniji, saj Direktiva 2004/48/ES o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine v 5. členu določa, da za domnevo avtorstva književnega ali umetniškega dela zadostuje, če je na delu na običajen način navedeno avtorjevo ime. Podobno domnevo avtorstva določa ZASP v 11. členu, po katerem za avtorja velja tisti, čigar ime, psevdonim ali znak je na običajen način naveden na delu ali pri objavi dela, dokler se ne dokaže nasprotno.

Poleg znaka © navedeni subjekt pa ni nujno avtor oziroma imetnik avtorske pravice v smislu slovenskega prava. Gre za osebo, ki je upravičena do licenciranja dela – po ameriškem pojmovanju *copyright holder*. Pri komercialno izdelanem računalniškem programu je to navadno računalniško podjetje, in ne njegovi posamezni programerji. Poleg delodajalca pa so to lahko na primer še naročnik kolektivnega dela, filmski producent ali založnik, ki je na podlagi pogodbe od avtorja pridobil ustrezna materialna upravičenja. V takem primeru pogodbenega ali zakonskega prenosa pravic je mogoče razlikovati med zaznamkom *copyright*, ki označuje dajalca licence,²⁴ in navedbo avtorja (ustvarjalca dela), ki je lahko tudi v datotekah *README*. Navedbi ustvarjalca dela večjo pozornost kot računalniške licence namenjajo licence za druge kategorije avtorskih del. Licence CC tako izrecno določajo obveznost ohranitve obeh vrst obvestil: zaznamka o avtorski pravici in navedbe avtorja (če sta prisotni).²⁵ Dejstvo pa je, da so pri odprtih vsebinah dajalci licence najpogostejše kar avtorji, saj je prenos avtorskih upravičenj na založbo ali delodajalca precej redkejši kot pri lastniških vsebinah.

Licenčne določbe o zaznamku avtorske pravice torej služijo praktičnemu namenu obvestitve imetnikov dela o omejitvah uporabe ter identifikaciji avtorjev in

pojavljati na mestih, kjer so navedene primerljive navedbe avtorjev, najmanj enako poudarjeno kot druge primerljive navedbe avtorjev.«

²⁴ Pravzaprav tudi v zaznamku avtorske pravice navedena oseba ni nujno dejanski dajalec licence. V nadaljnjih kopijah se namreč ohranja oznaka, ki je bila uporabljena ob prvi distribuciji ali objavi dela. Vmes je lahko prišlo do pravnega nasledstva glede izključnih pravic na delu, dajalec licence pa je vedno vsakokratni imetnik takih pravic. Vsekakor pa zaznamek o avtorski pravici lahko olajša izsleditev tako trenutnega dajalca licence kot avtorja, saj materialne pravice, ki omogočajo licenciranje dela, vedno izvirajo od avtorja (njihovo trajanje pa je odvisno od avtorjevega življenja).

²⁵ Schulz v: ifrOSS, str. 161–163.

dajalcev licence (ta je sicer lahko pomanjkljiva, če je uporabljen psevdonim ali poleg imena ni drugih podatkov o avtorju).²⁶ Po drugi strani navedba avtorja in predelovalcev dela služi tudi varovanju osebne integritete obeh. Pravica do priznanja avtorstva je ena od moralnih avtorskih pravic, ki jo določa ZASP v 18. členu. Avtor lahko določi, ali naj se pri objavi dela navede njegovo avtorstvo in s kakšno oznako. Jasno označevanje spremenjenih odsekov dela in njihovih avtorjev pa omogoča preglednost glede pripisovanja zaslug in odgovornosti za določen ustvarjalni prispevek.²⁷ Pridobivanje osebnega ugleda se omenja kot enega pomembnejših motivov za avtorsko ustvarjanje na vseh področjih, zlasti če to ni odplačno ali komercialno. O njegovem pomenu priča dejstvo, da je bilo v prvi generaciji licenc Creative Commons priznanje avtorja (*attribution*) eden od izbirnih elementov licence, a ga je izbralo več kot 95 odstotkov uporabnikov teh licenc, zato je v drugi generaciji zahteva po priznanju avtorstva samodejno vključena v vse licence.²⁸ Posebnost licenc CC pa je določba, po kateri lahko avtor zahteva izključitev svoje navedbe v izvedenih delih. Če uporabnik dela ustvari predelavo ali zbirko, mora na zahtevo kateregakoli dajalca licence v mejah mogočega odstraniti vse navedbe o avtorju in njegovih pravicah na delu.

Nekateri projekti prostega programja od prispevalcev kode zahtevajo posebno izjavo o tem, da so res njeni avtorji in da so upravičeni do licenciranja. Take izjave dajalca licence v samih prostih licencah praviloma ne najdemo, nekatere celo izključujejo jamstvo ustreznega pravnega naslova na predmetu licence. Če dajalec licence nima vseh pravic, ki jih licenca podeljuje (tipično: ni avtor vseh sestavin licenciranega dela), gre za neke vrste pravno napako posla. V tem delu licenca ni veljavno podeljena, ker dajalec licence nima ustrezne razpolagalne sposobnosti. Uporaba avtorskega dela oziroma izkoriščanje pravic iz licence lahko pomeni kršitev avtorske pravice in lahko izpostavi uporabnika tožbenim zahtevkom pravega avtorja. To je lahko podlaga odškodninske odgovornosti dajalca licence ali prodajalca.

5.1.3. Pridobitelj licence

Določitev pridobitelja proste licence je preprostejša: to je vsak imetnik primerka licenciranega avtorskega dela.²⁹ Vse proste licence tega sicer izrecno ne določajo,

²⁶ St. Laurent, str. 15.

²⁷ Koch (I), str. 279.

²⁸ Liang, str. 95.

²⁹ Guibault/van Daalen, str. 51. Drugače Koglin, ki meni, da je pridobitelj licence samo oseba, ki je s konkludentnim ravnanjem sklenila licenčno pogodbo, medtem ko navadni uporabniki, ki avtorskega dela ne spreminjajo ali distribuirajo, niso stranke proste licence (ifrOSS, str. 41).

vendar je iz njihove splošne zasnove razvidno, da se nanašajo na vsakogar, ki bi podeljene pravice lahko izkoriščal. To je skladno s ciljem zagotoviti, da je programje prosto za vse uporabnike. Določanje posebnih omejitev, kdo in kdaj lahko postane pridobitelj proste licence, bi bilo v nasprotju z definicijama prostega oziroma odprtega programja. Licenca MIT določa, da se dovoljenje podeljuje vsaki osebi, ki prejme primerek programja in povezane dokumentacije. FDL za pridobitelja licence označuje kar vsakega člana javnosti (*any member of the public*). Licence Creative Commons pa namesto tega govorijo o »uporabniku«. Opredeljujejo ga kot fizično ali pravno osebo, ki izkorišča pravice iz te licence in ki prej ni kršila določb in pogojev te licence za to delo oziroma je prejela izrecno dovoljenje od dajalca licence za izkoriščanje pravic iz te licence kljub predhodnim kršitvam.

Za večino kompleksnejših prostih licenc je značilno, da so pisane v obliki neposrednega nagovora, v katerem se dajalec licence obrača na pridobitelja licence, zato ga poimenuje v drugi osebi kot Vi ali Ti.³⁰ To značilnost je uvedla GPL, po njenem zgledu pa so jo prevzele tudi FDL, LGPL, MPL, QPL, OPL in licence CC. Slogovna posebnost poudarja usmerjenost licence k vsakemu bralcu, ki je licenco pridobil skupaj z delom, na katero se licenca nanaša. Ni potrebe po podrobnejši določitvi pridobitelja licence, ker njena pridobitev ni z ničimer omejena: vsak, kdor licenčno besedilo bere, je lahko pridobitelj in uporabnik vseh podeljenih pravic.

5.2. Pravni mehanizem licenciranja

5.2.1. Način uporabe licenčne predloge

Proste licence se navadno uporabljajo kot standardizirano licenčno besedilo, torej kot stalna predloga licence, ki se nespremenjena aplicira na različna avtorska dela brez posebne prilagoditve. Licenca GPL, ki je že od začetka zasnovana kot generična licenca za prosto programje,³¹ še posebej izrecno določa, da njenega besedila ni dovoljeno spreminjati, temveč le dobesečno uporabiti tudi za druga dela. To zagotavlja določeno stopnjo preglednosti nad pravnim statusom odprte vsebine in medsebojno združljivost licenciranega gradiva. Načeloma je seveda mogoče posebej za določeno avtorsko delo sestaviti novo licenco, ki ustreza vsem

³⁰ GPL med definicijami v 0. členu določa: »In this License, each licensee is addressed as 'you'.« Licenca Apache pa v 1. členu opredeljuje: 'You' (or 'Your') shall mean an individual or Legal Entity exercising permissions granted by this License.« MPL, člen 1.12: »'You' (or 'Your') means an individual or a legal entity exercising rights under, and complying with all of the terms of, this License or a future version of this License issued under Section 6.1.«

³¹ Rosen, str. 112–213.

pogojem odprte vsebine, vendar se to v praksi praviloma ne dogaja. Če gre za licenco *copyleft*, pa se isto licenčno besedilo tudi pri individualni licenci perpetuirava vsaj še na vse predelave prvotnega dela.

Zaradi standardiziranega besedila licence njen predmet in stranke v sami licenci niso navedeni, zato je treba na drug način označiti veljavnost licence za konkretno delo. Pravzaprav gre za vprašanje, kako določiti, da za delo velja konkretna prosta licenca, oziroma z drugega stališča, kako določiti delo, za katero ta licenca velja. Navadno se obvestilo o licenci doda poleg zaznamka avtorske pravice. Licence Apache, FDL in QPL posebej določajo, da je predmet licence delo, ki vsebuje ali mu je priložen zaznamek o avtorski pravici z odkazom na veljavno licenco,³² medtem ko druge licence preprosto govorijo o delu (programu, kodi, dokumentu ...), za katero licenca velja,³³ kar pa logično prav tako predpostavlja nekakšen poprejšnji odkaz dela na licenco (odsotnost konkretnejše definicije omogoča tudi drugačne načine označitve, da je delo prosto licencirano).³⁴

Kompleksnejšim prostim licencam so pogosto priložena nekakšna navodila za uporabo, ki pojasnjujejo, kako podrediti svoje delo pravilom te licence. GPL tako predlaga, da se v programu na začetku vsake izvirne datoteke doda obvestilo o imenu programa in njegovi funkciji, o avtorski pravici na programu in podeljeni licenci ter o izključitvi odgovornosti.³⁵ Podobna navodila spremljajo licenci Apache in MPL (*exhibit A*). Licence Creative Commons so prilagojene internetni distribuciji digitalnih del, zato predvidevajo, da se v delo vključi koda html, ki samodejno ustvari gumbek z napisom »*Some Rights Reserved*« (nekatero pravice pridržane), izjavo, da je delo licencirano pod določeno licenco CC in povezavo na

³² Enako je določala GPL v verziji 2 (0. člen), medtem ko je v verziji 3 ta določba izpuščena, kar pa seveda ne pomeni vsebinske spremembe.

³³ Prim. dikcijo licenc CC: »'Delo' je individualna intelektualna stvaritev s področja književnosti, znanosti in umetnosti, ki je na kakršenkoli način izražena in ponujena pod pogoji te licence, ali drugo delo, varovano v skladu z Zakonom o avtorski in sorodnih pravicah in ponujeno pod pogoji te licence.«

³⁴ V tem smislu Rosen, str. 87.

³⁵ »<one line to give the program's name and a brief idea of what it does.> Copyright (C) <year>
<name of author>

This program is free software; you can redistribute it and/or modify it under the terms of the GNU General Public License as published by the Free Software Foundation; either version 3 of the License, or (at your option) any later version. This program is distributed in the hope that it will be useful, but WITHOUT ANY WARRANTY; without even the implied warranty of MERCHANTABILITY or FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE. See the GNU General Public License for more details. You should have received a copy of the GNU General Public License along with this program; if not, write to the Free Software Foundation, Inc., 51 Franklin Street, Fifth Floor, Boston, MA 02110-1301 USA.«

povzetek ter polno besedilo licence. Pri uporabi za dela v nedigitalni obliki oziroma ne na internetu pa se tudi podrejenost licenci CC navede na klasičen način: poleg zaznamka avtorske pravice.³⁶ Ta navodila prvotnega avtorja dela seveda ne zavezujejo, nadaljnji predelovalci pa morajo zaradi določbe *copyleft* ohraniti v bistvenem enak način navedbe licence in zaznamka avtorske pravice, kot ga je izbral prvotni avtor.³⁷

Prosta licenca, ki velja za posamezno delo, mora biti vsakemu primerku dela tudi priložena. To je pomembno, da se lahko vsak uporabnik seznani s pravicami uporabe, ki jih pridobiva, in licenčnimi omejitvami teh pravic. Dolžnost priložitve licenčnega besedila zato določajo vse, tudi najpreprostejše proste licence, recipročne licence pa jo širijo tudi na primerke spremenjenega dela. Pri licencah CC je lahko namesto izvoda celotne licence delu priložen samo njen naslov na internetu, kar seveda sledi istemu namenu kot priložitev licence.

5.2.2. Podelitev licence

S tem, ko je primerku avtorskega dela dodan zaznamek o avtorski pravici in navedena prosta licenca, pod pogoji katere je uporaba dela dovoljena, pa licenciranje v pravnem smislu še ni izvedeno. Mogoče je razlikovati dva pravno relevantna trenutka: trenutek, od katerega licenca »velja« za konkretno delo, torej avtorja zavezuje, in trenutek, ko so konkretnemu uporabniku podeljene materialne pravice do uporabe dela.

a) Začetek pravnega učinkovanja licence

Prvi od teh trenutkov nedvomno nastopi tedaj, ko dajalec licence svoje delo na kakršenkoli način da na voljo drugim osebam: objavi, distribuira, da na voljo javnosti na internetu ipd. Potrebno je neko dejanje, ki navzven proti drugim osebam izraža avtorjevo (oziroma predelovalčevo) poslovno voljo, da podredi delo pravilom licence. Glede tega je najbolj jasna MPL, ki v členu 2.1 c izrecno določa, da je licenca prvotnega razvijalca učinkovita z dnem, ko ta prvič distribuira originalno kodo pod pogoji te licence. Učinkovanje licence naknadnih prispevalcev kode MPL veže na prvo komercialno uporabo programja, ki pa je v definicijah opredeljena kot kakršnakoli distribucija dela tretji osebi, tako da je začetek učinkovanja pravzaprav enak. Že elektronsko pošiljanje spremenjenega primerka dela prijatelju torej povzroči veljavnost licence prispevalca.³⁸ Druge proste licence se

³⁶ Glej <http://wiki.creativecommons.org/FAQ>.

³⁷ Schulz v: ifrOSS, str. 162.

³⁸ St. Laurent, str. 69.

posebej ne izrekajo o začetku učinkovanja, vendar ni videti razloga, da bi zanje veljalo kaj drugega. Ko licenca prvotnega avtorja začne učinkovati, ne velja samo za prvi distribuirani primerka dela, temveč tudi za vse kopije, ki so naknadno ustvarjene iz tega primerka.

Pogodbena koncepcija prostih licenc trenutke prve distribucije dela razume kot javno ponudbo dajalca licence za sklenitev licenčne pogodbe. Ponudba dajalca zavezuje, vsak imetnik primerka licenciranega dela pa ima opsijsko upravičenje, da ponudbo konkludentno sprejme in s tem pridobi licenco. Po nepogodbeni koncepciji pa je prva distribucija dela pod prosto licenco hkrati tudi že prvi korak razpolage z avtorsko pravico, ki se nadaljuje s samodejno podelitvijo licence vsakemu imetniku primerka dela.

b) Pridobitev pravic

Prenos pravic na konkretnega pridobitelja licence se lahko izvede šele tedaj, ko je uporabnik licenciranega avtorskega dela znan oziroma določen. To sovпада z začetkom pravnega učinkovanja licence samo tedaj, ko dajalec licence neposredno izroči primerka dela pridobitelju licence. Pri pretežnem delu distribucije prostih vsebin pa so med avtorjem in končnim uporabnikom dela še drugi distributerji, saj avtor nadaljnje distribucije prosto licenciranih primerkov dela ne more nadzorovati.

Kot je bilo že nakazano, se glede trenutka podelitve pravic razlikujeta pogodbeni in nepogodbena koncepcija licence. Po pogodbeni razlagi je licenca podeljena šele tedaj, ko lahko fingiramo konkludentno sklenitev licenčne pogodbe, torej takrat, ko se uporabnik dela loti dejanj, za katera potrebuje avtorjevo dovoljenje (na primer razmnoževanja, objave ali distribucije spremenjenih primerkov dela); za redno uporabo dela, na primer branje knjige ali poganjanje računalniškega programa, namreč zakoniti imetnik ne potrebuje posebnega dovoljenja. Po nepogodbeni razlagi pa je licenca samodejno podeljena vsakemu imetniku primerka dela pod prosto licenco, ne glede na njegovo ravnanje. S trenutkom, ko je pridobil delo v posest, je pridobil tudi licenco – ali bo tudi dejansko izkoristil vse podeljene pravice, pa je drugo vprašanje. To je skladno z določbo 10. člena GPL, po kateri z vsako redistribucijo dela prejemnik samodejno prejme licenco od originalnega dajalca licence.

5.2.3. Prenos licence na nove pridobitelje

Ena od posebnosti prostih licenc je tudi način prenašanja licence na nove pridobitelje primerka dela. Ugotovili smo že, da vsak imetnik primerka prostega dela postane pridobitelj licence, ne glede na to, ali je delo prejel neposredno od

avtorja, od predelovalca ali od distributerja, ki ni v ničemer prispeval k nastanku dela. Sam po sebi do licenciranja seveda ni upravičen. Klasičen pravni mehanizem, ki omogoča tak prenos, je podlicenciranje. To pomeni, da imetnik avtorske pravice vsakemu pridobitelju licence dovoljuje, da podeli podlicenco za uporabo tega dela tretjim osebam. Podlicenciranje je praktična rešitev, da se dajalcu licence ni treba posebej ukvarjati z vsakim členom v distribucijski verigi, temveč to namesto njega počnejo distributerji. Pri recipročnih licencah mora biti podlicenca enake vsebine kot prvotna licenca, pri permisivnih licencah pa to ni nujno, vseeno pa vsa nadaljnja distribucija temelji tudi na prvotni prosti licenci. Vsak udeleženec v distribucijski verigi torej podeli podlicenco vsakomur, ki od njega prejme primerek dela. Tako razlaga proste licence precej teoretikov. Gomulkiewicz na primer razume *copyleft* kot dolžnost podlicenciranja spremenjenih primerkov dela pod isto licenco.³⁹ Podobno menita Guibaultova in van Daalen, o podlicenciranju pri GPL pa govori tudi Rosen.⁴⁰

Večina prostih licenc se o načinu prenosa na nadaljnje imetnike dela ne izjasni. To povzroči težavo pri tistih licencah, ki izrecno ne podeljujejo tudi pravice podlicenciranja dela, saj avtorska zakonodaja izhaja iz načela ločenih prenosov in praviloma zahteva izrecno navedbo vseh pravic, ki se s pravnim poslom prenašajo. ZASP v drugem odstavku 75. člena na primer določa, da se v dvomu šteje, da so prenesene samo tiste pravice in v takem obsegu, kot je bistven za doseg namena posla; vprašljivo je, ali je pravica podlicenciranja nujna za doseg namena proste licence. Poleg tega v prvem odstavku 78. člena določa, da imetnik, na katerega je bila prenesena materialna avtorska pravica ali druga pravica avtorja, ne more brez dovoljenja avtorja te pravice prenesti naprej na tretje osebe, če ni s pogodbo drugače določeno. Pravilo velja ne glede na to, ali je bil prenos izključen ali neizključen. Če pridobitelj licence brez avtorjevega soglasja prenese pravico, ki je ne bi smel, odgovarja avtorju odškodninsko, tretji pridobitelj pa ne pridobi pravice, tudi če je bil v dobri veri. Pravilo o prepovedi nadaljnjih prenosov pravic je specifično za področje pravic intelektualne lastnine in avtorju zagotavlja delni nadzor nad izkoriščanjem njegovega dela tudi po prenosu pravic.⁴¹

Popolno oviro podlicenciranju postavlja GPL, ki v tretjem odstavku 2. člena izrecno prepoveduje podlicenciranje in pojasnjuje, da je to nepotrebno zaradi določbe 10. člena licence, po kateri vsi uporabniki samodejno pridobijo licenco neposredno od originalnih dajalcev licence. Pisci GPL torej izhajajo iz povsem

³⁹ Na primer Gomulkiewicz: *How ...*, str. 190.

⁴⁰ Guibault/van Daalen, str. 77; Rosen, str. 112.

⁴¹ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 196.

drugačnega načina prenosa licence. Pri podeljevanju licence GPL vsakokratnemu uporabniku primerka prostega programja ne gre za podlicenciranje s strani distributerja, temveč vsak uporabnik pridobi licenco neposredno od avtorja prvotnega programja in avtorjev vseh njegovih naknadnih sprememb. Predelovalec dela torej ne podeljuje enotne licence tudi v imenu originalnega avtorja, temveč podeli licenco le na podlagi svoje avtorske pravice, ki jo je pridobil na predelavi, hkrati pa podeljuje uporabniku licenco tudi prvotni avtor dela. To je razvidno tudi iz določbe 8. člena, po kateri prekinitev licence zaradi kršitev GPL ne vpliva na veljavnost licence tistih uporabnikov, ki so programje prejeli od kršitelja. Če bi se prosta licenca opirala na verigo podlicenc, bi namreč neveljavnost ali naknadna prekinitev katerekoli podlicence v verigi povzročila pravno neveljavnost vseh nadaljnjih podelitev licence, zato bi nadaljnji prejemniki delo uporabljali nezakonito. Neposredno licenciranje zagotavlja pravno varnost vsem uporabnikom, ki upoštevajo licenčne določbe, hkrati pa omogoča, da pravno varstvo proti kršitelju licence lahko neposredno uveljavljajo vsi dejanski avtorji oziroma imetniki avtorske pravice, ne pa drugi vmesni členi v (pri prostem programju zelo pestri) distribucijski verigi.⁴²

Zgledu GPL sledijo tudi licence Creative Commons, ki pri podelitvi pravic uporabe nespremenjenega dela prepovedujejo njegovo podlicenciranje, med končnimi določbami pa določajo, da vsakič, ko uporabnik distribuira, da v najem, reproducira ali priobči javnosti delo, zbirko ali predelavo dela, dajalec licence ponuja prejemnikom dela licenco za delo pod istimi pogoji, pod katerimi jih ponuja uporabniku. Razvidno je torej, da je licenca vsakič pridobljena neposredno od prvotnega dajalca licence, in ne od posrednikov. Podlicenciranja izrecno ne dovoljuje tudi Free Art License (10. člen).

Guibaultova in van Daalen menita, da je koncept neposrednega licenciranja preveč zapleten, ker pomeni, da vsak uporabnik pridobi cel šop licenc (tudi več sto) namesto ene same, pri čemer vseh dajalcev (pod)licence morda sploh ne poznamo in nismo prepričani o veljavnosti vseh licenc.⁴³ To je lahko res, vendar se tudi alternativa, tj. dolga veriga licenc in podlicenc s stotinami vpletenih, ne zdi preprostejša, saj je težko sledljiva, poleg tega pa se lahko že zaradi majhne kršitve licence v celoti pretrga. Pri neposrednem licenciranju pa napačno licenciranje enega od predelovalcev dela lahko prizadene samo del licenciranega gradiva, na preostanek pa ne vpliva, medtem ko do pretrganja licenčne verige nikoli ne pride, saj take verige sploh ni.

⁴² Koch (II), str. 339; Schulz v: *ifrOSS*, str. 105; St. Laurent, str. 43.

⁴³ Guibault/van Daalen, str. 77.

Podlicenciranje je mogoče pri tistih prostih licencah, ki ga izrecno dovoljujejo; to so na primer licence MIT, Apache in MPL. Vsak distributer gradiva pod takšno licenco ima zanj pravico podeliti podlicenco neposredno tretjim strankam. Pogoji podlicence morajo biti skladni (ne pa nujno identični) s pogoji prvotne licence, saj dajalec podlicence ne more licencirati več pravic, kot mu jih je podelil prvotni dajalec licence. Kot prednost takega pristopa se navaja, da se celotno pravno razmerje izčrpa med distributerjem kot dajalcem in uporabnikom dela kot pridobiteljem licence, zato ni treba slediti vsem avtorjem, ki so sodelovali pri nastanku dela (vendar so ti vsaj navedeni v zaznamkih avtorske pravice, medtem ko za distributerje to ne velja).⁴⁴ Menim pa, da je podlicenciranje smiselno zlasti, če se upravičencem do podlicenciranja namesto avtorju prepusti odločanje ali vsaj nadzor nad tem, komu bo podlicence podeljena. Ker pridobitelj proste licence lahko postane prav vsakdo, brez omejitev ali pogojev, pa tak nadzor ni potreben in za avtorja ne pomeni poenostavitve.

5.3. Podeljene materialne avtorske pravice

Licenca kot avtorjevo dovoljenje za uporabo dela dogmatično pomeni podelitev posameznih materialnih pravic, izhajajočih iz avtorjeve izključne pravice na delu. Splošna pravna podlaga za to je v drugem odstavku 70. člena ZASP, ki določa, da avtor lahko s pogodbo ali drugim pravnim poslom prenese na druge osebe posamične materialne avtorske pravice in druge pravice avtorja, če ni z zakonom drugače določeno. Gre za neizključni prenos, ki upravičuje imetnika, da na dogovorjeni način uporablja delo poleg avtorja ali drugih imetnikov (prvi odstavek 74. člena ZASP).⁴⁵

Definicija prostega programja govori o štirih svoboščinah: svoboda uporabljanja program za katerikoli namen, svoboda preučevati, kako program deluje, in ga prilagoditi svojim potrebam, svoboda redistribuirati izvode programa ter svoboda izboljšati program in prepustiti svoje izboljšave javnosti. Te svoboščine je treba preslikati v licenco s prenosom ustreznih materialnih avtorskih pravic. Zakon predvideva, da se v prenosnem poslu določijo posamične pravice, ki se prenašajo. Če ni izrecno določeno, katere pravice ali kakšen obseg določene pravice se prenaša, se šteje, da so prenesene tiste pravice in v takem obsegu, kot je bistven za dosego namena pravnega posla (drugi odstavek 75. člena ZASP). Namen prostih licenc je podeliti kar najširši spekter pravic in približati delo pravno nevarovanemu statusu,

⁴⁴ Rosen, str. 88–89.

⁴⁵ ifrOSS, str. 13.

ne da bi se avtor svoji pravici odpovedal. Licenčne omejitve podeljenih pravic niso namenjene njihovemu ekonomskemu izkoriščanju, temveč le spodbujanju širjenja prostega pravnega režima tudi na predelave. Med zelo široko licenco za uporabo dela in odpovedjo pravici na delu je res zelo tanka meja, vendar pri odpovedi (če bi sploh bila dopustna) ne bi bilo mogoče postavljati pogojev za uporabo dela, še manj pa bi bilo na podlagi avtorskega prava mogoče sankcionirati neupoštevanje takih pogojev.⁴⁶

Proste licence, sploh enostavnejše med njimi, pogosto ne vsebujejo izčrpnega seznama pravic, ki se z licenco prenašajo. Dodatno težavo pri mednarodni uporabi pomeni dejstvo, da vsebina posameznih pravic v različnih pravnih redih ni identično opredeljena. Licenčne izraze je zato včasih treba razlagati širše, kot je pomen istega izraza v domačem pravu, če je to skladno z očitnim namenom licence. Licenca BSD na primer izrecno dovoljuje le uporabo in redistribucijo programja. Kljub temu po splošnem prepričanju namen te licence ni izključiti katerokoli obliko izkoriščanja dela, saj licenca BSD velja za najbolj permissivno vrsto licence nasploh. Izraz redistribuiranje (ki pomeni ponovno distribuiranje) nujno vključuje tudi pravico do razmnoževanja, saj redistribucija brez izdelave novih izvodov dela ni mogoča.⁴⁷ Ker licenca v istem stavku govori tudi o distribuciji sprememb dela, je mogoče domnevati, da licenca dovoljuje razmnoževanje in distribuiranje tako izvirnega kot izvedenih del. Beseda redistribuiranje torej zajema vse pravice, ki morajo biti podeljene, da programje postane prosto.⁴⁸ Taka široka razlaga je v skladu z namenom večine dajalcev licence (ker je skladna s prevladujočim prepričanjem in tudi dejansko uporabo v programerski skupnosti), čeprav se ne ujema z običajno aplikacijo načel ločenega prenosa pravic in razlage določb v korist avtorja.

5.3.1. Uporaba

Za proste licence je značilna izrecna določba, da je uporaba dela prosta za kakršenkoli namen. S tem je poudarjeno nasprotje z lastniškimi licencami, ki omejujejo namestitvev programja samo na en računalnik, prepovedujejo njegovo komercialno rabo in podobno. GPL je v verziji 2 določala, da licenca ne pokriva drugih ravnanj razen razmnoževanja, distribucije in spreminjanja; ta ravnanja so zunaj dosega licence, poganjanje programa pa ni omejeno (0. člen). Takšna dikcija je skušala poudariti, da za samo uporabo programja posebna licenca ni potrebna, vendar je

⁴⁶ Guibault/van Daalen, str. 99.

⁴⁷ To pravzaprav pomeni nekakšno obrnjeno domnevo o skupnem prenosu teh dveh pravic, ki jo pozna prvi odstavek 77. člena ZASP. Prim. Trampuž/Oman/Zupančič, str. 195.

⁴⁸ Rosen, str. 78.

včasih povzročala zmotno razumevanje, da GPL uporabe programa ne dovoljuje in je zanj treba pridobiti še posebno dovoljenje. Zaradi večje jasnosti zato GPL v verziji 3 izrecno potrjuje dovoljenje, da pridobitelj licence lahko poganja program za katerikoli namen (2. člen).

Opozoriti velja, da avtorska pravica tradicionalno sploh ni zajemala običajne uporabe avtorskih del. Branje knjige ali poslušanje glasbe ne posega v pravice avtorja. Položaj se je spremenil pri računalniškem programju. Ker njegova uporaba vključuje začasno reprodukcijo dela v delovnem spominu računalnika, je dovoljena samo zakonitemu pridobitelju programa, in sicer le v skladu z namenom programa (114. člen ZASP).⁴⁹ Podobna omejitev velja za uporabo elektronskih baz podatkov (53.a člen ZASP). Vsak pridobitelj proste licence nedvomno je zakoniti uporabnik avtorskega dela v smislu navedenih zakonskih določb, in sicer ne glede na to, ali je primerek dela dobil odplačno ali neodplačno, prek interneta ali na fizičnem podatkovnem mediju.⁵⁰ Delo bi zato lahko uporabljal tudi brez izrecne določbe v licenci. Res pa je, da zakon daje dovoljenje samo za »običajno rabo« podatkovne baze oziroma rabo računalniškega programa »v skladu z njegovim namenom«, kar lahko odpira vprašanja o natančnem obsegu dovoljene rabe, medtem ko proste licence ne poznajo tovrstnih omejitev. Vendar proste licence podeljujejo tudi pravico prostega razmnoževanja dela (torej tudi začasnega reproduciranja v delovnem spominu), ki bi že sama omogočala neomejeno zakonito uporabo licenciranega dela.⁵¹ Z vidika slovenskega avtorskega prava je torej določba o prosti uporabi dela predvsem deklaratorne oziroma pojasnilne narave, a vendar ne brez pomena. Računalniški program namreč lahko implementira postopek, ki je varovan s patentom za računalniško izveden izum. Patent pa za razliko od avtorske pravice varuje prav uporabo predmeta patenta. Če je dajalec licence tudi imetnik patenta, je določba o prosti uporabi lahko argument, da je poleg avtorskopravne podeljena tudi patentna licenca za uporabo prostega programja. Patent tretjih oseb na delu prostega programja pa lahko prepreči možnost njegove zakonite uporabe. Pri drugih kategorijah avtorskih del patentno varstvo ni mogoče, zato je večja gotovost glede dopustnosti njihove uporabe.

Prosta uporaba programja za katerikoli namen je tako bistveni element definicije prostega programja, da voditelji gibanja ostro nasprotujejo kakršnikoli obliki njene omejitve – tudi kadar gre za razloge, s katerimi sicer moralno simpatizirajo.

⁴⁹ Pri knjigah je torej prosto branje pravilo, pri programih pa pomeni izjemo od pravila (o tem priča naslov 114. člena ZASP: Vsebinske omejitve avtorjevih pravic).

⁵⁰ Guibault/van Daalen, str. 102–103.

⁵¹ Spindler, str. 81.

Ohranitev pravic uporabnikov programja je pomembnejša od siceršnjih etičnih ali moralnih zadržkov. Zaradi tega je nedopustna licenčna določba, ki bi prepovedala komercialno rabo programja, prav tako sta gibanji za prosto in za odprto programje odklonili licenco projekta GPU, ki prepoveduje rabo programja v vojaške namene.⁵² Če bi se taka določba uveljavila, bi ločila programje na povsem vojaško in povsem civilno, kar ni zaželeno. Poleg tega taki izrazi lahko povzročajo nepotrebne dvomnosti,⁵³ ki omejujejo splošno sprejemljivost prostega programja.

5.3.2 Razmnoževanje

Nujni element vseh prostih licenc je podelitev neomejene pravice do razmnoževanja licenciranega dela. Gre za pglavitni način rabe dela v telesni obliki. Zakon govori o pravici reproduciranja: to je izključna pravica, da se delo fiksira na materialnem nosilcu ali drugem primerku, in sicer neposredno ali posredno, začasno ali trajno, delno ali v celoti ter s kakršnimkoli sredstvom ali v katerikoli obliki. Delo se reproducira zlasti v obliki grafičnega razmnoževanja, tridimenzionalnega razmnoževanja, zgraditve oziroma izvedbe arhitekturnega objekta, fotografiranja, tonskega ali vizualnega snemanja ter shranitve v elektronski obliki (23. člen ZASP). Omenjene so že bile izjeme oziroma omejitve izključne pravice reproduciranja, ki so potrebne zaradi običajne rabe avtorskih del v elektronski obliki. Poleg tega ZASP pozna še nekatere druge vsebinske omejitve pravice reproduciranja, zlasti v obliki zakonitih licenc in proste uporabe. Dopustna sta na primer fotokopiranje dela knjige za privatno uporabo ali izdelava največ dveh varnostnih kopij računalniškega programja.

Za lastniške licence je značilna precejšnja strogost glede izdelave kopij dela – dopuščajo jo le v takem obsegu kot zakon ali tega skušajo celo omejiti. Proste licence določajo nasprotno: razmnoževanje dela je dovoljeno v katerikoli obliki oziroma na katerikoli način, dobessedno ali v spremenjeni obliki, na poljubnem mediju in v poljubni tehniki, v neomejenem številu izvodov, za kateregakoli uporabnika in za kakršenkoli namen.⁵⁴ Pravica reproduciranja celotnega dela ali njegovih posameznih delov je skratka podeljena povsem brez omejitev, kot da bi bilo delo v javni domeni. Nobena licenčna zahteva se namreč ne nanaša na golo kopiranje

⁵² *Open source project adds »no military use« clause to the GPL*. Newsforge, 14. avgust, 2006. Dostopno na naslovu: <http://www.linux.com/archive/feed/56426>.

⁵³ Na primer: Je uporaba urejevalnika besedil na računalniku v generalštabu v mirnem času vojaška raba ali ne? Je odgovor drugačen med potekom vojnih operacij? Kaj če gre pri tem za mirovne misije OZN?

⁵⁴ Koglin v: ifrOSS, str. 45.

dela, niti obveznost navedbe avtorja, dokler primerki ostanejo zasebni. Uporaba zakonskih omejitev izključne pravice do reproduciranja je zato glede avtorskih del pod prostimi licencami nepotrebna.

5.3.3. Spreminjanje

Definicija prostega programja zahteva svobodo prilagajanja programja posameznikovim potrebam in svobodo njegovega izboljševanja; oboje v avtorskopravnem smislu pomeni uporabo dela v spremenjeni obliki. Seveda je mogoče spreminjati vse vrste avtorskih del, ne le programje, le da je presoja o tem, kdaj gre za izboljšanje dela, drugje bolj podrejena osebnemu okusu. Uporaba dela v spremenjeni obliki obsega zlasti predelavo in avdiovizualno priredbo dela. Pravica predelave je izključna pravica, da se neko prvotno delo prevede, odrsko priredi, glasbeno aranžira, spremeni ali kako drugače predela. Pravica se nanaša tudi na primere, ko se prvotno delo v nespremenjeni obliki vključi ali vgradi v novo delo (33. člen ZASP). Pravica avdiovizualne priredbe pa je izključna pravica, da se prvotno delo predela ali vključi v avdiovizualno delo (104. člen ZASP). Avdiovizualna priredba je mogoča na dva načina: s predelavo nekega obstoječega dela v kinematografski, televizijski ali risani film ali z vključitvijo nekega dela v avdiovizualno delo.⁵⁵

Zakon z materialno avtorsko pravico predelave priznava avtorju monopol nad ustvarjalnimi posegi v njegovo delo, z moralno avtorsko pravico spoštovanja dela pa ga varuje pred vsakršnimi nedovoljenimi posegi v njegovo delo, ne le ustvarjalnimi, ki povzročijo okrnitev avtorjeve osebnosti.⁵⁶ Za spremembo avtorskega dela je torej načeloma potrebno avtorjevo dovoljenje. ZASP pa pozna nekatere primere, ko je predelava objavljenega dela prosta: če gre za privatno ali drugo lastno predelavo, ki ni namenjena in ni dostopna javnosti; če gre za predelavo v parodijo ali karikaturu, če to ne ustvari ali utegne ustvariti zmede glede izvora dela; če gre za predelavo v zvezi z dovoljeno uporabo, ki jo zahteva namen te uporabe; če gre za predelavo v zvezi z dovoljeno uporabo, pa je avtorjevo nasprotovanje predelavi v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja (53. člen ZASP). Predelava objavljenih podatkovnih baz ali računalniških programov pa je upravičenemu uporabniku dovoljena, če je to potrebno zaradi redne uporabe dela (gre torej zlasti za odpravo napak, prilagoditev formata dela ipd., glej prvi odstavek 53.a člena in prvi odstavek 114. člena ZASP).

Proste licence sledijo duhu zakona: privatna predelava, ki ni namenjena in ni dostopna javnosti, je dovoljena povsem brez omejitev (ker gre za izjemo od avtor-

⁵⁵ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 239.

⁵⁶ Prav tam, str. 111.

ske pravice, enostranska licenca privatne predelave niti ne bi mogla omejiti). Poleg tega proste licence dovoljujejo tudi objavo sleherne predelave, njeno distribucijo oziroma priobčitev javnosti. Za tako nezasebno predelavo pa določajo nekatere pogoje, zlasti ohranitev navedbe prvotnega avtorja in dokumentiranje, kdo in kdaj je spremenil delo. Način te navedbe je odvisen od oblike dela, pri programu je navadno vsebovana v glavi datoteke, v knjigi na naslovnici ali v kolofonu ipd. Ni nujno, da se navede pravo ime predelovalca, zadošča psevdonim, vzdevek ali celo anonimna sprememba.⁵⁷

Pri licencah Creative Commons je spreminjanje eden od izbirnih elementov licence. Dajalec licence se torej lahko odloči, da spreminjanja svojega dela ne dovoli. Povzetek licence ta element razlaga takole: »*Brez predelav. Dela ne smete spreminjati, preoblikovati ali ga uporabiti v svojem delu.*« Samo licenčno besedilo predelav ne omenja, a iz določbe, da so vse pravice, ki jih dajalec licence izrecno ne podeljuje, pridržane, je razvidno, da pravica do predelave dela ni podeljena. Taka vrsta licence CC ne izpolnjuje vseh pogojev odprte vsebine, zato ne gre za pravo prosto licenco, temveč za neke vrste polprosto licenco. Seveda pa se je treba zavedati, da je možnost prostega spreminjanja precej pomembnejša pri programu, ki je zlasti funkcionalne narave, kot pri drugih vrstah avtorskih delih, kjer je želja po ohranitvi integritete avtorskega dela bolj razumljiva in utemeljena in je bistvo njihove prostosti predvsem v prostem kopiranju, distribuiranju in javnem priobčevanju dela. Tudi pri licenci CC, ki ne dovoljuje spreminjanja dela, pa je to seveda dopustno v obsegu, ki ga določa že zakon – torej na primer parodiranje ali izdelava privatne predelave.

Kadar reproduciranje dela v novem delu poteka z ustvarjalnimi postopki, kot so predvsem prevajanje, prilagajanje, prirejanje, aranžiranje in podobno, s predelavo nastane novo avtorsko delo. Ker je prvotno delo vraščeno v novo delo in deli njegovo usodo, avtor prvotnega dela obdrži izključno pravico do uporabe svojega dela v predelani obliki (tretji odstavek 33. člena ZASP), enako pravico na novem delu pa pridobi tudi predelovalec (7. člen ZASP).⁵⁸ Avtorsko pravico na predelanem delu si torej delita prvotni avtor in predelovalec. Ni pa nujno, da vsaka sprememba obstoječega avtorskega dela ustvari novo avtorsko delo. Če gre le za majhne spremembe, na primer odprave napak, spremembo formata dela ipd., brez individualnega ustvarjalnega prispevka predelovalca, potem je prvotni avtor edini imetnik pravic tudi na spremenjenem delu. Za take spremembe, zlasti pa za

⁵⁷ Jaeger v: ifrOSS, str. 62–63. Jaeger meni, da pri prostem programu zadošča navedba predelovalca v datotekah izvirne kode, čeprav je priporočljiva tudi v izvršljivi obliki programa.

⁵⁸ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 110–111.

odpravo napak na programju, ki je nujna za njegovo uporabo, njegovo dovoljenje sicer praviloma ni potrebno.⁵⁹

Licence z določbo *copyleft* ali *share-alike* zahtevajo, da mora tudi avtor neza-sebne predelave dela to licencirati drugim pod isto prosto licenco, pod katero je bilo licencirano prvotno delo. Pri drugih, permisivnejših prostih licencah pa takšne določbe ni, zato predelovalec dobi skoraj popoln nadzor nad spremenjenim delom.

Poseben položaj je pri avdiovizualni priredbi dela. Zakon določa, da se s sklenitvijo pogodbe o avdiovizualni priredbi šteje, da je avtor prvotnega dela izključno in neomejeno prenesel na filmskega producenta pravico predelave in vključitve prvotnega dela v avdiovizualno delo, svoje materialne avtorske pravice in druge pravice avtorja na tem avdiovizualnem delu, njegovem prevodu, njegovih avdiovizualnih predelavah ali na fotografijah, nastalih v zvezi s produkcijo avdiovizualnega dela, če ni s pogodbo drugače določeno (drugi odstavek 104. člena ZASP). Prosta licenca nikoli ne more pomeniti take pogodbe o izključnem prenosu pravic, ker so proste licence vedno neizključne. Ni pa jasno, ali je avtorsko delo dopustno že na podlagi proste licence vključiti v avdiovizualno delo in kakšne so posledice take vključitve. Slovenske licence Creative Commons avdiovizualne priredbe izrecno ne omenjajo med podeljenimi pravicami, je pa predelava dela med uvodnimi definicijami opredeljena kot »prevod, aranžma, sprememba ali druga predelava prvotnega dela«. Avdiovizualno priredbo je mogoče uvrstiti med »druge predelave«, saj pravzaprav pomeni le specialno obliko predelave dela.⁶⁰ Generična verzija licenc v angleščini je izrecnejša: med dovoljenimi oblikami derivativnih del omenja tudi filmske verzije dela in sinhronizacijo zvoka in slike. Uporaba gradiva pod licenco CC je torej mogoča tudi v avdiovizualnem delu, pri čemer brez pogodbe z avtorjem ne pride do izključnega prenosa pravic na producenta, če gre za licenco z določbo *share-alike*, pa mora biti tudi celotno avdiovizualno delo licencirano pod isto prosto licenco CC.

5.3.4. Redistribucija in javna priobčitev dela

Definicija prostega programja govori o svobodi redistribuirati izhode programja in o svobodi prepustiti svoje izboljšave javnosti, tako da koristijo celotni skupnosti. Očiten je namen omogočiti čim bolj neomejeno širjenje prostega programja med ljudmi in proste licence ga skušajo doseči s podelitvijo ustreznih pravic. Redistribucija pomeni svobodo ponovnega distribuiranja prejetega izvoda programja in

⁵⁹ Jaeger v: ifrOSS, str. 61.

⁶⁰ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 238.

njegovih kopij, prepustitev izboljšav javnosti pa bi poleg distribucije lahko zajemala tudi druge načine uporabe dela, ki omogočajo, da z njim pride v stik širši krog ljudi – to sta zlasti dajanje v najem in javna priobčitev dela.

a) Distribuiranje

Vse proste licence podeljujejo pravico redistribuiranja primerkov dela, tako v prvotni kot v spremenjeni obliki. Distribuiranje je (v slovenskem pravu) način uporabe fizičnega primerka avtorskega dela, ki pomeni, da se izvirnik ali primerki dela dajo v promet s prodajo ali drugačno obliko prenosa lastninske pravice ali s tem namenom ponudijo javnosti. Pravica distribuiranja obsega tudi izključno pravico, da se primerki dela uvozijo v določeno državo zaradi nadaljnjega distribuiranja, ne glede na to, ali so bili izdelani zakonito ali ne (24. člen ZASP).

b) Dajanje v najem

Drug način uporabe primerkov dela je njihovo dajanje v najem. Tudi to je izključna pravica avtorja, da se izvirnik ali primerki dela dajejo v uporabo za določen čas ter za neposredno ali posredno gospodarsko korist (25. člen ZASP). Proste licence dajanja v najem praviloma ne omenjajo (izjema so slovenske licence CC), razlog za to pa je najbrž predvsem praktične narave: če je mogoče prosto razmnoževanje dela, je njegovo dajanje v najem skoraj nesmiselno – vsak potencialni najemnik lahko namreč dobi kar svoj izvod dela. Morda bi dajanje v najem prišlo v poštev pri delih, ki niso v elektronskem digitalnem formatu in katerih razmnoževanje je zato drago ali pa ima ravno izvirnik posebno vrednost (na primer kipi ali oljne slike). Je pa pri takih delih omejena siceršnja uporabnost proste licence, ki pride v poštev zlasti za njihove digitalne kopije. Koch meni, da na podlagi verzije 2 GPL dajanje v najem ni bilo dovoljeno, ker ni izrecno našteto kot podeljena pravica.⁶¹ Zaradi načela ločenih prenosov prenos posamične materialne pravice ne vpliva na prenos drugih pravic (prvi odstavek 76. člena ZASP). Vendar se v dvomu domneva, da so prenesene tiste pravice in v takem obsegu, kot je bistveno za dosego namena posla (drugi odstavek 75. člena). Načela prostega in odprtega programja pa dovoljujejo kakršnokoli uporabo dela, ki ne omejuje pravic uporabnikov, s čimer bi bilo združljivo tudi dajanje v najem. Mogoča bi bila argumentacija *qui potest plus, potest minus*: ker zaradi podeljenih pravic prostega razmnoževanja in distribuiranja dela pravica dajanja v najem ostane brez samostojnega gospodarskega pomena, je očitno, da avtor dovoljuje tudi to obliko uporabe dela. Pravica dajanja v najem pa ni povsem prenosljiva. Če gre za dajanje v najem fonogramov ali videogramov z avtorskim delom, avtor obdrži pravico do primernega nadomestila za

⁶¹ Koch (II), str. 336.

vsakokratno dajanje v najem in se tej pravici ne more odpovedati (četrty odstavek 76. člena ZASP). Prostost dajanja v najem je torej z licenco mogoče zagotoviti, ni pa mogoče zagotoviti njegove neodplačnosti.

c) *Javna priobčitev*

Poleg uporabe primerkov avtorskega dela je delo mogoče uporabiti tudi v netelesni obliki, torej ga priobčiti javnosti v obliki javnega izvajanja, javnega prenašanja, javnega predvajanja s fonogrami in videogrami, javnega prikazovanja, radiodifuznega oddajanja in dajanja na voljo javnosti (glej 22. člen ZASP). Posebno pomembna se zdi pravica dajanja na voljo javnosti, saj je prenašanje del prek interneta že od začetka eden glavnih modelov distribucije prostega programja in drugih odprtih vsebin.

Zanimivo je, da večina prostih licenc javne priobčitve in dajanja na voljo javnosti sploh ne omenja. Razlog za to je med drugim v različnem pomenu posameznih izrazov v različnih pravnih redih, zlasti izraza »distribucija«. Distribuiranje dela ni povsod priznано kot izključna pravica avtorja (Bernska konvencija ne pozna splošne pravice distribuiranja), ponekod se nanaša samo na odsvojitve primerkov dela, drugje pa tudi na dajanje v najem in druge oblike razpolaganja s primerki, hkrati pa je distribucija tudi uveljavljen nepravni izraz, ki opisuje komercialno ponujanje del širši javnosti. Značilno je, da je v avtorskem pravu ZDA (na podlagi katerega je bila oblikovana večina prostih licenc) pojem distribuiranja širši kot v Evropi in obsega na primer tudi prenos del prek računalniškega omrežja, ki ga v Evropski uniji pokriva posebna pravica dajanja na voljo javnosti (3. člen Direktive 2001/29/ES in 32.a člen ZASP), medtem ko po evropskem pojmovanju distribuiranje obsega samo razširjanje programja na fizičnem podatkovnem mediju.⁶²

Čeprav je konkretni obseg podeljenih pravic pod prosto licenco med pravniki sporen, se vsem drugim, zlasti razvijalcem, distributerjem in uporabnikom, zdi jasno, da je na primer programje pod GPL nedvomno dopustno dajati na voljo tudi prek interneta, saj je prav hitra izmenjava sprememb prek interneta bistveni del razvojnega modela prostega programja. Ker se prosto programje v praksi skoraj vedno daje na voljo javnosti na internetu, je razumno pričakovati, da je tak način razširjanja programja imel v mislih tudi povprečni dajalec licence. Zaradi tega se teorija večinoma zavzema za širšo razlago licenčnih pojmov – tujepravne licence ne gre prevajati dobesedno, samo na podlagi pravnih kategorij domačega avtorskega prava, temveč po pomenu, ki ga ima v domačem pravnem redu. Treba je tudi upoštevati, da pravica dajanja na voljo javnosti pred sprejemom direktive

⁶² Trampuž/Oman/Zupančič, str. 95; ifrOSS, str. 14.

o avtorski pravici v informacijski družbi leta 2001 sploh ni obstajala in bi jo bilo mogoče podeliti samo kot neimenovano pravico javne priobčitve.⁶³ Izraz distribucija tako ne pomeni le posebne pravice avtorja, temveč metodo razpečevanja avtorskih del na splošno.⁶⁴ Ta gotovo obsega dajanje na voljo javnosti (ker se v praksi najpogosteje uporablja), manj prepričljivo pa je širjenje pojma distribucija tudi na druge načine javne priobčitve, na primer javno izvajanje, javno prenašanje ali javno prikazovanje, ki niso značilni za računalniško programje, so pa tem pomembnejši za nekatere druge kategorije avtorskih del. Na srečo licence Creative Commons, ki so namenjene zlasti neračunalniškim delom, uporabniku izrecno podeljujejo pravico, da distribuira ali da v najem primerke ali zvočne posnetke dela in jih priobči javnosti, tudi če so sestavni del zbirke (*distribute, publicly display, publicly perform, or publicly digitally perform* v generični angleški različici). Taka ravnanja brez izrecnega naštevanja dopušča tudi nova, tretja verzija GPL. Druga verzija FDL pa v 2. členu izrecno dovoljuje tudi javno izvedbo dela pod pogojem, da je občinstvu dana na voljo transparentna oblika dela. Javna izvedba je torej izenačena z distribucijo netransparentnih primerkov dela občinstvu. Licenca FAL v naslovu člena 2.2 omenja tudi svobodo javne priobčitev dela, vendar te pravice v besedilu člena izrecno ne podeljuje.

d) Ponujanje programskih storitev

Z vse bolj razširjenim širokopasovnim dostopom do interneta postaja čedalje bolj aktualna uporaba računalniškega programja le kot storitve, ki se ponuja prek interneta (*application service providing*). Program torej teče na centralnem strežniku, uporabnik pa uporablja storitve programa prek spletne strani. Ni povsem jasno, kateri od obstoječih pravic uporabe programja je mogoče podrediti takšno uporabo. Gotovo ne gre za distribucijo dela, saj uporabnik ne prejme svojega fizičnega izvoda programja, temveč ga le namrežno uporablja. Programje ostane na strežniku, posamezni njegovi deli pa se vsaj začasno naložijo v delovni spomin uporabnikovega računalnika, zato je uporaba nekje med dajanjem na voljo javnosti in dajanjem v najem. Spindler meni, da je vendarle najbližja kvalifikacija dajanje na voljo javnosti, saj ne pride do fizičnega prenosa programja, hkrati pa deli programja, ki ostanejo v delovnem spominu uporabnikovega računalnika, niso samostojno funkcionalni. Dopušča pa tudi razlago, da gre za novo obliko uporabe dela, ki je licence preprosto ne zajemajo.⁶⁵

⁶³ Spindler, str. 82.

⁶⁴ ifrOSS, str. 14; Spindler, str. 79–80.

⁶⁵ Spindler, str. 87; podobno Kreutzer v: ifrOSS, str. 125.

Ne glede na dikcijo posameznih licenc menim, da bi rezultat razlage, ki bi ustrezal pravi volji povprečnega dajalca proste licence, moral biti tak, da je ponujanje prostega programja kot internetne storitve dopustno. Ideja prostega programja je v tem, da dopušča sleherno možno uporabo programja razen take, ki bi okrnila njegovo svobodo.

5.3.5. Nova opredelitev pravic v GPL

GPL je v verziji 2 podeljevala pravico distribuiranja programja, ni pa omenjala pravic njegove javne priobčitve.⁶⁶ Zlasti zaradi dvournosti, ki jih je to povzročalo pri uporabi licence v pravnih redih, ki poznajo posebno pravico dajanja na voljo javnosti, so se sestavljenci nove, 3. verzije GPL odločili za »denacionalizacijo« licenčne terminologije. Namesto opiranja na nacionalno avtorskopravno terminologijo licenca uporablja nove, nevtralne izraze, ki jih opredeljuje opisno – po vsebini ravnanja, ki ga obsegajo, ne pa z naštevanjem kategorij iz nacionalnih zakonov. Menijo, da je prednost take, na dejstvih zasnovane terminologije tudi v tem, da jo lažje razumejo in uporabijo individualni razvijalci in uporabniki brez pomoči pravnih strokovnjakov. Poglavitna je opredelitev treh pojmov: razširjanje dela, prenašanje dela in delo, zasnovano na drugem delu.⁶⁷ Gre za zanimiv pristop, ki ga kaže posebej preučiti.

a) Razširjanje dela

Namesto podelitve pravic do razmnoževanja, spreminjanja in distribuiranja programja GPL po novem uporablja izraz »propagacija« (*propagation*), za kar se mi zdi še najprimernejši prevod »razširjanje dela«. Razširjati avtorsko delo pomeni početi z njim karkoli, za kar je po merodajnem avtorskem pravu potrebno dovoljenje avtorja (oziroma drugega imetnika avtorske pravice), razen poganjanja programa na računalniku ali izdelave privatnih predelav, ki se jih ne deli z drugimi (drugi odstavek 0. člena). Licenca sama pojasnjuje, da to vključuje reproduciranje, distribuiranje (s spremembami ali brez), dajanje na voljo javnosti in v nekaterih državah tudi druga ravnanja. GPL v 2. členu dovoljuje neomejeno razširjanje dela na vse načine razen njegovega prenašanja. Dokler delo ostane v zasebni sferi pridobitelja licence, glede njegovega razširjanja ni nobenih pogojev ali omejitev.

V slovenskem pravu bi torej izraz razširjanje dela zajemal vse materialne avtorske pravice, tj. pravico reproduciranja del, pravico javne priobčitve dela, pravico

⁶⁶ Rosen, str. 126.

⁶⁷ Glej *Opinion on Denationalization of Terminology*, dostopno na <http://gplv3.fsf.org/denationalization-dd2.html>.

predelave in avdiovizualne priredbe dela ter pravico dajanja dela v najem (22. člen ZASP). Ni jasno, ali je tako široka podelitev pravic sploh dopustna glede na izhodišče zakona, da se prenašajo samo *posamezne* materialne pravice (drugi odstavek 70. člena ZASP). Treba je uporabiti pravilo drugega odstavka 75. člena zakona, po katerem so v dvomu prenesene tiste pravice in v takem obsegu, kot je bistven za dosego namena posla. Pri prostem programju je gotovo bistven prenos pravice do dajanja na voljo javnosti, ki je tudi izrecno primeroma naveden, tako da glede prenosa te pravice ni dvoma. Najbrž ne moremo govoriti o prenosu pravice javnega uprizarjanja ali radiodifuznega oddajanja, ker teh pravic pri računalniškem programju že sicer ni mogoče uporabiti. Če bi bilo pod GPL licencirano na primer pisno ali avdiovizualno delo (kar sicer ni priporočljivo), pa bi bil namen posla gotovo tudi podelitev drugih pravic javne priobčitve dela. Iz licence FDL, ki uporablja isto terminologijo kot GPL, a je namenjena zlasti literarnim delom, je izrecno razvidno, da razširjanje obsega tudi javno izvajanje dela (četrti odstavek 2. člena FDL verzije 2).

b) Prenasjanje dela

Namesto distribuiranja dela kot pogoj za učinek *copyleft* GPL po novem določa *conveying*, kar je mogoče prevesti kot prenašanje dela. Prenasjanje je ožji izraz kot razširjanje dela in obsega vse načine razširjanja, ki omogočajo drugim strankam, da napravijo ali prejmejo kopije dela. Gre torej za razširjanje dela drugim osebam na vse načine, razen podlicenciranja, ki ni dovoljeno. Prenasjanje dela je dovoljeno pod pogojem, da so ohranjeni zaznamki o avtorski pravici, opozorilo na licenco in priloženo njeno besedilo (4. člen GPL). Prenasjanje predelav dela pa je dovoljeno samo, če so tudi te licencirane pod GPL (5. člen GPL).

V slovenskem pravu sta najpomembnejši obliki prenašanja dela gotovo njegovo distribuiranje in dajanje na voljo javnosti. Ker je razmnoževanje dela vsakomur dovoljeno, pa je oblika razširjanja, ki omogoča drugim strankam, da napravijo kopijo dela, tudi dajanje programa v najem, zato bi tudi to pravico lahko šteli za obliko prenašanja dela in nanjo vezali učinek *copyleft*. Pri drugih oblikah avtorskih del (za katere pa GPL ni zasnovana) bi prenašanje dela najbrž lahko širili tudi na javno predvajanje ali radiodifuzno oddajanje.

c) Spreminjanje dela

Spremeniti (*modify*) delo pomeni kopirati iz dela ali prilagoditi celotno delo ali njegov del na kakršenkoli način (razen popolne reprodukcije), za katerega bi bilo po merodajnem avtorskem pravu potrebno dovoljenje imetnika avtorske pravice. Nastalo delo se imenuje spremenjena verzija prvotnega dela ali delo, zasnovano na

prvotnem delu. Pravica predelave v 33. členu ZASP se izrecno prav tako nanaša tudi na prevode dela in na primere, ko se prvotno delo v nespremenjeni obliki vključi ali vgradi v novo delo (ne pa v zbirko, ki je agregacija samostojnih del). Avtorjevo dovoljenje ni potrebno za tiste spremembe dela, ki so nujne za redno uporabo programa skladno z njegovim namenom. Druge oblike ustvarjalne spremembe dela pomenijo predelavo in zahtevajo avtorjevo dovoljenje. Spreminjanje dela se vsebinsko torej večinoma ujema z izrazom predelava, kot ga opredeljuje slovensko pravo, pri nekaterih vrstah avtorskih del pa lahko zajema tudi avdiovizualno priredbo dela.

5.3.6. Neznane oblike uporabe dela

Namen proste licence je zagotoviti prosto uporabo dela ne samo zdaj, temveč tudi v prihodnje, do izteka avtorske oziroma drugih izključnih pravic, ki bi jo lahko omejevale. V prihodnosti pa se lahko pojavijo nove oblike uporabe dela, ki jih danes še ne poznamo oziroma jih niti ne znamo predvideti. Primer nove oblike uporabe, ki se je razširila šele v zadnjem desetletju oziroma dveh, je dajanje dela na voljo javnosti prek elektronskih omrežij, ki ni primerljivo z nobeno prej obstoječo obliko uporabe dela, zato je bila v Evropi zanj uvedena celo posebna materialna avtorska pravica. Različna so stališča, ali tudi ponujanje programskih storitev prek elektronskih omrežij (*application service providing*) pomeni novo obliko uporabe.⁶⁸ Odprta vsebina mora ostati odprta za kakršnokoli uporabo, tudi tisto, ki bo mogoča šele v prihodnosti, zato bi jo morale proste licence dovoljevati. Pri tem pa naletimo na težavo zaradi 4. točke 79. člena ZASP, po kateri je nično vsako določilo, s katerim avtor prenaša na drugo osebo materialne avtorske pravice za neznane oblike uporabe svojega dela (taka določba je sicer posebnost nemškega avtorskega prava, po katerem jo je povzelo tudi slovensko). Licence za še neobstoječe gospodarsko-tehnično samostojne in ločljive oblike izkoriščanja dela torej ni mogoče podeliti. Namen te določbe je varovanje avtorja. Obseg in vrednost novih oblik uporabe sta namreč lahko povsem neznana in avtor bi se z njihovim predčasnim prenosom lahko odpovedal pomembnim dobrinam. Avtorsko pravo zato teži k temu, da v dvomu čim več pravic ostane pri avtorju.⁶⁹ Pomen take varstvene funkcije pa se zmanjša, če avtor svojih izključnih upravičenj sploh ne želi uveljavljati, kot v primeru odprte vsebine, saj v takem primeru zaradi novih oblik uporabe dela ne more biti prikrajšan. Teorija o poslovnem namenu prenosa bi pri

⁶⁸ Kreutzer v: ifrOSS, str. 125.

⁶⁹ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 198; Spindler, str. 75.

prostih licencah zahtevala prenos vseh pravic, tudi do bodočih načinov uporabe, a seveda ima specialnejša določba 79. člena ZASP prednost.

Proste licence neposredno niso v nasprotju z omenjeno zakonsko določbo. Slovenske različice licenc CC jo celo izrecno priznavajo, saj v 3. členu določajo, da se izkoriščanje navedenih pravic nanaša samo na znane oblike uporabe dela, vse pravice, ki jih dajalec licence izrecno ne podeljuje, pa so pridržane. Konflikt pa se lahko pojavi posredno, zaradi nejasnega obsega uporabljenih izrazov. Predstavljena je že bila diskusija o tem, ali je dajanje na voljo javnosti lahko zajeto z izrazom distribuiranje. Čeprav gre za novo pravico, je bila priobčitev prek podatkovnih omrežij kot način uporabe dela znana že prej, zato večina teorije meni, da na primer v začetku devetdesetih let 20. stoletja podeljene licence že dovoljujejo tudi uporabo na internetu, sploh ker so bili dajalci prostih licenc tedaj zlasti programerji, torej strokovnjaki na tem področju. Spindler meni, da ni odločilno, ali je bil tak način uporabe znan konkretnemu razvijalcu, temveč je pomembno, ali je bil sploh znan v strokovnih oziroma poslovnih krogih.⁷⁰

Podoben problem se lahko pojavi zaradi nove, abstraktne formulacije GPL, po kateri razširjanje dela zajema vsa dejanja, za katera je po merodajnem pravu potrebno avtorjevo dovoljenje. Tak izraz zajema tudi vse možne bodoče oblike uporabe dela, ki bodo pridržane avtorju, in sicer ne glede na to, ali jih je mogoče subsumirati pod katero od obstoječih pravic ali pa bo zanje uvedena nova materialna avtorska pravica. Zaradi ničnosti podelitve pravic do neznanih oblik uporabe dela torej obsega pravic, ki jih podeljuje GPL, ni mogoče ugotoviti abstraktno, temveč je ta odvisen od trenutka podelitve licence – pred ali po tem, ko je bila nova oblika uporabe že znana.⁷¹ Trenutek podelitve licence je pri odprti vsebini težko ugotoviti. Poleg tega GPL temelji na konstrukciji neposredne podelitve licence vsakemu uporabniku. Se torej GPL z vsako novo podelitvijo aktualizira in so novejši uporabniki dela upravičeni tudi do take uporabe, ki v času, ko so licenco pridobili prvi uporabniki, še ni bila znana? Ker nadaljnje licenciranje poteka samodejno in avtor ne glede na svoje poznavanje ali nepoznavanje novih oblik uporabe dela nanj ne more več vplivati, je prepričljivejši argument, da je odločilen samo trenutek prve podelitve proste licence. A tudi to ne reši problema, če pride do predelave razmeroma starega prvotnega dela, kar pomeni, da predelovalec z licenco podeli tudi pravico do vmes nastale nove oblike uporabe dela, medtem

⁷⁰ Spindler, str. 82–84.

⁷¹ V tem smislu Spindler, str. 75.

ko prvotni avtor te pravice ni mogel podeliti. Za isto delo torej veljata po obsegu pravic različni licenci.⁷²

Na enako težavo naletimo pri drugih prostih licencah, ki sicer izrecneje naštevajo podeljene materialne pravice, a vključujejo določbo *or any later version*. Če poznejša različica licence podeljuje tudi pravice uporabe, ki jih prejšnja različica še ni poznala, so torej z določbo o samodejni veljavnosti nove različice licence implicitno podeljene tudi pravice na neznanih oblikah uporabe, kar je po ZASP nedopustno. Seveda pa tudi tu lahko rečemo, da podelitev ni vnaprejšnja, saj se nova licenca podeli šele tedaj, ko je nova oblika uporabe dela že znana.⁷³

Jasno pa je, da je debata o tem vprašanju bolj teoretične kot praktične naprave. Prosto licencirana dela se v resnici uporabljajo in se bodo uporabljala na vse tehnično aktualne načine ne glede na pravno opredelitev dopustnosti. Tega skoraj ni mogoče preprečiti, in zlasti če avtorji odprte vsebine temu ne nasprotujejo, prevlada normativna moč dejanskosti. Če jo želimo uskladiti s pravno doktrino, se mi zdi primerno domnevati, da če avtor za svoja dela še naprej uporablja isto ali podobno licenco ali če tako licenco ohranja na svoji spletni strani, s tem očitno privoli tudi v nove načine uporabe, ki jih ta licenca dovoljuje – sicer bi jih izrecno prepovedal ali začel uporabljati drugo, restriktivnejšo licenco. Seveda je še bolj priporočljivo, da avtor izrecno izjavi, da dovoljuje tudi novo obliko uporabe svojih starih del. Če je vmes avtor že umrl, je položaj bolj dvomljiv.

Določba o popolni prepovedi prenosa pravic do neznanih oblik uporabe dela torej lahko povzroči precej težav, četudi predvsem teoretičnih, zlasti pa pretirano otežuje sledenje tehnološkemu napredku.⁷⁴ Nemški zakonodajalec je zaradi tega tovrstno prepoved leta 2007 nadomestil z določbo, da je prenos pravic do še neznanih oblik uporabe dela mogoč, če je pogodba sklenjena v pisni obliki. Pisna oblika pa se ne zahteva, če avtor neodplačno vsakomur podeli neizključno pravico uporabe. S tem je zakon izrecno upošteval možnost podeljevanja prostih licenc (par. 32a UrhG). Že pred spremembo zakona je težave omilila sodna praksa, ki je zožila pojem nove oblike uporabe dela. Nemško vrhovno sodišče je v primeru *Zauberberg*⁷⁵ odločilo, da distribucija filma na DVD-jih ne pomeni nove oblike

⁷² Prim. Spindler, str. 77–78.

⁷³ Kreutzer meni, da prehod na novo različico licence ne prinese s seboj tudi podelitve pravic do novih oblik uporabe. Kreutzer v: ifrOSS, str. 126.

⁷⁴ Spindler, str. 72.

⁷⁵ Sodba BGH opr. št. I ZR 285/02 z dne 19. 5. 2005; podrobneje glej Günther Poll, *New Types of Exploitation – »The Magic Mountain« on DVD*. European Intellectual Property Review, št. 28/2006, str. 355–356.

6 U 5487/01, z dne 10. 10. 2002.

uporabe dela v primerjavi z distribucijo na videokasetah. Gre namreč samo za nov format dela, ki nadomešča prejšnjega, oblika uporabe pa ostaja enaka. To je skladno s stališčem teorije, da naj se novost uporabe presoja glede na namen varovanja avtorja pred posli, katerih gospodarska teža se še ne da ovrednotiti.⁷⁶ Distributerju, ki je pridobil pravico distribucije na videokasetah, torej zaradi distribucije DVD-jev ni treba skleniti nove pogodbe s producentom.

5.4. Nastanek obveznosti pridobitelja licence

Iz proste licence za pridobitelja ne izhajajo obligacijskopravne obveznosti, izpolnitev katerih bi dajalec licence lahko zahteval s tožbo, temveč licenca določa pogoje za uresničevanje podeljenih pravic. Neupoštevanje teh pogojev pomeni kršitev avtorske pravice in prekinitev veljavnosti licence, zato mora uporabnik licenčna pravila spoštovati, da se izogne pravnim sankcijam. V tem smislu lahko govorimo o obveznostih pridobitelja licence. Skoraj vse proste licence na primer zahtevajo, da vse distribuirane kopije dela ohranijo zaznamek avtorske pravice, navedbo relevantne licence in njeno besedilo ter izjavo o izključitvi odgovornosti. V distribuiranih predelavah del morajo biti ohranjene navedbe originalnega avtorja in navedbe, kdo in kdaj je delo spremenil. Recipročne licence določajo še, da se lahko predelave dela distribuirajo samo pod pogoji iste proste licence, kot pogoj za distribucijo programja v izvršljivi obliki pa zahtevajo razkritje njegove izvirne kode. V novejših licencah se pojavljajo tudi pravila o tem, kdaj je dopustna uporaba ukrepov digitalnega upravljanja pravic za licencirana dela in kako ravnati s programskimi patenti.

Navedena pravila se ne nanašajo na izvrševanje vseh z licenco podeljenih pravic, temveč samo nekaterih. Dokler se licencirano delo uporablja le zasebno, ne veljajo nikakršne omejitve – pridobitelj licence lahko delo poljubno razmnožuje ali spreminja brez nadaljnjega. Obveznost *copylefta* ne učinkuje že s spremembo dela, temveč šele takrat, ko to postane dostopno javnosti. Interna predelava dela je neomejena, saj avtorjevo dovoljenje zanjo že po zakonu ni potrebno.⁷⁷ Zasebne uporabe del prosta licenca ne omejuje niti v primerih, ko merodajno pravo zanjo sicer zahteva dovoljenje avtorja – na primer za reproduciranje dela, ki po številu primerkov presega mejo privatnega ali lastnega reproduciranja iz 50. člena ZASP. Nemško pravo (drugače od slovenskega)⁷⁸ pri računalniškem programu izključuje

⁷⁶ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 198.

⁷⁷ Prva točka 53. člena ZASP: predelava objavljenega dela je prosta, če gre za privatno ali drugo lastno predelavo, ki ni namenjena in ni dostopna javnosti. Prim. Jaeger v: ifrOSS, str. 59.

⁷⁸ Glej 53. člen ZASP v zvezi s četrtrim odstavkom 114. člena (*arg. a contrario*).

pravico do proste privatne predelave (par. 69c UrhG), proste licence pa spreminjanje programov, ki se zgodi v povsem zasebni sferi, dovoljujejo brez nadaljnjih pogojev.⁷⁹

Obveznosti oziroma omejitve iz prostih licenc nastopijo, ko je kopija ali predelava licenciranega dela dana v promet in zapusti zasebni krog pridobitelja licence. Šele tedaj namreč z njo lahko pridejo v stik tretje osebe, katerih pravico do proste rabe dela licenčne omejitve pravzaprav skušajo zagotoviti. Tradicionalno so obveznosti iz licenc vezane na dejanje distribuiranja primerkov licenciranega dela. Šele ko se kopija dela distribuira, ji je treba priložiti licenčno besedilo, izvirno kodo, navesti predelovalca itd. – tako določajo na primer licence MIT, BSD, Apache, OPL, MPL, FAL, FDL in verzija 2 GPL. Kot je bilo že omenjeno, distribuiranje pomeni, da se izvirnik ali primerki dela dajo v promet s prodajo ali drugačno obliko prenosa lastninske pravice ali s tem namenom ponudijo javnosti (24. člen ZASP). Distribucija primerkov dela pa ni edini položaj, ko se tretje osebe – potencialni novi uporabniki – lahko srečajo z licenciranim delom. Primerki dela se lahko še dajejo v najem, delo pa se lahko uporabi tudi v netelesni obliki, torej priobči javnosti v obliki javnega izvajanja, javnega prenašanja, javnega predvajanja s fonogrami in videogrami, javnega prikazovanja, radiodifuznega oddajanja in dajanja na voljo javnosti (22. člen ZASP). Ti načini uporabe niso značilni za računalniško programje, zato so jih začele resneje upoštevati šele licence za druge kategorije prostih del. Licence Creative Commons tako obveznosti uporabnika vežejo na vsak izvod dela, ki ga distribuira, da v najem ali javno priobči (*distribute, publicly display, publicly perform, or publicly digitally perform* v generični angleški različici). Seveda licenčne obveznosti zadevajo zlasti tiste načine javne priobčitve, ki omogočajo navedbo avtorske pravice in priložitev licence, tretjim osebam pa pridobitev ali izdelavo kopij dela. Pri javnem izvajanju dela je gotovo mogoče zvočno ali slikovno snemanje izvedbe, ni pa povsem jasno, kako se v izvedbi navede licenca – morda bi jo moral izvajalec na primer pri recitaciji ali javnem glasbenem izvajanju ustno omeniti občinstvu (branje celotnega licenčnega besedila pa gotovo ni potrebno). GPL v verziji 3 obveznosti iz licence namesto na distribucijo veže na prenašanje dela (*conveying*), kar obsega vse načine uporabe, ki omogočajo, da druge stranke napravijo ali prejmejo kopije dela. Poleg distribuiranja primerkov dela so to še njihovo dajanje v najem, dajanje na voljo javnosti in tiste oblike javne priobčitve dela, ki pridejo v poštev za programje in omogočajo izdelavo kopij, torej podobno kot pri licencah CC.

⁷⁹ Jaeger v: ifrOSS, str. 59.

Skupna lastnost vseh navedenih ravnanj je, da pomenijo objavo dela v smislu 3. člena ZASP, če je delo z njimi prvič postalo dostopno javnosti. Odgovor na vprašanje o trenutku nastanka obveznosti pridobitelja licence je torej odvisen od tega, kaj pomeni izraz »javnost«, ki je bistven del definicije distribucije, javne priobčitve in objave dela.⁸⁰ V avtorskem pravu je pojem javnega in javnosti na splošno pomembno razmejitveno merilo, saj so vse netelesne oblike materialnih avtorskih pravic avtorskopravno relevantne le, če potekajo javno ali za javnost. Avtorsko delo je postalo dostopno javnosti, če ga je večje število oseb, ki so zunaj običajnega kroga družine ali osebnih znancev (2. člen ZASP), čutno zaznalo. Dana mora biti dejanska možnost čutne zaznave, ni pa treba, da bi javnost delo tudi dejansko zaznala. ZASP pa ne določa pogoja, da bi morala biti javnost navzoča hkrati ali v istem prostoru, zato je tudi digitalni prenos dela prek računalniškega omrežja lahko javna priobčitev.⁸¹

Trampuž navaja, da pojma družine ne gre razlagati samo v smislu družinskega prava, temveč je upoštevati tudi širše sorodstvo, ki v konkretnem primeru še spada v običajni krog (na primer sorodstva, zbranega pri poročnem obredu ali sedmini, praviloma ne bi mogli šteti za javnost). Pri znancih je treba upoštevati, da po zakonu le osebni znanci izključujejo javnost, česar ni zmeraj mogoče enačiti s poklicnimi, stanovskimi, društvenimi ali drugimi vrstami znancev.⁸² Jaeger meni, da krog osebnih znancev lahko obstaja tudi virtualno, prek interneta, torej ni treba, da se poznajo »v živo«. Majhna skupina razvijalcev, četudi je razpršena po svetu, zato ni zavezana spremenjenega prostega programja dati na voljo javnosti v izvorni kodi, če si ga izmenjajo samo interno.⁸³ Nejasno je, kdaj uporaba dela v isti organizaciji preseže meje zasebne uporabe in sproži licenčne obveznosti. Spindler meni, da je potrebna zavest o osebni povezanosti udeležencev, za kar ne zadošča že njihova pripadnost isti organizaciji. Izmenjava dela prek interneta omrežja v velikem podjetju zato lahko pomeni javno priobčitev – četudi je krog oseb, ki lahko dostopajo do omrežja, omejen, med njimi ni tesne osebne povezanosti, ki jo zahteva sodna praksa. Tudi nadaljnji razvoj ali odprava napak (*bug fixes*) na prostem programju, ki ju za podjetje opravi računalniška družba na podlagi pogodbe o servisiranju in podpori, zapadejo obveznosti razkritja spremenjene izvirne kode.⁸⁴

⁸⁰ Spindler, str. 104.

⁸¹ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 19.

⁸² Prav tam, str. 20–23.

⁸³ Jaeger v: ifrOSS, str. 60.

⁸⁴ Spindler, str. 104–107.

Ponujanje programja kot storitve prek interneta (*application service providing*, glej podrobneje poglavje 5.3.4d) navadno ne povzroči nastanka licenčnih obveznosti. Pri tem namreč ne gre za distribucijo dela, ki jo zahteva večina licenc (saj uporabnik ne prejme svojega izvoda), prav tako pa tretjim osebam ni omogočeno, da napravijo ali prejmejo kopije celotnega dela, kar je element definicije prenašanja programja po verziji 3 GPL. Tudi licence CC take uporabe licenciranih del ne predvidevajo, saj je značilna za računalniško programje in ne za druge vrste odprtih vsebin. Prav ponujanju programskih storitev pa je prilagojena licenca *Affero General Public License*, ki je sestavljena iz celotne GPL z dodatno določbo 2d, po kateri pri programju, ki je namenjeno gostovanju na strežniku in ki vključuje mehanizem za spletni prenos izvirne kode, tega mehanizma ni dovoljeno odstraniti, predelovalec pa mu mora dodati še mehanizem za spletni dostop do izvirne kode sprememb.⁸⁵ Čeprav je bila zaradi te določbe AGPL nezdružljiva z verzijo 2 GPL, jo je FSF izrecno podprla kot prvo licenco *copyleft* za spletne storitve.⁸⁶ GPL tudi v verziji 3 nima primerljive določbe, vendar zdaj izrecno omogoča dodatek določbe tipa *Affero*, ne da bi to povzročilo nezdružljivost licence z GPL (13. člen GPL).

5.5. Copyleft

5.5.1. Koncept

Najpreprostejša oblika odprte vsebine so dela v javni domeni, torej gradivo, ki pravno sploh ni (več) varovano. Vsakdo ga lahko uporablja in izkorišča, kakorkoli se mu zdi.⁸⁷ Prav tako ni omejeno predelovanje in razmnoževanje avtorskopravno varovanih del, ki so licencirana z enostavno permissivno licenco. Če je predelava takega gradiva sama individualna intelektualna stvaritev, potem tudi predelovalec na njej pridobi avtorsko pravico. Ker izključnih pravic na prvotnem delu bodisi ni bodisi se ne uveljavljajo, predelovalec lahko edini odloča o nadaljnji uporabi celotnega predelanega gradiva. To pomeni, da si ljudje lahko delijo prosto programje in njegove izboljšave, če so temu naklonjeni, po drugi strani pa omogoča, da »nekooperativni posamezniki« prosto programje preprosto spremenijo v lastniško, tako da ga malenkostno predelajo ali vključijo v drug program in takega

⁸⁵ Guibault/van Daalen, str. 20.

⁸⁶ Glej sporočilo za javnost z dne 19. marca 2002: <http://www.gnu.org/press/2002-03-19-Affero.html>. Podoben novejši poizkus je *Honest Public License* projekta Funambol, ki pa je FSF ni sprejela z odobravanjem, ker uporablja jezik drugega osnutka GPL verzije 3, ki je bil namenjen zgolj za razpravo.

⁸⁷ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 263; Miller, str. 495.

distribuirajo naprej kot svoje avtorsko delo.⁸⁸ Pri tem gre lahko tudi za očitno zlorabo, na primer dodatek nekaj funkcionalno nepomembnih datotek v prost operacijski sistem. Uporabniki, ki prejmejo programje v spremenjeni obliki, torej nimajo svobode, ki jim jo je namenil avtor prvotnega programa, ker jo je posrednik omejil. Isto velja za vse kategorije avtorskih del, a je najbolj akutno na področju programja, ki zahteva stalno nadgrajevanje in prilagajanje, zato se je tu koncept razvil in dodobra uveljavil.

Ortodoksnjšim ideologom prostega programja se zdi nedopustno, da bi se njihovo programje med distribucijo »olastnilo«, torej da bi na njem kdo pridobil izključne pravice in razvil zaprte lastniške veje projektov prostega programja. Zato je Stallman razvil koncept *copyleft*, to je licenčno prepoved omejevanja pravic nadaljnjih uporabnikov do razmnoževanja, spreminjanja in distribuiranja prostega programja. Predelovalec mora ob distribuciji spremenjenega programja vsem uporabnikom z licenco podeliti enake pravice, ki jih je na prvotnem programu na podlagi licence pridobil sam. Obveznosti iz licence se torej perpetuirajo; ali se to zgodi z vsemi ali samo z nekaterimi licenčnimi določbami, pa je odvisno od konkretne licence.⁸⁹ *Copyleft* torej ni vrsta licence, temveč metoda, po kateri se licenca namesto za omejevanje uporabi za varovanje svobode uporabnikov. Določba o obveznosti uporabe iste licence za predelave programja je bila prvič uporabljena v GPL in se pogosto označuje za srce te licence.⁹⁰

5.5.2. Terminologija

Izraz *copyleft* je v angleščini besedna igra, ki po eni strani namiguje na nasprotje izraza *copyright*, po drugi strani pa pove, da pravice do razmnoževanja (*copy*) ni pridržana distributerju, temveč vedno prepuščena (*left*) vsakemu uporabniku.⁹¹ Kar so v okvirih avtorskega prava izključne pravice avtorja, tako pod režimom *copyleft* postanejo svoboščine uporabnika. Kot »dodana vrednost« izraz lahko nakazuje še pretežno levičarsko politično usmeritev prvih ideologov prostega programja.⁹²

⁸⁸ Stallman, str. 89. Podrobneje Miller, str. 495.

⁸⁹ Guibault/van Daalen, str. 72.

⁹⁰ Jaeger v: ifrOSS, str. 59.

⁹¹ Stallman omenja, da je izraz *copyleft* prevzel iz pisma Dona Hopkinsa, ki ga je prejel leta 1984 ali 1985, in ga uporabil za koncept distribucije, ki ga je prav tedaj razvijal. Stallman, str. 21. Izraz je bil kot besedna igra in brez kompleksnejšega konceptualnega ozadja sicer uporabljen že v sedemdesetih letih v delu *Principia Discordia* Grega Hilla in Kerryja Thornleyja ter v programu *Tiny BASIC* dr. Li-Chen Wang. Glej <http://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Copyleft&oldid=65469316>.

⁹² Morda prav zato nekoliko konservativnejši zagovorniki prostega programja namesto *copyleft* raje uporabljajo druge izraze.

Zaradi tega kompleksnega prepletanja pomenov izraz ni zadovoljivo prevedljiv v slovenščino (morda »avtorsko levo«?), pa tudi nemški *Urheberlinks* in francoski *la gauche d'auteur* samo delno zajameta idejo.⁹³

Nekateri menijo, da je izraz *copyleft* preveč ideološko nabit oziroma da njegov pomen ni jasno razviden. Rosen namesto tega raje govori o recipročnosti licenc, kar je po njegovem mnenju manj vznemirjajoč in bolj deskriptiven pojem kot beseda *copyleft* (ki pa ji priznava veliko retorično vrednost). Recipročnost pomeni, da obe stranki licence prejmeta, izvedeta ali občutita isto – kar velja, če obe uporabljata isto licenco.⁹⁴ Vendar take recipročnosti ni v primeru prvega avtorja, ki se odloči svoje originalno delo licencirati pod prosto licenco. Poleg tega je ta izraz lahko zavajajoč (vsaj v slovenskem pravu), če povzroči zamenjavo z vzajemnimi (tj. recipročnimi) pogodbami, pri katerih je izpolnitev ene stranke odvisna od izpolnitve druge stranke. Takega razmerja med strankama pri prostih licencah ni, saj je podelitev pravic vedno neodplačna. Grbović namesto virusne narave predlaga nevtralnejši izraz: preslikovanje ali translativnost – ker se prosta licenca prenaša z izvirnega na izvedena dela.⁹⁵ Licence Creative Commons uporabljajo izraz *share-alike*, kar je v slovenski različici prevedeno kot *deljenje pod istimi pogoji*. Izraz vsebinsko ustreza konceptu *copyleft* in pravzaprav najbolje na kratko povzema njegovo vsebino.

5.5.3. Delovanje

Metoda *copyleft* se uporabi tako, da se v licenci kot pogoj distribucije določi, da mora vsak pridobitelj licence vsem nadaljnjim uporabnikom podeliti enake pravice, kot jih na delu na podlagi proste licence uživa sam. GPL v 5. členu na primer določa, da je razmnoževanje in distribuiranje (ali drug način prenašanja) predelav licenciranega programja dovoljeno pod naslednjimi pogoji:

- a) Spremenjeno delo mora vsebovati jasno vidna obvestila o predelavi in njenem avtorju (zadošča psevdonim ali vzdevek)⁹⁶ ter datumu spremembe.
- b) Spremenjeno delo mora vsebovati jasno vidna obvestila o licenčnih pogojih, pod katerimi je na voljo.
- c) Celotno spremenjeno delo mora biti licencirano pod GPL vsakomur, ki prejme njegov primerek. Za celotno delo in vse njegove dele mora veljati nespremenjena licenca GPL (razen sprememb, ki jih sama dovoljuje).

⁹³ Glej zanimivo razpravo o izrazu *copyleft*: Grbović, str. 515–516.

⁹⁴ Rosen, str. 105–106.

⁹⁵ Grbović, str. 517.

⁹⁶ Jaeger v: ifrOSS, str. 62.

d) Če spremenjeno delo uporablja interaktivni grafični vmesnik, mora ta prikazati obvestilo o avtorski pravici, odsotnosti jamstva, o dovoljenju za redistribucijo spremenjenih del ter navesti, kje je dostopno celotno besedilo licence GPL.

Pravnotehnično je *copyleft* razvezni pogoj, na katerega je vezana podelitev pravice distribuiranja predelav licenciranega dela oziroma pravica drugih načinov razširjanja dela, ki strankam omogočajo, da prejmejo ali izdelajo primerek dela. *Copyleft* torej ne ustvarja dolžnosti distribuiranja predelav pod isto licenco, temveč samo daje pogojno dovoljenje za tako distribucijo. Izboljševanje programja za lastne potrebe in za interno rabo (torej brez razširjanja sprememb tretjim osebam) je dovoljeno brez razkritja izvirne kode in drugih obveznosti.⁹⁷ Spremenjeni in nespremenjeni nadaljnji primerki dela pa se lahko distribuirajo samo pod pogoji proste licence. Če pridobitelj licence spremenjena dela distribuira pod drugačnimi licenčnimi pogoji, je s tem prekršil pravilo *copyleft*, posledica česar je največkrat izguba vseh pravic iz licence (glej poglavje 5.12.2). *Copyleft* je splošen koncept, ki se mu da slediti na veliko načinov, zato mu ustreza več različnih licenc. Njihovo ostrino lahko presojamo zlasti po dveh merilih, ki bosta obravnavani v nadaljevanju:

- kaj vse se šteje za izvedeno delo, za katero velja *copyleft*, in
- kakšni morajo biti pogoji licenciranja izvedenega dela (dopustnost odmika od iste licence).⁹⁸

5.5.4. Doseg določbe *copyleft*

Glede obsega izvedenega gradiva, ki mora biti licencirano pod isto licenco, obstajajo med recipročnimi licencami pomembne razlike.

a) *GPL*

GPL je načelo perpetuiranja licence pripeljala najdlje.⁹⁹ *Copyleft* vedno velja za celoten izvedeni program, ne glede na obseg pod GPL licenciranega gradiva, ki je bilo uporabljeno. Tudi če je samo del proste kode vključen v sicer lastniški program, mora biti celota distribuirana pod GPL. V tem pogledu je GPL strožja od večine drugih licenc. Odločilno je vprašanje, kdaj gre za *delo, zasnovano na licenciranem delu*. Ta pojem je širši od predelave po ZASP, ker lahko (po nekaterih razlagah) zajema tudi dela, ki so le funkcionalno povezana s programom. Jaeger ugotavlja, da ni povsem jasne ločnice med primeri, ko *copyleft* po GPL pride v poštev, in primeri,

⁹⁷ Miller, str. 497–498.

⁹⁸ Podobno Fogel, str. 156.

⁹⁹ Guibault/van Daalen, str. 72.

ko ne, mogoče pa je razlikovati več skupin primerov.¹⁰⁰ GPL v 5. členu že sama navaja dva primera del, za katera licenca po načelu *copyleft* ne velja. Prvi primer so posamezni deli spremenjenega programa, ki so bili programu dodani, ne pa izvedeni iz licencirane kode, ter ki jih je tudi same po sebi mogoče smatrati za samostojna ločena dela. Dokler se ti deli distribuirajo in prenašajo kot samostojna dela, in ne v kombinaciji z licenciranim delom ali posebej za uporabo z njim, zanje ne velja obveznost *copyleft*. Gre torej za primere formalne ločitve od licenciranega dela. Drug nesporni primer, ki ga omenja GPL, je agregacija več samostojnih in neodvisnih del na istem fizičnem spominskem mediju. Za vsakega lahko velja druga licenca. Na istem DVD-ju se torej lahko skupaj distribuirata lastniško programje in prosto programje pod GPL, dokler med seboj nista povezana in če morebitna pravica na zbirki podatkov ne omejuje dostopa ali pravic uporabe prostega programja. Zgolj vključitev dela pod GPL na isti nosilec podatkov ne povzroči veljavnosti GPL tudi za druga dela na istem nosilcu. Čeprav GPL tega izrecno ne omenja, je nedvomno, da tudi poganjanje programa na operacijskem sistemu ne sproži učinka *copyleft*. Lastniški program torej lahko poteka na prostem operacijskem sistemu pod GPL in prosto programje pod GPL lahko poteka na lastniškem operacijskem sistemu. Torvalds je k licenci GPL v operacijskem sistemu Linux glede tega dodal izrecno pojasnilo, da Linuxovo jedro lahko uporabljajo tudi lastniški programi – to pomeni normalno uporabo jedra, in ne njegove predelave.¹⁰¹ Ti trije primeri s *copyleftom* nikakor ne bi mogli biti zajeti, saj se avtorska pravica prvotnega avtorja ne razteza na druga samostojna dela.

Po drugi strani je prav tako gotovo, da *copyleft* velja za predelave licenciranih del v ožjem pomenu besede, torej primere, ko je že prej obstoječe licencirano delo spremenjeno. Teorija navaja, da gre za reproduciranje dela v novem delu z ustvarjalnimi postopki, kot so prevajanje, prilagajanje, prirejanje, aranžiranje in podobno.¹⁰² Pri programju to pomeni razširitev, skrajšanje ali spremembo obstoječe kode, vključno s popravki njenih napak.

Copyleft ne preprečuje vključitve prostega dela v zbirko ali bazo podatkov.¹⁰³ Avtorska pravica na zbirki se namreč nanaša samo na zbirko kot celoto, njeno izbiro, uskladitev ali razporeditev vsebine, ne pa na posamezne dele vsebovanega gradiva, zato ne more omejiti pravic uporabnikov iz GPL. Če so drugi elementi zbirke samostojna dela, se nanje *copyleft* ne nanaša. V isti zbirki so torej lahko tako lastniška

¹⁰⁰ Jaeger v: ifrOSS, str. 64.

¹⁰¹ Jaeger v: ifrOSS, str. 66.

¹⁰² Trampuž/Oman/Zupančič, str. 110.

¹⁰³ Enako Rosen, str. 242–243.

kot prosta dela. Sorodna pravica izdelovalca podatkovnih baz pa poleg celotne baze varuje tudi vsak kakovostno ali količinsko znatni del vsebine podatkovne baze. Uveljavljanje take pravice bi lahko v nasprotju z načelom recipročnosti omejilo svobodo vključene odprte vsebine. Zaradi tega mora proizvajalec podatkovne baze dovoliti razmnoževanje tistih delov gradiva, za katere velja GPL, skladno s pogoji te licence. V nasprotnem primeru bi z vključitvijo odprte vsebine v podatkovno bazo in uveljavljanjem izključnih pravic na njej prekršil določbo *copyleft*. Niti GPL ne zahteva, da bi bila pod isto licenco dostopna celotna vsebina podatkovne baze, ki jo sestavljajo druga, samostojna dela; zadostuje delno licenciranje pod GPL.

Eno najbolj spornih vprašanj v zvezi z GPL pa je, ali *copyleft* velja tudi za programe, ki se medsebojno le povezujejo, a so iz praktičnih razlogov v nespremenjeni obliki združeni v enoten program. Taka povezava je lahko zbirka (za vsebino katere *copyleft* ne velja) ali pa predelava (ki mora biti v celoti podrejena GPL). Od tega je odvisno, ali je mogoče kombiniranje več nespremenjenih del pod različnimi licencami. GPL učinka *copyleft* načeloma ne veže na način povezovanja programov, temveč na način njihovega distribuiranja. Če se sicer samostojna dela distribuirajo kot del celote, ki je zasnovana na licenciranem delu, mora za celoto, tudi vključena samostojna dela, veljati GPL. Skratka, če je sicer samostojno delo povezano v funkcionalno celoto z delom pod GPL, mora biti tudi samo licencirano pod GPL. Primerna je razlaga, da to velja samo v primeru, kadar je licencirano gradivo vključeno v večjo celoto tako, da ta pomeni predelavo licenciranega gradiva.¹⁰⁴ To je skladno z drugim odstavkom 33. člena ZASP, ki določa, da se pravica predelave nanaša tudi na primere, ko se prvotno delo v nespremenjeni obliki vključi ali vgradi v novo delo. Jaeger navaja, da je razlog za širitev GPL tudi na kombinacije samostojnih del s prostim delom v tem, da uporabnik sicer ne bi mogel brez nadaljnjega ločiti obeh delov in izkoriščati pravic, ki izhajajo iz GPL na prostem delu.¹⁰⁵ Vendar se pri običajni predelavi prej obstoječe delo znajde v novem delu kot njegov nerazdružljiv del,¹⁰⁶ pri računalniškem programju, za katero se zlasti uporablja GPL, pa je pogosto mogoča povsem jasna ločitev prej obstoječih in dodanih datotek, zato je mogoče za vsako od njih uporabiti drugo licenco. Kljub temu o veljavnosti te

¹⁰⁴ Enako Rosen, str. 120, ki sicer meni, da GPL po nepotrebnem zamenjuje koncepta zbirke in izvedenega dela. Ločeni programi, ki se medsebojno le povezujejo in so le zaradi praktičnosti povezani v enoten program, pomenijo zbirko, za katero *copyleft* ne more veljati. Po Rosenovem stališču so torej večina računalniškega programja zbirke različnih individualnih modulov, medtem ko je izhodišče GPL, da je program enotno delo, ne glede na module, ki ga sestavljajo. Rosen, str. 27, 113–121. Prim. McGowan, *Legal Aspects ...*, str. 17–27.

¹⁰⁵ Jaeger v: ifrOSS, str. 68.

¹⁰⁶ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 110.

določbe ni dvomov: četudi dajalec licence nima nobenih pravic na samostojnem delu, lahko še vedno določa pogoje uporabe svojega dela, zato lahko prepove njegovo distribucijo skupaj z lastniškimi deli. Gre za varovanje interesov avtorja, ki mu ni vseeno, v kakšni povezavi se njegovo delo uporablja. Kombinacija lahko pomeni tudi samostojno obliko izkoriščanja, ki jo avtor nedvomno lahko omeji.¹⁰⁷

Z vidika GPL je torej treba vsebinsko in funkcionalno presoditi, ali dve sestavini programja tvorita celoto (program) ali pa opravljata samostojne in neodvisne funkcije. Indic, da izvedeno delo pomeni celoto, za katero velja *copyleft*, je, če nove kode ni mogoče samostojno naložiti brez kode pod GPL, zlasti če obe sestavljata isti izvršljivi program. Moduli, ki se uporabljajo za komunikacijo med drugimi samostojnimi programi, niso samostojni, ker vedno gradijo na drugih programih.¹⁰⁸ Močan indic za vsebinsko odvisnost je, če je posamezen del programja razvit posebej za programje pod GPL in deluje samo skupaj z njim, vendar to še ne pomeni, da ne more biti neodvisen program, ki deluje samo na določenem operacijskem sistemu, na primer Linuxu. Način tehnične povezave med različnimi deli programa ni odločilen, GPL namreč določa, da velja za vse dele programa, ne glede na to, kako so zapakirani. Programe je tehnično namreč mogoče ločiti na manjše samostojne module, ki so med seboj povezani. Jaeger meni, da taka ločitev nima pravnega učinka, če gre pri tem le za poskus obiti določbo *copylefta*. Potrebna je formalna in vsebinska ločitev obeh delov, to pa je mogoče presoditi šele na podlagi analize strukture posameznega programa.¹⁰⁹

b) LGPL

Program, ki je zasnovan za povezovanje z določeno programsko knjižnico, je od nje vsebinsko odvisen, zato bi morala biti njuna kombinacija v primeru uporabe GPL za knjižnico v celoti podvržena isti licenci. Namen LGPL je omogočiti povezovanje prostih programskih knjižnic z lastniškim programjem oziroma programjem pod drugimi licencami, zato določa ožji doseg *copylefta* kot GPL. *Copyleft* tako velja za samo za licencirano knjižnico, ne pa tudi za programe, ki se z njo povezujejo. Združenega dela (povezave programa in proste knjižnice) ni treba licencirati pod LGPL, dopustno pa ga je distribuirati pod kakršnimikoli licenčnimi pogoji, ki ne prepovedujejo spreminjanja vsebovanih delov knjižnice in povratnega inženiringa za odpravljanje težav. V vsakem primerku združenega dela mora biti jasno navedeno, da uporablja knjižnico, uporabo katere ureja LGPL, in priloženo besedilo licenc GPL in LGPL. Če združeno delo pri delovanju prikaže zaznamek o avtor-

¹⁰⁷ Spindler, str. 91.

¹⁰⁸ Prav tam, str. 113–114.

¹⁰⁹ Jaeger v: ifrOSS, str. 69.

ski pravici, mora na istem mestu opozoriti tudi na licenco LGPL za knjižnico in usmeriti uporabnika k njenemu besedilu. Delo, zasnovano na knjižnici pod LGPL, je dopustno tudi kombinirati s knjižnico pod drugo licenco in združeno knjižnico distribuirati pod poljubno licenco, pod pogojem, da je združeni knjižnici priložen še samostojen izvod dela, zasnovanega na prosti knjižnici, za katerega še vedno velja LGPL, in da je to navzven jasno označeno.

c) **MPL**

MPL razlikuje med distribucijo programja v izvršljivi obliki in v izvorni kodi. *Copyleft* neposredno velja samo za zadnjo – dopustno jo je distribuirati le pod pogoji iste licence ali njenih bodočih različic, brez kakršnihkoli dodatkov ali sprememb. Stranka pa lahko v posebnem dokumentu ponudi dodatne pravice, na primer garancijo za pravilno delovanje programja (člen 3.1). Programje v izvršljivi obliki pa je dopustno distribuirati pod kakršnokoli licenco, tudi lastniško, a samo pod pogojem, da je izvorna koda dostopna pod licenco MPL (o čemer mora programje vsebovati jasno obvestilo) in da licenca za izvršljivo obliko ne omejuje dostopa do izvorne kode ali njene uporabe (člen 3.6).¹¹⁰

Temeljna razlika glede dosega *copylefta* pri distribuciji dela pa je združitev del pod različnimi licencami v enotno večje delo. V takem primeru namreč zadošča, da MPL velja samo za tiste datoteke, ki vsebujejo pod njo licencirano kodo, ni pa treba, da je celotno večje delo licencirano pod isto licenco. Učinek *copyleft* se torej razteza samo na posamezne datoteke, ne pa na celoten program.¹¹¹ Če je pod MPL licencirana koda kakorkoli spremenjena, mora biti tudi v spremenjeni obliki licencirana pod MPL, dopustno pa je v isti program vključiti datoteke s samostojno razvito kodo in zanje uporabiti drugo licenco.¹¹² Prav tako je datoteke pod MPL dopustno vključiti v lastniški program, dokler za te datoteke ne velja lastniška licenca, temveč MPL (člen 3.7).

d) **QPL**

QPL dovoljuje distribucijo spremenjenih različic licenciranega programja pod manj restriktivnimi pogoji, če se distribuirajo ločeno od prvotnega programja, na primer v obliki popravkov (*patches*). V tem primeru ne velja *copyleft*: uporabi se

¹¹⁰ Spindler, str. 351–352.

¹¹¹ Rosen, str. 143, 146.

¹¹² Rosen na podlagi definicije izraza »večje delo« v členu 1.7 MPL sicer meni, da je gradivo pod MPL mogoče vključiti samo v zbirko, ne pa tudi v predelavo pod drugo licenco (Rosen, str. 245; nasprotno na str. 147), vendar uradna pojasnila licence MPL navajajo, da je dopustno kombiniranje kode s kodo pod lastniško licenco v enoten »proizvod«, kar najbrž ne more biti omejeno le na zbirko (<http://www.mozilla.org/MPL/MPL-1.1-annotated.html#>).

lahko katerakoli licenca, pod pogojem, da so ohranjeni zaznamki o avtorski pravici na prvotnem programju. Če se avtor popravkov odloči za licenciranje pod QPL, velja, da s tem prvotnemu razvijalcu programja podeljuje pravico, da popravke vključi v prihodnje verzije svojega programja in jih distribuira (tudi) pod licenco QPL (3. člen). Spremenjeno programje v strojno izvršljivi obliki pa je lahko distribuirano samo pod licenco QPL (4. člen). Za celoten program v izvršljivi obliki in vse vanj vključene spremembe mora biti uporabljena ista licenca – ni torej možnosti različnega licenciranja posameznih datotek, tako kot pri MPL.

e) *Creative Commons*

Pri drugih kategorijah avtorskih del se glede dosega *copylefta* ne postavlja toliko vprašanj, saj jih navadno ni mogoče preprosto razdeliti na posamezne dele, za katere bi veljale različne licence. Licence Creative Commons v slovenski različici vežejo učinek *share-alike*¹¹³ na predelavo dela (4. člen, točka a), to pa definirajo kot prevod, aranžma, spremembo ali drugo predelavo prvotnega dela (1. člen, točka e). Učinek *share-alike* se torej (skladno z drugim odstavkom 30. člena ZASP) nanaša tudi na primere, ko se prvotno delo v nespremenjeni obliki vključi ali vgradi v novo delo – podobno kot pri GPL (ni pa mogoča širitev na funkcionalno povezana dela, ker ta avtorska dela nimajo samostojne funkcionalnosti).

f) *FDL*

Tudi FDL v 1. členu podobno definira spremenjeno verzijo dokumenta: gre za delo, ki vsebuje dokument ali njegov del, bodisi reproduciran dobesedno bodisi s spremembami in/ali preveden v drug jezik. *Copyleft* velja za vsako predelavo v celoti (4. člen). Združevanje več dokumentov v enega je dopustno samo, če so vsi licencirani pod FDL (5. člen), dopustna pa je agregacija več samostojnih del, vsakega pod svojo licenco, na istem fizičnem mediju (7. člen). FDL sicer omogoča, da se nekateri deli dodanega besedila (»pomožni odseki«, ki se ne nanašajo na glavno temo dokumenta) določijo kot nespremenljivi, vendar pri tem pravzaprav ne gre za izjemo od *copylefta*: za celotno spremenjeno delo namreč še vedno velja licenca FDL, le da ta licenca ne daje dovoljenja za spreminjanje teh označenih odsekov. V 8. členu FDL posebej določa, da tudi prevod dokumenta pomeni predelavo, zato zanj veljajo pravila 4. člena. Posebnost te oblike predelave je, da dovoljuje tudi prevod nespremenljivih odsekov dokumenta in prevod besedila licence, če je to dvoje dokumentu priloženo tudi v izvirnem jeziku.

¹¹³ Tega učinka pa nimajo vse licence *Creative Commons*. Glej poglavje 3.4.3.

5.5.5. Obveznosti iz copylefta

Osnovna zamisel *copylefta* je zelo preprosta: vsa izvedena dela »podedujejo« enak licenčni režim, kot je veljal za prvotno delo, na katerem so bila zasnovana. Ta koncept pa omogoča več modifikacij. Za izvedeno delo se lahko zahteva uporaba povsem identične licence, lahko se predelovalcu omogoči, da tej licenci doda še svoje pogoje, lahko pa se namesto izbire konkretne licence, ki mora biti uporabljena, določijo samo glavni elementi, ki jih mora ta vsebovati.

a) GPL

GPL je bila v tem pogledu tradicionalno zelo stroga: za kakršnokoli izvedeno delo je dovoljevala samo uporabo natanko iste licence, brez kakršnegakoli dodajanja, odvzemanja ali spreminjanja njenih določb. V uvodu licence je celo izrecno navedeno, da je besedilo licence avtorskoppravno varovano in ga ni dovoljeno spreminjati, dovoljeno je le dobesedno razmnoževanje in distribuiranje dobesednih izvodov licence (za besedilo GPL torej ne velja *copyleft*). FSF opisuje *copyleft* kot pravilo, da pri distribuciji programja ni dovoljeno dodajati omejitev, ki bi drugim ljudem odvzele osrednje svoboščine prostega programja. Rosen pa opozarja, da je izraz »omejitev« v licenčnem kontekstu zelo nenatančen, saj vsaka določba in pogoj v licenci pravzaprav pomeni neke vrste omejitve. Poleg tega tako stroga prepoved dodatnih določb ni smiselna, saj bi včasih bil koristen dodatek nekaterih omejitev, na katere avtorji GPL pri pisanju licence še niso mislili (na primer patentna retaliacija).¹¹⁴

Kot odziv na te kritike in zaradi zagotavljanja boljše združljivosti različnih prostih licenc GPL v novi, tretji različici v 7. členu našteva dodatne določbe, ki jih je dopustno dodati GPL pri distribuciji spremenjenih različic dela (dodatne določbe se seveda nanašajo samo na tisto gradivo, za katero dajalec licence lahko da ustrezno dovoljenje). Razdeljene so v dve skupini: dodatna dovoljenja in dodatne zahteve. Dodatna dovoljenja določajo izjeme od licenčnih pogojev GPL, nanašajo pa se lahko bodisi na celoten program bodisi samo na njegov del. Dodatne zahteve pa so določbe, ki dodatno omejijo uporabo, spreminjanje ali razširjanje dela. Imetnik pravic lahko določbam GPL doda katerega od naslednjih omejujočih pogojev:

- a) določbo o odreku jamstva ali omejitvi odgovornosti, ki se razlikuje od formulacije 15. in 16. člena GPL;
- b) zahtevo po ohranitvi določenih pravnih obvestil in priznanj avtorstva v gradivu ali v prikazu interaktivnega uporabniškega vmesnika;

¹¹⁴ Rosen, str. 105.

- c) prepoved napačnega prikazovanja izvora gradiva ali zahtevo, da se spremenjene verzije takega gradiva jasno označijo kot različne od prvotne verzije;
- d) omejitev uporabe imen dajalcev licence ali avtorjev gradiva za propagandne namene;
- e) odrek pravici uporabe blagovnih ali storitvenih znamk;
- f) zahtevo, da kdorkoli s prenosom licenciranega programja lahko povzroči pogodbeno odgovornost do pridobitelja programja, zagotovi dajalcem licence in avtorjem nadomestilo škode, ki bi jim nastala, če bi takšna odgovornost neposredno vezala tudi njih.

Seznam je taksativen. Kakršnakoli druga dodatna omejujoča določba velja za omejitev pravic uporabnikov, ki jo 10. člen GPL prepoveduje. Če programje vsebuje izjavo, da zanj velja licenca GPL, dopolnjena z določbami, ki niso navedene na taksativnem seznamu, 7. člen GPL daje vsakemu uporabniku pravico, da take dodatne določbe preprosto odstrani. Druge licence, ki vsebujejo kakršnokoli omejujočo določbo, ki se razlikuje od GPL in je ne najdemo na tem seznamu, torej še vedno ostajajo nezdržljive z GPL. Vendar GPL izrecno določa, da je v primeru, kadar taka licenca dopušča relicenciranje pod GPL, njeno gradivo dopustno uporabiti v izvedenem programu pod GPL pod pogojem, da nobena od dodatnih omejitev ne ostane v veljavi.

Dodatne določbe, ki jih GPL dovoljuje, postanejo del licence za distribuirano delo. Vendar zanje *copyleft* ne velja enako kot za njeno jedro. Vsak distributer dela (ne le njegovih predelav) lahko po želji odstrani katerakoli dodatna dovoljenja za posamezni primerek ali njegov del. Prav tako sme odstraniti kakršnekoli dodatne zahteve, ki jih GPL ne dovoljuje. Ohraniti mora torej le dodatne zahteve, ki so skladne z GPL.

b) LGPL

Pri LGPL *copyleft* velja samo, kadar se spreminja vsebina licencirane programske knjižnice. Predelovalec pa ima na voljo izbiro: spremenjeno knjižnico lahko distribuira bodisi pod LGPL bodisi pod GPL (izbira je vezana na določene pogoje, glej 2. člen LGPL). Mogoč je torej prehod na licenco s strožjim *copyleftom*, ni pa prehoda v nasprotni smeri.

c) MPL

Spremenjeno programje v izvorni kodi je dovoljeno distribuirati samo pod pogoji MPL ali bodoče verzije iste licence. Dovoljeno ni dodati nikakršnih določb, ki spremenijo ali omejijo pravice uporabnika iz licence. Lahko pa se v dodatnem dokumentu ponudijo dodatne pravice, kot na primer garancija za pravilno delovanje programja, podpora ipd. Pristop je torej zelo podoben kot v GPL.

d) QPL

QPL zahteva, da morajo biti vse spremembe programja, ki se distribuira v izvršljivi obliki, na voljo pod QPL, ne prepoveduje pa hkratnega licenciranja tudi pod drugo licenco. Dopustno je torej dvojno licenciranje predelave, dokler je ena od uporabljenih licenc QPL (točka c 4. člena). QPL določa nekakšen nepravi *copyleft*¹¹⁵ tudi za distribucijo sicer samostojnega programja, ki uporablja oziroma se povezuje s prvotno ali spremenjeno verzijo licenciranega programja. Njegova distribucija je dovoljena samo pod pogoji proste licence, ki neodplačno dovoljuje uporabo in distribucijo programja komurkoli tako v izvorni kodi kot izvršljivi obliki, in če je zagotovljena dostopnost njegove izvorne kode za plačilo, ki ne presega stroškov prenosa podatkov (6. člen).

e) Creative Commons

Določba *share-alike* v licencah Creative Commons ne dopušča odstopanja od uporabljene licence. Predelavo dela sme uporabnik distribuirati, dati v najem ali javno priobčiti le pod pogoji iste licence, novejša različica te licence z istimi elementi, ali z drugo nacionalno licenco Creative Commons, ki vsebuje iste elemente licence (na primer »priznanje avtorstva«, »nekomercialno«, »deljenje pod istimi pogoji«). Pri nacionalnih različicah licenc gre pravzaprav samo za prevod licence in njeno prilagoditev nacionalnemu pravnemu sistemu, vsebina licence – njeni značilni elementi – pa ostaja nespremenjena. Zaradi tega tu ne gre za odmik od načela *copyleft*. Za predelavo dela se ne smejo ponuditi ali zahtevati pogoji, ki spreminjajo ali omejujejo določbe uporabljane licence oziroma zmožnost izkoriščanja pravic, ki jih podeljuje.

f) FDL

FDL je oblikovana po zgledu prvotne GPL, zato dopušča distribucijo spremenjenega dokumenta samo pod isto licenco, brez sprememb ali dodatkov.

5.5.6. Škodljivi virusni učinek?

Proizvajalci lastniškega programja so zelo kritični do recipročnih licenc. Micro-softovi vodilni so na primer Linux zaradi učinka *copyleft* primerjali z rakom, označili so ga za uničevalca intelektualne lastnine in industrije računalniškega programja.¹¹⁶ Licencam z določbo *copyleft* očitajo tako imenovani virusni učinek, ker je vsako delo, ki je zasnovano na gradivu pod tako licenco, tudi samo lahko objavljeno in

¹¹⁵ St. Laurent, str. 89.

¹¹⁶ Miller, str. 491–492, 501.

distribuirano le pod to licenco. Zaradi določbe o *copyleftu* naj bi se avtorju, ki dela z gradivom pod GPL, njegovo delo izmuznilo izpod nadzora in postalo javna last, kar bi lahko ustavilo razvoj programja.¹¹⁷

Ta kritika je neutemeljena. Proste licence so lahko virusne samo toliko, kot je virusno avtorsko pravo nasploh. Avtor prvotnega dela namreč po zakonu obdrži izključno pravico do uporabe svojega dela v predelani obliki (tretji odstavek 33. člena ZASP). Vsako izvedeno delo se torej lahko distribuira samo z dovoljenjem in pod pogoji, ki jih določi avtor prvotnega dela, in na taki izključni pravici temelji *copyleft*. Licenca v ničemer ne omejuje zakonskih pravic do proste predelave (53. člen ZASP), predelovalcu pa dovoljuje predelavo v vseh drugih primerih, ko je na podlagi zakona zanj potrebno dovoljenje avtorja, ter mu pod pogojem *copylefta* dovoljuje tudi objavo in distribucijo primerkov predelave. Predelava dela se zaradi *copylefta* nikoli ne »naleze prostosti«, ne da bi njen avtor glede tega lahko kaj storil. Predelano delo namreč postane prosta vsebina šele, ko ga avtor izrecno podredi prosti licenci, na primer z objavo, distribucijo ali dajanjem na voljo javnosti pod tako licenco. Iz proste licence nikoli ne izhaja dolžnost distribucije predelave, temveč le njena možnost. Predelovalec ima torej vedno na izbiro, da svojo predelavo licencira pod isto prosto licenco, da prosi avtorja prvotnega dela za dovoljenje za uporabo drugačne, lastniške licence ali (če avtorjevega dovoljenja ne dobi) da predelavo obdrži samo zase. V primerjavi z lastniškim programjem je izbira precej širša. Očitani virusni učinek torej avtorju prinese dodatne pravice do uporabe predelanega dela, v ničemer pa ga ne obremenjuje. Recipročne licence so omejujoče le v primerjavi s permisivnimi licencami, zato je hinavsko, če jih kritizira prav industrija, ki uporablja veliko bolj omejujoče lastniške licence, ki predelav sploh ne dovoljujejo.¹¹⁸

Pravno relevantnejše se zdi vprašanje, do kod lahko seže doseg *copylefta*. To načelo v strogi različici namreč zahteva, da vsak del gradiva, ki je bilo uporabljeno za izdelavo novega dela, postane javno dostopen pod pogoji iste proste licence. Tudi če je bil za izdelavo novega programa uporabljen samo malenkosten del proste kode, izdane pod licenco GPL, mora celoten nov program biti izdan pod GPL. Ne gre torej za sorazmernost; namesto *quid pro quo* (ena stvar v zameno za drugo) velja *quodque pro quo* (vse v zameno za nekaj).¹¹⁹ Vendar se tudi v tem pogledu *copyleft* samo opira na pravila avtorskega prava, ki avtorju prvotnega dela dajejo izključno pravico na celotnem predelanem delu, ne glede na velikost nje-

¹¹⁷ Miller, str. 497.

¹¹⁸ Enako Rosen, str. 104.

¹¹⁹ Reese/Stenberg (splet). Prim. Spindler, str. 103.

govega prispevka. Najbrž bi po splošnih pravilih avtorskega prava lahko šteli, da je v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja, če bi avtor malenkostnega prispevka skušal preprečiti uporabo celotnega novega dela (smiselna uporaba drugega odstavka 12. člena ZASP), vendar prosta licenca ni ravno prepoved uporabe, nasprotno. Na področju prostega programja drži odgovor FSF: iz programa je vedno mogoče izločiti uporabljeno prosto kodo pod licenco *copyleft* in jo nadomestiti z na novo napisano lastno kodo. Pri drugih kategorijah avtorskih del pa včasih izločitev dela gradiva ni mogoča brez uničenja celotnega dela, zato je morda treba interese predelovalca bolj upoštevati (a ne smemo pozabiti, da ti primeri že presegajo pravico proste predelave).

5.6. Razkritje izvirne oblike dela

5.6.1. Pomen razkritja

O pomenu odprtosti kode priča že ime gibanja za odprto oziroma odprtokodno programje (*open source*). Vpogled v izvirno kodo je bistven za uresničevanje pravice do spreminjanja programja, ki jo podeljujejo proste licence, in za doseganje interoperabilnosti z drugimi programi ali s strojno opremo.¹²⁰ Za doseg interoperabilnosti ZASP v prvem odstavku 115. člena v omejenem obsegu dovoljuje povratni inženiring, torej dekompiliranje strojne kode v izvorni podobno asemblirano kodo, iz katere so razvidne struktura programa, njegove ideje in načela.¹²¹ Sklicevanje na to izjemo pri prostem programju ni potrebno, saj proste licence dovoljujejo neomejeno razmnoževanje in spreminjanje programja tako v izvorni kot v izvršljivi obliki.¹²² Vendar so postopki dekompiliranja samo omejeno uporabni; le dostop do izvirne kode omogoča povsem neovirano spreminjanje in prilagajanje programja. *Open source initiative* pojasnjuje, da je njihov cilj napraviti razvoj programja preprost, to pa zahteva preprostost njegovega spreminjanja.¹²³

Definicija prostega programja priznava, da je dostop do izvirne kode nujen za uresničevanje prve svoboščine (prostega preučevanja programja in njegovega prilagajanja svojim potrebam) in tretje svoboščine (prostega izboljševanja programja in prepuščanja izboljšav javnosti). Dostopnost izvirne kode je torej nujni pogoj za prosto programje. *Definicija odprtega programja* je nekoliko konkretnjša: v 2. točki

¹²⁰ Guibault/van Daalen, str. 6, 19.

¹²¹ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 275–277.

¹²² Spindler, str. 40.

¹²³ St. Laurent, str. 9; <http://www.opensource.org/docs/definition.php>.

določa, da mora biti izvorna koda bodisi programu priložena bodisi široko javno dostopna po ceni, ki ne presega strokov reprodukcije, po možnosti pa brezplačno na internetu. Izvorna koda mora biti v običajni obliki, v kateri programerji spreminjajo program. Njeno namerno zakrivanje ni dovoljeno, prav tako ne vmesne oblike, kot je na primer izdelek predprocesorja ali prevajalnika.

Nobena od definicij ne zahteva, da bi licenca za programje urejala dostop do izvirne kode. Zadošča dovoljenje za distribucijo programja (spremenjenega ali nespremenjenega) tako v objektni kot v izvorni kodi – dostop do slednje pa je dejansko vprašanje. Če izvorna koda uporabnikom v resnici ni dostopna, programje ne izpolnjuje enega od meril iz definicije, zato ni prosto oziroma odprto, ne glede na svojo licenco. S tako rešitvijo se zadovoljijo preproste permissivne licence, kot sta BSD in MIT.¹²⁴ Za kompleksnejše recipročne licence pa je značilno, da skušajo aktivno zagotoviti tudi dejanski dostop do izvirne kode. Zaradi tega postavljajo pogoj, da je distribucija programja (v najširšem pomenu) dopustna samo, če mu je priložena ali na drug način dostopna njegova izvorna koda. Zaradi določbe *copyleft* ta zahteva ne velja samo za originalno programje, temveč tudi za vse njegove nadaljnje spremembe. Vsi člani v distribucijski verigi prostega programja morajo torej skrbeti tudi za dejansko odprtost izvirne kode.¹²⁵ Na določbe o zagotavljanju dostopa do izvirne kode lahko gledamo kot na nekakšen tehnični ekvivalent določbam o podelitvi pravic. Če podelitev pravic po pravni plati omogoči spreminjanje programja, dostopnost izvirne kode to omogoči še dejansko.¹²⁶

Definicija odprtega programja v četrti točki dopušča varovanje integritete avtorjeve izvirne kode tako, da licenca prepove njeno distribucijo v spremenjeni obliki, če hkrati dovoljuje ločeno distribucijo programskih popravkov (*patch files*) z izvirno kodo, ki omogoči spremembo programa pri njegovi gradnji. Licenca pa mora izrecno dovoliti distribucijo programja, zgrajenega iz spremenjene izvirne kode, pri čemer lahko zahteva, da izvedena dela uporabljajo drugačno ime ali drugo številko verzije kot originalno programje. Taka določba (značilna za licenco QPL) dovoljuje programerjem ohraniti celovitost njihovega dela (in s tem tudi ugleda), ker so spremembe ločene od prvotnega dela in jasno identificirane kot take. Omejitev pa lahko velja samo za izvirno kodo – licenca mora dopuščati prosto distribucijo spremenjene kode v kompilirani obliki, četudi lahko zanjo zahteva drugo ime, številko ipd. St. Laurent meni, da taka licenčna določba ni

¹²⁴ Guibault/van Daalen, str. 18–20.

¹²⁵ Licenčna določba o obveznem razkritju sicer ni nujno vezana na določbo *copyleft*, saj bi se lahko nanašala le na nespremenjene različice programja, vendar jo v praksi zasledimo samo v recipročnih licencah.

¹²⁶ Koglin v: ifrOSS, str. 79.

priporočljiva, ker distribucija izvorne kode v obliki ločenih popravkov ustvarja nepotrebne logistične težave.¹²⁷

Pri drugih, neprogramskih vrstah avtorskih del navadno ne zasledimo razlike med izvorno obliko dela in obliko, v kateri je delo dostopno uporabnikom, ali pa je ta razlika manj očitna. Večino avtorskih del v digitalnem formatu je mogoče neposredno spreminjati, razen če je delo zakodirano ali tehnično zaščiteno pred spreminjanjem. Zamudnejše (ne pa nemogoče) je spreminjanje del, ki niso v elektronski obliki, temveč v klasičnem fizičnem zapisu ali drugi izrazni obliki. Če so bila taka dela prvotno ustvarjena v elektronski obliki in naknadno pretvorjena v drugačen zapis, pa je tudi njihovo spreminjanje in razmnoževanje bistveno olajšano z uporabo izvorne, elektronske oblike dela. Free Documentation License in Free Art License tako po zgledu računalniških licenc urejata dostop do izvorne oblike dela oziroma oblike, ki omogoča njegovo preprosto spreminjanje in razmnoževanje. FDL je namenjena zlasti uporabniški dokumentaciji, priloženi prostemu programju, in skuša zagotoviti, da je mogoče hkrati s spreminjanjem programja ustrezno spremeniti tudi dokumentacijo, ki se na to programje nanaša. Open Content License in licence Creative Commons nimajo primerljivih določb o izvorni obliki dela.

5.6.2. Opredelitev in obseg izvorne oblike

Zanimivo je, da vse proste licence, ki omenjajo izvorno kodo, zanjo uporabljajo skoraj identično definicijo. Opredeljujejo jo kot običajno, prednostno obliko za opravljanje sprememb na delu (*the preferred form of the work for making modifications to it*).¹²⁸ Tako opredelitev najdemo na primer v prvem odstavku 1. člena GPL, petem odstavku 1. člena licence Apache in členu 1.11 MPL. Gre za funkcionalno definicijo izvorne kode, ki oblike ne opredeljuje z navajanjem konkretnega programskega jezika ali drugih tehničnih značilnosti, temveč glede na njeno nalogo. Tako je primerno upoštevano bodoče spreminjanje programskih jezikov in zagotovljeno, da bo izvorna koda vedno tista oblika programja, v kateri je njegovo spreminjanje najpreprostejše.

FDL izvorno obliko licenciranega dokumenta imenuje »transparentna kopija« – gre za strojno berljiv izvod dokumenta v formatu, katerega specifikacije so javno dostopne, ki je primeren za preprosto spreminjanje dokumenta z generičnimi urejevalniki besedila oziroma slik in ga je mogoče pretvoriti v drug format – očitno transparentna oblika po funkciji ustreza računalniški izvorni kodi. Če je označevanje

¹²⁷ St. Laurent, str. 10.

¹²⁸ Guibault/van Daalen, str. 6, 19.

dokumenta v sicer transparentnem formatu urejeno tako, da preprečuje ali odvrča naknadno spreminjanje dokumenta, tak izvod ni transparenten. Prav tako ni transparenten dokument, ki v slikovnem formatu vsebuje precejšen obseg besedila. FDL zaradi večje jasnosti poleg generalne klavzule našteva še primere besedilnih in slikovnih formatov, ki se štejejo za transparentne (šesti in sedmi odstavek 1. člena).

FAL pa med definicijami opredeljuje »original dela« (njegov izvor ali vir): to je datiran primerek dela, njegove definicije, particije ali programa, ki ga avtor priskrbi kot referenco za vse prihodnje posodobitve, interpretacije, kopije ali reprodukcije. Licenca ne postavlja konkretnjših zahtev, kakšna mora biti izvorna oblika, da jo je mogoče spreminjati, saj je FAL namenjena licenciranju vseh vrst avtorskih del – tako digitalnih kot nedigitalnih – in pri slednjih zahteva po elektronskem formatu originala ne bi bila uresničljiva.

Obseg izvirne oblike, ki mora biti razkrita, praviloma ustreza dosegu *copylefta* v posamezni licenci. Dostopna mora biti torej izvorna koda vseh delov, ki so podrejeni isti licenci. Če vzamemo dva najznačilnejša primera, se to pri GPL nanaša na celoten program, pri MPL pa samo na posamezne spremenjene datoteke.

GPL obseg ustrezajoče izvirne kode (*corresponding source*) dela v objektni kodi podrobno odmeri: gre za vso izvorno kodo, ki je potrebna za generiranje, namestitev in (pri izvršljivih delih) poganjanje objektnih kode ter za spreminjanje dela, razen njegovih sistemskih knjižnic, splošnih orodij in splošno dostopnih brezplačnih programov, ki se nespremenjeni uporabljajo pri teh dejavnostih, a niso del licenciranega programa. To iz obsega izvirne kode izključuje večje neodvisne komponente, kot je operacijski sistem, na katerem naj bi program tekel.¹²⁹ Izvorna koda mora vključevati tudi ključke za šifriranje ali avtorizacijo, ki so potrebni za namestitev in/ali izvrševanje spremenjenih različic izvirne kode. Pri LGPL je minimalna ustrezajoča izvorna koda, ki mora biti dostopna, ustrezno ožja – izključuje kodo tistih delov sestavljenega dela, ki niso zasnovani na prosti sistemski knjižnici, ter kakršnihkoli ključev, ki niso nujni za namestitev ali izvrševanje spremenjene različice sestavljenega dela.

QPL je podobno stroga kot GPL: zahteva zagotavljanje celotne strojno berljive izvirne kode spremenjenega programja, ki je distribuirano v izvršljivi obliki (ne pa, če so spremembe programa distribuirane ločeno). Razkrita mora biti tudi celotna izvorna koda uporabniških programov, ponovno uporabnih komponent in drugih elementov programja, ki se povezujejo s prvotno ali spremenjeno verzijo licenciranega programja.

¹²⁹ St. Laurent, str. 41.

MPL pa definira obseg zahtevane izvirne kode alternativno: lahko gre bodisi za celotno izvirno kodo (vključujočo vse module, povezane datoteke vmesniških definicij in skripte za kontroliranje kompilacije in namestitve izvršljive oblike) bodisi samo prikaz razlik spremenjene izvirne kode v primerjavi s prvotno izvirno kodo ali izvirno kodo druge uveljavljene in dostopne verzije celotnega programa. Druga možnost logistično olajšuje distribucijo izvirne kode in uporabi manj pasovne širine.¹³⁰

Ker druge kategorije avtorskih del navadno niso zgrajene tako modularno kot računalniško programje, je razumljivo, da licenci FAL in FDL zahtevata izvirno obliko celotnega dela, in ne le njegovih sprememb.

5.6.3. Način razkritja

Kot na splošno velja za obveznosti iz prostih licenc, mora biti izvirna oblika dela dostopna šele tedaj, ko delo zapusti zasebni krog predelovalca oziroma distributerja. Zahteva po deljenju izvirne oblike z drugimi je strogo omejena na dejanja distribucije, javne priobčitve oziroma v terminologiji GPL »prenašanje« del. V nasprotju s pogostimi očitki proizvajalcev lastniškega programja »virusni učinek« ne povzroči, da mora programer nenadoma razkriti vso svojo izvirno kodo, če je le delček prostega programja spremenil ali kombiniral s svojim programjem.¹³¹ Mogoče je torej inovirati zase, za interno uporabo, ne da bi bilo treba izvirno kodo komurkoli razkriti.¹³² Dolžnost razkritja izvirne oblike je praviloma strožja, če uporabnik sam spreminja delo, kot če ga le distribuira. Če je delo dobesedno kopirano, zadošča, da je tudi izvirna oblika posredovana naprej v enaki obliki, kot je bila prejeta. Če uporabnik sam spremeni delo, pa mora poskrbeti, da izvirna oblika ustreza definiciji in obsegu, kot ju uporablja licenca.¹³³

Obstajata dve temeljni možnosti glede razkritja izvirne oblike dela: licenca se lahko zadovolji s tem, da je izvirna koda uporabniku na neki način dostopna, če bi jo želel pridobiti, ali pa zahteva od distributerja, da aktivno zagotovi vsakemu uporabniku njegov izvod izvirne oblike. Prednostni način zagotovitve izvirne oblike, ki ga omogočajo vse licence, je njena priložitev izvršljivi obliki programja oziroma netransparentni obliki dokumenta, vendar se distributerji najpogosteje odločajo za ločen dostop do nje, da omejijo velikost datotek in olajšajo distribucijo.¹³⁴

¹³⁰ Prav tam, str. 66.

¹³¹ Koglin v: ifrOSS, str. 81.

¹³² Miller, str. 497–498; Jaeger v: ifrOSS, str. 60.

¹³³ Koglin v: ifrOSS, str. 85.

¹³⁴ St. Laurent, str. 9.

GPL možne načine zagotavljanja izvirne kode ureja zelo podrobno:

- a) Če se objektna koda prenaša v obliki fizičnega proizvoda, vključujoč fizični distribucijski medij in v drugih izdelkih ugnezdено programje (gre torej za distribucijo v smislu ZASP), je lahko izvirna koda priložena na trajnem fizičnem mediju, ki se navadno uporablja za izmenjavo programja. Katera oblika podatkovnih medijev je za ta namen običajna, je vprašanje, ki se s časom spreminja. Odločilen je trenutek distribucije dela. Koglin meni, da je bila leta 2005 uporaba 3,5-palčnih disket še sprejemljiva, uporaba 5,25-palčnih disket ali luknjanih kartic pa ne več. Izraz običajna oblika pomeni tudi, da mora biti uporabljeni nosilec podatkov primeren za zadevno količino podatkov. Če je shranjevanje na disketah načeloma še sprejemljivo, pa bi bilo neobičajno in zato nedopustno paket izvirne kode v velikosti 1,44 GB dostaviti na 1000 disketah. To pa ne velja za programje v izvršljivi obliki – ta je lahko na kakršnemkoli nosilcu, seveda tudi kot ugnezdено programje (*embedded software*).¹³⁵
- b) Druga možnost pri distribuciji fizičnih izdelkov s programjem je priložitev pisne ponudbe, da bo vsaki tretji stranki poslan izvod izvirne kode na trajnem fizičnem mediju po ceni, ki ne presega razumnih stroškov prenosa (oziroma variantno, da bo izvirna koda brezplačno na voljo na omrežnem strežniku).¹³⁶ Ponudba mora biti veljavna vsaj tri leta ali vsaj toliko časa, dokler distributer ponuja rezervne dele ali podporo strankam za konkretni model proizvoda. Triletni rok veljavnosti ponudbe začne teči s prenosom vsakega primerka dela. Za vsak primerek torej teče nov rok – ponudba za dobavo izvirne kode v tem roku pa ne velja samo za prejemnika tega primerka, temveč za vse tretje osebe. Izvirna koda mora biti torej splošno dostopna tri leta od zadnje distribucije zadnjega primerka programja.¹³⁷
- c) Subjekti, ki samo občasno nekomercialno prenašajo posamezne nespremenjene izvode programja (v kakršnikoli obliki, ne le na fizičnem mediju), lahko programju samo priložijo izvod prejete ponudbe za dostavo izvirne kode, če so tako ponudbo prejeli. To omogoča preprosto osebno deljenje kopij programja med posamezniki.

¹³⁵ Koglin v: ifrOSS, str. 81–82.

¹³⁶ Po verziji 2 GPL je dostava izvirne kode prek interneta mogoča samo, če se tudi programje distribuira prek interneta. Pri ugnezdenem programju mora biti torej izvirna koda na voljo na fizičnem mediju – če je na primer Linux vgrajen v pralni stroj, bi moral biti priložen na DVD-ju. Taka rešitev se v teoriji kritizira, da je s širitvijo dostopnosti interneta že zastarela. Koglin v: ifrOSS, str. 82; Rosen, str. 131.

¹³⁷ Koglin v: ifrOSS, str. 83.

- d) Če se programje daje na voljo javnosti prek interneta, zadošča, da je ponujen enakovreden dostop do izvorne koda na enak način, prek iste spletne strani¹³⁸ in brez dodatnega plačila. Ni torej obvezno, da bi prejemniki skupaj z izvršljivo obliko prejeli tudi izvorno kodo programja.
- e) Če je izvorna koda javno dostopna na prejšnji način, se lahko izvršljiva oblika programja prenaša tudi z uporabo orodij za decentralizirano medvrstniško izmenjavo datotek (*peer-to-peer*). Pri takem načinu prenašanja namreč vsi udeleženci gradivo hkrati prejemajo in oddajajo – prenašanje poteka v več smereh hkrati, kooperativno in anonimno, ni pa klasičnega distributerja. Zaradi tega ni primerno, da bi vsak od uporabnikov posebej moral zagotavljati še izvorno kodo. V takem primeru pa ne zadošča, da bi se tudi izvorna koda (ločeno od izvršljive oblike) zagotavljala s prenosom P2P. Prenajanje paketov objektne in izvorne koda skupaj ni praktično, ker preveč poveča velikost datotek in čas prenosa, povpraševanje po ločenih datotekah z izvorno kodo pa je navadno premajhno, da bi omogočilo učinkovito sejanje in prenašanje s programi P2P (njihova značilnost je namreč, da več udeležencev pomeni hitrejši prenos, zaradi učinkovitejše rabe pasovne širine).¹³⁹

Druge licence so manj stroge glede zagotavljanja dostopnosti izvorne oblike – tudi pri fizični distribuciji dela zadošča, da izvorno obliko uporabniki lahko dobijo, če to hočejo. Tako določa QPL (v točki b 4. člena), ki podrobneje ne opredeljuje načina, na katerega mora biti izvorna koda dostopna. Nekoliko konkretnjša je MPL: izvorna koda je lahko na voljo na istem fizičnem mediju kot izvršljiva oblika ali prek interneta oziroma splošnega mehanizma elektronske distribucije. V slednjem primeru mora biti dostopna vsaj dvanajst mesecev oziroma vsaj šest mesecev odkar je bila dana na voljo naslednja verzija iste predelave programja (člen 3.2). Podobno za transparentno kopijo dokumenta določa tretji odstavek 3. člena FDL. Nasprotno pa FAL prednostno predvideva samo navedbo, kje je dostopen original dela (in naknadnih sprememb), oddajanje ali distribuiranje originala poleg kopij dela pa je dovoljeno samo s posebnim dovoljenjem avtorja (tretja alineja člena 2.2 FAL).

Na splošno velja, da se dostopa do izvorne koda ne sme niti tehnično niti dejansko otežiti ali onemogočiti. Uporabljen mora biti običajni format podatkov. Izvorna koda je lahko v obliki stisnjenih ali arhivskih datotek, dokler je mogoče vsako datoteko povrniti v izvorno velikost z uporabo široko dostopnih brezplačnih

¹³⁸ Izvorna koda je lahko na drugem omrežnem strežniku kot objektna koda, če je dostop do nje jasno označen.

¹³⁹ *Opinion on BitTorrent Propagation*, dostopno na naslovu <http://gplv3.fsf.org/bittorrent-dd2.html>.

programov. Ne sme pa biti zakodirana tako, da je prejemnik ne bi mogel sam zlahka razkodirati.¹⁴⁰

5.6.4. Prepoved »tivoizacije«

Primeri, ko se objektna koda distribuira v obliki fizičnega proizvoda, vključujejo distribucijo elektronskih izdelkov z ugnezenim programjem, ki vodi delovanje naprave. Nekatere tovrstne naprave uporabnikom s tehničnimi sredstvi preprečujejo nadgradnjo programja, na primer tako, da naprava ne deluje, če v programju zazna kakršnokoli spremembo, ki je ni napravil proizvajalec. Čeprav je uporabniku dostopna izvorna koda, svobode spreminjanja programja dejansko ne more izkoristiti. Ta praksa je poimenovana tivoizacija (po znamki digitalnih videosnemalnikov TiVo). V industriji in vladnih službah, ki uporabljajo specializirano računalniško opremo, je taka preprečitev spreminjanja včasih zaželena, problematične pa so omejitve, ki prizadenejo tudi potrošnike. Člen 6 GPLv3 zato zahteva, da v primerih, ko se programje distribuira znotraj uporabniškega proizvoda ali za uporabo z njim in do prenosa programja pride pri poslu, s katerim je bila na uporabnika trajno prenesena pravica do posesti in uporabe tega proizvoda, distributer poleg izvorne kode zagotovi ustrezne namestitvene informacije, potrebne za spreminjanje tega programja.¹⁴¹ Informacije morajo zagotavljati, da nadaljnje funkcioniranje spremenjene objektna kode v nobenem primeru ni preprečeno ali ovirano zgolj zaradi tega, ker je bila koda spremenjena. Ta obveznost ne velja le, kadar objektna kode v uporabniškem proizvodu naknadno sploh ni mogoče spreminjati (ker je na primer nameščena v trajnem pomnilniku).

5.7. Tehnološki ukrepi za zaščito varovane vsebine

5.7.1. Razmerje med tehnološkimi ukrepi in odprto vsebino

Podobno kot nedostopnost izvorne oblike dela lahko uporabniku dejansko prepreči uresničevanje pravic iz prostih licenc, ga lahko onemogoči tudi tehnična zaščita pred kopiranjem dela. Popularno najbolj uveljavljeni splošni izraz za različne sisteme nadzorovanja uporabe avtorskih del je digitalno upravljanje pravic (*digital*

¹⁴⁰ Pri FDL to zagotavlja že definicija transparentne oblike dokumenta, pri drugih licencah pa posebne določbe o kodiranju izvorne oblike.

¹⁴¹ Določba o prenosu pravice do posesti je dodana zaradi razjasnitve, da se pravilo ne nanaša na opremo, kot so javno dostopni internetni kioski, kjer prihaja kvečjemu do efemernega razširjanja programja. *GPLv3 Third Discussion Draft Rationale*, str. 9, 12–13.

rights management ali krajše DRM), medtem ko slovenski zakonodajalec govori o dejanskih tehničnih ukrepih zaščite avtorske pravice. ZASP ta izraz nerodno povzema iz konvencije WIPO o avtorski pravici in evropske Direktive o avtorski pravici v digitalni družbi, ki uporabljata termin *effective technological measures* – ustrežnejši prevod za to bi bil učinkoviti tehnološki ukrepi.¹⁴² Po tretjem odstavku 166.a člena ZASP tehnični ukrepi pomenijo vsako tehnologijo, napravo, proizvod, sestavni del ali računalniški program, ki je ob običajnem delovanju namenjen preprečevanju ali oviranju dejanj, ki jih imetnik pravic iz tega zakona ni dovolil. Ti ukrepi se štejejo za dejanske, kadar uporabo varovanega dela nadzorujejo imetniki pravic po tem zakonu z nadzorom dostopa ali zaščitnim postopkom, kot so kodiranje, popačenje ali drugo spreminjanje varovanega dela, ali z mehanizmom za nadzor razmnoževanja, ki zagotavlja, da bo namen varstva dosežen.

Medtem ko pravno varstvo sankcionira že nastale kršitve izključnih pravic, je namen tehnoloških ukrepov v prvi vrsti preprečevanje in onemogočanje kršitev. Koda naj bi uporabniku ne prepuščala druge izbire, kot da upošteva pravila.¹⁴³ Tehnološki ukrepi se pojavljajo v obliki različnih tehnologij, elektronskih naprav, proizvodov, sestavnih delov in računalniških programov, ki omogočajo nadzor nad dostopom do zaščitene vsebine (na primer identifikacijski postopki, gesla, šifriranje oziroma kodiranje), nadzor nad določenimi uporabami (na primer zaščita pred kopiranjem, omejitve uporabe nosilca avtorskega dela na določen teritorij, možnost uporabe nosilca le na določenih napravah), zaščito celovitosti (na primer preprečitev spreminjanja dela) ali merjenje uporabe (na primer število kopiranj dela ali poganjanj programa). Najnaprednejši tehnološki ukrepi združujejo več funkcij: nadzorujejo dostop do del, dovoljujejo in merijo uporabo in jim sledijo, zato je govor o digitalnih sistemih za upravljanje pravic – DRM (na primer *Content Scramble System* za DVD). Taki sistemi niso vzpostavljeni samo za zaščito vsebine, temveč tudi za njeno lažjo distribucijo, zlasti v smislu zakonitega trgovanja z avtorskimi deli na internetu.¹⁴⁴

Tehnološke ukrepe zaščite je z ustreznim trudom in tehničnim znanjem vedno mogoče odstraniti oziroma se jim izogniti. Domnevajoč, da to največkrat pomeni pripravljalo dejanje, ki vodi v kršitev izključnih pravic, sodobno avtorsko pravo sankcionira vsakršno dejanje, katerega namen je izognitev tehnološkim ukrepom, in ga izenačuje s kršitvijo avtorske pravice. Prvi odstavek 166.a člena ZASP do-

¹⁴² Bogataj Jančič, *Avtorsko ...*, str. 92.

¹⁴³ Hugenholtz, str. 315.

¹⁴⁴ Povzeto po Levovnik, 1. del, str. 17; Hugenholtz, str. 312–313; podrobneje o različnih vrstah tehnoloških ukrepov glej Bogataj Jančič, *Avtorsko ...*, str. 92–99.

loča, da se šteje, da je neka oseba kršila izključne pravice po tem zakonu, kadar se izogne dejanskim tehnološkim ukrepom za varstvo avtorskih del ali predmetov sorodnih pravic. Tako pravno varstvo tehnoloških ukrepov je deležno ostrih kritik, saj iz dikcije, ki jo uporablja ZASP (po zgledu evropske direktive), sledi, da izogibanje tehnološkim ukrepom pomeni kršitev avtorske pravice celo, kadar bi bila sicer uporaba avtorskega dela zakonita, na primer pri nevarovanih avtorskih delih (ker jim je potekel rok varstva) ali vsebinskih omejitvah varstva (na primer citat, dekompiliranje).¹⁴⁵ Če imetnik pravic uporablja tehnološke ukrepe, mora osebam, ki imajo zakonit dostop do primerka avtorskega dela ali predmeta sorodnih pravic, na njihovo zahtevo omogočiti uveljavitev nekaterih vsebinskih omejitev pravic, a če tega ne stori, se lahko prizadete osebe obrnejo le na mediatorja (166.c člen ZASP). Če je delo kupljeno prek interneta, pa lahko pogodba s klikom izključi celo tako skromno možnost uveljavljanja pravic uporabnikov (glej 2. točko četrtega odstavka 166.c člena ZASP). Na opisani način se uvaja nekakšno paraavtorsko pravo, saj se pristojnost definiranja obsega avtorske in sorodnih pravic ter njihovih omejitev prenaša na zasebne subjekte.¹⁴⁶ Hugenholtz ugotavlja, da gre pri tem že za tretjo plast zaščite imetnikov pravic – prva raven je avtorska pravica, druga raven so tehnološki ukrepi v kombinaciji z licenčnimi pogodbami za končnega uporabnika, tretja raven pa še pravno varstvo tehnoloških ukrepov.¹⁴⁷

Problematika pravnega varstva tehnoloških ukrepov zaščite avtorskih del je preobsežna, da bi jo bilo mogoče na tem mestu podrobneje obravnavati.¹⁴⁸ Že iz predstavljenega pa je očitno, da je ideja pravnega varovanja tehnoloških ukrepov v popolnem nasprotju z idejo prostega programja oziroma odprtih vsebin – prva se na nove informacijske tehnologije digitalne dobe odziva s strožjo regulacijo in omejevanjem pravic uporabnikov, druga pa meni, da so prav zaradi tehnološkega napredka tudi že obstoječe omejitve postale odvečne. Ideologi prostega programja zato o tehnoloških ukrepih govorijo z ostrimi besedami.¹⁴⁹ Do neposrednega

¹⁴⁵ Pred novelo ZASP-B je slovenski zakon, tako kot konvencija WIPO, pravno varoval samo tiste tehnološke ukrepe, ki so zakoniti, torej usmerjeni proti neupravičeni uporabi dela. Trampuž/Oman/Zupančič, str. 377; podrobno o razvojnosti ZASP z vidika ureditve tehnoloških ukrepov glej Bogataj Jančič, *Avtorsko ...*, str. 212–244.

¹⁴⁶ Levovnik, 1. del, str. 17.

¹⁴⁷ Hugenholtz, str. 313–315.

¹⁴⁸ Obsežno o tej problematiki glej Bogataj Jančič, *Avtorsko ...*, zlasti str. 86–260. Glej tudi spletno stran: <http://drm.info>.

¹⁴⁹ FSF izraze, ki jih uporablja programerska industrija, označuje za orwellovske, saj »digitalno upravljanje pravic« v resnici povzroči omejevanje ali uničenje zakonitih pravic uporabnikov, »zaupanja vredno računalništvo« (*trusted computing*) pa označuje prodajanje računalnikov, ki jim uporabniki ne morejo zaupati. Tehnološki ukrepi spreminjajo avtorsko pravo v zapor, kjer je

konflikta med prostimi licencami in DRM pride v primeru, da je avtorsko delo, licencirano pod prosto licenco, hkrati varovano s tehnološkimi ukrepi, ki preprečujejo njegovo razmnoževanje ali spreminjanje. Čeprav ima uporabnik na podlagi licence pravico do teh dejanj, jih zakonito ne more izvršiti, saj mu tehnološki ukrepi to preprečujejo, odstranitev teh ukrepov pa pomeni kršitev avtorske pravice. Tako lahko distributerji in zlasti predelovalci izigrajo zahtevo *copyleft*, da morajo uporabniki obdržati vse pravice na delu in njegovih predelavah. Uporaba tehnoloških ukrepov na delu, ki je licencirano pod prosto licenco, učinkuje podobno, kot če bi bili licenci dodani novi, za uporabnika bolj omejujoči pogoji – to pa stroge recipročne licence vedno prepovedujejo. Mogoče je sicer argumentirati, da izogibanje tehnološkim ukrepom na delih, podrejenih prosti licenci, ne pomeni kršitve avtorske pravice. Definicija tehnoloških ukrepov iz 166.a člena ZASP namreč določa, da mora biti tehnološki ukrep namenjen preprečevanju ali oviranju dejanj, ki jih imetnik pravic iz tega zakona ni dovolil – dajalci proste licence (ki so lahko samo imetniki pravic) pa so razmnoževanje in spreminjanje dela v licenci izrecno dovolili. Treba pa je upoštevati, da vsi uporabniki nimajo potrebnega znanja za izogibanje tehnološkim ukrepom, če se tega lotijo, pa so zaradi domnevne kršitve avtorske pravice še vedno lahko izpostavljeni pravdanju, rezultat katerega je odvisen od posamezne nacionalne zakonodaje in sodne prakse.

5.7.2. Odziv licenc na tehnološke ukrepe

Ker je pravno varovanje tehnoloških ukrepov za zaščito varovanih vsebin razmeroma nov pojav, se proste licence (najstarejše izvirajo še iz osemdesetih let prejšnjega stoletja) z njimi tradicionalno niso posebej ukvarjale. Pri preprostih permisivnih licencah potrebe po tem tudi ni – če je vsakomur dovoljeno, da licencirano delo spremeni in ga distribuira pod drugo licenco, potem ga očitno sme zaščititi pred nepooblaščenim razmnoževanjem tudi s tehnološkimi ukrepi. Drugačen je položaj pri recipročnih licencah, ki zahtevajo, da delo in njegove predelave ostanejo prosti – ta prostost pa mora biti dejanska, in ne le formalna. Zaradi tega tehnološki ukrepi ne bi smeli biti uporabljeni na način, ki bi kakorkoli oviral dostop do izvorne kode dela ter njeno razmnoževanje ali spreminjanje. Na primer GPL v 1. členu določa, da mora izvorna koda vsebovati vse ključe za enkripcijo ali avtorizacijo, ki

prepovedano vse, česar ni izrecno dovolil imetnik pravic. Kratico DRM zato kritiki razlagajo kot *digital restrictions management* – digitalno upravljanje omejitev. Usodne posledice sistemov DRM za osebno svobodo zelo črna slika na primer Stallman, v poglavjih 11: *The Right to Read* in 17: *Can You Trust Your Computer?*

so potrebni za namestitvev in uporabo spremenjenih različic programa iz izvorne kode, tako da lahko v enakih okoliščinah zagotavljajo isto funkcionalnost.

Nekatere licence za neračunalniške vsebine tehnično zaščito dela prepovedujejo na splošno. FDL poleg zahteve po dostopnosti transparentne oblike dokumenta¹⁵⁰ določa, da ni dovoljeno uporabljati tehnoloških ukrepov za otežitev ali kontrolo branja ali nadaljnega razmnoževanja kopij dokumenta (2. člen). Nekoliko podrobnejše so licence CC, ki določajo, da se delo ali njegove predelave ne smejo distribuirati, dati v najem ali priobčiti javnosti skupaj s kakršnimikoli tehnološkimi ukrepi, ki omogočajo nadzor nad dostopom in/ali uporabo dela na način, neskladen s pogoji licence. Ti določili torej urejata redistribucijo oziroma javno priobčitev vseh oblik dela, ne le izvorne oblike. Razmeroma lakonična formulacija ima pomanjkljivost, da ne omogoča takojšnje jasne ugotovitve, kateri ukrepi so skladni z licenco.¹⁵¹

Bolj aktivističen je pristop licence *Against DRM 2.0*, ki svoj odnos do tehnoloških ukrepov razglša že v naslovu. V 6. členu določa, da je licenca nezdružljiva s kakršnokoli tehnologijo, napravo ali komponento, ki je zasnovana tako, da pri normalnem delovanju prepreči ali omeji dejanja, ki jih je dovolil ali jih ni dovolil dajalec licence. Posledica te nezdružljivosti je, da licenca za tako delo ne velja. V nadaljevanju podrobneje navaja primere nedovoljene uporabe DRM v zvezi z licenciranim delom. Licenca naj bi preprečila uporabo tehnoloških ukrepov tako dajalcu kot pridobitelju licence: če dajalec licence uporabi DRM, licenca za njegovo delo ne velja; če pridobitelj licence uporabi DRM, je licenca samodejno nična.¹⁵² Kljub razmeroma podrobnim določbam pa se zdi, da pravne posledice licence *Against DRM* niso najbolj dorečene. Predvsem je nejasno, kako je mogoče prvemu dajalcu licence predpisati, da ne sme uporabiti tehnoloških ukrepov – sam na besedilo licence namreč ni vezan. Če licenca v takem primeru ne velja, so na slabšem uporabniki dela, ki jim pravice niso podeljene, dajalca licence, ki je uporabil DRM, pa taka določba ne prizadene. Po drugi strani pa tudi ni mogoče pričakovati, da bi avtor, ki namerava uporabiti tehnološke ukrepe, svoje delo licenciral pod prosto licenco.

¹⁵⁰ Ki se nanaša samo na množično distribucijo več kot 100 spremenjenih izvodov dela v netransparentni obliki.

¹⁵¹ Pojavi se lahko dvom, ali med prepovedane ukrepe spadajo tudi tehnologije za zasebno distribucijo dela, na primer požarni zid na domačem omrežju (omejuje namreč dostop do dela), ali protokoli za varno komunikacijo prek interneta, ki uporabljajo šifrirano povezavo med strežnikom in odjemalcem (na primer SSL ali TLS). Vendar je mogoče ugotoviti, da ti ukrepi sami po sebi praviloma ne ovirajo izvrševanja pravic iz licence, ker se nanašajo predvsem na zasebno uporabo dela.

¹⁵² Tako pojasnjujejo avtorji licence na spletni strani <http://www.freecreations.org/faq.html>.

Kot rečeno, se proste licence za računalniško programje navadno zadovoljijo z neomejeno dostopnostjo njegove izvirne kode. Vendar prav pri računalniškem programju povprečnemu laičnemu uporabniku zgolj izvorna koda, ki jo je treba šele kompilirati, ne koristi kaj dosti. Za normalno uporabo programja za katerikoli namen ter njegovo deljenje z drugimi potrebuje neoviran dostop tudi do izvršljive oblike. Čeprav mu prosta licenca podeljuje pravice do neomejene uporabe programja, uporabnik teh pravic ne more izvrševati, če je objektna koda zaščitena s tehnološkimi ukrepi. Proste licence pa distribucijo programja v objektni kodi prepuščajo svobodni odločitvi vsakega distributerja. Če so pri tem uporabljeni tehnološki ukrepi, ki ovirajo njeno kopiranje, je prekršen duh licence, vendar to ni v nasprotju s črko licence. Svobosčine iz proste licence pa so uporabniku, ki si z izvirno kodo ne zna pomagati, dejansko odvzete.

Škodljive učinke DRM skuša nevtralizirati licenca GPL v verziji 3. V 3. členu tako določa, da se noben pod GPL licencirani program ne šteje za dejanski tehnološki ukrep zaščite, kot ga definirajo 11. člen Konvencije WIPO o avtorski pravici ali drugi zakoni, ki omejujejo izogibanje takim ukrepom. To pomeni, da je prosto programje sicer dovoljeno uporabiti za razvoj tehnologij DRM, ni pa dovoljeno preganjati tistih, ki tako zaščito prostega programja razbijejo. Kot rečeno, GPL ne prepoveduje uporabe tehnoloških ukrepov zaščite na licenciranem programju, če je uporabnikom omogočeno, da te ukrepe odstranijo in delo neovirano uporabljajo na vse načine, ki jih licenca dopušča. Zaradi tega je v nadaljevanju 3. člena še izrecno določilo, da se s prenašanjem dela dajalec licence odpoveduje pravici, da bi prepovedal izogibanje tehnološkim ukrepom v obsegu, ki je potreben zaradi izvrševanja pravic iz GPL na licenciranem delu. Prav tako se odreka kakršnemukoli omejevanju delovanja ali spreminjanja programa zaradi izogibanja tehnološkim ukrepom. Tudi če je pod GPL licencirano delo zaščiteno s tehnološkimi ukrepi, imetnik pravic torej ne more uveljavljati zahtevkov zaradi kršitve avtorske pravice proti uporabnikom, ki so se tem ukrepom izognili, saj je tako izogibanje z licenco izrecno dovolil in se zahtevkom zaradi njega vnaprej odpovedal.

Prosto programje lahko seveda pride v konflikt s sistemi DRM še v eni točki: če tako programje tvori mehanizem za odstranjevanje oziroma izogibanje tehnološkim ukrepom. Drugi odstavek 166.a člena ZASP proizvodnjo, uvoz, distribucijo, prodajo, dajanje v najem, oglaševanje za prodajo ali najem ali posedovanje za gospodarske namene takega računalniškega programa namreč izenačuje s kršitvijo avtorske pravice. Ta kršitev ni specifična za prosto programje in je licenca ne more odpraviti.¹⁵³

¹⁵³ Spindler, str. 121.

5.8. Neodplačnost in nekomercialnost

Med najpogostejše zmotne predstave o prostem programu in drugih odprtih vsebinah spada prepričanje, da je takšna vsebina nujno brezplačna in se z njo ne da oziroma ne sme ustvarjati dobička. To ne drži. Stallman položaj pojasnjuje s primerom o svobodi govora in brezplačnem pivu (*free as in free speech, not free as in free beer*).¹⁵⁴ Vprašanje plačila za odprto vsebino se lahko pojavlja v različnih položajih.

5.8.1. Neodplačnost licence

Edina vrsta zaslužka, ki ga proste licence onemogočajo, je zaračunavanje za izvrševanje podeljenih pravic iz licence. Definicija prostega programa določa, da uporabniki vse štiri svoboščine uživajo, ne da bi kogarkoli morali vprašati za dovoljenje ali za dovoljenje plačati. Definicija odprtega programa pa v 1. točki določa, da licenca ne sme zahtevati tantiem ali drugega plačila za prodajo programa. Prosta licenca je torej podeljena neodplačno, kavza posla se izčrpa v podaritvi pravic. Z golo enostransko licenco plačila licenčnine tudi ni mogoče zahtevati, saj bi se pridobitelj licence k temu moral zavezati s pogodbo. Inkorporiranje proste licence v odplačno pogodbo, ki bi določila ceno uporabe dela, pa preprečujejo licence *copyleft*, ki tudi nadaljnjim predelovalcem dela prepovedujejo zaračunavanje licenčnine ali drugega plačila za izvrševanje pravic, podeljenih z licenco.

ZASP v 81. členu postavlja domnevo odplačnosti prenosa pravic. Plačilo je navadno eden od pogojev, ki jih avtor postavi za prenos materialnih pravic.¹⁵⁵ Če avtorski honorar ali nadomestilo nista bila določeno, se določita po običajnih plačilih za določeno vrsto del, po obsegu in trajanju uporabe ter glede na druge okoliščine primera. To pa seveda ne pomeni, da neodplačna podelitev pravic ni dopustna, saj odpoved plačilu spada v voljno avtonomijo imetnika pravice.¹⁵⁶ Proste licence ne spadajo med primere, ko honorar ni bil določen in ga je mogoče določiti glede na običaj – z licenco je bilo namreč določeno, da honorarja ni. Menim, da pri prosti vsebini tudi ne pride v poštev uporaba določbe o uspešnici (*best-seller clause*) iz tretjega odstavka 81. člena. Ta določa, da če se z uporabo avtorskega dela doseže dobiček, ki je očitno v nesorazmerju z dogovorjenim ali določenim honorarjem ali nadomestilom, lahko avtor zahteva spremembo pogodbe tako, da se mu določi pravičnejši delež pri dohodku. Uporabi določbe o uspešnici se avtor

¹⁵⁴ Stallman, str. 163.

¹⁵⁵ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 201.

¹⁵⁶ Guibault/van Daalen, str. 118.

s pravnim poslom (tudi z licenco) ne more vnaprej odpovedati. Vendar je treba upoštevati, da je dejanski položaj pri prostem licenciranju bistveno drugačen od tistega, kateremu je namenjena določba o uspešnici. Avtor namreč ne podeli izključne licence, ki bi pridobitelju kot edinemu upravičencu do uporabe dela omogočala doseganje nesorazmernih dobičkov, ampak delo na podlagi proste licence lahko uporabljajo vsi igralci na trgu. S prosto licenco ni predvideno nikakršno plačilo, katerega sorazmernost bi bilo mogoče presoјati. Če je sklenjena licenčna pogodba, je ta neodplačna. Avtor pa s pravicami na delu v vsakem primeru še vedno lahko razpolaga in podeljuje tudi lastniške neizključne licence, zato zaradi morebitnega nesorazmernega dobička uporabnikov licence ne more biti prikrajšan.

5.8.2. Plačilo za druge storitve

Prepoved zaračunavanja licenčnine ali tantiem za uporabo programja ne izključuje možnosti sklepanja drugih odplačnih poslov v zvezi z odprto vsebino.¹⁵⁷ Treba je ločevati prenos primerkov dela od prenosa pravic na delu. Prenos pravic je vedno neodplačen, za vse druge posle pa omejitve cene ni. Čeprav pridobitelj licence dobi pravico do distribuiranja dela brezplačno, to še ne pomeni, da mora tudi primerke dela distribuirati brezplačno.¹⁵⁸ Brezplačna podelitev licence ima za posledico le, da zaračunana cena ne more biti odvisna od obsega nadaljnjega izkoriščanja pravic – na primer od števila napravljenih ali prodanih kopij. Plačilo je lahko le enkratno, po njem pa je uporabnik povsem svoboden glede uporabe licenciranega dela. Drugi odstavek 4. člena GPL na primer določa, da lahko pridobitelj licence zaračunava poljubno ceno za vsako kopijo programja, ki jo prenaša, in lahko proti plačilu ponuja tudi strokovno pomoč in podporo pri uporabi programja ali garancijo za njegovo pravilno delovanje. Zaradi uporabe novega izraza »prenašanje« ni dvoma o tem, da odplačne storitve lahko nanašajo tako na telesno kot netelesno distribucijo oz. dajanje na voljo javnosti.¹⁵⁹ Spindler v nasprotju z Metzgerjem in Jaegerjem dvomi, da proste licence dopuščajo tudi (odplačno) dajanje primerkov licenciranega dela v najem, saj to ravnanje spada med avtorjeva izključna upravičenja (glej 25. člen ZASP), ki se lahko s prosto licenco prenašajo samo neodplačno.¹⁶⁰ Vendar temu stališču ni mogoče pritrditi – dajanje primerka dela v najem res pomeni izkoriščanje z licenco podeljene pravice, ne gre pa tudi za prenos te pravice. Proste licence ne preprečujejo odplačnega izkoriščanja po-

¹⁵⁷ Prav tam, str. 117–118.

¹⁵⁸ ifrOSS, str. 15.

¹⁵⁹ Koglin v: ifrOSS, str. 54–55.

¹⁶⁰ Spindler, str. 85–86.

deljenih pravic, temveč samo odplačno licenciranje, torej zaračunavanje za to, da druga stranka izkorišča te pravice.

Rosen omenja, da je računovodsko sicer precej preprosto ceno licence prikazati kot ceno distribucije ali druge storitve in tako obiti prepoved zaračunavanja licenčnine, vendar to v praksi ne pomeni večje težave, saj so po ekonomskih zakonitostih kupci pripravljeni plačati samo za vrednost, ki jo dobijo. Če sme vsakdo izdelovati kopije brez plačila tantiem, potem se cena, ki jo distributerjem uspe zaračunavati za izhode dela, kmalu približa mejnim stroškom proizvodnje in distribucije, ne glede na to, kaj o tem določa licenca.¹⁶¹ Visoka cena izvodov zato ne pomeni bistvene ovire svobodi prostega programja.¹⁶² Zaradi širjenja dostopnosti interneta poslovni model, ki bi temeljil zgolj na prodajanju primerkov prostega programja (ali drugih prosto licenciranih del), vse manj omogoča doseganje znatnejšega dobička. Zato se večja vloga drugih storitev dodajanja vrednosti prostemu programju, kot sta zlasti podpora pri njegovi uporabi in garancija kakovosti ter pravilnega delovanja. GPL to možnost omenja samo deklaratorno. Pogodba o garanciji ali podpori je samostojen posel, ki je povsem neodvisen od proste licence in iz nje izhajajočih pravic.¹⁶³

5.8.3. Določba o nekomercialni rabi

Definicija prostega programja pojasnjuje, da prosto programje ne pomeni nekomercialnega programja. Nasprotno, prosti program mora biti na voljo tudi za komercialno rabo, komercialni razvoj in komercialno distribucijo, ki pravzaprav niso več nenavadne, temveč se njihov pomen povečuje. Zato programje, ki ga ni dovoljeno vključiti v komercialno zbirko, ni prosto programje.¹⁶⁴ Tudi definicija odprtega programja v 6. točki prepoveduje diskriminacijo glede področja uporabe programja. Licenca tako na primer ne sme omejiti uporabe programja za poslovne namene ali za genske raziskave. *Open Source Initiative* si še posebej prizadeva pritegniti v skupnost tudi komercialne uporabnike, zato izrecno prepoveduje kakršne koli licenčne določbe, ki bi ovirale komercialno izkoriščanje prostega programja.

Določba o nekomercialni rabi dela pa je eden od izbirnih elementov licenc Creative Commons. Licence, v katere je ta določba vključena, ne ustrezajo zgornjima definicijama, zato niso prave proste licence. Določba se v slovenski različici licenc CC glasi:

¹⁶¹ Rosen, str. 132.

¹⁶² Stallman, str. 64.

¹⁶³ Koglin v: ifrOSS, str. 56–57.

¹⁶⁴ Stallman, str. 17–18.

»Nobene od pravic, podeljenih v 3. členu, ne sme uporabnik izkoriščati na način, ki je primarno namenjen doseganju komercialnih koristi ali zasebnega dobička. Menjava tega dela za druga dela, varovana v skladu z Zakonom o avtorski in sorodnih pravicah, z digitalno izmenjavo datotek ali na katerikoli drug način se ne šteje za komercialno rabo, če ni bilo izvršeno plačilo ali kakršnokoli nadomestilo v zvezi z izmenjavo del, varovanih v skladu z Zakonom o avtorski in sorodnih pravicah.«

Vsakršno plačilo v zvezi s predmetom licence še ne pomeni kršitve te določbe. Prepovedano je samo takšno izkoriščanje dela, ki je *primarno namenjeno* doseganju dobička. Razumeti je mogoče, da so s tem zajeti zlasti poslovni modeli, ki temeljijo na zaslužku od izkoriščanja licenciranih del v večjem obsegu, na primer založba, ki bi tiskala in prodajala knjige pod licenco CC. Občasna reprodukcija za simbolično plačilo, ki predvsem pokrije nastale stroške, pa najbrž še ne dosega standarda komercialne rabe. Vprašanje, na katero še ni jasnega odgovora, je, ali je dopustna uporaba gradiva pod tako licenco na spletni strani, ki vsebuje oglase in z njimi dosega prihodek. Podobno velja za predvajanje licencirane glasbe na lokalnem radiu ali objavo v brezplačnem časopisu, ki se financirata z oglaševanjem.

Opozoriti velja na razliko med nekomercialnostjo uporabe primerka dela v smislu branja knjige, poganjanja računalniškega programa ipd. (torej dejavnosti, ki niso zajete z avtorjevo izključno pravico) ter nekomercialnostjo izkoriščanja pravic, ki jih podeljuje licence (torej pravic razmnoževanja, distribucije, dajanja v najem in javne priobčitve dela). Licence CC prepovedujejo komercialnost samo glede izkoriščanja podeljenih pravic, kar je tudi največ, kar lahko doseže gola licence. Za omejitev uporabe primerka dela, zlasti omejitev uporabe programa le za osebno rabo in prepoved njegove uporabe za poslovne namene, pa je potrebna sklenitev pogodbe. Za navadno uporabo dela namreč ni potrebno avtorjevo dovoljenje, zato se mora uporabnik k omejitvam posebej zavezati. Tovrstne omejitve namena uporabe programa so značilne zlasti za lastniške licence EULA, ker proizvajalcem programa omogočajo cenovno diferenciacijo (drugačna cena licence za zasebne kot za poslovne uporabnike). Primer licence, ki široko omejuje komercialno rabo programa, je *The University of Utah Public License*. Značilno zanjo je, da skuša omejiti tudi komercialno poganjanje programa in celo komercialno dajanje nasvetov v zvezi z licenciranim programjem, česar pa pred sodiščem najbrž ne bi bilo mogoče uveljaviti. Spletna stran www.gnu.org med licencami, ki omejujejo komercialno rabo, omenja še *Sun Solaris Source Code License*, *Scilab license* in Microsoftove *Shared Source CLI*, *C# License* in *Jscript License*.

Določba o nekomercialni uporabi v licencah, ki bi sicer ustrezale merilom proste licence, ima poleg nejasnih meja pojma nekomercialnosti še nekaj slabosti. Delo je nezdružljivo z odprto vsebino pod prostimi licencami (tudi pod drugimi licencami CC). Prepoved komercialne rabe najverjetneje ne bo povečala avtorjevega dobička od uporabe dela, medtem ko pred nevarnostjo, da bi z delom drugi ustvarjali velike dobičke, od katerih ne bi avtor imel nič, zadosti varuje že določba *copyleft*, ki preprečuje monopolizacijo pravic do uporabe dela. Potencial za doseganje finančnih koristi zgolj z distribucijo dela je namreč čedalje manjši, nekomercialnost pa po nepotrebnem preprečuje tudi razvoj storitev dodajanja vrednosti odprti vsebini.

Glede uporabe komercialnih in nekomercialnih licenc je zanimiv pristop proizvajalca programja *Ghostscript* (družba *Artifex Software*). Nove verzije tega programja se najprej distribuirajo pod brezplačno lastniško licenco *Alladin Free Public License*, ki prepoveduje komercialno distribucijo programja *Ghostscript* in proizvodov, v katerih je to programje ugnedeno. Za komercialno distribucijo je treba pridobiti posebno licenco, ki zahteva plačilo licenčnine. Približno eno leto po začetku distribucije pa proizvajalec isto programje objavi še pod licenco GPL in tedaj zadevna verzija postane prosto programje. Tak model uporabe prostih licenc je poimenovan *eventual source*, torej nekakšno odloženo prosto programje, ker ni prosto že ob nastanku, temveč šele pozneje. Ne gre za vrsto licence, ampak za način asinhronega dvojnega licenciranja. Peter Deutsch, avtor programja in tega licenčnega modela, pravi, da sicer spoštuje in podpira filozofijo odprtega programja in projekta GNU, a vendarle meni, da proste licence nepravilno preprečujejo razvijalcem uporabnega programja kompenzacijo, sorazmerno z dobičkom tretjih od uporabe njihovega dela. *Eventual source* to omogoča, a hkrati zagotavlja, da je programje dolgoročno prosto.¹⁶⁵

5.8.4. Omejitev plačila za dobavo izvirne oblike

Obstaja le ena izjema, pri kateri tudi prave proste licence omejujejo komercialnost. Definicija odprtega programja v 2. točki določa, da mora biti, če se programje ne distribuira v izvorni kodi, ta dostopna po ceni, ki ne presega razumnih stroškov reprodukcije, po možnosti pa brezplačno na voljo na internetu. Skladno s tem GPL predpisuje, da če distributer programja v izvršljivi obliki na podlagi točke b 6. člena licence ponuja dobavo njegove izvirne kode, cena za to dobavo ne sme presegati razumnih stroškov fizičnega prenosa izvirne kode. Pri dajanju programja na voljo prek interneta pa mora biti tudi njegova izvirna koda dostopna

¹⁶⁵ Rosen, str. 264–266.

preko interneta brez dodatnega plačila (6. člen, točka c). QPL v točki b 4. člena bolj jedrnato določa, da mora biti izvorna koda dostopna za plačilo, ki ne presega stroškov prenosa podatkov.¹⁶⁶ Posledica je, da je mogoče s prodajo prostega programja zaslužiti samo enkrat: s prodajo izvirne kode, objektne kode ali kompleta obeh kod. Ni pa mogoče *poleg* cene že prodanega programja v izvršljivi obliki posebej zaračunati še komercialne cene za dostop do izvirne kode.

Namen take določbe ni omejitev doseganja dobička, temveč je varovalka, da ne bi distributer z določitvijo previsoke cene postavil previsoke dejanske ovire za dostop do izvirne kode. Če je izvorna koda načeloma vsakomur dostopna, a po ceni, ki je ne more nihče plačati (na primer milijarda evrov), potem izvorna koda v resnici ni razkrita. Omejitev cene izvirne kode torej varuje svobodo uporabnikov.¹⁶⁷ Ta argumentacija pride v poštev tudi pri prostih licencah, ki zahtevajo dostopnost izvirne kode, a njene cene izrecno ne omejujejo. Če je cena postavljena nerazumno visoko, izvorna koda dejansko povprečnemu uporabniku ni dostopna, zato je licenca prekršena.

5.9. Medsebojna združljivost licenc in večkratno licenciranje

5.9.1. (Ne)združljivost prostih licenc

Združljivost (kompatibilnost) licenc pomeni, da je gradivo, ki je licencirano z eno licenco, mogoče v spremenjeni obliki distribuirati pod drugo licenco oziroma ga skupaj z gradivom pod drugo licenco združiti v novo izvedeno delo. Proste licence različno določajo obveznosti v zvezi z uporabo predelanih različic licenciranega gradiva, kar lahko ovira medsebojno povezljivost gradiva, ki je na voljo pod različnimi licencami. Pritrditi pa gre St. Laurentu, da je dosti lažje opisati licence, ki so nezdružljive, kakor pa z gotovostjo zagotoviti, da dve licenci sta združljivi.¹⁶⁸

Najpreprostejši je položaj pri avtorskopravno nevarovanem gradivu v javni domeni, združljivost katerega je popolna, saj ga je mogoče vključiti v delo pod katerokoli, tudi najbolj restriktivno licenco. Nasprotno velja za lastniške licence, pri katerih o združljivosti ne moremo govoriti, saj predelovanja in združevanja gradiva sploh ne dovoljujejo. Pri klasični lastniški licenci uporabnik nima drugih pravic, kot da uporablja posamezni primerek dela. Različnih del pod lastniško

¹⁶⁶ Koglin v: ifrOSS, str. 56.

¹⁶⁷ Stallman, str. 65.

¹⁶⁸ St. Laurent, str. 159.

licenco, četudi gre pri vseh za isto licenco, torej ni mogoče združevati v enotno delo ali jih združene distribuirati, ne da bi s tem prekršili licenco oziroma avtorsko pravico.¹⁶⁹ Permisivne proste licence so na splošno obojestransko združljive med seboj, kar pomeni, da je gradivo pod eno licenco mogoče kombinirati z gradivom pod drugo licenco in rezultat distribuirati pod katerokoli od njiju, ne da bi s tem prekršil licenčne določbe druge.¹⁷⁰ Permisivne licence tudi dopuščajo vključitev licenciranega gradiva v izvedena dela tako pod lastniškimi licencami kot pod recipročnimi prostimi licencami.¹⁷¹ Ustvarjanje izvedenih del iz prispevkov pod permisivnimi licencami je tako bolj odvisno od licence izvedenega dela kot od permisivnih licenc.¹⁷²

Težave glede združljivosti gradiva pa se pojavijo pri recipročnih licencah. Gradiva pod licenco s strogim *copyleftom* sploh ne moremo uporabiti pod drugo licenco, niti lastniško niti prosto. Ko se enkrat veriga pravnih temeljev prispevka začne pod GPL, je GPL edina licenca, ki jo je mogoče uporabiti za naknadne predelave in izvedena dela.¹⁷³ Poleg tega strogi *copyleft* lahko prepreči tudi vključitev gradiva pod drugimi prostimi licencami v izvedeno delo pod strogo recipročno licenco. Združevanje gradiva pod GPL z gradivom pod drugo licenco, ki postavlja kakršnekoli pogoje, ki veljajo tudi za predelavo, namreč pomeni dodajanje novih omejitev, kar GPL strogo prepoveduje (točka c 5. člena). Dodatne omejitve, ki ni vsebinsko povsem identična obveznosti iz GPL, pridobitelj licence ni dopustno naložiti, ker mora biti celotno izvedeno delo licencirano samo pod GPL. To preprečuje združljivost z večino recipročnih licenc (razen LGPL, ki je že po zasnovi združljiva z GPL, saj izrecno omogoča prehod nanjo), onemogoča pa tudi združljivost s tistimi permisivnimi licencami, ki katerokoli obveznost perpetuirajo tudi za predelave. Za licenci BSD in MIT prevladuje prepričanje, da ne vsebujeta pogojev, ki bi lahko prišli navzkriž s katerokoli drugo licenco za izvedeno delo. Oglaševalska klavzula v originalni licenci BSD, ki je veljala tudi za izvedena dela, pa je že preprečevala združljivost z GPL; podobno velja za oglaševalsko klavzulo in določbe o blagovni znamki v licenci Apache.¹⁷⁴

Prav zaradi zagotavljanja boljše združljivosti z gradivom pod drugimi prostimi licencami nova, 3. verzija GPL nekoliko mehča strogost *copylefta* tako, da v 7. členu

¹⁶⁹ Prav tam, str. 160.

¹⁷⁰ Fogel, str. 155.

¹⁷¹ St. Laurent, str. 161.

¹⁷² Rosen, str. 251.

¹⁷³ Prav tam, str. 247.

¹⁷⁴ Prav tam, str. 247; St. Laurent, str. 160. Rosen se sicer ne strinja s stališčem FSF, da licenca Apache ni združljiva z GPL.

dopušča dodajanje novih dovoljenj in nekaterih dodatnih omejitev. Te pa so omejene s taksativnim seznamom dopustnih dodatnih omejitev. Licence s kakršnokoli omejujočo določbo, ki se razlikuje od GPL in je ne najdemo na tem seznamu, še vedno ostajajo nezdružljive z GPL (glej poglavje 5.5.5a).¹⁷⁵ Licenca FAL pa v verziji 1.3 dopušča združljivost z drugimi licencami pod pogojem vzajemnosti: če tudi druga licenca priznava licenco FAL za združljivo.

5.9.2. Večkratno licenciranje

Če dve licenci med seboj nista združljivi, je za povezavo njunega gradiva v novo delo treba pridobiti posebno dovoljenje avtorjev oziroma te prepričati, da za svoje delo uporabijo drugo, združljivo licenco. V praksi se relicenciranje projekta odprte vsebine, pri katerem je s prispevki sodelovalo veliko avtorjev, lahko izkaže za zelo težavno, saj je treba stopiti v stik z vsakim posameznim avtorjem prispevka (razen če so ti prenesli svoje izključne pravice na nosilca projekta). Distributerji brez posebnega dovoljenja ne smejo preprosto spremeniti licence tujih prispevkov. Relicenciranje je torej izvedljivo samo pri centraliziranih projektih oziroma projektih, pri katerih se mora o strategiji licenciranja dogovoriti majhno število ljudi. V velikih projektnih strukturah bazarskega tipa, pri katerih lahko sodeluje stotine ali tisoče prispevalcev (na primer Linux), pa ni ene same osebe, ki bi lahko relicencirala delo.¹⁷⁶

Težave zaradi nezdružljivosti licenc lahko omili dvojno ali večkratno licenciranje prostih vsebin. To pomeni, da je isto delo hkrati na voljo pod pogoji različnih licenc. Avtor lahko načeloma licencira svoje delo, kolikorkrat želi (razen če je podelil izključno licenco), saj kljub podelitvi licence ohrani avtorsko pravico na delu. Po podelitvi ene neizključne licence lahko torej za isto delo isti ali drugi osebi podeli še drugačno licenco; prav tako pa lahko že od samega začetka za isto delo podeli več različnih licenc.¹⁷⁷ To prakso nekateri imenujejo tudi navzkrižno licenciranje (*cross-licensing*),¹⁷⁸ vendar je ta izraz lahko zavajajoč, ker se uporablja tudi za primere, ko si podjetja izmenjajo licence za svoje patente, namesto da bi zanje plačevala.¹⁷⁹

¹⁷⁵ FSF sicer vodi seznam z GPL združljivih in nezdružljivih licenc, ki ga najdemo na internetnem naslovu: <http://www.fsf.org/licenses/licenses>.

¹⁷⁶ Rosen, str. 252; St. Laurent, str. 162–163.

¹⁷⁷ ifrOSS, str. 12.

¹⁷⁸ Na primer St. Laurent, str. 162.

¹⁷⁹ Glej *Black's Dictionary*, str. 383, geslo *cross-licensing*: »The act, by two or more license holders, of exchanging licenses so that each may use or benefit from the other's patent.«

Večkratno licenciranje ni posebnost prostega programja; redno ga uporabljajo tudi proizvajalci lastniškega programja, ki ponujajo na primer posebej dogovorjene licence za državno upravo, blanketne licence za neomejeno število izvodov programja za velike korporacije in licenčne pogodbe *shrink-wrap* za končnega uporabnika za primerke programja v maloprodaji. Tudi pri gradivu pod prostimi licencami je dvojno licenciranje lahko del poslovne strategije, po kateri se različnim strankam ponudijo različne licence, glede na način distribucije in dodatnih storitev. Isto programje je mogoče hkrati licencirati pod prosto in lastniško licenco. Rosen navaja primer podatkovne baze MySQL, ki je distribuirana tako pod pogoji GPL kot lastniške licence. To programje se pogosto vključuje v večje programske pakete, ki bi lahko v nekaterih primerih postali predmet recipročnosti zahtev iz GPL. To je nesprejemljivo za nekatere potencialne uporabnike MySQL, ki želijo ohraniti izvedena dela lastniška, zato jim proizvajalec ponuja komercialno lastniško licenco brez določbe *copyleft*.¹⁸⁰ Tudi prosti pisarniški paket OpenOffice je z nekaj lastniškimi dodatki na voljo pod komercialno lastniško licenco kot StarOffice.

Drugi razlog za dvojno ali večkratno licenciranje prostega programja (ali drugega prostega gradiva) pa je zagotavljanje boljše združljivosti z gradivom pod drugimi licencami. To ni pomembno samo iz filozofskih razlogov, temveč tudi povsem praktičnih, ker več prispevalcem omogoči sodelovanje pri projektu, kar lahko pospeši njegov razvoj. V teh primerih so vsi primerki del vsem uporabnikom hkrati na voljo pod več licencami, vsak uporabnik pa se sam odloči, pogojem katere licence bo sledil. Brskalnik Firefox in drugi Mozillini proizvodi so na primer na voljo pod tremi licencami: MPL, GPL in LGPL. Grafična orodjarna Qt toolkit pa je hkrati licencirana pod QPL in GPL.

Prvotni avtor prosto odloča o dvojnem licenciranju svojega originalnega, nespremenjenega dela, medtem ko avtorji predelav za to potrebujejo njegovo dovoljenje. Po drugi strani tudi prvotni avtor ne more sam odločiti o uporabi licence za svoje delo, ki so ga drugi predelali, saj so ti na predelavi pridobili lastno avtorsko pravico. Izvedena dela je torej dopustno večkratno licencirati samo, če to dopuščajo licence vsega uporabljenega gradiva.¹⁸¹ Nekatere proste licence imajo o večkratnem licenciranju posebne določbe. MPL v 13. členu določa, da prvotni razvijalec lahko označi dele pokrite kode kot večkratno licencirane, kar pomeni, da dovoljuje pridobitelju licence uporabo teh delov kode po svoji izbiri pod pogoji bodisi MPL bodisi druge licence, ki jo je prvotni razvijalec določil v prilogi k MPL. Določba je predvsem pojasnilne narave, saj bi isto veljalo tudi brez nje. Nadaljnjim razvijalcem

¹⁸⁰ Rosen, str. 262–263.

¹⁸¹ ifrOSS, str. 12–13.

programja MPL ne daje možnosti dvojnega licenciranja istega gradiva.¹⁸² Isto velja za GPL, ki v 5. členu pojasnjuje, da ta licenca sama ne dovoljuje licenciranja dela na kakršenkoli drugačen način, a tudi ne razveljavlja takšnega dovoljenja, če je bilo posebej pridobljeno.

Permisivne licence dopuščajo prehod na drugo licenco, zato je njihovo gradivo vedno mogoče dvojno licencirati. Isto velja za recipročne licence, ki omogočajo vsaj delni prehod na drugo licenco. LGPL na primer omogoča licenciranje tudi pod GPL, QPL pa omogoča dvojno licenciranje, dokler je ena od uporabljenih licenc QPL.

5.10. Izključitev odgovornosti zaradi napak

5.10.1. Izključitvene določbe licenc

Značilen element, ki ga vsebujejo skorajda vse proste licence, je določba o odsotnosti garancije, izključitvi jamstva za brezhibnost predmeta licence ter izključitvi odgovornost za škodo, ki bi lahko nastala zaradi njegovih napak. O pomenu, ki se pripisuje tem izključitvenim določbam, priča dejstvo, da več vodilnih licenc (na primer GPL, MPL in Apache) zahteva opozorilo nanje (*disclaimer*) še zunaj licence, poleg zaznamka o avtorski pravici in licenci (*copyright & licence notice*). To je sicer razumljivo, saj celo licence za drago komercialno lastniško programje največkrat zelo omejujejo odgovornost proizvajalca za napake, tem manj pa jo lahko v neomejenem obsegu pričakujemo pri neodplačno podeljeni licenci. GPL na primer v 15. členu določa, da je jamčevanje za program izključeno v obsegu, ki ga dopušča merodajno pravo. Če ni drugače pisno dogovorjeno, je program dan na voljo tak, kakršen je, brez kakršnegakoli izrecnega ali implicitnega jamstva. Celotno tveganje glede kakovosti in delovanja programa ter stroške popravil morebitnih napak nosi pridobitelj licence sam. Člen 16 pa določa, da imetnik avtorske pravice ali druge stranke, ki so spreminjale ali redistribuirale program, v nobenem primeru, razen če to zahteva merodajno pravo ali so se izrecno drugače dogovorile, ne nosijo odgovornosti za škodo, ki bi lahko nastala zaradi uporabe ali nemožnosti uporabe programa, celo če so bili obveščeni o možnosti nastanka take škode.

Posebni izključitveni določbi za *warranty* in za *liability*, ki ju srečamo v večini prostih licenc, sta odraz institutov ameriškega prava. Prvemu v slovenskem pravu najbolj ustreza institut odgovornosti za stvarne in pravne napake, kot ga za vzajemne pogodbe (v jeziku OZ: »dvostranske«) določa 100. člen OZ s sklicevanjem na

¹⁸² Rosen, str. 245.

smiselno uporabo pravil o prodajni pogodbi. *Implied warranty of merchantability*, ki ga omenja GPL, tako v ameriškem pravu pomeni zakonsko predpisano jamstvo prodajalca, da je blago primerno za splošen namen, za katerega se prodaja, medtem ko *implied warranty of fitness for a particular purpose* pomeni jamstvo, da je blago primerno za poseben namen, za katerega se kupuje in je prodajalcu znan. Gre za zelo podobno opredelitev stvarnih napak, kot jo najdemo v 459. členu OZ. Klavzula »takšno, kakršno« (*as is; tel quel*), ki jo uporablja večina prostih licenc, je tipičen primer izključitve jamstva za stvarne napake. Stranka prevzame blago počez, v stanju, kot je, njegove lastnosti pa so označene za nepomembne.¹⁸³ Licenca MIT izrecno izključuje tudi *warranty of title*, ki pomeni jamstvo, da je prodajalec upravičen do prodaje blaga in da to ni obremenjeno s pravicami tretjih, kar ustreza jamstvu za pravne napake iz 488. člena OZ.¹⁸⁴ Izraz *liability for damages* lahko v slovenskem pravu zajema tako pogodbeno odškodninsko odgovornost zaradi kršitve pogodbe (neizpolnitev ali izpolnitev z zamudo, 239. člen OZ; izpolnitev z napakami, 468. in 490. člen OZ)¹⁸⁵ kot neposlovno odškodninsko odgovornost (131. člen OZ), vključno s produktno odgovornostjo (155. člen OZ). Ugotavljanje popolne skladnosti teh pojmov v različnih pravnih sistemih pa ni potrebno, saj je iz določb GPL in drugih prostih licenc jasno razviden namen, da se izključi kakršnakoli odgovornost dajalca licence, ne glede na vrsto pravnega razmerja in v čim širšem obsegu, ki je pravno dopusten.¹⁸⁶

Nekatere licence od odškodninske odgovornosti poleg dajalca licence izključujejo tudi tretje stranke, zlasti distributerje. GPL na primer izključuje odgovornost imetnika avtorske pravice ali katerekoli stranke, ki skladno z licenco spreminja ali distribuira program, MPL v 9. členu omenja prvotnega razvijalca, druge prispevalce, distributerje ali dobavitelje katerekoli od teh strank, podobna je tudi določba 5. člena OpenContent License. Število situacij, v katerih uporaba izključitvenih določb potencialno pride v poštev, je zato mnogo večje kot pri drugih določbah, ki urejajo samo razmerje med dajalcem in pridobiteljem licence.

GPL, licenca Apache in licence CC izrecno omogočajo tudi poseben dogovor, s katerim posamezna stranka v pisni obliki prevzame odgovornost za napake in morebitno iz njih izhajajočo škodo. Pri tem gre lahko na primer za pogodbeno jamstvo za pravilno delovanje programa, kar je ena od storitev dodajanja vrednosti

¹⁸³ Cigoj, str. 1456.

¹⁸⁴ Glede vsebine ameriških pravnih pojmov: relevantna gesla *Black's Dictionary*; Guibault/van Daalen, str. 78–81; ifOSS (Metzger), str. 137; Rosen, str. 84–85.

¹⁸⁵ Odgovornost za stvarne oziroma pravne napake izpolnitve je posebna oblika poslovne odškodninske odgovornosti. Plavšak v: Komentar OZ/2, str. 209.

¹⁸⁶ Guibault/van Daalen, str. 81.

(*value-adding*), ki omogočajo komercialno ponujanje prostega programja. Določba licenc je predvsem pojasnilne narave, saj bi bil dogovor o prevzemu jamstva mogoč tudi brez nje. Licenca Apache pojasnjuje še, da tak dogovor zavezuje samo njegovi stranki, ne pa tudi drugih prispevalcev k programju. Omenjene tri licence določajo, da mora biti dogovor o prevzemu odgovornosti sklenjen v pisni obliki. Ta zahteva je lahko vprašljiva v primeru konkludentno ali ustno sklenjene licenčne pogodbe, ki se sklicuje na določbe GPL, saj so posebni dogovori vedno mogoči v enaki obliki kot glavna pogodba in imajo prednost pred splošnimi pogoji pogodbe (četrti odstavek 120. člena OZ). Je pa seveda pisna oblika dodatnih dogovorov priporočljiva in gotovo v praksi tudi največkrat uporabljena.

5.10.2. Predmet jamstva – vrste napak

Napaka izpolnitve pomeni, da ima stvar kakšno nepravilno lastnost. Lastnosti so lahko dogovorjene, predpisane ali običajne.¹⁸⁷ OZ se glede splošne opredelitve stvarnih in pravnih napak izpolnitve sklicuje na smiselno uporabo pravil o prodajni pogodbi; kaj konkretno v posameznem primeru pomeni napako, pa je odvisno od konkretnega tipa pogodbe, predvsem pričakovane vsebine njegove izpolnitve.¹⁸⁸ Glede licenčne pogodbe je že zakonska ureditev napak bolj specifična. Dajalec licence odgovarja pridobitelju licence za tehnično izvedljivost in tehnično uporabnost predmeta licence (dejanske napake, 710. člen OZ). Dajalec licence odgovarja tudi za to, da pravica izkoriščanja, ki je predmet pogodbe, pripada njemu, da na njej ni bremen in da ni omejena v korist koga tretjega. Če je predmet pogodbe izključna licenca, jamči dajalec licence, da pravice izkoriščanja ni odstopil drugemu, ne popolnoma ne delno (pravne napake, 711. člen OZ).

Iz zakonskih opredelitev dejanskih napak je razvidno, da se te lahko na področju prostih licenc pojavijo predvsem pri računalniškem programju, ki opravlja določene naloge, zato je mogoče presojati pravilnost njegovega delovanja in primernost za določen namen.¹⁸⁹ V literaturi se navajajo naslednje skupine tipičnih stvarnih napak računalniškega programja: funkcionalne napake, težavnost uporabe, nekompatibilnost, napake kapacitete, tehnološke omejitve uporabe, napake

¹⁸⁷ Cigoj, str. 394.

¹⁸⁸ Junker/Benecke, str. 167; Marly, str. 288.

¹⁸⁹ Teorija opozarja na razliko med strokovnim pojmom napake v terminologiji informatike, z vidika katere popolna odsotnost napak nikoli ni dosežena (vsak računalniški program je namreč načeloma mogoče izboljšati), in pravnim pojmom napake, ki mu za brezhibnost zadostuje, da programje primerno opravlja svoje naloge. Tehnične napake programa torej ne pomenijo nujno tudi pravnih napak, dokler ne ovirajo njegove normalne uporabe. Junker/Benecke, str. 170.

dokumentacije.¹⁹⁰ Pri avtorskih delih v obliki besedila, glasbe, predstave ipd. pa je o dejanskih napakah pri avtorskih delih težko govoriti (vsaj v pravnem smislu), saj ne zakon ne licence ne zahtevajo posebne umetniške kakovosti dela. Lahko pa bi prišla v poštev odgovornost za vsebinsko točnost nekaterih besedil, ki so pretežno funkcionalne narave, na primer uporabniških priročnikov, medicinskih ali pravnih nasvetov. Zaradi tega tudi licence za odprto vsebino, na primer licence Creative Commons ali OPL vsebujejo enakovrstne določbe o izključitvi odgovornosti kot licence, ki so namenjene specifično računalniškemu programju. Zanimivo je, da FDL sama ne izključuje odgovornosti, temveč dopušča, da se taka določba doda obvestilu o licenci, in jo v takem primeru šteje za vključeno v licenco, tako da se tudi nanjo razteza učinek *copyleft* (zadnji odstavek prvega odseka in točka O četrtega odseka FDL).

5.10.3. Dopustnost izključitve odgovornosti

Proste licence praviloma govorijo o izključitvi kakršnekoli odgovornosti za napake, vendar je značilen dodatek k temu salvatorična klavzula:¹⁹¹ če popolna izključitev ni dopustna, je odgovornost izključena v največjem obsegu, ki ga dopušča veljavno pravo. Tovrstne določbe pričajo o zavedanju avtorjev licenc, da popolna izključitev vsakršne odgovornosti v večini pravnih redov ni dopustna. Proste licence torej odgovornosti za napake dejansko ne izključujejo v celoti, temveč jo (čim bolj) omejujejo. Izključitvene določbe nekaterih licenc zajemajo tudi distributerje in tretje osebe, ki so udeležene pri razširjanju primerkov predmeta licence, zaradi česar te določbe lahko pridejo v poštev v vrsti različnih tipov pravnih razmerij. Dopustnost generalne omejitve odgovornosti je treba presoјati za vsakega posebej, pri čemer je vselej bistveno razlikovanje med podelitvijo pravic (licenco) in prenosom primerka avtorskega dela (na podlagi pogodbe).¹⁹² Jamčevanje za napake in z njim povezana odškodninska odgovornost izhajata samo iz vzajemnih pogodb (arg. 100. člen OZ),¹⁹³ zato gre v primerih, ko sklenitve pogodbe ne moremo skonstruirati, lahko samo za neposlovno oziroma nepogodbno odškodninsko odgovornost.

a) Pogodbena odgovornost

Pogodbena izključitev odgovornosti je načeloma dopustna. OZ v 466. členu določa, da pogodbenika lahko omejita ali popolnoma izključita prodajalčevo odgo-

¹⁹⁰ Povzeto po: Junker/Benecke, str. 172–184; Marly, str. 299–326.

¹⁹¹ Marly uporablja tudi izraz »relativizirajoča klavzula«. Str. 510, 514.

¹⁹² Spindler, str. 64; Metzger v: ifrOSS, str. 137.

¹⁹³ Cigoj, str. 390.

vornost za stvarne napake stvari, podobno določa v 493. členu za pravne napake. V obeh primerih velja, da je pogodbeno določilo o omejitvi ali o izključitvi odgovornosti nično, če je bila napaka prodajalcu ob sklenitvi pogodbe znana ali mu ni mogla ostati neznana. Z izključitvijo odgovornosti za napake izpolnitve je izključen tudi jamčevalni zahtevek za povrnitev škode, ki bi lahko izvirala iz teh napak. V poštev pa pride še pogodbeni odškodninski odgovornost zaradi neizpolnitve ali izpolnitve z zamudo, ki jo je prav tako mogoče omejiti ali izključiti, razen v primeru naklepa ali hude malomarnosti dolžnika (239. in 242. člen OZ). Proste licence izključujejo vse oblike jamčevanja in odškodninske odgovornosti, nekatere samo v zvezi z uporabo ali nemožnostjo uporabe predmeta licence (GPL), druge pa širše: kakršnokoli odgovornost, ki lahko pride v poštev (MPL).¹⁹⁴ Ker je besedilo prostih licenc pripravljeno vnaprej, lahko pomeni splošne pogoje pogodbe v smislu 120. člena OZ. Veljavnost izključitvenih določb je zato treba presojati s formalnega in z materialnega vidika. Najprej je treba ugotoviti, ali so določbe licence sploh vključene v konkretno pogodbo, nato pa še, ali je takšna izključitev vsebinsko dopustna.

1. Vključitev licenčnih določb v pogodbo

Splošni pogoji so lahko bodisi vsebovani v obliki formularne pogodbe bodisi se pogodba nanje sklicuje. Pogodbeno stranko zavezujejo, če so ji bili ob sklenitvi pogodbe znani ali bi ji morali biti znani (120. člen OZ). Šteje pa se, da bi ji morali biti znani, če so nasploh redna sestavina določenih pogodb, če so stranki izročeni, če so objavljeni na običajen način, če njihova uporaba izhaja iz prakse, vzpostavljene med strankama, in podobno.¹⁹⁵ Pri pogodbah s potrošniki se šteje, da je bil potrošnik seznanjen s celotnim besedilom pogodbenih pogojev, če ga je nanje podjetje izrecno opozorilo in če so mu bili dostopni brez težav (tretji odstavek 22. člena ZVPot).

Z vključitvijo licenčnih pogojev v pogodbo ni težav v primerih, ko lahko govorimo o sklenitvi licenčne pogodbe med avtorjem in uporabnikom. Prosta licenca z vsemi svojimi določbami postane vsebina licenčne pogodbe in stranki v celoti zavezuje. Drugačen pa je položaj pri drugih distributerjih avtorskih del pod prosto licenco, s katerimi ni sklenjena licenčna pogodba, temveč pogodba o prenosu primerka dela, zlasti prodajna ali darilna pogodba. Če se taka pogodba sklicuje na prosto licenco, so zanj relevantna le tista določila licence, ki izključujejo (tudi) odgovornost distributerja, medtem ko določbe o podelitvi pravic ne postanejo del prodajne oziroma darilne pogodbe. Težava je v tem, da tovrstne pogodbe največkrat niti pri distribuciji prek interneta niti pri klasični prodaji v trgovini niso sklenjene

¹⁹⁴ Prim. Rosen, str. 84–85.

¹⁹⁵ Kranjc v: Komentar OZ/1, str. 635.

v pisni obliki, ki bi vsebovala izrecen sklic na določbe proste licence ali jih celo povzemala. Dejstvo, da embalaža primerka dela ali delo samo vsebuje prosto licenco, še ne zadostuje za njeno vključitev v pogodbo. Prav tako ne zadošča zgolj omemba v pogodbi ali na spletni strani, da gre na primer za distribucijo prostega programja pod GPL. Izrecno mora biti določeno, da pogoji te licence postanejo del pogodbe, hkrati pa mora biti besedilo licence stranki zlahka dostopno. Pri spletnih pogodbah mora biti torej licenca vključena v veljavno pogodbo s klikom, pri prodaji primerkov dela na fizičnem mediju v trgovini pa mora biti kupec posebej opozorjen na izključitev jamstva. Te zahteve so v praksi redko izpolnjene. Prosta licenca v večini primerov ne zmanjšuje odgovornosti distributerjev že preprosto zato, ker ni vključena v pogodbo s pridobiteljem primerka dela. Licenca v takem primeru ureja samo razmerje med avtorjem dela in uporabnikom, medtem ko na distributerjevo odgovornost ne vpliva.

2. Dopustnost pogodbene izključitve odgovornosti

Kadar so določbe proste licence o izključitvi odgovornosti veljavno vključene v določeno pogodbo, je na vrsti še vsebinska presoja, ali je takšna izključitev dopustna. Tudi tu odgovor ni enopomenski. Če hočemo ugotoviti posledice izključitve odgovornosti, je najprej treba ugotoviti, za kakšno obliko in vsebino odgovornosti sploh gre, to pa je odvisno od tipa pogodbe, s katero imamo opravka.

Pri neodplačnih pogodbah jamčevanja za napake izpolnitve ni, saj je predpisano le za vzajemne pogodbe (100. člen OZ).¹⁹⁶ Izključitev jamčevanja, kot na primer v 11. členu GPL, je zato pri teh pogodbah brez pomena. Darilna pogodba pa pozna posebna pravila o odškodninski odgovornosti darovalca. Če je primerek dela pod prosto licenco podarjen (ne gre torej za licenčno pogodbo, temveč na primer le za brezplačno distribucijo primerka), darovalec odgovarja za škodo samo, če je vedoma podaril tujo stvar in obdarjencu to okoliščino zamolčal ali če zaradi napake ali nevarne lastnosti podarjene stvari obdarjencu nastane škoda, pa je darovalec za napako oziroma za nevarno lastnost vedel ali bi bil moral vedeti in nanjo ni opozoril obdarjenca (537. člen OZ). Za škodo zaradi pravne napake torej darovalec odgovarja samo, če je ravnal naklepno, medtem ko je za škodo zaradi stvarnih napak ali nevarnih lastnosti mogoča odgovornost tudi v primeru malomarnosti (*»... ali bi bil moral vedeti ...«*). V slovenski teoriji ni jasne opredelitve o tem, kakšna oblika malomarnosti se zahteva – nemški BGB na primer določa, da darovalec odgovarja samo v primeru naklepa ali velike malomarnosti (par. 521). Če se opredelimo za odgovornost darovalca tudi v primeru navadne ali male malomarnosti, potem so ti primeri zaradi proste licence izključeni. Če sledimo

¹⁹⁶ Stroschack, str. 181; Plavšak v: Komentar OZ/1, str. 539.

nemški doktrini odgovornosti samo v primeru velike malomarnosti ali naklepa, pa izključitvene določbe proste licence nimajo učinka. Odškodninske odgovornosti zaradi naklepa ali velike malomarnosti namreč s pogodbo ni mogoče izključiti (prvi odstavek 242. člena OZ).¹⁹⁷ Metzger ugotavlja, da se temeljna zasnova odgovornosti pri darilni pogodbi v grobem ujema z določbami 11. člena GPL. Kdor je licenco prejel brezplačno, ne more pričakovati enakih jamstev kot pri plačljivi licenci. Po drugi strani pa tudi dajalec licence ne sme tjavdan postavljati nepreverjenih trditev glede pravic, ki mu ne pripadajo.¹⁹⁸

Pravila o odgovornosti darovalca je treba smiselno uporabiti tudi v primeru brezplačne licenčne pogodbe med avtorjem in uporabnikom dela. Prave proste licence prepovedujejo zaračunavanje licenčnine, zato licenčne pogodbe, ki jih inkorporirajo, nikoli ne morejo biti odplačne. OZ v 710. in 711. členu sicer izrecno določa jamstvo dajalca licence za tehnično izvedljivost in uporabnost predmeta licence ter za njegove pravne napake, vendar je treba upoštevati, da OZ ureja samo odplačno licenčno pogodbo. Pri neodplačni licenčni pogodbi pa gre pravzaprav za podaritev licence oziroma podaritev pravice do uporabe avtorskega dela, zato je primerna uporaba pravil darilne pogodbe o odgovornosti;¹⁹⁹ jamčevanje za napake izpolnitve je namreč sistemsko povezano le z vzajemnimi pogodbami. Smiselna uporaba pomeni, da dajalec licence odgovarja samo, če je vedel, da ni upravičen do podelitve licence za uporabo dela (ker na primer ni avtor dela ali ker je soavtorjev več), prav tako odgovarja, če je vedel ali bi bil moral vedeti za napake ali nevarne lastnosti dela (kar pride v poštev predvsem pri računalniškem programju), pa je pridobitelju licence to zamolčal. Enako kot pri darilni pogodbi je izključitev jamstva za napake brez pomena, izključitev odškodninske odgovornosti pa neučinkovita, če bi se nanašala na naklepno ali z veliko malomarnostjo povzročeno škodo.

Primerke del pod prosto licenco je mogoče tudi prodajati ali dajati v zakup, prav tako je mogoče odplačno razvijanje prostega programja ali odplačno ustvarjanje drugih avtorskih del pod prosto licenco. V teh primerih velja splošno pravilo, da je izključitev odgovornosti za napake nična, če je bila napaka prodajalcu ob sklenitvi pogodbe znana ali mu ni mogla ostati neznana. Izključitev odgovornosti za stvarne napake je nična tudi, če je stranka to določilo vsilila, ker je izrabila svoj prevladujoč položaj. V primeru zakupne pogodbe pa je izključitev odgovornosti

¹⁹⁷ Člen 242 OZ sicer neposredno ureja samo odgovornost za neizpolnitev pogodbe ali izpolnitev z zamudo, vendar menim, da to pravilo velja za vse primere pogodbene odškodninske odgovornosti, saj bi bila drugačna rešitev v nasprotju s splošnimi načeli obligacijskega prava, zlasti prepovedjo povzročanja škode. V tem smislu za nizozemsko pravo Guibault/van Daalen, str. 81–82.

¹⁹⁸ Metzger v: ifrOSS, str. 141.

¹⁹⁹ Enako Metzger v: ifrOSS, str. 137–139; Spindler, str. 162–168.

nična tudi pri zakupodajalcu znanih napakah, če so take, da onemogočajo uporabo v zakup vzete stvari (drugi odstavek 595. člena OZ). Prav tako ni mogoče vnaprej izključiti odškodninske odgovornosti dolžnika zaradi kršitve pogodbe, če je do nje prišlo zaradi naklepa ali hude malomarnosti dolžnika (prvi odstavek 242. člena OZ). Kot že omenjeno, pa so primeri, ki zadevajo odplačne pogodbe, bolj teoretične narave, saj pri njih večinoma ne bo veljavnega sklicevanja na izključitvene določbe proste licence. To pravzaprav ni problematično, saj je na primer prodaja prostega programja že ena od storitev dodajanja vrednosti na najosnovnejši ravni. V zameno za plačilo kupec dobi tudi neko jamstvo solidnosti programja.

3. *Dopustnost splošnih pogodbenih pogojev o izključitvi odgovornosti*

Poleg splošnih pravil o izključitvi odgovornosti dodatni vsebinski nadzor teh določb omogočajo pravila o splošnih pogodbenih pogojih, saj sta stranki glede določitve vsebine pogodbe v neenakem položaju. Nemška teorija meni, da sta izključitveni določbi 11. in 12. člena GPL v vsakem primeru nični, saj pravila o splošnih pogojih pogodb zaradi varstva šibkejši stranke prepovedujejo popolno izključitev jamčevalnih zahtevkov pri pogodbah o dobavi novih stvari in o opravi storitev, prav tako je nična vsaka pogodbeni izključitev odškodninske odgovornosti za škodo, povzročeno namenoma ali iz velike malomarnosti, in sicer ne glede na to, ali gre za odplačno ali neodplačno pogodbo (par. 307 in 309 BGB). Salvatorična klavzula, po kateri izključitev odgovornosti ostane v veljavi v tolikšni meri, kot jo dopušča merodajno pravo, po sodni praksi zveznega vrhovnega sodišča v splošnih pogodbenih pogojih ni dopustna, češ da zaradi svoje nerazumljivosti ustvarja nepregleden položaj. Stranka, ki privoli v splošne pogoje, namreč iz take določbe neposredno ne more razbrati obsega svojih pravic, ne da bi preučila veljavno zakonodajo, ki pa ji ni dosegljiva brez nadaljnega.²⁰⁰ Zaradi tega je določba o izključitvi odgovornosti v celoti nična, namesto nje pa se uporabljajo zakonska pravila odgovornosti za relevantno pogodbo, ta pa so odvisna od tega, za katero vrsto pravnega posla gre pri prenosu primerkov programja: strožja pri prodajni pogodbi in milejša pri darilni pogodbi, ki največkrat prideta v poštev.²⁰¹

Slovenski OZ ni tako specifičen glede nedopustnih določb splošnih pogojev pogodbe. V 121. členu določa, da so nična tista določila splošnih pogojev, ki nasprotujejo samemu namenu sklenjene pogodbe ali dobrim poslovnim običajem, sodišče pa lahko zavrne uporabo posameznih določil splošnih pogojev, ki drugi stranki jemljejo pravico ugovorov, ali tistih določil, na podlagi katerih izgubi pravice iz pogodbe ali roke ali ki so sicer nepravilna ali pretirano stroga zanj. Konkretnješi

²⁰⁰ Marly, str. 515–516.

²⁰¹ Metzger v: ifrOSS, str. 137–139; Spindler, str. 162–168.

je ZVPot (ki sicer pride v poštev samo pri pogodbah med podjetji in potrošniki), ki v tretjem odstavku 24. člena kot nepošten pogodbeni pogoj med drugim navede določbo, ki izključuje odgovornost za škodo, ki jo je podjetje ali oseba, za katero je podjetje odgovorno, povzročila namenoma ali iz malomarnosti, in določbo, ki izključuje ali omejuje odgovornost podjetja za primer smrti ali poškodb potrošnika, ki so posledica dejanja ali opustitve podjetja. Vendar tudi takšni določbi nista nični samodejno, temveč šele, če ustrezata generalni klavzuli iz prvega odstavka istega člena, ki opredeljuje nepošteno pogodbeno pogoje. Ti so nični, če:

- v škodo potrošnika povzročijo znatno neravnotežje v pogodbenih pravicah in obveznostih strank ali
- povzročijo, da je izpolnitev pogodbe neutemeljeno v škodo potrošnika, ali
- povzročijo, da je izpolnitev pogodbe znatno drugačna od tistega, kar je potrošnik utemeljeno pričakoval, ali
- nasprotujejo načelu poštenja in vestnosti.

Menim, da nobedeno od teh merilni tako, da bi povzročilo ničnost izključitvenih določb v *vseh* primerih, ko te lahko pridejo v poštev, še zlasti pa ne pri neodplačni licenčni pogodbi, ki je izključno v korist potrošnika, zato izključitev odgovornosti ne more povzročiti neravnotežja v pravicah in obveznostih strank. V zvezi z možno nejasnostjo salvatorične klavzule 83. člen OZ in peti odstavek 22. člena ZVPot ne določata ničnosti nejasnih določil splošnih pogojev, temveč le njihovo razlago v korist druge pogodbene stranke. Tudi v dostopni slovenski sodni praksi ni zaslediti stališča, da bi bila salvatorična klavzula v splošnih pogodbenih pogojih vedno nična. Zaradi tega je dopustnost izključitvenih določb primernejše vsakič presojati v kontekstu pogodbe kot celote, njene vsebine in položaja strank.²⁰² Treba se je zavedati, da so licence pisane za mednarodno uporabo, zato ne morejo biti prilagojene posebnostim vsakega posameznega pravnega sistema.²⁰³ Pri neodplačni

²⁰² V tem smislu tudi Guibault/van Daalen, str. 84. Marly omenja teoretično stališče, po katerem salvatorična klavzula ni nedopustna, če v času njene uporabe še ni jasnega stališča o dopustnosti določene omejitve, zaradi česar natančnejša določitev v pogodbi ni mogoča – v takem primeru razlog netransparentnosti omejitve namreč ni na strani uporabnika splošnih pogojev. Marly, str. 516–517.

²⁰³ Licenci Apache in BSD sicer naštevata nekaj primerov, ko odgovornost v posameznem pravnem sistemu ni izključena.

Člen 8 Apache License 2.0: »... unless required by applicable law (such as deliberate and grossly negligent acts) ...«

Člen 9 MPL: »... this limitation of liability shall not apply to liability for death or personal injury resulting from such party's negligence to the extent applicable law prohibits such limitation. Some jurisdictions do not allow the exclusion or limitation of incidental or consequential damages, so this exclusion and limitation may not apply to you.«

distribuciji zato določba o izključitvi odgovornosti samo zaradi netransparentnosti še ni v celoti nična, temveč ostane veljavna v delu, ki izključuje odgovornost za navadno ali malo malomarnost. Pri odplačnih pogodbah, zlasti če gre za pogodbe s potrošniki, je presoja lahko ostrejša.

Zlasti pri prenosu avtorskih del prek interneta, ki postaja čedalje bolj prevladujoča oblika distribucije, pa se je treba zavedati, da za presojo pogodbe pogosto ne pride v poštev slovensko pravo. Pravo, ki sta ga v pogodbi izbrali stranki (glej na primer določbe licenc MPL ali QPL o izbiri prava), ali pravo stranke, ki opravlja značilno izpolnitev v smislu na primer 20. člena ZMZPP oziroma 4. člena Uredbe ES 593/2008, je namreč največkrat pravo tujega prodajalca oziroma distributerja.²⁰⁴ Verjetno je, da presoja izključitve odgovornosti v vseh pravnih sistemih ne bo dala enakih rezultatov in bi lahko ponekod igrala večjo vlogo kot v slovenskem pravu, zato te določbe prostih licenc ohranjajo svoj pomen.²⁰⁵ Morebitna ničnost izključitvenih določb v nobenem primeru ne pomeni večje težave za prosto distribucijo prav zaradi salvatoričnih klavzul prostih licenc. Iz njih je namreč razvidno, da izključitev odgovornosti ni tako bistvena sestavina licence, da bi zaradi njene neveljavnosti postala neučinkovita tudi celotna podelitev pravic.

4. *Garancija za brezhibno delovanje stvari*

Posebna oblika odgovornosti za stvarne napake stvari je garancija za brezhibno delovanje, ki jo OZ ureja v 481. členu kot fakultativno sestavino prodajne pogodbe. Če je izdana garancija, prodajalec jamči kupcu za brezhibno delovanje stvari v vsem garancijskem roku in kupec ni vezan na grajanje napak ob prevzemu blaga. Garancija se izdaja za tehnično blago, tj. zlasti stvari, ki opravljajo neko nalogo, pri kateri lahko pride do napačnega delovanja. Čeprav programje neposredno ni tehnično blago, pa je funkcionalne narave, zato načeloma tudi prodajalci prostega programja lahko svojim kupcem ponudijo garancijo za njegovo pravilno delovanje bodisi brezplačno poleg nakupa programja bodisi za dodatno plačilo. Računalniško programje (niti druge vrste avtorskih del) pa niso na seznamu tehničnega blaga, za katero je izdaja garancijskega lista obvezna na podlagi določb člena 15.b ZVPot.²⁰⁶ V primeru brezplačne distribucije programja garancija ne pride v poštev, saj garancijo daje samo prodajalec, ne pa darovalec, distributer ali imetnik avtorske pravice.

²⁰⁴ Drugačen je položaj pri potrošniških pogodbah, pri katerih načeloma velja pravo države potrošnikovega stalnega prebivališča (četrti odstavek 22. člena ZMZPP).

²⁰⁵ Enako Metzger v: ifrOSS, str. 137.

²⁰⁶ Glej Pravilnik o blagu, za katerega se izda garancija za brezhibno delovanje (Uradni list RS, št. 73/2003, 92/2003).

b) *Neposlovna odškodninska odgovornost*

Če je bila licenca podeljena brez sklenitve pogodbe med avtorjem in uporabnikom, o pogodbeni izključitvi odgovornosti dajalca licence ne moremo govoriti. Licenčna določba o izključitvi jamstva za napake v razmerju do avtorja ostane brez pomena, saj jamčevanje nikoli ne izvira iz razpolagalnega posla, temveč samo iz vzajemnega zavezovalnega posla; prav tako seveda odpade pogodbeni odškodninska odgovornost zaradi drugih kršitev pogodbe (glede obojega pa je mogoča distributerjeva odgovornost). Zastavlja pa se vprašanje, ali lahko pride do neposlovne odškodninske odgovornosti dajalca licence oziroma ali je taka odgovornost izključena. Več prostih licenc izrecno izključuje tudi odgovornost za *tort* in *strict liability*, kar sta obliki krivdne in objektivne neposlovne odškodninske odgovornosti. To velja na primer za licence BSD, MIT, MPL in Apache. Takoj lahko ugotovimo, da takšna izključitev v slovenskem pravu ni pravno učinkovita. Ker je neposlovna odškodninska odgovornost zakonita odgovornost, je ni mogoče vnaprej izključiti (z enostransko izjavo, s pogodbo ali drugače) in tudi ne vnaprej omejiti (na primer do določene višine škode ali le za določene škode ali podobno).²⁰⁷

Če izključitev neposlovne odškodninske odgovornosti ni mogoča, pa to še ne pomeni, da bo avtor vedno odgovarjal za škodo, ki lahko nastane zaradi napak njegovega dela. Pri enostransko podeljenih prostih licencah namreč praviloma manjka bistvena predpostavka odškodninske obveznosti: vzročna zveza med podelitvijo licence in nastankom škode. Samo dovoljenje namreč nikoli ne more biti razlog za nastanek škode, prosta licenca pa dajalca licence ne zavezuje k varovanju oškodovanca pred škodnimi nevarnostmi. Poleg tega prosta licenca dovoljuje le razmnoževanje, spreminjanje in distribuiranje dela. Škoda zaradi napak dela (na primer izguba vseh podatkov zaradi slabega računalniškega programa) pa praviloma nastane zaradi uporabe dela, za katero licenca ni potrebna, ker jo dovoljuje že zakon. Mogoča bi bila neposlovna odškodninska odgovornost distributerja defektnega dela do tretjih strank, ki so zaradi uporabe dela pretrpele škodo, a z distributerjem niso v pogodbenem razmerju. Distribucija defektnega programja na primer je lahko v vzročni zvezi z nastalo nedopustno škodo. V takih primerih verjetno pridejo v poštev pravila produktne odgovornosti (več o njej v nadaljevanju).

Lahko pa si zamislimo nastanek škode tudi zaradi pravne napake licence: če dajalec licence ni bil upravičen do njene podelitve (ker ni bil imetnik pravic na programju ali ni imel privolitve soavtorjev ali pridobitelja izključne licence), pa je s

²⁰⁷ Napisi »za škodo ne odgovarjamo« odgovorne osebe ne razbremenijo odgovornosti, lahko pa pomenijo podlago za oškodovančevo soodgovornost, ker se je kljub opozorilu izpostavil možnosti nastanka škode. Strohsack, str. 215; Cigoj, str. 942.

tem zavedel tretje osebe, da so z izkoriščanjem nepravilno licenciranega dela kršile izključne pravice in se izpostavile prepovednim, odstranitvenim in odškodninskim zahtevkom upravičenca. V teoriji se kot »zastrupitev kode« (*code poisoning*) omenjajo primeri, ko prosto programje vsebuje dele lastniške kode, kar lahko povzroči, da uporabniki programja kršijo avtorsko pravico tretje osebe.²⁰⁸ Če je neupravičeni dajalec licence ravnal naklepno ali malomarno, bi to lahko bila podlaga za njegovo odškodninsko odgovornost. Treba pa je poudariti, da pri tem ne bi šlo za jamčevanje za pravne napake, temveč za nepogodbeno odgovornost za škodo, nastalo zaradi take napake. Prvi pogoj za uveljavljanje zahtevka je torej nastanek škode, zahtevka za odpravo napake pa ni. Praktično vprašanje pri tem pa je, kdo natančno odgovarja. Težava je najbolj razvidna pri prostem programju, ki ima več deset ali sto soavtorjev (pri čemer se nekateri identificirajo samo z vzdevkom), vsak pa načeloma odgovarja samo za svoj prispevek k programju, saj samo zanj nastopa v vlogi dajalca licence. Avtorji praviloma ne tvorijo societete, ki bi odgovarjala za celoto, saj prispevanje poteka sukcesivno.²⁰⁹

Treba je odgovoriti še na vprašanje, ali je odškodninska odgovornost avtorja pri enostransko podeljeni licenci (v sicer redkih primerih, ko do odgovornosti sploh lahko pride) strožja kot v primerih, ko lahko skonstruiramo, da je prišlo do sklenitve licenčne pogodbe. V prvem primeru je namreč odgovornost dajalca licence lahko pogodbeno omejena, v drugem primeru pa ne. Menim, da bi odgovornost po obeh konstrukcijah morala biti enaka, saj je avtorjevo ravnanje lahko bilo povsem identično, uporabnik je pridobil enake pravice, do sklenitve licenčne pogodbe pa ni prišlo zaradi ravnanja tretjih oseb (distributer je na primer odstranil opozorilo o licenci). Razlika bi se sicer lahko pojavila samo v primerih, ko je dajalec licence ravnal z navadno ali z malo malomarnostjo, saj izključitev odgovornosti v primeru naklepa ali velike malomarnosti nikoli ni mogoča. Rešitev lahko najdemo v eni od temeljnih razlik med poslovno in neposlovno odškodninsko odgovornostjo – pri prvi se oškodovanec delno lahko zanese na ustreznost proizvoda, medtem ko pri drugi takega zagotovila ni, zato je presoja povzročiteljevega ravnanja (dolžne skrbnosti) lahko blažja.

c) *Produktna odgovornost*

Posebna oblika neposlovne odškodninske odgovornosti je produktna odgovornost, ki jo ureja 155. člen OZ. Proizvajalec, ki da v promet izdelek z napakami, odgovarja za škodo, ki zaradi njih nastane. Pojem napake se razlikuje od pojma stvarnih napak pri vzajemnih pogodbah. Gre za napako, ki lahko ogrozi življe-

²⁰⁸ Guibault/van Daalen, str. 85.

²⁰⁹ Spindler, str. 168.

nje ali zdravje ljudi ali povzroči škodo na drugih stvareh (ne pa na stvari sami). Proizvajalec odgovarja tudi za nevarne lastnosti stvari, če ni ukrenil vsega, kar je potrebno, da predvidljivo škodo prepreči. ZVPot (ki področje podrobneje ureja tudi za razmerja z nepotrošniki) v primerih, ko proizvajalca ali uvoznika ni mogoče ugotoviti, odgovornost širi na dobavitelje izdelka (tretji odstavek 4. člena). Produktna odgovornost načeloma pride v poštev tudi za dela, izdana pod prosto licenco. Iz 5. člena ZVPot je razvidno, da izdelek ni nujno fizična stvar (saj se zanj izrecno šteje tudi električna energija), zato izraz zajema tudi dela, ki so dana v promet samo v elektronskem formatu prek interneta (kar je verjetno najpogostejši način distribucije odprte vsebine), in ne na fizičnem mediju. Zajeta je tudi brezplačna distribucija, saj se šteje, da je izdelek dan v promet v trenutku, ko ga je proizvajalec *ne glede na pravni naslov* dal na razpolago ali v uporabo oziroma ga je odposlal.

Za škodo zaradi napak ali nevarnih lastnosti dela sta torej lahko produktno odgovorna tako avtor (programer) kot distributer.²¹⁰ Pri odprti vsebini spet pride v poštev zlasti računalniško programje (ki lahko na primer povzroči škodo na računalniku), saj pri drugih kategorijah škodna nevarnost izhaja predvsem iz napak ali lastnosti fizičnega medija, na katerem so. Različnih dejanskih položajev, v katerih se lahko pojavi ta oblika odgovornosti (in so odvisni predvsem od narave izdelka), ne bom podrobneje analiziral, saj za vse velja ista temeljna ugotovitev: izključitvene določbe prostih licenc na produktno odgovornost nimajo nobenega vpliva. Gre za zakonsko predpisano neposlovno odgovornost, ki je po izrecni določbi 11. člena ZVPot ni mogoče omejiti ali izključiti. Obseg produktne odgovornosti za dela pod prosto licenco lahko omeji določba zadnje alineje 10. člena ZVPot, po kateri proizvajalec ni odgovoren za škodo, če dokaže, da izdelka ni izdelal za prodajo ali kakršnokoli drugo obliko distribucije v ekonomske namene, niti ga ni izdelal ali dal v promet v okviru svoje dejavnosti. Ali je ta pogoj izpolnjen, pa vnaprej ni mogoče pavšalno ugotoviti.²¹¹

5.10.4. Različni položaji, v katerih lahko pride do odgovornosti

O vplivu prostih licenc na odgovornost za napake predmeta licence ni mogoče dati enotnega odgovora, saj je ta vedno odvisen od elementov posameznega pravnega razmerja. Problematiko bom na podlagi dosedanjih ugotovitev skušal ilustrirati z nekaj značilnimi primeri, večinoma s področja računalniškega programja, kjer se

²¹⁰ Enako Metzger v: ifrOSS, str. 158.

²¹¹ Metzger v: ifrOSS, str. 158. Podrobneje o produktni odgovornosti za računalniške programe: Taeger, str. 89–221.

vprašanje odgovornosti največkrat pojavi. Položaji se med seboj razlikujejo zlasti glede na način distribucije avtorskega dela.

1. *Brezplačna pridobitev neposredno od dajalca licence*

Če je prosta licenca veljavno vključena v pogodbo z avtorjem (sklenjeno v elektronski, pisni obliki ali konkludentno), gre za neodplačno licenčno pogodbo – ta namreč lahko vključuje tudi dobavo predmeta licence (prim. 708. člen OZ). Pri medmrežni distribuciji ni potrebe še po sklenitvi prodajne pogodbe z distributerjem, saj proizvajalci lahko licencirajo proizvod neposredno uporabniku, do prenosa lastnine na fizičnem primerku programja ne pride, prosto programje pa je že sicer navadno na voljo brezplačno.²¹² Odgovornost dajalca licence se ravna po pravilih darilne pogodbe. Če sklenitve licenčne pogodbe ni mogoče skonstruirati, je primerek programja podarjen, licenca pa podeljena enostransko. Odgovornost se spet ravna po pravilih darilne pogodbe. Dajalec licence torej odgovarja samo, če ima podarjena stvar napake ali nevarne lastnosti, zaradi katerih nastane škoda obdarjencu, pa je darovalec za to vedel ali bi bil moral vedeti in ni opozoril obdarjenca. Ista ugotovitev velja ne glede na to, ali gre za distribucijo prek interneta ali na fizičnem mediju.

2. *Odplačna pridobitev neposredno od dajalca licence*

Ne gre za odplačno licenčno pogodbo, saj proste licence izključujejo plačilo licenčnine. Plačilo temelji na prodaji primerka programja, ponujeni garanciji ali servisiranju, licenca pa je podeljena brezplačno. Uporabnik lahko uveljavlja jamčevanje za napake ali odškodninsko odgovornost na podlagi odplačne pogodbe, ki opredeli vsebino plačljive izpolnitve in lahko odgovornost tudi omeji, med drugim s sklicevanjem na prosto licenco.

3. *Odplačna pridobitev od drugega distributerja*

Z distributerjem nikoli ni sklenjena licenčna pogodba, saj ni imetnik ustreznih pravic na delu (večina prostih licenc pa ne temelji na podlicenciranju). Ne glede na to, ali se prenos opravi na fizičnem nosilcu ali prek podatkovnega omrežja, gre za prodajo primerka programja, licenca pa je pridobljena neposredno od avtorja. Jamčevanje in odškodninska odgovornost se uveljavljata proti distributerju na podlagi prodajne pogodbe, ki se večinoma ne sklicuje na prosto licenco, zato njene izključitvene določbe nimajo učinka. Če se distributer profesionalno ukvarja s prodajo programja, odgovarja z večjo skrbnostjo. Prodajalec lahko da tudi garancijo za pravilno delovanje programja, s čimer razširi svojo odgovornost. Dajalec licence

²¹² Guibault/van Daalen, str. 55.

lahko še vedno odgovarja poleg dajalca licence, vendar odgovarja po pravilih darilne pogodbe ali neposlovne odškodninske odgovornosti.

4. *Neodplačna pridobitev od drugega distributerja*

Veljajo iste ugotovitve kot v prejšnjem primeru, le da distributer odgovarja po pravilih darilne pogodbe. Licenco uporabnik pridobi neodplačno neposredno od avtorja.

5. *Odplačen razvoj individualnega programja*

Naročnik s programerjem sklene pogodbo o razvoju programja, ki bo licencirano pod prosto licenco (najverjetneje zato, ker gre za nadgradnjo obstoječega prostega programja za potrebe naročnika). Gre za pogodbo o naročilu avtorskega dela (99. in 100. člen ZASP), za katero se smiselno uporabljajo pravila OZ o podjetni pogodbi, ki posebej urejajo tudi odgovornost podjetnika za napake. Prosta licenca ne ureja razmerja med naročnikom in razvijalcem programja, temveč med imetnikom avtorske pravice (to lahko na podlagi pogodbe postane tudi naročnik) in vsemi uporabniki programja. Naročnik lahko proti programerju uveljavlja zahteve iz naslova jamčevanja in odškodninske odgovornosti na podlagi avtorske pogodbe in v obsegu njenih morebitnih omejitev; prosta licenca tu navadno nima večjega vpliva.

6. *Distribucija strojne opreme s prednaloženim (OEM) ali ugnezdenim (embedded) programjem*

Gre za računalniško opremo, ki se prodaja z že naloženim operacijskim sistemom in/ali drugim programjem, ali za druge vrste elektronskih naprav, ki vsebujejo programsko krmiljene komponente (na primer mobilni telefoni, videorekorderji, mikrovalovke ipd.). Pri tem gre lahko bodisi za skupno prodajo strojne in programske opreme ali pa za kombinacijo prodaje strojne opreme in podaritve programja, odvisno od formulacije pogodbe (vključitve programja vanjo). Prodajalec odgovarja na podlagi prodajne oziroma darilne pogodbe. Odgovarja tudi proizvajalec strojne opreme, in sicer na podlagi garancije za izdelek in produktne odgovornosti.

5.10.5. Sklepno o izključitvi odgovornosti

Z vidika slovenskega prava določbe prostih licenc o izključitvi odgovornosti v večini primerov ne igrajo večje vloge. Uporabniki primerkov avtorskih del praviloma ne dobijo neposredno od dajalca licence, temveč od distributerjev ali tretjih oseb, s katerimi na neki način pridejo v stik (tudi prek interneta). Jamčevalne in odškodninske zahteve lahko zato uporabnik uveljavlja predvsem proti osebi, od katere je prejel primerek dela (to je seveda lahko tudi avtor dela), njihov obseg

in vsebina pa sta odvisna od vrste pogodbe, na podlagi katere je prišlo do prenosa programja – če je šlo za odplačno pogodbo, širša, pri brezplačni distribuciji pa ožja.²¹³ Pogodba, ki je temelj prenosa primerka licenciranega dela, se največkrat ne sklicuje na prosto licenco, zato izključitvene določbe licence kljub morebitni širši formulaciji urejajo samo razmerje med dajalcem in pridobiteljem licence. V tem razmerju (ne glede na njegovo pogodbeno ali nepogodbeno naravo) je zaradi neodplačnosti odgovornost dajalca licence dokaj blaga, hkrati pa je zaradi kogentnih zakonskih pravil ni mogoče (bistveno) dodatno omejiti. Izključitvene določbe licenc in opozorila nanje ob zaznamku o avtorski pravici in licenci so torej pomembni predvsem zato, da se uporabniki zavedajo, da predmet licence uporabljajo na lastno odgovornost.

5.11. Prehod med verzijami licence

Free Software Foundation si pridržuje pravico, da občasno objavi izboljšane ali nove različice licence GPL, ki bodo v duhu podobne sedanji različici, glede podrobnejših rešitev pa prilagojene novim problemom in vprašanjem, ki se utegnejo pojaviti (14. člen GPL). Skoraj identični določbi najdemo v licencah LGPL (v 6. členu) in FDL (v 10. členu). Nove verzije licence MPL lahko izdaja Mozilla Foundation,²¹⁴ nove verzije licenc CC pa Creative Commons Corporation. Podobne določbe o posodabljanju vsebuje tudi licenca FAL (9. člen). Občasne spremembe in izboljšave prostih licenc so potrebne zaradi dohajanja tehničnega napredka in pravnih sprememb, ki vplivajo zlasti na načine distribucije in uporabe avtorskih del. Prva verzija GPL na primer ni posebej obravnavala tehnoloških ukrepov zaščite avtorske pravice, patentov za računalniško izvedene izume, ugnezdenega programja ipd. in ni predvidevala interneta kot glavnega distribucijskega medija za prosto programje, poznejše različice pa so se temu prilagodile.²¹⁵ Za proste licence je značilna označitev licenčnih verzij s številkami, podobno kot so oštevilčene različne verzije računalniškega programja. Prva GPL iz leta 1989 je tako nosila številko 1, verzija 2 je bila sestavljena leta 1991, verzija 3 pa je izšla junija 2007. Prednost oštevilčenja je, da dajalec licence lahko poleg zaznamka avtorske pravice preprosto označi tudi verzijo licence, ki naj velja za njegovo delo.

²¹³ V tem smislu Metzger v: ifrOSS, str. 137; Rosen, str. 85.

²¹⁴ Člen 6.1 MPL sicer kot upravičenca do spreminjanja licence navaja *Netscape Communications Corporation*, vendar je njegovo vlogo naknadno prevzela Mozilla Foundation. Glej <http://www.mozilla.org/MPL/MPL-1.1-annotated.html>.

²¹⁵ Kreutzer v: ifrOSS, str. 122.

Uporaba nove licence omogoča izkoriščanje dela tudi na novih tehničnih podlagah in ohranitev pravic uporabnikov v spremenjenem pravnem okolju, vendar to velja le za tista dela, ki so bila licencirana pod najnovejšo verzijo licence. Na prej izdana dela nova licence neposredno ne vpliva, razen če jih avtorji (in predelovalci) ponovno izdajo pod pogoji nove verzije licence. To je pri delih individualnih avtorjev izvedljivo, pri velikih skupnostih razvijalcev prostega programja pa skoraj neuresničljivo – treba bi bilo namreč pridobiti soglasje za novo licenciranje od vseh, ki so kdaj sodelovali pri razvoju določenega programja. Namesto tega so GPL in po njenem zgledu druge recipročne licence uvedle opsijsko pravico pridobitelja licence, da sledi bodisi uporabljeni bodisi katerikoli poznejši verziji iste licence. Gre torej za svojevrsten mehanizem »polavtomatskega« prehoda na novo verzijo licence. Ko je taka verzija uradno izdana, je delo samodejno, brez dodatne izjave dajalca licence, dovoljeno uporabljati tudi skladno z njenimi določili. Pridobitelju licence pa je prepuščena odločitev, ali bo opcijo prehoda na drugo različico izkoristil, ali ne. Cilj tega mehanizma je možnost prilagoditve in izboljšanja licence, ne da bi vsak imetnik pravic ponovno moral privoliti v novo podelitev pravic.²¹⁶ Koristna posledica pa je tudi, da so različne verzije iste recipročne licence medsebojno združljive.

Posebnost licenc ustanove FSF (torej GPL, LGPL in FDL) je, da omogočajo uporabniku izbiro med vsemi dosedanjimi verzijami licence, ne le novejšimi, temveč tudi starejšimi od uporabljene. Dajalec licence (tako prvotni avtor kot naknadni predelovalec) pa lahko to izbiro omeji z navedbo številke licence in dodatkom določbe »*or any later version*«. Ta določba pomeni, da lahko uporabnik programja sledi tej ali katerekoli poznejši verziji licence. Pri drugih licencah je pravilo »*or any later version*« standardno in prehod na starejše verzije ni mogoč. Tudi pri GPL pa je pot enosmerna: ko je izbira med licencami enkrat omejena na novejše licence, je predelovalci ne morejo več razširiti tudi na starejše.²¹⁷ Licence CC dovoljujejo prehod na novo verzijo licence samo v okviru recipročnosti klavzule *share-alike*. Predelovalec lahko odloči, da se za njegovo predelavo uporablja novejša verzija iste licence, ki vsebuje iste elemente, ali druga nacionalna licence CC z istimi elementi. Za nespremenjeno delo pa vedno velja le tista različica licence, ki jo je izbral avtor. Uporabnik, ki ni hkrati tudi predelovalec, med verzijami licenc ne more izbirati.

Nekoliko je nenavadno, da tretja stranka, ki sama največkrat nima pravic na predmetu licence, lahko naknadno spreminja vsebino pravnega razmerja med

²¹⁶ To postavlja dodatno vprašanje v primeru, ko nova verzija licence podeli tudi pravice do novih načinov uporabe dela, ki jih prejšnja licence ni urejala.

²¹⁷ Kreutzer v: ifrOSS, str. 127.

dajalcem in pridobiteljem licence. Vendarle pa to ni nemogoče. Iz načela voljne avtonomije izhaja možnost take določitve, ne le v pogodbi, temveč tudi v enostranskem poslu. Učinkovanje pa je podobno kot pri pogoju: če se zgodi neko dejstvo, na katerega stranka nima vpliva (tj. izdaja nove verzije licence), potem ima to dejstvo določene pravne posledice, ki jih nanj veže pravni posel (za licencirano delo alternativno velja tudi ta verzija licence). Posebnost je v tem, da nova verzija licence sama določi tudi vsebino takih pravnih posledic, vendar se to zgodi skladno z voljno izjavo dajalca licence.

Čeprav je izbira med verzijami licence prepuščena uporabniku dela, do spremembe pravnega razmerja ne pride šele tedaj, ko se uporabnik odloči za določeno verzijo, temveč že s trenutkom izdaje nove licence. Tedaj namreč uporabnik dela pridobi možnost izbire. Mehanizem prehoda na novo verzijo licence bi lahko pravno kvalificirali kot nekakšno pogojno dvojno licenciranje: ko je izdana nova verzija licence, je delo samodejno licencirano *tudi* pod to verzijo – uporabniki pa lahko sledijo katerikoli. Kreutzer kot zagovornik pogodbene konstrukcije proste licence meni, da v primeru, ko je bila licenčna pogodba že sklenjena, nanjo izdaja nove različice licence nima več vpliva.²¹⁸ Pridobitelj licence naj bi torej pravico izbire med različnimi verzijami imel samo, dokler besedilo proste licence pomeni ponudbo za sklenitev pogodbe. Ko je ponudba sprejeta in pogodba sklenjena, pa se njegova pravica izbire izčrpa. Prehod na novo verzijo licence bi bil torej mogoč samo s sklenitvijo nove licenčne pogodbe. Menim, da takemu stališču ni mogoče pritrditi. Če je prosta licenca inkorporirana v pogodbo, postane del pogodbe tudi določba o pravici izbire med verzijami – nikjer namreč ni določeno, da bi ta določba po sklenitvi pogodbe prenehala veljati. Pridobitelj licence kot pogodbena stranka ima zato še vedno možnost slediti novejši različici. Taka razlaga je gotovo skladnejša z namenom te določbe, da omogoči čim lažji prehod na novo različico licence. Seveda pa pridobitelja licence k prehodu ni mogoče prisiliti, saj je izbira prepuščena njemu. Po izdaji nove verzije licence ima taka licenčna pogodba torej alternativno določeno vsebino. Če prosta licenca pomeni splošne pogoje pogodbe, se pogodba pogojno (torej pod pogojem, da bo izdana nova verzija licence) alternativno sklicuje na različne verzije licence kot splošne pogoje, med katerimi lahko pridobitelj licence izbira.

Tudi če konstruiramo prosto licenco kot pogodbo, za presojo določb o prehodu med verzijami licence ne pride v poštev uporaba šeste alineje tretjega odstavka 24. člena ZVPot, po kateri se šteje za nepošten pogodbeni pogoj določba, s katero se podjetju dovoljuje, da enostransko spremeni pogodbene pogoje, ki so bistveni za

²¹⁸ Kreutzer v: ifrOSS, str. 123.

pogodbeno razmerje. Licenčnih pogojev namreč praviloma ne spreminja dajalec licence, temveč tretja stranka, ki ni udeležena v pogodbi (na primer FSF). Izdaja nove licence tudi ne more biti v škodo potrošnika – pridobitelja licence, saj ta še vedno lahko sledi določbam stare verzije, če mu novejša ne ustreza. Njegove pravice se kvečjemu razširijo, ne pa zožijo, kar lahko škodi le avtorju, ki je kot dajalec licence tako tveganje zavestno prevzel. Tudi zanj pa sprememba ne more biti usodna, saj ne gre za izključno licenciranje, zato lahko (zlasti prvotni avtor) svoje delo neodvisno od druge odprte vsebine še vedno licencira tudi pod drugačno licenco. Problemi, ki se pojavljajo z vidika splošnih poslovnih pogojev pri naknadnih možnostih enostranskega spreminjanja vsebine pogodbe s strani uporabnika splošnih pogojev pogodbe, se pri prostih licencah skratka ne pojavijo.²¹⁹

FSF se v svojih licencah zavezuje, da bodo vse prihodnje verzije sledile duhu sedanje licence, spremembe bodo torej le izvedbene, tehnične narave. Vprašanje je, kaj bi se zgodilo, če bi FSF to obljubo prekršila in licenco spremenila tako, da bi bil na primer odpravljen učinek *copyleft* ali da licenca celo ne bi več ustrezala definiciji prostega programja. Menim, da bi bilo s tem preseženo pooblastilo, ki ga je dal dajalec licence – taka verzija licence zato v razmerju do avtorja ne bi bila veljavna in bi uporabnike, ki bi ji sledili, lahko celo tožil zaradi kršitve avtorske pravice. Vprašanje je, ali to velja tudi pri drugih licencah, ki ne vsebujejo zaveze sledenju duhu licence. Gotovo temeljna ideja proste licence mora ostati ohranjena. Ni pa jamstva, da bo tudi nova verzija licence v podrobnostih ustrezala vsem dajalcem licence. Tako tveganje morajo dajalci licence sprejeti, saj so v skupnosti nestrinjanja o podrobnostih licenc skoraj neizogibna.²²⁰ Nekateri programerji se bojijo, da bi lahko FSF določbe GPL kljub ohranjanju duha licence njene določbe spremenila v nasprotju z nameni prvotnih dajalcev licence, na primer z zaostritvijo načela *copyleft* ali s prepovedjo tehnoloških ukrepov zaščite.²²¹ Zaradi takih pomislov in nekaterih ideoloških nesoglasij je Torvalds *Linuxovo* jedro izrecno licenciral samo pod GPL verzijo 2, in ne pod katerokoli drugo verzijo te licence. GPL sicer ne predvideva možnosti izključitve izbire med različnimi verzijami, vendar tega tudi ne more preprečiti, če se za izključitev odloči prvi dajalec licence, ki ga ne veže učinek *copyleft*. V takem primeru določba o prehodu na nove verzije licence seveda ostaja brez pomena.²²² Za operacijski sistem *Linux* nova, 3. verzija

²¹⁹ Enako Kreutzer v: ifrOSS, str. 129.

²²⁰ Pri oblikovanju novih verzij nekaterih prostih licenc pa lahko zainteresirani subjekti tudi aktivno sodelujejo – zlasti verzija 3 GPL in LGPL je nastajala z intenzivnim sodelovanjem skupnosti prek spletne strani <http://gplv3.fsf.org> ter več mednarodnih konferenc.

²²¹ Reese/Stenberg (splet).

²²² V tem smislu tudi Kreutzer v: ifrOSS, str. 128.

GPL torej neposredno ne velja, dokler se ne bo Torvalds odločil za relicenciranje in k temu pritegnil tudi druge prispevalce kode.

5.12. Prenehanje proste licence

5.12.1. Potek časa in preklc

Če je namen prostih licenc odprava omejujočih učinkov pravic intelektualne lastnine na rabo avtorskih del in vzpostavitev odprtega pravnega režima izkoriščanja teh del, potem je nujno, da licenca velja toliko časa, dokler trajajo takšne omejitve, torej ves čas zakonitega varstva avtorske in drugih izključnih pravic. Ker licenca temelji na izključni pravici avtorja, daljše trajanje tudi ni mogoče (prim. 706. člen OZ).²²³ **Avtorska pravica** načeloma traja za avtorjevega življenja in 70 let po njegovi smrti (59. člen ZASP). Po tem času licenca preneha, ne glede na to, kdaj je bila podeljena. Kadar je delo ustvarilo več avtorjev, se rok trajanja računa od smrti soavtorja, ki je umrl zadnji (60. člen), kar dobo veljavnosti licence praviloma zelo podaljša. To pa ne velja za avtorje **združenih del**, saj med njimi ni skupnosti, ki bi to upravičevala. Roki trajanja tečejo ločeno za vsako od združenih del.²²⁴ **Kolektivna dela** imajo navadno tolikšno število soavtorjev, da bi ugotavljanje smrti zadnjega med njimi lahko povzročilo precejšnje zaplete, zato zakon določa preprostejše pravilo, da avtorska pravica traja 70 let po zakoniti objavi dela (62. člen). Za **zbirke** kot avtorska dela veljajo običajni roki trajanja avtorske pravice. Nebistvene spremembe pri izbiri, uskladitvi ali razporeditvi vsebine zbirke ne podaljšajo trajanja avtorske pravice na zbirki (prvi odstavek 65. člena). Pravice izdelovalca **podatkovnih baz** trajajo 15 let, odkar je bila baza izdelana. Če je bila podatkovna baza v tem času zakonito objavljena, trajajo pravice 15 let od take prve objave. Vsaka kakovostno ali količinsko znatna sprememba vsebine podatkovne baze, posledica katere je kakovostno ali količinsko znatna nova naložba, povzroči za tako nastalo podatkovno bazo tek novega varstvenega roka (141.f člen); doba varstva podatkovne baze, ki se redno dopolnjuje, je lahko tako skoraj neomejena. Sicer pa je za sorodne pravice značilno krajše trajanje od avtorske pravice. Pravice izvajalca trajajo 50 let od datuma izvedbe; pravice proizvajalca fonogramov in filmskega producenta 50 let, odkar je bil narejen posnetek; pravice RTV organizacij pa trajajo 50 let od prvega radiodifuznega oddajanja.

²²³ Štempihar, str. 202: »Pri času prenosa gre za določitev časa, v katerem lahko uporabnik delo eksploatira. Njegova absolutna zunanja meja je rok, v katerem varstvo sploh traja, saj so po tej dobi dela prosta.« Enako Trampuž/Oman/Zupančič, str. 189.

²²⁴ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 65, 175.

Posebnost rokov iz ZASP je, da začnejo teči prvega januarja tistega leta, ki sledi letu njihovega začetnega dogodka (67. člen). To ima zanimivo posledico, da prosta licenca zaradi poteka časa lahko preneha samo 31. decembra vsakega leta. Ker imajo na posameznem delu odprte vsebine izključne pravice različni subjekti, ki so vsi dajalci proste licence (na primer prvotni avtor, predelovalci, izvajalec in proizvajalec fonograma), pa je nujno, da se vse pravice in licence iztečejo hkrati (razen pri soavtorjih in kolektivnih delih, kjer pravica za vse preneha hkrati). Sedemdeset let od smrti avtorja lahko na primer preteče, preden je minilo petdeset let od datuma izvedbe – v takem primeru licenca prvotnega avtorja preneha, naprej pa velja licenca izvajalca v zvezi s konkretnim posnetkom izvedbe.

Prenos materialnih avtorskih in sorodnih pravic je seveda lahko časovno omejen (73. člen ZASP), vendar je za pravno varnost uporabnikov odprtih vsebin bistveno, da prosta licenca traja neomejeno dolgo ter da ne more biti preklicana ali na drug način prenehati pred iztekom avtorske pravice. Novejše proste licence se o vprašanju trajanja izrečno izjavljajo. GPL v 2. členu določa, da so vse pravice iz licence podeljene za dobo trajanja avtorske pravice in so nepreklicne pod pogojem, da so upoštevane licenčne določbe. Preklic podeljenih pravic je torej mogoč samo, če uporabnik krši licenco. Ista določba velja tudi za LGPL. Licenca FAL ostaja v veljavi ves čas trajanja avtorskih pravic na delu, razen je prekinjena zaradi kršitve licenčnih določb (8. člen). Licenca FDL označuje licenco za neomejeno glede trajanja (*unlimited in duration*), licenca Apache pa za trajno in nepreklicno (*perpetual, irrevocable*). Licence CC v 7. členu določajo, da je licenca veljavna za čas trajanja pravice na delu v skladu z določbami ZASP.²²⁵

V teoriji se pojavlja mnenje, da je brezplačno licenco mogoče vedno preklicati.²²⁶ Zlasti če izhajamo iz nepogodbene konstrukcije proste licence, pa se zastavlja vprašanje, kaj zavezuje dajalca licence, da ne bi enostransko podeljene licence tudi enostransko preklical. Zaradi elastičnosti avtorske pravice bi v takem primeru vsa upravičenja spet pripadla avtorju. Vseeno menim, da je preklic mogoč samo, če ga licenca predvideva pod določenimi pogoji (GPL na primer v primeru kršitve

²²⁵ Spletna stran CC <http://wiki.creativecommons.org/FAQ> pojasnjuje: »Creative Commons licenses are non-revocable. This means that you cannot stop someone, who has obtained your work under a Creative Commons license, from using the work according to that license. You can stop distributing your work under a Creative Commons license at any time you wish; but this will not withdraw any copies of your work that already exist under a Creative Commons license from circulation, be they verbatim copies, copies included in collective works and/or adaptations of your work. So you need to think carefully when choosing a Creative Commons license to make sure that you are happy for people to be using your work consistent with the terms of the license, even if you later stop distributing your work.«

²²⁶ McGowan, *Legal Aspects ...*, str. 13–14; Guibault/van Daalen, str. 86; Rosen, str. 56.

licence). Avtorskoppravna licenca namreč ni samo navadna obljuba; s podelitvijo licence je dajalec izčrpal svojo razpolagalno oblast nad podeljenimi upravičenji na posameznem primerku programja, zato ustanovljene »obremenitve pravice« ne more več sam odpraviti. Medicus navaja, da mora biti pri enostranskih poslih, za veljavnost katerih ni potreben sprejem, preklic urejen v posebnih predpisih, na primer za oporočo ali javno obljubo.²²⁷ ZASP pa preklic predvideva samo pri uveljavljanju pravice skesanja (20. člen) ali zaradi neizvrševanja izključne licence (83. člen), ki sta pri prostih licencah le omejeno uporabna.²²⁸ Naknadni preklic licence in uveljavljanje izključnih pravic proti uporabnikom, ki so se zanašali na licenco, bi lahko pomenil tudi nasprotujoče si ravnanje (*venire contra factum proprium*), ki bi kršilo načelo dobre vere in poštenja.

Navedeni razlogi govorijo za trajnost in nepreklicnost tudi tistih prostih licenc, ki ne vsebujejo izrecnih določb o tem vprašanju (zlasti BSD, MIT in verzija 2 GPL/LGPL). ZASP v 75. členu vzpostavlja domnevo, da prenos pravic velja za čas, ki je običajen za to vrsto del. Za prosto licencirana dela je običajna časovna neomejenost licence, saj je ta nujna za dosego namena posla – zagotovitev proste uporabe dela za kakršenkoli namen in za vse uporabnike. Povprečni dajalec licence pa se je moral zavedati dejstva, ki ga priznava tudi teorija, da je namreč preklic proste licence v praksi tako rekoč neizvedljiv. Ko delo pod prosto licenco enkrat postane široko dostopno, zlasti prek interneta, je nemogoče identificirati vse njegove uporabnike, da bi jih obvestili o preklicu, priznati pa je treba tudi, da se jih večina za splošne razglase o preklicu proste licence ne bi dosti menila. Razpravljanje o možnosti preklica proste licence zato v vsakem primeru ostaja predvsem teoretične narave.²²⁹

Poudariti pa je treba, da nepreklicnost licence velja samo za primerke dela, ki so že bili dani v promet pod prosto licenco, in za njihove kopije. Avtor pa ni zavezan nadaljevati distribucije svojega dela pod prosto licenco in lahko nove primerke začne dajati v promet tudi pod pogoji druge, restriktivnejše licence. Licence CC posebej pojasnjujejo posledice neizključnosti podelitve pravic: dajalec licence si pridržuje pravico, da kadarkoli objavi delo pod drugačnimi pogoji oziroma ga pre-

²²⁷ Medicus, str. 115.

²²⁸ Preklic materialne avtorske pravice na podlagi 83. člena ZASP zaradi neizvrševanja ali nezadostnega izvrševanja pri prostih licencah nikoli ne pride v poštev, saj je njegov pogoj, da je šlo za izključni prenos pravic, pri kakršnem lahko avtor postane povsem odvisen od novega imetnika, če ta pridobljenih pravic sploh ne uporabi ali jih uporabi premalo. Samo izključni prenos pravic lahko onemogoči avtorju izkoriščanje dela. Trampuž/Oman/Zupančič, str. 205–206. Glede uveljavljanja pravice skesanja glej poglavje 6.2.1d).

²²⁹ McGowan, *Legal Aspects ...*, str. 13–14; Guibault/van Daalen, str. 86.

neha distribuirati ali dajati v najem, pod pogojem, da s tako odločitvijo ne preneha veljati ta licenca (in druge licence na njeni podlagi) in da ta licenca v celoti velja naprej do morebitnega prenehanja veljavnosti zaradi kršitve licence.

5.12.2. Prekinitev licence zaradi kršitev

Za proste licence je značilno, da predvidevajo prekinitev licence kot sankcijo za primer neupoštevanja licenčnih določb. Kršitelj izgubi vse pravice iz licence. Kdor uporablja delo v nasprotju z določbami licence, ni obravnavan le kot kršitelj pogodbe (tudi če je prosta licenca inkorporirana v pogodbo), temveč kot kršitelj avtorske pravice, saj ni imel pravnega temelja za uporabo dela. Nezakonito postane tudi vsako nadaljnje izkoriščanje dela, ki bi temeljilo na prosti licenci.²³⁰ GPL v 8. členu določa, da vsak poskus razširjanja ali spreminjanja dela v nasprotju z licenco samodejno prekinja vse pravice iz te licence.²³¹ Podobno določa 9. člen FDL. Licence CC v 7. členu določajo, da licenca in z njo podeljene pravice samodejno prenehajo veljati, če uporabnik prekrši *katerokoli* določbo te licence. To velja na splošno: ne zahteva se huda kršitev bistvenih obveznosti iz licence, temveč za prekinitev licence zadošča neupoštevanje katerekoli določbe. Vsi licenčni pogoji so torej določeni za del kavze posla. Čeprav je jasno, da zaradi malenkostne formalne kršitve licence najbrž noben avtor ne bo sodno preganjal uporabnika, je vseeno vprašljivo, ali je tako strog pristop smiseln. Seveda pa ga odlikuje popolna jasnost, ki je pri tehtanju teže kršitve ni mogoče doseči.²³²

MPL namesto takojšnje prekinitve predvideva »ozdravitveno obdobje«, ko je mogoče kršitev licence še odpraviti.²³³ Če uporabnik dela v 30 dneh, odkar je izvedel za kršitev, ne odpravi kršitve in začne upoštevati licence, licenca in z njo podeljene pravice samodejno prenehajo (člen 8.1). Tak pristop se izogne sankcioniranju tistih uporabnikov, ki so licenco prekršili nehote in so kršitev pripravljeni sami odpraviti. Podobno rešitev je uvedla verzija 3 GPL, ki sicer ohranja samodejno prekinitev licence v primeru kršitve, vendar v 8. členu omili ostrino te določbe z dodatkom, ki omogoča »ozdravitev« licence v primeru prostovoljnega prenehanja s kršitvami. Licenca proti posameznemu imetniku pravic se v takem primeru začasno samodejno obnovi, vsak od dajalcev licence pa jo lahko v šestdesetih

²³⁰ Jaeger v: ifrOSS, str. 86.

²³¹ Obširneje o tej določbi Jaeger v: ifrOSS, str. 87.

²³² Guibaultova in van Daalen poudarjata, da so ti razlogi za prekinitev licence (razen v primeru kršitve določbe *copyleft*) pravzaprav primerljivi s tistimi, ki jih vsebujejo konvencionalne licence za programje, zato o njihovi veljavnosti ne more biti dvoma. Guibault/van Daalen, str. 87.

²³³ St. Laurent, str. 76.

dneh dokončno prekine z izrecnim obvestilom kršitelju. Način tega opozorila ni podrobneje predpisan, lahko se uporabi kakršnokoli razumno sredstvo. V poštev torej pride zlasti konvencionalna in elektronska pošta ali telefaks. Načeloma bi zadoščal tudi telefonski klic, ki pa ne zagotavlja zadostnega dokaza o tem, da je bilo opozorilo res opravljeno. Če takega obvestila ni, je po izteku šestdesetih dni od odprave kršitev licence proti posameznemu imetniku pravic spet trajno veljavna. Rok spodbuja pridobitелje licence k prostovoljnemu spoštovanju GPL, saj jim zagotavlja, da jih po njegovem izteku zaradi preteklih kršitev ni več mogoče preganjati. Licenco je mogoče obnoviti tudi, če šele dajalec licence pozove uporabnika k odpravi kršitev, pod pogojem, da je bil kršitelj prvič tako opozorjen in da odpravi kršitev najpozneje v 30 dneh po prejemu obvestila. Tudi na ta način se spodbuja prostovoljno spoštovanje GPL.

Kakšne možnosti pa ostanejo kršitelju proste licence, ki je zaradi kršitve samodejno prenehala? Jaeger v zvezi z verzijo 2 GPL meni, da kršitelj, ki napako odpravi, lahko od tedaj najprej delo uporablja skladno s prosto licenco. Licenco spet pridobi na enak način kot prvič.²³⁴ Licence CC pa predvidevajo, da je treba za obnove licence po kršitvi pridobiti dovoljenje avtorja. To je razvidno iz definicije uporabnika dela: »'Uporabnik' je fizična ali pravna oseba, ki izkorišča pravice iz te licence in ki predhodno ni kršila določb in pogojev te licence za to delo oziroma je prejela izrecno dovoljenje od dajalca licence za izkoriščanje pravic iz te licence kljub predhodnim kršitvam.« Zgolj prostovoljna odprava kršitve torej ne zadošča za ponovno pridobitev licence. Prav tako kršitelj GPLv3, čigar licence ni bila obnovljena na podlagi 8. člena, dovoljenja za uporabo istega programa ne more ponovno pridobiti brez posebnega dogovora z imetniki pravic.

Zaradi koncepta neposredne podelitve licence vsakemu uporabniku dela (torej ne podlicenciranja) ostanejo nedotaknjene pravice nadaljnjih uporabnikov dela ali njegove predelave, ki so primerek prejeli od kršitelja, saj njihove pravice niso izvedene iz kršiteljeve licence. Licence CC na primer pojasnjujejo: za fizične in pravne osebe, ki so od uporabnika prejele predelavo dela ali zbirko po tej licenci, določbe licence ne prenehajo veljati, razen če so te osebe same kršile določbe licence. Podobno določata 8. člen GPL in člen 8.4 MPL. Poseben primer prekinitve licence zaradi uporabnikovega ravnanja v nasprotju z duhom prostega programa je tudi patentna retaliacija, ki je podrobneje obravnavana v poglavju o prostih licencah in patentih (poglavje 7.2.3).

²³⁴ Jaeger v: ifrOSS, str. 94.

5.12.3. Nemožnost izpolnjevanja licence

Včasih določilom proste licence ni mogoče slediti, ne da bi s tem prekršili druga pravna pravila. Prosto programje lahko na primer implementira računalniško izvedeni izum, ki sam ni prosto licenciran. Patentna licenca prepoveduje neodplačno distribuiranje tega programja, avtorskopravna prosta licenca pa ga zapoveduje. Obeh pravil hkrati ni mogoče upoštevati. Prepoved licenčnine v prosti licenci namreč velja ne glede na to, ali ta temelji na avtorski pravici ali na patentu. Sodna odločba lahko zaradi varstva poslovne skrivnosti prepove distribucijo določenega programja v izvorni kodi. Kriptografske programe pa je v nekaterih državah dovoljeno distribuirati samo nekaterim osebam ali le v določeni obliki.

Ne glede na to, ali s prosto licenco nezdružljive obveznosti izvirajo iz sodne odločbe, zakona ali pogodbe, GPL določa, da pridobitelj licence ne odvezujejo od sledenja licenčnim pogojem. Če programa ni mogoče prenašati tako, da so hkrati izpolnjene vse obveznosti iz GPL in druge obveznosti, ki se nanašajo na program, potem programa sploh ni dovoljeno prenašati. To je edini način, ki ne krši nobene od obveznosti uporabnika programa. Licenca namreč zaradi pravne ovire za njeno izvršitev ne preneha veljati, zato jo je treba še naprej v celoti spoštovati. Če se delo zaradi sodbe uporablja v nasprotju z licenco, to pomeni kršitev licence in kršitev avtorske pravice. Tako kot pri sankcijah za kršitev licence tudi tu velja pristop vse ali nič – zadošča že, da je preprečeno izpolnjevanje enega samega pravila iz licence, in preprečeno je izvrševanje vseh licenciranih pravic. Zaradi tega je bil v prvem osnutku verzije 3 GPL ta člen slikovito naslovljen Svoboda ali smrt programa. Kreutzer meni, da to pravilo velja samo, kadar je preprečeno izpolnjevanje tistih licenčnih določb, ki jim pravni red priznava pravno veljavo. Če ugotovimo, da posamezna določba licence v domačem pravnem redu ne velja (na primer popolna izključitev odškodninske odgovornosti), to še ne povzroči neveljavnosti tudi preostanka licence. Za take primere GPL ne ponuja rešitve. Pravice do uporabe so podeljene, namesto neveljavne določbe pa veljajo zakonska pravila.²³⁵

Če GPL na prvo mesto postavlja svobodo programja, MPL in licence CC dajejo prednost veljavnosti licence. MPL v 4. členu določa, da mora pridobitelj licence v primeru navedenih pravnih ovir čim bolj upoštevati določbe licence. Vsebinsko omejitev in dele kode, na katere se nanašajo, mora opisati v posebni datoteki z naslovom LEGAL, ki mora biti priložena izvorni kodi. Namen te določbe je omogočiti, da se lahko v izvorno kodo vključi tudi regulirano programje, kot je na primer

²³⁵ Kreutzer v: ifrOSS, str. 108–109, 112.

kriptografska koda, katere široka javna distribucija je lahko zakonsko omejena.²³⁶ Če kakšna določba MPL velja za neizvršljivo, se spremeni toliko, kolikor je nujno za dosego njene izvršljivosti (11. člen). Podobno rešitev sprejemajo licence CC: če je katerakoli določba licence po merodajnem pravu neveljavna ali neizvršljiva, to ne vpliva na veljavnost in izvršljivost drugih določb te licence. Takšne določbe se brez nadaljnjih dejanj strank štejejo za spremenjene le toliko, kolikor je nujno, da postanejo veljavne in izvršljive (8. člen večine licenc CC). Pravne ovire za izvršitev proste licence torej v nobenem primeru ne povzročijo njenega prenehanja. Posledice takih ovir za uporabnika dela pa so pri različnih licencah različno stroge.

²³⁶ Glej <http://www.mozilla.org/MPL/MPL-1.1-annotated.html>.

6.

Drugi avtorskopravni vidiki prostih licenc

V prejšnjem poglavju so bile (tudi) z vidika avtorskega prava pojasnjene vsebina in posledice značilnih določb prostih licenc. To poglavje pa obravnava še nekatera vprašanja avtorskega prava, ki jih tipične proste licence izrecno ne urejajo, a so pomembna za pravni položaj odprte vsebine.

6.1. Kdaj se uporablja slovensko pravo

Poglavitne proste licence so bile izvorno sestavljene ob upoštevanju avtorskega prava ZDA, zato so v izrazju in mehanizmu delovanja prilagojene ameriškemu pravnemu sistemu. Odprtim vsebinam, ki so na voljo pod temi licencami, pa so geografske meje tuje. Za velike kolaborativne projekte, kot sta na primer Linux ali Wikipedija, je značilno, da pri razvoju hkrati sodeluje veliko število prispevalcev iz različnih držav in pravnih redov. Njihovi prispevki k prosto licenciranemu delu prek interneta postanejo dostopni povsod po svetu in uporabniki v številnih državah izkoriščajo z licenco podeljene pravice, zlasti pravico neomejenega razmnoževanja dela. Zato je pomembno vprašanje, kdaj se za presojo proste licence in njenih učinkov sploh uporablja slovensko pravo.

6.1.1. Avtorski statut

Če sprejmemo izhodišče, da je vse proste licence mogoče obravnavati kot enostransko podelitev materialnih avtorskih pravic, ki za svojo veljavnost ne potrebuje sklenitve pogodbe, je določitev merodajnega prava razmeroma enostavna. Podelitev licence je razpolagalni posel avtorskega prava, zato ga je treba presojati po avtorskem statutu. Za mednarodno avtorsko pravo velja načelo teritorialnosti, po katerem se predpostavke in učinki varstva pravic (vključno z opredelitvijo predmeta varstva, imetništva in prenosa pravic, vsebino, obsegom in trajanjem

varstva ter ugasnitvijo pravic) ravna po pravu tiste države, za območje katere se uveljavlja varstvo avtorske ali sorodne pravice – *lex loci protectionis*. To načelo izvira iz drugega odstavka 5. člena Bernske konvencije, ki napotuje na predpise države, v katerih se zahteva varstvo.¹ To pomeni, da se uporabi avtorsko pravo tiste države, na ozemlju katere se je zgodilo ravnanje, ki je pridržano avtorju kot del njegove izključne pravice, tudi če ima avtor prebivališče v drugi državi. Pravilo je kogentno in ga ni mogoče nadomestiti s pogodbeno izbiro prava. Ko avtorsko delo ali predmet sorodnih pravic kroži po mednarodnem prostoru, se varuje po pravu vsakokratne države, v kateri se izkorišča ali v kateri je pod vprašajem. Avtorska pravica na določenem delu torej ni enotna pravica, ki bi veljala po vsem svetu, temveč je avtor imetnik svežnja nacionalnih avtorskih pravic, ki se ravna po pravilih posameznega pravnega reda.² Zaradi tega načela je pri nas na primer programska knjižnica lahko varovana kot podatkovna baza s posebno sorodno pravico, v ZDA ali drugje pa samo z avtorsko pravico sestavljalca zbirke, saj je pravica *sui generis* na podatkovni bazi posebnost evropskega prava.³

ZASP tujim fizičnim ali pravnim osebam zagotavlja enako varstvo kot domačim v primeru, če tako določa mednarodna pogodba, zakon sam ali če je podana dejanska vzajemnost (drugi odstavek 176. člena). Bernska konvencija v prvem odstavku 5. člena določa načelo nacionalnega tretmaja: tuji avtorji uživajo v državah podpisnicah enako varstvo kot domačini. Ker je ta konvencija skoraj globalno sprejeta,⁴ večina tujcev uživa na njeni podlagi v Sloveniji uživa varstvo pravic po ZASP. Če v Sloveniji pride do kršitve proste licence v zvezi z delom domačega ali tujega avtorja, se vprašanje torej presoja po slovenskem pravu. Pomemben je kraj ravnanja storilca, ne pa kraj nastanka škodljivih posledic.⁵ Za razmnoževanje je torej merodajno pravo kraja, kjer je bila izdelana nedovoljena kopija, tudi v primeru če je bila sneta z interneta. Za dajanje na voljo javnosti prek interneta skladno z Direktivo o elektronskem poslovanju 2000/31/ES ni odločilen kraj strežnika, na katerem je delo na voljo (ker je ta tako rekoč poljuben), temveč država ustanovitve ponudnika vsebine (ki ni nujno tudi upravljalec strežnika).⁶

¹ Kritično o taki razlagi Mežnar, str. 109 in nasl.

² Prim. Metzger v: ifrOSS, str. 171–172; Trampuž/Oman/Zupančič, str. 407; Spindler, str. 135.

³ Koch (I), str. 227.

⁴ Julija 2011 je bilo med podpisnicami Bernske konvencije 164 držav.

Vir: http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15.

⁵ Mežnar, str. 190.

⁶ Spindler, str. 146–148.

6.1.2. Mešani statut

Če prosto licenco obravnavamo kot del licenčne pogodbe, je opredelitev merodajnega prava bolj zapletena. Pogodbe avtorskega prava so obligacijski pravni posli, ki vključujejo tudi razpolago z avtorsko pravico. V teoriji je sporno, ali je treba zavezovalni in razpolagalni posel obravnavati enotno, tako da bi bil tudi za razpolago merodajen pogodbeni statut, ali pa je treba za presojo razpolagalnega posla uporabiti pravila *lex loci protectionis*. Spindler navaja, da glede podelitve pravic prevladuje slednje stališče. Pri licenčni pogodbi zavezovalni posel torej presoјamo po pogodbenem statutu, razpolagalnega pa po avtorskem.⁷

ZMZPP v 19. členu določa, da se za pogodbo v prvi vrsti uporabi pravo, ki sta si ga izbrali pogodbeni stranki. Isto izhaja iz 3. člena Uredbe ES št. 593/2008. Glavna navezna okoliščina je torej avtonomija strank.⁸ Nekatere proste licence vsebujejo določbo o izbiri mednarodnega prava. MPL v 11. členu opredeljuje, da za licenco velja kalifornijsko pravo, razen njegovih kolizijskih pravil (kar preprečuje *renvoi*,⁹ zavračanje na drugo pravo), če merodajno pravo ne določa drugače. Izrecno je izključena uporaba Konvencije Združenih narodov o mednarodni prodaji blaga, zanimiva pa je še določba MPL, da se za licenco ne uporablja pravo, ki bi določalo, da se besedilo pogodbe razlaga v škodo tistega, ki jo je sestavil.¹⁰ Licenca QPL za merodajno izbira norveško, FAL pa francosko pravo. Če je licenčna pogodba veljavno sklenjena, se torej za presojo uporablja pravo, na katero napotuje licenca. Veljavnost pogodbe o izbiri prava se presoja po izbranem pravu (tretji odstavek 19. člena ZMZPP). Po tej navezni okoliščini uporaba slovenskega prava ne bo prišla v poštev, saj ni zaslediti proste licence, ki bi ga izbrala za merodajnega.

GPL in druge licence FSF ne vsebujejo določbe o izbiri prava, prav tako ne licence Creative Commons. Metzger meni, da bi bila tovrstna določba v novi verziji licenc koristna,¹¹ vendar je bilo pri pripravi verzije 3 GPL takšno stališče zavrnjeno iz pravnih in iz pragmatičnih razlogov. FSF namreč meni, da so take določbe pogodbeni pojav, medtem ko so vsebinske pravice iz GPL opredeljene v uporabnem lokalnem avtorskem pravu. Ob določbah o izbiri prava se postavljajo zapletena vprašanja razlage, kadar je programje ustvarjeno s kombiniranjem in

⁷ Prav tam, str. 141. Podrobneje o problematiki razmejitve med avtorskopравnimi in obligacijskopравnimi vprašanji glej Mežnar, str. 238–244.

⁸ Dika/Knežević/Stojanović, str. 73.

⁹ Podrobneje o *renvoi* Dika/Knežević/Stojanović, str. 26–30.

¹⁰ Ker so tovrstna interpretacijska pravila v zakonih praviloma kogentne narave, jih licenčna določba ne more izključiti, tudi če je oblikovana kot določba o izbiri prava.

¹¹ Metzger v: ifrOSS, str. 171.

razširjanjem; poleg tega obstaja nevarnost, da bo izbrana jurisdikcija, ki je sovražna načelom prostega prava. Zaradi tega nov 7. člen GPL ne dovoljuje dodajanja določb o izbiri prava oziroma celo dovoljuje uporabnikom, da take določbe odstranijo.¹²

Dejstvo, da je pogodba napisana v angleščini ali da je prilagojena ameriškemu pravu, še ne pomeni izbora prava. Drugi odstavek 19. člena ZMZPP namreč določa, da je volja strank o izbranem pravu lahko izrecno izražena ali pa mora *nedvomno* izhajati iz pogodbenih določil ali drugih okoliščin. Če je prosta licenca brez določbe o izbiri prava vključena v pogodbo, je zanjo na podlagi 20. člena ZASP treba uporabiti pravo, s katerim je razmerje najtesneje povezano. Če posebne okoliščine primera ne napotujejo na drugo pravo, se šteje, da je najtesnejša zveza podana s pravom države, v kateri ima stranka, ki je zavezana opraviti za posamezno pogodbo značilno izpolnitev, stalno prebivališče oziroma sedež. Pri avtorskih pogodbah je najožja koneksnost praviloma podana s pravom prebivališča avtorja kot stranke, ki nudi karakteristično izpolnitev.¹³ V primeru licenčne pogodbe je torej treba uporabiti pravo države dajalca licence. Na tem mestu pa se zadeva zaplete. Dajalcev licence je pri velikih kolaborativnih projektih odprte vsebine lahko na tisoče in navadno so razpršeni po vsem svetu. Merilo značilne izpolnitve torej ne zadošča, saj ni mogoče uporabljati več pravnih redov hkrati. Najtesnejšo zvezo bi lahko nakazoval sedež nosilca projekta, če ta obstaja. Vendar je zlasti prosto programje pogosto oblikovano modularno, pri čemer posamezni modul razvijajo različne skupine razvijalcev. V takem primeru je mogoče, da so posamezni deli programja v najtesnejši zvezi z drugim pravnim redom kot celota, zato je treba za vsak del uporabiti drugo pravo.

Drugačen je položaj, če je pridobitelj licence potrošnik, to je oseba, ki pridobiva stvari, pravice in storitve predvsem za osebno uporabo ali uporabo v lastnem gospodinjstvu. Za potrošniško pogodbo se namreč uporablja pravo države, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče:

- če je sklenitev pogodbe posledica ponudbe ali reklame v tej državi in če je potrošnik v tej državi opravil dejanja, potrebna za sklenitev pogodbe; ali
- če je potrošnikov sopogodbenik ali njegov zastopnik dobil potrošnikovo naročilo v tej državi; ali
- če je bila prodajna pogodba sklenjena v drugi državi oziroma je potrošnik dal naročilo v drugi državi, če je potovanje organiziral prodajalec z namenom spodbujati sklepanje takih pogodb.

¹² Glej *Opinion on Denationalization of Terminology*, dostopno na <http://gplv3.fsf.org/denationalization-dd2.html>.

¹³ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 417.

V teh primerih stranki z dogovorom o izbiri prava ne moreta izključiti prisilnih določb o varstvu potrošnikovih pravic, ki jih vsebuje pravo države, v kateri ima potrošnik stalno prebivališče (22. člen ZMZPP, 6. člen Uredbe ES 593/2008). Če torej potrošnik, ki prebiva v Sloveniji, z interneta prenese programje ali glasbo pod prosto licenco in pri tem sklene licenčno pogodbo, se obligacijski elementi tega posla presojujejo po slovenskem pravu.

Ker se za razpolagalni posel še vedno uporablja avtorski statut, je treba razmejiti med obligacijskimi in avtorskopравnimi vprašanji v licenčni pogodbi. Obligacijska vprašanja so zlasti način in veljavnost sklenitve pogodbe, splošni pogodbeni pogoji, jamstvo za napake in pogodbeni odškodninska odgovornost. Po avtorskem pravu pa se presoja, ali je stvaritev sploh avtorsko delo, kdo je prvi imetnik pravic (avtor/delodajalec/soavtorstvo),¹⁴ trajanje pravic, vsebinske omejitve pravic in njihova prenosljivost.¹⁵ V primeru kršitve obligacijskega dela proste licence bi se torej uporabilo pogodbeno kolizijsko pravo, pri kršitvi avtorskega dela pa avtorsko kolizijsko pravo, meni Spindler.¹⁶ Čeprav ta trditev načeloma drži, lahko ugotovimo, da se v primeru sodnega uveljavljanja prostih licenc proti kršiteljem pravzaprav skoraj vedno uporablja avtorsko pravo, saj le na njem temeljijo sankcije za kršitev proste licence. Proste licence ne vsebujejo obveznosti, izpolnitev katerih bi se od pridobitelja licence lahko zahtevala s tožbo. Če distributer v nasprotju z licenco ne razkrije izvirne kode programja, mu zaradi kršitve licenca preneha veljati. Zato ga ni mogoče tožiti na aktivno izpolnitev pogodbe, torej na razkritje izvirne kode, temveč le uveljavljati zahtevke zaradi kršitve avtorske pravice, ker je delo distribuiral brez avtorjevega dovoljenja. Pri sodnem uveljavljanju proste licence je torej v vsakem primeru najbolj relevantna navezna okoliščina *lex loci protectionis*. Če poenostavimo: če se pravice iz licence izkoriščajo v Sloveniji, zanje velja slovensko pravo.

Opozoriti pa velja, da je poleg licenčne pogodbe mogoča še vrsta drugih pogodb v zvezi s prostim programjem in drugimi odprtimi vsebinami, na primer prodajna, darilna ali zakupna pogodba, pogodba o razvijanju programja, njegovem vzdrževanju in garanciji, ponujanje poslovnih rešitev z uporabo prostega programja ipd. Pri tem ne gre za pogodbe avtorskega prava, saj jih lahko sklepajo tudi subjekti, ki sami nimajo nikakršnih izključnih pravic na avtorskih delih, ki so predmet pogodbe. Za njihovo presojo se torej uporablja pogodbeni statut.

¹⁴ Spindler posebej obravnava primer, ko soavtorji tvorijo societeto, za presojo katere na prvem mestu pride v poštev pravo, ki so ga izbrali družbeniki. Glej Spindler, str. 136–139.

¹⁵ Metzger v: ifrOSS, str. 172.

¹⁶ Spindler, str. 135.

6.1.3. Mednarodna pristojnost

Niti ZASP niti ZMZPP ne vsebujeta posebnih pravil o mednarodni pristojnosti slovenskega sodišča v sporih glede avtorske pravice ali pravic intelektualne lastnine nasploh. Mednarodna pristojnost se torej ne glede na to, ali je licenca enostranska ali pogodbeno, avtorsko- ali obligacijskopravna, ravna po splošnih pravilih ZMZPP oziroma za razmerja v Evropski uniji po pravilih Uredbe Sveta (ES) 44/2001. Slovensko sodišče je pristojno zlasti, če ima toženec stalno prebivališče oziroma sedež v Republiki Sloveniji. Stranki se smeta sporazumeti o pristojnosti tujega sodišča, če je vsaj ena od njiju tuj državljan ali pravna oseba s sedežem v tujini in ne gre za spor, za katerega je izključno pristojno slovensko sodišče (prvi odstavek 52. člena ZMZPP).¹⁷ Ta določba je aktualna v primeru licence MPL, ki v 11. členu za spore v zvezi z licenco določa pristojnost zveznega sodišča v severnem okrožju Kalifornije, v okraju Santa Clara, a ta izbor omejuje na primere, ko je vsaj ena od strank državljan ZDA ali pravna oseba s sedežem v ZDA. Licenca QPL določa pristojnost sodišča v Oslu, v drugih obravnavanih licencah pa pristojno sodišče ni izbrano. Seveda sta tudi ti licenčni določbi učinkoviti samo, kadar je prosta licenca del pogodbe, saj pristojnosti tujega sodišča ni mogoče določiti z enostranskim aktom.¹⁸ Določitev pristojnega sodišča v prosti licenci je le omejeno uporabna tudi zato, ker se stranki ne moreta dogovoriti za pristojnost tujega sodišča v sporih iz razmerij s potrošniki, če ima potrošnik stalno prebivališče v Republiki Sloveniji (drugi odstavek 52. člena ZMZPP). Pristojnost sodišča na merodajno materialno pravo ne vpliva, saj *lex loci protectionis* oziroma *lex contractus* ni nujno tudi *lex fori*.¹⁹ Če slovensko sodišče odloča o kršitvi proste licence, ki se je zgodila v tujini, kršitelj pa je na primer slovenski državljan, bo praviloma uporabilo tuje avtorsko pravo.

6.2. Moralne pravice in druge pravice avtorja

Avtorska pravica je enovita pravica, iz katere izvirajo moralne avtorske pravice, materialne avtorske pravice in druge pravice avtorja (15. člen ZASP). V tem se kontinentalno evropsko avtorsko pravo razlikuje od anglo-ameriškega, ki moralne pravice pozna le v omejenem obsegu. Proste licence se ukvarjajo predvsem s pre-

¹⁷ V EU zadošča stalno prebivališče v drugi državi članici. Glej 23. člen Uredbe 44/2001.

¹⁸ Sklenitev dogovora o pristojnem sodišču bi bilo sicer načeloma mogoče presoјati tudi ločeno od sklenitve licenčne pogodbe.

¹⁹ Teorija zavrača mehanično uporabo načela *qui elegit iudicem elegit ius*, čeprav je izbor pristojnega sodišča lahko indic glede izbire prava. Dika/Stojanović/Knežević, str. 74–76.

moženjskimi upravičenji avtorja, vendar nekatere njihove določbe lahko pridejo v nasprotje tudi z atributi moralnih in drugih pravic.²⁰

6.2.1. Moralne pravice

Moralne avtorske pravice varujejo avtorja glede njegovih duhovnih in osebnih vezi do dela. Avtor moralnih pravic ne more prenesti na drugo osebo, tak prenos bi bil ničen (70. in 79. člen ZASP). V primeru soavtorstva, sestavljenih del, kolektivnih del, zbirk ipd. ostanejo moralna avtorska upravičenja načeloma pri posameznem soavtorju, ki jih lahko uveljavlja sam zase.²¹ Tudi ko pride do zakonskega prenosa izključnih avtorjevih pravic na delodajalca oziroma naročnika, se prenesejo samo materialne in druge pravice, medtem ko moralne pravice ostanejo avtorju kot fizični osebi, saj so vezane na njegovo osebnost.²² Prosta licenca torej na režim izvrševanja moralnih avtorskih pravic ne more bistveno vplivati, saj jih drugače kot materialne pravice pretežno urejajo kogentna zakonska pravila. Treba pa je preučiti, kakšen je vpliv teh kogentnih pravil na pravno učinkovanje in izvrševanje prostih licenc.

a) *Pravica prve objave*

Avtor ima izključno pravico odločiti, ali, kdaj in kako bo njegovo delo prvič objavljeno (17. člen ZASP). Gre za temeljno pravico avtorskega prava, ki jo avtor uveljavlja kot prvo pred vsem drugim avtorskopравnim razpolaganjem. Odločitev o zrelosti dela za objavo je najbolj absolutna in diskrecijska od avtorjevih pristojnosti ter odpira vrata za uveljavljanje premoženjske komponente avtorske pravice.²³ Pravica prve objave ni v nasprotju z odprto vsebino, saj proste licence nikoli ne zahtevajo objave dela ali objave njegove predelave. Obveznosti iz licenc, zlasti iz določbe *copyleft*, nastopijo šele, ko do objave pride, odločitev o objavi ali neobjavi pa je prepuščena avtorju oziroma predelovalcu.

Pri nekaterih kolaborativnih modelih razvoja prostega programja koordinator projekta presodi, kateri prispevki razpršenih razvijalcev so dovolj kakovostni za vključitev v uradno verzijo programja, in nato sam odloči, kdaj bo ta objavljena. Ta koordinatorjeva odločitev ne krši pravice prve objave avtorjev kode, katerih prispevki so vključeni v objavljeno programje, saj so ti s prispevanjem kode k projektu in podelitvijo proste licence molče privolili tudi v možnost objave svo-

²⁰ Guibault/van Daalen, str. 123.

²¹ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 63.

²² Prim. razpravo Guibault/van Daalen, str. 123.

²³ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 73.

jega dela.²⁴ Prostovoljnega prispevanja k projektu, katerega cilj je izdaja nove prosto dostopne različice programja, ni mogoče razumeti drugače. Pravica prve objave se tudi sicer redko uveljavlja samostojno, v večini primerov pa se udejanji s prenosom in izvrševanjem materialnih avtorskih upravičenj, kamor spada tudi podelitev proste licence. Čeprav v licenci pravica prve objave ni niti omenjena, jo je avtor dovolil konkludentno, s podelitvijo pravice distribuiranja in dajanja na voljo javnosti. Ko je pravica prve objave tako ali drugače zakonito udejanjena, je tudi dokončno izčrpana.²⁵ Posamezni prispevalec k projektu odprte vsebine pa se lahko pred prvo objavo dela še premisli in od koordinatorja projekta zahteva, da njegovega prispevka ne vključi v objavljeno celoto. Te pravice nima samo, če se je k objavi prispevka zavezal s pogodbo (to pa je odvisno od strukture konkretnega razvojnega modela). Koordinator projekta pa prispevalcem, tudi tistim, katerih prispevki so bili zavrtni, ne more prepovedati objave drugačne, neuradne različice končnega izdelka.

b) Pravica priznanja avtorstva

Avtor ima izključno pravico do priznanja avtorstva na svojem delu. Določi lahko, ali naj se pri objavi dela navede njegovo avtorstvo in s kakšno oznako (18. člen ZASP). Tudi izvajalcem pripada pravica, da se pri objavi izvedbe navede njihovo ime ali kakšna druga njihova oznaka, in sicer pri izvedbah individualnih izvajalcev tem izvajalcem, pri izvedbah skupin izvajalcev pa skupini kot celoti, umetniškim vodjem in solistom (prvi odstavek 120. člena ZASP). Pravica do navedbe avtorstva pride načeloma v poštev pri vseh kategorijah avtorskih del in vseh načinih njihovega izraza, na primer tudi pri računalniških programih, pri zgrajenih arhitekturnih objektih itd. Udejanjiti jo je treba pri vseh oblikah telesnega ali netelesnega izkoriščanja avtorskega dela.²⁶ Ta izključna pravica ni v nasprotju z odprto vsebino in jo proste licence dosledno spoštujejo z določili o navedbi avtorstva in obvezni ohranitvi teh navedb v kopijah in predelavah dela. Če se licencira konkretna izvedba avtorskega dela, se te določbe smiselno nanašajo tudi na navedbo izvajalcev. Zlasti pri prostem programju lahko ugotovimo, da je priznanje avtorstva individualnih ustvarjalcev bolj poudarjeno kot pri lastniškem programju. Medtem ko je pri lastniškem praviloma naveden samo proizvajalec programja kot imetnik avtorske pravice (kar postane kot delodajalec programerjev ali naročnik), pa so pri prostem programju navadno navedeni vsi prispevalci, ki so sodelovali pri njegovem razvoju.²⁷

²⁴ Prim. Guibault/van Daalen, str. 124–125.

²⁵ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 74–75.

²⁶ Prav tam, str. 77–78.

²⁷ Guibault/van Daalen, str. 125.

Avtor ni zavezan uveljavljati svoje pravice priznanja avtorstva in lahko tudi prepove navedbo svojega imena v zvezi z določenim svojim delom. Proste licence sicer ne predvidevajo, da avtorstvo ne bi bilo navedeno. Kot je bilo že omenjeno, je pobuda Creative Commons celo opustila uporabo licenc, ki niso zahtevale priznanja avtorstva, ker zanje ni bilo zanimanja. Vendar to ne pomeni ovire, če avtor, predelovalec ali izvajalec ne želi razkriti svoje identitete – v takem primeru lahko v zaznamku avtorske pravice uporabi psevdonim ali navede, da gre za anonimno delo, kar zadošča za razlikovanje prispevkov različnih ustvarjalcev k istemu delu. Načeloma je mogoče prepoved navedbe avtorstva uveljaviti tudi naknadno, čeprav je to pri odprtih vsebinah težko izvedljivo, saj bi moral avtor stopiti v stik s posameznimi distributerji svojega dela, distributer pa je lahko vsak uporabnik. Glede na pravno konstrukcijo, po kateri avtor neposredno samodejno podeli novo licenco za vsak novo izdelani primerek dela, ni ovire za to, da se ne bi na zahtevo avtorja začela uporabljati licenca, ki namesto njegovega imena vsebuje samo navedbo anonimnega avtorja. V takem primeru tudi nadaljnje kopije tako licenciranega primerka dela ne smejo vsebovati navedbe prvotnega avtorja.

c) *Pravica spoštovanja dela*

Avtor ima izključno pravico, da se upre skazitvi in vsakemu drugemu posegu v svoje delo ali vsaki uporabi svojega dela, če bi ti posegi ali ta uporaba lahko okrnili njegovo osebnost (19. člen ZASP). Enaka izključna pravica je priznana izvajalcem v zvezi z njihovo izvedbo (drugi odstavek 120. člena ZASP). Ta pravica varuje ustvarjalčev interes do integritete dela in integritete njegove uporabe. Pri kršitvi gre lahko za neposredne posege v samo delo ali primerek dela, lahko pa delo samo po sebi ni okrnjeno, se pa uporabi na nedopusten način ali v nedopustnih okoliščinah. V obeh primerih mora biti izpolnjen dodaten pogoj: prizadetost avtorja oziroma izvajalca, njegove časti, ugleda in sploh njegove osebnosti.²⁸

Proste licence načeloma dopuščajo kakršnokoli uporabo ali spremembo dela, vendar zakonske prepovedi skazitve dela seveda ne morejo izključiti. Ni mogoče reči, da je podelitev proste licence odpoved pravici spoštovanja dela; nasprotno, spoštovanje avtorjevega ugleda je pomemben del prostih licenc. Pri morebitnem uveljavljanju te pravice v zvezi z odprto vsebino pa je treba upoštevati, da je avtor delo prostovoljno prepustil v prosto uporabo in se je moral zavedati, da to lahko pripelje do raznovrstnih posegov v delo. Poleg tega mora biti vsak poseg v delo opremljen z imenom predelovalca in datumom spremembe, ker preprečuje možno škodljivo povezovanje prvotnega avtorja z naknadnimi izvedenimi deli; če to ne

²⁸ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 80–81.

zadostuje, pa lahko avtor zahteva tudi odstranitev navedbe svojega imena. Primeri, v katerih bi bil ustvarjalčev interes po ohranitvi integritete dela dovolj močan, da bi lahko popolnoma prepovedal določeno uporabo svojega prosto licenciranega dela, so zato zelo redki.²⁹ To še posebej velja za računalniško programje, narava katerega je taka, da se njegove posamezne komponente redno spreminjajo in posodablajo, zato je koncept integritete dela manj pomemben za avtorjeve interese kot pri drugih delih. Programerjevo nasprotovanje takim pričakovanim spremembam bi bilo nerazumno, zlasti če je programje razvilo več avtorjev.³⁰ Guibaultova in van Daalen kot primer dopustnega varovanja integritete dela navajata, da bi se programerji lahko uprli vključitvi kode, ki je tako slabe kakovosti, da bi škodila ugledu celotnega programja.³¹

d) Pravica skesanja

Avtor ima pravico, da prekliče že izvršeni prenos materialne avtorske pravice, če ima za to resne moralne razloge in če prej imetniku povrne škodo, ki mu s tem nastane. Resni moralni razlogi so lahko zaradi spremembe avtorjeve osebne sfere, na primer estetskih nazorov, umetniškega kreda, religiozne pripadnosti, političnega prepričanja ... ali zaradi zunanjih dogodkov, ki pripeljejo do sprememb političnih ali zgodovinskih razmer. Obstoje takih razlogov mora dokazati avtor.³² Z uveljavitvijo pravice skesanja prenesena materialna avtorska pravica ugasne in zaradi načela elastičnosti samodejno spet priraste avtorju, avtor pa mora imetniku povrniti primerno odškodnino (20. člen ZASP). Pravica skesanja pripada le avtorju in se ne prenese na njegove pravne naslednike (66. člen ZASP). Posledica uveljavljanja pravice skesanja v zvezi z licenciranim gradivom je, da ugasne bodisi celotna licenca bodisi samo posamezne z njo podeljene pravice. Mogoče je namreč, da avtor prekliče samo nekatere materialne avtorske pravice ali samo nekatere oblike izkoriščanja posamezne materialne avtorske pravice, vendar v takem primeru licenca največkrat ne izpolnjuje več meril proste licence. Razmerje izkoriščanja dela se razveže *ex nunc*, in ne *ex tunc*, zato pretekla uporaba dela na podlagi proste licence ostane zakonita, vnaprej pa ni več dopustna.³³ Pravica skesanja sicer ne velja za računalniške programe, avdiovizualna dela in baze podatkov, lahko pa pride v poštev pri drugih oblikah odprtih vsebin.

²⁹ Koch (I), str. 279.

³⁰ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 270.

³¹ Guibault/van Daalen, str. 126–127.

³² Trampuž/Oman/Zupančič, str. 86–87.

³³ Prav tam.

Podobno kot pri drugih moralnih pravicah velja, da licenca pravice skesanja ne more izključiti, je pa njeno uveljavljanje v zvezi z odprto vsebino težko izvedljivo. Prvi razlog je v tem, da je avtorjev in predelovalcev posameznega prosto licenciranega dela lahko mnogo. Za uveljavljanje pravice skesanja sicer ni potrebno soglasje vseh, saj preklic pravic lahko učinkuje samo glede tistega segmenta dela, ki ga je ustvaril posamezni avtor, toda natančna razmejitev je pogosto težavna, preklic pa bi (odvisno sicer od obsega) lahko vplival tudi na vse naknadne predelave tega segmenta dela. Drugi praktični razlog je, da splošna izjava o preklicu licence ne zadošča; avtor mora svoj namen za preklic izkoriščanja sporočiti konkretnemu pridobitelju licence, da ta sporoči obseg svoje škode – to pa je težavno pri odprtih vsebinah, ki so že vstopile v široko cirkulacijo, saj njihovih uporabnikov ni več mogoče identificirati. Teorija meni, da se pri imetnikih, ki niso v pogodbenem razmerju z avtorjem, obvestilo lahko opravi tudi z javno objavo, zlasti v javnih glasilih.³⁴ Če imetnik v treh mesecih od prejema preklica ne sporoči avtorju obsega svoje škode, učinkuje pravica skesanja s potekom tega roka. Vendar obveščanje o preklicu prek javnih glasil ne ponuja zadostnega dokaza o tem, da je bil konkretni uporabnik obveščen o preklicu – brez takega dokaza pa je mogoče proti uporabniku, ki se je v dobri veri zanašal na licenco, uveljavljati kvečjemu prepovedne zahteve, ne pa tudi odškodninskih zahtevkov zaradi kršitve avtorske pravice.

Pridobitelj licence lahko zaradi preklica zahteva plačilo odškodnine, četudi avtorju sam ni plačal licenčnine. Odškodnina namreč poleg dejanskih izdatkov (kamor spada morebitna kupnina za primerek avtorskega dela) obsega tudi izgubljeni dobiček, ki bi ga pridobitelj razumno lahko dosegel z uporabo prostega dela. Načeloma bo odškodnina pri preklicu proste licence vendarle nižja kot pri lastniški vsebini, težko pa bo ugotoviti, kdo je do nje upravičen, saj o trenutku podelitve proste licence praviloma ni nobenih pisnih dokazov, zato je težko ugotoviti, ali je posamezni uporabnik delo začel uporabljati pred preklicem proste licence ali šele po njem. Preklica proste licence zaradi skesanja avtor ne more uveljavljati z namenom, da bi delo začel izkoriščati v zaprtem, lastniškem pravnem režimu, saj je preklic mogoč samo zaradi resnih moralnih, ne pa zaradi poslovnih razlogov. Če želi avtor po preklicu spet prenesti materialne avtorske pravice na svojem delu, pa mora v desetih letih po uveljavitvi pravice skesanja ta prenos prednostno in pod prejšnjimi pogoji ponuditi prvotnemu imetniku. Avtor torej ostaja vezan na prejšnje pogoje. Določba o prednostni pravici prvotnega imetnika pri odprtih vsebinah sicer nima pravega pomena, saj je prosta licenca neizključna in ponujena vsakomur.

³⁴ Prav tam, str. 85.

6.2.2. Druge pravice avtorja

a) *Pravica dostopa in izročitve*

Obe pravici iz 34. člena ZASP sta pomembni z vidika avtorjevih moralnih in tudi materialnih interesov, povezanih s stvaritvijo. Dostop pomeni pravico avtorja, da v nekaterih primerih lahko fizično pristopi k izvirniku ali primerku svojega dela, ki je v posesti drugega, da si ga ogleda ali da v zvezi z njim uveljavi nekatere svoje avtorske pravice, in sicer pravico reproduciranja ali pravico predelave dela, če to ne nasprotuje posestnikovim upravičenim interesom. Pravica dostopa je aktualna zlasti pri likovnih delih, v poštev pa pride tudi pri arhitekturnih, glasbenih in književnih delih, ki so ohranjena le v rokopisu in podobno. Predpostavka je, da mora biti dostop potreben za uresničevanje pravic, na primer če avtor sicer nima možnosti, da bi prišel do primerka svojega dela, ker sam ne razpolaga niti z izvirnikom niti z reprodukcijo, edini običajno dosegljiv primerek pa je pri tretji osebi, ki je lastnik ali pa posestnik.³⁵ Avtor lahko od posestnika zahteva tudi izročitev izvirnika likovnega ali fotografskega dela zaradi njegovega razstavljanja v Sloveniji, če za to izkaže močnejši interes.

Pravico do dostopa in izročitve avtor načeloma lahko prenese na drugo osebo, saj 70. člen ZASP preprečuje samo prenos drugih avtorjevih pravic kot celote, ne pa prenosa posamezne take pravice. Ne glede na to proste licence pravice dostopa in izročitve ne omenjajo in je ni mogoče subsumirati niti pod izraz razširjanje dela, ki ga uporablja verzija 3 GPL (ne gre namreč za način uporabe dela, za katerega je potrebno avtorjevo dovoljenje). Pravica je torej prepuščena avtorju prosto licenciranega dela. Ugotovimo lahko, da ta pravica za odprto vsebino ni bistvena, saj njeno uveljavljanje ne more omejiti proste uporabe dela. Če avtor zahteva dostop do dela zaradi izdelave njegove kopije ali predelave, sam seveda ni vezan na načelo *copyleft*, vendar to ni posledica pravice do dostopa, temveč iz avtorske pravice izhajajočih upravičenj reprodukcije in predelave. Ker so proste licence namenjene zlasti oblikam avtorskih del, ki jih je mogoče množično reproducirati, bo pogoj nedostopnosti primerka dela redko izpolnjen, pravica dostopa in izročitve pa je lahko aktualna, kadar ima izvirnik dela bistveno drugačen pomen in vrednost kot njegovi primerki.

b) *Sledna pravica*

Ta pravica pride v poštev samo pri delih likovne umetnosti, kot so slike, kolaži, risbe, grafike, fotografije, kipi, tapiserije, stvaritve v keramiki ali steklu in podobno. Če je izvirnik likovnega dela po tem, ko ga je avtor prvič odsvojil, spet prodan, ima

³⁵ Prav tam, str. 112–114.

avtor pravico biti o tem obveščen in pravico do določenega nadomestila v deležu maloprodajne cene izvirnika. To velja, če se prodajalec, kupec ali posrednik ukvarja s trženjem umetnin (na primer prodajni saloni, galerije in organizatorji dražb). Ti subjekti so solidarno zavezani za plačilo nadomestila (35. člen ZASP). Razlog za sledno pravico je v tem, da je izkoriščanje likovnih del skoncentrirano predvsem v vrednosti samega izvirnika pri njegovi prodaji, tako da so avtorji likovnih del precej prikrajšani v primerjavi z avtorji drugih kategorij del, kjer izkoriščanje dela temelji na njegovem reproduciranju.³⁶ S sledno pravico ni mogoče pravno razpolagati ali se ji odreči, zato proste licence na njen obstoj in izvrševanje nimajo vpliva. Ker pa se obveznost nadomestila ne nanaša na avtorskopravni posel, temveč na prodajo izvirnika dela, sledna pravica ne pride v nasprotje z načeli odprte vsebine. Obveznost plačila nadomestila obstaja torej tudi pri galerijski prodaji izvirnika prosto licenciranega likovnega dela. Ker prosto licencirano odprto vsebino sestavljajo predvsem dela v digitalni obliki, razmnoževanje katerih je sestavni del sleherne uporabe, je pomen sledne pravice za odprto vsebino precej omejen. Velika večina poslov z odprto vsebino se nanaša na primerke avtorskih del, in ne na izvirnik.

c) Pravica javnega posojanja

Pravica javnega posojanja je pravica do ustreznega nadomestila, kadar se daje izvirnik ali primerek dela v rabo za določen čas, brez neposredne ali posredne gospodarske koristi, če poteka prek organizacije, ki izvaja to dejavnost kot javno službo, torej zlasti splošne knjižnice (36. člen). Posojanje se od dajanja v najem razlikuje po tem, da nima namena doseganja dobička in da poteka prek ustanov, ki so javno financirane in dostopne javnosti. Avtor ne more dovoljevati ali prepovedovati javnega posojanja svojih del, lahko le uveljavlja pravico do knjižničnega nadomestila. ZKnj-1 v 56. členu knjižnično nadomestilo opredeljuje kot podporo avtorjem knjižničnega gradiva, ki imajo stalno bivališče v Republiki Sloveniji ali ustvarjajo v slovenščini. Pravica javnega posojanja ne velja za računalniške programe in baze podatkov, za arhitekturne objekte ter za izvirnike ali primerke del uporabne umetnosti in industrijskega oblikovanja.

O javnem posojanju dela proste licence ne govorijo. Knjižnično nadomestilo načeloma ni v nasprotju z idejo odprtih vsebin, ki ne izključuje odplačne rabe primerkov dela. Če je na podlagi proste licence dovoljeno dajanje v najem, je torej zgolj nadomestilo za neodplačno posojanje še manj problematično, saj ne omejuje svoboščin odprte vsebine. Bralci prosto licenciranega knjižničnega gradiva lahko še vedno brez obveznosti ali omejitev napravijo svoje kopije. Prosta licenca pa

³⁶ Prav tam, str. 116–117.

ima pravni učinek v zvezi z javnim posojanjem računalniških programov in baz podatkov, ki je drugače kot pri drugih kategorijah avtorskih del pridržano avtorju kot izključna pravica (tretji odstavek 36. člena ZASP). Za posojanje tega gradiva v javnih knjižnicah je torej načeloma treba pridobiti avtorjevo dovoljenje. Menim, da je javno posojanje prosto licenciranega programja in podatkovnih baz dovoljeno že na podlagi proste licence. To je v skladu z načelom proste uporabe, ki mu sledi odprta vsebina, četudi pravica javnega posojanja v licenci ni izrecno podeljena. Javno posojanje je gotovo zajeto s pojmom razširjanje dela, ki ga uporablja GPL. Pri licencah CC, ki izrecno dovoljujejo prosto dajanje dela v najem, pa je mogoče sklepati od večjega na manjše (*qui potest plus, potest minus*), da je dovoljeno tudi javno posojanje. Dajanje v najem in posojanje se namreč v ekonomskem bistvu razlikujeta le po elementu odplačnosti; če avtor dovoljuje odplačno prepuščanje primerkov dela v uporabo, ne da bi v zameno zahteval plačilo, tem bolj velja, da dopušča tudi neodplačno posojanje. Zaradi zakonske izjeme pa pri javnem posojanju računalniških programov in podatkovnih baz ni upravičen do knjižničnega nadomestila.

d) Pravica do nadomestila za privatno razmnoževanje

Avtor ima pravico do primernega nadomestila za tonsko ali vizualno snemanje in za fotokopiranje svojega dela, ki se izvrši pod pogoji privatne ali druge lastne uporabe (37. člen ZASP). Ta posebna poplačilna pravic naj bi avtorjem nadomestila prikrajšanje zaradi dovoljenega privatnega in drugega lastnega reproduciranja, ki je zaradi napredka tehnik razmnoževanja doseglo tolikšne razsežnosti, da je poseglo v zakonite interese avtorjev pri izkoriščanju njihovih del. Zato se nadomestilo plačuje pri prvi prodaji ali uvozu naprav za tonsko in vizualno snemanje, praznih nosilcev zvoka ali slike in fotokopirnih strojev ter od fotokopij, narejenih za prodajo. Ker privatne uporabe ni mogoče nadzorovati, se avtorski honorar odmeri pavšalno in pavšalno razdeli med avtorje. Pravica se lahko uveljavlja le kolektivno.³⁷

Pravica do nadomestila ne more biti predmet odpovedi, razpolaganja med živimi in izvršbe, zato je proste licence ne morejo prenesti ali izključiti. Razlogi za uvedbo tega nadomestila pa so v popolnem nasprotju z idejo odprte vsebine. Gre za razmišljanje, da je prosto reproduciranje dela nekaj avtorjem škodljivega in se sme dopuščati le, ko je to izjemoma v širšem družbenem interesu. Ideja o odprti vsebini izhaja iz nasprotnega stališča, da mora biti prosto razmnoževanje pravilo, in ne izjema. Nadomestilo sicer ne preprečuje uporabe prostih licenc, saj ne pomeni plačila za izkoriščanje v licenci podeljenih pravic (kar proste licence

³⁷ Prav tam, str. 123.

izključujejo), temveč se nanaša samo na izkoriščanje pravic privatne in lastne uporabe, ki ju podeljuje že zakon. Ker avtor odprte vsebine sam dovoli prosto razmnoževanje svojega dela in od tega ne pričakuje prihodka, pa zakonski izjemi privatne in lastne uporabe v zvezi z odprto vsebino nista potrebni, nadomestilo za privatno reproduciranje pa ne dosega svojega namena. Seveda je pri pavšalnem pobiranju nadomestila od reprodukcijskih naprav in medijev nemogoče ločevati med bodočim razmnoževanjem lastniških in odprtih vsebin, zato to nadomestilo v vsakem primeru ostaja.³⁸ Končni uporabniki del ga plačujejo samo posredno, kot del cene medija, fotokopije, reprodukcijskih naprav. Avtorji se tej pravici z licenco ne morejo odreči, lahko pa se dejansko odpovedo prejemanju tega nadomestila, če se jim zdi moralno sporno, tako da niso člani kolektivne organizacije, ki uveljavlja to pravico, oziroma zavrnejo prejemanje tako zbranih sredstev. Pravno zavezujoča odpoved sicer ni mogoča, saj je bila leta 2008 v 154. člen ZASP dodana določba, po kateri se avtor pravici do svojega deleža na nadomestilu ne more odpovedati.

6.3. Vsebinske omejitve avtorske pravice

Avtorska pravica včasih pride v konflikt z drugimi pravicami in širšimi družbenimi interesi, zato zakon določa nekatere vsebinske omejitve, ki varujejo take širše interese. Vsebinsko so lahko omejene predvsem materialne avtorske pravice, medtem ko se moralne pravice praviloma ne omejujejo.³⁹ Razlogi za vsebinske omejitve avtorske pravice so podobni tistim, na katere se sklicujejo zagovorniki odprte vsebine, vendar zakon prosto uporabo dovoljuje kot izjemo, proste licence pa jo postavljajo kot pravilo. V zvezi z odprto vsebino zato v zakonu določene omejitve sploh niso potrebne, vseeno pa lahko pomenijo svojevrstno oviro za uporabo prostih licenc. Prosta licenca namreč temelji na izključni pravici avtorja oziroma drugih ustvarjalcev. Kadar ta pravica ne učinkuje, ne more učinkovati niti licenca, temveč prevlada uporaba dela na podlagi zakona, zato na primer ne učinkuje pravilo *copyleft*. Zakonskih omejitev avtorske pravice z licenco seveda ni mogoče izključiti. Licence CC v 2. členu posebej pojasnjujejo, da licenca ne izključuje ali zmanjšuje izjem od izključnih pravic ali njihovih omejitev, določenih z ZASP ali z drugim merodajnim pravom.

V ameriškem pravu primeri proste uporabe niso izrecno naštet, temveč velja doktrina *fair use*, ki pomeni, da nekatere uporabe avtorskih del brez avtorjevega

³⁸ Zahtevek po vračilu nadomestila za medije, na katere je bila posneta odprta vsebina, bi bil bolj ideološko-politično kot pa pravno utemeljen.

³⁹ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 141–142.

dovoljenja ne kršijo avtorske pravice, če služijo komentiranju ali kritiziranju dela, poročanju ali poučevanju, povezanemu z avtorskim delom (17 U.S.C., par. 107). *Fair use* je fleksibilen standard, povezan z varovanjem svobode govora, in poštenost uporabe je odvisna od namena in obsega uporabe ter obsega, v katerem uporaba ovira avtorjevo izključno pravico do komercialnega izkoriščanja dela.⁴⁰ Zaradi tega ni nujno, da bo sklicevanje na to doktrino pri uporabi odprte vsebine uspešno, četudi enaka oblika uporabe lastniške vsebine pomeni *fair use* – izjema od avtorske pravice namreč pri odprti vsebini največkrat ni potrebna. Nasprotno so v evropskih pravnih redih vsebinske omejitve avtorske pravice mogoče le v zakonsko posebej določenih in taksativno naštetih primerih, ki se ne smejo širiti s smiselno uporabo na nove tehnologije. ZASP jih ureja v 4. oddelku 2. poglavja, in sicer pozna dve skupini vsebinskih omejitev: zakonite licence in prosto uporabo.

6.3.1. Zakonite licence

Zakonita licenca pomeni, da je uporaba avtorskega dela dovoljena že po zakonu, brez pravnoposlovnega prenosa ustrezne materialne pravice, plačati je treba le ustrezno nadomestilo.⁴¹ Avtor ima namesto izključne pravice poplačilni zahtevek. ZASP določa tri vrste zakonitih licenc: zakonite licence v splošnem interesu izobraževanja, javnega obveščanja in invalidnih oseb, ki dopuščajo zlasti reproduciranje del v učbenikih, reproduciranje aktualnih člankov v periodičnem tisku ter reproduciranje in distribuiranje del v korist invalidnih oseb (47. in 47.a člen ZASP).

Proste licence že same dovoljujejo ravnanja, ki jih dovoljujejo zakonite licence, a pod drugačnimi pogoji (praviloma permissivnejšimi). Zakonita licenca ne razveljavlja proste licence, ampak velja poleg nje, ne glede na voljo avtorja – torej gre za neke vrste dvojno licenciranje. Uporabnik dela lahko, kadar so izpolnjeni pogoji za uporabo zakonite licence v zvezi s prosto licenciranim delom, sledi bodisi zakoniti bodisi prosti licenci. Izbira je njegova. Zakonita licenca daje uporabniku manjši obseg pravic in zahteva plačilo nadomestila. Prosta licenca distribucijo in reproduciranje dovoljuje brez plačila nadomestila, določa pa druge obveznosti, ki nekaterim uporabnikom ne ustrezajo, na primer priložitev licenčnega besedila, zagotavljanje »transparentne oblike« dela ipd. Avtorju aktualnih člankov v periodičnem tisku zakon daje pravico, da prepove njihovo prevzemanje in s tem izključi zakonito licenco. Prepoved mora biti izrecna, ni pa nujno, da je zapisana

⁴⁰ St. Laurent, str. 2–3.

⁴¹ Izraz »zakonita«, ki ga uporablja ZASP, ni najboljši, saj tudi druge, pravnoposlovne licence niso nezakonite ali protizakonite. Primernejši bi bil izraz »zakonska licenca«.

v samem članku; navadno jo najdemo v impresumu tiska.⁴² Vprašanje je, ali že prosta licenca lahko pomeni takšno prepoved. Ker prosta licenca določa pogoje za reprodukcijo in distribucijo dela ter prepoveduje reprodukcijo in distribucijo pod drugimi pogoji, bi bilo mogoče šteti, da je avtor z njo izključil zakonito licenco in namesto nje ponudil drug pravni okvir prevzemanja člankov iz periodičnega tiska.

6.3.2. Prosta uporaba

Primerov proste uporabe je več kot zakonitih licenc. Prosta uporaba dela je dovoljena zaradi pridobitve informacij javnega značaja (na primer reproduciranje dela pri obveščanju o dnevnih dogodkih), za potrebe pouka (na primer javno izvajanje del v šoli), prosto je začasno reproduciranje dela, ki je nujno za njegovo uporabo (zlasti pri delih v elektronski obliki), v nekaterih primerih je dovoljeno prosto privatno in drugo lastno reproduciranje (kar pa ne velja za računalniške programe), dovoljeni so citati iz avtorskih del, prosta je uporaba avtorskih del, ki tvorijo ne bistveno pritliklino drugega predmeta, predelava je prosta, če ostane privatna, če gre za parodijo ali karikaturu ali če je nujna za uporabo dela, prav tako sta prosta reproduciranje ali predelava podatkovne baze, če sta nujna za njeno uporabo, prosta je uporaba javno razstavljenih del za njihovo promocijo (na primer v katalogih), prosto so uporabna dela, ki so trajno v parkih, na ulicah, na trgih ali na drugih splošno dostopnih krajih (na primer fotografiranje takih zgradb ali kipov), uporaba dela je prosta v uradnih postopkih pred državnimi in drugimi javnimi organi, ter v arbitražnem postopku, dovoljeno je tudi prosto reproduciranje in javno priobčevanje del, ki je potrebno za preizkus elektronskih avdio-videonaprav v obratih in trgovinah (48.–57. člen ZASP).

Za našteje namene je uporaba avtorskega dela povsem prosta. Ne samo, da zanje ni potrebno avtorjevo dovoljenje, temveč avtor tudi ni upravičen do nadomestila. Ker ni zaveze k spoštovanju materialne komponente avtorske pravice, v teh primerih tudi prosta licenca ostane brez pravnega učinka proti uporabnikom, ki izkoriščajo izjemo.⁴³ Najširša izjema, ki omogoča nekakšen obid določbe *copyleft* in lastniško licenciranje izvedenega dela, je predelava dela v parodijo ali karikaturu. Parodija je delo, ki posmehljivo ali šaljivo posnema drugo delo oziroma ga obravnava protitematsko, s čimer doseže komične ali drugačne učinke – gre torej za posebno obliko predelave. Zaradi svobode ustvarjalnosti in svobode izražanja

⁴² Prim. Trampuž/Oman/Zupančič, str. 147.

⁴³ Enako Liang, str. 46–47.

mnenj, vključno s kritiko, je zakonodajalec določil, da je parodija prosta.⁴⁴ Njen avtor torej sam odloča o njenem razmnoževanju, distribuiranju ali priobčitvi, zato ni v ničemer vezan na licenco prvotnega avtorja. V drugih primerih je obseg na podlagi zakona dovoljene proste uporabe dela ožji od rabe, ki jo dovoljujejo proste licence, saj je zakonska prosta uporaba vezana samo na določene namene, medtem ko je odprte vsebine dovoljeno uporabljati za kakršenkoli namen. Če uporabnik prestopi meje zakonske proste uporabe, je vezan na pravila proste licence.

6.4. Izčrpanje pravice distribuiranja

Obveznosti iz prostih licenc se tradicionalno sprožijo ob distribuiranju primerkov licenciranega dela. Ker ima avtor izključno pravico dovoliti ali prepovedati distribucijo, lahko tudi postavlja pogoje zanjo – in pogoji distribuiranja odprtih vsebin so določeni s prostimi licencami. Za pravico distribuiranja velja posebnost, da jo je v zvezi s posameznim primerkom dela mogoče uveljaviti samo enkrat. S prvo prodajo ali drugačno obliko prenosa lastninske pravice na izvirniku ali primerku dela v Evropski uniji, ki je izvršena po avtorju ali z njegovim dovoljenjem, je pravica distribuiranja za ta izvirnik ali primerek za območje Evropske unije izčrpana (43. člen ZASP).⁴⁵ Na ta način zakon razmejuje konflikt avtorske in lastninske pravice na fizični stvari, ki inkorporira avtorsko delo. Po uveljavitvi pravice prve distribucije primerka dela, ko je nekdo tretji na tem primerku zakonito pridobil lastninsko pravico, avtor nima več vpliva na nadaljnje distribuiranje oziroma verigo prodaj tega primerka dela.⁴⁶ Nadaljnjega distribuiranja primerka avtor ne more preprečiti, zato tudi ne more več določati distribucijskih pogojev oziroma nanje nadaljnji imetniki primerka dela niso vezani.⁴⁷ Določbe proste licence, ki pogojujejo izkoriščanje pravice distribuiranja, torej izgubijo pravno moč, kar na primer pomeni, da lahko uporabnik primerke prostega programa, ki ga je kupil, proda naprej brez priložitve izvirne kode in licenčnega besedila. Licenca ga ne zavezuje, saj za razpolaganje s primerkom ne potrebuje avtorjevega dovoljenja.⁴⁸

⁴⁴ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 163.

⁴⁵ Prim. točko c 4. člena Direktive 91/250/EGS o pravnem varstvu računalniških programov in drugi odstavek 4. člena Direktive 2001/29/ES o avtorski pravici v informacijski družbi. Guibault/van Daalen, str. 113–117.

⁴⁶ Tudi doktrina o prvi prodaji (*first-sale doctrine*), ki jo pozna ameriški *copyright*, velja za vse oblike prenosa lastninske pravice (glej 17 U.S.C. par. 109).

⁴⁷ Spindler, str. 92; Trampuž/Oman/Zupančič, str. 133–135.

⁴⁸ Po prevladujočem stališču nemške pravne teorije odprta vsebina ne pomeni tehnično in gospodarsko samostojne oblike uporabe dela v pravnem prometu, zato ni mogoča cepitev na prosto

Pravilo o izčrpanju pravice distribuiranja je kogentno, saj zagotavlja varnost pravnega prometa, zato ga ni mogoče odpraviti z določbo licence niti z dogovorom strank. Proizvajalci lastniškega računalniškega programja skušajo sicer ustvariti videz, da do izčrpanja pravice na njihovih izdelkih ne pride, češ da programja ne prodajajo, temveč uporabnikom le dovoljujejo njegovo uporabo z licenčno pogodbo EULA. V Evropi večina teoretikov tako razlago zavrača. Kupec fizičnega primerka programja postane lastnik spominskega medija, na katerem je zapisano, kar pomeni, da je prišlo do distribucije. Označevanje te transakcije za licenčno pogodbo ne omogoča obida kogentnih določb o izčrpanju. Položaj je drugačen samo, če je licenca časovno omejena in v času njene veljavnosti uporabnik periodično plačevati nadomestilo za uporabo programja. Če je licenca podeljena za neomejen čas, primerek pa je prodan ali podarjen, se pravica distribuiranja vedno izčrpa.⁴⁹ Nemško zvezno sodišče je v primeru *OEM-Version*⁵⁰ potrdilo, da s pogodbo ni mogoče poljubno omejiti izčrpanja pravice distribuiranja in s tem razširiti delovanja pogodbenih določb *erga omnes*. Ne glede na vsebinsko omejitev se pravica distribuiranja posameznega primerka vedno izčrpa v celoti, ne le v podeljenem, odcepljenem delu.⁵¹ Pri prostih licencah to pomeni, da pogoji, vezani na pravico distribuiranja (na primer *copyleft*), odpadejo, ko se ta pravica izčrpa.⁵²

Odrta vsebina se torej ne more izogniti izčrpanju pravice distribuiranja, vendar to zanjo ni usodno, saj je učinek izčrpanja pravzaprav zelo omejen.

1. Samo konkretni primerki

Pravica distribuiranja se ne izčrpa nasploh, temveč samo v zvezi s konkretnim primerkom ali izvirnikom dela, ki je bil dan v promet. Če imetnik na podlagi proste licence delo razmnoži in ustvari njegove nove primerke, pravica distribuiranja teh primerkov pripada avtorju, zato razmnoževalec nove primerke lahko distribuira

in neprosto distribucijo primerkov istega dela, tako da bi se izčrpanje za vsako presojalo posebej. Jaeger v: *ifrOSS*, str. 88–90; Spindler, str. 46–50; Schack, str. 248. Koch nasprotno meni, da je obveznosti iz GPL mogoče kvalificirati kot vsebinsko omejitev podeljene pravice distribuiranja. Odrta vsebina naj bi pomenila tehnično in gospodarsko samostojno obliko uporabe dela, zato bi se podeljena pravica distribucije razcepila na pravico lastniške in pravico proste distribucije. Izčrpa se samo tista pravica, ki je bila podeljena, torej pravica distribucije odrte vsebine, pravica odplačne lastniške distribucije pa ostane avtorju. Koch (II), str. 336.

⁴⁹ Guibault/van Daalen, str. 114–115; Röhrich/Westphallen, str. 2108 in 1901–1903; Junker/Benecke, str. 72.

⁵⁰ Sodba BGH I ZR 244/97 z dne 6. 7. 2000.

⁵¹ Jaeger, *Die Erschöpfung*, str. 1072.

⁵² Spindler, str. 93.

samo pod pogoji proste licence.⁵³ Nevezanost na licenco torej velja samo pri ponovnem distribuiranju istega fizičnega primerka dela. Tudi izčrpanje pa ne omogoča licenciranja dela pod drugo licenco, saj imetnik primerka ne pridobi nikakršnih avtorskih upravičenj, s katerimi bi lahko razpolagal.

2. *Samo s soglasjem avtorja*

Do izčrpanja pride samo, če je primerek ali izvirnik dela dan v promet z avtorjevim dovoljenjem. Pri odprti vsebini je to dovoljenje vsebovano v prosti licenci. Če je nov primerek dela prvič dan v promet v nasprotju z določbami proste licence (na primer brez priložitve licenčnega besedila), je bilo to storjeno brez avtorjevega soglasja, zato gre za kršitev te pravice in do njenega izčrpanja ne pride.⁵⁴ To pomeni, da učinka izčrpanja ni mogoče uporabiti za obid licenčnih obveznosti.

3. *Samo v Evropski uniji*

Izčrpanje tradicionalno učinkuje samo na območju nacionalnega pravnega reda, in ne po vsem svetu. V Evropski uniji velja, da se s prvim dajanjem v promet v katerikoli državi članici EU pravica distribuiranja izčrpa za celotno območje Evropske unije. To pomeni, da je primerek prostega dela, ki je bil prvič prodan v EU, dovoljeno prodati zunaj EU samo pod pogoji proste licence.

4. *Samo fizični primerki dela*

Izčrpanje se nanaša na izvirnike ali primerke dela kot stvari (materialne nosilce dela, na primer papir, platno, kaseta, DVD), zato ne pride v poštev pri netelesnih oblikah uporabe dela. To pomeni, da pri *on-line* distribuciji dela v elektronski obliki prek interneta ne pride do izčrpanja, ker v promet ne pride fizični primerek dela.⁵⁵ Pri tem ni pomembno, ali uporabnik delo naknadno shrani na fizičnem nosilcu (na primer zapeče glasbeno zgoščenko). Nobena oblika javne priobčitve dela niti dajanje primerkov dela v najem ne pripeljejo do izčrpanja pravice distribuiranja.⁵⁶

5. *Samo pravica distribuiranja*

Izčrpa se samo pravica distribuiranja, ne pa tudi druge podobne avtorjeve pravice, ki so vezane na izkoriščanje avtorskega dela kot stvari: pravica dajanja v najem, pravica javnega posojanja in sledna pravica. Prav tako ostanejo avtorju pravica reproduciranja in predelave ter pravice vseh oblik javne priobčitve dela.⁵⁷ Razlogi za to so v načelu samostojnosti izkoriščanja posameznih materialnih in

⁵³ Guibault/van Daalen, str. 116–117.

⁵⁴ Spindler, str. 94.

⁵⁵ Spindler, str. 83, 102.

⁵⁶ Glej 29. odstavek uvodnega dela Direktive 2001/29/ES o avtorski pravici v informacijski družbi.

⁵⁷ Prim. določbo tretjega odstavka 3. člena Direktive 2001/29/ES.

drugih pravic avtorja.⁵⁸ Licenčne obveznosti, povezane s temi načini izkoriščanja dela torej ostanejo v veljavi. To je relevantno zlasti pri licenci GPL in licencah CC, ki učinek *copyleft* izrecno vežejo tudi na druge načine izkoriščanja, s katerimi delo postane dostopno tretjim osebam.

Izčrpanje pravice distribuiranja ne pomeni ovire za mehanizem prostega licenciranja. Večina odprtih vsebin se razširja prek interneta, pri čemer do izčrpanja ne pride, isti fizični primerek prostega dela pa se redko prenaša naprej, saj je preprosteje napraviti njegovo kopijo. Poleg tega se odprta vsebina tudi redno spreminja, kar prav tako omejuje izčrpanje.⁵⁹ Pomembno je, da izčrpanje pravice distribuiranja tretjim osebam v nobenem primeru ne omogoča prilastitve odprte vsebine. Če prosta licenca ne učinkuje, ima uporabnik samo tiste pravice, ki mu jih kot imetniku primerka dela podeljuje že zakon.⁶⁰

6.5. Kolektivno upravljanje pravic in proste licence

Posebnost avtorskega prava je kolektivno uveljavljanje nekaterih pravic, ki se je razvilo iz praktičnih razlogov: na kolektiven način lahko avtorji in drugi imetniki pravic preprosteje in učinkoviteje uveljavljajo svoje pravice v razmerah množičnega in razprostranjenega izkoriščanja njihovih del, uporabnikom pa tak način omogoča preprost dostop do zakonite uporabe številnih del. S kolektivnim upravljanjem pravic se lahko ukvarjajo le kolektivne organizacije, ki imajo ustrezno dovoljenje Urada za intelektualno lastnino.⁶¹ Kolektivne organizacije v svojem imenu in za račun avtorjev dovoljujejo in nadzirajo uporabo varovanih del; objavljajo tarife za plačilo nadomestil; izterjujejo plačila nadomestil in avtorskih honorarjev; delijo zbrana sredstva imetnikom pravic ter uveljavljajo varstvo avtorskih pravic pred sodišči in drugimi državnimi organi (146. člen ZASP).

Zakon v nekaterih primerih množične uporabe varovanih del predpisuje obvezno kolektivno upravljanje avtorskih in sorodnih pravic, ki je v Sloveniji široko zastavljeno. Na podlagi 147. člena ZASP je obvezno kolektivno upravljanje pravic do priobčitve javnosti neodrskih glasbenih in pisanih del (male pravice), do ponovne prodaje izvirnikov likovnih del (sledna pravica), do reproduciranja avtorskih del za privatno ali lastno uporabo ter do kabelske retransmisije avtorskih del, razen pri lastnih oddajanjih RTV-organizacij. To pomeni, da pravice ostanejo imetniku,

⁵⁸ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 133–135; Guibault/van Daalen, str. 116–117.

⁵⁹ Guibault/van Daalen, str. 117.

⁶⁰ Spindler, str. 94–96.

⁶¹ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 345.

ki pa jih ne more uveljavljati sam, temveč le prek kolektivne organizacije, ta pa pravice lahko upravlja tudi brez pogodbe z avtorjem (151. člen ZASP). Tradicionalna utemeljitev takšne rešitve je, da v navedenih položajih zaradi narave pravic njihovo individualno uveljavljanje ni izvedljivo. To gotovo drži v zvezi s pravico do nadomestila za privatno reproduciranje in precej tudi sledno pravico, ki se jima avtor s pravnim poslom niti ne more odpovedati,⁶² zato prosta licenca nanju nima vpliva – kolektivna organizacija ju uveljavlja tudi v zvezi z odprto vsebino. Glede nekaterih oblik priobčitve dela javnosti, kot je na primer javno izvajanje, javno prenašanje ali dajanje na voljo javnosti, pa je tehnično nedvomno mogoče, da avtor sam sprejema odločitve o pogojih posamezne uporabe. Uvrstitev pravice dajanja na voljo javnosti (tj. predvsem različnih načinov objave na internetu) med obvezno kolektivno upravljanje je sicer nedomišljena rešitev, ki pomeni, da bi moral skoraj vsak upravljalec spletne strani plačevati nadomestilo eni ali celo več pristojnim kolektivnim organizacijam, četudi je za objavo vsega gradiva pridobil ustrezna dovoljenja avtorjev.⁶³

Način individualnega odločanja o uporabi avtorskih del je tudi njihovo prosto licenciranje. Vsaj za licenco GPL in licence CC je nedvomno, da pod določenimi pogoji vsakomur neodplačno dovoljujejo kakršnokoli obliko priobčitve dela javnosti. Javna priobčitev neodrskih glasbenih in pisanih del ter kabelska retransmisija avtorskih del sta torej na podlagi proste licence dovoljeni brez plačila avtorju. Vprašanje je, kakšno je razmerje med zakonskim pooblastilom kolektivne organizacije za upravljanje teh pravic za račun avtorja in avtorjevo odpovedjo uveljavljanju finančne komponente teh pravic s podelitvijo proste licence. ZASP določa, da avtor ne more osebno upravljati teh pravic, dokler je njihovo kolektivno upravljanje po zakonu ali nalogu avtorja preneseno na kolektivno organizacijo. Kolektivne organizacije na tej podlagi lahko zahtevajo plačilo nadomestil tudi za javno priobčitev del, ki so bila objavljena pod pogoji proste licence, s čimer se zmanjšuje pomen prostosti odprte vsebine. Menim, da takšno stanje ni skladno z namenom in načeli avtorskega prava. Uveljavljanje avtorskih pravic ni obvezno. Četudi avtor nekaterih

⁶² Prim. Trampuž, *Kolektivno ...*, str. 57-58.

⁶³ Nejasne so geografske meje takšnega uveljavljanja. Če je odločilno vprašanje, ali je določena spletna stran dostopna tudi uporabnikom v Sloveniji, potem je zajeta skoraj celotna vsebina svetovnega spleta (tj. več milijonov spletnih mest). Nejasno je tudi, kako ob takšnem obsegu del identificirati avtorje in uporabnike ter med avtorje distribuirati dohodek. Kolektivno upravljanje pravic bi lahko kolikor toliko učinkovito delovalo samo v primeru uvedbe pavšalnega nadomestila za dajanje na voljo javnosti, ki bi ga kolektivni organizaciji plačevali ponudniki ali uporabniki internetnih storitev. Glej V. Grassmuck, *The World Is Going Flat(-Rate)*, dostopno na <http://www.ip-watch.org/weblog/2009/05/11/the-world-is-going-flat-rate>.

pravic ne more uveljavljati individualno, iz tega ne bi smela izhajati prisila avtorja k lastniškemu pravnemu režimu izkoriščanja njegovih del, saj bi bil to nedopusten poseg v avtorjevo avtonomijo osebnosti. Ker avtor lahko prosto razpolaga z malimi pravicami, bi moral imeti tudi možnost, da se uveljavljanju teh pravic odreče, pri čemer seveda ne zadošča, da avtorji odprte vsebine ne dobivajo deleža od nadomestil, ki jih od njihovih del zbere kolektivna organizacija, temveč je glede na namen proste licence bistveno, da uporabnikom za uporabo odprte vsebine ni treba plačevati. To bi morale kolektivne organizacije ustrezno upoštevati v svojih tarifah in pravilih delitve dohodka.⁶⁴

Ker pravni mehanizem prostih licenc omogoča, da avtorji sami podelijo pravice do uporabe svojih del neomejenemu krogu oseb in se licenca samodejno prenaša na nove uporabnike, posredovanje kolektivnih organizacij v tej fazi ni potrebno. Zaradi tega bi bilo primerno avtorjem predvsem omogočiti, da svoja dela, objavljena pod pogoji proste licence, izločijo iz sistema kolektivnega upravljanja pravic, za kar imajo legitimen interes, ki ga zakon ne bi smel prezreti. V ta namen bi bilo treba *de lege ferenda* bistveno omejiti vsaj pravilo o obveznem kolektivnem uveljavljanju malih avtorskih pravic. Kot ustrezen rešitev se kaže uvedba sistema, v katerem kolektivna organizacija uveljavlja male pravice tudi brez izrecnega pooblastila avtorja, vendar ima avtor možnost, da z izrecno izjavo svoja dela izvzame iz sistema kolektivnega upravljanja.⁶⁵

⁶⁴ Glede uporabe prostih licenc kot ovire za članstvo avtorja v kolektivni organizaciji glej Damjan, *Kolektivno ...*, str. 1251–1256.

⁶⁵ Glej tudi Lubarda, str. 810.

7.

Pravice industrijske lastnine

Na področju prava industrijske lastnine so se vprašanja odprtosti vsebin pričela zastavljati v podobnem sosledju kot v avtorskem pravu, a dobro desetletje kasneje. Prav tako so temu sledili poskusi, kako nanje odgovoriti z uporabo prostih licenc – najprej na področju računalniškega programja, nato se je zamisel o prostem licenciranju pravic industrijske lastnine še na druga področja, na primer na področje biomedicine. Z vidika odprte vsebine so najbolj problematični patenti, druge pravice industrijske lastnine pa se v razpravah pojavljajo le v omejenem obsegu.

7.1. Kritika patentnega varstva programov

Stallmanova in Raymondova kritika pravnega varstva računalniškega programja nasprotuje kakršnikoli pravni ureditvi, ki omejuje svobodo uporabnikov programja in ovira odprte kolaborativne načine njegovega razvoja.¹ Če je bilo v prvem obdobju razvoja prostega programja težišče te problematike na področju avtorskega prava, je danes vse bolj akutno vprašanje patentiranja računalniško izvedenih izumov. Softverskih patentov ne kritizirajo samo ideologi prostega programja, temveč tudi številni razvijalci lastniškega programja in proizvajalci strojne opreme, ki menijo, da je avtorskopravno varstvo programja zadostno.²

7.1.1. Monopoliziranje ideje

Kritiki vidijo enega največjih problemov pri patentiranju programov v tem, da se tako monopolizirajo programske rešitve, ki bi jih bilo mogoče uporabiti za razvoj

¹ Stallman, str. 126; <http://progfrees.org>.

² To se je očitno pokazalo ob širokem lobiranju proti sprejemu evropske direktive o patentibilnosti računalniško izvedenih izumov leta 2005. Glej <http://www.nosoftwarepatents.com>, <http://fsfeurope.org/projects/swpat>, <http://swpat.ffii.org>.

novih programov. Avtorska pravica preprečuje samo kopiranje kode, ki jo je napisal določeni programer, patenti pa ovirajo tudi posnemanje v tej kodi uporabljenih idej.³ Drugače kot v avtorskem pravu neodvisni razvoj ni obramba pred patentnimi zahtevki in nepoznavanje patenta ni pravno upošteven ugovor, zato neodvisno razvito programje lahko nevede krši patente na programsko izvedenih izumih.⁴ Patenti se ne nanašajo na specifično programje, temveč pokrivajo posamezne algoritme in tehnike, ki jih je mogoče uporabiti za izgradnjo informacijskega sistema. Ko sta enkrat tehnika oziroma algoritem patentirana, se ju ne sme uporabiti v drugem programu brez dovoljenja imetnika patenta, tudi če sta izvedena v povsem drugačni izvorni kodi. Če avtorska pravica varuje izraz programja, ki je sestavljen iz enkratne in izvirne kombinacije algoritmov in tehnik v obliki programske kode, se patent nanaša na vsebino vsakega posameznega novega algoritma oziroma tehnike, patentirana pa je lahko tudi kombinacija več algoritmov oziroma tehnik. Današnji računalniški programi so tako kompleksni, da vsebujejo tisoče algoritmov in tehnik, ki lahko kršijo mnogo patentov hkrati. Programer vedno uporablja tudi stotine starih idej, saj ne mora vsakič znova zgraditi celotne računalniške znanosti. Če programiranje primerjamo s skladanjem glasbe, je patentiranje algoritma ali tehnike podobno patentiranju niza glasbenih not ali zaporedja akordov, ki bi skladatelje prisililo v pridobivanje licenc za glasbene sekvence.⁵ Lessig poudarja, da je patentno varstvo koristno zlasti na področjih neodvisnega in nekumulativnega izumiteljstva, kjer je posamezen izum v osnovi neodvisen od drugih. Programje pa je tipično področje izumiteljstva, kjer tehnični razvoj nenehno gradi na kumuliranju in nadgrajevanju znanja. Zaradi tega patentiranje ovira razvoj programja.⁶

7.1.2. Neprimerno podeljeni patenti

Pogoji za podelitev patenta so, da je izum s področja tehnike, nov, na inventivni ravni in industrijsko uporabljen (prvi odstavek 10. člena ZIL-1). Objektivno nova tehnična rešitev na inventivni ravni zahteva ustvarjalno, ne pa rutinskega iskanja nove poti za rešitev določenega problema. Dosežena rešitev torej ne sme biti taka, ki za strokovnjaka očitno izvira iz znanega stanja tehnike.⁷ Programerji menijo, da pogoja novosti in inventivnosti v praksi pogosto nista izpolnjena, saj se patenti na

³ Garfinkel/Stallman/Kapor, str. 54; Marn/Ženko, str. 89.

⁴ Boettinger/Burk, str. 226.

⁵ Stallman, str. 107–108; Garfinkel/Stallman/Kapor, str. 51–52; League for Programming Freedom, str. 297, 302–303.

⁶ Lessig, *The Future ...*, str. 205.

⁷ Puharič, *Komentar ZIL-1*, str. 85–86.

programih podeljujejo tudi za povsem trivialne izume. Standard izumiteljske ravni, ki ga uporabljajo patentni uradi, naj bi bil včasih tako nizek, da so bili podeljeni patenti tudi za rešitve, ki bi lahko bile odgovori na vprašanja v prvem letniku tečaja programiranja.⁸ Dejstvo je, da je na področju računalniškega programja raziskovanje obstoječega stanja tehnike težavno. Patentni uradi nimajo na voljo ustreznih sistemov za klasificiranje podeljenih patentov na algoritmih in tehnikah, zato je težko iskati tudi med že podeljenimi patenti na programju. Različni deli računalniške znanosti pogosto na novo izumijo isti algoritem in ga uporabijo za drug namen. Takšnih podvojitev patentni preizkuševalec ne bo zaznal, ker bo opis izuma v patentni prijavi kljub uporabi matematično ekvivalentnih formul povsem drugačen. Tako sta lahko podeljena dva patenta za identičen algoritem, kar se je že večkrat zgodilo. Kompresijski algoritem LZW je na primer pokrivalo več patentov, ker patentni urad ni ugotovil, da se nanašajo na isti postopek. Programje, sploh pa matematične algoritme, je namreč vedno mogoče opisati na mnogo načinov.⁹ Patentni preizkuševalci so pogosto slabo usposobljeni za preverjanje patentnih prijav na področju računalniškega programja oziroma je število takih prijav preveliko, da bi bil mogoč temeljit preizkus novosti in inventivnosti vsakega izuma.¹⁰ Ugotavljanje obstoječega stanja tehnike je težavno tudi zato, ker se številne tehnike programiranja in kombinacije že znanih algoritmov v strokovni računalniški literaturi ne omenjajo, ker se zdijo preveč očitne za objavo ali ker so preveč specifične.¹¹ Za algoritme, tehnike in njihove kombinacije, ki niso bili nikjer objavljeni, pa je pogosto težko dokazati, da jih ni prvi uporabil prav prijavitelj. Zaradi tega lahko trivialni izumi obveljajo za nove in inventivne ter se zanje podeli patent.¹²

⁸ Garfinkel/Stallman/Kapor, str. 51. Marn in Ženkova sicer opozarjata, da je nasprotovanje računalniškim patentom pogosto posledica neločevanja pomena tehničnega in pravnega dela patenta, torej opisa izuma in zahtevkov. Tehnični opis znanega stanja namreč ne pomeni, da je to znano stanje nenadoma postalo predmet patentnega varstva. Marn/Ženko, str. 79–80.

⁹ Garfinkel/Stallman/Kapor, str. 52.

¹⁰ Ta kritika se seveda neposredno nanaša na patentne sisteme s popolnim preizkusom, medtem ko se po slovenskem pravu patent podeli na podlagi formalnega preizkusa, imetnik pa mora do izteka devetega leta trajanja predložiti pisno dokazilo o izpolnjevanju pogojev (patent za isti izum, ki ga je po popolnem preizkusu podelila mednarodna ustanova ali drug patentni urad). Podrobneje Puharič, *Komentar ZIL-1*, str. 318–322, 330–340.

¹¹ League for Programming Freedom, str. 298.

¹² Garfinkel/Stallman/Kapor, str. 53. Ta problem skuša odpraviti projekt Community Patent Review, ki ga vodi New York Law School v sodelovanju z ameriškim patentnim uradom. Gre za spletni sistem skupnostnega pregleda patentov, ki omogoča širokemu omrežju strokovnjakov iz različnih strok enostavno svetovanje patentnemu uradu o obstoječem stanju tehnike in sodelovanje pri določanju patentibilnosti izumov. Spletna stran projekta: <http://www.peertopatent.org>.

7.1.3. Pravne možnosti prizadetih

Patentiranje programske rešitve oteži delo razvijalcem programja, ki bi jo želeli uporabiti. Kritika opozarja, da pravni sistem ne ponuja učinkovitih poti, kako omogočiti široko uporabo patentiranega izuma, čeprav naj bi bil prav to končni namen patentnega varstva. Programerska podjetja v takem položaju lahko ukrepajo na tri načine: patentu se lahko izognejo, zanj pridobijo licenco ali patent skušajo izpodbiti pred sodiščem.¹³

Izoginiti se patentu pomeni, da ne uporabijo ideje, ki jo patent ščiti; torej sestavijo program tako, da ne vključuje patentiranih algoritmov in tehnik. Prvi pogoj za to je poznavanje patentov, ki se nanašajo na določeno vrsto programov. Težava je v tem, da je podeljenih patentov na stotisoče, zato nad njimi ni mogoč pravi pregled. Patenti na programih niso razvrščeni v posebno kategorijo, ločeno od drugih vrst patentov, saj je programska rešitev pogosto patentirana v okviru nekega tehnološkega postopka in patent na prvi pogled pogosto sploh nima povezave s programjem. Patentiran programski algoritem namreč lahko v kombinaciji z drugimi algoritmi opravlja povsem drugačno končno nalogo od tiste, za katero ga je zasnoval imetnik patenta. Zaradi tega je pri razlagi zapletenega tehničnega in pravnega jezika patentnih zahtevkov največkrat težko ostro zarisati polje ravnanja, ki je s patentom zajeto, in ga ločiti od tistega, ki je nedvomno zunaj meja patenta. Vseh relevantnih patentov pa tudi z najbolj skrbnim iskanjem po bazah podeljenih patentov ni mogoče odkriti, saj patentni urad praviloma objavi patentno prijavo šele po poteku osemnajstih mesecev od datuma njene vložitve (prim. prvi odstavek 89. člena ZIL-1), kar je lahko pri razvoju programja dolga doba. V času, ko patentna prijava ostaja tajna, je mogoče sestaviti, izdati in začeti tržiti program, ki implementira patentirani izum, ne da bi razvijalec za patent sploh vedel.¹⁴ Sklicevanje na pravico prejšnje uporabe (20. člen ZIL-1) v takem primeru ne pride v poštev.¹⁵ Izogibanje patentom ni primerna rešitev tudi v primerih, ko so patentirane ideje tako široke in temeljne, da pokrivajo celotno polje, na katerem jih je mogoče uporabiti, ali ker je določen format ali protokol postal dejanski standard v programju.¹⁶

Druga možnost ravnanja je pridobitev dovoljenja za uporabo patentiranega izuma v svojem programju. Vendar imetnik patenta licence ni dolžan podeliti

¹³ Stallman, str. 96–97.

¹⁴ League for Programming Freedom, str. 303304.

¹⁵ Puharič, *Komentar ZIL-1*, str. 106–107.

¹⁶ Stallman daje primer enkripcije z javnim ključem – do leta 1997, ko se je iztekel patent na tem postopku, je bila v ZDA njena uporaba nezakonita, čeprav je vrsta ljudi razvila programe, ki je bilo tega sposobno. Stallman, str. 99.

oziroma lahko zanjo določi poljubne pogoje in ceno. Zlasti če patent pripada konkurentu, je licenciranje lahko prohibitivno drago ali nedostopno. Celo razumna licenčnina lahko ekonomsko onemogoči razvoj programja, ki hkrati implementira veliko patentiranih algoritmov, če je seštevek licenčnin za vse patente previsok, da bi bilo trženje programja donosno. Nekomercialni projekti, ki svoje programje distribuirajo brezplačno, pa si plačila licenčnine sploh ne morejo privoščiti.¹⁷

Tretja možnost je izpodbijanje patenta pred sodiščem, češ da ne izpolnjuje pogojev novosti, industrijske uporabnosti oziroma izumiteljske ravni (prim. 112. člen ZIL-1).¹⁸ Vendar je v praksi izpodbijanje patenta pred sodiščem za večino razvijalcev prezahtevno, prezamudno in predrago.¹⁹ Zaradi pomanjkanja ustreznih objav je pogosto težko najti jasne dokaze, da je bila neka programska rešitev, ki je danes sicer splošno uveljavljena, znana tudi že pred vložitvijo patentne prijave.²⁰

Vsakič, ko razvijalec programja naleti na patent, ki bi lahko pokrival njegov izdelek, se mora odločiti med temi tremi možnostmi ravnanja. Zaradi hitre rasti števila patentov razvijanje programja postaja podobno prečkanju minskega polja. Obsežnejši ko je program, manjša je možnost, da ne bi kršil kakega patenta, zato razmišljanje o patentih pomeni čedalje večjo oviro za programiranje. Negativni učinek patentov je že psihološki, saj se ugotavlja, da razvijalci navadno zmanjšajo prizadevanja v določeni smeri, če slišijo za govorice, da ima neka družba patent v zvezi s to tehnologijo.²¹

7.1.4. Nevarnost za majhne, prednost za velike

Danes ima veliko večino patentov v zvezi z računalniško izvedenimi izumi v lasti razmeroma majhno število računalniških podjetij, ki rutinsko vlagajo na tisoče patentnih prijav, da pridobijo težo v pogajanjih s konkurenti. O strateški uporabi patentov je govor, če imetnik uporabi patent zlasti zato, da konkurentom prepreči uporabo izuma, ne pa da bi izum izkoriščal sam. To novim igralcem otežuje vstop na trg in inovacijo.²² Patentiranje programov pomeni posebno nevarnost za majhna podjetja, ki so pogosto vodilna v razvoju programja, a si ne morejo privoščiti stro-

¹⁷ League for Programming Freedom, str. 303304.

¹⁸ Podrobneje Puharič, *Komentar ZIL-1*, str. 390393.

¹⁹ Lessig navaja, da pravda za izpodbijanje patenta v ZDA vsako udeleženo stranko v povprečju stane 1,5 milijona dolarjev odvetniških in sodnih stroškov. Stroški pridobitve patenta so v primerjavi s tem malenkostni. Lessig, *The Future ...*, str. 213.

²⁰ Lessig, *The Future ...*, str. 213; Mežnar, str. 101.

²¹ Stallman, str. 105; Lessig, *The Future ...*, str. 214.

²² Guibault/van Daalen, str. 142143.

škov patentnih poizvedb ali pravdanja, ki lahko znatno presežejo stroške razvoja programja. Da se izognejo nevarnosti tožb zaradi kršitve patentov, morajo pridobiti licence svojih konkurentov. Patenti tako višajo transakcijske stroške in povečujejo tveganje pri razvoju programja.²³

Velike računalniške korporacije se izognejo večini škodljivih učinkov patentov z oblikovanjem širokih patentnih portfeljev, ki si jih medsebojno navzkrižno licencirajo, s čimer se izognejo plačevanju licenčnine. Mali razvijalci, ki nimajo lastnih patentov, so iz te igre izključeni. Ta pojav zanika mit, da patenti ščitijo malega izumitelja. Izkaže se, da uveljavljeni sistem ustreza predvsem velikim družbam, ki lahko s svojimi bazami patentov izločijo manjše konkurente s trga.²⁴ Celo veliki pa se ne morejo izogniti nevarnosti izsiljevanja s strani podjetij, katerih edina dejavnost je pridobivanje patentov od drugih imetnikov ter vlaganje tožb zoper domnevne kršitelje teh patentov. Proizvajalci programja se z vlagatelji takih tožb pogosto raje poravnajo, kot da bi se spuščali v dolgotrajno pravdanje, med katerim bi bil pravni položaj njihovih proizvodov negotov.²⁵

7.1.5. Neopravljanje informacijske vloge

Poleg nastajanja novega znanja naj bi bila vloga patentnega prava tudi informacijska: omogočanje dostopnosti tega znanja drugim osebam – seveda v funkciji spodbujanja tehnološkega razvoja. Patentni sistem je bil med drugim vzpostavljen zato, da bi odvrčal izumitelje in podjetja od uporabe poslovne skrivnosti. Če se tehnike zaradi doseganja komercialnih prednosti ohranjajo tajne, ne bodo nikoli postale dostopne drugim in se lahko nazadnje izgubijo. Patentni sistem naj bi zagotovil objavo novega izuma in v zameno podelil izumitelju izključno pravico do njegove uporabe. Na področju računalniških programov pa tega učinka ne dosega. Izvorna koda lastniškega programja se še vedno varuje kot poslovna skrivnost, ki je objava patenta bistveno ne razkrije. Patent je namreč podeljen samo za posamezni algoritem, in ne za celotno zasnovo programja. Družbe pa v tajnosti ohranjajo način, na katerega so v izvorni kodi kombinirale ducate različnih tehnik in algoritmov za

²³ Mežnar, str. 100; Garfinkel/Stallman/Kapor, str. 53

²⁴ Stallman, str. 102.

²⁵ Kot enega prvih takih primerov se navaja družba Refac International, ki je tožila Lotus, Microsoft, Ashton-Tate in tri druge proizvajalce programja, da kršijo njen patent. Garfinkel/Stallman/Kapor, str. 51. Podrobneje o nevarnosti objestnih patentnih tožb razpravlja J. S. Helm, *Why Pharmaceutical Firms Support Patent Trolls: The Disparate Impact of eBay v. MercExchange on Innovation*. Michigan Telecommunications & Technology Law Review, zvezek 13, 2006, str. 331–343.

zasnovo celovitega sistema.²⁶ Najočitnejši simptom neuspeha patentnega varstva je, da niti profesionalni razvijalci programja ne berejo patentnih objav, da bi se iz njih naučili česa novega, ker so objavljene informacije brez dostopa do izvirne kode zelo omejeno uporabne.²⁷ Tudi po izteku veljavnosti patenta torej patentirano znanje ostane družbi nedostopno za praktično uporabo.

7.1.6. Patentna grožnja prostemu programju

Možnost podeljevanja patentov na programskih rešitvah pomeni nevarnost za razvoj prostega programja. Neposredno ga ogroža zlasti v treh položajih:

- če prosto programje krši že obstoječe patente proizvajalcev lastniškega programja;
- če proizvajalci lastniškega programja naknadno patentirajo izume, ki so bili prvotno razviti znotraj prostega programja;
- če razvijalci prostega programja sami patentirajo svoje izume.²⁸

Trivialni patenti pomenijo nevarnost za razvijalce prostega programja, ker je malo verjetno, da bi bili neprofesionalni člani odprtokodne skupnosti sposobni vestno in redno pregledovati, ali njihova aktivnost ne krši katerega od obstoječih patentov. Hkrati pa so razvijalci prostega programja izpostavljeni večji nevarnostji patentnih tožb kot razvijalci lastniškega programja preprosto zato, ker je izvirna koda, ki jo ustvarjajo, javno dostopna in je odkritje možnih kršitev mnogo preprostejše.²⁹ Nekomercialni razvojni projekti si navadno ne morejo privoščiti plačila licenčnine za uporabo patentiranega izuma. Pridobitev licence pa je lahko težavna tudi za podjetja, ki se ukvarjajo s komercialnim razvojem prostega programja, saj je patentna licenca navadno vezana na način uporabe, število uporabnikov patenta itd., elementov pa pri odprtih projektih ni mogoče ugotoviti vnaprej.³⁰

Če proizvajalec lastniškega programja patentira izum, ki je bil prvotno implementiran v prostem programju, gre pri tem za zlorabo patentnega prava, saj ni izpolnjen pogoj novosti izuma. Vendar bodo razvijalce prostega programja od vložitve tožbe za ugotovitev ničnosti takega patenta pogosto odvrnili visoki stroški tovrstnega postopka. Praktična težava pa je tudi v dokazovanju stanja tehnike.

²⁶ Garfinkel/Stallman/Kapor, str. 54; League for Programming Freedom, str. 307; Wiebe v: Spindler, str. 246.

²⁷ Lessig, *The Future ...*, str. 213.

²⁸ Wiebe v: Spindler, str. 246.

²⁹ Guibault/van Daalen, str. 138; enako Wiebe v: Spindler, str. 257.

³⁰ Lessig, *The Future ...*, str. 213; Mežnar, *Patentno ...*, str. 101.

Zaradi odsotnosti registracije ali formalne objave je pogosto težko dokazati, da je bil programsko izvedeni izum uporabljen v prostem programju že pred vložitvijo lastniške patentne prijave in bil znan povprečnemu strokovnjaku s tega področja.

Patenti na programju pa lahko ogrožajo svobodo uporabnikov prostega programja tudi, če jih pridobijo razvijalci prostega programja, ki so neko tehniko prvi razvili, a za svoj patent nočejo podeliti proste licence. Ta težava pa je še najmanjša, saj se nekomercialnim razvijalcem programja svojih izumov ne izplača patentirati. Praktično težavo pri patentiranju izumov znotraj prostega programja pa pomeni tudi zahteva po ohranjanju tajnosti izuma vse do vložitve patentne prijave. Za razvojne modele prostega programja je namreč značilno prosto kroženje novih idej takoj, ko nastanejo, zato je tajnost izuma težko zagotoviti.³¹ Prav zaradi tega je konflikt med prostim programjem in patentnim pravom ironičen. Prosto programje temelji na načelu neoviranega prenosa znanja. Inovativni algoritmi so prek interneta vsakemu uporabniku in programerju prosto na voljo. S tem pa razvojni model prostega programja opravlja informacijsko funkcijo, ki naj bi ji služilo tudi patentno pravo.³²

7.2. Določbe o patentih v licencah prostega programja

Patentno pravo zadeva samo komercialno rabo izuma. ZIL-1 v točki a 19. člena iz izključnih pravic imetnika patenta izrecno izvzema dejanja, storjena zasebno in za negospodarske namene. Mogoče bi bilo torej sklepati, da brezplačna distribucija, ki je značilna za večino prostega programja, nikoli ne more pomeniti kršitve patenta. Vendar množična brezplačna distribucija programja, ki implementira patentirani izum, posega v komercialne interese imetnika patenta, saj omejuje njegove priložnosti za gospodarsko izkoriščanje patenta. Če je distribucija samo podlaga za odplačno opravljanje storitev »dodane vrednosti«, na primer servisiranja programja in izdelave programskih rešitev po meri naročnika, pa gre očitno za gospodarsko izkoriščanje patenta, ki je pridržano njegovemu imetniku. Ker definicija prostega programja zahteva prosto poganjanje programja za katerikoli namen (svoboščina 0) ter prosto redistribucijo primerkov programja (svoboščina 2) in njihovih izboljšav (svoboščina 3), je jasno, da kakršnakoli omejitev teh dejavnosti na zasebno nekomercialno rabo pomeni, da pogoji iz definicije niso več izpolnjeni. Četudi je razvijalec svoje programje licenciral pod avtorskopravno prosto licenco, v trenutku, ko je podeljen patent za algoritem, ki ga programje implementira, to

³¹ Wiebe v: Spindler, str. 257–258.

³² Prav tam, str. 246.

preneha biti v celoti prosto. Imetnik namreč lahko prepreči tretjim osebam, da izdelujejo, uporabljajo, ponujajo v prodajo, prodajajo ali uvažajo primerke takega programja (18. člen ZIL-1). Programski patent torej lahko učinkovito omeji nekatere od svoboščin prostega programja – programje postane lastniško, le da njegov »lastnik« ni programer, temveč imetnik patenta. Proste licence za programje, ki so prvotno temeljile izključno na avtorskem pravu, so se vprašanja programskih patentov lotevale postopoma in precej previdno.

7.2.1. Omejitev distribucije

GPL se s patentno nevarnostjo ukvarja filozofsko dosledno. Če in kadar veljavni patentni zahtevek tretje stranke prepreči dajalcu licence izdelavo, uporabo ali prodajo programja, tako programje ni več prosto v smislu definicije, zato ga ni več mogoče distribuirati pod GPL. V 12. členu licence prepoveduje uporabnikom predajo pravic tretjih. Če sodna odločba, licenčna pogodba ali druga obveznost, povezana s patentom, pridobitelju licence GPL na primer onemogoča prenašanje programja tako, da je dovoljena njegova prosta uporaba za kakršenkoli namen brez obveznosti plačila licenčnine, potem tega programja preprosto ne sme prenašati. Gre za pravilo vse ali nič. Programje je dovoljeno izkoriščati samo tako, da so sočasno izpolnjene obveznosti iz avtorskopravne in patentne licence. Če patentna licence na primer zahteva plačilo licenčnine od vseh uporabnikov programja, GPL pa licenčnino prepoveduje, potem je mogoče slediti obema licencama samo tako, da se v celoti opusti distribucija tega programja.

To ne pomeni, da prostega programja pod GPL sploh ni več dovoljeno uporabljati, če je del tega programja zaščiten s patentom. Pri rabi programja za zasebne namene na primer nikoli ne pride do konflikta med avtorskopravno in patentno licenco, saj tako avtorsko kot patentno pravo dopuščata prosto zasebno rabo varovane dobrine. Nista pa dovoljena distribucija in dajanje na voljo javnosti, če bi imetnik patenta za ta ravnanja določil pogoje, ki se razlikujejo od obveznosti iz GPL. S tem se skuša preprečiti, da bi se zaradi patentov uporabnikom prostega programja vsilile dodatne omejitve. Pravilo odpravlja kolizijo med pravili GPL in drugimi obveznostmi pridobitelja licence ali splošnimi prepovedmi.³³ Guibaultova in van Daalen menita, da za aktivacijo 12. člena GPL ne zadošča že gola podelitev patenta ali grožnja s patentno tožbo, temveč mora biti pravda tudi začeta in izdana sodna odločba ali sklenjena poravnava, iz katere izhajajo obveznosti, nezdružljive

³³ Kreutzer v: ifrOSS, str. 108–109.

z GPL.³⁴ Rosen pa se sprašuje, ali je tako ostro obravnavanje sploh smiselno, saj tožba zaradi kršitve patenta ne preprečuje nujno nadaljnje proste distribucije programja, le da je ta za distributerja lahko povezana s stroški plačevanja licenčnine.³⁵

Tako stroga določba je značilna samo za GPL (vsebovala jo je že verzija 2), druge proste licence pa največkrat zahtevajo, da se jih v primeru konflikta s patentnimi obveznostmi čim bolj spoštuje, oziroma vsebujejo druge metode patentne obrambe, zato ne zahtevajo, da se uporabniki odpovedo svojim pravicam ustvarjanja in distribuiranja derivativnih del.³⁶ MPL ureja položaj potencialne pravne negotovosti, do katerega lahko pride, če tretja stranka zatrjuje obstoj svojih patentov v zvezi z licenciranim prostim programjem. Prvotni razvijalec in naknadni prispevalci, ki za take trditve izvedo, morajo o njih obvestiti vse poznejše pridobitelje licence. To storijo tako, da vsa sporna vprašanja intelektualne lastnine v zvezi s programjem – zahteve in stranke, ki jih uveljavljajo – opišejo v posebni datoteki, priloženi izvorni kodi in naslovljeni LEGAL.

Patenti so z vidika prostega programja težava lokalne narave. Podeljeni so nacionalno – kar je patentirano v eni državi, ni nujno patentirano tudi v drugi. Zato obveznost opustitve distribucije iz 12. člena učinkuje samo v državah, v katerih obstajajo nezdružljive patentnih obveznosti. GPL dovoljuje pridobitelju licence, da nadaljuje distribucijo del v regiji, kjer patent ne velja. Prej veljavna verzija 2 licence GPL je v 8. členu za take primere predvidevala posebno opcijo. Če sta prenašanje ali uporaba programja v posameznih državah omejena zaradi patentov (ali avtorskopravno varovanih vmesnikov), lahko prvotni dajalec licence tej doda izrecno geografsko omejitev, po kateri je razširjanje programja v določenih državah izključeno. Območje veljavnosti GPL je bilo torej mogoče geografsko omejiti, vendar ne glede vseh podeljenih pravic, temveč samo glede pravic prenašanja programja tretjim osebam – torej ravnanja, ki bi eventualno lahko kršilo patent. Zasebna uporaba in razmnoževanje programja sta tudi v izključenih državah dovoljena. Možnost geografske omejitve veljavnosti licence je pridržana samo prvotnemu dajalcu licence, torej prvemu razvijalcu, ki je določeno programje licenciral pod GPL, ne morejo pa je ne dodati ne odpraviti naknadni razvijalci.³⁷ V verziji 2 je bil to edini položaj, ko je določbam GPL dovoljeno kaj dodati, pri čemer je določba o geografski omejitvi postala integralni del licence, ki se prenaša naprej z učinkom *copyleft*. Sedanja verzija 3 licence GPL geografske omejitve veljavnosti

³⁴ Guibault/van Daalen, str. 147.

³⁵ Rosen, str. 135–136.

³⁶ Podrobneje je vprašanje nemožnosti izpolnitve licence obravnavano v poglavju 5.12.3.

³⁷ Kreutzer v: ifrOSS, str. 113–114.

licence ne omogoča več, predvsem zato, ker je bila ta možnost v praksi izjemno redko uporabljena, mogoče pa bi jo bilo tudi zlorabiti.

7.2.2. Podelitev patentnih pravic na programju

Opustitev distribucije prostega programja na območju, kjer ga ogrožajo patenti, je samo pasivna rešitev problema, ki s širitvijo podeljevanja programskih patentov v vse več državah postaja vse manj zadovoljiva. Za dolgoročno ohranitev prostosti programja je treba pripraviti imetnike patentov k temu, da dovolijo uporabo patentiranih programskih algoritmov in tehnik na način, ki je skladen z definicijo prostega programja. To je izvedljivo vsaj v primerih, ko so imetniki patentov hkrati tudi razvijalci prostega programja (kar pri nekaterih velikih računalniških družbah, kot sta IBM in Oracle, sploh ni nenavadno). Če je dajalec proste licence za programje tudi imetnik patentov, ki jih to programje implementira, potem lahko poleg avtorskopравnih upravičenj z licenco podeli tudi pravice do izkoriščanja patenta. Če naj bo patentna licenca skladna z načeli prostega programja, imetnikovo dovoljenje za izdelavo, uporabo ali prodajo programja ne sme preprečevati izdelave derivativnih del ali prepovedovati uporabe programja kjerkoli na svetu. Plačilo za licenco je sprejemljivo kvečjemu, če je enkratno (ne vezano na uporabo) in ne zavezuje tudi prihodnjih pridobiteljev licence.³⁸ V nekaterih prostih licencah je podelitev patentnih pravic izrecna, v drugih pa je nanjo mogoče sklepati le implicitno.

a) Implicitna podelitev pravic

Včasih je iz izrazov, ki jih uporablja licenca, ki je sicer pretežno avtorskopравne narave, mogoče sklepati, da bi lahko podeljevala tudi nekatere patentne pravice, če bi takšne pravice prišle v poštev. Večina prostih licenc na primer dovoljuje prosto uporabo programja za kakršenkoli namen. Uporaba avtorskega dela ni eno od izključnih upravičenj, ki izvirajo iz avtorske pravice, pač pa je uporaba proizvoda ali postopka, ki je predmet patenta, ena od izključnih pravic imetnika patenta. Kljub temu je vprašljivo, ali zgolj dejstvo, da licenca dovoljuje tudi uporabo programja, že pomeni tudi podelitev patentnih pravic.

Koglin meni, da bi bilo v nasprotju z načelom vestnosti in poštenja in zato nedopustno, če bi se dajalec licence sam skliceval na patent in ga uveljavljal nasproti pridobitelju licence, če je pred tem sam ponudil programje pod prosto licenco in s tem sprožil uporabo in distribuiranje tega programja. Ni pa jasno, ali to velja tudi v primeru, ko je dajalec avtorskopравne licence patent pridobil šele naknadno,

³⁸ Rosen, str. 67.

torej po prvotnem prostem licenciranju programja.³⁹ Rosen meni, da se pri goli avtorskopravni licenci nikoli ne more domnevati, da podeljuje tudi licenco za patent. Samo če je licenca podeljena na podlagi (kompleksnejše) licenčne pogodbe, bi bilo mogoče uporabiti obligacijska načela zanašanja na razumna pričakovanja strank. Tudi v takem primeru pa je obseg podelitve patentnih pravic nejasen. Še posebej ni jasno, ali se nanaša tudi na verzije programja, ki vsebujejo spremembe, če te pomenijo izboljšavo patenta.⁴⁰ Vsekakor pa patentna licenca niti implicitno ne more biti podeljena, če je imetnik patenta drug kot razvijalec programja in dajalec avtorskopravne proste licence, zlasti če je to proizvajalec konkurenčnega lastniškega programja. Razvijalec programja namreč v takem primeru nima za podelitev patentne licence potrebne razpolagalne sposobnosti.⁴¹

Med licencami za programje, pri katerih je mogoče sklepati o implicitni podelitvi patentnih pravic, sta zlasti licenci BSD in MIT, ki patentov ne omenjata. Licenca BSD med drugim izrecno podeljuje pravico do redistribucije in uporabe programja v izvorni in binarni obliki s spremembami ali brez. Kot rečeno, je uporaba ena od izključnih pravic imetnika patenta, prav tako prodajanje programja, ki je ena od oblik distribucije. Rosen meni, da to ne pomeni podelitve patentnih pravic, ker licenca na koncu omenja, da programje ponujajo imetniki avtorske pravice in prispevalci, niso pa med dajalci licence omenjeni imetniki drugih pravic, iz česar je mogoče *a contrario* sklepati, da patentne pravice niso podeljene.⁴² Licenca MIT med podeljenimi pravicami našteva tudi večino upravičenj iz patenta. Poleg pravic razmnoževanja, spreminjanja, združevanja, objave, distribucije in podlicenciranja namreč izrecno omenja tudi pravico do uporabe in prodajanja primerkov programja brez omejitev, kar sta tipični pravici imetnika patenta. Pravica izdelava programja je izpuščena, vendar je mogoče iz drugih besed sklepati, da je tudi to ravnanje dovoljeno. Obseg patentne licence pa je še vedno samo impliciten, zato na primer ni jasno, ali zajema tudi derivativna dela.⁴³

b) Izrecna podelitev patentne licence

Bolj jasen je položaj pri prostih licencah, ki izrecno podeljujejo tudi določene patentne pravice.

1. Apache

³⁹ Koglin v: ifrOSS, str. 54.

⁴⁰ Rosen, str. 79.

⁴¹ Koglin v: ifrOSS, str. 54.

⁴² Rosen, str. 78.

⁴³ Prav tam, str. 86.

Licenca Apache v 3. členu določa, da vsak prispevalec kode podeljuje uporabniku trajno, svetovno, neizključno, neodplačno in nepreklicno (razen pod pogoji licence) patentno licenco za izdelavo, uporabo, ponujanje v prodajo, prodajo, uvoz in drugačen prenos dela, pri čemer se licenca nanaša samo na tiste patentne zahtevke, ki jih lahko licencira prispevalec in ki jih nujno krši bodisi njihov prispevek k programju sam bodisi kombinacija tega prispevka z licenciranim delom, h kateremu je bil prispevan. Patentna licenca je torej podeljena samo v obsegu, ki je nujen za uporabo licenciranega dela in naknadnih prispevkov k njemu. Licenca se ne nanaša na patentne pravice v zvezi z uporabo drugega dela.⁴⁴ Licenca Apache ne zahteva uporabe istih licenčnih pogojev tudi za predelave programja, vendar za taka izvedena dela tudi ne podeljuje patentne licence za morebitne programske izume, ki so implementirani v licenciranem programju. Ni jasno, ali takšna podelitev patentnih pravic zadošča za zagotovitev prostosti programja. Rosen meni, da je odgovor pozitiven. Licenca za prosto programje mora podeliti dovolj patentnih pravic, da dovoli pridobitelju izdelovanje, uporabo, prodajo, ponujanje v prodajo ali uvoz prostega programja, ki ga distribuira dajalec licence. Podelitev dodatnih licenčnih pravic za izvedena dela pa ostaja v diskreciji dajalca licence.⁴⁵

2. MPL

MPL se ukvarja s patenti temeljiteje kot druge proste licence. Gre za prvo izrecno podelitev patentne licence za prosto programje.⁴⁶ V členu 2.1 (b) prvotni razvijalec podeljuje vsakemu uporabniku svetovno, neodplačno neizključno licenco na patentnih zahtevkih, ki bi jih kršilo izdelovanje, uporaba ali prodajanje licencirane izvirne kode ali njenih delov. Sklicevanje na patentne zahtevke pomeni najširši mogoči obseg podelitve pravic na patentu, saj prav zahtevki opredeljujejo obsega upravičenj imetnika patenta.⁴⁷ Iz definicij v 1. členu MPL je razvidno, da se izraz nanaša tudi na patentne pravice, ki bi jih dajalec licence pridobil naknadno – po tem, ko je že distribuiral programje – vključujoč zahtevke na metodi, postopku ali napravi na podlagi kateregakoli patenta, ki ga lahko licencira dajalec licence MPL. Drugače od avtorskopravne licence, ki jo podeljuje MPL, se patentna licenca nanaša samo na primere, ko je licencirana koda distribuirana sama bodisi v celoti bodisi po delih, ne pa tudi, če je vključena v širšo celoto (*copyleft* pri MPL je šibek, tako da zadošča, da so posamezne datoteke licencirane pod MPL, ne pa celoten program). Podelitev patentnih pravic prvotnega razvijalca se nanaša samo

⁴⁴ St. Laurent, str. 21.

⁴⁵ Rosen, str. 153. Temu stališču sledi tudi verzija 3 GPL (11. člen).

⁴⁶ Rosen, str. 148.

⁴⁷ St. Laurent, str. 66.

na nespremenjeno izvorno kodo, ne pa na njene spremembe ali druga izvedena dela. Patentirani algoritem je na podlagi licence torej dovoljeno uporabiti v predelanem programu samo, če ga implementira ista koda, sicer ga ne pokriva več patentna licenca. Licenca tudi ne dovoljuje uporabe patentiranega izuma v drugem prostem programu.⁴⁸

Podobno licenco v členu 2.2 (b) MPL podeljujejo uporabnikom programa in njegovemu prvotnemu razvijalcu tudi naknadni prispevalci k programu. Vsak prispevalec podeljuje recipročno licenco na svojih patentnih zahtevkih, ki bi jih kršili izdelovanje, uporaba ali prodajanje licenciranih sprememb programa, ki jih je sam napravil. Podeljuje torej licenco za svoje patente, ki jih je implementiral s spremembami izvirne kode programa, tako da dovoljuje uporabo teh sprememb, bodisi samih bodisi v kombinaciji z glavnim programjem (ali delov take kombinacije), in sicer njihovo izdelovanje, uporabo, prodajanje, ponujanje v prodajo ali drugačno razpolaganje. Dovoljenje je širše od patentne licence prvotnega razvijalca toliko, da podeljuje pravice tako za kombinacijo prvotne kode s prispevalčevimi spremembami kot za prispevalčeve spremembe same. Tudi prispevalec pa ne podeljuje patentnih pravic za uporabo svojega izuma v drugem ali spremenjenem programu. Če gre pri njegovem izumu za izboljšavo patenta, ki ga je licenciral prvotni razvijalec, to pomeni, da prvotni razvijalec pridobi licenco za uporabo te izboljšave, medtem ko izboljševalec ne pridobi licence za uporabo prvotnega patenta v povezavi s svojo izboljšavo. Patentna licenca, ki bi se nanašala tudi na izboljšavo patenta, namreč ni niti implicitno prisotna v nobeni od obstoječih prostih licenc za programje.⁴⁹

Patentna licenca v MPL je torej podeljena samo v zvezi s patentnimi zahtevki zoper uporabnike konkretne utelesitve programa v obliki prvotne ali prispevalčeve verzije programske kode. Dajalec licence ohranja pravico izključiti druge osebe od izdelovanja, uporabe ali prodaje drugačnih uporab teh izumov v drugem programu. Rosen navaja, da je razlog za tako ureditev v tem, da so patentni zahtevki lahko potencialno več vredni, kot se zdi na prvi pogled. Patentni zahtevek, prekršen z izdelavo, uporabo ali prodajo prvotne kode, je lahko namreč uporaben mnogo širše kot zgolj za izdelovanje, uporabo ali prodajo prvotne kode. Patentirana funkcija za kopiranje in lepljenje je na primer poleg urejevalnikov besedila uporabna tudi v programih za pregledovanje in pošiljanje elektronske pošte, spletnih brskalnikov ali grafičnih programih. Če je pod MPL licenciran urejevalnik besedila, ki implemen-

⁴⁸ Prav tam, str. 67–68.

⁴⁹ Rosen, str. 152–153; St. Laurent, str. 69.

tira tako funkcijo, to še ne pomeni dovoljenja za njeno uporabo pregledovalniku elektronske pošte.⁵⁰

3. GPL

GPL je že v verziji 2 v sedmem odstavku preambule določala, da mora biti programski patent licenciran tako, da lahko programje vsakdo prosto uporablja, medtem ko način licenciranja patenta ni bil podrobneje operacionaliziran.⁵¹ Wiebe meni, da je odgovor na vprašanje, koliko ta določba GPL zavezuje imetnika patenta, odvisen od tega, ali nadaljnji patentiran razvoj programja pomeni tudi predelavo pod GPL licencirane kode. Ta koda mora biti prosto licencirana vključno s patentom, ki ga implementira. GPL pa se ne nanaša na zahtevek za patentno varstvo funkcionalno enakovrednega programja, ki v obliki druge kode dosega isto funkcionalnost, saj GPL lahko postavlja pogoje samo za avtorskopravno relevantna ravnanja.⁵²

Tretja verzija GPL patentno licenco izrecno ureja v tretjem odstavku 11. člena. Vsak prispevalec kode podeljuje vsakemu uporabniku poleg avtorske tudi neizključno, neodplačno, po vsem svetu veljavno patentno licenco za uporabo programja. Patentna licenca obsega vse patentne zahteve, s katerimi prispevalec razpolaga bodisi v trenutku podelitve licence bodisi kadarkoli pozneje in ki bi jih kršili izdelovanje, uporaba ali prodajanje konkretne verzije licenciranega programja. Niso pa zajeti patentni zahtevki, ki bi jih lahko kršile bodoče spremembe programja s strani tretjih oseb. K podelitvi patentne licence načeloma niso zavezane tiste osebe, ki prosto programje zgolj prenašajo brez sprememb. Če pa imetnik patenta prenaša nespremenjene prosto programje in svojim strankam hkrati podeljuje patentno licenco za uporabo tega programja, potem se na podlagi šestega odstavka 11. člena GPL tako podeljena patentna licenca avtomatično razširi na vse prejemnike programja in njegovih naknadnih sprememb. Vsebina patentne licence je taka, kot jo je opredelil imetnik patenta za svoje stranke, na podlagi GPL se razširi le obseg upravičencev.

GPL ureja tudi položaj, ko je imetnik relevantnih patentov tretja oseba. Če je prenašalec dela pridobil patentno licenco tretje osebe, bi se lahko zgodilo, da sam z distribucijo programja ne bi kršil patenta, medtem ko bi bili nevarnosti patentne tožbe izpostavljeni nadaljnji uporabniki. Zato GPL v primeru, ko izvorna koda

⁵⁰ Rosen, str. 149.

⁵¹ Programer Raph Levien je na tej podlagi podelil neizključno neodplačno licenco za uporabo 21 svojih patentov v kateremkoli programju, ki je distribuirano pod pogoji licence GPL (ne pa tudi v drugem programju). Glej: <http://www.levien.com/patents.html>.

⁵² Wiebe v: Spindler, str. 258–259.

dela ni vsakomur dostopna pod pogoji GPL, od takega prenašalca zahteva, da štiti nadaljnje uporabnike programja. To lahko stori tako, da sam zagotovi dostopnost izvirne kode (zato da je ni treba prenašati nadaljnjim prenašalcem, ki bi se s tem izpostavili patentnim tožbam) ali se odpove koristim patentne licence za konkretno delo ali zagotovi, da patentna licenca skladno z določbami GPL velja tudi za nadaljnje prejemnike programja (peti odstavek 11. člena).

Posebna določba je namenjena poslom med distributerji programja in imetniki patentov, kakršen je bil kontroverzni patentni sporazum med podjetjema Microsoft in Novell in ki bi lahko pravno razcepili prosto programje. GPL prepoveduje prenašanje programja na podlagi pogodbe, po kateri bi distributer imetniku patenta plačeval za uporabo patenta glede na obseg distribucije programja, imetnik patenta pa bi distributerjevim strankam podelil diskriminatorno patentno licenco, ki velja samo v povezavi z izvodi dela, ki jih je prenesel konkretni distributer, ali samo za določene proizvode ali kompilacije. Patentna licenca je diskriminatorna, če ne omogoča izvrševanja ene ali več pravic, ki jih GPL izrecno podeljuje. Posledica kršitve te določbe je lahko prekinitev licence po 8. členu GPL, prepoved pa velja samo za posle, sklenjene po 28. marcu 2007, tako da Novell z njo ne bo prizadet.⁵³

4. Enostranska podelitev patentne licence?

»Očetje GPL« vztrajajo pri stališču, da za veljavnost licence ni potrebna sklenitev licenčne pogodbe, temveč zadošča, da je podeljena enostransko, kot gola licenca. O dopustnosti take pravne konstrukcije smo že razpravljali z vidika avtorskega prava; menim, da je odgovor enak tudi z vidika patentnega prava. Člen 18. ZIL-1, ki ureja izključne pravice iz patenta, veže dopustnost imetniku pridržanih ravnanj na *privolitev* imetnika patenta. Privolitev se izrazi s pravnim poslom, s katerim imetnik dovoli določenim osebam izdelovanje, uporabljanje, ponujanje v prodajo, prodajanje ali v omenjene namene uvažanje zadevnega proizvoda.⁵⁴ Privolitev je torej lahko podeljena tudi enostransko, z golo patentno licenco, pri čemer pa taka licenca seveda ne more določati nobenih aktivnih obveznosti pridobitelja licence, temveč samo pogoje, pod katerimi se lahko izvršujejo podeljene pravice.

Obveznost prostega licenciranja patentov je vezana na izkoriščanje z licenco podeljenih avtorskopравnih upravičenj. Kdor prosto programje pod GPL samo uporablja, patentne licence ni zavezan podeliti. Kdor pa programje prenaša, s tem že izkorišča avtorskopравno pravico do distribuiranja primerkov dela oziroma do

⁵³ Microsoft kot distributerja pa bi lahko zavezovala prej omenjena določba šestega odstavka o samodejni razširitvi patentne licence na vse uporabnike, saj datumsko ni omejena.

⁵⁴ Puharič, *Komentar ZIL-1*, str. 102.

dajanja dela na voljo javnosti. Ta pravica pa je podeljena s pogojem, da se mora prenašalec odpovedati uveljavljanju svojih patentnih zahtevkov v zvezi s programjem, ki ga distribuira. To pomeni, da od nadaljnjih uporabnikov ne sme zahtevati plačila licenčnine za patent ali jih tožiti zaradi kršitve patenta. Brez sklenitve pogodbe obveznost podelitve patentne licence sicer ni obligacijske narave, vendar njena kršitev lahko povzroči patentno retaliacijo in prekinitev licence zaradi kršitev njenih določb. Patentni tožnik torej izgubi pravni temelj za distribucijo prostega programja. Avtorskopravne in patentne pravice na programju se v GPL na ta način medsebojno povezujejo. Odločitev o prostem licenciranju patenta pa ostaja prepuščena imetniku patenta – na podlagi GPL ga k temu pravno ni mogoče prisiliti niti, če patent varuje izboljšavo programskega izuma, ki je že implementiran v prostem programju.

7.2.3. Patentna retaliacija

Zahteva po podelitvi patentne licence učinkuje, kadar so razvijalci ali distributerji prostega programja tudi sami imetniki patentov na izumih, implementiranih v programju. Če pa so imetniki takih patentov tretje osebe, ki ne prispevajo k nastanku programja, je položaj drugačen, saj njih prosta licenca ne zavezuje. Razvijalci prostega programja so zato iskali način, kako z licenčnimi določbami vsaj odvrniti imetnike patentov od vlaganja tožb.

a) *Apache*

Licenca Apache v drugem delu 3. člena (po podelitvi patentne licence) določa, da v primeru, ko uporabnik programja vloži tožbo proti komurkoli (tudi če samo v obliki nasprotne tožbe), zatrjujoč, da delo ali prispevek v njem krši njegov patent, potem patentna licenca, vsebovana v licenci Apache, preneha z dnem vložitve take tožbe. Če je vložena patentna tožba zoper razvijalca, distributerja ali uporabnika prostega programja, potem vse patentne pravice (ne pa avtorskopravne pravice), ki so bile z licenco Apache podeljene tožniku za to programje, takoj prenehajo. To naj bi preprečilo položaj, ko ima stranka korist od uporabe prosto licenciranega dela, a hkrati toži dajalca licence ali prispevalca zaradi kršitve patenta.⁵⁵ Položaj je nasproten kot pri navzkrižnem licenciranju: kdor sam ne dovoli drugim izkoriščanja svojih patentov, tudi sam ne sme izkoriščati njihovih patentov. Uspeh take obrambe pred patenti je seveda odvisen od tega, kolikšna je vrednost zadevnega programja za imetnika patenta. Učinkovitejša je torej v primeru pomembnega in vrednega prostega programja (kakršno je tudi strežniško programje Apache),

⁵⁵ St. Laurent, str. 21.

uporabi katerega se imetnik patenta težko odpove. V vsakem primeru pa taka licenčna določba prisili potencialnega patentnega litiganta, da premisli o tveganjih, s katerimi je povezana vložitev tožbe.⁵⁶

b) MPL

Patentna retaliacija v licenci MPL je širša. Če uporabnik programja vloži tožbo zoper prvotnega razvijalca ali naknadne prispevalce programja, zatrjujoč, da njihova verzija programja krši njegov patent, potem na podlagi 8. člena MPL za naprej prenehajo veljati vse avtorskopravne in patentne licence, ki jih je tožena stranka na podlagi MPL podelila temu tožniku, in sicer v roku 60 dni, odkar ga je tožena stranka obvestila o prekinitvi licence, razen če sta se stranki v tem obdobju sporazumeli, da bo tožnik plačal toženi stranki licenčnino za preteklo in bodočo uporabo njenega programja ali da bo umaknil patentno tožbo zoper njo. Če takega sporazuma ni, licenca po preteku 60 dni preneha samodejno. Če pa uporabnik programja toži prvotnega razvijalca programja ali naknadne prispevalce, češ da drugo programje, strojna oprema ali drugačna naprava (torej predmeti, ki niso predmet licence MPL) kršijo njegov patent, potem so samodejno preklicane vse patentne pravice (ne pa avtorskopravne), ki mu jih je tožena stranka kdaj podelila na podlagi MPL za katerokoli programje. Preklic učinkuje za nazaj: od dne, ko je tožnik prvič izdelal, uporabil, prodal ali distribuiral programsko kodo ali njene spremembe, katerih avtor je tožena stranka.⁵⁷

c) GPL

Licenca GPL v verziji 2 ni določala patentne retaliacije, kar je povzročilo nekompatibilnost z vsemi prostimi licencami, ki so tako določbo vsebovale (vključujoč permissivno licenco Apache). Tretja verzija GPL je tak mehanizem uvedla v tretjem odstavku 10. člena, po katerem je osebam, ki na podlagi GPL prenašajo programje, prepovedano, da bi od uporabnikov zahtevali plačilo licenčnine za izvrševanje pravic, podeljenih pod GPL, ali da bi vložili tožbo, češ da določeno ravnanje v zvezi z licenciranim programom krši patent. Ravnanje v nasprotju s to določbo pomeni kršitev licence, zato vložitev patentne tožbe v zvezi s programjem pod GPL povzroči prenehanje veljavnosti licence na podlagi splošne določbe o prenehanju iz 8. člena GPL. Licenca GPL torej v takem primeru preneha v celoti, in ne le v patentnem delu. Posledica prekinitve licence je zlasti prenehanje pravice izdelave predelanih verzij programja, tožnik pa vedno ohrani pravico do poganjanja nespremenjenega

⁵⁶ Rosen, str. 155.

⁵⁷ Prav tam, str. 155.

programja, saj gre pri tem za temeljno svoboščino, ki je nobena določba GPL na nikakršen način ne omejuje.⁵⁸

Patentna retaliacija je torej podoben instrument kot določbe o prekinitvi licence v primeru njenih kršitev. Čeprav je navidezno usmerjena širše, dejansko tudi patentna retaliacija učinkuje samo proti strankam, ki so pridobitelji proste licence, saj oseb, ki ne uporabljajo zadevnega prostega programja, v ničemer ne prizadene. Do retaliacijskega učinka lahko pride samodejno (pri licencah Apache in GPL) ali na podlagi odločitve dajalca licence (pri MPL).

7.3. Patentna skupnost

Obravnavane proste licence podeljujejo patentne pravice le za implementacijo patentiranih algoritmov oziroma tehnik v konkretnem programu, na katerega se nanaša ta licenca. Programske patente pa je mogoče licencirati tudi širše: tako da se dovolijo izvedba patentiranih izumov v kateremkoli programju, ki izpolnjuje določene pogoje (na primer v kateremkoli prostem programju), ter izdelovanje, uporaba, prodaja, ponujanje v prodajo in uvoz takega programja. Tak pristop je ubral Raph Levien, ki je licenciral vse svoje programske patente za uporabo v kateremkoli programju pod licenco GPL. Njegov zgled je spodbudil k širšemu licenciranju tudi nekatera velika računalniška podjetja, ki se med drugim ukvarjajo z razvojem prostega programja, hkrati pa razpolagajo z obsežnimi portfelji programskih patentov. IBM na primer dovoljuje brezplačno uporabo 500 svojih programskih patentov, če so izvedeni v prostem programju, torej vsakem programju, katerega licenca je na seznamu odobrenih licenc Open Source Initiative.⁵⁹ Pod podobnimi pogoji je dal odprtodkodni skupnosti na voljo dostop do 1600 svojih patentov Sun Microsystems.⁶⁰ Omenjena proizvajalca sta torej pridobila patente predvsem iz komercialnih razlogov, dovoljujeta pa tudi njihovo uporabo pri razvoju prostega programja. Zlasti z namenom obrambe prostega programja pred tožbami pa je začel oblikovati portfelj programskih patentov tudi Red Hat Inc., ki je eden vodilnih distributerjev Linuxa.⁶¹ Na svoji spletni strani navajajo, da se patentiranja programja lotevajo neradi, ker je v nasprotju z njihovim pre-

⁵⁸ Glej dokument *Opinion on Patent Retaliation*, dostopen na: <http://gplv3.fsf.org/patent-dd2.pdf>.

⁵⁹ Sporočilo za javnost z dne 11. januarja 2005, *IBM Pledges 500 U.S. Patents To Open Source In Support Of Innovation And Open Standards*. Dostopno na: <http://www-03.ibm.com/press/us/en/pressrelease/7473.wss>.

⁶⁰ Sporočilo za javnost z dne 25. januarja 2005, *Sun Grants Global Open Source Community Access to More than 1,600 Patents*.

⁶¹ Guibault/van Daalen, str. 144–145.

pričanjem, vendar so se zanj odločili predvsem iz previdnosti. Njihova patentna politika določa, da Red Hat ne bo uveljavljal izključnih pravic iz patenta proti nikomur, ki izvršuje patent v obliki odprtega oziroma prostega programja, razen proti stranki, ki bi zoper njih sama sprožila patentno tožbo. Licenca pa se ne nanaša na razvoj strojne opreme.⁶² Nekatera od omenjenih podjetij so sodelovala tudi pri ustanovitvi družbe Open Invention Network,⁶³ ki pridobiva programske patente, nato pa jih brez plačila licenčnine ponuja vsakemu podjetju, instituciji ali posamezniku, ki se strinja, da ne bo uveljavljal svojih patentov proti operacijskemu sistemu Linux ali določenim z Linuxom povezanim aplikacijam. Gre torej za korporativni projekt navzkrižnega licenciranja patentov, namenjen varstvu Linuxovega programskega okolja.

Prosto licenciranje patentov je smiselno za velika računalniška podjetja. Programske patente sicer pridobivajo iz klasičnih strateških razlogov: za obrambo pred patentnimi tožbami drugih proizvajalcev lastniškega programja ter kot osnovo za pogajanja z njimi o navzkrižnem licenciranju. Na področju prostega programja pa klasično navzkrižno licenciranje nima takega pomena, saj velika večina zasebnih razvijalcev ne razpolaga z nikakršnimi patenti, ki bi jih lahko licencirali. Komercialnemu proizvajalcu programja se njihovih tožb torej ni treba bati, hkrati pa je njihovo razvijalsko delo zanj koristno, saj rezultate tega dela lahko na podlagi odprte licence uporabi in v obliki komercialnega prostega programja trži tudi sam. Pravzaprav gre torej tudi tu za vrsto navzkrižnega licenciranja: imetnik patentov podeljuje licenco tistim, ki (tudi) njemu podeljujejo prosto licenco za uporabo svojega programja. Ni pa pravega razmerja *quid pro quo*, ker podelitev ene licence ni kavzalno povezana s podelitvijo druge. Z besedami IBM: ne gre za pravi *patent pool*, temveč za manj formalni *patent commons*. Licenciranje patentov za uporabo v prostem programju v ničemer ne oslabi strateške vloge patentnega portfelja v razmerju do proizvajalcev lastniškega programja, saj je zanje prosta licenca neuporabna, ker je nezdržljiva z njihovim poslovnim modelom.

Vzpostavitev baze prosto uporabnih patentov pa lahko služi tudi drugačnemu neposrednemu namenu, kot je razvoj programja, in sicer postavljanju enotnih tehnoloških standardov, ki jim lahko vsi sledijo, kar zagotavlja interoperabilnost, ki je zlasti pomembna v omrežnem okolju. WWW Consortium (W3C) je bila prva organizacija za postavljanje standardov v računalniški programerski industriji, ki se je neposredno soočila s problemom patentov. V zgodnjem obdobju razvoja

⁶² Dostopno na: http://www.redhat.com/legal/patent_policy.html.

⁶³ Spletna stran družbe: <http://www.openinventionnetwork.com>. Družbo so ustanovili IBM, Novell, Philips, Red Hat, Sony in NEC.

svetovnega spleta sta bila podlaga inovativnemu razvoju kombinacija skupnostnega sodelovanja pri določanju odprtih standardov in ostra konkurenca pri njihovi implementaciji. Ko pa se je razširila komercialna uporaba interneta in se je povečalo število programskih patentov, so nekateri imetniki patentov na standardnih tehničnih rešitvah začeli zahtevati plačilo licenčnine kot pogoj za sledenje tem standardom. Člani W3C so prišli do spoznanja, da je potrebna jasna patentna politika, ki naj ureja razvoj standardov in zagotavlja ohranitev dinamike inovativnosti in interoperabilnosti, zaradi katere je svetovni splet postal uspešen. Maja 2003 je konzorcij objavil svojo patentno politiko. Eden njenih temeljnih ciljev je bil napraviti W3C standarde popolnoma združljive s prostim programjem. Kot pogoj za sodelovanje v določeni delovni skupini, ki določa standarde, se morajo družbe, ki so članice konzorcija, zavezati, da bodo razkrile svoje patente, ki se nanašajo na delovno področje te skupine, in jih vsakomur licencirale pod prosto licenco, združljivo s prostim programjem. Prosto licenciranje ni obvezno, a člani morajo razkriti obstoj svojih patentov in jih ne smejo licencirati pod drugačno licenco (tj. če jih sploh licencirajo, jih morajo licencirati pod prosto licenco).⁶⁴ Taka patentna politika spodbuja upoštevanje priporočil konzorcija glede spletnih standardov.⁶⁵ Vsaka licenca za patentirano programsko rešitev, ki jo kot standardno priporoča W3C, mora ustrezati pogojem W3C Royalty-Free License:

- licenca mora biti na voljo vsakemu uporabniku, ne glede na to, ali je član konzorcija W3C (torej širše od navzkrižnega licenciranja),
- licenca je lahko omejena na implementacijo priporočila W3C, in ne tudi za druge namene,
- licenca lahko zahteva neodplačno povratno podelitev licence prvotnemu imetniku patenta ali vsem pridobiteljem patentne licence (recipročnost),
- licenca se lahko prekine, če pridobitelj licence toži dajalca licence,
- licenca ne sme določati nobenih drugih vsebinskih pogojev, kot je na primer zahteva po uporabi določene tehnologije.

V vsakem primeru pa je patentna skupnost funkcionalna rešitev samo za velika podjetja, ki si lahko privoščijo pridobitev in vzdrževanje velikega števila patentov, težko pa se s tem ukvarjajo neprofesionalni mali programerji. Wiebe predlaga vzpostavitev kolektivnih organizacij za izvrševanje patentnih pravic na podoben način, kot to počnejo kolektivne organizacije avtorjev. Te organizacije bi lahko zbrale pravice številnih razvijalcev in jih podeljevale uporabnikom.⁶⁶ Za zdaj take

⁶⁴ Rosen, str. 307.

⁶⁵ Dostopno na: <http://www.w3.org/2004/02/05-patentsummary.html>.

⁶⁶ Wiebe v: Spindler, str. 264

kolektivne organizacije na področju patentov vsaj v pomembnejšem obsegu ne obstajajo, zanimiva pa je skupnostna pobuda Patent Commons, ki razvija sistem označevanja prostega programja, skupaj s podatkovno bazo, po kateri bo mogoče iskati. Ta baza bo imela dva namena. Po eni strani bo omogočila patentnim uradom preverjanje obstoječega stanja tehnike pri preizkušanju novosti programsko izvedenih izumov, za katere je vložena patentna prijava. S časovnim označevanjem nastanka določenega programja bodo razvijalci lahko dokazovali njegov zgodnejši obstoj in s tem legalnost uporabe implementiranega izuma. Po drugi strani bo projekt služil razvijalcem programja tudi kot spletna referenčna knjižnica, v kateri bodo zbrani podatki in dokumentacija o prosto uporabnih programskih patentih, licencah in pravnih rešitvah, ki omogočajo njihovo uporabo v prostoprogramski skupnosti. Projekt torej sam ni imetnik patentov ali podeljevalec licenc, začrtal pa naj bi meje skupnega patentiranega znanja (*The Commons*), ki ga lahko razvijalci in uporabniki programja uporabljajo v pravni gotovosti.⁶⁷

7.4. Patentna odprta vsebina na drugih področjih

Patenti v součinkovanju z avtorsko pravico omejujejo uporabnike računalniških programov in s tem ovirajo njihovo optimalno uporabo in razvoj. Patentno pravo pa doživlja kritike tudi na nekaterih drugih področjih, kjer se ne prekriva z avtorsko-pravnim varstvom in ne zadeva vsakdanje ustvarjalnosti posameznikov, najglasneje na primer na področju medicine in biotehnologije.⁶⁸ Predstavitev te problematike bi presegala okvire te knjige. Življenjska področja, na katerih se patentibilni izumi lahko pojavljajo in uporabljajo, so namreč zelo raznolika, zato je vsebina kritike, usmerjene zoper patentno varstvo, mnogo bolj kot pri avtorskih delih odvisna od posebnosti predmeta patentnega varstva. Utilitarni namen patentnega sistema ni sporen: s podeljevanjem začasnih izključnih pravic ljudi spodbujati k raziskovanju, odkrivanju in izumljanju novega znanja, kar naj pospeši tehnološki napredek in tako poveča blaginjo celotne družbe. Vsebinsko jedro večine kritik patentnega sistema na različnih področjih pa lahko strnemo v ugotovitvi, da utegne biti cena omejitev uporabe obstoječega znanja, ki jih povzroča patentno varstvo, višja od spodbude za ustvarjanje novega znanja. Na področju medicine to lahko pomeni, da patenti

⁶⁷ Spletna stran projekta: <http://www.patentcommons.org>.

⁶⁸ Širitev patentnega prava na področje biotehnologije zbujajo precej kritike tudi z etičnih vidikov, češ da je liberalni režim patentiranja genov razčlovečujoč, v nasprotju s človeškim dostojanstvom in verskimi načeli (prim. Joly, str. 6). Čeprav je ta razprava nedvomno lahko zanimiva, se ji bom tu v celoti izognil, saj tako zastavljenega temeljnega vprašanja o moralnosti patentnega varstva ni mogoče reševati z uporabo prostih licenc.

ovirajo razvoj novih zdravil ali da omejujejo uporabo že znanih patentiranih zdravil, kar ima lahko posledico, da ljudje zbolevajo in umirajo za boleznimi, ki bi jih lahko zlahka pozdravili.⁶⁹ Očitane pomanjkljivosti patentnega sistema enako kot pri avtorski pravici izvirajo iz izključnosti pravic, zato ne preseneča zamisel, da bi jih reševali na podoben način kot pri prostem programju, torej z vzpostavitvijo alternativnih raziskovalnih in razvojnih modelov, utemeljenih na pravni infrastrukturi prostih licenc. Uporaba novih pristopov se predlaga zlasti na področjih bioinformatike, genetskih podatkovnih baz in eksperimentalne (*wet-lab*) biologije, ki so v načinu raziskovanja najbolj podobna programiranju.⁷⁰

Projekt Tropical Disease Initiative⁷¹ skuša uporabiti pozitivne izkušnje kolaborativnih razvojnih modelov prostega programja za iskanje zdravil za tropske bolezni. Njegovi snovalci ugotavljajo, da je le okrog odstotek na novo razvitih zdravil namenjenih zdravljenju tropskih bolezni, razlog pa je, da farmacevtska podjetja takih zdravil v afriških državah ne morejo prodati dovolj, da bi z njimi pokrila stroške raziskav in razvoja. Komercialni model, utemeljen na patentiranju izumov, ne deluje v državah v razvoju, kjer si le malo bolnikov lahko privošči nakup dragih patentiranih zdravil. Predlaga se, da bi te težave reševal konzorcij, ki bi z uporabo prostih licenc omogočil skupnosti sodelovanje pri razvoju novih zdravil. Vsa odkritja bi namreč postala prosto dostopna raziskovalcem in proizvajalcem, s čimer bi bistveno znižali stroške raziskav in razvoja. Raziskovalci pa bi si sproti delili svoje izkušnje in odkritja prek posebne spletne strani v obliki forumov in klepetalnic.⁷²

Podobna pobuda, ki pa temelji na patentih in sklepanju licenčnih pogodb, ki preprečujejo prisvajanje temeljnega znanja, je projekt BiOS – *Biological Innovation for Open Society* oziroma *Biological Open Source*.⁷³ Namen projekta je napraviti javno dostopna nekatera biološka raziskovalna orodja in tehnike ter pritegniti prispevalce novih raziskovalnih orodij.⁷⁴ Tehnologija BiOS je dostopna vsakomur v katerikoli državi brez plačila licenčnine za uporabo pri raziskavah ali pri izdelovanju proizvodov, na podlagi licenčne pogodbe z elementi:

⁶⁹ Podrobneje o negativnih učinkih patentiranja na razvoj novih zdravil in njihovo dostopnost glej Boettinger/Burk, str. 221, Heller/Eisenberg, str. 698–699, Stiglitz, str. 1279–1280.

⁷⁰ Joly, str. 9–10.

⁷¹ Spletna stran projekta: <http://www.tropicaldisease.org>. Njegova ustanoviteljica Stephen Maurer in Andrej Šali sta bila po izboru revije Business 2.0 uvrščena na seznam najvplivnejših podjetnikov in inovatorjev v letu 2006.

⁷² Maurer/Rai/Šali, str. 180–181.

⁷³ Spletna stran projekta: <http://www.bios.net>.

⁷⁴ Boettinger/Burk, str. 221.

- vse pogodbe so neizključne;
- imetnik tehnologije, ki je na voljo za uporabo na podlagi pogodbe BiOS, ali imetnik izboljšave take tehnologije ne sme uveljavljati pravic intelektualne lastnine na tej tehnologiji ali izboljšavi proti nobeni drugi stranki, ki sledi določbam pogodbe BiOS;
- vsi pridobitelji licence se zavezujejo deliti izboljšave z drugimi in jih dati na voljo za uporabo, četudi so patentirane, vsem drugim pridobiteljem licence BiOS;
- udeleženci si delijo podatke o biološki varnosti in druge podatke, potrebne za izpolnjevanje zakonskih zahtev za uporabo v komercialnih proizvodih.

Nekoliko podoben je pristop mednarodnega vladno financiranega projekta HapMap,⁷⁵ ki gradi katalog običajnih genskih variacij pri ljudeh in skuša tako sestaviti mednarodni halotipni zemljevid človeških genov. Informacije v tej podatkovni bazi naj bi ostale javno dostopne, zato je prosto dostopna pod pogojem, da uporabniki privolijo, da bodo kakršenkoli patent, ki bi ga pridobili v zvezi z uporabo, ki je izvedena iz informacij iz podatkovne baze, licencirali pod pogoji, ki drugim dovoljujejo nadaljnjo uporabo informacij. K temu se zavežejo s pogodbo s klikom na spletni strani.⁷⁶

Pritrditi gre Jolyjevi ugotovitvi, da se izrazi *open source*, *open science* in podobni na področju biotehnologije uporabljajo kot oznaka za precej bolj heterogene metode, kot so značilne za prosto programje. Številni projekti se po pravni plati ne ujemajo v celoti z definicijo prostega ali odprtega programja, četudi razvoj prostega programja pogosto navajajo kot svoj zgled. Izraz se torej uporablja kot skupna oznaka za vrsto pristopov, ki skušajo z uporabo alternativnih licenčnih modelov spodbuditi širjenje raziskovalnih rezultatov in odprto znanstveno sodelovanje. Razlike so posledica dejstva, da so izumi na področju biotehnologije bolj raznoliki kot pri programju, ki je vedno netelesno in v trenutku razmnožljivo.⁷⁷ Poleg tega izumi ne uživajo samodejnega avtorskoprnega varstva, ki bi olajševalo enostavno standardizirano licenciranje. Vsem projektom pa je skupno, da skušajo po zgledu prostega programja z uporabo pravnih instrumentov odpraviti ovire, ki jih za njihovo raziskovalno in ustvarjalno delo lahko pomenijo izključne pravice, zlasti patenti. Osnovna zamisel torej ostaja enaka, ker je enako tudi jedro problema, njena izvedba pa je prilagojena predmetu in vrsti pravnega varstva.

⁷⁵ Spletna stran: <http://www.hapmap.org>.

⁷⁶ Boettinger/Burk, str. 222.

⁷⁷ Joly, str. 9–10.

7.5. Posebnosti prostega licenciranja patentov na splošno

7.5.1. Podelitev licence

Ker je licenca pravni instrument, ki je v prvi vrsti namenjen prenosu izkoriščanja pravic industrijske lastnine, možnost licenciranja patentov ni vprašljiva. OZ določa, da se z licenčno pogodbo dajalec licence zavezuje, da bo pridobitelju licence v celoti ali delno odstopil pravico izkoriščanja patentiranega izuma, tehničnega znanja in izkušenj, znamke, vzorca ali modela, pridobitelj pa se zavezuje, da mu bo za to dal določeno plačilo (704. člen OZ). Zakon torej predvideva podelitev licence na podlagi sklenjene odplačne pogodbe, pri čemer temeljna obligacijskopravna avtonomija strankam seveda omogoča tudi neodplačno podelitev licence ali menjavo licenc, do katere pride pri navzkrižnem licenciranju. Na klasičnem sklepanju licenčnih pogodb temeljita na primer projekta BiOS in Open Invention Network. Ni videti posebnih ovir, da ne bi mogla biti neodplačna licenčna pogodba za patent sklenjena v obliki ovojne pogodbe ali pogodbe s klikom (slednje uporabljaja na primer projekt HapMap in nekateri proizvodi prostega programja), seveda pod splošnimi pogoji veljavnosti takega načina sklepanja pogodb.⁷⁸

Patentna licenca se lahko podeli tudi enostransko, v obliki gole licence, ki pridobitelju podeljuje pravice, ne da bi kaj zahtevala v zameno. Taka licenca pridobitelja ne more zavezovati k aktivnemu ravnanju, katerega izpolnitev bi bilo mogoče od njega zahtevati s tožbo, temveč lahko licenca določa samo pogoje, pod katerimi je podeljene pravice dovoljeno izkoriščati, in na kršitev pogojev veže sankcijo v obliki prenehanja pravic. Uporabnik je torej v položaju, ko lahko bodisi sledi licenci bodisi krši patent, tretje možnosti pa ni. To velja ne glede na to, ali podelitev neizključne patentne licence učinkuje razpolagalno (in torej absolutno) ali pa le zavezovalno (torej relativno).⁷⁹ V prvem primeru dajalec licence odcepi del svoje pravice do uporabe patentiranega izuma (oziroma natančneje do preprečitve njegove uporabe določeni osebi) in jo podeli pridobitelju licence pod določenimi pogoji. V drugem primeru dajalec licence pridobitelju licence obljubi, da proti njemu ne bo uveljavljal svojih izključnih pravic iz patenta, če bo ta uporabljal patentirani izum pod v licenci določenimi pogoji. V vsakem primeru pridobitelj licence pridobi pravico zakonite rabe izuma na podlagi privolitve imetnika patenta v smislu 18. člena ZIL-1. Enostranska podelitev je zlasti aktualna pri licencah za prosto programje, ki

⁷⁸ Glej poglavje 2.4.1.

⁷⁹ Podrobneje o tem v teoriji spornem vprašanju v poglavju 4.1.4.

dovoljujejo uporabo patenta, a ne predvidevajo konkludentnega sprejema licence v obliki pogodbe s klikom, kot sta zlasti licenci GPL in MPL. Za podobno, a širšo prosto licenco gre tudi pri odločitvi podjetij IBM in Sun, da dovoljujeta splošno uporabo svojih patentov v prostem programju. Na enak način pa bi bilo mogoče dovoliti uporabo kateregakoli patentiranega izuma – zdi se, da tako rešitev predvideva projekt Tropical Disease Initiative.

Enostranska podelitev patentne licence se razlikuje od nekdanje licence z izjavo. Prejšnji ZIL je namreč v 112. členu omogočal prijavitelju patenta, da je hkrati s patentno prijavo dostavil uradu tudi nepreklicno pisno izjavo, da za ustrezno plačilo dovoli vsaki zainteresirani osebi uporabo izuma s pogodbo o neizključni licenci. Zakon je prijavitelje k temu spodbujal z oprostitvijo plačila pristojbin za vzdrževanje veljavnosti patenta za največ pet let. Pri tem je šlo za institut javno ponujene licence, ki pomeni predvsem poenostavitev postopka sklepanja licenčnih pogodb, zlasti za izumitelje posameznike, in sočasno tudi spodbudo za udejanjanje ciljnosti patentnega sistema. Z izjavo torej še ni podeljena pravica do uporabe izuma, temveč je dana samo ponudba neomejenemu krogu naslovnikov za sklenitev (odplačne) licenčne pogodbe na podlagi predlagane licence.⁸⁰

Prosto licenciranje patentov (zlasti tistih, ki ne zadevajo računalniškega programa), pa prinaša s seboj povsem tehnično vprašanje, kako sploh podeliti licenco. Ker ne moremo govoriti o primerku izuma (kvečjemu o izdelku, ki implementira patentirani izum ali je izdelan s patentiranim postopkom), namreč ni jasno, kje bi licenčno besedilo moralo biti napisano, da bi bilo dostopno vsakemu eventualnemu uporabniku. Narava izkoriščanja pravic industrijske lastnine se bistveno razlikuje od izkoriščanja pravic avtorskega prava. Vsa ravnanja, ki so kot izključna upravičenja pridržana imetniku avtorske pravice, predpostavljajo dostop do izvirnika oziroma primerkov avtorskega dela; izključne pravice se torej nanašajo samo na dejanja, ki izvirajo iz stika z avtorskopravno varovanim delom (in temu je lahko priložena licenca). Neodvisna stvaritev, ki ni izvedena iz izvirnega izraza nekoga drugega, ne krši avtorske pravice, če je resnično neodvisna. Sveženj izključnih upravičenj, ki izvirajo iz patenta, pa je precej drugačen in sestavlja drugačno konfiguracijo za virusno licenciranje. Patenti pokrivajo tudi dejavnosti, katerih akter se niti ne zaveda patenta in licenčnih pogojev, pod katerimi je ta na voljo. Zaradi tega ni vedno mogoča uporaba etiketnega licenciranja (*label licensing*), pri katerem licenca spremlja predmet, na katerega se nanaša. Taka praksa je značilna za računalniško programje, ker je patentiran programski izum najenostavneje izkoriščati s preprostim kopiranjem izvorne kode, v kateri je implementiran. Podoben pristop je bil

⁸⁰ Prim. Puharič/Krisper Kramberger/Ude/Zabel, str. 215–217.

uporabljen za patentirane nove vrste rastlin, pri katerih se licenca preprosto priloži vrečkam semena,⁸¹ in pri univerzitetnih dogovorih o prenosu biološkega gradiva, ki je podobno računalniški kodi po tem, da je za uporabo patentiranih izumov pogosto potreben dostop do začetnega biološkega gradiva, ki ga je težko neodvisno poustvariti. Licenčni pogoji za meduniverzitetni prenos tovrstnega gradiva pogosto prepovedujejo komercializacijo izboljšav.⁸²

Pri drugih vrstah izumov, pri katerih ni potrebe po uporabi izvirnega gradiva, ki ga je ustvaril imetnik pravic, pa neodvisni razvijalec ni v položaju, ko bi lahko z izkoriščanjem izuma »sprožil«⁸³ podelitev licence oziroma se seznanil z njeno vsebino. Če ni primerkov dela, uporaba licenc *shrink-wrap* ali *click-wrap* odpade, saj ni niti posrednega stika med dajalcem in pridobiteljem licence. Do sklenitve ustrezne licenčne pogodbe lahko pride samo tako, da se zainteresirani uporabnik obrne na imetnika patenta, lahko tudi prek njegove spletne strani, kot predvideva projekt HapMap, ne pa samodejno, zgolj z uporabo patentiranega izuma. Drugačen pa je položaj, če se licenca podeli enostransko in ne vsebuje obveznosti, ki bi zahtevale pogodbeno podlago. Imetnik patenta preprosto razglasi, da vsakomur dovoljuje njegovo izkoriščanje pod določenimi licenčnimi pogoji, kot so storili Raph Levien in po njegovem zgledu še IBM in Sun. Taka enostranska izjava učinkuje takoj in proti vsakomur, kar ustreza namenu prostega licenciranja, da ne omejuje, temveč spodbuja čim širšo uporabo odprte vsebine pod določenimi pogoji.

7.5.2. Recipročnost

Vsi omenjeni primeri prostega licenciranja patentov, ne glede na to, ali temeljijo na pogodbi ali ne, zahtevajo od pridobitelja licence recipročno prosto licenciranje patentnih izboljšav; določajo torej svojevrsten učinek *copyleft*.⁸³ To je razumljivo – permissivna licenca za patente ne bi bila smiselna, ker je enak učinek (pravno povsem neomejeno uporabo izuma) mogoče preprosteje doseči tako, da se patentna prijava sploh ne vloži. Zgolj za zagotovitev prostosti uporabe patentibilnega novega znanja zadošča njegova sprotne objava v strokovnih publikacijah ali v javni podatkovni bazi, kot jo vodi na primer projekt Patent Commons, kar povzroči,

⁸¹ Glej Aoki, K., *Weeds, Seeds & Deeds: Recent Skirmishes in the Seeds War*. Cardozo J. Int'l & Comparative Law, zv. 11, 2003, str. 247–331.

⁸² Boettinger/Burk, str. 225–226.

⁸³ Uporaba izraza *copyleft* na patentnem področju glede na izvor in dobesečni pomen pravzaprav ni najbolj primerna, saj patenti ne zadevajo pravice razmnoževanja, vendar se je v praksi vseeno uveljavil zaradi preproste analogije z avtorskopравnimi prostimi licencami in enakega namena, ki mu tovrstne določbe sledijo na obeh področjih.

da novo znanje postane del obstoječega stanja tehnike, in prepreči njegovo patentiranje tretjim osebam. Namen določbe *copyleft* pa je, da se prostost uporabe določenega gradiva ne le ohrani, temveč tudi prenese na vse na njegovi podlagi ustvarjene rezultate. Derivati avtorskih del so njihove predelave, primerljivi derivati patentiranih izumov pa so njihove patentibilne izboljšave. Izboljšava patentiranega izuma, ki izpolnjuje pogoje novosti, industrijske uporabljivosti in izumiteljske ravni, je tudi sama lahko predmet patenta, in sicer neodvisno od patenta na prvotnem izumu. Četudi je prvotni izum prosto licenciran, torej še ni zagotovljena njegova prosta uporaba tudi v izboljšani obliki, če ni hkrati prosto licencirana tudi patentirana izboljšava izuma. Recipročne proste licence pa zahtevajo natanko takšno licenciranje tudi za izboljšave.

Vprašanje je, kako izpeljati načelo *copyleft* tudi na patentnem področju. Pri prostih licencah za računalniško programje je učinek vezan na kombinacijo avtorskopравnih in patentnih upravičenj: avtorskopравno dovoljenje za predelovanje, razmnoževanje in distribucijo programja je podeljeno s pogojem, da mora biti predelano programje v celoti prosto licencirano, torej tako po avtorski kot patentni plati. V nasprotnem primeru je prekršena avtorska pravica. Podoben učinek pa je mogoče doseči tudi na čistem patentnem področju. Čeprav se patent na izboljšavi lahko pridobi brez soglasja imetnika temeljnega patenta, se izboljšava brez njegovega soglasja ne sme izkoriščati. Vsaka implementacija izboljšanega izuma namreč nujno krši tudi patentne zahtevke iz temeljnega patenta (brez tega ne bi šlo za izboljšavo, temveč za samostojen izum). Patenta se vzajemno izključujeta, kolikor se njuni zahtevki prekrivajo. Prvotni patent preprečuje poznejšemu inovatorju uporabo njegove izboljšave, poznejši patent pa preprečuje imetniku temeljnega patenta uporabo svojega izuma v izboljšani obliki. Če ni dosežen dogovor o navzkrižnem licenciranju, noben imetnik patenta ni upravičen do izkoriščanja izboljšave.⁸⁴ S prosto licenco lahko imetnik patenta vnaprej dovoli njegovo izkoriščanje tudi v izboljšani obliki,⁸⁵ pod pogojem, da morajo biti tudi patentirane izboljšave na voljo vsakomur pod enako prosto licenco.

Za izboljšave, ki jih lahko zajema določba *copyleft*, se štejejo tisti izumi, ki padejo v doseg patentnih zahtevkov prvotnega patenta neposredno ali posredno. Obseg patentnega varstva je odvisen od izrecnega besedila patentnih zahtevkov in od ekvivalentov. Po doktrini ekvivalentnosti so namreč variacije zaščitene izuma, ki vključujejo znane ali očitne substitute elementov varovanega izuma, prav tako

⁸⁴ Prim. Boettinger/Burk, str. 227.

⁸⁵ To ne velja za vse recipročne proste licence. MPL na primer podeljuje patentno licenco samo za implementacijo izuma v nespremenjeni izvorni kodi.

zajete v obseg patenta, četudi niso izrecno omenjene v patentnih zahtevkih. *Copyleft* v tem primeru ne preprečuje patentiranja takih izboljšav, lahko ga celo spodbuja, zahteva pa, da je tudi novi patent na izboljšavi prosto licenciran. To pa ne pomeni, da prosta licenca zahteva patentiranje izboljšav licenciranih izumov. Ker patentno varstvo ne učinkuje samodejno, tako kot avtorskopravno, bi taka zahteva morala temeljiti na pogodbi. Prosta licenca zato določa samo, da mora v primeru, ko se odloči za patentiranje take izboljšave, imetnik patenta dovoliti njeno uporabo pod enakimi licenčnimi pogoji. Imetnika novega patenta k prostemu licenciranju sicer ni mogoče prisiliti, mogoče pa mu je preprečiti gospodarsko izkoriščanje njegove izboljšave, če tega ni pripravljen storiti. »Sankcija« za kršitev pogoja *copyleft* je torej odsotnost dovoljenja imetnika temeljnega patenta za njegovo uporabo v izboljšani obliki.⁸⁶

Doseg recipročnosti zahteve je lahko različen, vendar se praviloma ujema z obsegom licence. Proste licence za računalniško programje (na primer GPL) navadno podeljujejo patentne pravice samo za implementacijo izuma v določenem programju, zato zahtevajo prosto licenciranje patentne izboljšave le za isti programski proizvod, in ne na splošno. Širše podelitve patentnih pravic, na primer za implementacijo programskega izuma v kateremkoli prostem programju, temu ustrezno zahtevajo, da je tudi izboljšava prosto licencirana za uporabo v kateremkoli prostem programju. Boettingerjeva in Burk menita, da bi bilo morda smiselno pri dosegu določbe *copyleft* razlikovati med izboljšavo temeljnega izuma in tehnologijo, ki aplicira izum. Za doseg mrežnih učinkov sodelovanja mnogih raziskovalcev pri razvoju tehnologije morajo biti izboljšave temeljnega znanja dostopne vsem. K sodelovanju v odprtem raziskovalnem procesu pa naj bi pridobitelji licence spodbujala možnost lastniškega izkoriščanja tehnologije na aplikacijski ravni.⁸⁷

Teorija se sprašuje, ali bi taka prostih licenc za doseg učinka *copyleft* na področju patentnega prava lahko pomenila zlorabo oziroma poskus obida namena patentnega prava, da zagotavlja ekonomsko spodbudo za inovacije. Vendar prevladuje stališče, da gre za dopustno različico že uveljavljenih *reach-through* licenčnih dogovorov, ki dajejo imetniku licenciranega temeljnega patenta določene pravice tudi na njegovih izboljšavah. *Copyleft* pomeni nekakšno navzkrižno licenciranje, uporabljeno kot orodje za zagotavljanje dostopa do patentiranega znanja, kar odpravlja »zapiralni« učinek patentov. Najpomembnejši cilj patentnega sistema je čim hitrejši prenos novega znanja in tehnologij v javno domeno in temu cilju služi tudi spodbujanje inoviranja s podeljevanjem začasnih monopolov. V zameno

⁸⁶ Boettinger/Burk, str. 228.

⁸⁷ Prav tam, str. 227.

za podelitev patenta mora izumitelj razkriti javnosti zadostne informacije o izumu, da ga lahko uporabi strokovnjak s področja, na katero se predmet izuma nanaša (drugi odstavek 87. člena ZIL-1); ta informacija je del patentne prijave in je ob podelitvi patenta objavljena. Glede na to lahko rečemo, da imata odprta vsebina in patentno pravo v nekem delu skupen namen: zagotoviti razkritje znanja. Seveda pa patent preprečuje splošno uporabo tako dostopnih informacij, medtem ko za odprto vsebino to ne velja. Proste licence ne zagotavljajo samo prenosa novega znanja v javnost, temveč omogočajo tudi njegovo takojšnjo javno uporabo, zato z vidika ciljev patentnega sistema njihova veljavnost ne more biti sporna. Problematične bi bile kvečjemu licence, ki bi zahtevale prosto licenciranje za obdobje, daljše od trajanja pravic intelektualne lastnine, na katerih temeljijo. Po izteku temeljnega patenta se nadzor njegovega imetnika nad izumom izčrpa, zato je njegove izboljšave od tedaj naprej mogoče izkoriščati tudi lastniško.⁸⁸

7.5.3. Druga patentna vprašanja

a) Omejitev pravic iz patenta

ZIL-1 v 19. členu določa več omejitev izključnih pravic imetnika patenta, ki izhajajo iz ciljnosti patentnega sistema oziroma iz načela *de minimis*.⁸⁹ Pravice iz patenta se ne nanašajo na: dejanja, storjena zasebno in za negospodarske namene; raziskave in poizkuse, ki se nanašajo na predmet patenta; neposredno posamično pripravo zdravila v lekarni; uporabo predmeta patentiranega izuma na ladjah, zračnih plovilih ali kopenskih vozilih drugih držav pod določenimi pogoji. Navedenih uporab patentiranega izuma imetnik patenta ne more preprečiti, tudi če se sicer prekrivajo z njegovimi patentnimi zahtevki. Posledica je, da za izvrševanje teh dejanj tudi ne more določati licenčnih pogojev, zato je v navedenih primerih prosta patentna licenca brez učinka. Uporabnika neposredno zavezujejo zakonski pogoji proste uporabe patentiranega izuma, ki pa so dovolj restriktivni, da ne omogočajo proprietarizacije patentne odprte vsebine. Izboljšavo patentiranega izuma je na primer mogoče brez dovoljenja imetnika patenta uporabljati samo zasebno, ni pa je mogoče licencirati za uporabo drugim. Treba pa je opozoriti, da v primeru računalniškega programja lahko avtorska pravica omejuje izkoriščanje nekaterih od navedenih patentnih izjem. Pravica do zasebne uporabe izuma za negospodarske namene na primer ne daje pravice do neomejenega razmnoževanja programske

⁸⁸ Boettinger/Burk, str. 224–225, 228, 231; Feldman, str. 167.

⁸⁹ Puharič, *Komentar ZIL-1*, str. 104; podrobneje glej Krašer, str. 811–818.

kode, s katero je implementiran ta izum, temveč je za to treba pridobiti še avtorskoppravno licenco.

b) Poprejšnja uporaba

ZIL-1 v 20. členu določa, da izključne pravice iz patenta nimajo pravnega učinka zoper osebo, ki je v dobri veri uporabljala izum ali se pripravljala za njegovo uporabo pred datumom prijave zadevnega patenta ali datumom prednostne pravice. Taka oseba zadrži pravico uporabljati izum na podlagi zakona, zato patentna prosta licenca imetnika patenta ne zavezuje, nima pa pravice dajati licence ali drugače razpolagati z izumom, kar pomeni, da ne more z določitvijo restriktivnih licenčnih pogojev omejiti prostosti patentne odprte vsebine.

c) Izčrpanje pravic

Pravice iz patenta, ki se nanaša na določeni proizvod, se praviloma izčrpajo, ko imetnik ta proizvod da na trg v Sloveniji ali ko se to zgodi z njegovim izrecnim soglasjem (21. člen ZIL-1). Tako izrecno soglasje je tudi prosta patentna licenca, zato po tem, ko je patentirani proizvod dan v promet, dajalec licence ne more več pogojevati njegove uporabe. S proizvodom je mogoče poljubno razpolagati, ga prodajati, ponujati v prodajo ali uporabljati ne glede na to, ali se imetnik patenta s tem strinja ali ne. Vendar se to nanaša samo na konkreten proizvod kot stvar, ne pa na izkoriščanje patenta kot absolutne pravice.⁹⁰ S to imetnik proizvoda ne more razpolagati ali je omejiti, kar pomeni, da imetnik patenta še vedno lahko prepreči tretjim osebam, da izdelujejo, uporabljajo, ponujajo v prodajo, prodajajo ali v te namene uvažajo nove proizvode, ki so predmet patenta ali so bili izdelani s patentiranim postopkom, oziroma lahko z licenco podeljuje pravico do teh ravnanj. Izčrpanje patentnih pravic zato ne pride v konflikt z zahtevami patentnih prostih licenc.

d) Prisilna licenca

Prisilna licenca je urejena v desetem poglavju ZIL-1 in pomeni pooblastilo sodišču, da v določenih primerih odloči, da se tudi brez soglasja imetnika patenta dovoli tretji osebi ali Vladi Republike Slovenije izkoriščanje izuma. Če je prisilna licenca podeljena, se upravičenje do izkoriščanja patentiranega izuma ravna po njej, in ne po določbah proste licence. Odločilno vprašanje je torej, kdaj je mogoče zahtevati prisilno licenco v zvezi s prosto licenciranim izumom. Zakon jo predvideva v dveh primerih: če to zahteva javni interes, zlasti v zvezi z državno varnostjo, prehrano, zdravstvom ipd., ali če imetnik patenta ali imetnik licence

⁹⁰ Kraßer, str. 819.

zlorablja pravice iz patenta, zlasti tako, da nedopustno omejuje konkurenco (prvi odstavek 125. člena ZIL-1). V obeh primerih pa se prisilna licenca podeli samo, če vložnik zahteve za pridobitev prisilne licence dokaže, da si je prizadeval skleniti licenčno pogodbo z imetnikom patenta pod razumnimi poslovnimi pogoji in da ta prizadevanja v razumnem obdobju niso bila uspešna, razen v primerih, ko je razglašeno vojno stanje ali izredne razmere (tretji in četrti odstavek istega člena). Iz teh določb je razvidno, da je institut prisilne licence namenjen uporabi predvsem v položaju, ko imetnik patenta neupravičeno preprečuje uporabo patentiranega izuma in zanj sploh noče dati dovoljenja.⁹¹ Prosta licenca pa uporabe patentiranega izuma ne preprečuje, temveč jo ravno nasprotno dovoljuje vsakomur pod enakimi pogoji. Zaradi tega prisilna licenca, ki bi izničila določila proste licence, na področju patentne odprte vsebine praviloma ne pride v poštev.

Prisilna licenca se lahko pod navedenimi pogoji podeli tudi v korist imetnika patenta na izboljšavi prejšnjega patentiranega izuma – če kakšnega patenta ni mogoče izkoriščati, ne da bi se poseglo v neki drug patent, in izum, ki je predmet drugega patenta, vsebuje tehnični napredek znatnega gospodarskega pomena glede na izum, ki je predmet prvega patenta (drugi odstavek 126. člena ZIL-1). Mogoč je položaj, ko je temeljni patent recipročno prosto licenciran, imetnik patenta na izboljšavi izuma pa želi svojo pravico izkoriščati komercialno, tako da bi dovoljeval izkoriščanje patenta za plačilo licenčnine, zato mu ponujena prosta licenca z določbo *copyleft* ne ustreza. Ali lahko torej v takem primeru za nadomestilo pridobi prisilno licenco na temeljnem patentu, češ da njegov imetnik nerazumno odklanja podelitev klasične komercialne licence? Menim, da je odgovor tudi v tem primeru nikalen. Namen instituta prisilne licence je v tem, da prepreči zlorabo patentnega prava, ki bi se kazala v preprečevanju uporabe novih izumov in s tem oviranju tehničnega napredka. Podelitev patentne proste licence pa ne pomeni take zlorabe pravic iz patenta, saj ne omejuje konkurence, temveč ravno nasprotno omogoča uporabo izuma vsakomur. Prisilne licence pa ni mogoče uporabiti zgolj za doseg licenčnih pogojev, ki bi bili pisani na kožo določeni zainteresirani osebi. Določba *copyleft* je podobna določbi prisilne licence, ki daje imetniku prvega patenta obratno licenco za uporabo izuma, ki je predmet drugega patenta (točka b drugega odstavka 126. člena ZIL-1) – le da *copyleft* zahteva, da je obratna licenca podeljena vsakomur, ne le imetniku prvega patenta. Z uporabo instituta prisilne licence se torej ni mogoče izogniti dosegu določbe *copyleft*.

⁹¹ Prim. Janjić, str. 67–68.

e) *Pridobitev in vzdrževanje patentov*

Nazadnje pogledajmo še tisto, kar časovno pride najprej, torej pridobitev patenta. Pravice industrijske lastnine se ne pridobijo samodejno na podlagi zakona, tako kot avtorska pravica, temveč sta zanje potrebna prijava pri uradu za varstvo industrijske lastnine in plačevanje pristojbin za vzdrževanje teh pravic. Glede vložitve patentne prijave, njene objave in podelitve patenta ni na področju odprte vsebine nobenih posebnosti. Do prostega licenciranja namreč lahko pride šele tedaj, ko je bil patent že podeljen, kar velja tudi v primeru patentiranja izboljšav na temeljnem patentu, za katerega je že bila podeljena recipročna prosta licenca. Pogoji za pridobitev pravic industrijske lastnine je plačilo pristojbine, prav tako je treba pristojbine plačevati za vzdrževanje veljavnosti teh pravic (9. člen ZIL-1). Za strokovno pripravo patentne prijave je pogosto treba angažirati patentnega zastopnika, če pride do vložitve ničnostne tožbe, pa imetnik patenta vsaj prehodno nosi še svoje pravdne stroške. Tudi uveljavljanje patenta proti kršiteljem je lahko drago in dolgotrajno, sploh če je doseg patenta nejasen, nasprotna stranka pa je tudi sama imetnik nekaterih podobnih pravic. S pridobitvijo in imetništvom patentov so torej lahko povezani precejšnji stroški, zaradi tega so patenti dostopni predvsem velikim družbam, manj pa malim izumiteljem, zlasti če se patent nato prosto licencira, kar pomeni, da nastalih stroškov ne bo mogoče pokriti s prejeto licenčnino.⁹² To je ekonomski razlog, ki bo bolj kot pravni razlogi vplival na to, da prosto licenciranje patentov najbrž nikoli ne bo tako razširjeno kot prosto licenciranje avtorskih del. Za pridobitev patenta mora obstajati še dodaten interes, ki pretehta z njim povezane stroške. Za velike družbe se tak interes kaže v krepitvi strateškega položaja pri pogajanju o navzkrižnih licencah in obrambi pred patentnimi tožbami, prosto licenciranje pa je le dodaten način uporabe iz drugih razlogov pridobljenih patentov, zlasti ker jih je mogoče tudi dvojno licencirati. Pridobivanje patentov zgolj z namenom njihovega prostega licenciranja pa bo najbrž vedno ostalo precej omejen pojav.⁹³

7.6. Druge pravice intelektualne lastnine

Z vidika odprte vsebine vsaka izključna pravica na nematerialni dobrini lahko pomeni omejitev svoboščin uporabnikov in korak k zaprti, lastniški vsebini. Zato bo (zgolj pregledno) prikazano, kako se s prostimi licencami ujemajo druge pravice industrijske lastnine.

⁹² Joly, str. 4–5.

⁹³ To ne pomeni, da bo tudi število prosto licenciranih patentov nizko, saj imajo omenjene korporacije, ki se odločajo za prosto licenciranje svojih celotnih patentnih portfeljev, tisoče patentov.

7.6.1. Znamka

Znamka je v OZ omenjena med možnimi predmeti licenčne pogodbe. Kot znamka se sme registrirati kakršenkoli znak ali kakršnakoli kombinacija znakov, ki omogočajo razlikovanje blaga ali storitev enega podjetja od blaga ali storitev drugega podjetja in jih je mogoče grafično prikazati (42. člen ZIL-1). Prosto licenciranje znamke pod tipičnimi pogoji proste licence ne pride v poštev. Če bi znamko lahko vsakdo uporabljal, bi namreč izgubila svojo razlikovalno naravo in s tem svojo gospodarsko vlogo. To bi bila lahko podlaga tožbi za izbris znamke iz registra iz razloga, ker je zaradi dejanj ali dopustitve imetnika postala znamka običajno ime v trgovini za blago ali storitve, za katere je registrirana. Poleg tega mora imetnik znamke ohraniti nadzor nad kakovostjo blaga, ki nosi njegovo znamko, tudi kadar uporabo znamke z licenco dovoli drugim. Tega pa dajalec proste licence ne more početi, saj je za ustrezen nadzor potrebna izrecna pogodbeno podlaga (prim. 716. člen OZ).⁹⁴

Z vidika odprte vsebine nemožnost prostega licenciranja znamke ni problematična. Znamka namreč ne ščiti vsebine, temveč samo njeno oznako, zato je z registrirano znamko lahko označena tudi odprta vsebina. Pri promociji in trženju prostega programja imajo znamke enak ločevalni pomen kot na področju lastniškega programja. Uporabniki proizvode izberejo glede na blagovno znamko, ki jo poznajo in jim pomeni nekakšno zagotovilo kakovosti. Blagovna znamka je lahko pomembno premoženje projekta odprte vsebine, zato nobena prosta licenca ne podeljuje pravic do proste uporabe znamke, nekatere pa podelitev pravic iz znamke celo izrecno izključujejo.⁹⁵ Kot blagovna znamka, katere imetnik je Torvalds, je varovana tudi oznaka Linux, vendar imetnik znamke vsem, ki uporabljajo to oznako za označevanje svojih proizvodov ali storitev z Linuxovim jedrom (na primer kot del svoje znamke), omogoča pridobitev neodplačne in trajne licence za uporabo znamke Linux.⁹⁶ V tem pogledu je uporaba znamke nekoliko podobna kolektivni znamki. Zaščitena sta tudi blagovna znamka in logo gibanja Creative Commons.

⁹⁴ Rosen, str. 38; prim. Janjić, str. 136–137.

⁹⁵ Rosen, str. 93. Licenca Apache na primer v 6. členu izrecno določa, da ne podeljuje dovoljenja za uporabo blagovnih znamk, imen, storitvenih znamk ali imen izdelkov dajalca licence, razen kolikor je to razumno potrebno in običajno za opis izvora dela in reprodukcijo datoteke NOTICE. Pridobitelji licence torej ne smejo povezovati blagovnih znamk in imena prvotnega dajalca licence s svojimi derivativnimi deli ali svojo distribucijo originalnega dela, razen kolikor je to potrebno zaradi obveščanja o izvoru dela. Licenca MPL pa pri podelitvi licence v točkah 2.1(a) in 2.2(a) izrecno izloča blagovno znamko iz obsega licenciranih pravic. Tako varovanje blagovnih znamk seveda ni posebnost licenc prostega programja, pomembno je tudi za proizvajalce lastniškega programja.

⁹⁶ Rosen, str. 38. Spletna stran: <http://www.linuxfoundation.org/programs/legal/trademark>.

Tu ne gre za znamko proizvajalca ali ime proizvoda, temveč za znamko neprofitne organizacije CC, ki jo je dovoljeno uporabljati tudi za označevanje uradno odobrenih licenc CC in z njimi licencirane vsebine. Znamka označuje samo pravni status take odprte vsebine, kar pa ne pomeni, da je tudi sama prosto licencirana. Z znamko *OSI Certified* pa je dovoljeno označevati prosto programje, katerega licenca je uradno odobrena kot skladna z definicijo odprtega programja OSI.

7.6.2. Model

Tudi model se v OZ omenja med možnimi predmeti licence. Model se registrira za videz izdelka, ki je nov in ima individualno naravo (prvi odstavek 33. člena ZIL-1). Teoretično je prosto licenciranje modela mogoče – z njim bi se doseglo, da je značilni videz izdelka pridržan samo za uporabo v sferi odprte vsebine, ne smejo pa biti enakega videza tudi lastniški izdelki.⁹⁷ Primer računalniškega proizvajalca Apple dokazuje, da je včasih lahko prav videz izdelka odločilni dejavnik pri njegovem prodoru na trg ali ohranjanju visoke tržne vrednosti v primerjavi s konkurenti. Vendar varovanje videza izdelka z izključno pravico modela na področju računalniškega programja ne pride v poštev, saj so računalniški programi izrecno izključeni iz pojma izdelka v smislu možnega predmeta modela (tretji odstavek 33. člena ZIL-1). Na področju proizvodnje fizičnih izdelkov pa potrebe po prostem licenciranju za zdaj ni zaznati. V vsakem primeru je mogoče preprečiti, da bi si proizvajalec prilastil videz izdelka in ga zaščitil z modelom, preprosto tako, da se videz izdelka čim prej objavi. Novost je namreč eden od pogojev za podelitev modela, videz izdelka pa ni nov, če je bil pred vložitvijo prijave modela na kakršenkoli način dostopen javnosti. Ni pa rečeno, da prosto licenciranje modela nikoli ne bo aktualno. Mogoče si je zamisliti, da bi projekt odprte vsebine zasnoval nov videz izdelka, ga zavaroval z modelom (to sicer predpostavlja, da je videz zasnovan v tajnosti, kar za odprte projekte ni značilno) in ga nato prosto licenciral za uporabo pri strojni opremi, na kateri je prednaloženo ali vgrajeno prosto programje.

7.6.3. Poslovna skrivnost

OZ določa, da se lahko z licenčno pogodbo odstopi tudi pravica izkoriščanja tehničnega znanja in izkušenj (*know-how*), ki pa morajo biti za licenciranje vsaj posredno pravno varovani z institutom poslovne skrivnosti. Ker je pogoj za obstoj takega pravnega varstva ohranjanje tajnosti znanja in izkušenj, njihovo prosto licenciranje ne pride v poštev, saj je tajnost v popolnem nasprotju z idejo odprte

⁹⁷ Vprašanje pa je, ali je mogoče tudi za model izpeljati ekvivalent načela *copyleft*.

vsebine. Prosta licenca ne zahteva ohranjanja skrivnosti svojega predmeta (za tako obveznost bi bila poleg tega potrebna sklenitev kompleksnejše pogodbe), temveč vsakomur dovoljuje, da se z njim seznani in ga uporablja. Zato znanje in izkušnje, ki niso varovani z absolutno pravico prava intelektualne lastnine, ne morejo biti predmet proste licence.

7.6.4. Geografska označba

Geografska označba pomeni oznako, ki označuje, da blago izvira z določenega ozemlja, območja ali kraja na tem ozemlju, če je kakovost, sloves ali kakšna druga značilnost tega blaga bistveno odvisna od njegovega geografskega porekla (55. člen ZIL-1). Ta pravica je po svoje podobna odprti vsebini, saj jo lahko uporabljajo vsi, ki izpolnjujejo pogoje, le da ti pogoji pri odprti vsebini niso geografske narave. Geografska označba ne more biti predmet licence, saj je ta pravica neprenosljiva. Gre za kolektivno pravico, ki jo lahko izkoriščajo vsi, ki na določenem ozemlju proizvajajo blago v skladu s predpisano specifikacijo – zunaj tega območja pa pravice do uporabe označbe ni mogoče prenesti z licenco. Prosto licenciranje geografske označbe torej ni mogoče, prav tako pa geografska označba ni problematična z vidika omejevanja prostosti odprte vsebine, saj varuje le oznako blaga, ne pa njegove vsebine.

8.

Uveljavljanje prostih licenc proti kršiteljem

Prosta licenca zagotavlja pravno podlago za ustvarjanje in uporabo odprte vsebine. Da pa odprta vsebina res ostaja prosta za vse uporabnike, mora biti mogoče tudi učinkovito pravno uveljavljanje prostih licenc proti kršiteljem.

8.1. Kršitve prostih licenc

Spoštovanje preprostih permisivnih licenc je precej preprosto. Poglavitni kršitvi, do katerih lahko pride, sta opustitev navedbe avtorja ali licenčnih pogojev v distribuiranih primerkih dela. Če se delo distribuira v spremenjeni obliki, je potrebna le navedba prvotnega avtorja. Kljub temu tovrstne kršitve niso redke. Najznačilnejša je, kadar je slikovno gradivo objavljeno na spletnih straneh in označeno z licenco CC, druge spletne strani ali celo tiskani mediji in njihova spletišča pa tako dostopne slike reproducirajo brez kakršnihkoli navedb o avtorstvu ali licenci. Spletne strani časopisov, na katerih se pojavlja tako prevzeto gradivo, pogosto vsebujejo celo pravno obvestilo, da je vse objavljeno gradivo avtorsko varovano, last časopisa in je njegova uporaba prepovedana. V takem primeru gre pravzaprav za klasičen plagiat, torej prisvajanje avtorstva tujega avtorskega dela, gospodarski pomen katerega pa je resda pogosto minimalen.

Pri recipročnih licencah je potencialnih kršitev več, odvisne so od kompleksnosti licence. Pri računalniškem programju se lahko zgodi, da je del licencirane programske kode v nasprotju z licenco vključen v lastniško programje ali programje pod nezdružljivo prosto licenco, do česar lahko pride tudi nenamenoma. Prosta licenca je kršena tudi, če distributer ne zagotovi dostopa do izvirne kode programa na enega od predpisanih načinov. Pri licenci za programsko dokumentacijo, kot je FDL, so lahko kršene tudi določbe licence o ohranjanju nespremenljivih odsekov besedila, obveznih sestavinah naslovnice, izvorni obliki dela ipd., zlasti ker so nekatere od teh obveznosti odvisne od števila distribuiranih izvodov in začnejo učinkovati šele, ko obseg distribucije preseže določen količinski prag.

Kršitve patentnih prostih licenc niso take, ki bi neposredno ogrozile prostost uporabe samega patenta. Za uporabo patenta namreč praviloma ni potreben dostop do izdelka, ki ga implementira. Vseeno pa gre za kršitev patenta, če se uporablja na način, ki ga patentna licenca ne dopušča. Na primer če se prosto licencirani patent implementira v lastniškem programu, prodajanje tega programa krši patent. Kadar so avtorskopravne in patentne pravice podeljene z isto licenco, na primer MPL, lahko kršitev patenta povzroči tudi ravnanje, ki bi bilo sicer skladno s patentno licenco, če je celotna prosta licenca pred tem prenehala veljati, ker je pridobitelj prekršil njena avtorskopravna določila. Opustitev navedbe avtorja programa torej lahko povzroči, da prodaja tega programa ne krši samo avtorske pravice, temveč tudi patent. Čista patentna licenca z določbo *copyleft* pa je lahko prekršena, če nekdo izkorišča patentirani temeljni izum in hkrati zahteva plačilo licenčnine za uporabo svoje patentirane izboljšave tega izuma. Kršitev patenta lahko pomenijo samo tista ravnanja, ki so zajeta z zahtevki iz patentne prijave, zlasti izdelovanje, uporaba, ponujanje v prodajo, prodaja ali v te namene uvažanje patentiranega proizvoda.

8.2. Neformalno uveljavljanje

Tožbe zaradi nespoštovanja prostih licenc so redke, ker je ugotovljene kršitve v večini primerov mogoče odpraviti po neformalni poti in zagotoviti spoštovanje svoboščin odprte vsebine brez sodnih postopkov. Predstavniki FSF poudarjajo, da jim licence GPL dolgo ni bilo treba uveljavljati pred sodiščem, ker so se z njenimi kršitelji vedno zunajsodno poravnali o odpravi nepravilnosti. To dejstvo ni izraz šibkosti proste licence, temveč njene učinkovitosti, saj si je noben kršitelj ne upa izpodbijati pred sodiščem.¹

8.2.1. Upoštevanje licenc v skupnosti

Prva raven, na kateri mora prosta licenca učinkovito delovati, je raven njenih uporabnikov, torej ljudi, ki ustvarjajo in uporabljajo prosto vsebino. Če prosta licenca na tej ravni ne zaživi, je dejansko ni mogoče uveljaviti s pravnimi sredstvi. Ne gre samo za to, da ljudje neko licenco sprejmejo kot dokument, pod pogoji katerega bodo dajali na voljo svoje gradivo, temveč morajo spoštovati njene določbe tudi, kadar uporabljajo tuje gradivo in ga vključujejo v svoje delo (zlasti če je prisoten *copyleft*). Pri tem nikoli nista odločilna samo pravna zavest ali strah

¹ Moglen, *Enforcing the GPL*, II, str. 66.

pred sankcijami, temveč morajo ljudje tudi vsebinsko sprejemati vrednote proste licence. Pomembnejša od sodnega uveljavljanja je praktična uveljavitev licence, ki se v praksi kaže v širokem obsegu uporabe.²

Na nekaterih področjih ustvarjanja uporabniki tvorijo razmeroma kohezivno skupnost s skupnimi vrednotami in cilji, kar je posebej očitno pri skupnosti razvijalcev prostega programja. Pravna veljavnost prostih licenc ni najpomembnejši razlog, da programerji spoštujejo v njih postavljene pogoje. Neupoštevanje licenc oziroma vsaj njihovo zavestno kršenje v skupnosti preprosto velja za moralno nedopustno. Večina prostega programja še vedno temelji na prostovoljnem delu razvijalcev, ki so posvetili velik del svojega časa razvoju in distribuciji programske kode, namesto da bi se ukvarjali z donosnejšo dejavnostjo. Prosta koda (in z njo licenca, ki prostost definira) zato velja za družbeno vrednoto sama po sebi in cilj, ki mu skupnost sled. Običajev in načel, ki so se razvili neformalno in se jih večina razvijalcev niti ne zaveda, se skupnost drži trdneje kot formalnih pravnih norm. Obstaja vrsta tabujev, ki prepovedujejo cepljenje projektov, distribuiranje neuradnih popravkov in odstranitev imena razvijalca s seznama zgodovine projekta. Zato je groba kršitev licence, kakršno pomeni prisvajanje tujega dela in njegova distribucija kot lastnega, nepredstavljiva. Tudi tisti razvijalci, ki niso internalizirali skupnostnih vrednot, imajo razlog, da jih upoštevajo, preprosto zato, da ne bi občutili srda skupnosti.³ Če pride do nenamernega ali namernega neupoštevanja proste licence v katerem od razvojnih projektov, že zasebno ali vsaj javno opozorilo največkrat zadošča, da kršitelj sam hitro poskrbi za odpravo neskladnosti svojega dela s prosto licenco. Seveda je učinkovitost neformalnega modela zagotavljanja spoštovanja prostih licenc odvisna predvsem od koherentnosti skupnosti in soodvisnosti njenih članov. Čim ožja in tesneje povezana je skupnost, tem bolj učinkovito je tako varstvo.

8.2.2. Uveljavljanje nasproti tretjim

Razlogi, zaradi katerih se razvijalci prostega programja spoštujejo licenčne določbe, ne veljajo samo za posameznike. Z razvojem prostega programja je danes povezan velik del računalniške industrije, ki se zaveda pomena dobrih odnosov s skupnostjo in noče veljati za zlobneža, ki je ukradel odprto kodo. Ob izbiri med tiho odpravo kršitev ali kampanjo slabe publicitete in pravdanjem s slabimi možnostmi uspeha se kršitelji odločijo za lažjo možnost, saj se zavedajo, da bi lahko hitro izgubili stranke, če bi bila vprašljiva legalnost njihovega programja in hkrati

² ifrOSS, str. 24.

³ Raymond, *Homesteading ...* (splet); St. Laurent, str. 158–159.

na voljo zakonita uporaba istega prostega programja pod pogoji originalne proste licence, ki so za uporabnika praviloma ugodnejši.⁴

FSF od kršiteljev praviloma ne zahteva denarne odškodnine, temveč se osredotoči na odpravo kršitve, popravo škode, ki je zaradi nje nastala skupnosti, in zagotovitev spoštovanja licenc v prihodnje. Zaradi tega stopijo s kršitelji neposredno v stik, da se z njimi dogovorijo o odpravi napak (s spremembo programja, spletne strani ali drugega izdelka ipd.). Če je kršitev nenamerna, so stranke največkrat hvaležne za svetovanje, kako zagotoviti skladnost z licenco. Skušajo se odpraviti tudi posledice preteklih kršitev, na primer s kontaktiranjem strank, ki jim v nasprotju z licenco ni bil omogočen dostop do izvirne kode. Če kršitelj ni pripravljen sodelovati, se v postopek dogovarjanja vključijo še odvetniki organizacije Software Freedom Law Center. Pri resnejših kršitvah v večjem obsegu FSF skupaj s kršitelji pripravi kompleksnejši program zagotavljanja skladnosti s kršeno licenco, o ureničenju katerega mora kršitelj redno poročati.⁵ Pogajanje o skladnosti je lahko precej intenzivno, ker FSF skrbno preuči, ali so kršitve res odpravljene, na primer ali objavljena izvirna koda res ustreza distribuirani binarni različici. Šele ko so z doseženim zadovoljni, stranki povrnejo pravice uporabe programja, ki jih je izgubila zaradi kršitve licence.⁶ V zgodnjih letih razvoja prostega programja je bila na voljo samo taka strategija uveljavljanja licenc, ker si FSF ni mogla privoščiti dolgega in dragega pravdanja. Enak pristop ohranjajo še danes, ker največkrat deluje.⁷ Celo v primerih, kadar je zaradi nekooperativnosti kršitelja vložena tožba, se postopek praviloma konča z (za tožnike ugodno) zunajsodno poravnavo. Ena prvih sodb je bila v ZDA izrečena šele avgusta 2010, ko je zvezno okrožno sodišče v New Yorku v zadevi *Software Freedom Conservancy v. Best Buy, Samsung, JVC et al.* več podjetjem, ki so kršila določbe GPL pri uporabi ugnezdenega prostega programja Busy Box, naložilo plačilo precejšnjih odškodnin.

8.3. Sodno uveljavljanje

8.3.1. Aktivna legitimacija

Zaradi kršitve licence lahko toži samo njen dajalec, to pa je lahko samo imetnik licencirane pravice, torej zlasti imetnik avtorske pravice ali patenta, kršitev

⁴ Moglen, *Enforcing the GPL, II*, str. 66; St. Laurent, str. 153.

⁵ Moglen, *Enforcing the GPL, II*, str. 66.

⁶ Povzeto po spletni strani: <http://www.fsf.org/licensing/compliance>.

⁷ Moglen, *Enforcing the GPL, II*, str. 66. Rosen, str. 269.

katerega se zatrijuje.⁸ Proste licence se ne prenašajo s podlicenciranjem, zato je dajalec licence v razmerju do vsakega uporabnika neposredno imetnik pravice. Pri odprti vsebini se navadno pojavljajo vse oblike kolaborativnega ustvarjanja – poleg individualnega avtorstva torej še soavtorstvo, avtorstvo združenih del, predelav, avdiovizualnih priredb itd. Pravni sistemi ne dajejo enotnega odgovora, kdo ima pravico uveljavljati avtorsko pravico v primeru kršitve licenčnih pravil. Guibaultova in van Daalen menita, da po nizozemskem pravu tožbo lahko vložijo samo vsi avtorji skupaj, če njihovih prispevkov ni mogoče ločiti.⁹ Koch navaja, da po nemškem pravu vsak soavtor lahko (drugače od podelitve licence) samostojno uveljavlja zahteve zoper kršitelja avtorske pravice, medtem ko je zaradi kršitve pravic na združenem avtorskem delu posamezni avtor aktivno legitimiran le, če ga drugi za to pooblastijo.¹⁰ Slovensko pravo omogoča, da v primeru kršitve nedeljive avtorske pravice vsak soavtor sam zahteva varstvo celotne pravice (prvi odstavek 165. člena ZASP).¹¹ Tudi pri združenem avtorskem delu ni potrebno soglasje vseh programerjev, vendar tam ni enotne avtorske pravice, zato lahko vsak uveljavlja pravno varstvo v lastnem imenu samo, kolikor so bile kršene pravice na njegovem avtorskem prispevku k celotnemu programju. Zaradi kršitve licence na predelanem delu sta do tožbe upravičena tako prvotni avtor kot predelovalec. Od nadaljnjih predelovalcev in prispevalcev pa lahko vsak sam uveljavlja samo kršitev pravice na svojem delu, torej na svojem avtorskem prispevku, saj je le v zvezi s tem dajalec licence. S prosto licenco podeljena avtorskopravna upravičenja dovoljujejo le lastno uporabo dela, ne pa preprečevanja rabe drugim osebam. Pravno varstvo proti kršitelju licence zato lahko uveljavljajo le dejanski avtorji oziroma imetniki licenciranih pravic (ali od njih pooblašcene osebe), ne pa drugi vmesni člani v distribucijski verigi (ki je lahko pri odprti vsebini zelo pestra).¹²

Na patentnem področju ne prihaja do tako kompleksnih položajev. Imetnik patenta je njegov prijavitelj ali njegovi pravni nasledniki, vsak patent pa je samostojen, četudi se zahtevki več patentov lahko delno prekrivajo. Če sta patentirana temeljni izum in njegova izboljšava, morata licenco za uporabo izboljšave podeliti imetnika obeh patentov in oba lahko tudi tožita zaradi kršitve proste licence. Seveda pa je za tožbo aktivno legitimiran samo tisti, s čigar patentnimi zahtevki je zajeto sporno ravnanje kršitelja licence. Prosta licenca pa nikoli ni izključna licenca, ki

⁸ Rosen, str. 276.

⁹ Guibault/van Daalen, str. 151.

¹⁰ Koch (I), str. 277–278.

¹¹ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 63.

¹² Koch (II), str. 339.

bi dala pridobitelju samostojno legitimacijo za uveljavljanje patentnih pravic proti tretjim (prim. točka c 120.a člena ZIL-1).

8.3.2. Možne sankcije

Proste licence niso oblikovane tako, da bi se pridobitelj licence zavezal k neki izpolnitvi. V licenci so določeni samo pogoji za izvrševanje podeljenih pravic in sankcija za njihovo kršitev, ki se kaže v prekinitvi licence (ali opciji, da jo prekine dajalec licence). Zato se tudi v primeru, ko se prosta licenca uveljavlja na podlagi pogodbe, tožbeni zahtevek nikoli ne glasi na izpolnitev licence v smislu pogodbenih obveznosti pridobitelja (saj je licenca zaradi kršitve prekinjena), temveč samo na odpravo kršitev in odškodnino – skratka, do tistih sankcij, do katerih je stranka upravičena na podlagi licencirane izključne pravice.¹³ Vsebina zahtevanega sodnega varstva je zato odvisna od sankcij, ki jih zakonodaja predvideva za kršitev avtorske pravice oziroma patenta.

a) Avtorsko pravo

ZASP v primeru kršitve avtorske ali sorodnih pravic daje imetniku pravice možnost uveljavljanja prepovednih, odstranitvenih in odškodninskih zahtevkov. Ker so avtorske in sorodne pravice absolutne in učinkujejo *erga omnes*, za obstoj kršitve ni pomembno, ali je kršitelj vedel zanjo, jo hotel in ali ga s tem v zvezi nasploh zadene kakšna krivda.¹⁴ Člen 167 določa, da upravičenec lahko zahteva prepoved kršenja in bodočih kršitev, odpoklic predmetov kršitve iz gospodarskih tokov, odstranitev stanja, ki je nastalo s kršitvijo, uničenje predmetov in sredstev kršitve, prepustitev predmetov kršitve upravičencu in objavo sodbe. Načeloma so vsi ti zahtevki mogoči tudi pri odprti vsebini, vendar glede na gospodarsko naravo takih avtorskih del in interes upravičenca (kar mora sodišče upoštevati na podlagi določbe drugega odstavka 168. člena ZASP) odstranitveni zahtevki, povezani z odpoklicem, odstranitvijo ali uničenjem distribuiranih primerkov prostih del, niso smiselni, saj se je avtor že s podelitvijo proste licence odrekel nadzoru nad kroženjem primerkov svojega dela. Prav tako praviloma ne pride v poštev zahtevek za uničenje sredstev kršitve v lasti storilca, saj reproduktivne, snemalne in podobne naprave ne morejo biti pretežno namenjene kršitvi odprte vsebine – njeno razmnoževanje in snemanje namreč nista sporna, kršitve se lahko pojavijo le v načinu distribucije ali javne priobčitve. Zahtevajo se torej lahko zlasti prepoved teh dveh ravnanj (oziroma prepoved izvrševanja vseh z licenco dovoljenih ravnanj),

¹³ Enako Jaeger v: ifrOSS, str. 86.

¹⁴ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 381–383.

odstranitev kršitve (na primer z objavo navedbe avtorja, ki je bila odstranjena z dela), eventualno tudi prepustitev predmetov kršitve upravičencu in objavo sodbe.

Upravičenec lahko od kršitelja zahteva tudi povrnitev škode v obsegu, ki se določi po splošnih pravilih civilnega prava, ali v obsegu, ki je enak dogovorjenemu ali običajnemu honorarju ali nadomestilu za zakonito uporabo te vrste. Če je bila pravica kršena namerno ali iz hude malomarnosti, pa ZASP (alternativno) določa še možnost civilne kazni: upravičenec lahko zahteva plačilo dogovorjenega ali običajnega honorarja ali nadomestila za tovrstno uporabo, povečanega do 200 odstotkov, ne glede na to, ali je zaradi kršitve pretrpel kakšno premoženjsko škodo ali ne (168. člen ZASP). Civilna kazen naj bi imela predvsem preventivni namen in naj bi olajševala izračun odškodnine brez dolgotrajnega dokazovanja.¹⁵ Ker se večina odprte vsebine distribuira brezplačno in se za razmnoževanje nikoli ne zahteva licenčnina, je vprašanje, kako določiti višino odškodnine ali civilne kazni, saj je težko ugotoviti, kakšno naj bi bilo dogovorjeno ali običajno plačilo.¹⁶ Menim, da je vsaj v primerih, ko si je kršitelj »prilastil«¹⁷ odprto vsebino tako, da jo je distribuiral pod lastniškimi licenčnimi pogoji, odškodnino ali civilno kazen mogoče odmeriti glede na višino običajnega honorarja za enako uporabo primerljivih istovrstnih avtorskih del. Neodvisno od povračila premoženjske škode, tudi če premoženjske škode ni, pa lahko sodišče prisodi avtorju ali izvajalcu pravično denarno odškodnino tudi za pretrpljene duševne bolečine zaradi kršitve njegovih moralnih pravic, če okoliščine primera, zlasti stopnja bolečin in njihovo trajanje, to opravičujejo (169. člen ZASP). Glede kršitve moralnih pravic se odprta vsebina ne razlikuje bistveno od klasične lastniške vsebine, le da mora biti zaradi v licenci podeljene pravice do prostega predelovanja dela prag, pri katerem se poseg lahko šteje za skazitev dela, ustrezno višji.

Avtorske pravice na računalniških programih uživajo še posebno varstvo z vidika njihovega kroženja na trgu, saj se za kršitev pravice štejeta že vsako distribuiranje primerka računalniškega programa, za katerega se lahko domneva, da je nedovoljeni primerek, in celo posest primerka računalniškega programa za gospodarske namene, za katerega imetnik ve ali lahko domneva, da je nedovoljeni primerek (116. člen ZASP). Čeprav naj bi bile te določbe namenjene predvsem preprečevanju tako imenovanega mehkega računalniškega piratstva,¹⁷ do katerega pri prostem programju sploh ne more priti, njihova uporaba vseeno lahko olajša uveljavljanje avtorske pravice, zlasti proti zavestnemu kršitelju proste licence. Kršitev avtorske

¹⁵ Prav tam, str. 387.

¹⁶ Prim. Rosen, str. 272–273.

¹⁷ Trampuž/Oman/Zupančič, str. 279–280.

pravice je lahko poleg civilnega delikta tudi prekršek, če jo stori pravna oseba ali samostojni podjetnik posameznik (184. in 185. člen ZASP), Kazenski zakonik pa določa kazniva dejanja kršitve moralnih avtorskih pravic (147. člen KZ-1), kršitve materialnih avtorskih pravic (148. člen KZ-1) in kršitve avtorski sorodnih pravic (149. člen KZ-1).

b) Patentno pravo

Zoper osebo, ki v nasprotju s patentno licenco izkorišča patentirani izum, lahko imetnik pravice na podlagi 121. člena ZIL-1 zahteva prepoved kršenja in bodočih kršitev, odpoklic predmetov kršitve iz gospodarskih tokov, odstranitev stanja, ki je nastalo s kršitvijo, uničenje predmetov in sredstev kršitve, prepustitev predmetov kršitve upravičencu in objavo sodbe. Poleg tega je kršilec zavezan plačati imetniku pravice odškodnino v obsegu, ki se določi po splošnih pravilih o povrnitvi škode ali v obsegu, ki je enak dogovorjeni ali običajni licenčnini (121.a člen ZIL-1). Gre torej za bistveno enake prepovedne, odstranitvene in odškodninske zahtevke, kot jih zahteva ZASP, ni pa nujno, da v zvezi s smiselnostjo njihovega uveljavljanja veljajo iste ugotovitve. Če se prosto licencirani patent implementira v lastniškem programju, imetnik avtorskih pravic pa tega programja ni pripravljen prosto licencirati, se lahko na podlagi patenta zahtevajo odpoklic ali odstranitev primerkov programja iz gospodarskih tokov in njihovo uničenje. Pri prostem računalniškem programju pa ima vzporednost avtorskopравnih in patentnih zahtevkov posledico, da je zaradi kršitev proste licence mogoče isti zahtevek uveljavljati na dveh pravnih podlagah, če je seveda imetnik avtorske pravice in patenta isti.

8.4. Koncentriranje pravic na prostem programju

8.4.1. Težave zaradi razpršenosti ustvarjalcev

Uveljavljanje prostih licenc nasproti kršiteljem se lahko izkaže za logistično zahtevno, če so imetniki kršenih pravic na odprti vsebini številni nepovezani posamezniki. To je značilno zlasti za kolaborativne razvojne modele prostega programja, pri ustvarjanju katerega sodeluje veliko število prispevalcev kode z različnih koncev sveta. S takimi vprašanji se proizvajalci lastniškega programja ne srečujejo, saj je edini imetnik pravic na kodi lastniškega programja programersko podjetje. Odprtokodni projekti pa navadno niso imetniki avtorskih pravic na prispevkih k programju, zato v primeru kršitve licenc ne morejo v svojem imenu uveljavljati pravnih sredstev zoper kršitelja, temveč to lahko stori samo dajalec licence ali od

njega pooblaščen oseba.¹⁸ Koch celo meni, da je treba za uspešno uveljavljanje licence v zvezi s celotnim programjem pridobiti soglasje večine vseh programerjev, ki so sodelovali pri njegovem nastanku, in v težavnosti tega vidi razlog za redkost tožb na podlagi prostih licenc.¹⁹ Kršitev se namreč lahko pojavlja v zvezi z različnimi deli programske kode, od katerih ima vsak drugega avtorja. Sami avtorji praviloma težko izvedo za vse kršitve licenc, po drugi strani pa je tudi vprašanje, koliko so pripravljeni in sposobni zaradi kršitev sprožiti sodne postopke. Distributerji, ki so za pregon kršiteljev največkrat najbolj zainteresirani, brez pooblastila avtorjev do tožbe niso upravičeni.²⁰

Tudi če je vprašanje aktivne legitimacije za tožbo v posameznem primeru razjasnjeno, se lahko posamezni razvijalec kot tožnik znajde pred težko premostljivo oviro dokazovanja nepretrgane verige pravilno podeljenih licenc s strani vseh programerjev, ki so pred njim prispevali k nastanku programja (in torej njemu dovolili predelavo). To ni le posledica velikega števila prispevalcev, temveč tudi dejstva, da je koda prostega programja praviloma v uporabi mnogo dlje kot pri lastniškem programju; nekateri prosti programi v široki uporabi so stari že 10 do 20 let ali celo več. Najti vse njihove avtorje je zato lahko zelo težavno, sploh kadar so na različnih koncih sveta. Če pa se več razvijalcev v različnih državah odloči za samostojne tožbe zoper kršitelja, lahko pride do izdaje sodb z različnimi rezultati, kar prav tako ne pripomore k pravni varnosti uporabnikov in razvijalcev prostega programja.²¹ Ta težava je morda še večja pri zunajsodnem dogovarjanju o odpravi kršitev. Tako kot ni osrednjega organa, ki bi nadziral spoštovanje licence, tudi ni nikogar, ki bi se lahko v imenu vseh avtorjev pogajal o odpravi kršitev. To je predvsem pri licencah z avtomatično prekinitvijo v primeru kršitve (kot je na primer GPL) lahko zelo problematično za pravno varnost uporabnikov programja, ki so morda nehoti prekršili licenco, saj se lahko pred morebitnimi tožbami z gotovostjo zavarujejo šele, če dosežejo dogovor z vsakim posameznim prispevalcem k programju.

Veliko število nepovezanih avtorjev otežuje tudi relicenciranje programja, ki je včasih potrebno zaradi tehničnih, pravnih ali poslovnih razlogov. GPL to težavo deloma rešuje z določbo, da lahko pridobitelji licence sledijo tudi katerikoli poznejši verziji te licence, ki jo pripravi FSF. Nikoli pa pri licencah z močnim učinkom določbe *copyleft* ni mogoč prehod na drugo licenco brez soglasja vseh, ki so napisali

¹⁸ Rosen, str. 47.

¹⁹ Koch (I), str. 279.

²⁰ Rosen, str. 34.

²¹ Guibault/van Daalen, str. 151; Koch (I), str. 277.

ali spremenili katerikoli del kode. Tudi če je bila na primer na podlagi 8. člena verzije 2 GPL določena geografska omejitev veljavnosti licence zaradi nevarnosti patentnih tožb, je to omejitev pozneje mogoče odpraviti samo s soglasjem vseh avtorjev v verigi, in ne samo prvega avtorja, ki je to omejitev določil.²² Očitno je, da je uspešno upravljanje pravic in uveljavljanje licence mogoče samo s tesnim sodelovanjem vseh avtorjev ali tako, da se pravice vseh prispevalcev k projektu na neki način zberejo v enih rokah. To pripomore k večji preglednosti položaja in pravni varnosti tako razvijalcev kot uporabnikov programja.²³

8.4.2. Prenos pravic na nosilca projekta

Razvojni projekti prostega programja neposredno ne pridobijo avtorskih pravic na programju, temveč lahko nosilec projekta, ki zbira in usklajuje prispevke programerjev, uživa kvečjemu lastno pravico sestavljalca zbirke oziroma izdelovalca podatkovne baze. Nekateri razvojni projekti zato s prispevalci kode sklenejo pogodbe o prenosu avtorske pravice na nosilca projekta. Tako je imetnik avtorskih pravic na celotnem programju en sam in lahko sam sprejema odločitve o izkoriščanju programja, uveljavlja licenco v primeru kršitev ter se pogaja o njihovi odpravi.²⁴ Pri tem ne gre za prosto licenco, temveč za precej širši prenos pravic intelektualne lastnine. Moglen razlaga, da registrirana avtorska pravica po ameriškem pravu pomeni bistvene postopkovne prednosti; za registracijo pa je potrebno natančno vodenje nekaterih podatkov in izpolnjevanje formalnosti, za katere lažje skrbi nosilec projekta kot množstvo programerjev.²⁵ Rosen navaja, da je za posameznega programerja motiv za prenos pravic na nosilca projekta včasih tudi to, da noče obremenjevati svojih dedičev z nečim, česar ne razumejo, ne cenijo ali ne znajo upravljati.²⁶ Tveganje za avtorja pri takem prenosu pa je, da lahko izgubi pravico ponovnega licenciranja programja pod drugo licenco (odvisno od določb prenosne pogodbe) in da imajo mnogi odprtokodni projekti zelo neformalne strukture, pogosto brez pravne subjektivitete, zato lahko ostane nejasno, kdo je upravičen odločati o licenciranju. Rosen zato meni, da prenos avtorskih pravic ni potreben, saj vse pravice, ki jih projekt razvoja prostega programja potrebuje, zagotavljajo že proste licence.²⁷

²² Kreutzer v: ifrOSS, str. 119.

²³ Guibault/van Daalen, str. 177.

²⁴ Rosen, str. 34.

²⁵ Spletna stran: <http://www.gnu.org/licenses/why-assign.html>.

²⁶ Rosen, str. 34.

²⁷ Prav tam, str. 35.

a) *Oracle: delitev pravic na prispevkih*

Primer koncentriranja pravic je Oraclova standardizirana pogodba s prispevalci kode k projektu OpenOffice (*Oracle Contributor Agreement*). Jedro pogodbe je tako imenovani deljeni prenos pravic (*joint copyright assignment*), ki ga je v obliki enostranske izjave že pred Oraclovim prevzemom uporabljala družba Sun Microsystems. S podpisom obrazca vsak prispevalec k projektu prenese na Oracle soimetništvo avtorske pravice na svojem prispevku h kodi in vseh z njo povezanih pravic, vključno z moralnimi pravicami. Avtor in nosilec projekta torej postaneta enakopravna soimetnika vseh pravic na prispevku. Prenos pravic velja za ves svet in v največjem obsegu, ki ga dovoljujejo lokalno pravo in avtorskopravne konvencije (v večini evropskih držav prenos moralnih pravic ni mogoč).²⁸ Prispevalec dovoljuje, da Oracle registrira imetništvo avtorske pravice na njegovem prispevku. S podpisom izjave ne pride do popolnega prenosa pravic. Izrecno je določeno, da prispevalec obdrži vse pravice do uporabe prispevane programske kode za lastne potrebe, kar pomeni, da jo lahko tudi relicencira, ne more pa tega preprečiti nosilcu projekta. Vse pravice do uporabe, spreminjanja in distribucije kode si delita avtor in Oracle. Če je prispevalec tudi imetnik patentov, ki jih implementirajo njegovi prispevki, s podpisom pogodbe ne pride do prenosa patenta, temveč Oracle pridobi neizključno patentno licenco za izkoriščanje v patentirani kodi implementiranih izumov, vključno s pravico podlicenciranja tretjim osebam.

Oracle si pridržuje pravico, da prispevek da na voljo pod kakršnokoli licenco, tudi lastniško, vendar se zavezuje, da bo vsak objavljen prispevek vedno na voljo *tudi* pod eno od prostih licenc, ki sta jih odobrila FSF ali OSI. Interes prispevalcev pa je varovan še s tem, da ostajajo soimetniki avtorske pravice in morebitnih patentov na svojih prispevkih in lahko temu ustrezno s temi pravicami še naprej razpolagajo na vse načine, razen podelitve izključne licence.

b) *FSF: prenos avtorskih pravic*

FSF iz podobnih razlogov kot Oracle zahteva, da vsi, ki prispevajo kodo k njenim projektom prostega programja, podpišejo izjavo o prenosu avtorske pravice na kodi in na dokumentaciji (*copyright assignment*). Pri tem gre za neizključen prenos – avtorji še vedno lahko uporabljajo kodo za kakršenkoli drug namen.²⁹ Če ima na programju pravice tudi delodajalec (ker je programje nastalo v zvezi z zaposlitvijo), mora tak dokument podpisati tudi on. Tudi tu ne gre za prosto licenco, temveč za pravni dokument, ki se sklepa na povsem tradicionalen način, s podpisom obeh

²⁸ Spletna stran: <http://www.openoffice.org/FAQs/faq-licensing.html>.

²⁹ Spletna stran: <http://www.gnu.org/copyleft>; Kreutzer v: ifrOSS, str. 134.

strank. Je pa glede na poslanstvo FSF večja gotovost, da bo prejeta koda vedno distribuirana samo pod prostimi licencami. Prenos avtorskih pravic prispevalcev kode na FSF omogoča, da lahko Software Freedom Law Center v njihovem imenu tudi sodno preganja kršitelje določb prostih licenc na programju FSF, ne da bi bilo za to treba naknadno pridobivati pooblastila avtorjev za zastopanje v pravdi.

c) FSF Europe: fiduciarna licenčna pogodba

FSF Europe uporablja tipsko licenčno pogodbo (*Fiduciary Licence Agreement – FLA*), s katero fundacija postane fiduciar avtorjev prostega programja za vsa pravna vprašanja in lahko pred sodišči brani skupne interese avtorjev. FLA je prilagojena razlikam med kontinentalnim sistemom *droit d'auteur* in anglo-ameriško tradicijo *copyright* ter ponuja evropski pristop k istim vprašanjem.³⁰ Podpis pogodbe omogoča, da FSF Europe: relicencira programje pod novo prosto licenco, če to postane potrebno zaradi tehničnih ali pravnih sprememb; varuje programje pred zlorabo, tudi v sodnih postopkih; varuje avtorje prostega programja pred tožbami ali drugimi pravnimi sredstvi in zagotavlja stabilizirajoč dejavnik pri komercialnem ali mešanem komercialno-prostovoljskem razvoju prostega programja.

FSF Europe fiduciarne pogodbe ne uporablja samo za lastne razvojne projekte, temveč je pripravljena postati fiduciar drugim projektom prostega programja, ki se obrnejo nanjo, seveda v okviru svojih zmožnosti. FLA obstaja v uradnih angleški in nemški različici, ki se vsebinsko ne razlikujeta, uporabljata pa drugačno razdelitev besedila v člene – glede številč členov se v nadaljevanju sklicujem na nemško jezikovno različico. FLA je oblikovana kot klasična pogodba, ki jo obe stranki podpišeta. Pogodbeni stranki sta imetnik pravic na programju kot beneficiar in FSF Europe kot fiduciar. Če ima poleg avtorja pravice na programju še kdo drug, tipično je to delodajalec, mora pogodbo na strani beneficiarja podpisati tudi ta stranka in navesti pravni temelj pridobitve pravic.

Prvi korak: prenos pravic na fiduciarja

Pogodba je prilagojena globalni rabi tako, da vsakemu od obeh glavnih sistemov avtorskega prava namenja poseben člen o prenosu pravic. V par. 1 tako določa, da beneficiar na FSF Europe prenaša svojo celotno avtorsko pravico na programju in na drugem avtorskopravno varovanem gradivu, in sicer za vse države, v katerih je tak prenos pravno mogoč (države s sistemom *copyright*, kot so ZDA, Velika Britanija ipd.). Za države, v katerih popoln prenos avtorske pravice pravno ni mogoč (države s sistemom *droit d'auteur*, kot so Nemčija, Francija, Italija, države Bene-

³⁰ Spletna stran: <http://fsfe.org/projects/ff/ffa.en.html>.

luksa in tudi Slovenija),³¹ pa velja par. 2, v katerem beneficiar podeljuje fiduciarju pravice razmnoževanja, distribuiranja, dajanja na voljo javnosti in predelovanja programa v prvotni ali spremenjeni obliki. Avtorske moralne pravice po par. 2 ostanejo nedotaknjene in se s pogodbo ne prenašajo.³² Prenos pravic po par. 1 in 2 velja za ves svet in je časovno neomejen (par. 7). Programje in drugo gradivo, na katero se nanašajo prenesene pravice, se navede in opiše v licenci ali v njeni prilogi. Prenos pravic obsega tudi nadaljnji razvoj programja, odprave napak in druge predelave programja, na katerih bo beneficiar v prihodnje pridobil izključne pravice. FSF Europe izvršuje pridobljene pravice v lastnem imenu. Upravičena je prepovedati uporabo programja in uveljavljati vse pridobljene pravice tako sodno kot zunajsodno. Za sodno ali zunajsodno uveljavljanje svojih pravic pa je upravičena pooblastiti tudi tretje osebe (par. 4).

Drugi korak: Povratna podelitev neizključne licence beneficiarju

Če bi se pogodba s prenosom pravic končala, bi avtor na programju užival enake pravice uporabe kot drugi uporabniki na podlagi proste licence. Za nadaljnjo uporabo in razvijanje programja to zadošča, ne omogoča pa razpolaganja s programjem, na primer njegovega relicenciranja. FLA zato v par. 5 določa povratno podelitev licence: fiduciar beneficiarju podeljuje enostavno, prostorsko in časovno neomejeno pravico uporabe programja, ki zajema vse pravice, ki so bile v par. 1 in 2 prenesene na fiduciarja. Poleg tega mu podeljuje dodatne neizključne in prenosljive pravice do uporabe programja, če so potrebne, da lahko avtor programje licencira pod drugimi licencami. S povratno licenco mu je torej omogočeno, da programje distribuira tudi pod lastniško licenco ali pod drugo prosto licenco (pri tem gre pravzaprav za podlicenciranje). Namen FLA je v tem, da FSF Europe omogoči uspešno varstvo svobode programja, ne pa omejevati avtorja. Ta povratni prenos pravic v ničemer ne omejuje izključnih pravic, ki jih FSF Europe pridobi po par. 1 do 3. Avtor torej FSF-ju ne more prepovedati izvrševanja pravic, saj mu je sam podelil izključno licenco (oziroma prenesel nanj celotno avtorsko pravico),

³¹ Guibaultova in van Daalen opozarjata, da licenca prezre razliko med kontinentalnimi sistemi z monističnim in z dualističnim pogledom na naravo avtorske pravice. Pri slednjih (na primer Francija, Italija, Belgija in Nizozemska) je mogoč popoln prenos materialne pravice, zato bi zanje prišel v poštev tudi par. 1 FLA. Vendar v nadaljevanju ugotavljata, da bi tak prenos vsaj v Franciji in Belgiji bil neveljaven, saj tamkajšnja zakonodaja zahteva izrecno navedbo vseh oblik izkoriščanja dela, ki se s pogodbo prenašajo. Guibault/van Daalen, str. 154–155.

³² Guibaultova in van Daalen kritično ugotavljata, da je prenos pravic po par. 1 znatno širši kot po par. 2, saj obsega celotno avtorsko pravico, vključno z moralnimi upravičenji. Po njunem mnenju je v nasprotju s filozofijo FSF Europe, da se od avtorja zahteva prenos več pravic, kot se jih potrebuje za doseg cilja. Guibault/van Daalen, str. 154–155 in 171.

medtem ko je povratno dobil navadno, neizključno licenco. Taka licenca tudi ne omogoča uveljavljanja prepovednih, odstranitvenih in odškodninskih zahtevkov proti tretjim osebam, ki avtorsko pravico kršijo.³³

Tretji korak: varnostna klavzula

FSF Europe pa s programjem ne more povsem poljubno razpolagati. S pogodbo se namreč zavezuje (par. 5), da bo nanjo prenesene pravice izkoriščala samo v skladu z načeli prostega programja in programje licencirala pod pogoji proste licence, zlasti GPL ali LGPL, kadar je to za dosego ciljev prostega programja primernejše. Če FSF Europe prekrši to obveznost, vse nanjo prenesene pravice samodejno odpadejo in se vrnejo nazaj k beneficiaryju. Prenos pravic je torej vezan na razvezni pogoj, podobno kot pri nekaterih prostih licencah. Pri tem je razvidna fiduciarna narava pogodbe: FSF Europe pridobljenih pravic ne sme izkoriščati v lastno korist, temveč jih mora zastopati in braniti v duhu načel prostega programja.³⁴ Gre pravzaprav za varovanje interesov celotne skupnosti uporabnikov in razvijalcev prostega programja ter posredno seveda tudi beneficiaryja kot člana te skupnosti.

d) *GPL-Violations Project*

Na podlagi različice pogodbe FLA so nekateri programerji pravice na svojih projektih prenesli na Haralda Welteja, ki jih je v okviru projekta *GPL-Violations* v dveh primerih uspešno sodno uveljavljal proti kršiteljem. Ustanovitelj tega projekta je prav Welte (ki je bil kot avtor prostega programja tožnik v primeru *Welte* proti *Sitecom*, v katerem je sodišče prvič potrdilo veljavnost licence GPL), pri njem pa sodeluje še skupina prostovoljcev s pomočjo odvetnika Tilla Jaegerja. Za cilj so si postavili povečanje javnega zavedanja o kršitvah prostega programja, kar naj bi povečalo pritisk na kršitelje; zagotovitev poti, po kateri lahko uporabniki, ki zaznajo kršitev GPL, o njej obvestijo avtorje; podpora imetnikom avtorskih pravic pri ukrepanju zoper kršitelje GPL in širjenje informacij o tem, kako lahko komercialni subjekti uporabljajo prosto programje v svojih proizvodih skladno z licenco. Med drugim so tako dosegli izdajo začasne odredbe proti družbi Fortinet, proizvajalcu komercialnega programja, ki je kršilo določbe GPL, in zmagali v že omenjeni pravdi proti D-Link Germany zaradi uporabe delov Linuxovega jedra v nasprotju z GPL. V drugih primerih so se s kršitelji zunajsodno poravnali. Spletna stran projekta navaja, da so do junija 2006 uspešno zaključili že 100 primerov uveljavljanja GPL zaradi kršitev.³⁵

³³ Stumpf/Groß, str. 54.

³⁴ Kreutzer v: ifrOSS, str. 134.

³⁵ Spletna stran: <http://www.gpl-violations.org>.

9.

Širše posledice prostega licenciranja

Proste licence so kljub svoji nekonvencionalnosti veljaven pravni instrument, ki ga je mogoče uspešno uveljavljati. Njihova uporaba se z razvojem informacijskih tehnologij širi od računalniškega programja še na druga področja ustvarjanja ter omogoča nastanek razvojnih in poslovnih modelov, kakršni na podlagi standardnega izkoriščanja pravic intelektualne lastnine ne bi bili izvedljivi. Ne gre torej za teoretični konstrukt ali muho enodnevnico, ki bi jo bilo mogoče prezreti, temveč za pravno rešitev, ki ustreza dejanskim potrebam nekaterih (gotovo pa ne vseh) ustvarjalcev in uporabnikov. Zadnje poglavje je namenjeno razmisleku o tem, kakšne bi utegnile biti dolgoročne posledice tovrstnega nastajanja odprte vsebine za sistem prava intelektualne lastnine, ki temelji na izključnih pravicah, in kako bi se pozitivno pravo na te posledice lahko odzvalo.

9.1. Nastanek pravnega režima odprte vsebine

Neposredni učinek širše uporabe prostih licenc se kaže v nastanku korpusa odprte vsebine (avtorskih del in patentiranih izumov), za izkoriščanje katere veljajo drugačna pravila od konvencionalnih. Čeprav prosta licenca ni posebej zakonsko urejen tip pravnega posla, se licenčne določbe v praksi ne pišejo za vsak posamezen primer, temveč so standardizirane z uporabo omejenega števila uveljavljenih licenčnih predlog, kot so GPL, BSD, FDL ali CC, ki jih družijo temeljno enoten pristop k dovoljevanju proste uporabe. Zaradi tega je posledice prostih licenc mogoče presojati kot enoten pojav. Celota podeljenih prostih licenc tvori odprt (ali prost) režim izkoriščanja prosto licenciranih intelektualnih dosežkov, za katerega je značilno, da je vsako delo dovoljeno uporabiti za kakršenkoli namen neposredno na podlagi proste licence in brez nadaljnjega dogovarjanja z imetnikom pravic. Ko je prosta licenca enkrat podeljena, v celoti določa pravni status dela in pogoje njegove uporabe.

Značilno je, da prosta licenca uporabnikom podeljuje pravice do vseh ravnanj, ki so kot izključna upravičenja pridržana avtorju oziroma imetniku patenta. Omejitve uporabe so namenjene samo priznanju avtorstva in ohranitvi enake ravni svobode za vse nadaljnje uporabnike intelektualnega dosežka in njegovih derivatov (pri licencah *copyleft*). Imetnik izključnih pravic se odpove nadzoru nad uporabo njegove stvaritve, razen kolikor je to potrebno, da se prepreči tretjim osebam pridobitev takega nadzora nad njo. Pristop je torej nasproten kot pri lastniškem pravnem režimu, ki predvideva, da bo imetnik izkoriščal svoje izključne pravice z omejevanjem uporabe svojega dela oziroma s posamičnim dovoljevanjem uporabe tistim osebam, ki so za uporabo pripravljene plačati. Odprta vsebina tvori duhovno javno dobro, uporaba katerega je dovoljena vsakomur.

Pri odprti vsebini je mogoče glede na pravni status ločiti dve kategoriji gradiva: tisto, ki je na voljo pod permisivnimi licencami in prosta uporaba je dovoljena brez-pogojno (podobno javni domeni), ter gradivo pod recipročnimi licencami, ki zahtevajo enako prosto licenciranje tudi za izvedena dela. Recipročnost je pomembna za rast odprte vsebine, saj se zaradi »virusne narave« določbe *copyleft* količina gradiva, ki ga je dopustno izkoriščati pod pogoji takih prostih licenc, nenehno povečuje. Vsako delo, ki je izvedeno iz prostega dela, je namreč nujno tudi prosto; čim večji pa je korpus prostih del, tem več novih del je lahko izvedenih iz njega. Količina gradiva, za katero velja recipročna prosta licenca, se zato povečuje eksponentno, kar se očitno kaže pri prostem programu pod licenco GPL ali številu člankov v Wikipediji, ki se vsako leto podvoji. Zaradi določbe *copyleft* delo lahko preide samo iz lastniškega pravnega režima v odprti pravni režim izkoriščanja, ne pa tudi obrnjen. Ko s pretekom trajanja izključne pravice licenca preneha veljati, se njen predmet znajde v javni domeni pravno nevarovanih dosežkov, ki prav tako spadajo na področje odprte vsebine. Zaradi tega se lahko zgodi, da bo vsaj na posameznih področjih intelektualne ustvarjalnosti, kjer je mogoča ustrezna povezava razvojnih in poslovnih modelov, pravni režim odprte vsebine prevladal nad klasičnim lastniškim. Poleg povečevanja količine odprte vsebine je pomemben učinek recipročnih licenc tudi standardizacija. Določba *copyleft* namreč povzroči, da bodo prostolicenco uporabili tudi tisti, ki bi sicer raje uporabljali nekoliko drugačne licenčne določbe, a ta njihova preferenca ni tako močna, da bi se zaradi nje odpovedali uporabi določenega dela odprte vsebine. To je eden od razlogov, zakaj licenca GPL kljub svoji kontroverznosti prevladuje v svetu prostega programa. *Copyleft* je stabilizirajoči dejavnik, ki pripomore k večji pravni poenotenosti odprte vsebine.

Veljavnost prostih licenc je pravno v celoti utemeljena na veljavnem sistemu intelektualne lastnine, posledica kršitev proste licence pa je delovanje instrumen-

tarija lastniškega sistema z vsemi sankcijami, ki jih ta premore. Vendar sankcije niso usmerjene k preprečitvi uporabe odprte vsebine, temveč k zagotavljanju, da jo lahko uporablja vsakdo. S prostimi licencami se torej odpravljajo omejitve veljavnega sistema z uporabo njegovih instrumentov.¹ Opiranje na lastniški pravni sistem omogoča navezavo na razvito pravno doktrino in pravno prakso. Vseeno pa ni utemeljen pomislek, da proste licence same po sebi ne prinašajo nič novega, češ da gre le za razpolago z izključnimi pravicami, kakršna je bila mogoča že od nekdaj. Čeprav je bilo prosto licenciranje načeloma izvedljivo, odkar obstajajo pravice intelektualne lastnine, se je prvič uporabilo šele konec 20. stoletja, kar ni naključje, temveč posledica uvedbe digitalnega zapisa podatkov. Šele ta je namreč omogočil hitro in popolno razmnoževanje in prenos podatkov, zaradi katerega so se uveljavljena pravna pravila nenadoma zazdela preveč toga in zaradi katerega je prvič postalo smiselno množično dovoljevanje proste uporabe, ki ga uvajajo proste licence. Poglavitna novost ni v pravni formi prostih licenc, temveč v njihovi vsebini oziroma miselnosti v njenem ozadju.

Načeloma ni ovir za to, da bi na podlagi istega sistema prava intelektualne lastnine obstajala dva vzporedna režima izkoriščanja avtorskih del in patentov: neposredno iz zakona izvirajoči klasični lastniški sistem ter alternativni, na prostih licencah utemeljeni odprti sistem, v trdnem jedru zasnovan na konceptu *copyleft*.² Intelektualne dosežke iz zadnjega je mogoče prosto izkoriščati, za uporabo tistih iz prvega pa je treba posebej pridobiti dovoljenje imetnika pravic. Taka dihotomija pravnih režimov izkoriščanja je pravzaprav običajna, saj je večina ustvarjalnih stvaritev človeštva še vedno v javni domeni, katere uporaba pravno ni omejena. Proste licence vzpostavljajo podoben, a pred omejitvami bolj varovan pravni režim, že pred iztekom izključnih pravic. Vsak imetnik avtorske pravice ali patenta ima tako na izbiro, ali bo na svojem intelektualnem dosežku uveljavljal izključne pravice zaprtega režima ali pa ga bo dal na voljo pod prosto licenco – v skladu s svojimi željami, prepričanji in ekonomskimi interesi. Tako se vzpostavlja nekakšna regulativna konkurenca med odprto in zaprto vsebino, ki omejuje možnost monopolne zlorabe izključnih pravic ter spodbuja ustvarjanje in razvoj.³ Med duhovnimi stvaritvami iz obeh pravnih režimov namreč lahko izbirajo tudi njihovi uporabniki.

¹ McGowan, *Legal Implications ...*, str. 303

² Prim. Litman, *Sharing ...*, str. 28.

³ Najbrž ni naključje, da so »pametni« mobilni telefoni doživeli najhitrejši razvoj prav po tem, ko je Google predstavil prosti mobilni operacijski sistem Android kot konkurenco prej prevladujočim lastniškim in delno odprtim sistemom.

9.2. Vpliv na ustvarjanje in uporabo intelektualnih dosežkov

Uvajanje vzporednega, odprtega pravnega režima vpliva tudi na uporabo in na ustvarjanje intelektualnih dosežkov, saj ne omogoča ustvarjanja dohodka z omejevanjem uporabe. A spremembe morda bolj zadevajo naše dojemanje ustvarjalnega procesa kot ustvarjalnost. Velik, če ne celo prevladujoči del kulture namreč že zdaj nastaja in se uporablja drugače, kot je mogoče sklepati na podlagi zakonov o intelektualni lastnini.

Večina posameznikov se v vsakdanjem življenju ne ozira na pravila avtorskega prava. Že pred uveljavitvijo digitalnih tehnologij so ljudje množično presnemavali avdio- in videokasete, snemali glasbo z radia, fotokopirali knjige ipd. Za internetno okolje pa je sploh značilno, da pravic intelektualne lastnine večina ne jemlje resno. Ko je razmnoževanje preprosto, razmnožuje vsak in spoštovanje avtorskih pravic postane nadležno.⁴ Ustvarjalci spletnih strani brez slabe vesti uporabljajo gradivo z drugih spletnih strani. Tako ravnanje je značilno tudi za mnoge klasične medije, ki ne le na svojih spletnih straneh, temveč tudi v televizijskih programih in časopisih pogosto nekritično prevzemajo gradiva iz drugih internetnih virov, tako od drugih medijev kot od anonimnih bloggerjev ali kar z Wikipedije.⁵ Na spletnih straneh se objavlja skenirana vsebina starih knjig in časopisov; na straneh, kot je YouTube, uporabniki redno objavljajo posnetke televizijskih oddaj in odlomke iz filmov; velik del gradiva, ki se izmenjuje prek omrežij P2P, je z vidika avtorskega prava nelegalnega. Vpletena spletna mesta, uporabljeni programi in tehnologija se sčasoma spreminjajo – tudi zaradi tožb imetnikov pravic, a pojav uporabe avtorskih del brez izrecnega dovoljenja uporabnikov se dolgoročno nadaljuje. Večina tega ravnanja ni storjenega z namenom, da bi služili na tuj račun (neposrednega zaslužka od internetne objave največkrat ni), ampak predvsem, da se uporabnikom olajša dostop do določenega gradiva, s čimer pa se res lahko poveča obiskanost strani in s tem prihodki od oglaševanja. Priljubljen videoposnetek se lahko reproducira na drugih spletnih mestih preprosto zato, ker je zakupljena pasovna širina izvirne spletne strani na strežniku, na katerem gostuje, premajhna, da bi omogočila dostop velikemu številu gledalcev. Zabavne sličice in posnetke pa si ljudje množično pošiljajo po elektronski pošti preprosto zato, ker bi jih radi delili z drugimi, in se pri tem ne ozirajo na njihov pravni status. Avtorska dela se torej ne uporabljajo v skladu s pravili lastniškega pravnega režima, torej tako, da bi se vedno pridobilo

⁴ Ginsburg/Gaubiac, *Private Copying in the Digital Environment*, v: Kabel/Mom, str. 153–154.

⁵ Prim. Litman, *Sharing ...*, str. 10.

dovoljenje imetnika pravic. Pravni režim odprte vsebine ne uvaja novih, doslej nezanih načinov uporabe, temveč omenjene že obstoječe načine uporabe omogoča in še spodbuja tudi po pravni plati.

Tudi vzorci kontinuiranega kolaborativnega ustvarjanja, ki jih omogoča pravni režim odprte vsebine, v resnici niso nekaj povsem novega. Internet odpravlja jasno ločnico med aktivnimi ustvarjalci in pasivnimi potrošniki, značilno za klasični model kulturne potrošnje. Kopiranje, izrezovanje in lepljenje so del osnovnega jezika digitalnih medijev, zato lahko vsak uporabnik delo spremeni, znova uporabi ali prispeva k nastanku novega dela. Ta model se odmika od romantične ideje avtorstva kot izolirane dejavnosti genija, ki ustvarja umetnost iz ničesar.⁶ Namesto tega se bistvo kulturnega ustvarjanja kaže v učenju s posnemanjem in uporabo obstoječih del.⁷ Kulturno ustvarjanje tako postane kontinuiran proces v skupnosti, ne pa časovno omejena dejavnost, usmerjena v končanje nekega izdelka kot končnega cilja. V internetnem okolju ustvarjalnost cveti preprosto zato, ker je digitalno ustvarjanje preprosto. Udeleženci tekmovanj v spreminjanju podob na določeno temo z uporabo programov za grafično obdelavo (*photoshop contest*) uporabljajo gradivo, zbrano z interneta, ne glede na njegov pravni status. Na spletišču YouTube in podobnih uporabniki objavljajo svoje predelave znanih filmskih prizorov, animacije, ki vključujejo tuje slike in glasbeno podlago, parodirajo govore politikov, ustvarjajo nove videospote za znane pesmi ipd. Skoraj vsak priljubljeni posnetek doživi odmev v obliki nadaljnjih predelav s strani drugih uporabnikov, dopustnost česar velja za samoumevno, in ne za poseg v pravice prvotnega avtorja. Ustvarjalci videoposnetkov ali spletnih strani se prav tako precej malo menijo za to, ali parodiranje znane blagovne znamke ruši njen ugled. Amaterski programerji pa ne preučujejo patentnih prijav, da bi videli, ali niso nemara v svojem programu implementirali patentiranega programskega izuma. Podobnih primerov je še mnogo in kažejo, da so ljudje pripravljeni ustvarjati preprosto za zabavo, ne zaradi kakšnega umetniškega poslanstva, in da se pri tem ne ozirajo na pravne podlage.

Precejšen del internetnih vsebin je torej z vidika prava intelektualne lastnine nelegalen in zdi se, da bi opisano protipravno ravnanje lahko preprečila samo odprava interneta, kakršnega poznamo danes. Vendar bi bilo zgrešeno sklepati, da je ta spontana ustvarjalnost posledica zavestnega protesta proti pravilom avtorskega prava. Večine kršitev ni mogoče pojasniti niti s prepričanjem ljudi, da ne bodo

⁶ Drahos ugotavlja, da zahodno avtorsko pravo temelji na ideji o individualni ustvarjalnosti in individualnih pravicah, ki v vzhodnih kulturah nima pravih vzporednic. Drahos, str. 15.

⁷ Liang, str. 32.

odkriti in kaznovani. Litmanova na podlagi raziskav ugotavlja, da večina javnosti verjame v obstoj področja proste nekomercialne uporabe gradiva, ki je že bilo objavljeno.⁸ Pozitivno pravo takega področja proste uporabe ne pozna, uvajajo pa ga proste licence. Pravni režim odprte vsebine omogoča zakonitost omenjenih načinov ustvarjanja in uporabe ustvarjalnih dosežkov na internetu. Odprto vsebino je brez nadaljnjega dopustno prenašati s programi P2P, objavljati na YouTube, vključevati v Wikipedijo, prevajati ali predelovati s programi za grafično obdelavo. Odprta vsebina pravno ustreza naravi digitalnih omrežij, ker je dopustnost njene uporabe izenačena z njeno enostavnostjo. Zaradi tega lahko rečemo, da oblikovanje pravnega režima odprte vsebine pomeni prilagoditev pravnega okvira dejanskim potrebam uporabnikov/ustvarjalcev v digitalnem okolju, in ne poskusa spreminjanja resničnosti. Če so klasična pravila prava intelektualne lastnine nastala z upoštevanjem potreb industrije, so pravila prostih licenc prilagojena skupnostni ustvarjalnosti.⁹

Odprta vsebina podjetja izziva k razvoju novih modelov poslovanja in trženja. Prave proste licence ne prepovedujejo komercialne uporabe licenciranih del, preprečujejo pa ustvarjanje dohodka z omejevanjem njihove uporabe. Glede na podeljeno prostost razmnoževanja in uporabe glavni vir prihodkov ne more biti visoka cena prodanega primerka. Na primer na področju prostega računalniškega programja poslovanje ne temelji na prodaji licenc za uporabo programja, temveč predvsem na prodaji izdelkov in z njimi povezane podpore, storitvah razvoja specializiranega programja po naročilu ali prodajanju strojne opreme z naloženim prostim programjem. Pomemben vir prihodkov na internetu je spletno oglaševanje, pri katerem mora ponudnik doseči čim večjo obiskanost svojih spletnih strani, kar lahko doseže z brezplačnim ponujanjem izdelkov in storitev, utemeljenih na odprti vsebini. Prost internetni dostop do glasbe je lahko namenjen promociji glasbenikov in njihovih nastopov v živo, spodbujanju prodaje glasbe in privabljanju prostovoljnih prispevkov poslušalcev. Razvoj novih zdravil na podlagi prosto licenciranega *patent poola* bi zabilisal mejo med proizvajalci originarnih in generičnih zdravil. Proizvajalci bi se soočili z večjo konkurenco pri proizvodnji istega izdelka, a hkrati zmanjšanimi razvojnimi stroški in možnostjo izkoriščanja tujih izumov. Na vseh področjih uporaba prostih licenc omogoča vzpostavitev konkurence med poslovnimi modeli lastniškega in poslovnimi modeli odprtega pravnega režima ter primerjavo njihove učinkovitosti v praksi.

⁸ Litman, *Digital ...*, str. 117.

⁹ Liang, str. 32.

9.3. Odziv pozitivnega prava

Skupno izhodišče za nastanek prostih licenc je bilo stališče o neustreznosti nekaterih standardnih pravil prava intelektualne lastnine. Kakšne so torej posledice nastanka na takih licencah utemeljenega alternativnega odprtega pravnega režima za pozitivno pravo in kako naj se zakonodajalec s tem izzivom sooči, če sploh?

9.3.1. Ohranitev obstoječih pravil

Odperta vsebina lahko nastaja in se uporablja na podlagi veljavne zakonodaje, zato te ni nujno spreminjati. Zadostuje že, da pozitivno pravo dopušča možnost prostega licenciranja in da se s preveč restriktivno razlago klasičnih institutov oziroma z uvajanjem novih pravil po nepotrebnem ne posega v svobodo odprte vsebine. Seveda pa tak pristop ne odpravlja večine težav, na katere opozarjajo kritiki modernega prava intelektualne lastnine, temveč le dopušča njihovo omilitv z uporabo prostih licenc. Zunaj sfere prosto licencirane vsebine problematika neprilagojenosti prava digitalni dobi ostaja enako akutna. Med odprtim in zaprtim pravnim režimom obstaja nekakšna normativna konkurenca in zaradi določb *copyright* se lahko zgodi, da bo na posameznih področjih ustvarjanja odprta vsebina, utemeljena na sistemu prostih licenc, prevladala nad lastniško. Če naj bi bilo pravo prilagojeno tipičnim potrebam strank in naj bi reševalo tipične konflikte interesov, potem bo treba povečevanje količine odprte vsebine na neki način upoštevati že v zakonodaji, na primer z ureditvijo primerov, ko prosta licenca ni bila pravilno podeljena zgolj zaradi formalnih pomanjkljivosti.

Nekakšna vmesna rešitev, sprememba prava brez zakonodajne reforme, se lahko pokaže v upoštevanju nekaterih standardnih pravil prostih licenc kot poslovnih običajev, ki veljajo kot neformalen pravni vir in zavezujejo, če se jih dovolj oseb dejansko drži (prim. 6. in 12. člen OZ).¹⁰ Vendar se poznavanje poslovnih običajev lahko pripiše samo strokovnjakom z določenega področja in gospodarskim subjektom, na primer profesionalnim članom proste programerske skupnosti, ki že zaradi narave svojega dela morajo poznati pravila in običaje, pod katerimi se prosta programska koda uporablja in spreminja, ne pa tudi laikom.¹¹ Na drugih področjih

¹⁰ Po Raymondovem mnenju je analiza obstoječih običajev v skupnosti lahko pomembna, ker so običaji tradicionalni način oblikovanja pravnih pravil. Hekerska kultura bi z rastjo lahko ustvarila pisane kodekse dobrega ravnanja za razreševanje vrste različnih sporov, do katerih lahko pride v povezavi s projekti prostega programja. Šlo bi za avtonomno sprejeta pravila, ki bi morala izražati širok konsenz v hekerski skupnosti. Raymond, *Homesteading ...* (splet).

¹¹ McGowan, *Legal Implications ...*, str. 297.

ustvarjanja pa za zdaj najbrž ni nobene skupnosti uporabnikov, ki bi vzpostavila dovolj jasne običaje glede uporabe svojih intelektualnih dosežkov.

9.3.2. Reforma zakonodaje

Druga možnost soočenja z izzivom odprtega pravnega režima je reforma prava intelektualne lastnine, ki bi s prilagoditvijo prava zahtevam digitalnega okolja odpravila potrebo po prostem licenciranju. Seveda je to lažje reči kot storiti. Tudi če zanemarimo dejstvo, da je velik del vsebine prava intelektualne lastnine na mednarodni ravni urejen z vrsto konvencij, za spremembo katerih bi bilo treba doseči soglasje med državami podpisnicami, o vsebini take reforme ni enotnega stališča niti v teoriji. Nekateri menijo, da je treba izkoristiti možnosti digitalne tehnologije za povečanje nadzora imetnikov pravic nad uporabo njihovih del,¹² zagovorniki odprte vsebine pa zagovarjajo prav nasprotno stališče. Litmanova na primer predlaga, da bi avtorsko pravico preoblikovali v pravico do komercialnega izkoriščanja dela, medtem ko bi nekomercialna uporaba postala prosta. Kršitev avtorske pravice bi tako pomenilo samo služenje denarja z izkoriščanjem tujega avtorskega dela ali drugi množični posegi, ki bi bistveno omejili avtorjevo možnost komercialnega izkoriščanja dela. Javnost pa bi pridobila jasno določene pravice do branja, razmnoževanja ali drugih oblik navadne uporabe dela, in ohranila pravico do citiranja, vključno z navajanjem spletnih hiperpovezav.¹³

Lessig predlaga pet vrst sprememb avtorskega prava:

1. Več formalnosti za pridobitev pravic (registracija in označevanje avtorskih del), saj v internetnem okolju tovrstne formalnosti ne pomenijo več velikega bremena za ustvarjalnost, evidence in možnost sledenja pa zagotavljajo večjo pravno varnost za uporabnike.
2. Krajše trajanje pravic, na primer največ 75 let s podaljševanjem na vsakih pet let ali celo samo 14 let ali navezava na trajanje patentov.
3. Določitev področja svobodne rabe avtorskih del z odpravo varstva onkraj meja začrtanega področja. Prevladovati bi morala domneva, da načini uporabe, ki niso izrecno določeni v zakonu, niso varovani.

¹² Ker je danes tehnično mogoče omejevati uporabo dela tudi na področju zasebnosti, naj ne bi bilo več potrebe po nekaterih tradicionalnih omejitvah izključnih pravic, kot je na primer pravica do zasebnega kopiranja avtorskih del. Glej Ginsburg/Gaubiac, *Private Copying in the Digital Environment* v: Kabel/Mom, str. 149–155.

¹³ Litman, *Digital ...*, str. 180–186.

4. Osvoboditev glasbe z dopuščanjem nekomercialne menjave glasbenih datotek in njeno omejitvijo samo, kolikor dejansko povzroča škodo komercialni distribuciji.
5. Omejitev pravne regulacije kulture le na področja, na katerih je potrebna in koristna.¹⁴

Stallman meni, da bi za vsa funkcionalna dela (tj. tista, katerih namen je, da se opravi določena naloga, na primer recepti, računalniški programi, navodila, učbeniki, slovarji in enciklopedije) veljalo prosto razmnoževanje, spreminjanje in razširjanje – enako kot za prosto programje. Za druga dela, katerih cilj je izraz avtorjevega mnenja ali individualni umetniški izraz, povsem prosto spreminjanje ni potrebno, ampak zadošča možnost dobesednega razmnoževanja. Avtorska pravica bi lahko pokrivala samo komercialno razmnoževanje, medtem ko bi bila enaka nekomercialna dejavnost prosta. Tako bi razmnoževanje spremenjenih različic in komercialna distribucija dobesednih izvodov avtorju še vedno prinašala določen dohodek, avtorsko pravo pa ne bi posegalo na področje zasebnega. Ker pa je za umetnike izposojanje iz starejših del pogosto zelo plodno, bi morali kategorijo estetskih del razdeliti še na podkategorije.¹⁵ Stallman torej ponuja različne režime pravnega varstva za različne kategorije avtorskih del, kar nekoliko spominja na Breyerjevo analizo iz leta 1970 o utemeljenosti različnih stopenj avtorskopravnega varstva za različne kategorije knjig in za računalniške programe.¹⁶ Menim, da bi teoretično sicer zanimiva rešitev v praksi lahko povzročila težave pri uvrščanju posameznih del v kategorije in s tem omogočila izigravanje (na primer maskiranje funkcionalnih del kot estetskih). Če bi v mejnih primerih bilo potrebno sodno odločanje, uporabnikom ne bi bila zagotovljena zadostna jasnost pravnega položaja.

Omenjeni predlogi se nanašajo samo na reformo avtorskega prava. Glede reforme prava industrijske lastnine so isti avtorji bolj zadržani – omejijo se predvsem na izrecno zakonsko omejitev predmetov patentnega varstva (zlasti izključitev patentibilnosti računalniških programov, poslovnih metod in genskega gradiva), morebitno skrajšanje trajanja nekaterih vrst patentov ter strožji preizkus novosti izuma in izumiteljske ravni. Ne gre torej za temeljno preoblikovanje patentnega prava, temveč predvsem za zožitev njegove uporabe na klasično industrijsko področje in doslednejše upoštevanje obstoječih pogojev za podeljevanje patentov. Pojavljajo pa se tudi drugačna mnenja: da bi v digitalni dobi bila potrebna nova zasnova celotnega prava intelektualne lastnine. Endeshaw tako predlaga odpravo

¹⁴ Lessig, *Svobodna ...*, str. 303–321.

¹⁵ Stallman, str. 141–143.

¹⁶ Breyer, str. 309–323, 340–350.

klasičnih oblik intelektualne lastnine (avtorskih pravic, patentov, znamk, modelov), ki so po njegovem mnenju merkantilistični relikv, neprimeren za soočenje z izzivi informacijske dobe, in njihovo nadomestitev z integralnim konceptom »informacijske lastnine«, ki bi vse plati informacije obravnaval celostno. Poglavitne tri oblike lastniške informacije so izumi, izrazi in podobe, ki pa drug od drugega niso neodvisni, temveč se delno prekrivajo, zlasti pri netelesnih oblikah ustvarjalnosti. Informacijska lastnina bi zajela vse te oblike, obseg pravic, do katerih je ustvarjalec upravičen, pa bi bil odvisen od vložene ustvarjalnosti, izražene s celoto komponent.¹⁷

Navedene zamisli navajam zgolj ilustrativno. Podrobnejša analiza predlogov reforme prava intelektualne lastnine bi bistveno preseгла zadani obseg tega dela. Njihovo skupno izhodišče pa je ugotovitev, da je potrebna temeljitejša prilagoditev prava informacijski dobi, v kateri ni več tehnoloških ovir za prost pretok informacij in njegovo reguliranje ne zadeva več samo profesionalcev, ampak tudi posameznike. Položaj je podoben kot pri lastninski pravici, ki se večinoma utemeljuje naravnopravno,¹⁸ a se njen obseg in razumevanje s časom spreminjata, zaradi prilagajanja tehnološkemu in družbenemu napredku. Kjer je včasih načeloma obstajala absolutna oblast lastnika, na primer v zraku 10.000 m nad zemljiško parcelo, zdaj take oblasti ni več. Družba bi pretrpela preveliko izgubo, če bi vsak lastnik zemljišča lahko preprečil letalski promet nad njim, hkrati pa taka izguba pravic lastniku zemljišča ne povzroči bistvene škode. Podobno velja za izgubo ustvarjalčevega nadzora nad sleherno reprodukcijo dela ali implementacijo zamisli. Reforma bi zato morala izhajati iz jasne opredelitve ciljev prava intelektualne lastnine (za vsako področje posebej) in iskanja sredstev, ki so v novem tehnološkem okolju najprimernejša za doseg teh ciljev – zlasti je pomembno vprašanje, ali je podeljevanje začasnih monopolov nad uporabo intelektualnih dosežkov še vedno primerno sredstvo oziroma v kolikšnem obsegu.

9.3.3. Vloga prostih licenc pri preoblikovanju prava

Ustvarjanje odprte vsebine z uporabo prostih licenc omogoča, da se v okviru veljavnega prava intelektualne lastnine v praksi preizkusijo alternativni modeli izkoriščanja intelektualnih dosežkov, ki bi, če se izkaže, da delujejo, lahko bili vzor za bodočo zakonsko ureditev. Učinkovite nove zasnove prava intelektualne

¹⁷ Endeshaw, str. 332–333, 359–363; prim. Parchomovsky/Siegelman, *Towards an Integrated Theory of Intellectual Property*. Virginia Law Review, št. 7, zv. 88, 2002, str. 1455 in nasl.

¹⁸ Na primer v delih Johna Locka in Adama Smitha ali v francoski Deklaraciji o pravicah človeka in državljana iz leta 1789.

lastnine namreč ni mogoče ustvariti na pamet, na podlagi teoretičnih izhodišč, temveč mora (kot velja za pravo na splošno) izvirati iz dejanskih potreb in se čim bolj ujemati s prevladujočimi vzorci ravnanja. V teoriji se soočajo nasprotujoča si mnenja o tem, ali je podeljevanje začasnih monopolov (še) nujno za ustvarjanje, pa tudi filozofske utemeljitve sedanje pravne ureditve se razlikujejo – nekatere na primer vidijo bistvo avtorske pravice v spodbujanju ustvarjanja, druge pa v nagradi avtorju oziroma varovanju njegove osebnosti. Utilitaristična ameriška utemeljitev intelektualne lastnine¹⁹ mora že po svojem bistvu biti odprta za uporabo empiričnih metod pri opredelitvi izključnih pravic. Tudi na podlagi načel naravnega prava pa je mogoče filozofsko utemeljiti kvečjemu obstoj pravic intelektualne lastnine, njihov obseg in način uveljavljanja pa sta funkcionalno pogojena.²⁰ Ker vsaka izključna pravica posega v svobodo ravnanja drugih oseb, je pri razmejitvi med interesi ustvarjalcev in javnosti potrebno vrednostno tehtanje, ki pa ne more biti abstraktno. Velikost in teža posega v svobodo drugih oseb sta namreč odvisna od dejanske, in ne teoretične možnosti uporabe intelektualnih dosežkov – ta pa se s časom spreminja.²¹

Iskanje zakonskih rešitev za soočanje z novimi tehnologijami ni preprosto, ker je težko vnaprej predvideti, kakšne bodo posledice teh tehnologij na intelektualno ustvarjanje in kulturno potrošnjo. Breyer, ki je že leta 1970 sklenil, da prepričljivih razlogov za avtorsko pravico vsaj v primeru knjig ni, je menil, da je vendarle ne kaže odpraviti, dokler si ne izmislimo boljšega sistema, saj je negotovo, kakšne bi bile posledice nenadne odprave. Izključne pravice intelektualne lastnine se ne ohranjajo zato, ker bi jih nujno potrebovali, temveč predvsem zato, ker je negotovo, kaj bi se zgodilo, če bi jih odpravili.²² Gotovo pa je, da bi nenadna odprava povzročila močan pretres, saj bi zrušila monopole in ustaljene načine poslovanja v precejšnjem delu gospodarstva. Tudi Stallman priznava, da še ni mogoče ugotoviti, kako optimalno spremeniti celotno pravo intelektualne lastnine. Ne vemo, ali bodo nekoč

¹⁹ »To promote the progress of science and useful arts ...«

²⁰ To sledi že iz Kantove ugotovitve o nemožnosti čistega apriornega spoznanja vsebine naravnega prava. Pravo je sad človekove razumske in voljne odločitve, utemeljene na dejanskih izkušnjah. Glej Pavčnik, str. 456. Breyer meni, da naravno pravo, po katerem naj bi avtor prejel nagrado za vrednost, ki jo njegovo delo pomeni za družbo, ne more utemeljiti, kolikšna je ta nagrada, in nima nič bolj prepričljive metode kot teorija spodbud, po kateri je višina avtorjeve nagrade toliko, za kolikor je avtor pripravljen delati. Breyer, str. 286.

²¹ Izključna pravica do razmnoževanja avtorskih del v 17. stoletju na primer v praksi ni prizadela posameznikov, ker so imeli tehnično možnost množičnega razmnoževanja samo tiskarji. V 21. stoletju pa je položaj povsem drugačen.

²² Breyer, str. 321–322; Maher nepredvidljivost razvoja odprte vsebine pojasnjuje s teorijo kompleksnih sistemov. Maher, str. 667–668.

ljudje pisali romane, ne da bi jim bilo mar za to, ali lahko s tem kaj zaslužijo. To bi veljalo samo v družbi blaginje, kjer ni omejenosti dobrin, dokler tega stanja ne dosežemo, pa je potreben kompromisni sistem, ki ustvarjalcem lahko zagotavlja vir sredstev.²³ Zgodovina kaže, da je zakonodajo ob pojavu novih tehnologij primerneje spreminjati s časovnim zamikom, ko se različne možnosti njihove uporabe že razvijajo v praksi. Prezgodnje reguliranje novih tehnologij oziroma vsiljevanje uporabe starih pravil lahko zatre nove modele kulturnega ustvarjanja, širjenja ustvarjalnih del in razvoj porajajočih se poslovnih modelov, prilagojenih digitalnemu okolju. Litmanova na primer ugotavlja, da najbolj razburljiva možnost, ki jo ponuja digitalna omrežna tehnologija, ni njen potencial za distribucijo knjig, glasbe in filmov, temveč zmožnost ustvariti nove vrste neknjig, neglasbe in nefilmov. Če skušamo rekonstruirati trg tako, da bodo prevladali stari vzorci, lahko izključimo nastanek novih vrst del, kar bi bila velika izguba.²⁴

Učinkovite nove normativne vzorce je praviloma mogoče najti šele, ko se funkcionalno razvijejo v praksi, podobno kot so se razvile poslovne prakse v tiskarstvu, preden je na to področje posegel zakonodajalec.²⁵ V preteklosti so založniška industrija in profesionalni avtorji pri oblikovanju zakonodaje sodelovali tudi prek svojih vplivnih skupin. Nobena od teh interesnih skupin pa ne zastopa interesa javnosti, torej interesa uporabnikov in neprofesionalnih ustvarjalcev. V zadnjih letih je tudi širša javnost vse opaznejša pri organiziranem vplivanju na zakonodajalca, zlasti v obliki internetnih peticij in drugih oblik neposredne demokracije, kar se je pokazalo na primer v širokem gibanju, ki je preprečilo sprejem evropske direktive o patentiranju računalniško izvedenih izumov. Še pomembnejši del skupnosti (ki se ji pridružuje tudi del industrije) pa se dolgoročno kaže v oblikovanju novih ustvarjalnih, razvojnih in poslovnih modelov na pravni podlagi prostih licenc. Proste licence so se uveljavile spontano, brez zakonodajalčevega posredovanja. Tiste, ki ne ustrezajo potrebam skupnostne ustvarjalnosti, bodo spontano tudi odmrle, medtem ko se zakonske rešitve ohranjajo kljub svoji ugotovljeni neprimernosti. Tiste, ki bodo preživele, pa očitno delujejo, s čimer je najpreprosteje zavržen očitek, da gre za idealistične predstave o prostovoljnem delu brez nagrade, ki ne ustrezajo realnosti. To bo omogočilo zakonodajalcu lažje soočenje s problematiko digitalnih tehnologij in uzakonitev tistih pravil, za katera se bo v praksi izkazalo, da delujejo in da so potrebna. Takega vnaprejšnjega preizkusa ni bil deležen noben

²³ Stallman, str. 149.

²⁴ Litman, *Digital ...*, str. 108.

²⁵ Avtorsko pravo se je razvilo iz izključne pravice tiskarjev, ki je nastala s cehovskimi pravili, kraljevimi monopoli in bila šele pozneje uzakonjena kot izključna pravica avtorja.

od dosedanjih poskusov prilagoditve prava digitalnemu okolju – na primer širitev pojma razmnoževanja na efemerno reprodukcijo v delovnem spominu, uvedba pravil o dekompiliranju računalniških programov, pravno varstvo tehnoloških ukrepov zaščite, uvedba pravic izdelovalca podatkovnih baz, širitev patentibilnosti na računalniške programe ipd. Nova pravila so temeljila na ideoloških predpostavkah o delovanju ustvarjalnosti in na lobiranju dosedanjih velikih igralcev, zainteresiranih za ohranitev tržnega *statusa quo*, zato v praksi niso dosegla želenih rezultatov oziroma so celo povzročila nepredvidene težave.

Uporaba prostih licenc odkriva pogled v svet onkraj današnjega prava intelektualne lastnine, saj omogoča ustvarjanje, razvoj, širjenje znanja in poslovanje, kot bi potekali, če bi izključnih pravic ekonomske narave sploh ne bilo. Raznovrstne oblike odprte vsebine, za katere se proste licence že uspešno uporabljajo, nakazujejo, da podeljevanje začasnih monopolov nad uporabo duhovnih dosežkov v današnji družbi, v tehnološkem okolju, v katerem je pretok znanja in ustvarjalnosti hiter in brez trenja, ni vedno optimalno za spodbujanje razvoja. Reforma prava intelektualne lastnine, ki bi upoštevala to temeljno paradigmatško spremembo, bi morala omiliti omejitve razmnoževanja in razširjanja, ki so digitalnemu omrežnemu okolju tuje. Pošteno je, da se priznajo zasluge za intelektualni dosežek in da je ustvarjalec zanj nagrajen, ni pa nujno, da je nagrajen z izključnimi pravicami nad uporabo tega dosežka, če obstajajo drugi tržni mehanizmi, ki lahko zagotovijo ustrezno plačilo. Če se bodo v praksi v večjem obsegu obdržale tako lastniške kot odprte rešitve, potem bi lahko že zakon predvidel dva različna režima izkoriščanja predmetov izključnih pravic – manj in bolj restriktivnih, imetniku pravice pa prepustil umestitev svojega dosežka v enega od njiju.²⁶ Ker bi sistem temeljil na zakonu, ukvarjanje s podelitvijo licence in njeno vsebino ne bi bilo več potrebno, hkrati bi bil pravni status tako registriranih intelektualnih dosežkov takoj razviden.

Je torej že čas za radikalno reformo prava intelektualne lastnine, ki bi uzakonila nauke uporabe prostih licenc? Menim, da ne, saj obstaja preveč različnih licenčnih modelov brez enotnega standarda svobode, kar ne omogoča izoblikovanja tipskih

²⁶ To bi se lahko izvedlo na primer z internetno registracijo avtorskega dela v elektronski bazi del odprte vsebine (Bernska konvencija prepoveduje formalnosti glede nastanka avtorske pravice, ne pa glede njenega izkoriščanja) ali z izjavo o prosti uporabi patenta ob podani patentni prijavi. Litmanova v ta namen predlaga uvedbo posebnega s tehničnimi ukrepi zaščitenega formata .drm, za katerega bi še naprej veljal lastniški sistem izkoriščanja, če bi se imetnik pravic zanj odločil, medtem ko bi za dela v drugih oblikah veljala v zakonu urejen režim proste uporabe in upravičenje do ustreznega nadomestila iz sredstev, zbranih s posebnimi dajatvami ob prodaji blaga ali storitev, povezanih z razmnoževanjem in prenosom avtorskih del. Litman, *Sharing ...*, str. 39–47. Prim. Ginsburg/Gaubiac, *Private Copying in the Digital Environment*, v: Kabel/Mom, str. 154–155. Zittrain, str. 283.

zakonskih rešitev. Za zdaj zadošča, da s prestrogimi pravili ne oviramo spontanega nastanka odprtih vsebin in preprosto spremljamo, kako se bodo uveljavile v konkurenci pravnih, razvojnih in poslovnih modelov.²⁷ Zadržan zakonodajni pristop k novim tehnologijam je pogosto najprimernejši, ker ne more zatreti nepredvidenih, a koristnih novih načinov njihove uporabe. Dosedanje prilagoditve prava intelektualne lastnine digitalnemu omrežnemu okolju niso upoštevale možnosti sodelovanja skupnosti pri vseh oblikah intelektualnega ustvarjanja. Proste licence to napako skušajo popraviti. Doslej smo se iz njihovega uspeha lahko naučili, da zaostrovanje tradicionalnih pravil prava intelektualne lastnine in povečevanje nadzora imetnikov pravic nad uporabo njihovih dosežkov v digitalnem okolju nista primerni. Licenčno izoblikovanje vzporednega režima odprte vsebine omogoča neposredno konkurenco med lastniškimi in odprtimi modeli ustvarjanja in poslovanja, v kateri se bo preizkusila njihova učinkovitost.²⁸ Sodišča in zakonodajalec v to soočenje ne smejo prezgodaj posegati, saj morajo varovati širši interes, ne pa interesov posameznih vplivnih skupin, ki jih novi načini ustvarjanja in poslovanja ogrožajo. Tako se lahko nove pravne rešitve spontano oblikujejo in prilagodijo dejanskim potrebam, preden jih sprejme pravo. Odprta vsebina nam pomaga videti prek vcepljenih prepričanj o naravi človeške ustvarjalnosti in prek lastne nejevere glede tega, da so ljudje pripravljeni ustvarjati zaradi ustvarjanja samega. Zaradi tega vpogleda korak v svet brez prava intelektualne lastnine, kakršno poznamo danes, ne bo korak v temò.

²⁷ Prim. Litman, *Sharing ...*, str. 27.

²⁸ Prim. Zittrain, str. 265–266, 281.

10.

Literatura in viri

10.1. Literatura

- AIGRAIN, P., *A framework for understanding the impact of GPL copylefting vs. non copylefting licenses*. URL: <http://opensource.mit.edu/papers/aigrain2.pdf>.
- AIGRAIN, P., *Positive intellectual rights and information exchanges*. URL: <http://opensource.mit.edu/papers/aigrain.pdf>.
- AUSTIN, W. L., *Software Patents*. Texas Intellectual Property Law Journal, št. 2, zvezek 7, 1998–1999.
- BENKLER, Y., *Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm*. Yale Law Review št. 3, zvezek 112, 2002, str. 369–446.
- BEZROUKOV, N., *Open Source Software Development as a Special Type of Academic Research (Critique of Vulgar Raymondism)*. First Monday, št. 10, letnik 4, 1999. URL: http://www.firstmonday.dk/issues/issue4_10/bezroukov/index.html.
- BLACK'S LAW DICTIONARY, 7. izdaja, St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
- BOETTINGER, S., BURK, D. L., *Open Source Patenting*. Journal of International Biotechnology Law, zvezek 1, 2004, str. 221–231.
- BOGATAJ JANČIČ, M., *Avtorsko pravo v digitalni dobi, problematika zaščite avtorskih del s tehnološkimi ukrepi: doktorska disertacija*. Ljubljana 2006.
- BOGATAJ JANČIČ, M., *Licence Creative Commons*. Pravna praksa, št. 39-40, letnik 24, 2005, str. 20–21.
- BOGATAJ, M., *Avtorsko pravo v dobi novih tehnologij*. Pravna praksa, št. 36-37, letnik 19, 2000, str. 29–33.
- BOGATAJ, M., *Pravno varstvo tehničnih ukrepov za zaščito avtorskih del*. Pravna praksa, št. 12, letnik 21, 2002, str. 34–38.

- BREYER, S., *The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs*. Harvard Law Review, št. 2, zvezek 84, 1970, str. 281–355.
- BÜREN, R., DAVID, L., *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. Bd. 1, Allgemeiner Teil*. Basel, Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1995.
- CIGOJ, S., *Komentar obligacijskih razmerij: veliki komentar zakona o obligacijskih razmerjih dr. Stojana Cigoja* (4 zvezki). Ljubljana: ČZ Uradni list SRS, 1985.
- DAMJAN, M., *GNU GPL – licenca ali pogodba?* Pravniki, št. 4-5, let. 61, 2006, str. 329–353.
- DAMJAN, M., *Izšla je 3. verzija licence GPL*. Pravna praksa, št. 37, let. 26, 2007, pril., str. II–VIII.
- DAMJAN, M., *O pravni naravi in predmetu licence*. Podjetje in delo, št. 3-4, let. 32, 2006, str. 631–665.
- DAMJAN, M., *Pravni temelj prostega programja*. Pravniki, št. 4–6, let. 59, 2004, str. 280–296.
- DAMJAN, M., *Problemi pravnega varstva računalniških programov*. Podjetje in delo, št. 3-4, let. 34, 2008, str. 471–502.
- DAMJAN, M., *Prodajna ali licenčna pogodba za računalniško programje?* Pravniki, št. 1–3, let. 60, 2005, str. 143–156.
- DETERMANN, L., FELLMETH, A. X., *Don't Judge a Sale by Its License: Software Transfer Under the First Sale Doctrine in the United States and the European Community*. University of San Francisco Law Review, št. 1, zvezek 36, 2001, str. 1–107.
- DEUTSCHES RECHTSLEXIKON. Band 2, G–P. München: C. H. Beck, 2001.
- DIKA, M., KNEŽEVIĆ, G., STOJANOVIĆ, S., *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*. Nomos, Beograd 1991.
- DRAHOS, P., *A Philosophy of Intellectual Property*. Dartmouth: Aldershot [etc.], 1996.
- DREIER, T., SCHULZE, G., *Urheberrechtsgesetz: Kommentar*. München: C. H. Beck, 2004.
- EBNET, P., *Der Informationsvertrag*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1995.
- ENDESHAW, A., *Reconfiguring Intellectual Property for the Information Age – Towards Information Property?* The Journal of World Intellectual Property, št. 3, zvezek 7, 2004, str. 327.
- FELDMAN, R., *The Open Source Biotechnology Movement: Is It Patent Misuse?* Minnesota Journal of Law, Science & Technology, št. 1, zvezek 6, 2004, str. 117–167.

- FOGEL, K., *Producing Open Source Software*. Sebastopol, CA, Cambridge MA: O'Reilly, 2005. Dostopno tudi na spletni strani: <http://producingoss.com> (citirano po različici v formatu .pdf).
- FORKEL, H., *Zur dinglichen Wirkung einfacher Lizenzen*. NJW, št. 32, 1983, str. 1764–1768.
- GARFINKEL, S. L., STALLMAN, R. M., KAPOR, M., *Why Patents Are Bad for Software*. Issues in Science in Technology, št. 1, vol. 8, 1991, str. 50–55. V obliki html URL: <http://lpf.ai.mit.edu/Links/prep.ai.mit.edu/issues/article>.
- GHOSH, R. A. (urednik), *Code – Collaborative Ownership and the Digital Economy*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2005.
- GOMULKIEWICZ, R. W., *De-Bugging Open Source Software Licensing*. University of Pittsburgh Law Review, št. 64, 2002/2003, str. 75–103.
- GOMULKIEWICZ, R. W., *How Copyleft Uses License Rights to Succeed in the Open Source Software Revolution and the Implications for Article 2B*. Houston Law Review, št. 36, 1999, str. 179–194.
- GOMULKIEWICZ, R. W., *Legal Protection for Software: Still a Work in Progress*. Tex. Wesleyan Law Review, št. 8, 2001/2002, str. 445–454.
- GRBOVIĆ, Đ., *Dekonstrukcija avtorskoprnega varstva računalniških programov (na poti k copyleft)*. Pravnik, št. 7–9, letnik 60, 2005, str. 501–520.
- GRILC, P., *Moderni tipi pogodb avtonomnega gospodarskega prava*. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1996.
- GRILC, P., *Nekateri pravni standardi za prodajo softwarea – primerjalni pregledi*. Pravna praksa, št. 23-24, letnik 10, 1991, priloga Informatika in pravo, str. II–III.
- GUADAMUZ, A., *GNU General Public License v3: A Legal Analysis*. Script-Ed, št. 2, zvezek 3, junij 2006, str. 130–139.
- GUADAMUZ, A., *Viral Contracts or Unenforceable Documents? Contractual Validity of Copyleft Licenses*. European Intellectual Property Review, št. 8, zvezek 26, 2004, str. 331–339.
- GUIBAUT, L., HUGENHOLTZ, P. B., *The Future of the Public Domain. Identifying the Commons in Information Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006.
- GUIBAUT, L., VAN DAALEN, O., *Unravelling the Myth around Open Source Licences*. The Hague: T. M. C. Asser Press, 2006.
- HANDWÖRTERBUCH DER RECHTSWISSENSCHAFT. Berlin, Leipzig: W. de Gruyter & Co., 1928.

- HARTMANN, A., *Der Rechtscharakter der Lizenz und die Einräumung von Lizenzen (schuldrechtliche oder dingliche Beschaffenheit, Verpflichtung und Verfügung)*. URL: <http://www.jurabilis.de/seminararbeiten/ah-lizenzrecht.pdf>.
- HAWKINS, J. L., *ProCD, Inc. v. Zeidenberg: Enforceability of Shrinkwrap Licenses Under the Copyright Act*, Richmond Journal of Law and Technology, št. 6, zvezek 3, 1997, URL: <http://www.richmond.edu/~jolt/v3i1/hawkins.html>.
- Heller, M. A., Eisenberg, R. S., Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research. Science, št. 5364, zvezek 280, maj 1998, str. 698–701.
- Hill, B. M., Towards a Standard of Freedom: Creative Commons and the Free Software Movement. URL: http://mako.cc/writing/toward_a_standard_of_freedom.html.
- HUGENHOLTZ, P. B., *Code as Code, Or the End of Intellectual Property as We Know It*. Maastricht Journal of European and Comparative Law, št. 3, zvezek 6, 1999, str. 308–318.
- IFROSS (Jaeger, Koglin, Kreutzer, Metzger, Schulz), *Die GPL kommentiert und erklärt*. Köln: O'Reilly Verlag, 2005.
- JAEGER, T., *Die Erschöpfung des Verbreitungsrechts bei OEM-Software*. ZUM – Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, št. 12, 2000, str. 10701075.
- JANJIĆ, M., *Industrijska svojina i autorsko pravo*. Drugo, prerađeno izdanje. Beograd: Službeni list SFRJ, 1982.
- JOLY, Y., *Open Source Approaches in Biotechnology: Utopia Revisited*. Še neobjavljen prispevek na konferenci, pripravljen za objavo v Maine Law Review, 2007, Spring Symposium Issue. Citirano po dokumentu pdf, dostopnem na naslovu: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=943011#PaperDownload.
- JONES, P., *The GPL is a License, Not a Contract, Which is Why the Sky Isn't Falling*. 14. 12. 2003. URL: <http://www.groklaw.net/article.php?story=20031214210634851>.
- JUHART, M., PLAVŠAK, N. (redaktorja), *Obligacijski zakonik s komentarjem, 1. do 5. knjiga (Komentar OZ/1–5)*. Ljubljana: GV Založba, 2003–2004.
- JUHART, M., *Zavezovalni in razpolagalni pravni posli – med kavzalnostjo in abstraktnostjo*. Zbornik znanstvenih razprav, letnik LV, 1995, str. 129–148.
- JUNKER, A., BENECKE, M., *Computerrecht*. 2. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.
- KABEL, J. J. C., MOM, G. J. H. M. (urednika), *Intellectual Property and Information Law: Essays in Honour of Herman Cohen Jehoram*. Haag: Kluwer Law, 1998.

- KLUN, G., *Peer to peer (P2P)*. Pravna praksa, št. 39-40, let. 26, 2007, str. 21–23.
- KLUN, G., *Pirati s severa*. Pravna praksa, št. 44, let. 25, 2006, str. 16–17.
- KÖBLER, G., *Deutsch-Deutsches Rechtswörterbuch*. München: Beck, 1991.
- KOCH, F. A., *Urheber- und kartellrechtliche Aspekte der Nutzung von Open-Source Software (I)*. Computerrecht, št. 5, 2000, str. 273–281.
- KOCH, F. A., *Urheber- und kartellrechtliche Aspekte der Nutzung von Open-Source Software (II)*. Computerrecht, št. 6, 2000, str. 333–344.
- KOS, P., *Pravna zaščita računalniških programov*. Pravna praksa, št. 4, letnik 24, 2005, priloga, str. V–VIII.
- KRASSER, R., *Patentrecht*. 5. Auflage. München: C. H. Beck, 2004.
- LARENZ, K., WOLF, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9., neubearbeitete und erweiterte Aufl. München: C. H. Beck, 2004.
- LEAGUE FOR PROGRAMMING FREEDOM (LFP), *Against Software Patents*. Hastings Communications and Entertainment Law Journal, št. 2, zvezek 14, 1991/1992, str. 297–314.
- LEKSIKON RAČUNALNIŠTVA IN INFORMATIKE (urednik D. Pahor). Ljubljana: Pasa-
dena, 2002.
- LEMLEY, M. A., *Intellectual Property and Shrinkwrap Licenses*. Southern California Law Review, št. 68 (1994/1995), str. 1239–1294.
- LESSIG, L., *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.
- LESSIG, L., *Innovating Copyright*, Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, št. 3 zvezek 20, 2002, str. 611–623.
- LESSIG, L., *Svobodna kultura: narava in prihodnost ustvarjalnosti*. Ljubljana: Krtina, 2005.
- LESSIG, L., *The Creative Commons*, Florida Law Review, št. 3, zvezek 55, 2003, str. 763–778.
- LESSIG, L., *The Future of Ideas*. New York: Random House, 2001.
- LEVOVNIK, J., *Tehnični ukrepi za zaščito avtorskih del in predmetov sorodnih pravic*. Evro pravna praksa, 1. del: št. 5/2004, str. 17; 2. del: št. 6/2005, str. 23.
- LEWINSKI, S., *International Copyright Law and Policy*. New York: Oxford University Press, 2008.
- LITMAN, J., *Digital Copyright*. New York: Prometheus Books, Amherst, 2001.
- LITMAN, J., *Sharing and Stealing*. Hastings Communications and Entertainment Law Journal, št. 1, zvezek 27, 2004, str. 1–50; citirano po objavi v formatu pdf, dostopni na internetnem naslovu: <http://www-personal.umich.edu/%7Ejdlitman/papers/sharing&stealing.pdf>.

- LUBARDA, M., *Ali obvezno kolektivno upravljanje avtorskih pravic omejuje avtorje?* Pravna praksa, št. 26, let. 28, 2009, str. 8–10.
- MAHER, M., *Open Source Software: The Success of an Alternative Intellectual Property Incentive Paradigm.* Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal, št. 3, zvezek 10, 2000, str. 619–695.
- MAKAROVIČ, B. ET AL.: *Internet in pravo: izbrane teme s komentarjem Zakona o elektronskem poslovanju in elektronskem podpisu.* Ljubljana: Pasadena, 2001.
- MARLY, J., *Softwareüberlassungsverträge, 2. Auflage.* München: C. H. Beck, 1997.
- MARN, J., ŽENKO, Z., *Računalniški patenti – problematizacija fikcije.* Informatika in pravo: zbornik prve konference/INPRO'2005, Maribor, 16. junij 2005. Maribor: Cepri, 2005, str. 77–93.
- MAURER, S. M., RAI, A., ŠALI, A., *Finding Cures for Tropical Diseases: Is Open Source an Answer?* PLoS Medicine, št. 3, zvezek 1, december 2004, str. 180–183.
- MCGOWAN, D., *Copyright Nonconsequentialism.* Missouri Law Review, št. 1, zvezek 69, 2004, str. 1–72.
- MCGOWAN, D., *Legal Aspects of Free and Open Source Software.* URL: <http://www.law.umn.edu/uploads/images/253/McGowanD-OpenSource.rtf>.
- MCGOWAN, D., *Legal Implications of Open-Source Software.* University of Illinois Law Review, št. 1, 2001, str. 241–304.
- MEDICUS, D., *Allgemeiner Teil des BGB.* Heidelberg: C. F. Müller, 1992.
- METZGER, A., JAEGER, T., *Open Source Software und deutsches Urheberrecht.* GRURInt – Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil, št. 10, 1999, str. 839–848.
- MEŽNAR, Š., *Avtorsko kolizijsko pravo.* Ljubljana: Cankarjeva založba, 2005.
- MEŽNAR, Š., *Patentno v. avtorskopravno varstvo računalniških programov.* Informatika in pravo: zbornik prve konference/INPRO'2005, Maribor, 16. junij 2005. Maribor: Cepri, 2005, str. 94–106.
- MILLER, J. S., *Allchin's Folly: Exploding Some Myths About Open Source Software.* Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, zvezek 20, 2002, str. 491–506.
- MOGLEN, E., *Anarchism triumphant: free software and the death of copyright.* First Monday, št. 48, 1999, URL: <http://www.firstmonday.dk/issues/issue48/moglen/index.html>. Citirano po objavi v formatu pdf na internetnem naslovu: <http://emoglen.law.columbia.edu/publications/anarchism.pdf>.
- MOGLEN, E., *Enforcing the GPL, I.* Linux User, september 2001, str. 66, URL <http://emoglen.law.columbia.edu/publications/lu-12.html>.

- MOGLEN, E., *Enforcing the GPL*, II. 10. september 2001, Linux User, oktober 2001, str. 66, URL: <http://emoglen.law.columbia.edu/publications/lu-13.html>.
- MOGLEN, E., *Free Software or Open Source?* LinuxUser, št. 7, 2001, str. 66, URL: <http://emoglen.law.columbia.edu/publications/lu-07.html>.
- MOGLEN, E., *The dotCommunist Manifesto*. 2003, URL: <http://emoglen.law.columbia.edu/publications/dcm.html>.
- MOGLEN, E., *The Invisible Barbecue*. Komentar na simpoziju *Telecommunications Law: Unscrambling the Signals, Unbundling the Law*. Columbia Law Review, št. 4, zv. 97, 1997, str. 945–955.
- MOGLEN, E., *Why the FSF gets copyright assignments from contributors*, URL: <http://www.gnu.org/copyleft/why-assign.html>.
- OPDERBECK, D.W., *The Penguin's Genome, or Coase and Open Source Biotechnology*. Harvard Journal of Law and Technology, zvezek 18, 2004, str. 167–227.
- OPEN SOURCE JAHRBUCH 2004 (urednika R. A. Gehring, B. Lutterbeck,). Berlin: Lehmanns Media, 2004.
- OPEN SOURCE JAHRBUCH 2005 (uredniki B. Lutterbeck, R. A. Gehring, M. Bärwolff). Berlin: Lehmanns Media, 2005.
- OPEN SOURCE JAHRBUCH 2006 (uredniki B. Lutterbeck, M. Bärwolff, R. A. Gehring). Berlin: Lehmanns Media, 2006.
- PARAĆ, Z., *Patentirani izum in know-how kao predmeti ugovora o licenci*. Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, št. 3-4, letnik 36, 1986, str. 469–491.
- PARAĆ, Z., *Pravna priroda ugovora o licenci u jugoslavenskom pravu – pozitivan ili negativan karakter*. Privreda i pravo, št. 1-2, letnik 25, 1986, str. 5–14.
- PAVČNIK, M., *Teorija prava*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 1997.
- PEARSON, H.: *Computer Contracts: An International Guide to Agreements and Software Protection*. London: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984.
- PEDRAZZINI, M., BÜREN, R., MARBACH, E., *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*. Bern: Stämpfli, 1998.
- PETERLIN, P., *Model odprtega programja - predavanje udeležencem poletne šole podjetja Hermes Softlab*, 11. julij 1999, URL: <http://www.lugos.si/~peterlin/besedila/odprto-programje/>.
- PFAFFENBERGER, B., *Why Open Content Matters*. Knowledge, Technology, and Policy, št. 1, zvezek 14, 2001, str. 93–102.
- PHILIPS, D. E., *The Software License Unveiled: How Legislation by License Controls Software Access*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2009.

- PITET, C. L.: *The Problem with »Money Now, Terms Later«*: ProCD, Inc. v. Zeidenberg and the Enforceability of »Shrinkwrap« Software Licenses. Loyola of Los Angeles Law Review št. 31, zvezek 1997/98, str. 325–352.
- PLASS, *Open Contents im deutschen Urheberrecht*, GRUR, 2002, str. 670.
- PRAVNI TERMINOLOŠKI SLOVAR: do 1991, gradivo. Ljubljana: Založba ZRC SAZU, 1999.
- PRAVO – LEKSIKON CANKARJEVE ZALOŽBE – 2., razširjena in spremenjena izdaja. Ljubljana: Cankarjeva založba, 2003.
- PRODROMOU, E., *CC Licence Distinctions*. URL: http://evan.prodromou.name/CC_Licence_Distinctions.
- PUHARIČ, K., KRISPER KRAMBERGER, M., UDE, L., ZABEL, B., *Zakon o industrijski lastnini s komentarjem*. Ljubljana: ČZ Uradni list RS, 1994.
- PUHARIČ, K., *Nova pravna vprašanja intelektualne lastnine v odprtih elektronskih okoljih*. Podjetje in delo, št. 6, 1997, str. 1063.
- PUHARIČ, K., *Pravno varstvo računalniških programov*. Podjetje in delo, št. 5, 1996, str. 1025.
- PUHARIČ, K., UDE, L., KRISPER KRAMBERGER, M., *Predpisi o izumih, tehničnih izboljšavah in znakih razlikovanja*. Ljubljana: ČZ Uradni list, 1982.
- PUHARIČ, K., *Zakon o industrijski lastnini (ZIL-1-UPB1): s komentarjem, izvedbenimi predpisi, mednarodnimi konvencijami ter pogodbami in sporazumi*. Ljubljana: GV založba, 2003.
- RAYMOND, E. S., *Homesteading the Noosphere*. First Monday, zvezek 3, št. 10, 1998, URL: http://www.firstmonday.org/issues/issue3_10/raymond/index.html.
- RAYMOND, E. S., *The Cathedral and the Bazaar*. First Monday, zvezek 3, št. 3, 1998, URL: http://www.firstmonday.org/issues/issue3_3/raymond/index.html#author.
- REESE, B., STENBERG, D., *Working Without Copyleft*. 2001, URL: <http://www.oreillynet.com/pub/a/policy/2001/12/12/transition.html>.
- REPAS, M., *Novejši trendi na področju patentiranja*. Podjetje in delo, št. 8, 2001, str. 1479.
- ROBERTSON, S. J. A., *The Validity of Shrink-Wrap Licences in Scots Law – Beta Computers (Europe) Ltd v. Adobe Systems (Europe) Ltd, Case Note*. The Journal of Information, Law and Technology, št. 2/1998, URL: http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1998_2/robertson.
- RÖHRICHT, V., WESTPHALLEN, F. von, *Handelsgesetzbuch, Kommentar*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1998.

- ROHRLICH, M.: *Ein systematischer Überblick zum Problemkreis der Einbeziehung von Lizenzbestimmungen beim Kauf von Standardsoftware*, URL: <http://www.rohrlich.de/texte/rohrlichde/lizenzen.htm>.
- ROSEN, L., *Open Source Licensing. Software Freedom and Intellectual Property Law*. New Jersey: Prentice Hall, 2004.
- SAJOVIC, B., *Osnove avtorske pravice*. Pravnik, št. 1–3, letnik 48, 1993, str. 13–20.
- SAJOVIC, B., *Osnove civilnega prava. Splošni del*. Ljubljana: Uradni list RS, 1994.
- SAJOVIC, B., *Osnove civilnega prava. Stvarno pravo I*. Ljubljana: Uradni list RS, 1994.
- SCHACK, H., *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.
- SCHECHTER, R. E., *The Unfairness of Click-on Software Licenses*. The Wayne Law Review, št. 46, 2000, str. 1735–1803.
- SCHWAB, D., *Einführung in das Zivilrecht; 6., völlig neubearbeitete Auflage*. Heidelberg: C. F. Müller, 1985.
- SINGSANGOB, A., *A Validity of Shrinkwrap and Clickwrap License Agreements in the USA: Should we follow UCITA?*, URL: http://legalaid.bu.ac.th/files/articles/A_VALID_OF_SWL.pdf.
- SPINDLER, G. ET AL., *Rechtsfragen bei Open Source*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2004.
- SPOONER, S. J., *The Validation of Shrink-Wrap and Click-Wrap Licenses by Virginia's Uniform Computer Information Transactions Act*. Richmond Journal of Law and Technology, št. 27, zvezek 7, 2001, URL: <http://www.richmond.edu/jolt/v7i3/article1.html>.
- ST. LAURENT, A. M., *Understanding Open Source and Free Software Licensing*. Sebastopol, CA, Cambridge MA: O'Reilly, 2004.
- STALLMAN, R. M., *Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman*. Boston: GNU Press – FSF, 2002.
- STIGLITZ, J. E., *Scrooge and intellectual property rights*. British Medical Journal, št. 7582, 23. december 2006, str. 1279–1280.
- STROHSACK, B., *Obligacijska razmerja I, II (Odškodninsko pravo in druge neposlovne obveznosti)*. Ljubljana: Uradni list RS, 1998.
- STROJIN, G., *Novejši trendi pravne zaščite programske opreme – preskok v patentno ero*. Pravna praksa, št. 8, let. 20, 2001, str. 28.
- STUMPE, H., GROSS, M., *Der Lizenzvertrag*. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 1998.
- ŠIPEC, M., *Sodno varstvo industrijske lastnine*. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1998.

- ŠTEMPIHAR, J., *Prenos avtorske pravice in licence*. Zbornik znanstvenih razprav, letnik 28, 1959, str. 197–211.
- TAEGER, J., *Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1995.
- THOMANN, F., RAUBER, G. (urednika), *Softwareschutz*. Bern: Stämpfli Verlag, 1998.
- TRAMPUŽ, M., *Avtorsko pogodbeno pravo v razmerju do obligacijskega zakonika*. V: *Veliki simpozij o stanju in razvoju slovenskega obligacijskega prava*. Ljubljana: Inštitut za primerjalno pravo, 2002.
- TRAMPUŽ, M., *Avtorsko pravo: izbrana poglavja*. Ljubljana: Cankarjeva založba, 2000.
- TRAMPUŽ, M., *Direktiva Sveta Evropskih skupnosti z dne 14. maja 1991 o pravnem varstvu računalniških programov*. Pravna praksa, št. 263, let. 11, 1992, str. 16.
- TRAMPUŽ, M., OMAN, B., ZUPANČIČ, A., *Zakon o avtorski in sorodnih pravicah s komentarjem*. Ljubljana: Gospodarski vestnik, 1997.
- TRAMPUŽ, M., *Predmet avtorskopravnega varstva pri računalniških programih*. Podjetje in delo, št. 5, 1996, str. 1018.
- VERONA, A., *Obvezno pravo. 3. knjiga, Licencni ugovor u jugoslavenskom, inozemnom i međunarodnom pravu*. Zagreb: Informator, 1981.
- Zittrain, J., *Normative Principles for Evaluating Free and Proprietary Software*. University of Chicago Law Review, 2004, str. 265–283.

10.2. Pravni viri

10.2.1. Slovenska zakonodaja

- Kazenski zakonik (KZ-1), Uradni list RS, št. 55/2008 (66/2008 – popr.), 39/2009, 55/2009 – Odl.US: U-I-73/09-19.
- Obligacijski zakonik (OZ), Uradni list RS, št. 83/2001, 32/2004, 28/2006 – Odl.US: U-I-300/04-25, 29/2007 – Odl.US: U-I-267/06-41, 40/2007, 97/2007 – UPB1.
- Stvarnopravni zakonik (SPZ), Uradni list RS, št. 87/2002, 18/2007 – Skl.US: U-I-70/04-18.
- Zakon o avtorski in sorodnih pravicah (ZASP), Uradni list RS, št. 21/1995, 9/2001, 30/2001, 85/2001 – Skl.US: U-I-149/98-36, 43/2004, 58/2004 – Odl.US: U-I-200/02-12, 94/04 – UPB1, 17/2006, 44/2006 – UPB2,

139/2006, 16/2007 – UPB3, 68/2008, 85/2010 – Skl.US: U-I-191/09-7, Up-916/09-16.

Zakon o delovnih razmerjih (ZDR), Uradni list RS, št. 42/2002, 79/2006 – ZZZPB-F, 46/07 – Odl.US: U-I-45/07, Up-249/06-22, 103/2007, 45/2008 – ZArbit, 83/2009 – Odl.US: U-I-284/06-26.

Zakon o industrijski lastnini (ZIL), Uradni list RS, št. 13/1992, 13/1993, 27/1993, 34/1997 – Odl. US: U-I-26/94-15, 75/1997, 54/2000, 45/2001, 37/2004.

Zakon o industrijski lastnini (ZIL-1), Uradni list RS, št. 45/2001, 96/2002, 7/03 – UPB1, 37/2004, 102/2004 – UPB2, 20/2006, 51/2006 – UPB3.

Zakon o knjižničarstvu (ZKnj-1), Uradni list RS, št. 87/2001, 96/2002 – ZUJIK.

Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku (ZMZPP), Uradni list RS, št. 56/1999, 45/2008 – ZArbit.

Zakon o varstvu izumov, tehničnih izboljšav in znakov razlikovanja, Uradni list SFRJ, št. 34/1981, 3/1990 in 20/1990.

Zakon o varstvu konkurence, Uradni list RS, št. 18/1993, 56/1999 – ZPOmK, 110/2002.

Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot), Uradni list RS, št. 20/1998 (25/1998 – popr.), 23/1999, 110/2002, 14/2003 – UPB1, 51/2004, 98/2004 – UPB2, 46/2006 – Odl.US: U-I-218/04-31, 126/2007, 86/2009.

10.2.2. Zakonodaja Evropske unije

Direktiva Sveta 91/250/EGS z dne 14. maja 1991 o pravnem varstvu računalniških programov, Uradni list L 122, 17. 5. 1991.

Direktiva 96/9/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. marca 1996 o pravnem varstvu baz podatkov, Uradni list L 77/20, 27. 3. 1996.

Direktiva 2000/31/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 8. junija 2000 o nekaterih pravnih vidikih storitev informacijske družbe, zlasti elektronskega poslovanja na notranjem trgu, Uradni list L 178 , 17. 7. 2000.

Direktiva 2001/29/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 22. maja 2001 o usklajevanju določenih vidikov avtorske in sorodnih pravic v informacijski družbi, Uradni list L 167, 22. 6. 2001.

Direktiva 2004/48/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 29. aprila 2004 o uveljavljanju pravic intelektualne lastnine, Uradni list L 157, 30. 4. 2004.

Uredba Sveta (ES) 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, Uradni list L 12, 16. 1. 2001.

Uredba (ES) 864/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2007 o pravu, ki se uporablja za nepogodbene obveznosti (Rim II), Uradni list L 199, 31. 7. 2007.

Uredba (ES) 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I), Uradni list L 177, 4. 7. 2008.

10.2.3. Mednarodne konvencije

Bernska konvencija za varstvo književnih in umetniških del, Uradni list SFRJ, MP, št. 14/1975, 4/1986; Uradni list RS, št. 24/1992; Uradni list RS, MP, št. 9/1992.

Konvencija o podeljevanju evropskih patentov, Uradni list RS, MP, št. 19/2002.

Pariška konvencija za varstvo industrijske lastnine, Uradni list SFRJ, MP, št. 5/1974, 7/1986; Uradni list RS, št. 24/1992; Uradni list RS, MP, št. 9/1992.

Sporazum o trgovinskih vidikih pravic intelektualne lastnine (TRIPS), Aneks 1 C k Marakeškemu sporazumu o ustanovitvi Svetovne trgovinske organizacije, Uradni list RS, MP, št. 10/1995.

Pogodba Svetovne organizacije za intelektualno lastnino (WIPO) o avtorski pravici, Uradni list RS, MP, št. 25/1999.

10.2.4. Tuja zakonodaja

Nemčija

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), nova objava BGBl. I S. 42, ber. S. 2909 in BGBl. 2003 S. 738, nazadnje spremenjen z zakonom z dne 17. 1. 2011, BGBl. I S. 34.

Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz – UrhG), BGBl. S. 1273, nazadnje spremenjen z zakonom z dne 17. 12. 2008, BGBl. I S. 2586.

Patentgesetz (PatG), BGBl. 1981 I S. 1, nazadnje spremenjen z zakonom z dne 31. 7. 2009, BGBl. I S. 2521.

Avstrija

Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz – UrhG), StF: BGBl. Nr. 111/1936, zadnja sprememba BGBl. I Nr. 58/2010.

Patentgesetz 1970 (PatG 1970), BGBl. Nr. 259/1970 (WV), zadnja sprememba
BGBl. I Nr. 135/2009.

Švica

Bundesgesetz über die Erfindungspatente (Patentgesetz – PatG), SR 232.14, AS
1995 2879 2887; BBl 1993 III 706.

ZDA

United States Code (U.S.C.) Title 17 – Copyrights (verzija z dne 1. 2. 2010).

