



ICT-jurist De Pous geeft zijn mening over open source en open standaarden

'Overheid laat zich door emotie leiden'

Open source software en open standaarden beheersen vrijwel iedere discussie over automatisering in de publieke sector. Vooral open source wordt gezien als dé redding voor veel problemen. Recent heeft de Tweede Kamer een duidelijk signaal afgegeven in de vorm van de acceptatie van het actieplan van staatssecretaris Heemskerk 'Nederland Open in Verbinding'. Hierin geeft de overheid duidelijk de voorkeur aan open source software. Maar is dit een zaligmakende keuze? Mr. Victor de Pous, die al 25 jaar gespecialiseerd is in rechtsaspecten van digitale technologie en veel onderzoek heeft gedaan naar het open source-fenomeen, vindt van niet. Volgens hem zou de focus van ICT op andere onderwerpen gericht moeten worden, zoals kwaliteit, duurzaamheid én de kwetsbaarheid van een samenleving, die inmiddels volledig afhankelijk van ICT is geworden.

Hoe kijkt u aan tegen open source software?

Heel feitelijk gezien betreft open source software een bonte verzameling van Amerikaanse juridische voorwaarden voor de beschikbaarstelling van softwarecode. Met brede gebruiksrechten, maar zonder waarborgen en zekerheden. Je kunt ook zeggen dat open source een businessmodel is. Daarvan kennen we er tenminste zeven. Het is echter in beginsel aan de softwareproducent om te bepalen welk model, of combinatie van modellen, voor zijn computerprogramma's het beste is.

Aan gebruikerszijde kies je mijns inziens primair voor een bepaald informatiesysteem of applicatie op grond van functionaliteiten en standaarden. Niet omdat de programmatuur op basis van het open source-businessmodel met één van de 200+ open sourcelicenties wordt aangeboden. Bovendien spelen onderhoud en verdere ontwikkeling van de code (de zogenaamde 'road map') bij die keuze eveneens een belangrijke rol. Netzo overigens als juridische waarborgen en zekerheden in het contract. Denk aan bevoegdheid tot levering, vrijwaring tegen aanspraken op grond van inbreuk op intellectueel



eigendom, garanties dat de software volgens bepaalde technische normen is gebouwd, werkt én blijft werken. En natuurlijk een redelijke aansprakelijkheidsregeling. Tenminste, zo zou het moeten zijn.

Maar zo is het dus niet ...?

Nee, helaas niet. Op dit moment wordt de discussie vooral gevoerd over open versus gesloten source software. Daarbij lijkt het soms of programmatuur die niet gratis is en niet met de broncode wordt geleverd per definitie slecht is. Onzin, natuurlijk.

Wat is dan wel een zinvolle discussie?

Onze maatschappij heeft z'n ziel en zaligheid opgehangen aan de beschikbaarheid en goede werking van digitale technologie: hardware, software en infrastructuur. Zonder ICT staat alles letterlijk stil. Dát moet je snappen en vervolgens maatregelen nemen. Meer aandacht voor de kwaliteit van ICT-projecten en de gevolgen van te late leveringen, gebreken en uitval. Wie is waarvoor verantwoordelijk en aansprakelijk? Overheidsorganisaties moeten dus meer waarborgen en zekerheden verlangen en tevens om juridische borging vragen. Focus op kwaliteit en duurzaamheid. Dit moet hoog op de agenda! En dit debat is belangrijker dan die over business modellen in de ICT-sector.

Toch denken overheidsorganisaties dat open source dé oplossing is voor veel problemen ...

De actuele discussie lijkt gevoed te worden op grond van ongenoegen met één bepaald Amerikaans softwarebedrijf. Deze omstandigheid doet geen recht aan de praktijk. Niet alleen zijn er minimaal zeven businessmodellen voor de levering van software, ook kennen we duizenden ICT-bedrijven. Niemand kan alles leveren en onderhouden. Iedere gebruikers-organisatie blijft dus te maken houden met een multi-vendor en multi-product omgeving.

Bovendien zal softwarecode steeds vaker als dienst worden geleverd, volgens een bepaald diensten-niveau. Dan zie je dat de discussie over open source software er nauwelijks meer toe doet. Het draait natuurlijk om de uitwisselbaarheid en continue beschikbaarheid van informatie. Nu, en in de toekomst.

Hoe ziet u de toekomst?

Allerlei grote en kleine producenten en leveranciers met heel veel verschillende softwareproducten, die op grond van verschillende businessmodellen en dito licentievoorwaarden worden geleverd, zullen naast elkaar blijven bestaan. Het is dus niet 'open' versus 'gesloten', maar interoperabiliteit dankzij standaarden. Technisch en juridisch.

Hiervoor moet de lat bij producent en dienstverlener hoger komen te liggen. e-Mail mag dan bijvoorbeeld een relatief eenvoudige applicatie zijn, de beschikbaarheid en goede werking van elektronische postsystemen is essentieel voor onze samenleving. Dat moet blijven werken. Dus wordt ICT-dienstverlening steeds belangrijker en open source een non-issue. Helaas werken er mensen bij de overheid die dit een leuk politiek onderwerp vinden.

En wat vindt u van open standaarden?

Standaarden, ongeacht of ze open zijn, zijn nood-zakelijk voor economische welvaart en essentieel voor de hele ICT-sector en gebruikersorganisaties. Niemand kan eigenlijk tegen standaarden zijn! Het is echter wel belangrijk dat de Nederlandse overheid niet een te strakke definitie van open standaarden aanhoudt, zoals nu het geval is. Dan lopen we internationaal uit de pas en remmen wij onze technologische ontwikkelingen juist af. Bovendien geldt dat wie uitsluitend open ICT-standaarden verplicht stelt, voorbij gaat aan de praktijk van alledag met allerlei 'proven technology'. Waarom zou een minister vanaf 1 juli a.s. niet meer met een GSM-telefoon mogen bellen? Omdat deze internationale technische standaard gesloten is?

Technische standaarden samen met consolidatie van technologie zijn voor overheidsorganisaties van uitzonderlijk groot belang. Daar valt winst te behalen. Dat betekent echter ook dat maatwerk, dat wil zeggen het vanaf de grond opbouwen van informatiesystemen, in beginsel beperkt moet worden tot die gevallen waarin het de enige oplossing is. Bovendien blijft softwareontwikkeling het meest risicovolle aspect in het perspectief van ICT. Hoe minder maatwerk, hoe beter. Maar ook hierover barstte recent een politieke discussie los.

Dat begrijpt u niet?

Nee, eerlijk gezegd niet. Pakweg de laatste tien jaar is digitale technologie in politiek vaarwater gekomen. ICT is tegenwoordig emotie: spam, open source software, octrooiëring van code, digital rights management systemen. Dat vind ik vreemd. Vooral bekeken vanuit het perspectief van de overheid als gebruiker, die haar eigen informatiehuishouding voor burgers en bedrijfsleven zo goed mogelijk wil regelen. De overheid hoort zich primair te richten op haar dienstverlening. De achterliggende informatie-systemen die de businessprocessen bij de overheid ondersteunen horen mijns inziens niet tot emotie te leiden. Tenzij bijvoorbeeld een grondrecht wordt aangetast, zoals het recht op bescherming van onze persoonlijke levenssfeer. Dan mag, nee MOET je een manifest opstellen.

Is het dan niet merkwaardig dat de overheid juist stelt dat om haar dienstverlening te verbeteren open source en open standaarden een must zijn?

Nogmaals, standaarden in het algemeen zijn warm aan te bevelen. En hoe meer open, hoe beter het in sommige gevallen kan zijn. Maar wij doen er tegelijkertijd goed aan geen bestaande, goed functionerende en breed ingevoerde technische normen ineens in de prullenbak te gooien.

En hoe zit het dan met de kosten? Er wordt ook geroepen dat open source goedkoper is en dat het om die reden gunstiger is voor de burger ...

Iedereen kijkt alleen maar naar geld. Dat mag best, maar de vergoedingen voor licenties vormen slechts tien tot vijftien procent van de totale kosten voor ICT. Het budgettaire aspect zal echter steeds vaker naar de achtergrond verdwijnen. Vroeger werd werk uitbesteed,



omdat het elders goedkoper was. In de nabije toekomst MOETEN wij ICT uitbesteden, omdat wij onvoldoende capaciteit en wellicht ook kennis niet langer in eigen land hebben (red. zie kader ‘Aanbod personeel blijft ver achter bij vraag’). Voor ieder project, voor ieder stukje softwarecode zijn immers mensen nodig, ongeacht het gebruikte business-model. Gekwalificeerd personeel is bij ons echter schaars en dat lossen wij in Nederland alleen op door naar het buitenland te gaan. Niet langer omdat het een lage-lonen-land betreft, maar omdat ter plaatse capaciteit en expertise aanwezig is.

Is dit niet iets wat de overheid op had kunnen of misschien zelfs wel moeten pakken om zo de software-sector verder te stimuleren?

De softwaresector heeft uitstekende economische kansen, maar dan moet je inderdaad wél de mensen hebben. De Nederlandse overheid heeft er mijns inziens nooit gestructureerd naar gekeken. Als je ICT belangrijk vindt en je wilt het zelf doen, dan kan je daar beleid op ontwikkelen. Zo stimuleert de volksrepubliek China al jaren mensen om technische studies te volgen. Nu al komen er tussen de 370 en 400 duizend technische academici op de arbeidsmarkt en hun aantal groeit jaarlijks. China wordt over drie jaar de nummer één in de wereld van ICT-diensten, daarmee India van de troon stotend. In Nederland en West-Europa kampen wij met een structureel tekort aan ICT-ers. Dat levert natuurlijk problemen op en misschien geldt dat wel voor open source software in het bijzonder.

Hoezo?

Bij open source worden weliswaar runcode en broncode vrijgegeven, maar doorgaans ontbreekt het aan ontwikkeldocumentatie. Hoe kan je dan goede ondersteuning leveren? De overheid doet net of iedere leverancier support & maintenance op ieder willekeurig open source-pakket van een ander kan aanbieden. Maar wil deze leverancier dat wel? Kan hij het? En heeft hij er voldoende mensen voor in huis? De basisregel luidt natuurlijk dat je moet gaan sourcen waar deskundigheid en capaciteit aanwezig is, met voldoende oog voor de beheersbaarheid van risico's. Dat is namelijk de andere kant. Je wilt som-mige zaken niet zelf doen, maar graag overlaten aan mensen die er veel verstand van hebben en tevens de ervaring.

Brengt open source dan zoveel risico's met zich mee?

Laat ik eerst nog een stapje terug doen. Alles wat je zegt over open source software kan waar zijn, maar geldt doorgaans niet of zelden in zijn algemeenheid. Deze constatering maakt het debat ook zo lastig. Dat is tevens precies de reden waarom je mijns inziens open source software niet positief mag en zelfs kan discrimineren, zoals de overheid dat helaas nu wel doet. Wil je discussiëren welk besturingssysteem het beste geschikt is voor een overheidsorganisatie, of mogelijk voor de publieke sector meer in het algemeen, dan vergelijk je programma's in het concrete geval. Daarbij hoort ook het contractuele kader. Zoals gezegd, gaat het bij open source software puur om juridische voorwaarden. Immers,

alleen deze speciale licenties maken van een stukje softwarecode 'open source software', zoals formeel is gekaderd door een Amerikaanse stichting. We kennen meer dan tweehonderd open source-achtige licenties. Deze zijn overigens zeker niet allemaal gecertificeerd tegen de tien criteria die men heeft opgesteld voor een 'zuivere' open source software-licentie.

Dit klinkt allemaal ontzettend complex ...

Dat is het ook. Bovendien kent open source software een aantal bijzondere juridische risico's (red. zie kader). Eén daarvan is het ontbreken van een garantie dat de code werkt volgens de gepubliceerde specificaties of interoperabel is met een andere applicatie of besturingssysteem. Overheidsorganisaties moeten zich dus goed realiseren wat de verantwoordelijkheid is van hun leverancier en waar zij zelf verantwoordelijk voor zijn. Daarbij zijn de licentievoorwaarden heel belangrijk. Daarin staat namelijk precies wie wat mag doen. Dat geldt ook voor open source software. Deze voorwaarden geven de reikwijdte van het gebruiksrecht aan en andere rechten en verplichtingen. Je kunt codes wel integreren, maar de licentievoorwaarden bepalen of dat ook juridisch mogelijk is. En zo ja, wat de rechtsgevolgen daarvan zijn.

Hebt u tot slot nog een advies voor de overheid?

De discussie 'open' versus 'gesloten' software is eigenlijk niet relevant. De publieke sector moet de focus leggen op functionaliteit en kwaliteit en vervolgens op voldoende waarborgen en zekerheden. Zonder de beschikbaarheid en goede werking van informatie-systemen leidt onze informatiemaatschappij enorme schade. Hiervoor moet de lat hoger komen te liggen. ICT wordt alleen maar complexer, net als wet- en regelgeving en de maatschappij als geheel. We staan namelijk pas aan het begin van deze moderne tijd.

Zeven business modellen

Voor de beschikbaarstelling van computerprogramma's bestaat een mix van business modellen en juridische voorwaarden, waarmee een gebruikersorganisatie van enige omvang in het kader van de door haar gebruikte software tegenwoordig doorgaans te maken heeft.

- 1 Computerprogramma's in eigendom van een gebruikersorganisatie (in eigen huis ontwikkeld of in opdracht gebouwd door een externe leverancier en vervolgens in eigendom overgedragen);
- 2 Software in licentie, die standaard met de broncode wordt geleverd (o.a. de bedrijfsprogrammatuur van SAP);
- 3 Software in licentie, die in Escrow is gegeven, dat wil zeggen de broncode en ontwikkel-documentatie zijn gedeponneerd bij onafhankelijke escrow-agent, zodat de gebruiker in geval van wanprestatie van de leverancier, surséance van betaling of faillissement van de leverancier een toegangs- en gebruiksrecht op de broncode heeft (o.a. alle software van CA);
- 4 Freeware: software in licentie waarbij de recht-hebbende geen vergoeding voor het gebruik verlangt



(zoals Adobe Reader van Adobe), maar die geen free of open source software betreft, omdat de juridische voorwaarden hieraan niet voldoen;

- 5 Computerprogramma's in licentie waarvoor een inzage-recht in de broncode voor de licentienemer beschikbaar is (o.a. het besturingssysteem Windows XP van Microsoft);
- 6 Closed source software, een computerprogramma in licentie, waarbij de leverancier geen beschikbaarheid van de broncode aan de licentienemer biedt, en waarbij normaal gesproken betaling wordt verlangd voor het gebruiksrecht;
- 7 Open source software, daaronder mede begrepen free software: computerprogramma's in licentie met brede rechten op de broncode en waarvoor geen betaling voor het gebruiksrecht mag worden gevraagd (o.a. Linux, Apache, Sendmail, Mozilla).

(bron: *Open technologie 1.0, De Pous, 2006*)

Aanbod personeel blijft ver achter bij vraag

Volgens een recente studie van marktonderzoeker IDC zal de Europese ICT-sector de komende vier jaar voor 1,5 miljoen nieuwe banen zorgen, waarvan zestig procent in de software-industrie. Dat zijn dus 900.000 jobs. Eén op de drie van deze nieuwe banen wordt gecreëerd bij Microsoft Business Partners, bedrijven die software en services voor het Windows-platform ontwikkelen. Uit de studie blijkt dat de laatstgenoemde categorie 250.000 Europese ondernemingen telt, met gezamenlijk 2,5 miljoen werknemers. De meeste van deze bedrijven zijn kleine en middelgrote ICT-ondernemingen die samen een Europese omzet genereren die acht keer groter is dan die van Microsoft.

Het aantal van anderhalf miljoen nieuwe vacatures is indrukwekkend, maar vormt tegelijkertijd slechts de helft van het verhaal. Waar komen bijvoorbeeld de noodzakelijke 900.000 software-ontwikkelaars in Europa vandaan, waarvan 300.000 .Net developers? Eerder datzelfde jaar bleek, eveneens uit een onderzoek van IDC, dat Europa op dit moment 160.000 netwerkspecialisten tekort komt; een aantal dat over twee jaar oploopt tot 500.000. Automatiseerders en gebruikersorganisaties hebben dus grote moeite om personeel te vinden. Iedereen vist in dezelfde vijver.

(bron: *Newsware volume 20, no. 6, 2006*)

Curriculum vitae

Mr. V.A. de Pous is zelfstandig bedrijfsjurist en industrie-analist te Amsterdam. Hij houdt zich sinds 1983 bezig met de zakelijke en rechtsaspecten van digitale technologie en de informatiemaatschappij. Zijn studie 'Open source software en politiek' (2004) is inmiddels in het Engels, Japans en Chinees vertaald. In 2006 verscheen 'Open technologie 1.0'. Beide white papers kunnen kosteloos bij de auteur worden aangevraagd.

Bijzondere juridische risico's van open source software

Een softwarepakket dat met de broncode wordt geleverd, blijft een computerprogramma. Daarover bestaat tenminste al twee decennia rechtspraak. Het Nederlandse recht biedt dus een bestaand rechtskader, dat ook van toepassing is op open source software. Bij het gebruik van dit laatste springen echter een aantal bijzondere juridische risico's in het oog.

'Open source draait erom dat iedereen mag meespelen', zoals Linus Torvalds (Linux) het formuleert. Wanneer honderden of duizenden mensen meeprogrammeren en samenwerken, neemt de kans op 'juridische vervuiling' toe. Dit wil zeggen dat het computerprogramma softwarecode van anderen bevat, die hiervoor geen toestemming hebben verleend. Het gebruik van open source software leidt dus tot een verhoogd aansprakelijkheidsrisico ten aanzien van het schenden van (intellectuele eigendoms)rechten van derden, zoals auteursrecht, octrooirecht en mogelijk merkenrecht. Maar reeds verleende, exclusieve distributierechten voor software kunnen ook worden geschonden. Bovendien speelt mee dat open source-programmeurs hun licentienemers niet vrijwaren.

Ten tweede brengt het virale effect van licenties voor open source software het risico van 'juridische besmetting' met zich mee. Op grond hiervan valt bij integratie van bepaalde open source-softwarecode met een andere code, de laatstgenoemde code (open source of niet) onder de werkingssfeer van de bewuste open source-licentie met virale werking en zou daarmee open source software kunnen worden.

Het derde bijzondere risico van open source software heeft betrekking op samenwerking tussen allerlei partijen en het delen (sharing) van elkaars werk. Omdat grote aantallen individuele programmeurs bijdragen aan en samenwerken in een community-based open source-project en omdat gebruikers leveranciers worden en vice versa, ontstaan er ingewikkelde rechtsverhoudingen die minimaal tot rechtsonzekerheid voor partijen leidt.

(Dit is een samenvatting uit: V.A. de Pous, *Open source software en politiek, Amsterdam 2004.*)