

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.	Preproste permisivne licence	51
2.6.2.	Recipročne (copyleft) licence	55
2.6.3.	Utemeljitev copylefta	63
3.	Druge kategorije odprte vsebine	65
3.1.	Širitev digitalnega in odziv prava	65
3.2.	Širitev kritike avtorskega prava	67
3.2.1.	Metafora o lastnini	68
3.2.2.	Prilagajanje prava tehnologiji	70
3.2.3.	Pravila za profesionalce	72
3.2.4.	Omejevanje tradicionalnih pravic uporabnikov	74
3.2.5.	Pomen uporabe obstoječega znanja	74
3.3.	Gibanje za odprto vsebino	78
3.3.1.	Osnovna zamisel	78
3.3.2.	Prosto licenciranje programske dokumentacije	79
3.3.3.	Splošna opredelitev odprte vsebine	80
3.3.4.	Terminološka nedorečenost	82
3.4.	Primeri prostih licenc za odprto vsebino	83
3.4.1.	Licence za programsko dokumentacijo	84
3.4.2.	Prve splošne licence za odprto vsebino	87
3.4.3.	Licence Creative Commons	91
3.4.4.	Druge licence za odprto vsebino	95
3.5.	Primer Wikipedija – prosta spletna enciklopedija	96
3.5.1.	Prispevanje k Wikipediji	97
3.5.2.	Uporaba gradiva z Wikipedije	99
4.	Temeljno o pravni naravi licence	101
4.1.	Licenca kot splošni pravni instrument	101
4.1.1.	Pravna kvalifikacija in predmet licenčne pogodbe	101
4.1.2.	Ločevanje med licenčno pogodbo in licenco	103
4.1.3.	Pozitivna ali negativna narava	107
4.1.4.	Zavezovalna ali razpolagalna narava	113
4.1.5.	Prenos ugotovitev na področje prostih licenc	126
4.2.	Pridobitev primerka dela in podelitev licence	127
4.2.1.	Splošno	127
4.2.2.	Prenos računalniškega programja	128
4.2.3.	Ugotovitev	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 nepogodbene 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 izvorne oblike dela	203
5.6.1.	Pomen razkritja	203
5.6.2.	Opredelitev in obseg izvorne 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.	Razmerje med tehnološkimi ukrepi in odprto vsebino.....	210
5.7.2.	Odziv licenc na tehnološke ukrepe	213
5.8.	Neodplačnost in nekomercialnost	216
5.8.1.	Neodplačnost licence	216
5.8.2.	Plačilo za druge storitve	217
5.8.3.	Določba o nekomercialni rabi.....	218
5.8.4.	Omejitev plačila za dobavo izvorne oblike	220
5.9.	Medsebojna združljivost licenc in večkratno licenciranje.....	221
5.9.1.	(Ne)združljivost prostih licenc	221
5.9.2.	Večkratno licenciranje	223
5.10.	Izključitev odgovornosti zaradi napak.....	225
5.10.1.	Izključitvene določbe licenc	225
5.10.2.	Predmet jamstva – vrste napak.....	227
5.10.3.	Dopustnost izključitve odgovornosti.....	228
5.10.4.	Različni položaji, v katerih lahko pride do odgovornosti....	237
5.10.5.	Sklepno o izključitvi odgovornosti.....	239
5.11.	Prehod med verzijami licence	240
5.12.	Prenehanje proste licence	244
5.12.1.	Potek časa in preklic.....	244
5.12.2.	Prekinitev licence zaradi kršitev	247
5.12.3.	Nemožnost izpolnjevanja licence	249
6.	Drugi avtorskopравни vidiki prostih licenc	251
6.1.	Kdaj se uporablja slovensko pravo.....	251
6.1.1.	Avtorski statut.....	251
6.1.2.	Mešani statut.....	253
6.1.3.	Mednarodna pristojnost	256
6.2.	Moralne in druge pravice avtorja	256
6.2.1.	Moralne pravice	257
6.2.2.	Druge pravice avtorja	262
6.3.	Vsebinske omejitve avtorske pravice	265
6.3.1.	Zakonite licence.....	266
6.3.2.	Prosta uporaba	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. Omejitev 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 proti 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 »kulturalna 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 objavljanja 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 omogočile, 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 pred poldrugim desetletjem nepredstavljiv. 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 nedoločnemu številu oseb. S tako prosto licenco se deloma ali v celoti poustvarijo 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 če bi bila v javni domeni, čeprav je njihov pravni status drugačen. Med prvimi primeri s prostimi licencami ustvarjene odprte vsebine je prosto oziroma odprtokodno 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 enciklopedije 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 velikih 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 dosegaajo 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 povzročata 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.