

Avoimen lähdekoodin lisenssien viraalivaikutus ja ohjelmistokaupan virhe

Immateriaalioikeudet ja informaation muu sääntely
Tutkielma

Laatija:
Jalmari Männistö

15.01.2023

Turun yliopiston laatujärjestelmän mukaisesti tämän julkaisun alkuperäisyys on tarkastettu
Turnitin OriginalityCheck -järjestelmällä.

Tutkielma

Oppiaine: Immateriaalioikeudet ja informaation muu sääntely

Tekijä(t): Jalmari Männistö

Otsikko: Avoimen lähdekoodin lisenssien viraalivaikutus ja ohjelmistokaupan virhe

Ohjaaja(t): Tuomas Mylly

Sivumäärä: 85 sivua

Päivämäärä: 15.01.2023

Tutkielma käsittelee avoimen lähdekoodin lisenssien erityisasemaa tietokoneohjelmia koskevana lisenssinä, sen viraalivaikutuksen erityispiirrettä ja näiden vaikutusta kaupallisessa ohjelmistotoimituksessa sekä etenkin sen virheessä. Tutkielma on lainopillinen ja perustuu etenkin aiempaan oikeuskirjallisuuteen sekä oikeuskäytäntöön.

Tietokoneohjelmat muodostavat tekijänoikeuksille erityisryhmän johon kohdistuu erityistä oikeuskäytäntöä ja sääntelyä. Avoimen lähdekoodin lisenssit ovat erityislaatuisia lisenssejä, jotka määräävät etenkin tietokoneohjelmien jatkokäyttöä ja kehitystä. Vaikka avoimen lähdekoodin lisenssit ovat erityisiä, ne eivät ole harvinaisia, ja niiden asema sekä riskit kaupallisessa tietokoneohjelmien kehityksessä on vakiintunut pisteeseen, jossa näiden luomille erityistilanteille on kysyntää akateemisesta tutkimuksesta.

Tutkielma pyrkii selventämään tätä verrattain vähän tutkittua oikeustilaa ja näin luomaan käytännöllisesti hyödyllistä analyysiä niin tietokoneohjelmien kehitykselle kuin niistä sopimiselle.

Tutkielma esittää johtopäätöksinään avoimen lähdekoodin viraalivaikutuksen oikeudellisen analyysin, sekä tämän soveltamisen tavanomaiseen kaupalliseen ohjelmistotoimitukseen ja sen virhetilanteisiin.

Avainsanat: Immateriaalioikeus, Tekijänoikeus, Tietokoneohjelma, Avoin lähdekoodi, Lisenssi, Johdannaisteos, Ohjelmistotoimitus

Sisällysluettelo

Lähteet.....	VII
Lyhenteet.....	XVIII
1 Johdanto.....	1
1.1 Aiheen yleinen kuvaus.....	1
1.2 Tutkimuksen merkitys	2
1.3 Tutkimuskysymykset ja aiheen rajaus.....	3
1.4 Metodologia ja aiheen rajaus	5
2 Tekijänoikeus ja tietokoneohjelmat.....	7
2.1 Immateriaalioikeudet ohjelmistoihin.....	7
2.1.1 Tekijänoikeudesta tietokoneohjelmistoon yleisesti	7
2.1.2 Normipohja tietokoneohjelmien tekijänoikeudelliseen erityissäätelyyn	11
2.1.3 Oikeuskäytäntöä tietokoneohjelmien erityiskysymyksiin	15
2.1.4 Ohjelmistojen lisensointi tekijänoikeuden näkökulmasta.....	18
2.2 Avoin lähdekoodi	22
2.2.1 Määritelmä ja tekijänoikeudellinen asema.....	23
2.2.2 Avoimen lähdekoodin tyypillisimmät lisenssityypit	25
2.2.3 Lyhyesti avoimen lähdekoodin lisenssin sopimusoikeudellisesta asemasta.....	32
2.2.4 Viraalivaikutus ja vastavuoroisten lisenssin velvoitteet	35
2.2.5 Lyhyesti avoimen lähdekoodin ”välittämisen” konseptista.....	40
2.3 Tietokoneohjelma yhdistelmä- ja kokoomateoksena	42
2.3.1 Lyhyesti ohjelmistokehityksestä ja yhdistelmäteoksista	43
2.3.2 Avoin lähdekoodi ja koodi muunnelmateoksissa.....	47
2.3.3 Yhteenveto avoimesta lähdekoodista ohjelmistotoimituksen näkökulmasta.....	56
3 Kaupalliset ohjelmistotoimitukset.....	58
3.1 Ohjelmistotoimituksen virhe ja sen juridiikka.....	58
3.1.1 Normisto: Yleisimmät malliehdot ja perustan luovat normit.....	59
3.1.2 Kaupan, palvelun ja sopimuksen suoritushäiriöstä ja virheestä	62

3.1.3	Lyhyesti vastuunrajoituksista	69
3.1.4	Hyvin lyhyesti ohjelmistotoimituksen kohteesta – kaupan ja palvelun rajanveto sekä avoin lähdekoodi	71
3.2	Avoim lähdekoodi ohjelmistotoimituksessa	72
3.2.1	Avoimen lähdekoodin väitteen vaikutus	73
3.2.2	Avoimen lähdekoodin johtaminen virheeseen	74
3.2.3	Virheen vaikutus sopimukseen	78
4	Johtopäätökset	84

Lähteet

Kaikki sähköisesti käytetyt lähteet tarkistettu 10.01.2023

Kirjallisuus – Kirjat ja laajemmat julkaisut

Annola, Vesa et al. Varallisuus oikeus. 2. uud. p. Helsinki: Sanoma Pro Oy, 2012. Print.

Geller Paul Edward, International copyright: the introduction, Teoksessa International Copyright Law and Practice, Lionel Bently, ed., vol. 1 (Dec. 2018)

Erlund, Kai et al. IT2010 : käytännön käsikirja. Helsinki: CC lakimiesliiton kustannus, 2010. Print.

Haapanen Anna, Free and Open Source software licensing and the mystery of Licensor's patents, Helsingin yliopisto 2017

Haarmann Pirkko-Liisa. Immateriaalioikeus. 5. uud. p. Helsinki: Talentum, 2014. Print.

Haarmann Pirkko-Liisa, and Marja-Leena Mansala. Immateriaalioikeuden perusteet. 2. uud. p. Helsinki: Talentum, 2012. Print.

Harenko, Kristiina, Valtteri Niiranen, and Pekka Tarkela. Tekijänoikeus : kommentaari ja käsikirja. 1. painos. Helsinki: WSOYpro, 2006.

Hemmo, Mika., and Kari. Hoppu, Sopimusoikeus, WSOYpro., 2006. Print.

Ishida Yasutoshi, Identifying Fundamental Breach of Articles 25 and 49 of the CISG: The Good Faith Duty of Collaborative Efforts to Cure Defects - Make the Parties Draw a Line in the Sand of Substantiality, Michigan Journal of International Law, Volume 41, Issue 1, 2020

Lemley, Mark. Et al. Software and Internet Law, Wolters Kluwer 2011. Print.

Oesch Rainer, Pihlajanrinne Taina, Vesala Juha, Raappana Heikki, Tikkanen Julia,
IPR-sopimukset, kilpailu ja suojan toteuttaminen – immateriaalioikeuksien
hyödyntäminen, Edita Publishing 2007

Oesch Rainer, Hanna Heiskanen, and Outi. Hyyrynen. Tekijänoikeus ja
digitaalitalous. Helsinki: WSOYpro, 2009. Print

Pihlajarinne, Taina. et al. IPR-sopimukset, kilpailu ja suojan toteuttaminen :
immateriaalioikeuksien hyödyntäminen. Helsinki: Edita, 2007. Print.

Päivärinne Jussi, Siviiliprosessuaalinen asiavaltuus tekijänoikeuden
loukkaustapauksissa, Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o
346 2022

Rosen Lawrence, Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual
Property Law, Prentice Hall PTR 2005, (saatavilla Academic Free License 3.0
versiolla [https://rosenlaw.com/open-source-licensing-software-freedom-and-
intellectual-property-law/](https://rosenlaw.com/open-source-licensing-software-freedom-and-intellectual-property-law/))

Saarnilehto, Ari, and Vesa Annola. Sopimusoikeuden perusteet. 8., uudistettu painos.
Helsinki: Alma Talent, 2018. Print.

Sevón Leif, Thomas Wilhelmsson, Pauliine Koskelo. Kauppalain pääkohdat. 3.
muuttam. p. 1991. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1991. Print.

Stamatoudi Irimi & Torremans Paul EU Copyright Law – A Commentary, 1. Painos,
Elgar commentaries 2014

Still, Viveca. DRM och upphovsrättens obalans. Helsingfors: IPR University Center,
2007. Print.

Takki Pekka, and Halonen Sakari. IT-sopimukset : käytännön käsikirja, 3. painos.
Helsinki: Alma Talent, 2017. Print.

Tekijänoikeuskomitea, Tekijänoikeuskomitean IV osamietintö: Tietotekniikka ja tekijänoikeus: teosten luominen ja käyttö tietokoneen avulla tietokoneohjelmien, tiedostojen ja tietokantojen sekä integroitujen piirien suoja. 1987

Vuorijoki, Jari. Yrityksen teknologia- ja yhteistyösopimukset. Helsinki: Edita, 2007. Print.

Välimäki, Mikko. Oikeudet tietokoneohjelmistoihin. 2. uud. p. Helsinki: Talentum, 2009. Print.

Välimäki, Mikko. The Rise of Open Source Licensing : a Challenge to the Use of Intellectual Property in the Software Industry. Helsinki: Turre Publishing, 2005. Print. https://www.turre.com/pub/openbook_valimaki.pdf

Kirjallisuus – Artikkelit ja lyhyemmät julkaisut

Andi Emanuel, Statistical Analysis of Popular Open Source Software Projects and Their Communities, 10.1109/ICITEED.2014.7007913. 2014

Anttila Petri, Avoimen lähdekoodin lisensseihin perustuvat liiketoimintamallit, Edilex 2014

Bonsdorff Charlotta, Avoimen lähdekoodin ohjelmien suojaaminen tekijänoikeudella, Helsinki Law Review 2014/2 s.127-147

Davis Randell, Intellectual Property and Software: The Assumptions are Broken, in WIPO WORLDWIDE SYMPOSIUM ON THE INTELLECTUAL PROPERTY ASPECTS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE 101, 110 (1991)

Engelen Dick, UsedSoft v Oracle: the ECJ quietly reveals a new European property right in “bits & bytes”, European Property Law Journal Volume 1, Issue 2, 2013.

Gatto James, Doubts Wane over GPL Enforceability, *Managing intellectual property* . volume 33, 2007

Geller Paul Edward, Rethinking the Berne-Plus Framework: From Conflicts of Laws to Copyright Reform, *European Intellectual Property Review* volume 31, 2009 pp. 391-395 https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1401052

González Andrés, Viral Contracts or Unenforceable Documents? Contractual Validity of Copyleft Licences, , *European Intellectual Property Review*, Volume 26, Issue 8, pp. 331-339

Honkasalo Pessi, Reciprocity under the GNU General Public Licenses, *Nordic Journal of Commercial Law*, Issue 1 2009,

Honkasalo Pessi, Copyright Protection of Software; The European Perspective, *Jurisprudentia XLIII:2010* s. 77 – 126

Hietanen Herkko, Välimäki Mikko, Oulasvirta Antti, Vastuu sähköisen käyttöliittymän virheestä vuoden 2008 kunnallisvaalien äänestyksessä, *Oikeus* 2012(41); 1

Horne Natasha, Open Source Software Licensing: Using Copyright Law to Encourage Free Use. *Georgia State Law Review* Volume 17, Issue 3, s. 863-892

Huttunen Anniina, Ohjelmistovastuu, *Lakimies* 2/2012

Hämäläinen Totti, Ohjelmisto pilvipalveluna: SaaS -sopimusten oikeudelliset erityispiirteet, *Liikejuridiikka* 2/2021

Jaeger Till, Enforcement of the GNU GPL in Germany and Europe, *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Volume 1, 2010 <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/jipitec1&i=39>

Kennedy Denis: A Primer on Open Source Licensing Legal Issues: Copyright, Copyleft and Copyfuture. St. Louis University Public Law Review Volume 20, Issue 2. 2001, s. 345- 378

Kivistö Martti, Tekijänoikeus omaisuutena – näkökulmia tekijänoikeuden yleisiin oppeihin, Lakimies 2/2017

Laaksonen Siiri, Laiteohjelmistojen tekijänoikeussuoja ja teoskappaleen kontrollointi kiertotaloudessa – tutkimus valtuuttamattomien korjaajien otiminann rajoittamisesta loppukäyttäjän lisenssisopimuksella, Edilex 2020

Lessig Lawrence, The Limits in open Code: Regulatory Standards and the Future of the Net, Berkeley Technology Law Journal, Volume 14, Issue 2, 1999

Meeker Heather, The Gift that Keeps on Giving - Distribution and Copyleft in Open Source Software Licenses, The Journal of Open Law, Technology & Society Volume 4 issue 1, 2012,.

Moglen, Eben "Free Software Matters: Enforcing the GPL, II", <http://moglen.law.columbia.edu/publications/lu-13.html>

Morgan Michael, The Cathedral and the Bizarre: An Examination of the Viral Aspects of the GPL, UIC John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law Volume 27, Issue 3, 2010.

Mylly Tuomas, Tekijänoikeuslaki uudistuu?, Edilex 2004

Mylly Ulla-Maija, Tietokoneohjelma tekijänoikeuden kohteena, Oikeustieto 5/2005 s. 25-27

Mylly Ulla-Maija, Tietokoneohjelmien rajapintojen tekijänoikeussuoja, Lakimies 5/2005 s. 746-767

- Mylly Ulla-Maija, Yhteentoimivuus – yhteinen päämäärä? Näkökohtia edesmenneestä ohjelmistopatenttidirektiiviehdotuksesta, Teollisoikeudellisia kirjoituksia VII 2006, Edilex 2009
- Mylly Ulla-Maija, Tekijänoikeuden omaperäisyyden harmonisointi Euroopan Unionissa, Lakimies 6/2016
- Nadan Christian H, Open source licensing: Virus or virtue, Texas Intellectual Property Law Journal, Volume 10, 2001
- Nissinen Mika, Tietokoneohjelmat verosopimuksissa: korvaus tekijänoikeuden käyttöoikeudesta vai muu korvaus?, Verotus 62/3, 2015
- Oesch Rainer, Teknologialisenssien ongelmakohtia, Defensor legis 5/2004
- Oesch Rainer, Vesala Juha, Ohjelmistolisenssit ja tekijänoikeuden raukeaminen, Defensor Legis 2/2004
- Oesch Rainer, KKO 1996:46 (oikeustapauskommentti), Lakimies 1/1997
- Pianon Alberto, Trade Secret vs. Open Source: And the Winner Is, Erasmus Law and Economics Review volume 47, Issue 1, 2004
- Puhakainen Essi, Paukku Eelis, Hankintalaki ja ICT-toimittajaloukun välttäminen, Edilex 2020/33
- Ramalho Ana, Conceptualizing the European Union's competence in Copyright – What Can the EU Do?, International Review of Intellectual Property and Competition Law 45(2) pp 178-200
- Rautiainen Sami, Tietokoneohjelmistot muuttuvassa yritysorganisaatiossa – erityisesti suojamuodoista, lisensseistä ja kolmannen osapuolen tekijänoikeuden vaikutuksesta, Edilex 2002,

- Rautapää Ville, Tietokoneohjelman käyttäjän oikeusasema jälleenluovutuksen näkökulmasta, Edilex 2022
- Rosati Eleanora, Copyright in the EU: in search of (in)flexibilities, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2014, Vol. 9, No. 7
- Ron Phillips, Deadly Combinations: A Framework for Analyzing the GPL's Viral Effect, J UIC John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law, 2008 487.
- Samuelson Pamela, Functionality and Expression in Computer Programs: Refining the Tests for Software Copyright Infringement, 31 BERKELEY TECH. L.J. 1215 (2016)
- Schmitz Patrice-Emmanuel – Castiaux, Sébastien: Pooling Open Source Software, European Commission, DG Enterprise 2002
- Siivola Jyrki, KKO 1998:91 (oikeustapauskommentti), Lakimies 1/1999
- Sorvari Katariina, KKO 2003:88 (oikeustapauskommentti), Oikeustieto 6/2003
- Szattler Eduard, GPL “Viral” License or “Viral” Contract, Masaryk University Journal of Law and Technology 2007
- Taffet Richard, Zymler Michael, Open source software and standards development: Competition law implications, SSRN 2020
- Thanos Tsingos, Enforceability of free/open source software licensing terms: A critical review of the global Case – Law
- Vedenkangas Matti, Tietokoneohjelman luovutuksen luonne: tekijänoikeuden, käyttöoikeuden vaiko teoskappaleen luovutus. Defensor Legis 5/2002
- Välimäki Mikko, Avoimen lähdekoodin ohjelmistolisenssistä, Defensor Legis 5/2002

Valimäki Mikko, Dual Licensing in Open Source Software Industry, *Systemes d'Information et Management*, Volume 8, Issue 1, Pp. 63-75, 2003

Välimäki Mikko, Laine Juha, Vastuunrajoituksista kolmannen osapuolen immateriaalioikeusväitteille ohjelmistotoimituksissa, *Defensor legis* 5/2004

Valimäki Mikko, Copyleft Licensing and EC Competition Law, *European Competition Law Review*, Volume 27, Issue 3. 2006.

Webbink, M. (2009). Packaging open source. *International Free and Open Source Software Law Review*, 1(2), 83-98

Willebrand Martin von, Case law report: A look at EDU 4 v. AFPA, also known as the "Paris GPL case", *The Journal of Open Law, Technology & Society*, Volume 1, Number 2, 2009

Virallislähteet

HE 161/90 - Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi yksinoikeudesta integroidun piirin piirimalliin sekä tekijänoikeuslain, oikeudesta valokuvaan annetun lain ja patentti- ja rekisterihallituksesta annetun lain muuttamisesta

HE 211/1992 - Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi tekijänoikeuslain ja tekijänoikeuslain muuttamisesta annetun lain voimaantulosäännöksen 2 momentin muuttamisesta

HE 28/2004 - Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi tekijänoikeuslain ja rikoslain 49 luvun muuttamisesta

HE 43/2022 vp - Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi tekijänoikeuslain ja sähköisen viestinnän palveluista annetun lain muuttamisesta

Model provisions of the protection of Computer Software Copyright – Monthly review of World Intellectual Property Organisation no. 1 1978

Internetlähteet

ATK Cast – Avoin lähdekoodi, IT-oikeuden yhdistys, Spotify 2022

<https://open.spotify.com/episode/16eN34dUNy9fxZEvCFiCmb?si=fe2a5e38ddca4441>

Linux.fi, Android <https://www.linux.fi/wiki/Android>

Opensource.com, What is Linux, <https://opensource.com/resources/linux>.

Oesch Rainer, Vierashuoneessa professori (emer.) Rainer Oesch:

Tekijänoikeuslisenssin laajuus ja sen tulkinta, Edilex 23.2.2022, [https://www-](https://www-edilex-)
[edilex-](https://www-edilex-)

[fi.ezproxy.utu.fi/uutiset/74492?allWords=rainer+oesch&offset=1&perpage=20&sort=relevance&searchSrc=1&advancedSearchKey=1368103](https://www-edilex-fi.ezproxy.utu.fi/uutiset/74492?allWords=rainer+oesch&offset=1&perpage=20&sort=relevance&searchSrc=1&advancedSearchKey=1368103)

The Register, Ballmer: 'Linux is a Cancer', 2.6.2001

https://www.theregister.com/2001/06/02/ballmer_linux_is_a_cancer/

Red hat – The State of Enterprise Open Source: A Red hat report, 22.2.2022

<https://www.redhat.com/en/resources/state-of-enterprise-open-source-report-2022>

Stallman, Richard (1999a): "Why you shouldn't use the Library GPL for your next library", <http://www.gnu.org/philosophy/why-not-lgpl.html>

Tekniikan maailma, *Linux-käyttöjärjestelmän piti olla vain harrastus*, 29.9.2021

<https://tekniikanmaailma.fi/lehti/18a-2021/ilmaisen-ja-vapaasti-muokattavan-linux-kayttojarjestelman-piti-olla-vain-harrastus/>

Työ- ja elinkeinoministeriö, Suomen tekoälyaika : Suomi tekoälyn soveltamisen kärkimaaksi: Tavoite ja toimenpidesuosituksset, Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja 2017 <https://tem.fi/julkaisu?pubid=URN:ISBN:978-952-327-248-4>

WIPO, Summary of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883), https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/summary_paris.html

Oikeustapaukset

EU

Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening, C-5/08

ECLI:EU:C:2009:465

UsedSoft GmbH v Oracle International Corp, C-128/11 ECLI:EU:C:2012:407

SAS Institute Inc. v World Programming Ltd, C-406/10 ECLI:EU:C:2012:259

Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers v Tom Kabinet Internet BV, Tom Kabinet Holding BV, Tom Kabinet Uitgeverij BV, C-263/18

ECLI:EU:C:2019:1111

Suomalaiset tuomioistuimet

KKO 2018:8 – riita-asioiden asiavaltuus

MAO:149/17 – Lisenssin sopimuksenvaraiset asiat

KHO:2009:39 – Vaalijärjestelmän virhe

KKO:2008:45 – Oikeus muuttaa tietokoneohjelmaa tekijänoikeuslain nojalla

Turun Hovioikeus tuomio Nro 593, diaarinumero S 06/2673

KKO:2005:43 – Kielen oppikirjojen sanastojen tekijänoikeus

KKO:2005:92 – Lisenssisopimuksen tulkinta

KKO:2003:88 – Tekijänoikeusrikos, lisenssin luvaton laajentaminen

HelHO R 99/661 – Tietokoneohjelmien samankaltaisuusarviointi ja toiminnallisuus

HelHO R 98/833 – Valmisohjelmiston oikeudellinen luonne

HelHO S 04/1824 – Tietokoneohjelmalta vaadittava omaperäisyys

HelHO:2006:9 – Tietokoneohjelman teostaso tietokoneohjelmadirektiivin mukaan

KKO:1999:115 – Tietokoneohjelman ”yleisö”

KKO:1998:81 - tietokoneohjelman lisenssi

KKO 1996:43 – Ohjelmistoon liittyvien oikeuksien siirtyminen

KKO 1990:147 – Irtaimen tavaran oikeudellinen virhe

KKO 1989:149 – suunnitellun julkisivun tekijänoikeus

KKO 1987:16 – Tekijänoikeuslain ”muutaman kappeleen” valmistus

Tekijänoikeusneuvosto

TN 2019:2 - Tietokoneohjelman suoja

TN 2015:7 – Multimediatauotteen lainaus ja oikeuksien sammuminen

TN 2015:8 – Konsolipelin lainaus ja oikeuksien sammuminen

TN 2013:1 – Avoin lähdekoodi, tekijänoikeus tietokoneohjelmaan

TN 2008:13 – Kahden tietokoneohjelman erillisyyss samanlaisesta toiminnasta huolimatta

TN 2006:5 – Tietokoneohjelman suoja

TN 2005:7 – Tietokoneohjelman teostaso ja suoja

TN 1998:16 – Tietokoneohjelmien samankaltaisuusarviointi

TN 1997:12 – Yksinkertaisen logiikkalaitteen ohjelmiston teoskynnys

TN 1997:7 – Tietokoneohjelman tekijänoikeus

TN 1996:3 - Tietokoneohjelman tekijän tekijänoikeus

TN 1989:7 – Suojan kohde, tietokoneohjelma

TN 1986:3 – Teoskysymys

Muut

Google LLC v. Oracle America Inc. 593 US (2021)

Landgericht Hamburg 308 I 10/13 (2013)

Cour d'Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 10, no: 294

Jacobsen v. Katzer, 609 F. Supp. 2d 925 (2006)

Welte v. DLink Deutschland GmbH, No. 2-6 0 224/06 (2006)

LG München I, Urteil vom 19.05.2004 - Az.: 21 O 6123/04 (2004)

Progress Software Cort. V. MySQL AB, 195 F. Supp. 2d 328 (2002)

Lyhenteet

EUT	Euroopan unionin tuomioistuin
TekL	Tekijänoikeuslaki (1961/404)
TN	Tekijänoikeusneuvosto
OikTL	laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (228/1929)
WIPO	World Intellectual Property Organisation - Maailman henkisen omaisuuden järjestö

1 Johdanto

1.1 Aiheen yleinen kuvaus

Tutkielmassa selvitetään minkälainen vaikutus avoimen lähdekoodin ohjelmistokomponenttien¹ käyttämisessä voi olla kaupallisessa ohjelmistotoimituksessa² ja etenkin tässä tapahtuvan virheen määrittelyssä. Tutkielman rakenne on kaksijakoinen: Ensin selvitetään tietokoneohjelmistojen ja avoimen lähdekoodin ohjelmistojen tekijänoikeudellista asemaa teoksena, sekä yleisesti käytettyjen avoimen lähdekoodin lisenssien juridisia vaikutuksia. Tämän jälkeen tätä ymmärrystä sovelletaan kaupallisiin ohjelmistotoimitussopimuksiin ja pyritään selvittämään, missä tilanteessa itse avoimen lähdekoodin käyttö, riippuen tutkielmassa identifioiduista lisensseistä, voi muodostaa itse toimituksen virheen joko markkinakäytäntöä kuvaavien malliehtojen mukaan tai asiaa koskevan lainsäädännön alla.

Valtaosa ympärillämme olevasta ohjelmistosta perustuu, tai jollain tavalla käyttää, avoimen lähdekoodiin perustuvia ohjelmistoja. Oli kyse sitten puhelimen käyttöjärjestelmästä suuryrityksen toiminnanhallintajärjestelmään, jossain vaiheessa sen kehitystä on todennäköisesti turvauduttu avoimen lähdekoodin ohjelmistoon kehityksen osana tai vähintään sen apuna. Avoimen lähdekoodin käyttö on merkittävä voimavara ja ohjelmistokehitysprojektin mahdollistaja niin ison kuin pienenkin skaalan ohjelmistotoimituksissa.³ Suurille yhteisöille ja projekteille on hyödyllistä, että on olemassa avoimesti testattuja ja toimivaksi todettuja ratkaisuja yleisiin ongelmiin joiden käyttö tällöin säästää niin kehittäjän kuin tilaajankin resursseja. Pienille toimijoille taasen avoin lähdekoodi voi toimia liiketoiminnan mahdollistajana tarjoten tietyt ohjelmistokomponentit valmiina joihin tällä toimijalla ei välttämättä ollut osaamista tai resursseja kehittää itse. Avoimen lähdekoodin käyttö ei ole yksiselitteisesti riskitön tai ongelmaton asia. Etenkin silloin kun avoimen lähdekoodin käyttöön

¹ Tässä tutkielmassa käytetään avoimen lähdekoodin ”komponentteja” silloin kun halutaan korostaa lähdekoodin ohjelmistoja tai ohjelmisto-osia osana laajempaa ohjelmistokokonaisuutta, ja avoimen lähdekoodin ”ohjelmistoja” silloin kun puhutaan avointa lähdekoodia sisältävistä ohjelmistoista tai itse avoimen lähdekoodin ohjelmistoista yleisesti. Itse avoimen lähdekoodin juridinen määritelmä löytyy kohdasta 2.2.1

² Tässä tutkielmassa ”ohjelmistotoimituksella” tarkoitetaan laajalti sopimuksia ja sopimuskokonaisuuksia joilla tietyn tietokoneohjelmiston omistus- tai käyttöoikeus siirretään osapuolelta toiselle. Tarkemmin määritelmää käsitellään tutkielman kohdasta 3.1

³ Ks. Andi 2014 Red hat – The State of Enterprise Open Source: A Red hat report, 22.2.2022 <https://www.redhat.com/en/resources/state-of-enterprise-open-source-report-2022>

otossa ei ole tehty riittävää selvitystä sen käytön ehdoista, eli lisenssin sisällöstä, voivat nämä ehdot muodostaa epätoivottuja vaikutuksia. Pahimmillaan avoimen lähdekoodin käyttö itsessään voi muokata koko ohjelmistokokonaisuuden luonnetta kaupallistamiskelvottomaksi. Pahimmillaan eri avoimen lähdekoodin lisenssien käyttö voi olla epäselvää, epäorganisoitua ja epäjohdonmukaista. Tällaisissa tilanteissa ei ole kaukaa haettava, että sellainen avoimen lähdekoodin komponentti, jolla on tahattomia oikeudellisia vaikutuksia, voi päätyä osaksi kaupallista ohjelmistokokonaisuutta.

Sinne kuulumattoman avoimen lähdekoodin komponentin päätyminen osaksi ohjelmistotoimitusta voi tulla esille muun muassa ohjelmistotoimituksen hyväksymismenettelyssä, ohjelmiston käytön aikana, tai jopa kolmannen osapuolen tunnistaessa tietyn komponentin käytön, kuitenkin usein johtaen sopimuksen tai kaupan vikatilanteeseen eli virheeseen. Ohjelmistotoimituksen virhe ei ole yksiselitteinen asia vaan sopimuksen sisällöstä riippuva monimutkainen kokonaisuus.⁴ Kuitenkin avoimesta lähdekoodista johtuvasta virheestä voidaan puhua verrattain olennaisesta viasta esimerkiksi järjestelmän jatkokäytön tai ylipäätään omistusoikeuden kanssa.

Avoimen lähdekoodin ohjelmistoja voidaan käyttää myös erityisenä tapana välttää ns. toimittajaloukkua joutumista.⁵ Toimittajaloukulla tarkoitetaan tilannetta, jossa ohjelmiston tilaaja päätyy tilanteeseen, että ainoa taloudellisesti tai oikeudellisesti pätevä henkilö, jolta tämä voi hankkia ohjelmiston ylläpitopalveluita, on ohjelmiston alkuperäinen toimittaja. Tämä voi johtua esimerkiksi siitä, että ohjelmisto on toimitettu tilaajalle ilman sen lähdekoodin toimittamista, tai ohjelmistotoimituksen lisenssiehdot kieltävät tiettyjen osien jatkokehityksen tai kolmannelle osapuolelle paljastamisen.

1.2 Tutkimuksen merkitys

Avoimien lähdekoodien ohjelmistotoimituksen osana on kevyestikin sanottuna merkittävä. Avoimen lähdekoodin juridinen asema ei ole yksinkertainen ja sen vaikutus muihin ohjelmistossa vaikuttaviin oikeuksiin vielä monimutkaisempi. Avoimen lähdekoodin käyttöön liittyvä taloudellinen relevanssi on miltei päivän selvä, jolloin sitä koskeva juridinen tutkimus nauttii

⁴ Tälle tutkielmalle erityinen virheen määritelmän kohde muodostuu virheen ja olennaisen virheen (fundamental breach / olennainen sopimusrikkomus) suhteessa JIT2015 ja IT2022 ehdoissa, sekä kauppalain muodostamassa ”takaloudassa”.

⁵ Juuri tästä asiasta ks. Puhakainen & Pauku 2020

oletusarvoisesti verrattain isoa painoarvoa niille osapuolille, joilla on suoria intressejä kaupalliseen ohjelmistokehitykseen tai liiketoiminnalle joka tähän liittyy.

Avointa lähdekoodia koskeva juridiikka on kuitenkin myös yhteiskunnallisesti tärkeää. Iso osa myös kuluttajakäytössä olevista käyttöjärjestelmistä, viestintälaitteistosta ja jokapäiväisistä moderneista digitaalisista työkaluista sisältävät huomattavia määriä avointa lähdekoodia.⁶ Tällöin tämän juridisesti monimutkaisen komponentin vaikutusten selvittämiseen on myös selvä yhteiskunnallinen intressi. Teemaan tehtävällä tutkimuksella voi olla myös oikeustilaa selventäviä vaikutuksia, jolloin voidaan mahdollistaa jokin tietty projekti tai kaupallinen avoimen lähdekoodin sovellus, joka ei aiemmin ollut epäselvyystilanteessa mahdollinen.

1.3 Tutkimuskysymykset ja aiheen rajaus

Päätutkimuskysymyksenä tälle tutkielmalle on: Miten avoimen lähdekoodin komponentti ohjelmistokehityksessä vaikuttaa lopullisen ohjelmistoon sen virheenä?

Tämä pääkysymys jakautuu kolmeen alakysymykseen:

1. Mikä ja minkälainen velvoite avoimen lähdekoodin viraalivaikutus on?
2. Miten viraalivaikutus vaikuttaa muun ohjelmiston tekijänoikeuteen?
3. Miten ja minkä normin kautta tämä kysymyksissä 1 ja 2 johtaa ohjelmistotoimituksen virheeseen?

Päätutkimuskysymykseen palataan tutkielman johtopäätöksissä, jaksossa 4, jolloin tutkielman pääkohdat tuodaan yhteen. Alakysymystä 1 käsitellään jaksossa 2.2, alakysymystä 2 jaksossa 2.3 ja alakysymystä 3 jaksossa 3.2.

Jakso 2.1 luo deskriptiivisen normipohjan sitä seuraavalle keskustelulle, eli käy läpi ohjelmistoille keskeisiä immateriaalioikeudellisia kysymyksiä johtaen avoimen lähdekoodin aseman juridiseen määrittelyyn. Jakso 2.2 rakentaa jaksossa 2.1 luodun normipohjan päälle analyttisen kuvauksen avoimen lähdekoodin immateriaalioikeudellisesta asemasta. Tutkimukselle tärkeimpänä asiana jaksossa on sen alakohta 2.2.3 koskien tiettyjen avoimen

⁶ Tästä erityisen hyviä esimerkkejä ovat Linux ja Android -käyttöjärjestelmät ja ohjelmistokehitysalustat jotka molemmat perustuvat avoimen lähdekoodin ohjelmistoille ja periaatteille. Opensource.com, What is Linux, <https://opensource.com/resources/linux>. Linux.fi, Android <https://www.linux.fi/wiki/Android>

lähdekoodien lisenssiehtojen muodostamaa ”viraalivaikutusta”. Jakso 2.3 käsittelee yhdistelmä- ja muunnelmateoksen problematiikkaa tietokoneohjelmissa. Jakson aiheet rakentavat erityisesti aiemman 2.2 jakson muodostaman analyysin päälle ja pyrkii vastaamaan kysymykseen eri tekijänoikeutettujen ohjelmistokomponenttien vaikutuksesta lopullisessa ohjelmistoteoksessa, jonka perusteella tätä tekijänoikeudellista kokonaisuymmärrystä pystytään laajentamaan velvoite- ja kauppaoikeudellisiin aspekteihin.

Syy tutkielman jakoon immateriaalioikeudellisen ja immateriaalis-kauppaoikeudellisen osion välille on tutkielman tieteellisen lisäarvon tavoittelu. Vaikkei suomalainen oikeuskirjallisuus ole syvemmin käsitellyt avoimen lähdekoodin viraalivaikutusta tai avointa lähdekoodia, on näiden oikeudellinen luonne kansainvälisessä viitekehyksessä vakiintunut pisteeseen, jossa tämän tutkielman rajoissa voidaan esittää perusteltua analyysiä ja kritiikkiä tätä näkemystä kohtaan. Tällöin kun avoimen lähdekoodin oikeudellinen asema on tunnistettu, ei liiemmin haastettu, tämän aseman tieteellinen hyöty saadaan sen analyysistä avoimen lähdekoodin tavanomaiseen käyttöön, eli ohjelmistotoimituksiin.

Jaksossa 3.1 käyn läpi lyhyesti erilaisten ohjelmistotoimitusten juridisesti merkittäviä piirteitä ja etenkin ohjelmistotoimituksen virhettä. Keskityn etenkin valmisohjelmatoimituksen, ketterien menetelmien ja hyväksymismenetelmien analyysiin, jolloin nämä toimivat linkkinä jaksossa 2.2.3 tunnistettuun kaupallistamiskynnykseen, sekä yleisesti ohjelmistotoimituksissa tapahtuvaan tietokoneohjelmaa koskevan tekijänoikeuden osittais- tai kokonaisluovutukseen. Jakso 3.2 koskee avoimen lähdekoodin vaikutusta ohjelmistotoimituksen virheeseen. Pyrin tunnistamaan tyyppitilanteita, joissa itse avoimen lähdekoodin lisenssien soveltuminen ohjelmistotoimitukseen tai osatoimitukseen muodostaa toimituksen virheen.

En tutkielmassa käsittele tietokoneohjelmien immateriaalioikeusnäkökulmien kilpailuoikeudellisia kysymyksiä, vaikka näillä onkin tietynlainen ideologinen yhtymäkohta avoimen lähdekoodin kysymyksiin.⁷ Kuitenkin tämä analyysi ei tuo tutkielman varsinaisille tavoitteille lisäarvoa. Tutkielman ulkopuolelle jäävät myös tietokoneohjelmistojen patentoitavuutta koskevat kysymykset, sillä näiden osalta voidaan eurooppalaisen oikeustilan olevan vakiintunut, eikä tutkielman tarkoituksena ole avata vertailevaa pandoran lipasta.⁸

⁷ Ks. Taffet & Zymler

⁸ Aiheesta suomalaisittain Mylly Ulla-Maija 2009

Tutkielma ei myöskään käsittele erilaisia kaupallisia lisensointimalleja avoimen lähdekoodin ohjelmistoille.⁹

1.4 Metodologia ja aiheen rajaus

Tutkielman tutkimusmetodi on lähes tiukan lainopillinen. Tutkielman rakenteessa käytetään ns. ”alhaalta ylös” -jakoa, jossa oikeusobjektille, jonka oikeudellisessa asemassa on tiettyjä epäselvyyksiä, muodostetaan ensin selkeä deskriptiivinen kuvaus sen piirteistä. Tämä kuvaus ei kuitenkaan voi täyttää kaikkea epävarmuutta, jolloin kuvauksessa itsessään turvaudutaan oikeusalakohtaiseen analyysiin jonka pohjan muodostavat erityisobjektin yleisnormia, tekijänoikeutta, koskeva akateeminen konsensus. Tärkeimpinä lähteinä tälle osalle tutkimuksesta muodostavat niin akateeminen kirjallisuus, lainsäädännön valmisteluasiakirjat, kuin kansainvälisten instituutioiden analyysit asiasta.

Kun tämä kuvaileva pohja on muodostettu riittävän varmaksi, ryhdytään sitä soveltamaan tilanteisiin, joissa aiemmin kuvatut oikeudet toimivat käytännössä: ohjelmistotoimituksiin. Luonnollisesti, kun kyse on kaupallisesta toiminnasta, ei sitä voida kuvailla tyhjentävästi pelkällä akateemisella lähdepohjalla, vaan mukaan arviointiin on tuotava niin markkinakäytäntöjä kuvaavia dokumentteja, kuten mallisopimuskokonaisuuksia. Näiden avulla pystytään tekemään vertaileva analyysi avoimen lähdekoodin oikeusobjektin käytöstä sille tunnistettujen erityispiirteiden mukaisesti, sekä mitä tiettyjä ongelmia tällaiseen käyttöön voi muodostua.

Tutkielman pääasiallisina lähteinä toimivat lainsäädäntö, sen esityöt ja oikeuskäytäntö. Kuitenkin on tunnistettava, että tietokoneohjelmista tai avoimesta lähdekoodista ei ole saatavilla liikaa suomenkielistä aineistoa, jolloin turvaudutaan kansainväliseen oikeuskirjallisuuteen.¹⁰ Tärkeimpänä yksittäisenä lähteenä, ja aiheen merkkiteoksena, voidaan kuitenkin mainita Mikko Välimäen tutkimukseen perustuva kirja ”The Rise of Open Source Licensing”.¹¹ Useat tässä tutkielmassa käytettävät lähteet koskevat vain jotain tiettyä

⁹ Aiheesta tyhjentävästi Välimäki 2005 s. 188 alkava eri lisensointimallien tyyppitilanneanalyysi.

¹⁰ Kansainväliseen oikeuskirjallisuuteen tukeutuminen ei ole sinänsä mikään este tai rajoite avoimen lähdekoodin analysoinnissa, sillä sitä koskevat lisenssi- ja velvoiteoikeudelliset periaatteet ovat varsin kansainvälisiä kuten näemme tutkielman jaksossa 2.2.2

¹¹ Välimäki 2005

tutkimuksen tai systematisoinnin osaa, jolloin tutkimuksen osittaisena lisäarvona voidaan nähdä näiden kokoaminen yhteen koherentiksi kokonaisuudeksi.

Vaikka tutkielmalla on lähtökohtainen kansallista oikeustilaa systematisoiva tavoite, uskon tutkielman johtopäätösten soveltuvan laajalti etenkin eurooppalaiseen oikeustilaan ohjelmistotoimitusten lähtökohtaisesti sääntelemättömän luonteen ja sopimuskäytäntöjen yleisen sovelluksen kautta.

2 Tekijänoikeus ja tietokoneohjelmat

Tietokoneohjelmat syntyvät niiden tekijöiden omaperäisyydestä ja luovuudesta, jonka seurauksena ne nauttivat tekijänoikeuden suojaa. Tässä jaksossa esitän tutkielman pohjaa muodostavia väitteitä kuten miten tekijänoikeus soveltuu tietokoneohjelmiin (2.1), minkälaisia tekijänoikeudellisia erityiskysymyksiä liittyy avoimeen lähdekoodiin (2.2) ja minkälainen on tietokoneohjelman asema yhdistelmäteoksena (2.3).

2.1 Immateriaalioikeudet ohjelmistoihin

Avoimen lähdekoodin ohjelmistot ovat ennen kaikkea oikeudellisesti tietokoneohjelmia. Ennen kuin pystymme arvioimaan tämän tietyn tietokoneohjelmityypin tekijänoikeusasemaa, on luonnollista lähteä tietokoneohjelmien tekijänoikeusaseman selventämisestä. Tämä johtuu etenkin siitä, että jo itse tietokoneohjelmilla voidaan nähdä olevan tietty erityisasema tekijänoikeutta koskevassa immateriaalioikeussäätelyssä.

Tässä alajaksossa käsittelen tekijänoikeutta yleisesti (2.1.1), sitä minkälainen normipohja tälle muodostuu eri lainsäädännöstä ja kansainvälisistä sopimuksista (2.1.2), miten tietokoneohjelmia koskevia tekijänoikeuksia on käsitelty oikeuskäytännössä niin kansallisella kuin eurooppalaisella tasolla (2.1.3) ja miten ohjelmistojen lisensointi liittyy olennaisesti sen tekijänoikeudelliseen asemaan (2.1.4).

2.1.1 Tekijänoikeudesta tietokoneohjelmistoon yleisesti

Tietokoneohjelmat nauttivat tekijänoikeuden suojaa ja tekijänoikeus on *immateriaalioikeus*.¹² Immateriaalioikeuksia voidaan katsoa olevan ne erikseen lainsäädännössä ja muussa normistossa henkilölle jotain ei-fyysistä asiaa koskevat oikeudet jotka kohdistuvat asiaan laajemmin kuin sen yksittäiseen olomuotoon.¹³ Immateriaalioikeus oikeudenalana ei ole

¹² Tässä tutkielmassa en käytä termiä ”teollisoikeus” vaan puhun immateriaalioikeuksista yleisesti. Jako ”teollisoikeuksiin” ja muihin immateriaalioikeuksiin on mielestäni vanhahtava ja etenkin nykyisessä tekijänoikeuteen nojaavassa ohjelmistoteollisuudessa myös tiettyssä kontekstissa harhaanjohtava.

¹³ Immateriaalioikeuksien nimi viitaten immateriaalisuuteen seuraa vanhahkosta ajattelutavasta, jossa varallisuus oikeuksien jako perustui siihen koskiko oikeus henkilöä vai esinettä. Tästä ajattelutavasta hyvänä esimerkkinä se miten eri oikeusjärjestelmien immateriaalioikeus kääntyy: Anglosaksinen ”Intellectual property rights” viittaa vahvasti esineoikeudelliseen aspektiin, kun taas ranskalainen ”Droit d’auteur” kirjaimellisesti koskee tekijän-oikeutta. Immateriaalioikeus ei koskenut näistä sinänsä kumpaakaan, koska immateriaalioikeudet miellettiin ei-fyysisiä esineitä koskeviksi pysyväis(esine)oikeuksiksi immateriaalioikeudesta muodostui erillinen systemaattinen kokonaisuus. Modernin varallisuus oikeusajattelun myötä myös immateriaalioikeuksia ollaan laajemmin pidetty henkilöiden välisinä oikeussuhteina.

homogeeninen.¹⁴ Karkeasti yksinkertaistaen immateriaalioikeuksille kuten tekijänoikeus, patentti tai tavaramerkki on yhteistä se, että niillä pyritään suojaamaan jonkin henkilön tekemää keksintöä, teosta tai muuta tavaraa jonka ilmaisun on mahdollistanut henkilön luovuus.¹⁵ Tämä kunkin immateriaalioikeuden antama *suoja* keskittyy pääosin siihen, että kolmannet osapuolet eivät pääse hyötymään alkuperäisen tekijän luovuudesta ilman tämän alkuperäisen tekijän lupaa, sekä että tällä alkuperäisellä tekijällä tai oikeudenhaltijalla on mahdollisuus tehokkaasti puolustaa teostaan tai sen luvaton hyödyntämistä kolmansia vastaan.¹⁶

Kuten yllä viitattu, yleisesti immateriaalioikeuksien oikeutuksena¹⁷ on nähty henkilön *ilmaisun* tai *tuotoksen* suojele.¹⁸ Näin vaikka immateriaalioikeuksien suojakeinot voivat kohdistua esimerkiksi idean pohjalta tehdyn tuotteen kieltoon tai sitä johtavaan korvaukseen, suojatoimen kohde tosiasiaassa on tuotteen mahdollistanut tai perustana toimiva omaperäisyyden muoto ja sen väärinkäyttö.¹⁹ Karrikoiden, immateriaalioikeudet ovat syntyneet kuin tyhjästä tarpeeseen suojata aiemmin suojaamattomia asioita, kuten taiteellisia teoksia, jotta näiden olennaista arvoa ei hyväksikäytettäisi kolmannen osapuolen toimesta.²⁰

Tietokoneohjelmille olennaisin yksittäinen immateriaalioikeus on *tekijänoikeus*. Tekijänoikeus on nimensä mukaisesti *teokseen* kohdistuva *oikeus* joka kuuluu sen *tekijälle*.²¹ Suomessa

¹⁴ Haarmann 2014 s.1, 167, Erityisenä esimerkkinä voidaan mainita, että *patenttioikeus* voidaan nähdä täysin omana oikeudenalanaan sen teknisyyden kuin erityisten tulkintasääntöjen kautta ja huomattavasti enemmän erillään muista Immateriaalioikeuksista

¹⁵ Infopaq C-5/08 paras 42-47 koskien tekijänoikeusdirektiivin 2001/29 artiklan 2 tulkintaa

¹⁶ Ks. Päivärinne 2022 s. 43, 151, Oikeudenkäymiskaaren (1734/4) 7 luvun 3 §:n kieltokanteen ja tekijänoikeuslain 60 b §:n ilmenevä ”edustaja” jota pidetään joko puhtaassa tekijänoikeusloukkauksessa tai lisenssisopimuksen sopimussuhteessa alla olevan tekijänoikeuden ”edustajana”.

¹⁷ Oikeusteoreettinen keskustelu immateriaalioikeuksien ympärillä osaltaan keskittyy siihen, että siinä missä kiinteiden esineiden ja irtaimen *tavaran*, sääntely voidaan nähdä luonnollisoikeudellisena, immateriaalioikeudet ovat olemassa vain ja ainoastaan lainsäädäntökehityksen, eli inhimillisen valinnan seurauksena, jolloin näiden rajoitusta ”vapaaseen toimintaan” tulee voida erikseen perustella.

¹⁸ Harenko et al. s. 3 erityisesti koskien tekijänoikeutta, koskien tutkielman aihetta HE 161/1990 s. 16 ”*Tekijänoikeus ei suoja teoksen ideaa, vaan sitä muotoa, johon idea on puettu. [...] Tekijänoikeus ei siis anna yksinoikeutta ideoihin ja yleisiin periaatteisiin, vaan ainoastaan näiden luovaan ja omaperäiseen ilmaisumuotoon*”

¹⁹ Suomalaisena erityispiirteenä tässä ennen Pariisin yleissopimukseen liittymistä säädetty laki kiellosta käyttää tavaroissa vääriä alkuperää tai lajia osoittavia merkintöjä (40/1924) (AlkuperäL) joka myöhemmin johti lakiin sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (1978/1061)

²⁰ Haarmann s. 41, Harenko et al. s. 5-9

²¹ Harenko et al. s. 15-17, tällöin ”tekijä” implikoi luovaa, ei-mekaanista, ilmaisua ks. Mylly Ulla Maija 2007 s. 26, TN 1997:12

tekijänoikeutta yleislakina sääntelee tekijänoikeuslaki (1961/404), jonka 1 § 1.mom määrittelee tekijänoikeuden suojan kohteen ”[s]illä, joka on luonut kirjallisen tai taiteellisen teoksen, on tekijänoikeus teokseen”.

Tältä osin tekijänoikeudelle olennainen systemaattinen arviointi keskittyy siihen mitä tarkoitetaan *teoksella*, eli onko jokin ilmaisu sellainen että se kuuluu tekijänoikeuden suojan piiriin, mikä *oikeus* tähän kohdistuu, eli toisin sanoen miten toisten toimintaa omaa *teosta* kohtaan voidaan estää, ja kuka on *tekijä* eli kenelle nämä oikeudet kuuluvat. Lähtökohtaisesti tekijänoikeuden suojaa nauttivat asiat jotka ovat seurausta henkilön itsenäisyyden ja omaperäisyyden avulla tehdystä luomuksesta, eli *teoksesta*. Historiallisesti tekijänoikeutta ovat nauttineet etenkin taiteellisiksi luetut teokset eli kirjat ja taide, mutta maailman modernisoituessa tekijänoikeudet ovat laajentuneet koskemaan niin tietokantoja kuin ohjelmistoja.²² Tällöin suoraa *teoslajin* tunnistamista tärkeämmäksi asiaksi on muodostunut *omaperäisyyden* ja *itsenäisyyden* tunnistaminen, eli se onko teos seurausta henkilön omaperäisestä ajattelusta ja valinnoista.²³ Eurooppalaisena esimerkkinä tästä voidaan pitää EUT:n C-5/08 Infopaq -ratkaisua, jossa tuomioistuin tunnisti, että jopa yhdentoista sanan ote toisesta tekijänoikeutetusta työstä voi muodostaa uuden suojatun teoksen, mikäli nämä yksitoista sanaa, niiden valinta tai ilmaisu ilmentävät tekijän älyllistä luomistyötä.²⁴

Tietokoneohjelmaa pidetään myös tekijänoikeuden suojaamana teoksena, mutta tähän johtanut arviointi ei ole täysin ongelmaton.²⁵ Tekijänoikeuden suojan ulkopuolelle rajautuvat matemaattiset periaatteet ja algoritmit, joille tietokoneohjelmat rakentuvat.²⁶ Tämä johtuu

²² Haarmann s. 20, Takki & Halonen s. 29-30

²³ Harenko et al. s. 18. Nykyinen omaperäisyysarviointi juontaa pääasialliset norminsa eurooppalaisesta oikeuskäytännöstä ks. Mylly Ulla-Maija 2016 ss. 907, 915

²⁴ Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening C-5/08 para 51 “*In the light of the foregoing, the answer to the first question is that an act occurring during a data capture process, which consists of storing an extract of a protected work comprising 11 words and printing out that extract, is such as to come within the concept of reproduction in part within the meaning of Article 2 of Directive 2001/29, if the elements thus reproduced are the expression of the intellectual creation of their author; it is for the national court to make this determination*”, Suomalaisena esimerkkinä voidaan mainita tapaus KKO:2005:43, jossa katsottiin kielen oppikirjoihin sisältyvien erillisten sanastojen muodostavan tekijänoikeutetun teoksen, sillä sanastojen kokoaminen, valikointi ja esitystapa olivat seurausta kirjan tekijän luovuudesta.

²⁵ Tietokoneohjelman asema tekijänoikeuden kohteena tunnustetaan erikseen tekijänoikeuslain 1 § 2.mom ” Kirjallisena teoksena pidetään myös karttaa sekä muuta selittävää piirustusta tai graafista taikka plastillisesti muotoiltua teosta sekä **tietokoneohjelmaa**” [painotus lisätty] hallituksen esityksellä HE 161/90.

²⁶ Haarmann & Mansala s. 91, C-406/10, SAS Institute para 45

osittain tekijänoikeuden ja patentin rajanvedosta, jälkimmäisen suojatessa ensisijaisesti tieteellisiä keksintöjä kuten mekanismeja ja muita löydöksiä, ja tekijänoikeus tekijän omaperäistä ilmaisua.²⁷ Erityisesti 2000-luvun alussa on käyty laajamittainen oikeudellinen debatti tietokoneohjelmistojen patentoitavuudesta, jonka kannattajat etenkin puolsivat patentin pakkojulkaisun yhteiskunnallisia aspekteja ja Yhdysvaltaista oikeuskehitystä joka on sallinut tietokoneohjelmien patentoimisen.²⁸ Keskustelu sammui ainakin osittain vuonna 2005 Euroopan yhteisön tietokoneohjelmien patentoitavuuden mahdollistavan direktiivin kaatumiseen.²⁹ Tällöin vahvistettiin kirjoitushetkelläkin voimassaoleva oikeustila tietokoneohjelmien erityisestä yleiseurooppalaisesta patenttikelvottomuudesta.³⁰ Tietokoneohjelmien nauttimalle immateriaalioikeussuojalle patentoimattomuus tarkoittaa lyhyesti seuraavaa: tietokoneohjelman pohjan muodostavat konekäskyt ja ohjelmointikieli eivät nauti immateriaalioikeussuojaa, vaan niiden ilmaiseminen tavalla joka muodostaa omaperäisen kokonaisuuden nauttii tekijänoikeussuojaa.³¹ Tästä muodostuu kuitenkin tekijänoikeudelle eräänlainen periongelmia, sillä tekijänoikeus pystyy tosiasiaa näin suojelemaan vain tämän *ilmaisun* suojelua sen tunnistettavuuden vuoksi, jolloin erityisesti tietokoneohjelmille ominaisen koodin, joka ei varsinaisesti ”ilmaise” itseään, suojelu muodostuu hankalaksi.³² Kuitenkin, koska tietokoneohjelmassa tapahtuva omaperäinen ilmaisu tapahtuu juuri

²⁷ Esimerkkinä patenttilain (1967/550) 1 § 1.mom ” Joka on tehnyt mihin tekniikan alaan tahansa liittyvän keksinnön, jota voidaan käyttää teollisesti, tai se, jolle keksijän oikeus on siirtynyt, voi hakemuksesta saada patentin keksintöön ja siten yksinoikeuden sen ammattimaiseen hyödyntämiseen sen mukaan kuin tässä laissa säädetään.”

²⁸ Mylly Ulla-Maija 2006, ss. 35-36

²⁹ Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi tietokoneella toteutettujen keksintöjen patentoitavuudesta KOM(2002)

³⁰ Harenko et al. ss. 255-256, Haarmann s. 175. On kuitenkin epäilyksi että lähtökohtaista patentoimiskelvottomuutta voidaan haastaa Euroopan yhtenäisen patenttitoimiston voimaantullessa ks. Haapanen s. 73-75

³¹ HE 161/1990 s. 16 ” *Tekijänoikeus ei suojaa teoksen ideaa, vaan sitä muotoa, johon idea on puettu. Tietokoneohjelmiin sovellettuna tämä merkitsee, että se systeemi ja logiikka sekä ne algoritmit, periaatteet ja ideat, jotka ovat tietokoneohjelman perustana, eivät ole suojattuja sellaisinaan. Niitä saa kuka tahansa käyttää omassa ohjelmassaan. Tekijänoikeus ei siis anna yksinoikeutta ideoihin ja yleisiin periaatteisiin, vaan ainoastaan näiden luovaan ja omaperäiseen ilmaisumuotoon*” [painotus oma], Tietokoneohjelmien patentoiminen kuuluu tutkielman rajauksen ulkopuolelle, mutta kontekstiksi voitaneen sanoa, että Euroopan patenttisopimuksen (EPC) 52 artikla rajaa tietokoneohjelmat sellaisinaan (”as such”) patentoitavuuden ulkopuolelle, siinä missä Yhdysvalloissa myönnetään aktiivisesti patenteja tietokoneohjelmille niiden muodostaessa tietyn keksintömaisen mekanismi.

³² Takki & Halonen s. 30, HE 161/1990 s. 16 ” *Tietokoneohjelman arvokkain ja eniten luovuutta osoittava osa voi joskus olla ohjelman perustana oleva systeemi-idea. Yleisten periaatteiden mukaan sitä ei kuitenkaan suojata tekijänoikeudella*”

ohjelmointikoodin muodossa, kuin teksti kirjassa, on tämä omaperäisesti koottu koodi tosiasiasa suojelun kohde, sillä siinä esiintyvät sen tekijän omaperäiset valinnat.³³ Tietokoneohjelmien historiallisesti erityisen teollisen luonteen seurauksena niille on muodostunut erityisasema tekijänoikeuteen liittyviin taloudellisiin oikeuksiin juuri siitä syystä, että toisin kuin muiden kirjallisten teosten, tietokoneohjelmien ilmaisu on käytännössä sidottu juuri teknisiin sähköisiin välineisiin.³⁴

2.1.2 Normipohja tietokoneohjelmien tekijänoikeudelliseen erityissäntelyyn

Tietokoneohjelmat muodostavat tekijänoikeudellisen sääntelyn kohteena erityisryhmän. Kuten yllä viitattu, tietokoneohjelmat ovat tulleet tekijänoikeuden kohteeksi kuin varkain, Suomessakin jo ennen kuin asiasta on ollut nimenomainen kirjaus laissa.³⁵ Tekijänoikeutta koskevat normit Suomessa tulevat pääosin kansallisesta lainsäädännöstä, jonka pohjan muodostaa tekijänoikeuslaki sekä sitä muokkaavat Euroopan Unionin direktiivit. Kansainvälisessä viitekehyksessä tietokoneohjelmien tekijänoikeudellinen suoja ja suojakeinot on tunnistettu niin Bernin kuin WIPO:n yleissopimuksissa.³⁶

Tekijänoikeuslaki³⁷ muodostaa Suomen oikeusjärjestykseen tekijänoikeutta koskevan yleislain (*lex generalis*).³⁸ Vaikka tekijänoikeuslainsäädäntö on luonteeltaan jokseenkin kansallista, Euroopan unioniin liittymisen voidaan sanoa, että valtaosa suomalaisen oikeusjärjestelmän tekijänoikeuslainsäädännön kehityksestä on tullut suoraa unionin lainsäädäntöprojekteista. Hallituksen esitys 161/1990 muodostaa kuitenkin tähän poikkeuksen joka jo ennen Euroopan

³³ TN 2006:5, TN 1989:7, HeHO S 04/1824, Takki & Halonen s. 31

³⁴ Historiallisella teollisuudella viitataan tietokoneohjelmien nuoruuteen tekijänoikeuden kohteena, ja etenkin näkyvissä HE 161/1990 kohdan 1.3.1 tietokoneohjelmien taloudellisesta kuvauksesta

³⁵ HE 161/1990 s. 15

³⁶ Bernin yleissopimuksessa kirjallisten ja taiteellisten teosten suojaamisesta 1886 tietokoneohjelmien tunnistaminen kirjallisten teosten suojan piiriin muodostuu sopimusta seuranneelle komitea- ja tulkintatyölle, kun taasen WIPO tekijänoikeussopimus muodosti ensimmäisen kansainvälisesti merkittävän tietokoneohjelmien aseman tunnistuksen, Model provisions of the protection of Computer Software Copyright – Monthly review of World Intellectual Property Organisation no. 1 1978, ks. Geller 2009, kohta 3.3.b.i

³⁷ Tekijänoikeuslaki, tai sen alkuperäinen nimitys ”laki tekijänoikeudesta kirjallisiin ja taiteellisiin teoksiin”, korvasi aiemman tekijänoikeutta koskevan lain tekijänoikeudesta henkisiin tuotteisiin vuodelta 1927 uutena tekijänoikeutta koskevana yleislakina.

³⁸ Tätä yleislakia täsmentävät etenkin erilaiset tekijänoikeusedustusta ja yhteishallinnointia koskevat erityissäännökset, esimerkiksi laki tekijänoikeuden yhteishallinnoinnista (1494/2016) (jälj. Yhteishallinnointilaki)

unionin yleissääntelyä muutti tekijänoikeuslain 1 § 2. mom sen nykyiseen muotoon, eli erityisesti tietokoneohjelmat tekijänoikeuden piiriin erikseen tunnistavaksi.

Hallituksen esitys 161/1990 on perusteellisesti argumentoitu ja tarjoaa näkökulman tekijänoikeussääntelyn kehittymiseen ennen sen suoria eurooppaoikeudellisia vaikutteita.³⁹ Esityksen perusteena toimi Opetus- ja kulttuuriministeriön Tekijänoikeuskomitean osamietintö koskien tietotekniikkaa ja tekijänoikeutta.⁴⁰ Hallituksen esityksessä esitetyt perustelut ovat pääosin käytännölliset: tietokoneohjelmien⁴¹ keskeinen asema kaupallisessa toiminnassa ja niiden jo tunnistettu asema oikeuskäytännössä motivoivat lainsäätäjää vakiinnuttamaan tämän oikeustilan myös lainsäädäntöön.⁴² Itse tietokoneohjelmat hallituksen esitys määrittelee tavalla joka voidaan käsittää tarkoittavan nykyistä ohjelmointikoodia ”*Tietokoneohjelma sisältää joukon käskyjä, jotka saavat tietokoneen suorittamaan halutun toiminnan*”.⁴³ Tämän funktiopainotteisen määritelmän voidaan sanoa olevan vakiintunut, sillä sitä ei ole erikseen haastettu tai muutettu myöhemmässä lainsäädännössä tai sen esitöissä.⁴⁴ Lain esityöt tunnistavat laajan komparatiivisen analyysin seurauksena, että lähes kaikki vertailut valtiot, ja etenkin verrokkina toimivat eurooppalaiset ja pohjoismaiset oikeusjärjestykset, ovat asettamassa tietokoneohjelmat erityisasemaan verrattuna muihin kirjallisiin teoksiin.⁴⁵ Tätä taustaa vasten hallituksen esitys asettuu antamaan tietokoneohjelmia koskevaa erityissääntelyä tekijänoikeuslain sisälle esimerkiksi 11 §:n kopiointi- ja muutosoikeuden rajoittamista⁴⁶, 23 §:n

³⁹ Itse hallituksen esityksessä viitataan runsaasti kansainvälisiin normeihin, mutta suorilla vaikutteilla viitataan Euroopan unionin sääntelyn asettamista osaksi Suomen oikeusjärjestelmää.

⁴⁰ Tekijänoikeuskomitea. 1987. Tekijänoikeuskomitean... osamietintö: 4, Tietotekniikka ja tekijänoikeus : teosten luominen ja käyttö tietokoneen avulla tietokoneohjelmien, tiedostojen ja tietokantojen sekä integroitujen piirien suoja.

⁴¹ Eli hallituksen esityksessä tarkoitettu ”automaattinen tietojenkäsittely (atk)”

⁴² HE 161/1990 s. 11 ” *Valtion teknillisen tutkimuskeskuksen keräämien tietojen mukaan Suomen automaattiseen tietojenkäsittelyyn (atk) liittyvän tuotannon liikevaihto oli vuonna 1988 noin 7,7 miljardia markkaa. Kasvua edelliseen vuoteen verrattuna oli lähes 28 prosenttia*” s. 12 ”*Vallitseva käsitys on, että tietokoneohjelmaa voidaan pitää laissa tarkoitettuna teoksena. Siten tekijänoikeuslaki olisi nyt sovellettavissa tietokoneohjelmiin. Tekijänoikeuslainsäädännön soveltaminen on viime vuosina tullut myös kansainvälisesti vallitsevaksi suojamuodoksi. Myös alan sopimuskäytäntö perustuu paljolti tälle lähtökohdalle.*”

⁴³ *Ibid* s. 11

⁴⁴ Haarmann s. 62, Harenko et al. S. 260, Mylly Ulla-Maija 2007, TN 2005:7, TN 1997:12

⁴⁵ HE 161/1990 s. 13-15

⁴⁶ Tältä osin on huomioitava se seikka, että HE 161/1990 viittaa useasti ”alalla vallitsevaan sopimuskäytäntöön” joka tässä kontekstissa rajoittaa kopioiden tekemistä, s. 19 ” *Tekijänoikeuslain 27 §:n 3 momentin perusteella ehdotettua säännöstä sovelletaan vain mikäli ei ole toisin sovittu. Säännös ei siten vaikuttaisi millään tavalla noudatettuun sopimuskäytäntöön, joka koskee käyttäjän oikeutta valmistaa ohjelmasta kappaleita ja tehdä*

teoksen lainausoikeuden rajoittamista⁴⁷ sekä erityisesti tekijänoikeuden siirtymiseen työ- ja virkasuhteessa.⁴⁸ Hallituksen esityksen 161/1990 tekijänoikeuslain tietokoneohjelmia koskeva muutos on yllättävän ajankohtainen kun otetaan huomioon, että se on laadittu aikana ennen internetiä, nykyaikaista ohjelmistokehitystä tai valtaosaa kuluttajille suunnatuista ohjelmistoista.

Euroopan unionin⁴⁹ oikeuslähteiden ja tulkintasääntöjen vaikutus Suomen oikeusjärjestykseen on erityisen tärkeää tekijänoikeudelle, sillä valtaosa nykyisestä tietokoneohjelmia koskevasta tekijänoikeussäätelystämme seuraa tästä säätelystä.⁵⁰ Tietokoneohjelmille olennaisimmat unionin sääntelylliset kokonaisuudet ovat Tietokoneohjelmadirektiivi⁵¹, Tietoyhteiskuntadirektiivi⁵² ja ohjelmistodirektiivi⁵³ joista ensimmäinen ja kolmas sääntelevät tietokoneohjelmia *lex specialis* ja toinen *lex generalis* tekijänoikeutta unionin sisämarkkinoilla yleisesti. Direktiivit sisältävät niiden olennaisilta osin kansalliselle lainsäätäjälle kohtuullisen

kappaleisiin muutoksia. Säännös selkeyttää tilannetta lähinnä silloin, kun ohjelman oikeudenhaltijan ja käyttäjän välisessä sopimuksessa ei ole määritelty käyttöoikeuksien laajuutta tässä suhteessa”

⁴⁷ Lainsäätäjä tunnistaa, että käyttökopion luominen tietokoneohjelmasta tarkoittaisi käytännössä alkuperäisen oikeudenluovutuksen kanssa kilpailevaa toimintaa ja tulisi tällöin rajata vain alkuperäiselle oikeudenhaltijalle, *ibid* s. 20 ” Ohjelmien lainaaminen johtaa ohjelmien kopiointiin, joka korvaa ohjelmien normaalia hankintaa. Tätä ei voida pitää oikeudenhaltijoiden kannalta kohtuullisena. Tietokoneohjelmien lainaaminen yleisölle ehdotetaan tästä syystä jätettäväksi tekijän yksinoikeuden piiriin”

⁴⁸ Etenkin jälkimmäisin on saanut osakseen kehuja julkisessa juridisessä keskustelussa, sillä on lainsäätäjältä oikein tunnistettu, että etenkin isojen ohjelmistoprojektien kanssa ”[y]ksittäisen tekijän osuutta on käytännössä vaikeata tai mahdotonta erottaa lopullisesta ohjelmasta”.*Ibid* s. 22

⁴⁹ Selvyyden vuoksi kutsun Euroopan Yhteisöjä (EY) tässä kontekstissa Euroopan Unioniksi, sillä jo vuonna 1993 tämä sisällytettiin Maastrichtin sopimuksella Euroopan Unioniin ja lakkautettiin 2009.

⁵⁰ Erityisen tärkeää on myös huomioida se, että kun ylikansallinen EU lainsäädäntö asetetaan osaksi kansallista lainsäädäntöä, tällöin myös Euroopan Unionin tuomioistuimesta (EUT) tulee lakia direktiivin osalta tulkitseva oikeuslähde ja sen päätöksistä suoraan velvoittavia.

⁵¹ Neuvoston direktiivi 91/250/ETY tietokoneohjelmien oikeudellisesta suojasta, Rakkaalla lapsella on monta nimeä ja eri artikkeleissa, riippuen niiden julkaisusta, viitataan direktiiviin 91/250/ETY niin ”tietokoneohjelmadirektiivinä” kuin ”ohjelmistodirektiivinä”. Useamman direktiivin sekoittamista välttääkseni, tässä tutkielmassa viitataan direktiiviin 91/250/ETY ”tietokoneohjelmadirektiivinä ja direktiiviä 2009/24/EC ”ohjelmistodirektiivinä”.

⁵² Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 22.5.2001 tekijänoikeuden ja lähioikeuksien tiettyjen piirteiden yhdenmukaistamisesta tietoyhteiskunnassa 2001/29/EY, keskeisistä vaikutuksista ks. Stamatoudi & Torremans s. 408

⁵³ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2009/24/EY, annettu 23 päivänä huhtikuuta 2009, tietokoneohjelmien oikeudellisesta suojasta (Kodifioitu toisinto), Direktiiviä ei ole erikseen hallituksen esityksellä saatettu kansalliseen lakiin vaan sen on katsottu vastaavan jo vallinnutta tekijänoikeuslain sanamuotoa tarpeeksi riittävällä tavalla. Direktiivi kuitenkin käsitellään tässä erikseen siitä johtavan oikeuskäytännön takia.

vähän harkintavaltaa, joka on johtanut sängen yhdenmukaiseen oikeudentilaan sisämarkkinoilla.⁵⁴ Etenkin tietokoneohjelmia koskevat Tietokoneohjelmadirektiivi ja Ohjelmistodirektiivi ovat voimaan tullessaan päällisin puolin vastanneet Suomessa jo vallitsevaa oikeustilaa, jolloin näiden vaatimat muutokset tekijänoikeuslakiin ovat olleet vähäisiä.⁵⁵

Nämä yllä käsitellyt normit muodostavat pohjan tietokoneohjelmien tekijänoikeudelliselle erityisasemalle verrattuna tavanomaiseen kirjalliseen teokseen. Tietokoneohjelman eroavaisuus tavanomaisesta kirjallisesta teoksesta voidaan esittää myös listana:

Oikeudellinen piirre	Kuvaus	Normilähde
Suojan kohde	Tietokoneohjelman omaperäisen ilmaisun muodostama ohjelmistokoodi	Tekijänoikeuslain 1 §, Tietokoneohjelmadirektiivin 1(1) artikla, Bernen yleissopimus, WIPO tekijänoikeussopimuksen 4 artikla
Suojan saaja	Työsuhteessa tekijänoikeus muodostuu automaattisesti työnantajalle	Tekijänoikeuslain 40 b §
Tilapäisen kopioinnin oikeus	Tietokoneohjelmaa voi kopioida tilapäisesti loukkaamatta tekijänoikeutta, sillä tietokoneohjelman käyttö johtaa usean eri elektronisen kopion valmistamiseen. Tämä ei kuitenkaan koske julkisesti saatavilla olevan, toisen hallussa olevan, tietokoneohjelman kopioimista.	Tekijänoikeuslain 11 a § 2.mom, 12 § 4.mom
Edelleenlevittämise oikeuden rajoitus	Tietokoneohjelman hankittua kappaletta ei saa asettaa yleisön saataviin lainaamalla. Oikeudenhaltijan yksinoikeus yleisölle julkiseksi saattamiseen ei automaattisesti sammu, vaikka teos luovutettaisiin eteenpäin. ⁵⁶	Tekijänoikeuslain 19 § 3.mom

⁵⁴ Erityismainintana tästä voidaan mainita esimerkiksi tietokoneohjelmadirektiivin artikla 4, joka listasi Eurooppalaisen oikeudellisen pohjan tietokoneohjelman tekijänoikeudenhaltijan, muista kirjallisista teoksista poikkeaville, yksinoikeuksille: toisintamis(kopiointi)-, muokkaamis- ja levitys- sekä ”vuokraamis”-oikeudet. Ks. Mylly Ulla-Maija 2016 s. 913 EU:n tietokoneohjelmia koskevan harmonisoinnin omaperäisyyskynnyksen määrittämisestä.

⁵⁵ HE 211/1992 s. 3 “Direktiivin säännökset vastaavat suurelta osin voimassa olevaa tekijänoikeuslakia”. Uutena konseptina kansalliseen oikeuteen tuli kuitenkin Tietokoneohjelmadirektiivin ”dekompilaatio” eli lähtökohtainen oikeus tutkia hallussa olevaa tietokoneohjelmaa sen teknisiä suojaeinoja kiertämättä.

⁵⁶ Tietokoneohjelmia sisältävistä teoksista ja niiden luovutuksesta TN 2015:7 ja TN 2015:8

Erityiset, muut oikeudet poissulkeva, käyttöoikeusregiimi	Tietokoneohjelmasta saa tavanomaisen käytön ohessa sellaiset kappaleet ja tehdä sellaisia muutoksia, jotka ovat tarpeen aiotun tarkoituksen toteuttamiseksi. ⁵⁷ Lisäksi tietokoneohjelmasta saa valmistaa varmuuskopion, ⁵⁸ sekä tutkia ja kokeilla tietokoneohjelmaa niiden periaatteiden selvittämiseksi, jotka ovat ohjelman osan perustana rikkomatta tämän ohjelman teknisiä suojauskeinoja. ⁵⁹ Lisäksi tietokoneohjelman ”muodon kääntäminen” ⁶⁰ eli tutkiminen on sallittua, jos sillä taataan tietokoneohjelman toimivuus ja yhteentoimivuus muiden ohjelmien kanssa tarkoituksen mukaisesti. ⁶¹	Tekijänoikeuslain 25 j § 25 k § ⁶² , Ohjelmistodirektiivi 5 ja 6 artiklat
-----------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------

Tässä jaksossa käsitelty lainsäädännön läpileikkaus antaa kuvan siitä minkälainen erityissääntelyllinen asema tietokoneohjelmilla on niiden tekijänoikeudellisessa sääntelyssä ja miten niitä koskevien käytäntöjen arvioinnissa tulee kiinnittää huomiota niitä koskeviin erityisoikeuksiin.

2.1.3 Oikeuskäytäntöä tietokoneohjelmien erityiskysymyksiin

Suomessa oikeuskäytännöllä on ollut iso asema määrittäessä tietokoneohjelman teoskynnystä, eli milloin ja miten tietokoneohjelmaa voidaan kutsua tekijänoikeutetuksi teokseksi. Tässä

⁵⁷ Tulee huomioida, että kyseinen pykälä antaa oikeuden vain sellaiselle henkilölle, joka ”on laillisesti hankkinut tietokoneohjelman”, tätä ”lawful acquirer” tulkittiin myös ylempänä viitatussa UsedSoft tapauksessa, jossa tätä ”aiottua käyttötarkoitusta” määrittelevien lisenssiehtojen sitovuus tunnistettiin niin alkuperäisiin teoksen luovutuksensaajiin kuin näiden tekemiin luovutuksiin

⁵⁸ Tekijänoikeuslain 25 j § käyttää sanaa ”varmuuskappale” joka on terminä vanhentunut, korvattu yleisesti käytössä olevalla ilmaisulla

⁵⁹ Säännelty lakiin osana tietokoneohjelmadirektiivin sääntelyä ja vastaa ohjelmistodirektiivin artiklan 5(3) ”reverse engineering”

⁶⁰ ”Muodon kääntämisellä” tarkoitetaan ohjelmistodirektiivin tarkoittaa ”Dekompilaatiot” eli valmiin ohjelman muuntamista sen lähdekoodiseen muotoon.

⁶¹ Tähän dekompilointiin liittyen tulee kuitenkin huomioida se ettei se muodosta poikkeusta ohjelmiston kopioimisen kiellolle / oikeudenhaltijan yksinoikeudelle TN 2005:7 s.11-12

⁶² Takki & Halonen s. 50, Tältä osin myös relevantti Tekijänoikeuslain 50 a § koskien teknisten suojauskeinojen kiertämisen kieltoa, joka ei päde tietokoneohjelmiin. Ks. Still s. 153

kappaleessa käsittelen aiheelle olennaisimmat tapaukset jotka määrittävät tietokoneohjelmiston teosasemaa Suomessa.

Tekijänoikeusneuvosto ei varsinaisesti ole tuomioistuin, mutta sen antamat ratkaisut muodostavat tärkeitä ohjenuoria erityisesti tekijänoikeuslain ja sen periaatteiden tulkinnalle.⁶³ Lausunnossa 1989:7, eli ennen tekijänoikeuslain erityistä tietokoneohjelmat tunnistavaa lisäystä 1 §:ssä, neuvosto tunnisti tekijänoikeuslain suojaavan ”luovaa työtä sen kaikissa ilmenemismuodoissa” ja tällöin, jos tietokoneohjelma ilmentää sen tekijän luovia valintoja, saa se *mutatis mutandis* tekijänoikeuslain taloudellisten oikeuksien suojaa.⁶⁴ Tapauksessa neuvosto vahvisti tekijänoikeuden olemassaolon erityisesti tämän ”ohjelmakoodin” koodanneille henkilöille,⁶⁵ ja on myöhemminkin painottanut teosarvioinnissa juuri lähdekoodin erilaisuutta kahden samankaltaisen teoksen keskinäisarvioinnissa.⁶⁶

Tietokoneohjelmien asemaa tekijänoikeutettuna teoksena ja sen loukkausta on arvioitu suomalaisten tuomioistuinten ratkaisukäytännössä kohtalaisesti. Tapauksessa HelHO:2006:9 tekijänoikeuden piiriin kuuluvaksi tietokoneohjelmaksi tunnistettiin sellainen ohjelmakoodi, joka ilmensi muutakin kuin ”mekaanisuutta” eli sen laatijan luovaa ilmaisua ja tunnisti näin hyvin matalan teoskynnyksen tietokoneohjelmalle.⁶⁷ EUT on vastaavasti tulkinnut

⁶³ Tekijänoikeusneuvoston säännöksellinen pohja on tekijänoikeuslain 55§ ja valtioneuvoston Tekijänoikeusasetus (1995/574)

⁶⁴ Erityisen mielenkiintoisen vertailullisen aspektin muodostaa taloudellisten oikeuksien soveltuminen tietokoneohjelmiin, joka tapahtui ennen kuin näiden oikeuksien erillisvaikutus tietokoneohjelmiin tunnistettiin TN 1989:7 s. 7 ”Teos voidaan saattaa yleisön saataviin esittämällä se julkisesti, levittämällä sen kappaleita yleisön keskuuteen tai näyttämällä sen kappale julkisesti. Tietokoneohjelmiin sovellettuna tekijän yksinoikeus sisältää oikeuden ohjelman tallentamiseen tietokoneen muistiin tai tietovälineelle, alkukielisen ohjelman kopioinnin tai ohjelman kääntämisen toiselle tietokonekielelle, ohjelman myynnin, vuokrauksen, lainauksen tai muun levittämisen”, Huomioitavaa on lisäksi, että vaikka TN 1989:7 ensimmäisen kerran tunnisti tekijänoikeuden tietokoneohjelmalle, tekijänoikeuslautakunta oli tunnistanut jo tämän *mahdollisuuden* aiemmassa lausunnossa 1986:3 ”Järjestelmään sisältyvä yksittäinen atk-ohjelma voi saada suojaan tekijänoikeuslain 1 §:n perusteella edellyttäen, että se on riittävässä määrin itsenäinen ja omaperäinen”, jossa kuitenkin tapauksen järjestelmälle ei myönnetty tekijänoikeussuojaa ”kokonaisuudessaan”.

⁶⁵ TN 1989:7 s.8 ”Noin 63 % ohjelmasta on C:n ja D:n itse laatimaa ohjelmakoodia”, neuvosto näin rajasi vain pedagogiset ja suunnittelutyöhön osallistuneet osapuolet tekijänoikeuden ulkopuolelle

⁶⁶ TN 2006:5 s. 11 ” Tekijänoikeusneuvostolle toimitetusta aineistosta ilmenee, että [...] ohjelmien samankaltaisuus johtunee ainakin osaltaan siitä, että ne on luotu samalle [lähdekoodille]” ks. Myös 2005:7, lisäksi enemmän rajatuissa ohjelmointiympäristöissä painoarvoa on annettu sille onko ohjelmoijan kommentovalinnat olleet vapaita (TN 1997:7 – leipomotuotteiden valmistusta ohjaavan logiikkalaitteen ohjelmointikielen ohjeet & TN 2003:10 – mm. lämmönjakelua ohjaavan tietokoneohjelman suoja)

⁶⁷ HelHO:2006:9 ”Muita arviointiperusteita ei saa soveltaa arvioitaessa, suojataanko ohjelmaa. Direktiivin perusteella on siten selvää, että tietokoneohjelmat yltyvät melko helposti niin kutsuttuun teostasoon. Direktiivissä esitetyt periaatteet huomioon ottaen hovioikeus katsoo tekijänoikeusneuvoston ja VTT:n lausuntojen perusteella, että kanteessa kuvattua tietokoneohjelmaa on pidettävä tekijänoikeuslain 1 §:n 2

tietokoneohjelmadirektiiviä niin, että tekijänoikeuden suojamuodon piiriin kuuluvat juuri vain ”tietokoneohjelman ilmaisumuodot” eli koodi ja sen suunnittelutyö eikä toiminnallisuus itsessään.⁶⁸

Koskien tietokoneohjelman luovutusta koskevia tekijänoikeusloukkauksia korkein oikeus on antanut kaksi oikeustilaa olennaisesti määrittävää ratkaisua. Ratkaisussa KKO 1996:43 kyseessä olevan tietokoneohjelman *muunnelmateoksen* luovutuksen loukkaus jakautui tekijänoikeutetun lähdekoodin luovutuksen loukkaukseksi ja erikseen toisen osapuolen tästä lähdekoodista tekemien kopioiden kautta levitysoikeuden loukkaukseksi.⁶⁹ Ratkaisevaa lähdekoodin luovuttajan luvattomasta levityksestä vastuusta vapautumiselle oli, että pelkkä lähdekoodin luovutus ei ollut automaattisesti johtanut itse *levitysoikeuden* loukkaamiseen.⁷⁰ Samoin tapauksessa KKO 2003:88 henkilö oli loukannut alkuperäisen oikeudenhaltijan levittämisoikeutta tarjoamalla erikseen ohjelmiston fyysisiä tallenteita ja lataustunnuksia, jotka alkuperäinen oikeudenhaltija oli tarkoittanut fyysisen tallenteen jatkeeksi, ja jotka mahdollistivat tietokoneohjelman luvattoman käytön, ei siis erilliseksi teokseksi johon alkuperäisen oikeudenhaltijan oikeudet olisivat sammuneet.⁷¹

Yllä katsotun oikeus- ja ratkaisukäytännön mukaan tekijänoikeuden asema tietokoneohjelmille on muodostunut muista kirjallisista teoksista erilainen teoskynnyksen ja oikeuksien

momentissa tarkoitettuna teoksena.”, ks. Lisäksi valituksen alaisen Lohjan kärjäoikeuden 23.4.2004 tuomioon annettu tekijänoikeusneuvoston lausunto TN 1997:12 s. 6 ” Tekijänoikeusneuvosto toteaa, että tietokoneohjelman suojan osalta on huomiota kiinnitettävä siihen, onko tietyt toiminnot aikaan saava tietokoneohjelma mahdollista toteuttaa useilla eri tavoilla samaa ohjelmointikieltä käytettäessä. Tekijänoikeusneuvoston käsityksen mukaan hakijan suunnittelema tietokoneohjelma olisi ollut mahdollista toteuttaa samalla ohjelmointikielillä vaihtoehtoisilla tavoilla.”

⁶⁸ C-406/10 - SAS Institute para 30-32

⁶⁹ KKO:1996:43, tapaus on monitahoinen ja mielenkiintoinen esimerkiksi myös siksi, että tekijänoikeuden katsottiin kuuluvan alkuperäiselle yhtiölle X, jolloin yhtiö Y joutui maksamaan korvausta tämän oikeudettomasta kopioiden valmistamisesta siltä osin kuin se oli käyttänyt A:n luovuttamaa lähdekoodia kopioiden valmistamiseen, vaikka lähdekoodi itsessään ei ollut muodostanut luvatonta luovutusta, Ks. Oesch 1997

⁷⁰ Ibid. “*Tekemällä Datamatti Oy:n puolesta 22.9.1988 päivätyn sopimuksen ja luovuttamalla ohjelmistojen alkukieliset kappaleet Genine Oy:lle käytettäväksi uusien kappaleiden valmistukseen ja levitykseen hän ei kuitenkaan ole valmistanut teoksesta kappaleita tai saattanut teosta yleisön saataviin levittämällä sen kappaletta yleisön keskuuteen taikka muutoin tekijänoikeuslain 2 §:ssä tarkoitettulla tavalla käyttänyt teosta. Näin ollen A ei ole loukannut Datamatti Oy:n tekijänoikeutta*”

⁷¹ KKO 2003:88 ”*Edellä mainittua taustaa vasten on ilmeistä, ettei levitysoikeuden raukeamista koskeva yleissäännös sovellu sopimuksiin, joiden pääsisältönä on se, että loppukäyttäjät voi omassa tietokoneessaan käytettäväksi valmistaa tekijänoikeuden suojaamasta ohjelmasta teoskappaleen. Kysymys on luovutetun oikeuden sisällöstä ja oikeussuhteen tarkoitusta silmälläpitäen tosiasiallisesti nimenomaan käyttöoikeussopimuksesta, koska muunlaiset ohjelman hyödyntämismahdollisuudet on jo lailla rajoitettu*” ks. Sorvari ss. 4-5 (Edilex-versio)

luovutuksen tulkinta. Toisin kuin pääsääntöisesti muihin kirjallisiin teoksiin, tietokoneohjelmiin keskittyy samanaikaisesti useampia eri suojamuotoja tekijänoikeudesta taloudellisesti olennaisiin sopimussuhteisiin. Tietokoneohjelman teoskynnystä voidaan sanoa arvioitavan sinänsä korkeammalla kynnyksellä kuin tavanomaisesti muiden kirjallisten teosten, sillä kyse on lähtökohtaisesti eri komentojen uudelleenjärjestelystä, vaikka tämän uudelleenjärjestelyn mahdollisuudet olisivatkin käytännössä rajattomat.

2.1.4 Ohjelmistojen lisensointi tekijänoikeuden näkökulmasta

Lopuksi tässä jaksossa käsittelem lyhyesti tietokoneohjelmistoille olennaisen lisensoinnin tekijänoikeudellista käsitettä.⁷² Lisenssi, eli tekijänoikeuden osaluovutuksen oikeustoimi, on usein velvoiteoikeudellinen sopimussuhde, jossa oikeudenhaltija siirtää rajoitetusti tai rajoittamattomasti, tietyn tai useamman oikeuden, tämän tekijänoikeuteen kuuluvista taloudellisista yksinoikeuksista.⁷³

Lisenssit eivät ole vieraita muille tekijänoikeutetuille teoksille, mutta ne ovat erityisen olennaisia tietokoneohjelmille.⁷⁴ Toisin kuin muille tavanomaisille kirjallisille teoksille, tietokoneohjelmalle on olennaista että sitä ei käytännössä voi käyttää ilman lisenssiä, sillä tietokoneohjelman käyttö käytännössä vaatii sen, että siitä luodaan kopio, jolloin tämä tavanomainen käyttö on olennaisesti ristiriidassa oikeudenhaltijan kopioiden valmistamista koskevaa yksinoikeutta kohtaan.⁷⁵ Tekijänoikeuslaki tai muut tiettyjä tekijänoikeuslisensointia sääntelevät lait eivät sisällä tyhjentävää lisenssin määritelmää osittain sen takia, että lisenssisopimusten sisältö ja luonne voi vaihdella huomattavasti lisenssien välillä.

⁷² Tässä tutkielmassa käytän ”lisenssin” käsitettä tarkoittamaan laajasti mitä tahansa tekijänoikeuden osan siirtävää sopimusta mukaan lukien käyttöoikeussopimukset. Tämä määritelmä eroaa mm. ”Tekijänoikeus” kirjasta, joka vaikkakin alan merkkiteos onkin, eroaa mielestäni termin yleisesti hyväksytystä käytöstä etenkin ohjelmistojen lisensoinnista puhuttaessa. Ks. Määrittelystä Takki & Halonen s. 198

⁷³ Harenko et al. s. 337, Päivärinne 2022 s. 130-131, HE 161/1990 s. 41 oikeuden siirtämistä koskevan pykälän perusteluissa ” *Pykälän mukaan yksinoikeus piirimalliin tai oikeus käyttää piirimallia 7 §:ssä tarkoitetulla tavalla (käyttöoikeus) voidaan luovuttaa. Oikeuden luovutus tapahtuu sopimuksin. Sopimukselle ei säännöksessä ole asetettu muotovaatimuksia. Yleensä luovutusta koskevat sopimukset tehdään kuitenkin kirjallisesti.*”

⁷⁴ Takki & Halonen s. 197-198

⁷⁵ KKO 1998:81 ” [s]en, joka haluaa hankkia käyttöönsä tietokoneohjelman, tulee ostaa ohjelman käyttöoikeus eli lisenssi. Ostettava tuote on usein kokonaisuus, joka sisältää paitsi itse oikeuden käyttää tietokoneohjelmaa myös tietokonelevyksen, jolla ohjelma on, sekä käsikirjan ja mahdollisesti muutakin ohjelman käyttöön liittyvää aineistoa.”, Yleisenä tekijänoikeuden, ja sen osan, lisensoinnin normiperustana on pidetty tekijänoikeuslain 27 §:ää joka erottaa teoskappaleen luovutuksen käyttöoikeuden luovutuksesta, ks. Välimäki 2002 s. 853

Lisenssit ovat ennen kaikkea varallisuus oikeudellisia oikeustoimia joissa luovutuksen kohteena on jokin tai jotkin tekijänoikeuden osat, joko itsenäisenä sopimuksena tai osana muuta sopimuskokonaisuutta.⁷⁶ Kauppa oikeudellisesti lisenssin konsepti voidaan mieltää *palveluksi* tai *osittaisluovutukseksi*, eli sopimussuoritteeksi jossa suoritteen kohteena oleva pysyväisoikeus palautuu sen omistajalle sopimussuhteen päätyttyä.⁷⁷ Ohjelmistolisensseille, eli lisensseillä joilla luovutetaan jokin käyttö- tai muu oikeus ohjelmistoon, olennaista on että lisenssisopimus koostuu niin *immateriaalioikeudellisista* kuin *varallisuus oikeudellisista* velvoitteista osapuolten välillä muodostaen ohjelmistolisenssistä *sekatyyppisen sopimuksen*.⁷⁸ Akateemisessa kirjallisuudessa ei ole erikseen kiinnitetty huomiota eri velvoitteiden tunnistamiseen *immateriaali-* tai *velvoiteoikeudelliseksi*, kun on kuitenkin selvää, että lisenssin ydin, eli siirrettävä oikeus, koskee immateriaalioikeutta. Tätä vasten etenkin *Oesch* on arvioinut, että tekijänoikeuslain tulkintalähtökohtana⁷⁹ on ohjelmistolisenssien oikeuksien *niukka* sopiminen, eli lisenssillä siirretään vain juuri ne tekijänoikeuteen kuuluvat oikeudet tai oikeuksien osat, jotka eritellään lisenssisopimuksessa ja muut velvoiteoikeudelliset velvoitteet muodostuvat tämän päälle.⁸⁰

Tietokoneohjelmat eivät ole immuuneja teoskappaleen luovutuksesta seuraavalle alkuperäisen oikeudenhaltijan oikeuksien sammumiselle. EUT on arvioinut tietokoneohjelman alkuperäisen oikeudenhaltijan oikeuksien sammumista tunnetussa *UsedSoft*-tapauksessa, jossa tuomioistuinn tunnisti alkuperäisen oikeudenhaltijan oikeuksien sammuneen sellaisen sopimuslisenssin seurauksena, joka ei estänyt teoksen jälleluovutusta vaikka tämä jälleluovutus tapahtui

⁷⁶ Päivärinte 2022 s. 132, Haarmann 2005 s. 299, Erilaisissa tilanteissa lisenssiä vastaavan korvauksen tunnistaminen ja määrääminen voi olla hankalaa. Esimerkiksi tilanteet joissa ohjelmistotoimituksen toimittaja pitää omistusoikeuden järjestelmään, mutta luovuttaa laajan käyttöoikeuden järjestelmään, ovat tilanteita joissa lisenssin varsinainen arvo verrattuna järjestelmän omistusoikeuteen voi hämärtyä, sillä lisenssin arvo ei ole vakio vaan määriteltävissä kunkin toimituksen ja toimittajan erityistilanteeseen (ks. Erlund et al. 2010)

⁷⁷ Ks. Hämäläinen 2021 s. 19-20, Kivistö 2017 s. 223 koskien kansainvälisestä viitekehyksestä tekijänoikeuden omistusoikeuden erotteluun. Luovutuksen ja palvelun erosta paremmin tämän tutkielman jaksossa 3.1.4

⁷⁸ Vedenkangas ss. 862–879, Oesch & Vesala 2004 s. 266

⁷⁹ Ks. Oesch Rainer, Vierashuoneessa professori (emer.) Rainer Oesch: Tekijänoikeuslisenssin laajuus ja sen tulkinta, Edilex 23.2.2022, Oesch 2004 s. 918, Oesch viittaa tässä erityisesti tekijänoikeuslain 28 ja 30 §§ tulkintaan. Tekijänoikeuslaki sisältää myös itse lisensseistä sopimista ja niiden toimintaa rajoittavia säännöksiä, esimerkiksi 25 j § 2. ja 3.momentin mukainen varmuuskopointi- ja dekompilointioikeudet joita ei lisenssiehdolla voida rajoittaa. Tekijänoikeuslain 25 j § 5.mom, Pykälän tietokoneohjelmia koskevaan tarpeeseen viitattiin jo 1991 vuoden hallituksen esityksessä mutta se kodifioitiin lakiin vasta tietokoneohjelmadirektiivin 5(3) artiklan seurauksena

⁸⁰ [Oesch & Vesala 2004](#) s. 257-258, samoilla linjoilla Haapanen s. 88, ks. Myös Vedenkangas s. 864-865 ohjelmistolisenssiin olennaisesti liittyvistä velvoiteoikeudellisista sovittavista asioista.

oikeudenhaltijan nettisivujen kautta tapahtuvalla latauksella ja sitoi oikeudenhaltijan lisenssisuhteeseen jälleenluovutuksen saaneen henkilön kanssa.⁸¹ Tapaus on merkittävä ei pelkästään sen lopputuloksen takia, vaan myös siksi että tuomioistuin otti kantaa tietokoneohjelmien luovutuksen erityislaatuisuuteen⁸² ja ohjelmistoalan vakiintuneisiin toimintatapoihin lisenssiehtojen sitovuuden osalta.⁸³

Mielestäni olennainen tapa purkaa yllä avattua lisenssisystematiikkaa on avata olennaisia eroja tekijänoikeuteen kuuluvan oikeuden osittais- ja kokonaisluovutuksen välillä. Kuten yllä argumentoitu, lisenssi velvoiteoikeudellisena konstruktiona on aina riippuvainen siitä sopimuksesta, jolla se on myönnetty.⁸⁴ Osaluovutuksen olemassaolo ja käyttö on siis sidottu tähän oikeustoimeen. Prosessuaalisesti lisenssinhaltijalla, toisin kuin kokonaisluovutuksen saajalla, on yleisesti ottaen oikeus nostaa tekijänoikeuden rikkomuksesta kanne vain lisensoijaa vastaan niiden sopimusehtojen puitteissa, joiden mukaan lisenssi on muodostettu. Lisenssinhaltija ei lähtökohtaisesti pysty kohdistamaan suojoitoimia kolmatta kohtaan hallussaan olevan lisensoidun tekijänoikeuden osalta, vaan on riippuvainen alkuperäisen oikeudenhaltijan toimista sekä lisenssisopimuksen sanamuodosta siitä miten lisenssinhaltija voi puolustaa omaa asemaansa.⁸⁵ Lisenssin sanamuodon myöntämät oikeudet tulkitaan myös korkeimman oikeuden käytännön mukaan tiukasti.⁸⁶ Tällöin tekijänoikeuden omistusoikeus eroaa lisenssistä ehkä huomattavimmin esimerkiksi jatkokäytön ja hyödyntämisen osalta: jollei

⁸¹ C-128/11 UsedSoft

⁸² Ibid para 47 “merkitystä ei ole sillä, onko kyseisen oikeuden haltija saattanut tietokoneohjelman kappaleen asiakkaan saataville oikeudenhaltijan internetsivulta toteutettavan lataamisen vai CD-ROMin tai DVD:n kaltaisen aineellisen alustan avulla”

⁸³ Ibid para 49 “ellei direktiivin 2009/24 4 artiklan 2 kohdassa tarkoitettua termiä ”myynyt” tulkittaisi laajasti siten, että se kattaa kaikki tuotteen markkinointimuodot, joilla myönnetään tietokoneohjelman kappaleen käyttöoikeus rajoittamattomaksi ajaksi sellaista vastiketta vastaan, jolla tekijänoikeuden haltija voi saada omistamansa teoksen kappaleen taloudellista arvoa vastaavan korvauksen, tämän säännöksen tehokas vaikutus vaarantuisi, sillä tavarantoimittajat voisivat kiertää raukeamissäännön ja poistaa sen merkityksen vain luokittelemalla sopimuksen ”lisenssisopimukseksi” ”myyntisopimuksen” (kauppasopimuksen) sijasta.”, tuomioistuin siis tunnisti, että oikeuksien sammumisen kannalta on sinänsä yhdenmukaista onko kyseessä lisenssi vai kauppa, jos kuitenkin lisenssin tosiasiallisena oikeusvaikutuksena on kaupan kaltainen tilanne. Tapauksen ”jatko-osassa” Tom Kabinet tapauksessa (C-263/19) olennaisilta osin sama tilanne ei johtanut oikeuksien sammumiseen e-kirjan osalta, koska näihin sovellettiin tietoyhteiskuntadirektiiviä eikä ohjelmistodirektiiviä, joista vain jälkimmäinen säänteli oikeuksien sammumisen ”first sale” periaatteen lakiin.

⁸⁴ Ks. MAO:149/17 lisenssin jaottelusta tekijänoikeuslain alaisiin ja sopimuksenvaraisiin asioihin

⁸⁵ Päivärinte 2022 s. 329-330, KKO 2018:8 para 6, MAO:85/19 para 8-10, 18-20

⁸⁶ KKO:2005:92, Korkein oikeus tulkitsee lisenssisopimuksen sanamuotoa pidättäytyvästi, jolloin lisenssi antaa vain ne tietyt oikeudet jotka mainitaan itse lisenssisopimuksen sanamuodossa. Samoin MAO:191/15 levitysoikeuden myöntämisestä, ks. Haapanen 2017 s. 214-216

lisenssinhaltijalle ei ole erikseen myönnetty yksinoikeutta tai omistusoikeutta lisensoituun materiaaliin, tekijänoikeuden omistaja aina pidättää tekijänoikeutetun materiaalin jatkokehitysoikeudet ja oikeudet tästä syntyviin iteraatioihin.⁸⁷ Tämä kolmas aspekti on erittäin olennainen tietokoneohjelmien luovutukselle, sillä etenkin kaupalliselle ohjelmistolle on tärkeää pystyä jatkokehittämään ja muodostamaan jo luodusta ohjelmistosta, etenkin sen koodista, uusia parempia ohjelmistoja.⁸⁸

Tietokoneohjelmien erityisluonteen, ”lisenssi käytön ehtona”, takia näille on muodostunut erityisiä lisensointikäytänteitä, jotka poikkeavat muista tekijänoikeutettujen teosten tavanomaisesta käytöstä. Erityisesti ns. valmisohjelmistojen⁸⁹ myynnissä puhutaan ns. *shrinkwrap*- ja *clickwrap*-ehdoista, joiden merkitys tiivistetysti on, että ohjelmiston (tulevan) käyttäjän on hyväksyttävä käyttöä koskevat lisenssiehdot joko pakettia avatessaan (*shrinkwrap*) tai digitaalisesti (*clickwrap*) ennen kuin tämä voi käyttää ohjelmistoa.⁹⁰ Luonnollisesti tällaisten ”ylimääräisten” sopimusehtojen sitominen varsinaisen kaupan jälkeen on kyseenalaistettu juuri sen takia, että ohjelmiston ostajalla ei välttämättä ole mahdollisuutta tutustua lisenssin sisältöön ennen kauppaa,⁹¹ mutta tällaisten ehtojen sitovuus on tunnustettu niin Suomessa⁹² kuin Yhdysvalloissa⁹³ kunhan lisenssiehdot eivät ole yllättäviä ja ovat yleisesti markkinakäytännön mukaiset.⁹⁴

Tietokoneohjelmien lisenssien erityislaatuisuudesta puhuttaessa on myös mainittava oikeuksien sammumisen käsite. Siinä missä tavallisen kirjallisen teoksen kanssa, kun oikeudenhaltija luovuttaa teoskopion loppuvat tämän oikeudet tätä teoskappaletta kohtaan. Asia on yksinkertainen tavanomaisten tekijänoikeutettujen teoskappaleiden osalta, mutta kuten yllä

⁸⁷ Takki & Halonen s. 57-58, argumentoinnista ks. Erlund et al. s. 262

⁸⁸ Takki & Halonen s. 253-254

⁸⁹ Termistä paremmin kohdassa 3.1.1

⁹⁰ Vedenkangas s. 871, Takki & Halonen s. 190, Haapanen s. 86-87

⁹¹ Hemmo et al. 2003 ss. 156-157

⁹² KKO:2003:88 Korkein oikeus tunnistaa että tapauksen ”lisenssiasiakirjat” ovat käyttäjää sitovan vaikutuksensa lisäksi johtaneet myös vaikutukseen, jossa näiden luvaton luovutus on johtanut itse lisenssiasiakirjan myöntämän käyttöoikeuden luvattomaan luovutukseen. Ks. Sorvari s. 6

⁹³ ProCD, Inc. v Zeidenberg 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996)

⁹⁴ Tapauksissa esitetty sopimusoikeudellinen analyysi perustuu vakioehtojen sopimuksen osaksi tulemisen periaatteita, joita käsitelty laajemmin Korkeimman oikeuden ratkaisukäytännössä KKO:1993:45. Ks. Haapanen s. 93

on osoitettu, tietokoneohjelmien teoskappaleet luovutetaan käytännössä aina lisenssisuhteessa. Milloin siis oikeudenhaltijan oikeudet sammuvat tietokoneohjelman teoskopiota kohtaan? Ensinnäkin, Suomen korkein oikeus on jo tunnistanut ratkaisussa KKO:1998:81 tietokoneohjelman luovutukseen sisältyvän aina jonkinlainen lisenssi, jolloin lisenssin olemassaoloa itseään ei voida pitää teoskappaleen luovutuksen esteenä.⁹⁵ Yllä viitatussa *UsedSoft*-tapauksessa EUT tunnisti saman digitaalisessa ympäristössä todeten, että jos teoskappaleen luovutus, vaikka siihen kuuluisi lisenssi, on katsottava tosiasiallisesti kaupaksi eli kertaluontoiseksi oikeuden luovuttamiseksi, ei oikeuden sammumiselle ole merkityksellistä että luovutus ja teoskappaleen nouto tapahtuvat digitaalisesti.⁹⁶ Kysymykseen tällöin nousee se, milloin tosiasiaassa teoskappaletta koskeva lisenssi muodostaa oikeuksien sammumisen. Oikeuskäytäntö ei ole tältä osin selvä, mutta kirjallisuudessa asiaa on arvioitu velvoiteoikeudellisten ”luovutuksen” standardien mukaan, jolloin varsinainen kynnyskysymys sopimuksen vaikutuksella ovat mm. maksetaanko suoritukselta kertamaksu ja palautuuko suorituksen kohteena oleva oikeus sopimuksen päätyttyä sen alkuperäiselle omistajalle.⁹⁷

Tässä jaksossa 2.1 olen käsitellyt tietokoneohjelmien erityistä tekijänoikeudellista asemaa niin säännösten, oikeuskäytännön kuin peruseriaatteiden kautta. Tietokoneohjelmat tällöin muodostavat jo itsessään poikkeusryhmän tekijänoikeuden kohteisiin, jolloin niiden alakategoriaa, avoimen lähdekoodin ohjelmistoja, on helpompi ymmärtää tämän systematisoidun kehikon kautta.

2.2 Avoin lähdekoodi

Tässä tutkielman jaksossa syvennyn tutkielman pääaiheeseen: Avoimeen lähdekoodiin. Avoin lähdekoodi, tai avoimen lähdekoodin ohjelmistot ja komponentit muodostavat tietynlaisen erityistilanteen edellä jaksossa 2.1 kuvatulle tietokoneohjelman tekijänoikeudelliselle asemalle. Niiden käytännön ja kaupallisen merkityksen takia avoin lähdekoodi muodostaa kuitenkin huomattavan alakategorian tietokoneohjelmistoille, jolloin niitä on syytä käsitellä erikseen.

⁹⁵ KKO 1998:81 ” “[s]en, joka haluaa hankkia käyttöönsä tietokoneohjelman, tulee ostaa ohjelman käyttöoikeus eli lisenssi.”

⁹⁶ Tässä kontekstissa tuomioistuin tunnistaa sille autonomisen ”myymisen” tai ”kaupan” konseptin (”sale”), ks. Van Engelen

⁹⁷ Hämäläinen s. 19, Oesch & Vesala 2004 s. 260, Vedenkangas ss. 867-869, Argumentoinnista tuloluokittelun ja verotuksen näkökulmasta ks. Nissinen ss. 311, 317-318

Tässä jaksossa käsittelen avoimen lähdekoodin tekijänoikeudellista asemaa ja luonnetta (2.2.1), sen eri tavanomaisia lisenssityyppejä (2.2.2), lyhyesti avoimen lähdekoodin lisenssien sopimusoikeudellista asemaa (2.2.3), osalle avoimelle lähdekoodille ominaista viraalivaikutusta (2.2.4), sekä avoimen lähdekoodin ”välittämisen” konseptia (2.2.5).

2.2.1 Määritelmä ja tekijänoikeudellinen asema

Avoimen lähdekoodin ohjelmistot ovat oikeudellisesti katsottuna tietokoneohjelmistoja, jolloin niiden lähtökohtainen tekijänoikeudellinen asema on sama kuin minkä tahansa muun tietokoneohjelman. Samat normit sekä oikeuskäytäntö, jotka pätevät tietokoneohjelmaan, pätevät myös avoimeen lähdekoodiin.

”Avoimella lähdekoodilla” yleisesti tarkoitetaan⁹⁸, että ohjelmiston lähdekoodi, eli ne pohjatason käskyt joista on mahdollista koota (compile) lopullinen ohjelmisto, kuuluu tiettyjen ohjelmiston vapaata jaettavuutta ja oikeuksien vapautta tunnistavan ja edistävän lisenssin alle.⁹⁹ Suomen keskuskauppakamarin kehittämät ja ylläpitämät IT2022-sopimusehdot määrittävät avoimen lähdekoodin tarkoittavan ”*ohjelmistoa tai ohjelmistokomponenttia, joka (a) lisensoidaan www.opensource.org/licenses -sivustolla mainittujen open source -käyttöoikeusehtojen mukaisesti; (b) täyttää www.opensource.org/docs/osd -sivustolla esitetyn open source -määritelmän; tai (c) muutoin lisensoidaan käyttöoikeusehdoin, jotka ovat sisällöltään www.opensource.org/docs/osd-sivustolla esitettyjen edellytysten mukaisia*”.¹⁰⁰ Ehtojen viittaama internetsivu johtaa ”Open Source Initiative” -järjestön nettisivuille.¹⁰¹ Tämä vuonna 1998 perustettu Yhdysvaltalainen järjestö on varsin kansainvälisesti tunnistettu avoimen lähdekoodin, ja erityisesti sitä koskevien lisenssien, kehittämiseen ja indeksointiin keskittynyt yhteisö.¹⁰² Open Source Initiative listaa avoimen lähdekoodin kymmenen kriteeriä,

⁹⁸ Pohjaan tämän ”yleisen” käsityksen esimerkiksi samaan määritelmään eri suomalaisten IT-sopimusten malliehtojen määritelmään

⁹⁹ Takki & Halonen s. 225, Haapanen s. 6, Välimäki s. 853. Käytännössä tämä ”vapaasti saatavilla” tarkoittaa lähdekoodin mahdollista vapaata ja vastikkeetonta jakamista jollain ohjelmistokehitysalustalla, kuten GitHub.

¹⁰⁰ IT2022 YSE – Yleiset sopimusehdot kohta 2.1, sama myös JIT2015, ks. Schmitz & Castiaux

¹⁰¹ <https://opensource.org/>

¹⁰² <https://opensource.org/history>

joista tälle tutkielmalle olennaisia ovat lähdekoodin a) vapaa levitysoikeus¹⁰³, b) johdannaisten teosten salliminen¹⁰⁴ ja c) lisenssin jatkettavuus johdannaisteoksiin.¹⁰⁵ Tämä tarkoittaa, että juuri näiden ohjelmiston *vapautta* takaavien oikeuksien jatkuminen välitettyyn ohjelmistoon ja näiden hallussa pitäjille taataan juuri avoimen lähdekoodin lisenssillä.¹⁰⁶

Avoimen lähdekoodin *lisenssipohjaisuus* ja *vapaa jaettavuus* määrittävät avoimen lähdekoodin roolia itsessään: Avoin lähdekoodi on siis *vain* tietokoneohjelma, joka on vapaasti saatavilla tietyillä tai tietyn tyyppisillä lisenssiehdoilla.¹⁰⁷ Avoimen lähdekoodin vapaa saatavuus on juuri sen hyödyllisyyden ydin: koodin ollessa avoimesti jaettavissa kaikille, on mahdollista että tämä koodi kehittyy ja paranee kuin *parviällyn* voimalla paljon nopeammin, ja etenkin halvemmalla, kuin tavanomainen ”suljettu lähdekoodi”.¹⁰⁸

Avoimen lähdekoodin ohjelmistot ovat syntyneet yliopistoissa vastareaktiona, vastavoimana ja haasteena ohjelmistojen kiihtyvälle kaupalliselle levitykselle.¹⁰⁹ Avoimen lähdekoodin käyttämisen ja kehittämisen taustalla olevia ideologioita ja perusteluita on liian monta yhden tutkielman tarkoituksiin, mutta esimerkkinä avoimen lähdekoodin Linux-käyttöjärjestelmää käytetään ja kehitetään vieläkin aktiivisesti vaihtoehtona (maksullisille) kaupallisille järjestelmille sekä erityisesti tietotekniikka-alan ammattilaisten ja harrastajien keskuudessa.¹¹⁰ Varsinaiset syyt kunkin lähdekoodin avoimuudelle ovat niiden juridiselle arvioinnille

¹⁰³ 1) Free Redistribution - The license shall not restrict any party from selling or giving away the software as a component of an aggregate software distribution containing programs from several different sources. The license shall not require a royalty or other fee for such sale.

¹⁰⁴ 3) Derived Works - The license must allow modifications and derived works, and must allow them to be distributed under the same terms as the license of the original software.

¹⁰⁵ <https://opensource.org/osd>, Suomeksi kääntänyt Mikko Välimäki https://www.turre.com/licenses/osd_fi.php

¹⁰⁶ Tämä sanotaan selvästi GPLv3 esipuheessa: ”*When we speak of free software, we are referring to freedom, not price. Our General Public Licenses are designed to make sure that you have the freedom to distribute copies of free software (and charge for them if you wish), that you receive source code or can get it if you want it, that you can change the software or use pieces of it in new free programs, and that you know you can do these things*”

¹⁰⁷ Haapanen s. 6, Takki & Halonen s. 226-228

¹⁰⁸ Välimäki 2005 s. 40-44

¹⁰⁹ Pitegoff s. 55, Välimäki 2005 s. 40, Webbink s. 83

¹¹⁰ Tekniikan maailma, *Linux-käyttöjärjestelmän piti olla vain harrastus*, 29.9.2021 <https://tekniikanmaailma.fi/lehti/18a-2021/ilmaisen-ja-vapaasti-muokattavan-linux-kayttojarjestelman-piti-olla-vain-harrastus/>

epäolennaisia: naulalle on yhdentekevää mitä varten sitä vasaroidaan.¹¹¹ Tärkein kysymys näille lisenssiehdoille on juuri se mitä oikeuksia lisenssiehdot sisältävät, siirtävät ja miksi, eli toisin sanoen *mitä tarkoittaa lähdekoodin vapaa jaettavuus?* Avoimen lähdekoodin alla lisensoidut ohjelmistot antavat niiden hallussapitäjille oikeuden käyttää, muokata, jakaa ja muuten hyödyntää lisenssin alaista ohjelmistoa omiin tarkoituksiinsa.¹¹² Avoimen lähdekoodin vapaalla jaettavuudella ei siis tarkoiteta sitä, että ohjelmisto olisi välttämättä *ilmainen* eli siitä ei voitaisi periä hintaa, vaan että jos luovutuksen kohteena oleva ohjelmisto on lisensoitu avoimen lähdekoodin alla tällöin luovutuksen saaja saa käyttää, jatkokehittää ja levittää ohjelmistoa haluamallaan tavalla.¹¹³ Tällainen laaja oikeuksien luovuttaminen voidaan rinnastaa miltei itse tekijänoikeuden luovutukseen, ellei avoimella lähdekoodin lisenssillä olisi tämän käyttöä koskevia ehtoja ja etenkin säännöksiä siitä kuuluvatko avoimeen lähdekoodiin perustuvat ohjelmistot myös tämän vapaan jaettavuuden piiriin.

Avoim lähdekoodi on tietokoneohjelma, jota määrittävät sen saatavuus ja lisenssiehdot. Tällöin olennainen arviointi liittyy siihen minkälaisia nämä lisenssiehdot kulloinkin ovat.

2.2.2 Avoimen lähdekoodin tyypillisimmät lisenssityypit

Avoimen lähdekoodin lisensoija voidaan jakaa eri tyyppeihin niiden muodostamien velvoitteiden mukaan. Kuten yllä todettu, ohjelmistokoodin lisenssi on tekijänoikeudellis-velvoiteoikeudellinen sopimus, joka voi käsittää niin tekijänoikeutta kuin muita varallisuusoikeuksia koskevia velvoitteita. Yksi lähtökohtainen ero avoimen lähdekoodin lisensseille ja tavanomaiselle ”suljetun lähdekoodin” lisensseille on, että siinä missä jälkimmäinen pyrkii usein pidättämään oikeudenhaltijan tekijänoikeudellisia yksinoikeuksia,¹¹⁴ avoimen lähdekoodin lisenssit perustuvat pääosin tilanteelle jossa sen lisensoijat luovuttavat lähdekoodin muokkaus-, kopioimis- ja levitysoikeuden ohjelmiston vastaanottajalle.¹¹⁵

¹¹¹ (Suomentanut Mikko Välimäki) ”*Totuus saattaa tuottaa pettymyksen tietotekniikkaintoilijoille ja vapaiden ohjelmistojen kehittäjille: avoimen lähdekoodin ydin ei ole ohjelmakoodi vaan lisenssi.*”, Schmitz & Castiaux s. 15

¹¹² Rosen s. 105, Välimäki 2005 s. 113, Webbink s. 84

¹¹³ Nadan s. 358, Haapanen s. 6-8

¹¹⁴ Tässä viitataan etenkin sellaisiin lisenssisopimuksiin, joilla ei luovuteta jotain tiettyä oikeutta pysyvästi tai saatikka alkuperäisen oikeudenhaltijan oikeuksia pysyvästi rajoittaen, ks. Takki & Halonen s. 225-227

¹¹⁵ Haapanen s. 17, Morgan s. 350, Phillips s. 489, Välimäki 2002 s. 851, Välimäki 2005 s. 121, Webbink s. 84

Suurimmat vaikutukset eri avoimen lähdekoodin lisenssien käytöstä koskevat juuri muunneltujen ja yhdisteltyjen teoksien edelleen levittämistä koskeviin oikeuksiin ja ehtoihin.¹¹⁶

Avoimen lähdekoodin lisensoijia on jaoteltu akateemisessa kirjallisuudessa salliviin (*permissive*) ja vastavuoroisuutta vaativiin (*reciprocal*) lisensoijiksi. Jako sallivien ja vastavuoroisuutta vaativien lisenssien välillä yleisesti tehdään niiden lisensoinnin yhteydessä tulevien velvoitteiden mukaan: sallivat lisenssit eivät pääosin vaadi sen ehtojen jatkamista, kun taas vastavuoroiset lisenssit vaativat lisenssillä toimia kuten jatko- ja johdannaisteosten jatkolisensointia samoilla ehdoilla kuin alkuperäinen lisenssi jolloin myös lisenssin luovuttamat oikeudet jatkuvat.¹¹⁷ Näiden kahden ääripään väliin asettuvia, jotain muttei vahvoja vastavuoroisia velvoitteita vaativia, lisensoijia kutsutaan osittaisiksi vastavuoroisiksi lisensoijiksi. Näitä vastavuoroisuutta vaativia lisensoijia yleensä kutsutaan *copyleft* -lisensoijiksi ja osittaisista vastavuoroisuutta *weak copyleft* -lisensoijiksi.¹¹⁸

Käsittelen alla esimerkkinä yhtä kutakin lisenssiä ja sen erityispiirteitä: General Public License (GPL) – vastavuoroinen lisenssi, GNU Lesser General Public License (LGPL) – osittainen vastavuoroinen lisenssi, ja MIT – salliva lisenssi

a) General Public License – GPL

General Public License (“GPL”) ensimmäinen versio (GPLv1) julkaistiin 1989 jonka mukaan koodia uudelleen jakavan osapuolen tulee tehdä se alkuperäisen koodin samojen lisenssiehtojen mukaan.¹¹⁹ Sitten GPL-lisenssiehdoista on julkaistu ja muokattu useampi variaatio joista

¹¹⁶ Takki & Halonen s.227, Phillips s. 492

¹¹⁷ Anttila 2014 s. 35, Takki & Halonen s. 228, Rosen s. 51, Välimäki 2002 s.6, Välimäki 2005 s.123 esittää eräänlaisen viitekehysten eri lisenssiehtojen arviointiin niiden a) johdannaisteosten aseman, b) suhtautumisen patentteihin, ja c) muiden lisenssien yhteensopivuuden osalta. Tälle tutkielmalle näistä vain ensimmäinen on relevantti sen vaikutuksesta ohjelmistokehityksen tuloksena syntyvään ohjelmaan.

¹¹⁸ Sanaleikkina engl. Tekijänoikeuden ”**copyright**” määritelmästä kuin päinvastaisena, ilmaista jakamista kannattavana, konseptina. Free Software Foundation ”Foundations of the GPL” tekstissä kuvailee copyleftia seuraavasti: “Developers who write software can release it under the terms of the GNU GPL. When they do, it will be free software and stay free software, no matter who changes or distributes the program. We call this copyleft: the software is copyrighted, but instead of using those rights to restrict users like proprietary software does, we use them to ensure that every user has freedom”

¹¹⁹ GPLv1 s. 1 ”You may copy and distribute [...] copies of the Program's source code as you receive it, in any medium, provided that you conspicuously and appropriately publish on each copy an appropriate copyright notice [...]; keep intact all the notices that refer to this General Public License [...]; and give any other recipients of the Program a copy of this General Public License along with the Program. You may charge a fee for the physical act of transferring a copy” GPLv1 alkuperäinen julkistamisviesti saatavilla vielä osoitteesta https://groups.google.com/g/gnu.announce/c/m0Jjj_64PeQ/m/8xL1xkVKJb8J?pli=1

tärkeimmät ovat GPLv2 ja GPLv3, jotka molemmat rakentavat jo GPLv1 ilmenneen lisenssiehtojen jatkuvuuden, eli vastavuoroisuuden, periaatteen päälle.¹²⁰ Ajankohtaisuuden nimissä käsittelen tutkielmassa pääosin GPLv3 lisenssiä.

GPL lisensoijia julkaiseva ja kehittävä Free Software Foundation¹²¹ kuvailee GPLv3 lisenssin tarkoituksia seuraavasti ”[GPL] *lisenssit on suunniteltu varmistamaan, että sinulla on vapaus välittää kopioita vapaasta ohjelmistosta (ja periä niistä maksua), että vastaanotat lähdekoodin tai voit saada sen jos haluat, voit muuttaa ohjelmistoa tai käyttää sen osia uusissa vapaisissa ohjelmistoissa ja että tiedät voitasi tehdä nämä asiat*”¹²². Tämä sinänsä velvoitteita muodostamaton osa lisenssiä kuvailee itse lisenssin kohdan 5 ”Muokattujen lähdeversioiden välittäminen”¹²³ vaikutusta, eli erilaisten oikeuksien ja velvollisuuksien jatkumisesta myös muiden lisenssiin pohjautuvien ohjelmien osalla.¹²⁴ Tämän kohdan mukaan GPLv3-lisenssin alaisen ohjelmiston välittäminen ja siihen perustuvien ohjelmistojen¹²⁵ välittäminen on sallittua vain jos a) teoksessa on selkeät ilmoitukset miten lisensoitua ohjelmistoa on muutettu, b) teoksessa on myös selkeä ilmaisu GPLv3-lisenssin soveltuvuudesta ohjelmistoon, c) koko teos, mukaan lukien sen pakkaukseen kuuluvat osat, lisensoidaan GPLv3-lisenssin alla, ja d) teokseen kuuluvat graafiset käyttöliittymät sisältävät lisenssiin liittyvät oikeudelliset ilmoitukset.¹²⁶ Tämä yllä olevassa kohdassa tarkoitettu lisenssin jatkuvuuden perusta, eli juridinen lähtökohta sille miten GPLv3-lisenssi jatkuu niissä teoksissa jotka perustuvat tai jatkuvat GPLv3-lisenssin alaiseen teokseen.

¹²⁰ Haapanen s. 87, Honkasalo 2009 s. 37, Välimäki 2002 s. 852, Välimäki 2005 s. 124-135, Rosen s. 104

¹²¹ <https://www.fsf.org/>

¹²² Käännetty kirjoittajan toimesta, alkp. “Our General Public Licenses are designed to make sure that you have the freedom to distribute copies of free software (and charge for them if you wish), that you receive source code or can get it if you want it, that you can change the software or use pieces of it in new free programs, and that you know you can do these things.”

¹²³ Käännetty “*Conveying Modified Source Versions*”, Tulee ylipäättään huomioida, että GPL lisenssien käyttämä ”Convey” tarkoittaa käytännössä samaa kuin tekijänoikeuslain 2 § ”teoksen välittäminen” ja 16 a § ”teosten välittäminen yleisölle”, kuten käsittelen jaksossa 2.2.5 ”convey” määritellään sen toimen, ei varsinaisen oikeudellisen vaikutuksen mukaan, Honkasalo 2009 s. 40

¹²⁴ Honkasalo 2009 s. 41, Morgan s. 393, Phillips s. 494, Välimäki 2005 s. 192,

¹²⁵ Tämä ”work based on the Program” koskee juuri lisensoituun teokseen perustuvaa teosta, eli johdannaisteoksen viraalivaikutusta, jota käsittelen tämän tutkielman jaksossa 2.3.3

¹²⁶ GPLv3 s.5

Varsinaiset lisenssin muodostamat velvoitteet löytyvät sen kohdasta 6 ”muiden kuin lähdemuotoisten teosten välittäminen”¹²⁷ jonka mukaan teoksen voi välittää mikäli sen lähdekoodinen versio välitetään a) fyysisessä muodossa osana fyysistä tuotetta tai mahdollisuutena tämän omistajalle saada lähdekoodi,¹²⁸ tai b) muuten saatavilla olevasta lähteestä kuten internetistä.¹²⁹ Tätä lähdekoodin saatavilla pitämisen vaatimusta ei voi kiertää ja se on poikkeukseton osa GPL-lisenssejä tehden näistä *vahvan vastavuoroisia*.¹³⁰

Yhteenvedona GPL-lisenssin vaikutuksesta: jos ohjelmistotoimitus kokonaisuudessaan perustuu GPLv3-lisenssin alaiseen ohjelmistoon/koodiin, lisensoidaan tämä uusi ohjelmistokokonaisuus GPLv3-lisenssin alla ja sen velvoitteet pätevät, vaikka uusi ohjelmistokokonaisuus muodostaisi oman itsenäisen teoksensa. Tässä tilanteessa tällaista ohjelmistokokonaisuutta koskee avoimen lähdekoodin lisenssin oikeus vapaaseen käyttöön, muokkaukseen ja levittämiseen jonka tarkoituksena on mahdollistaa tämän luovutuksensaajan ”rajoittamaton” oikeus käyttää ohjelmaa.¹³¹ Tämä laaja oikeuspaketti perustuu GPL-ehtojen tulkintaan siitä, että ehtojen vaatiessa lähdekoodia koskevien jakamista ja jatkamista sekä kieltäessä sen käytön rajoittamisen, tällöin tosiasiaa estetään ohjelmistokokonaisuuden jakamattomuus, luottamuksellisuus, muokkaamattomuus ja luovutuksensaajan yksinoikeus tilanteessa, jossa ohjelmistokokonaisuus ”julkaistaan” tai ”levitetään”.¹³²

Koska yllä tunnistetut GPLv3-lisenssin vaikutukset ovat verrattain raskaita on huomioitava sitä missä tilanteessa kyseiset jakamisvelvollisuudet aktivoituvat. GPLv3 tunnistaa erikseen, että lisenssinhaltijalla on oikeus käyttää ja muokata lisenssin alaisia ohjelmistoja niin kauan kuin näitä ei ”välitetä”. GPL-lisenssien määritelmäkohdassa 0 ”välittäminen” (*convey*) on määritelty seuraavasti ”*kaikenlainen levitys, jonka avulla muut osapuolet voivat valmistaa tai*

¹²⁷ Eng. ”Conveying Non-Source Forms”

¹²⁸ GPLv3 6 a) & b), kohtaa c) ei käsitellä tässä sen epäolennaisuuden vuoksi. Lyhyesti: kohta c) mahdollistaa lähdekoodin välittämisen osana ”objektikoodin” sisältämää tarjousta, kuitenkin vain satunnaisesti ja ei-kaupallisesti

¹²⁹ GPLv3 6 d) & e)

¹³⁰ Haapanen s. 7, Rosen s. 105-107, Välimäki 2005 s. 118. 125

¹³¹ GPL lisensoiva GNU on kuvailut GPLv3 taustalla vaikuttavaa ”vapaan ohjelmiston” -periaatetta teoskohtaisten maksujen osalta seuraavasti ”*The GPL is a free software license, and therefore it permits people to use and even redistribute the software without being required to pay anyone a fee for doing so*”

¹³² Välimäki tunnistaa erityisesti, että tällainen johdannaisia teoksia koskeva lähdekoodin julkaisuvastuu ja vapaan käytön vaatiminen voi sulkea ”pois monia hinnoittelumalleja, sillä tekijällä on niiden takia vähemmän mahdollisuuksia asettaa ehtoja avoimen lähdekoodin tietokoneohjelman käytölle”.

vastaanottaa kopioita”.¹³³ GPL-lisenssin velvollisuuksien aktivoitumiseksi muodostuukin kynnys *kopioiden* luovuttamisesta ja lisenssissä on erikseen tunnistettu, että tilanne jossa ”vain vuorovaikutetaan tietoverkon välityksellä” ei yllä tähän kynnykseen.¹³⁴ Kohtaa on tulkittu niin akateemikoiden kuin lisenssiä kehittävän GNU-organisaation toimesta sulkevan useimmat ohjelmistoa palveluna (”Software as a Service - SaaS”) tuottavat järjestelmät tämän ”välittämisen” ulkopuolelle, ns. SaaS-porsaanreikä, jonka seurauksena on kehitetty Affero GPL -lisenssi (”AGPL”) jonka ainoa ero GPLv3 lisenssiin on tämän ”välittämisen” laajentaminen ”mihin tahansa välittämiseen joka mahdollistaa osapuolten kopioiden vastaanottamisen”.¹³⁵

Tämä GPLv3-lisenssin perustulkinta asettaa tietynlaisen takalaudan tämän jälkeen käsitettävien lisenssien tulkinnalle niiden vertailussa GPLv3-lisenssiä vastaan.

b) GNU Lesser General Public license – LGPL

Siinä missä GPL-lisenssiä voidaan pitää *vahvaa vastavuoroisuutta* vaativana lisenssinä, jossa GPL-lisenssin vastavuoroisuus voi laajentua myös muihin ohjelmistoihin, GNU Lesser General Public License (”LGPL-lisenssi”) on *heikon vastavuoroisuuden* tai *tavallisen vastavuoroisuuden (standard reciprocity)* lisenssi joka ei vaadi laajentumista siihen yhdistettävän, tai jatkettavan, ohjelmiston kanssa.¹³⁶ Kuten yllä käsitelty GPLv3-lisenssi, LGPL on kehittynyt useiden iteraatioiden kautta LGPLv3-lisenssimuotoon yhdessä GPLv3-lisenssin kanssa, sillä näitä kehittää sama Free Software Foundation.¹³⁷

¹³³ Engl. “To “convey” a work means any kind of propagation that enables other parties to make or receive copies.”

¹³⁴ GPLv3 s. 0 ”Mere interaction with a user through a computer network”

¹³⁵ AGPL s. 13 ”Notwithstanding any other provision of this License, if you modify the Program, your modified version must prominently offer all users interacting with it remotely through a computer network (if your version supports such interaction) an opportunity to receive the Corresponding Source of your version by providing access to the Corresponding Source from a network server at no charge, through some standard or customary means of facilitating copying of software.”

¹³⁶ Rosen s. 121, Välimäki 2005 s. 176

¹³⁷ LGPL historia Free Software Foundationin kehityksessä on mielenkiintoinen: LGPL kehitettiin erityisestä tarpeesta saada tiettyjä *ohjelmistokirjastoja* tai *koodikirjastoja* saataville sellaisiin projekteihin joissa GPL-lisenssin käyttö ei ollut mahdollista. Myöhemmin, vuonna 1999, Free Software Foundation kuitenkin rupesi kehottamaan olemaan käyttämättä LGPL-lisenssiä juuri sen *heikon vastavuoroisuuden* takia ks. Stallman, Richard (1999a): “Why you shouldn't use the Library GPL for your next library”, <http://www.gnu.org/philosophy/why-not-lgpl.html>, Myös Rosen s. 141

LGPLv3 toimii sanamuotonsa mukaan GPLv3 sanamuodon poikkeuksena jolloin GPLv3-ehtoja sovelletaan LGPLv3:een sen ylimenevin osin.¹³⁸ LGPLv3 muokkaa GPLv3-ehtoja etenkin sen kohdassa 3 (Object Code Incorporating Material from Library Header Files) ja 4 (Combined Works), joissa erikseen tunnustetaan lisensoijan mahdollisuus lisensoida ohjelmistokokonaisuus, joka sisältää LGPL-lisenssin alaisia ohjelmistoja, valitsemillaan lisenssiehdoilla kunhan ainakin LGPL-lisensoidun ohjelmiston muokkaus- ja julkistamisvelvollisuudet toteutuvat.¹³⁹ Tällöin LGPL-lisenssin kanssa, toisin kuin GPLv3-lisenssin kanssa, voidaan käyttää myös tavanomaisempia ”suljettuja” lisenssiehtoja siltä osin kuin kyseessä ei ole erillinen LGPL-lisensoitu ohjelman osa tai ei rajoiteta tämän osan LGPL-velvoitteita.¹⁴⁰ Kuitenkin kun nämä LGPL-velvoitteet pätevät, ovat ne efektiivisesti samanlaisia kuin GPL-velvoitteet: lähdekoodi ja käyttöoikeudet tulee luovuttaa lisenssin mukana.

Toinen suosittu ja tunnettu *heikon vastavuoroisuuden* lisenssi on Mozilla Public License (”MPL”) jonka kehitti Netscape vuonna 1998 sen avoimen lähdekoodin verkkoselainta varten.¹⁴¹ MPL:ää on kuvailtu ”vakavaksi lisenssiksi” joka, toisin kuin GPLv3:n kaunokielisyys, käyttää rehellisemmin oikeudellisia termejä sen sanamuodossa ja tulkinnassa.¹⁴² Toisin kuin GPLv3- ja LGPL-lisenssit, MPL on kirjoitettu tavanomaisemman kaupallisen lisenssin muotoon, sisältäen selkeät säännökset mm. sen voimassaolosta, riidanratkaisusta ja uusien versioiden vaikutuksesta lisenssin tulkintaan.¹⁴³ MPL:n kohta 3.3 (Distribution of a larger work) sisältää MPL:n vastavuoroisuusvelvoitteen johdannaisteoksiin¹⁴⁴ “[v]oit luoda ja levittää *Suurempaa teosta valitsemillasi ehdoilla, edellyttäen, että noudatat myös tämän Lisenssin vaatimuksia,*

¹³⁸ LGPLv3 esipuhe “This version of the GNU Lesser General Public License incorporates the terms and conditions of version 3 of the GNU General Public License, supplemented by the additional permissions listed below.”

¹³⁹ Tulee esille parhaiten kohdan 4 alusta ” **You may convey a Combined Work under terms of your choice** that, taken together, **effectively do not restrict modification** of the portions of the Library contained in the Combined Work **and reverse engineering for debugging such modifications**, if you also do each of the following [jatkuu GPLv3 julkistamishdoin]” [bold lisätty]

¹⁴⁰ Rosen s. 9-10, 243-244

¹⁴¹ Myöhemmin tunnettu Mozilla Firefox, MPL on tällä hetkellä saatavilla versiolla 2.0 osoitteesta <https://www.mozilla.org/media/MPL/2.0/index.48a3fe23ed13.txt>

¹⁴² Rosen s. 142 ” *The MPL is a serious license. I will direct much less criticism to the structure and terms of the MPL in this book than to the other licenses I’ve already written about, because the MPL is a high-quality, professional legal accomplishment in a commercial setting*”

¹⁴³ Rosen s. 156-159, Välimäki 2002 s. 857, Välimäki 2005 s. 149

¹⁴⁴ Näitä MPL kutsuu ”Laajemmiksi teoksiksi” (Larger Work) jonka se määrittelee ”*means a work that combines Covered Software with other material, in a separate file or files, that is not Covered Software*”

jotka koskevat soveltamisalaan kuuluvaa Ohjelmistoa koskevia vaatimuksia".¹⁴⁵ MPL:n alaiset ohjelmistot tulee silti, vaikka osana laajempaa ohjelmistokokonaisuutta, pitää saatavilla lähdekoodimuodossa tarvittavien tietolähteiden lisäksi sen kohdan 3.2 mukaan.¹⁴⁶

c) MIT (ja Apache)

Viimeisenä lisenssien kolmijaossa tulevat *sallivat* lisenssit, eli lisenssit jotka sallivat niiden alaisen ohjelmiston jatkolisensoinnin myös muulla kuin alkuperäisellä lisenssillä.¹⁴⁷ Sallivat lisenssit ovat tällöin *vastavuoroisuutta* vaativien lisenssien vastakohta etenkin mitä tulee johdannaisteosten oikeudelliseen asemaan.

Näitä sallivia lisenssejä on usein oikeuskirjallisuudessa kutsuttu *akateemiseksi lisensseiksi* kahdestakin eri syystä.¹⁴⁸ Ensinnäkin lisenssit kuten MIT- tai BSD-lisenssit ovat syntyneet yhdysvaltaisissa yliopistoissa, jolloin niiden historiallinen ja ideologinen asema kiinnittyy vahvasti tähän taustaan.¹⁴⁹ Toisekseen yllä mainitut lisenssit perustuvat juuri *akateemiseen vapauteen*, joka avoimen lähdekoodin kontekstissa tarkoittaa juuri ohjelmiston kehittämistä vain akateemisen arvonsa ja ”yhteisen hyvän” vuoksi.¹⁵⁰

Sallivista lisensseistä tunnetuin on mahdollisesti ns. MIT-lisenssi, joka on kehitetty sitä edeltävän BSD-lisenssin¹⁵¹ päälle.¹⁵² MIT-lisenssi ei ole yksinkertaisuutensa takia käynyt historiansa aikana suuria revisioprosesseja kuten yllä käsitellyt GPL- ja MPL-lisenssit, mutta sen vaikutus on säilynyt sitäkin selkeämpänä lisenssin sanamuodossa ”[lupa] *annetaan, ilman vastiketta, jokaiselle Ohjelmiston kopion ja sen dokumentaation vastaanottajalle käyttää*

¹⁴⁵ Engl. “You may create and distribute a Larger Work under terms of Your choice, provided that You also comply with the requirements of this License for the Covered Software.”

¹⁴⁶ Rosen s. 143 tunnistaa aiemman MPL sanamuodossa kuitenkin pienen nyanssin koska MPL vaati vain itse tiedostojen (files) eikä *teoksen* jakamista jonka tulkintaa koko *teoksen* välityskelpoisuudesta voidaan pitää olevan korkean kynnyksen takana, Välimäki 2005 s. 149-150

¹⁴⁷ Välimäki 2005 s. 117-118

¹⁴⁸ Jo hyvänä esimerkkinä tästä että Rosen merkkiteoksen sallivia lisenssejä koskeva kappale on nimetty ”Academic licenses”, Rosen s. 73

¹⁴⁹ Rosen s. 85, Välimäki 2005 s. 30-31, 151

¹⁵⁰ Rosen s. 73 ”*In pursuing this type of academic freedom, universities often forgo an immediate profit motive and instead consider the bigger benefit to society of releasing their intellectual property to the public*”

¹⁵¹ Berkeley Software Distribution License

¹⁵² Rosen s. 85, Välimäki 2005 s. 152-153

Ohjelmistoa rajoituksetta, mukaan lukien oikeuksia [taloudelliset oikeudet] ja sallia henkilöitä käyttämään Ohjelmistoa".¹⁵³ MIT-lisenssi siis erikseen, ja hyvin selkeästi tunnistaa tekijänoikeuteen kuuluvien taloudellisten oikeuksien siirtyvän teoskappaleen mukana, ei vaadi lähdekoodin julkistamista, eikä vaadi lisenssin osalta vastavuoroisuutta ohjelmiston jatkokäyttöön.¹⁵⁴

Yllä käsiteltyjen sallivien lisenssien alaisia ohjelmistoja on pidetty hyvänä vaihtoehtona ohjelmiston kehitystyön osana, sillä se ei estä ohjelmiston osien jatkokäyttöä niiden muokkauksen, jakelun, julkaisun tai kopioinnin osalta.¹⁵⁵ Olisi kuitenkin väärin sanoa, ettei tunnistetuilla *sallivilla* lisensseillä olisi joitain jatkuvia velvoitteita. Sallivat lisenssit usein vaativat vähintään tekijöidensä moraalisten oikeuksien, esimerkiksi nimien ja tekijän tunnistamisen sisältämisen teokseen, ja vastuuvapauslausekkeen lisäämistä itse ohjelmistoon tai sen koodiin.¹⁵⁶ Näiden ehtojen suorittamisen *muoto* on kutienkin usein vapaavalintainen, eli kyse on alkuperäisen lisenssin velvoitteen jatkumisesta eikä niinkään alkuperäisen lisenssin jatkumisesta.

2.2.3 Lyhyesti avoimen lähdekoodin lisenssin sopimusoikeudellisesta asemasta

Avoimen lähdekoodin lisenssit ovat ensinnäkin sopimuksia ja näin velvoiteoikeudellisia olioita joiden analyysille on keskeistä niiden sitovuus ja muodostamat velvollisuudet, eli sisältö. Tässä jaksossa käsittelen lyhyesti avoimen lähdekoodin lisenssien erityisasemaa sopimusoikeudellisena instrumenttina.

Toisin kuin kohdassa 2.1.4 tarkoitettut ”*shrinkwrap*” ja ”*clickwrap*” -sopimustyyppit, on yleisesti hyväksytty, että avoimen lähdekoodin lisenssit eivät vaadi sen materiaalin käyttäjältä erillistä

¹⁵³ Engl ilman lyhennystä: ”*Permission is hereby granted, free of charge, to any person obtaining a copy of this software and associated documentation files (the "Software"), to deal in the Software without restriction, including without limitation the rights to use, copy, modify, merge, publish, distribute, sublicense, and/or sell copies of the Software, and to permit persons to whom the Software is furnished to do so, subject to the following conditions:*”

¹⁵⁴ Välimäki 2005 s. 151-152 Rosen s. 86

¹⁵⁵ Toinen tunnettu salliva avoimen lähdekoodin lisenssi on ollut Apache-lisenssi, jonka funktio on samankaltainen BSD- ja MIT-lisenssien kanssa, tosin se määrittelee lisenssin alaiset johdannaisteokset näitä lisenssejä tarkemmin kohdassa 4, joka muodostaa vastavuoroisuusvelvoitteen vain ei-muokattujen Apache-lisenssin ohjelmistojen alle ks. Välimäki 2005 s. 152-153

¹⁵⁶ Tämä erityisesti tunnistettu BSD-lisenssillä, ks. Välimäki 2005 fn. 350

lisenssiehtojen hyväksyntää.¹⁵⁷ Tämä johtuu siitä, että avoimen lähdekoodin lisenssejä yleisesti pidetään vakiolisensseinä eli niitä ei erikseen neuvotella kuhunkin tilanteeseen ja lisenssiehdot tarjotaan julkisesti ohjelmiston osana, jolloin tekijänoikeutetun materiaalin käyttö itsessään muodostaa jo konkludenttisen lisenssisopimuksen.¹⁵⁸ Haapasen näkemyksen mukaan tällöin itse ohjelmiston käyttö, ja tiedostus tämän avoimen lähdekoodin lisenssistä, muodostavat sopimusoikeudellisesti olennaisen *suostumuksen* sopimuksen sisältöön (ns. *browsewrap*).¹⁵⁹

Avoimen lähdekoodin lisenssien oikeusvaikutuksen tunnistamiselle ei ole suomalaista oikeuskäytäntöä.¹⁶⁰ Lähimmät eurooppalaiset vastineet tälle ovat Münchenin ja Frankfurtin hovioikeuden päätökset 21 O 6123/04¹⁶¹ ja 2-6 O 224/06¹⁶², jotka tunnistivat, että GPL-lisenssin alaisen materiaalin käyttö muodostaa tämän lisenssin ehtojen mukaisen sopimuksen sekä tämän lisenssin *vastavuoroiset* velvoitteet ovat Saksan oikeuden mukaan lähtökohtaisesti päteviä.¹⁶³

Tämä saksalaisten tuomioistuimien avoimen lähdekoodin aseman ja soveltuvuuden tunnistus on merkittävä kahdesta syystä: ensinnäkin saksalaisten tuomioistuimien perustelut eivät perustu sellaiselle kansalliselle laille tai tulkinnalle jonka voitaisiin katsoa olevan ristiriidassa suomalaisen oikeustilan kanssa,¹⁶⁴ toiseksi päätökset koskivat juuri GPL-lisenssiä jota voidaan

¹⁵⁷ Haapanen s. 86, Välimäki 2002 s. 855

¹⁵⁸ Haapanen s. 88, Rosen s. 53, Tältä osin Yhdysvaltalainen akateeminen keskustelu avoimen lähdekoodin lisenssin tunnistamisesta jakautuu *Bare License*, eli yksinkertaisen yksipuolisen käyttöoikeuslisenssin, ja kaksipuolisen sopimuksen välille. En käsittele tätä väittelyä tässä tekstissä, sillä Pohjois-Eurooppalaisittain samankaltaista jaottelua ei ole tehty lisenssisopimusten osalta jossa lisenssejä pidetään ennen kaikkea sopimusoikeudellisena oliona.

¹⁵⁹ Haapanen s. 89-91, Hemmo et al. s. 96-97

¹⁶⁰ Lähin mitä Suomessa on päästy suoraa avointa lähdekoodia koskevaan oikeuskäytäntöön on Tekijänoikeusneuvoston lausunto 2013:1 joka tunnistaa avoimen lähdekoodin tekijänoikeudelliset vaikutukset teoriassa, mutta ei voi ottaa kantaa varsinaisesti avoimen lähdekoodin lisenssien sopimusoikeudelliseen asemaan.

¹⁶¹ LG München I, Urteil vom 19.05.2004 - Az.: 21 O 6123/04

¹⁶² Welte v. DLink Deutschland GmbH, No. 2-6 O 224/06 (District Court of Frankfurt am Main)

¹⁶³ Molemmissa tuomioistuimissa tekijänoikeusrikkomuksesta syytetty vetosi vähintään GPL-lisenssin kohtuuttomien ehtojen pätemättömyyteen, mutta tuomioistuimet vetosivat lisenssin kokonaisuuteen etenkin niin, että lisenssin/sopimuksen tarkoitus ei täyty mikäli juuri sen raskaimmat *vastavuoroisuutta* koskevat ehdot laskettaisiin kohtuuttomiksi.

¹⁶⁴ Münchenin hovioikeuden päätöksessä 21 O 6123/04 kohdassa B.1 tunnistetaan, että Saksan lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö ei pidä automaattisesti irtisanoutuvia tai vastavuoroisuutta vaativia lisenssisopimuksia kohtuuttomina, kuten Suomessa on todettu ks. Haapanen s. 90-91, 94-95. Kohdassa B.2 varsinaisen vastavuoroisuutta koskevan arvioinnin kohteena oli myös se, että onko vastavuoroisuutta vaativa kohta Saksan tekijänoikeuslain 31 § vastainen (yleinen kohtuullisuusvaatimus oikeuksien luovutuksessa). Tuomioistuin perusti vastavuoroisuusvelvoitteen hyväksynnän yleisiin sopimusoikeudellisiin periaatteisiin ja siihen, että se täyttää Saksan tekijänoikeuslain 31 § 5.mom vaatimuksen lisenssin tarkoituksenmukaisuudesta. Samanlaista

pitää avoimen lähdekoodin lisenssinäkin sisältävän raskaita velvoitteita, jolloin jopa tällaisen lisenssin oikeusvaikutuksen tunnistaminen on helposti samastettavissa esimerkiksi *heikkoihin vastavuoroisiin* lisensseihin. Myös tuomioistuimet Yhdysvalloissa ovat päätyneet samankaltaiseen lopputulokseen: Avoimen lähdekoodin lisenssit ovat lähtökohtaisesti päteviä sopimuksia.¹⁶⁵

Avoimen lähdekoodin lisenssejä ei kuitenkaan usein voida kutsua tyhjentäviksi tai ”kokonaisiksi” sopimuksiksi lähinnä sen takia että ne eivät sisällä ohjelmistolisensseille tavanomaisia ehtoja kuten sovellettavaa lakia tai riidanratkaisua koskevia ehtoja.¹⁶⁶ Tämä tarkoittaa, että tällaisiin ”vajaisiin” lisensseihin lainvalinta tehdään kansainvälisen yksityisoikeuden peruseriaatteiden ja normien mukaan joiden lopputulos usein on sopimuksen rikkomus ja/tai suorituspaikan lainsäädäntö ja tuomioistuimet.¹⁶⁷

Avoimen lähdekoodin lisensseille ominaisin, ja tutkielmalle mielenkiintoisin, velvoiteoikeudellinen ominaisuus on vastavuoroisten lisenssien velvoite jatkaa lisenssin ehtoja siihen perustuviin teoksiin. GPL-perheen lisensseissä tämä ominaisuus koostuu useasta eri velvoitteesta: jatkettavien oikeuksien määrittely¹⁶⁸, automaattinen lisenssin jatkaminen (lisenssi-ilmoitusten puuttumisesta huolimatta)¹⁶⁹ sekä alilisensoinnin kieltö¹⁷⁰ eli GPL-lisenssin etusija ristiriitaista lisenssiä kohtaan.

tarkoituksenmukaisuustestiä ei voida lukea ulos tekijänoikeuslain 27 §:stä jolloin Saksan oikeustilaa voidaan pitää tiukempana.

¹⁶⁵ Jacobsen v. Katzer, Software Freedom Conservancy, Inc. v. Best Buy Co

¹⁶⁶ Yllä kohdassa 2.2.2 arvioiduista lisensseistä vain MPL-lisenssi sisältää erillisen riidanratkaisulausekkeen ”8. Litigation - Any litigation relating to this License may be brought only in the courts of a jurisdiction where the defendant maintains its principal place of business and such litigation shall be governed by laws of that jurisdiction...”. Mielenkiintoisesti ainakin yksi avoimen lähdekoodin lisenssi tekee erityisen lainvalinnan Suomen lakiin, Nokia Open Source License (NOKOS) 10 §

¹⁶⁷ Eurooppalaisittain tähän päätökseen päädytään mm. niin sanottujen Bryssel I -asetuksen artiklan 4(1), Rooma I -asetuksen artiklan 4(1) ja Rooma II -asetuksen artiklan 4(1) oikeuspaikan ja lainvalintaa koskevia sääntöjä.

¹⁶⁸ GPLv3 2.2 basic permissions ”You may make, run and propagate covered works that you do not convey, without conditions so long as your license otherwise remains in force. You may convey covered works to others for the sole purpose of having them make modifications exclusively for you, or provide you with facilities for running those works, provided that you comply with the terms of this License in conveying all material for which you do not control copyright.”

¹⁶⁹ GPLv3 10. Automatic licensin of downstream recipients “Each time you convey a covered work, **the recipient automatically receives a license from the original licensors, to run, modify and propagate that work, subject to this License.**”

¹⁷⁰ GPLv3 9. Acceptance not required for having copies “However, nothing other than this License grants you permission to propagate or modify any covered work. These actions infringe copyright if you do not accept this

Avoimen lähdekoodin lisenssien sopimusoikeudellisen aseman erillinen tunnistaminen on tärkeää koska tällöin myös niiden rikkeet muodostuvat eri tavalla. Kuten jäljempässä kappaleessa käsitellään, avoimen lähdekoodin sopimusoikeudellinen asema tarkoittaa, että avoimen lähdekoodin lisenssien velvoitteet eivät nauti pelkästään tekijänoikeuteen kuuluvien yksinoikeuksien suojaa, vaan oikeudenhaltija pystyy tällöin riidassa myös esittämään sopimusoikeudellisia vaateita.

2.2.4 Viraalivaikutus ja vastavuoroisten lisenssin velvoitteet

Tärkeimpien avoimen lähdekoodien lisenssityyppien ollessa tunnistettu tulee myös tunnistaa ja systematisoida ainakin tälle tutkielmalle tärkein avoimen lähdekoodin lisensseihin liittyvä vaikutus, eli *viraalivaikutus*. Sivusin *vastavuoroisen lisenssin viraalivaikutusta* lyhyesti aiemmassa GPLv3-lisenssin arvioinnissa, jolloin tämä jakso keskittyy juuri *viraalivaikutuksen* systematisointiin ja konkreettisen vaikutuksen tunnistamiseen.

Viraalivaikutuksella¹⁷¹ yleisesti tarkoitetaan avoimen lähdekoodin lisenssien vastavuoroisuusvelvoitteiden, kuten lisenssiehtojen siirtymistä, ”laajenemista”, teokseen jossa käytetään avointa lähdekoodia. Termiä ei ole oikeudellisesti tyhjentävästi määritelty ja välillä myös sekoitettu itse vastavuoroisuusvelvoitteisiin.¹⁷² Historiallisesti ensimmäisen kerran ”virusvaikutuksesta” puhui silloinen Microsoftin toimitusjohtaja vuonna 2001 kun tämä kuvaili avoimeen lähdekoodiin (GPL lisenssiin) perustuvan Linux-käyttöjärjestelmän asemaa ”viruksena joka leviää kaikkeen johon se koskee”.¹⁷³ Microsoft on sittemmin lieventänyt näkemystään avoimen lähdekoodin ohjelmistoihin, mutta mielestäni tämä alkuperäinen avoimen lähdekoodin kuvaus ”viruksesta” ei ole täysin epätarkka. Mikäli hyväksymme, että tietyt vastavuoroiset avoimen lähdekoodin lisenssien ehdot voivat ”levitä”, eli jatkaa yhdestä teoksesta toiseen, kuvaus viruksesta on osuva. Esitän, että olennaisimmat kunkin lisenssin

License. Therefore, by modifying or propagating a covered work, you indicate your acceptance of this License to do so.”

¹⁷¹ Tunnettu myös ”Virusvaikutuksena” joka mahdollisesti uskollisempi sen alkuperäiskieliselle ”viral effect” ilmaisulle.

¹⁷² Tekijänoikeusneuvoston TN 2013:1 s. 10 käsittelee vastavuoroisuusvelvoitetta ja ”virusvaikutusta” samana asiana

¹⁷³ The Register, Ballmer: ‘Linux is a Cancer’, 2.6.2001

viraalivaikutuksen systematisointia koskevat kysymykset ovat, voivatko lisenssiehdot ”levitä” muihin tekijänoikeutettuihin teoksiin ja miten nämä ehdot sitovat tätä teosta.

Viraalivaikutuksen toteutuminen ja vaikutus on luonnollisesti vahvasti siitä kiinni mikä tai minkälainen avoimen lähdekoodin lisenssi on kyseessä. Edellisessä jaksossa tunnistetut *vastavuoroiset*, *heikosti vastavuoroiset* ja *sallivat* lisenssit ovat usein jaoteltu näin juuri niiden vastavuoroisuusvelvoitteiden osalta. Muiden ohella *Välimäki* tunnistaa, että käytännössä vain tietyntyyppiset *vastavuoroiset* lisenssit voivat johtaa viraalivaikutukseen, eli laajentaa lisenssiehtonsa teokseen jonka *osana* ne ovat.¹⁷⁴ Vaikutuksellisesti erona *heikosti vastavuoroisiin* ja *salliviin* lisensseihin luonnollisesti on, että *sallivat* lisenssit eivät tyypillisesti vaadi edes omien lisenssiehtojensa jatkamista ohjelmiston jatkokäyttöön. *Heikosti vastavuoroiset* teokset muodostavat kuitenkin hyvän vertailukohtaan viraalivaikutuksen perustaan: yksinkertaistaen ainoa ero yllä käsiteltyjen GPLv3- ja LGPLv3-lisenssien ehtojen välillä on, että GPLv3:n on tunnistettu sisältävän viraalivaikutuksen ehdoilleen. Siinä missä LGPL-lisenssin vastavuoroisuusvelvoite velvoittaa jatkamaan LGPL-lisenssin velvoitteita uudessa teoksessa koskien vain LGPL-lisenssin alaista ohjelmistoa, GPL-lisenssi velvoittaa jatkamaan lisenssiä lisensoidun ohjelmiston johdannaisteoksiin ja ”laajempiin kokonaisuuksiin”.

Kuten tutkielman kohdassa 2.3.2 käsitellään, GPL-lisenssin tarkoittama ja lisenssin jatkama ”johdannaisteos” on laaja käsite, joka voi huomattavilta osin erota siitä mitä tiukan juridisesti ”johdannaisteoksella” tarkoitetaan tekijänoikeuden näkökulmasta. GPL-lisenssin jatkuminen alkuperäisestä teoksesta toiseen oikeussuhteeseen vaikuttaa karkeasti kolmeen tilanteeseen: 1) Ohjelmiston levittämiseen sellaisenaan, 2) Ohjelmiston suoralla jatkokehittämisellä saatuaan teokseen, 3) Ohjelmiston käyttäminen osana laajempaa ohjelmistoa. Kaikkien näiden tilanteiden oikeusvaikutusta voidaan kuvailla *vastavuoroiseksi*, mutta vain tilanteessa 3 voidaan puhua *viraalivaikutuksesta* jossa lisenssiehdot laajenevat osaksi toista teosta.

¹⁷⁴ Välimäki 2005 s. 118-119, ks. Rosen s. 115, Haapanen s. 269



Kuvio 1: Vastavuoroisen lisenssin ehtojen jatkumien ohjelmiston välityksen tai käytön kautta.

Tällöin ”viraalivaikutuksen” ja ”vastavuoroisuuden” termien yhtenevä käyttäminen voi johtaa epäselvyyteen: vastavuoroisuudella tarkoitetaan laajemmin niitä ehtoja, jotka lisenssinhaltijan tulee sisällyttää lisensoidun teoksen jatkokäytössä tai laajemman teoksen mukana¹⁷⁵, kun taas ”viraalivaikutuksella” tarkoitetaan tilannetta jossa lisensoidun teoksen lisenssiehdot tulevat myös laajempaa teosta ja sen käyttöä sitoviksi näin ”tartuttaen” teoksen.¹⁷⁶

Viraalivaikutuksen aktivoitumisen osalta erityismerkitystä on sillä, minkälaisella sanamuodolla lisenssiehdot määrittelevät lisenssin laajentumisen ohjelmiston käytössä, ja minkälaisia termejä näissä määritelmissä käytetään.¹⁷⁷ Kuten yllä todettu, avoimen lähdekoodin lisenssit eivät ole ”täysin tekijänoikeudellisia” lisenssejä, vaan niiden velvoitteita ja määryksiä tulee tulkita myös velvoiteoikeudellisesta näkökulmasta. On kuitenkin erillinen kysymys tulkitaanko itse viraalivaikutusta enemmän tekijänoikeudellisena vai velvoiteoikeudellisena

¹⁷⁵ Tällöin puhutaan vain lisenssin ”pysyvyydestä”, sillä lisenssivelvoitteet vähintään ”pysyvät” osana ohjelmistoa.

¹⁷⁶ Viraalivaikutus tällöin sisältää itse lisenssin ”pysyvyyden” teoksesta toiseen, mutta tärkeänä uutena osana lisenssi myös ”jatkuu” tai ”leviää” osaksi alkuperäistä lisensoitua teosta laajempaan kokonaisuuteen. Ks. Phillips s. 496-497, Välimäki 2005 s. 118

¹⁷⁷ Välimäki 2005 s. 124

oikeusvaikutuksena.¹⁷⁸ Eurooppalaisella GPL:n viraalivaikutusta koskevalla oikeuskäytännöllä on kohtuullisen selkeä tulkinta: GPL-lisenssin muodostaessa *sopimuksen* tiettyjen tekijänoikeuteen kuuluvien taloudellisten oikeuksien siirtämisestä lisenssin alla, tämän sopimuksen lisenssiehdon rikkominen muodostaa sopimusrikkomuksen, josta seuraa tekijänoikeusrikkomus mikäli teosta on käytetty luvottomasti.¹⁷⁹ Yhdysvalloissa, erilaisen sopimusoikeustradition ansiosta, on vellone akateeminen kiista avoimen lähdekoodin lisenssien sopimusoikeudellisesta asemasta, joka näyttää ratkenneen Eurooppalaistyyliselle vastavuoroisen sopimuksen näkökannalle.¹⁸⁰

Esimerkiksi GPL-lisenssille tämä kysymys siitä tulkitaanko sen termejä itsenäisesti vai tekijänoikeuslainsäädäntöön sidonnaisiaan muodostaa ongelman: Lisenssin määritellesä *vastavuoroisuutensa* laajuuden ”*ohjelmistoon perustuvaan teokseen*”¹⁸¹ voidaan tämä ymmärtää sekä suhteessa tekijänoikeudellisiin termeihin niin, että määritelmä tarkoittaa vain esimerkiksi oikeuskäytännön tunnistamia johdannaisteoksia tai tiukasti sanamuotonsa mukaan niin, että jatkuva ohjelmisto on tullut tosiasiaassa kehittää GPL-lisenssin pohjalta. Tilanteissa joissa GPL-lisenssin kohde nauttii itsenäistä tekijänoikeussuojaa, on suosittu ensimmäistä tulkintaa, jolloin GPL-lisenssin johdannaisteosten määritelmää tulee tulkita viittauksena kunkin sovellettavan lain määritelmien mukaan eikä sopimukselle itsenäisenä terminä huolimatta sen muodosta.¹⁸² Tälle näkemykselle löytyy mielestäni myös perusteita GPL-lisenssien historiasta: ennen GPLv3 näennäistä Yhdysvaltalaisen ”*derivative work*” määritelmän häivyttämistä, akateeminen mielipide pohjautui tämän termin tiukan tekijänoikeudelliseen tulkintaan,¹⁸³ josta poikkeamiselle GPLv3-lisenssin kohdalla ei ole mielestäni perusteita, sillä lisenssin ”teokseen

¹⁷⁸ Teoreettisena erona näille voidaan mainita esimerkiksi sopimusoikeudellisen näkökulman asettamat *ehdot* teoksen käytölle verrattuna *avoimen lisenssin* konseptiin, joka oli keskiössä Yhdysvaltalaisessa Jacobsen v. Katzer tapauksessa joka koski ns. Artistic license -lisenssiehtoja.

¹⁷⁹ (Ranska) Société EDU 4 v. AFPA Cour d’Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 10, no: 294, (Saksa) Welte v. DLink Deutschland GmbH, No. 2-6 0 224/06

¹⁸⁰ Haapanen s. 88-95, Thanos s. 25, voidaan myös analogisesti johtaa Jacobsen v Katzer -tuomiosta seuraavasta oikeuskäytännöstä.

¹⁸¹ GPLv3 ” A “covered work” means either the unmodified Program or a **work based on the Program**”

¹⁸² Tämä huolimatta siitä, että erityisesti GPL-lisenssit useamman iteraation lävitse ovat koittaneet vieraannuttaa itseään tarkoista tekijänoikeuden määritelmistä, ks. Welte v. DLink Deutschland GmbH, No. 2-6 0 224/06

¹⁸³ Ennen GPLv3-lisenssin julkaisua akateeminen keskustelu otti annettuna GPL-lisenssien suoran viittauksen Yhdysvaltojen tekijänoikeuslain ”*derivative work*” viittaukseen ks. Rosen s. 114, Välimäki 2005 s. 124

perustuva teos”-määritelmä ei ole perusteluissaan tarpeeksi irrallinen sitä edeltäneeseen johdannaisteosviittaukseen tai oikeuskäytäntöön, jolla tällaisia termejä tosiasiaassa tulkittaisiin.

Suhteessa siihen milloin ja miten lisenssiehdot toimivat, aivan yhtä tärkeä kysymys on se mitä tapahtuu, kun ne eivät toimi, eli se mitä tapahtuu kun lisenssiä rikotaan ja miten lisenssiä ylipäätään voidaan rikkoa. Kuten yllä tunnistettu, avoimen lähdekoodin lisenssit eivät ole tavanomaisten kaupallisten ohjelmistolisenssien tavoin kokonaisia, tai edes välttämättä sisällä olennaisimpia ehtoja. Sama on totta myös GPLv3-lisenssiehtojen lisenssin rikkomista koskevien kohtien kannalta.¹⁸⁴ GPLv3 kohdan 8 ”Termination” mukaan ”[k]aikki yritykset levittää tai muuttaa [lisensoitua ohjelmaa] muulla tavoin [kuin lisenssiehtojen mukaan] ovat mitättömiä, ja ne johtavat automaattisesti tämän Lisenssin mukaisten oikeuksien päättymiseen”.¹⁸⁵ GPL-lisenssi, tai muukaan avoimen lähdekoodin lisenssi¹⁸⁶, ei sisällä luvattoman käytön kieltävää kohtaa vahvempia sopimusehtoja sopimusrikkomuksen tapahtuessa. Tällöin oikeudenhaltijan oikeuskeinot ovat varsin rajatut, näiden käytännössä rajoittuessa vain luvattoman käytön kieltämiseen¹⁸⁷ ja silloinkin GPL-ehtojen kohdan 8.2 ja 8.3 mukaan rikkova osapuoli voi korjata rikkomuksen ottamalla GPL-ehdot käyttöön ja täyttämällä aiemmat velvoitteensa tämän alla.¹⁸⁸ Esimerkiksi vahingonkorvauksen vaatiminen voi tulla tällöin kyseeseen vain rajatuissa tilanteissa: ensinnäkin kun rikkova osapuoli ei huomautuksestakaan ole korjannut rikkomusta, ja toiseksi tilanteessa, jossa lisenssin alaista teosta on jatkettu kolmansille osapuolille ilman lisenssiehtoja. Molemmissa tilanteissa on kyse oikeudenhaltijan tekijänoikeuden rikkomisesta,¹⁸⁹ mutta tilanteessa, jossa samaa ohjelmistoa ei ole käytetty kaupalliseen toimitukseen voi varsinaisen vahingon mittaaminen olla miltei

¹⁸⁴ GPL-lisenssin eri versioiden välillä ei ole tapahtunut käytännössä mitään muutoksia näiden rikkomista ja/tai lisenssin loppumista koskevien kohtien kannalta.

¹⁸⁵ GPLv3 8.1 Eng “You may not propagate or modify a covered work except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to propagate or modify it is void, and will automatically terminate your rights under this License”

¹⁸⁶ Jopa tavallista ammatillisempi MPL2.0 rajaa sopimusehtojen rikkomisen lisenssioikeuksien peruuntumiseen

¹⁸⁷ Suomalaisessa kontekstissa kulloinkin loukatun tekijänoikeuslain 2 § 1.mom tarkoitetun taloudellisen oikeuden yksinoikeuden suojeleminen

¹⁸⁸ GPLv3 8.3 “Moreover, your license from a particular copyright holder is reinstated permanently [...] you cure the violation prior to 30 days after your receipt of the notice.”

¹⁸⁹ Jaeger para 20, Moglen, Eben ”Free Software Matters: Enforcing the GPL, II”, <http://moglen.law.columbia.edu/publications/lu-13.html>, Analogiaa voitaisiin hakea esimerkiksi KKO:2003:88 tapahtumainkulusta

mahdotonta.¹⁹⁰ Tältä osin voidaan tunnistaa, että avoimen lähdekoodin viraalivaikutuksen tärkein oikeussuojakeino suojelee juuri näiden taloudellisten yksinoikeuksien säilymistä oikeudenhaltijalla, vaikkakin muodossa jossa tämä yksinoikeus on hyvin rajoitettu.

Vaikka GPL-lisenssin oikeussuojakeinot rajoittuvat *vain* lisenssin alaisen ohjelmiston ja sen johdannaisteosten käytön kieltämiseen on huomioitava, että tällainen käytön kieltäminen voi olla käytännössä hyvin huomattavaa, sillä se voi estää ohjelmistotoimittajan ja sen asiakkaiden ohjelmiston käytön, johtaa tässä mittaviin korjaamistoimiin, tai korvausvelvollisuuteen toimittajan ja asiakkaan välillä.¹⁹¹

2.2.5 Lyhyesti avoimen lähdekoodin ”välittämisen” konseptista

Avoimen lähdekoodin luonteelle ja vaikutukselle on olennaista myös kysymys siitä milloin näiden lisensselvoitteet aktivoituvat. Niiden lisenssien joiden on yllä jaksossa 2.2.4 tunnistettu sisältävän viraalivaikutusta tai muita vastavuoroisia velvoitteita, on usein jokin tämän ns. vaikutuksen laukaisija. Tällaisten laukaisijoiden funktio onkin osaltaan suojella niitä käyttäjiä, jotka eivät pyri hyötymään ohjelmistosta kaupallisesti, eivätkä tällöin nauti verrattain perusteetonta etua avoimen lähdekoodin avoimuudesta.¹⁹²

GPLv3 lisenssissä lisenssin velvoitteet laukeavat ohjelmiston ”välittämisestä”. Lisenssin ”välittämisen” sanamuodon lähtökohtana on sinänsä tekijänoikeuslainsäädännöstä irrallinen, sillä se viittaa kopioiden valmistaminen ja vastaanottamisen *mahdollisuuteen* eikä varsinaiseen tekijänoikeuslain 2 § taloudellisen oikeuden siirtymiseen, lisäksi eri GPL-lisenssien versioiden välillä yhteyttä eri maiden tekijänoikeuslainsäädäntöön on vähennetty.¹⁹³

On kuitenkin huomioitava, että GPL-lisenssin ”levitys” (propagate) määrittelee itsensä *”kaikenlaisina toimina jotka voisivat johtaa soveltuvan tekijänoikeuslain alla*

¹⁹⁰ Jacobsen v. Katzer “Indeed, because a calculation of damages is inherently speculative, these types of license restrictions might well be rendered meaningless absent the ability to enforce through injunctive relief”

¹⁹¹ Aiheesta lisää jaksossa 3.2.2

¹⁹² Välimäki 2005 s. 40, Phillips s. 492

¹⁹³ Honkasalo 2009 s. 40 GPLv2 määritelmästä löytyvät termit ”distribution” ja ”use” viittasivat selkeästi Yhdysvaltojen tekijänoikeuslainsäädännön vastaaviin termeihin. Kun termit muutettiin GPLv3 päivityksen yhteydessä, voidaan vetää johtopäätös, että tämä tehtiin tarkoituksena vähentää lisenssiehtojen tulkintaa tietyn oikeusjärjestyksen mukaan.

tekijänoikeusrikkomukseen”¹⁹⁴, eli GPL-lisenssin alaiset levityksen ja julkaisun määritelmät eivät ole täysin irrallisia ja tällöin myös ”välittämisen” termiä tulee tulkita esimerkiksi tekijänoikeuslain 2 § taloudellisten oikeuksien mukaisesti.¹⁹⁵ Koska GPL asettama kynnys teoksen ”kaikenlaiselle levitykselle” sisältää siis tilanteet, joissa henkilö vastaanottaa ohjelman kopion, voidaan rajakynnys sitoa vähintään tekijänoikeuslain 2 § teoksen saattamista yleisön saataviin, joka konkreettisesti tarkoittaa muuta kuin ennalta rajattua pienehköä käyttäjäjoukkoa.¹⁹⁶ Vaihtoehtoisesti GPL:n ”levityksen” määritelmän voisi täyttää pelkästään ohjelmistoa lisensoimalla, eli tekijänoikeuslain 19 § mukaista *vuokrausta*, jolloin GPL-lisenssiehdot aktivoituisivat heti kun ohjelmistokokonaisuutta käytetään muuten kuin täysin yksityisesti, eli esimerkiksi luovutetaan kaupallisesti.¹⁹⁷

Yllä kuvattu avoimen lähdekoodin lisenssien levitysmääritelmä on ollut akateemisen keskustelun kohteena lähinnä siitä näkökulmasta rajautuuko ”levitys” vain teoskappaleen luovuttamiseen, eli tarkoitukseen johon lisenssiehtoja on alun perin laadittu.¹⁹⁸ Tämä tulkinta rajaisi viime vuosikymmenen suuren ohjelmistoliiketoiminnan ”*Software as a Service*” pois sillä ohjelmistoa ei levitetä teoskappaleena vaan osana palvelua ilman että oikeudenhaltija varsinaisesti ikinä luovuttaa kopiota teoksesta.¹⁹⁹ Esimerkiksi GPLv3-lisenssi tunnistaa erikseen, että tämän ”välittäminen” ei käsitä tilanteita joissa varsinaista kopiota ohjelmasta ei siirry.²⁰⁰ Arvioin kuitenkin, että yllä esitetty näkökulma on etenkin Yhdysvaltalais- *common*

¹⁹⁴ Engl koko kohta ” *To “propagate” a work means to do anything with it that, without permission, would make you directly or secondarily liable for infringement under applicable copyright law, except executing it on a computer or modifying a private copy. Propagation includes copying, distribution (with or without modification), making available to the public, and in some countries other activities as well.*”

¹⁹⁵ Tulkinta juontuu juuri siitä, että GPL-viittaamat tekijänoikeusrikkomukset johtuvat käytännössä tekijänoikeuslain 2 § kaupallisten yksinoikeuksien rikkomisesta. Lisenssin määrittämä kynnys tunnistaa käänteisesti myös sen, että jos teos julkaistaan tai välitetään tekijänoikeuslain mukaisesti, tätä voidaan silti pitää GPL-lisenssin mukaisena ”convey” tai ”propagate” termien toimintana.

¹⁹⁶ Ks. KKO:1999:115 tietokoneohjelman ”yleisön” määrittämisestä

¹⁹⁷ Harenko et al. s.185-186, huomioiden erityisesti että TN 2015:7 tunnistetaan juuri tietokoneohjelman, eikä multimediateoksen joka sisältää tietokoneohjelman, kuuluvan luvanvaraisen lainaamisen piiriin

¹⁹⁸ Ks. Meeker 2012, Phillips s. 494

¹⁹⁹ Etenkin GPL-lisenssien osalta tätä tulkintaa on kutsuttu nimellä ”SaaS Loophole”, joka viittaa siihen että GPL-lisenssin vastavuoroisuusvelvoitteet eivät ”aktivoituisi” vain palvelumuotoisessa välityksessä. Kuten myöhemmin esitetään, tämä tulkinta-aukko on erikseen tunnistettu ja tilkitty Affero GPL -lisenssillä, joka laajentaa GPL-lisenssin välittämisen määritelmää.

²⁰⁰ GPLv3 s.0 ” Mere interaction with a user through a computer network, with no transfer of a copy, is not conveying.”

law -keskeinen ilman tekijänoikeudellisen ”välittämisen” määritelmää,²⁰¹ kun taas Eurooppalaisissa näkökulmissa ei ole juurikaan eritelty avoimen lähdekoodin asemaa erikseen palvelumuotoisissa toimituksissa.²⁰² Kysymykseen tuleekin tulisiko GPLv3 ”convey” määritellä viittauksena tekijänoikeuslain termeihin vai sopimuksen erikseen määrittelemänä tilanteena jos lisenssin molemmat osapuolet kuuluvat oikeusjärjestelmään joka tunnistaa ”välittämisen/convey” eurooppalaisen tekijänoikeuslainsäädännön mukaisesti. Itse uskon, että toisin kuin yllä perusteltua johdannaisteoksen irrottamatonta liitää tekijänoikeuslainsäädäntöön, GPLv3 tarkoittama ”convey” tulisi tulkita sille itsenäisenä käsitteenä koska itse lisenssin esipuhe, määritelmät ja muut klausuulit soveltavat käsitettä tavalla joka on ristiriidassa esimerkiksi suomalaisen oikeustilan kanssa.

Yllä jaksossa 2.2 olen pyrkinyt systematisoimaan avoimen lähdekoodin lisenssien juridista asemaa tunnistamalla näiden erityispiirteitä erityisesti suhteessa tietokoneohjelmien tekijänoikeudelliseen asemaan. Lopputuloksena avoimen lähdekoodin tiettyjen *vastavuoroisten* lisenssien erityispiirteenä oleva *viraalivaikutus* muodostaa juuri tietokoneohjelmille ominaisen mutta tekijänoikeudelle epäluonnollisen tilanteen, jossa luovan teoksen kaupallisen käytön mahdollistava rakenne käännetään pääläelleen juuri vaikeuttamaan tätä kaupallista käyttöä.

2.3 Tietokoneohjelma yhdistelmä- ja kokoomateoksena

Tässä jaksossa 2.3 käsittelen kirjallisille teoksille olennaisen kokoomateoksen ja johdannaisteoksen käsitettä suhteessa tietokoneohjelmaan ja siihen arviointiin mitä avoimen lähdekoodin lisenssillä on tietokoneohjelman erilaisille tekijänoikeudellisille velvoitteille. Jakson olennainen osa, ja syy sen erottelulle yleisestä avoimen lähdekoodin arvioinnista, on avoimen lähdekoodin vastavuoroisuuden arviointi kokoomateoksessa, eli kysymys siitä kuinka ja miten avoimen lähdekoodin tulee olla osa ohjelmistoa, jotta ohjelmistoa koskevat vastavuoroisuusvelvoitteet.

²⁰¹ Myönnettäköön, että ns. ”Affero GPL”-lisenssin lanseeraus on tälle vasta-argumentti. Affero GPL -lisenssi lisää tavanomaiseen GPLv3-lisenssiin ehdon joka laajentaa vastavuoroisuuden aktivoitumisen selkeämmin myös internetin välityksellä tapahtuvaan ”käyttöön” <https://www.gnu.org/licenses/why-affero-gpl.html>

²⁰² Ks. Honkasalo 2009 s. 23-25, Jaeger 2010

2.3.1 Lyhyesti ohjelmistokehityksestä ja yhdistelmäteoksista

Mille tahansa kirjalliselle teokselle, joka tehdään yhteistyössä useiden eri ihmisten kanssa, olennaista on se kenelle tekijänoikeus varsinaisesti syntyy. Tässä jaksossa avaan lyhyesti tietokoneohjelman kehitykselle olennaisia kysymyksiä tekijänoikeuden kohdistumisesta ja etenkin koskien sitä, miten toiseen teokseen sisältyvä teos, kuten koodinpätkä, voi vaikuttaa toisen teoksen tekijänoikeusasemaan ja miten tätä erotellaan.

Tietokoneohjelmalla on jaksossa 2.1 tunnistetusti erityisasema tekijänoikeudellisena kirjallisena teoksena josta olennainen osa on työntekijöiden tekijänoikeuden lähtökohtainen luovutus näiden työnantajille tekijänoikeuslain 40b §:n mukaan.²⁰³ Tällöin käytännössä päädytään tilanteeseen jossa yksittäisellä tietokoneohjelmalla, sen yrityskehityksessä, harvoin on monimutkaisia tai monitahoisia omistussuhteita tekijänoikeuden kuulussa työnantajalle eli yritykselle.²⁰⁴ Tietokoneohjelma, kuten muukin tekijänoikeudellinen teos, voi syntyä useasta eri teoksesta, tai muunnelmana toisena teoksesta, jolloin kyseeseen tulee erilaisia arviointeja tämän uuden teoksen tekijänoikeussuojasta.

Tekijänoikeuslaki tunnistaa sen 4, 5 ja 6 §§ teoksen muuntelulla saavutetut ns. kokoomateokset ja yhteisteokset joista ensimmäinen koskee tilannetta, jossa uusi teos koostetaan aiempien teosten pohjalta niin, että uusi luova kokonaisuus saa itsessään tekijänoikeussuojaa,²⁰⁵ ja toinen koskee tilannetta, jossa kahden teoksen yhdistämisestä ei välttämättä muodostu omaa itsenäistä teostaan, jolloin tekijänoikeus muodostuu osapuolille yhteisesti.²⁰⁶ Näiden kahden lisäksi voidaan tunnistaa erillinen ns. *johdannaisteoksen* systematiikka, eli nimensä mukaisesti teos joka on *johdettu* toisesta teoksesta, mutta on ilmaisultaan niin itsenäinen että voi muodostaa oman teoksensa ja näin nauttia itsenäistä tekijänoikeuden suojaa. Johdannaisteos-käsite juontuu yhdysvaltalaisen *derivative work*²⁰⁷ -systematiikan kansainvälistymisestä, eikä asiaa ole

²⁰³ ”Jos tietokoneohjelma ja siihen välittömästi liittyvä teos on luotu täytettäessä työsuhteesta johtuvia työtehtäviä, tekijänoikeus tietokoneohjelmaan ja teokseen siirtyy työnantajalle.”

²⁰⁴ Takki & Halonen s. 37

²⁰⁵ TekL 5 § ”Sillä, joka yhdistämällä teoksia tai teosten osia on aikaansaanut kirjallisen tai taiteellisen kokoomateoksen, on siihen tekijänoikeus, mutta hänen oikeutensa ei rajoita oikeutta ensiksi mainittuihin teoksiin”, Harenko et al. s. 83, ks. TN 2007:3

²⁰⁶ TekL 6 § ”Jos kaksi tai useammat ovat yhdessä luoneet teoksen heidän osuuksiensa muodostamatta itsenäisiä teoksia, on tekijänoikeus heillä yhteisesti. Kullakin heistä on kuitenkin valta vaatimusten esittämiseen oikeuden loukkauksen johdosta”, Harenko et al. s. 84

²⁰⁷ USC 106 (2) “*derivative work*” is a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction,

niinkään käsitelty suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa.²⁰⁸ Johdannaisteoksen systematiikkaa ei ole ristiriidassa suomalaisen oikeuskäsitteen kanssa, sillä tekijänoikeuslain 1 § teoskynnys ja 4 §²⁰⁹ tunnistavat riittävän itsenäisten teosten nauttivan tekijänoikeuden suojaa vaikka nämä oltaisiinkin johdettu tai inspiroitu toisesta teoksesta.

Käytännön vaikutus systematiikalla on, että mikäli uusi teos ei nauti johdannaisteoksen kaltaista omaperäisyyttä, eli täytyä teoskynnystä ja muodosta näin omaa teostaan, on alkuperäisen teoksen tekijällä yksinoikeuksia tätä teosta kohtaan. Tässä kohtaa tulee kuitenkin huomioida, että tekijänoikeuden Eurooppalaisista normilähteistä johtuen tietokoneohjelman muokkausoikeus, ja näin muunnelmateoksen luomisoikeus, on rajoitetumpaa kuin Yhdysvalloissa.²¹⁰ Ohjelmistodirektiivin 2 ja 4 artiklat lähtökohtaisesti kieltävät kaikenlaisen tietokoneohjelman muokkauksen, jolloin eurooppalainen johdannaisteoksen määritelmä voi olla perustellusti yhdysvaltalaisesta laajempi ja näin myös laajentaa avoimen lähdekoodin lisenssien tulkintaa.²¹¹ Juuri avoimen lähdekoodin ohjelmistojen johdannaisteokset muodostavat vastavuoroisten velvoitteiden laajentumisen erityistilanteen, jolloin kysymykseksi tulee arvioidaanko tämän vastavuoroisuuden laajentumista ensisijaisesti Yhdysvaltalaisen *derivative work* -systematiikan kautta vaiko suomalais-eurooppalaisen TekL 4 § kautta.

Tavanomaisemmasta tilanteesta, jossa teokset ja niiden muunnelmat voidaan erotella selkeämmin toisistaan, tietokoneohjelmille on tavanomaista että ne voivat sisältää useamman eri teoksen tai koostua useiden eri teosten muunnelmista.²¹² Tietokoneohjelma voi teoksena muodostua hyvin lyhyestä tai yksinkertaisestakin koodista joka ilmentää sen tekijän

abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications, which, as a whole, represent an original work of authorship, is a "derivative work", eli Yhdysvaltalaisen näkemyksen mukaan johdannaisteoksen täytyy olla olennaisesti samankaltainen ja sisältää osa alkuperäisteoksesta, ks. Välimäki 2005 s. 134, Honkasalo 2009 s. 99, Harenko et al. s. 78, TN 1998:16

²⁰⁸ Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa johdannaisteoksia ollaan analysoitu juuri Yhdysvaltalaisen oikeuden ml. Avoimen lähdekoodin, yhteydessä. Ks. Oesch et al. 2007 s. 37

²⁰⁹ Etenkin ”teosta vapaasti muuttaen on saanut aikaan uuden ja itsenäisen teoksen”

²¹⁰ Stamatoudi para. 5.56-5.66, Välimäki 2005 s. 134

²¹¹ Ibid, Artiklat on kodifioitu suomessa tekijänoikeuslain 25 j § 1.mom ” Joka on laillisesti hankkinut tietokoneohjelman, saa valmistaa ohjelmasta sellaiset kappaleet **ja tehdä ohjelmaan [vain] sellaisia muutoksia,** jotka ovat tarpeen ohjelman käyttämiseksi aiottuun tarkoitukseen.” [bold ja painotus lisätty]

²¹² Takki & Halonen s. 32, TN 1998:16

omaperäisyyttä ja luovia valintoja.²¹³ Tätä koodia voidaan käyttää tai yhdistää toiseen koodiin niin, että alkuperäinen teos toimii saumattomasti lopullisen teoksen kanssa yhteydessä. Tällöin luonnollisesti eri teosten erottelemineen toisistaan on hankalaa ja kysymykseen nousee millä perusteella ero tai johdannaisuus muodostetaan.

Suomalaista käytäntöä tietokoneohjelmien erityisestä *samankaltaisuusarvioinnista* on esimerkiksi tekijänoikeusneuvoston lausunnoissa TN 1998:16 ja TN 2013:1 koskien tietokoneohjelmien samankaltaisuutta ja avoimen lähdekoodin osuutta samankaltaisuudessa. Neuvoston tietokoneohjelmia koskeva samankaltaisuusarviointi pohjaa vahvasti kirjallisten teosten idea-ilmaisu -kysymykseen jolloin tietokoneohjelmalle olennaisia arviointikysymyksiä onko teoksen B ilmenemismuoto omaperäinen jos omaperäinen ilmenemismuoto on tosiasiasa sama kuin alkuperäisen teoksen A ilmenemismuoto.²¹⁴ Ilmenemismuotoa voidaan kuitenkin arvioida niin tietokoneohjelman ulkopuolisesta ilmenemisestä, mutta myös sen koodista joka ilmentää sen tekijän omaperäistä ilmaisu, tai pikemminkin onko se omaperäinen ilmaisu.²¹⁵ Kahden tietokoneohjelman koodin samankaltaisuuden arviointia toteutetaan tällöin neuvoston toimesta saman koodin tunnistamisesta molemmissa ohjelmissa.²¹⁶ Tällaisessa arvioinnissa olennaista ei ole vain ohjelman *kaiken* koodin samankaltaisuus tai identtisyys, vaan niiden osien ja komponenttien joiden voidaan katsoa muodostavan sen tekijän omaperäisen ilmaisuuden.²¹⁷ Tällöin tekijänoikeusneuvosto ottaa käyttöön Yhdysvalloissa suosituksi tullutta *abstraction-filtration-comparison* -metodia²¹⁸ jossa samankaltaisuusarvioinnin ulkopuolelle jätetään kaikki teknisesti välttämättömät ja *public domain* -osat teoksesta.

²¹³ Ks. TN 1998:16 s. 7 “Teos saa suojaa omaperäisyyden perusteella. Muita arviointiperusteita ei saa soveltaa. Ainoastaan ilmaisumuotoa suojataan”, ja Turun hovioikeuden S 06/2673 “kirjanpitoohjelman, joka oli suhteellisen yksinkertainen, ei näytetty olleen siinä määrin itsenäinen ja omaperäinen, että se olisi muodostanut tekijänoikeuslain 1 §:ssä tarkoitetun teoksen, johon jutun kantajalla olisi ollut tekijänoikeus.”

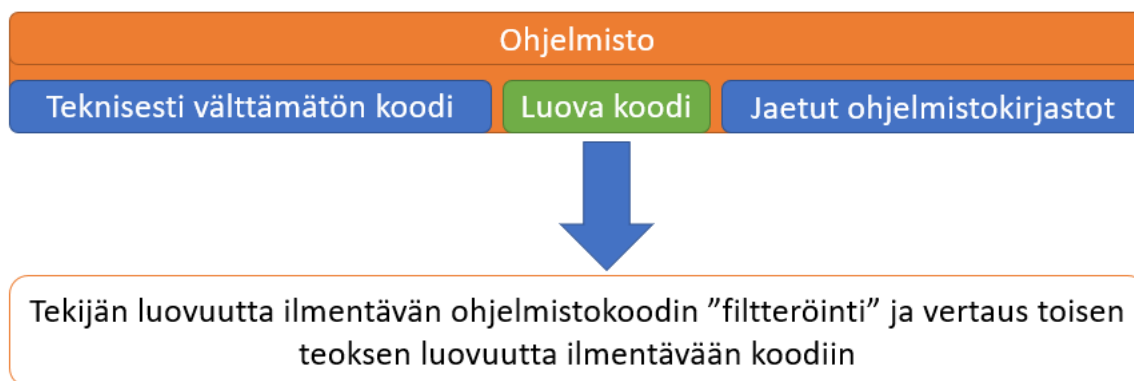
²¹⁴ TN 1998:16 s. 10 “A voi saada tekijänoikeus suojaa, vaikka ohjelman koodi ei ohjelmointitekniseltä kannalta sisältäisikään erityistä luovuutta. Jos A:n ilmenemismuoto on omaperäinen ja B muodostuu A:n omaperäisestä ilmenemismuodosta, B on sama teos kuin A. Jos uusi ohjelma on toteutettu omaperäisellä tavalla käyttämättä aikaisemman ohjelman suojaan yltäviä elementtejä, ohjelmat saavat suojaa toisistaan riippumatta”

²¹⁵ Ks. Arvioinnista TN 2013:1 s. 12

²¹⁶ Ibid

²¹⁷ Harenko s. 79, Välimäki 2005 s. 136

²¹⁸ Kehitetty Computer Associates International v. Altai (1992) -tapauksesta



Kuvio 2: Abstraction-filtration-comparison -testi, jossa vain tekijän luovuutta ilmentävät osat otetaan teosvertailun kohteeksi.

Neuvoston käytäntöä vastaavasti Helsingin hovioikeus on arvioinut kahden tietokoneohjelman samankaltaisuutta ottamalla huomioon tietokoneohjelmaan liittyvät muutkin seikat kuten graafisen käyttöliittymän, toiminnallisuuden ja tekijät.²¹⁹ Tällöinkin painoarvoa oli etenkin sillä, että alkuperäisestä teoksesta kopioitu tai samankaltainen koodi ei ilmentänyt sen omaperäisyyden siirtymistä, sillä tämä koodi ja sen funktionaalisuus olivat seurausta alan sääntelystä joka rajoitti tekijän luovien valintojen määrää. Jäljempää teosta ei olisi voitu siis pitää edes alkuperäisen teoksen johdannaisteoksena.

Yllä olevien näkökulmien lisäksi *Välimäki* tiivistää kaksi muuta näkökulmaa tietokoneohjelmien johdannaisteosarvioinnille jotka ovat erityisen olennaisia avoimen lähdekoodin johdannaisteosten arvioinnille.²²⁰ Lähtökohtana seuraaville näkemyksille voidaan pitää, että mikäli johdannaisteosarvioinnille, eli minkä teoksen voidaan katsoa olevan sen ”osateoksen” lopputulos, lopputulos on kokoelmateos kuten tietokoneohjelma, tämän johdannaisteosarvioinnin voi johtaa vain sen ”pienimpään” sisäisesti koherenttiin johdannaisteokseen, eli komponenttiin. *Välimäen* komponenttipohjainen tulkintatapa pyrkii ratkaisemaan käytännön ongelman jossa toisen koodinpätkän osaa toisen omaperäisessä ilmaisussa on vaikea tunnistaa, jolloin tärkeintä on miten koodit toimivat yhdessä. *Välimäen* mukaan kun koodit osana ohjelmaa toimivat samassa komponentissa tulisi näitä pitää samana teoksena, eli ulkopuolisen koodinpätkän johdannaisteoksena.²²¹

²¹⁹ HelHo 1999:T:3571, Honksalo 2010 s. 55-56

²²⁰ *Välimäki* 2005 s. 127

²²¹ *Ibid*

Vaihtoehtoisesti *Free Software Foundation* on esittänyt teknisemmän viestintäpohjaisen tulkintatavan, jossa tällaisia yllä tarkoitettuja moduuleita voitaisiin pitää toistensa johdannaisteoksena vaikka ne toimisivat eri muistimoduuleissa jos ne vaihtavat keskenään kompleksista tietoa kuin ne olisivat osa samaa moduulia.²²² Kuitenkin on huomioitava, että komponentti- ja kommunikaatiopohjainen tarkastelutapa ovat kirjoitushetkellä enemmänkin akateemista argumentointia joiden tarkoituksena on hahmottaa eri tapoja erotella johdannaisteoksen ja teokseen sisältyvän teoksen erottelua tietokoneohjelmassa. Viime kädessä arviointi moduuliin, komponenttiin tai tietokoneohjelmaan tehdään kokonaisarviointilla, jossa ensin tunnistetaan vertailtavan asian teoskynnys, jolloin tämän teoksen vaikutusta muuhun teokseen tai teoksiin arvioidaan muun teoksen omaperäisyyden ja olennaisuuden avulla seuraavan havainnollistavan kuvion tavoin.

Tämän kappaleen analyysin, ja avoimelle lähdekoodille relevanttina lopputulemana voidaan pitää päätelmää, että samankaltaisuusarvioinnin metodin valitsemisella voi olla olennainen merkitys siihen miten osateoksen asema johdannaisteokseen määrittyy, sekä mitä osaa tietokoneohjelmasta voidaan varsinaisesti pitää tämän johdannaisteoksena.

2.3.2 Avoin lähdekoodi ja koodi muunnelmateoksissa

Vahvasti vastavuoroisten lisenssien vastavuoroisuusvelvoitteet määrittävät itse sopimustekstissään vastavuoroisuusvelvoitteiden laajuuden. Tunnetuin ja olennaisin tällaisista määritelmistä on GPL-lisenssin kohdan 0 määritelmä ”työ joka perustuu ohjelmistoon”.²²³ GPL-lisenssin vastavuoroisuusvelvoitteen laajuuden määrittää sen välittämistä koskeva kohta määrittää vastavuoroisuusvelvoitteen soveltamisalaksi: lisenssin vastavuoroisuusvelvoite sitoo myös ”teoksia jotka perustuvat ohjelmistoon”.²²⁴ Kyseiset GPL-lisenssin kohdat on yleisesti tulkittu juuri viittauksina johdannais- ja muunnelmateoksiin, tällöin sitoutuen sanamuodon tulkintatapaan *kaikki* GPL-lisenssin alaisesta ohjelmistosta johdetut tai siihen perustuvat tietokoneohjelmat tulisi lisensoida samoilla, vahvasti vastavuoroisilla, lisenssiehdoilla.²²⁵ GPL-

²²² Ibid s. 128

²²³ Huomiona tässä on, että GPLv3 puhuu vain ”work based on the program” kun taasen aiempi versio GPLv2 käyttää tätä määritelmää suoraan tekijänoikeudellisen *Derivative Work* viittauksena

²²⁴ GPLv3 lisenssiä selkeämmin tämä on sanottu GPLv2 lisenssissä jossa kohdan 2 mukaan kaikki ohjelmaan tehty muutos muodostaa sen johdannaisteoksen ”[y]ou may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program”

²²⁵ Philips 2008 s. 492, Välimäki 2005 s. 131

lisenssit kuitenkin sisältävät rajoituksen, jossa vastavuoroisuusehdot eivät koske kokoelmateoksia, joissa lisenssin alaista johdannaisteosta käytetään yhdessä niin ettei kokoelmateos muodosta yhtä yhtenäistä teosta jota olisi jatkettu lisenssin alaisesta teoksesta.²²⁶ Tämä on linjassa sen kanssa mitä yllä kohdassa 2.3.1 on tunnistettu tietokoneohjelmien samankaltaisuusarvioinnin periaatteista ja selkeästi rajoittaa GPL-lisenssien viraalivaikutusta vain niihin teoksiin jotka voidaan tunnistaa lisenssin alaisen teoksen johdannaisteoksiksi.²²⁷

Siitä mitä tietokoneohjelmia pidetään GPL-lisenssin alaisen teoksen johdannaisteoksina on havainnoitu useiden eri tyyppitilanteiden avulla. Näiden eri tyyppitilanteiden avulla pyritään selventämään etenkin GPL-lisenssin viraalivaikutuksen laajuutta, eli mihin teoksiin sen vastavuoroisuusvelvoitteet jatkuvat, jos nämä muut teokset muodostavat tai sisältyvät samaan lopulliseen teokseen lisenssin alaisen teoksen kanssa. Alla lyhyesti tyyppisimmistä tyyppitilanteista:

a) Objektikoodin yhdistäminen

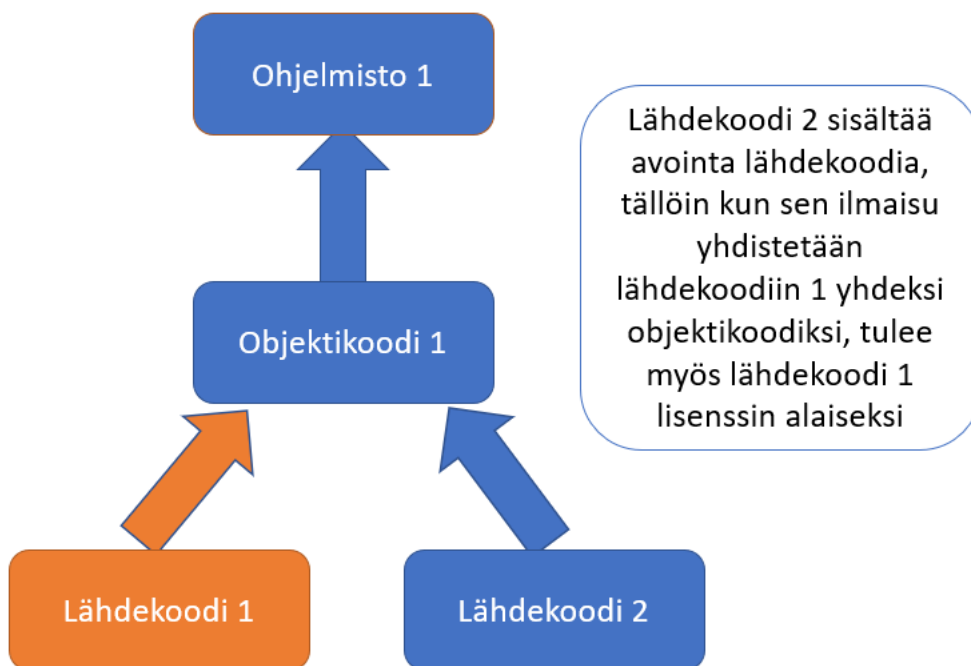
Objektikoodin yhdistämisellä tarkoitetaan tilannetta, jossa tietokoneohjelman lähdekoodit yhdistetään toisiinsa ennen kuin ne prosessoidaan yhdessä.²²⁸ Lähtökohtana tällä arvioinnilla on, että kun koodit prosessoidaan, eli tietokone käsittelee nämä tekstit, ne muodostavat yhden kokonaisen ilmaisun. Tästä luonnollinen lopputulos on pitää tätä lopullista ilmaisua vähintään lisensoidun teoksen johdannaisteoksena, jolloin GPL-lisenssin vastavuoroisuusvelvoitteet jatkuvat johdannaisteokseen.²²⁹

²²⁶ GPLv3 kohta 5 “A compilation of a covered work with other separate and independent works, which are not by their nature extensions of the covered work, and which are not combined with it such as to form a larger program, in or on a volume of a storage or distribution medium, is called an “aggregate” if the compilation and its resulting copyright are not used to limit the access or legal rights of the compilation's users beyond what the individual works permit. Inclusion of a covered work in an aggregate does not cause this License to apply to the other parts of the aggregate.”, Ks. Philips 2008 s. 492, GPLv2 kohta 2 avaa tätä logiikkaa selkeämmin niin, että mikäli yksittäiset itsenäiset teokset välitetään ilman lisenssin alaista teosta, näihin ei tarvitse soveltaa vastavuoroisuusehtoja. Kuitenkin jos nämä itsenäiset teokset välitetään yhdessä lisenssin alaisen teoksen kanssa niin että ne muodostavat yhden kokonaisen teoksen, vastavuoroiset lisenssiehdot pätevät.

²²⁷ Samoin argumentointi Rosen s. 120-121

²²⁸ Välimäki 2009 huomioi myös spekulatiivisen tilanteen, jossa itse lähdekoodin kokoaja / tulkitsijaohjelmalla voitaisiin muokata lopputuloksen ilmaisua. Kuitenkin tällaisen kokoajan käyttö ei sinänsä muokkaisi itse lähdekoodia ja itse ilmaisun muutos johtuisi kokoajan käytöstä. Tämän seurauksena tässäkin tutkielmassa keskitytään vain lähdekoodin muodostamaan ilmaisuun Ks. Välimäki 2005 s. 133

²²⁹ Morgan s. 355, Phillips s. 497



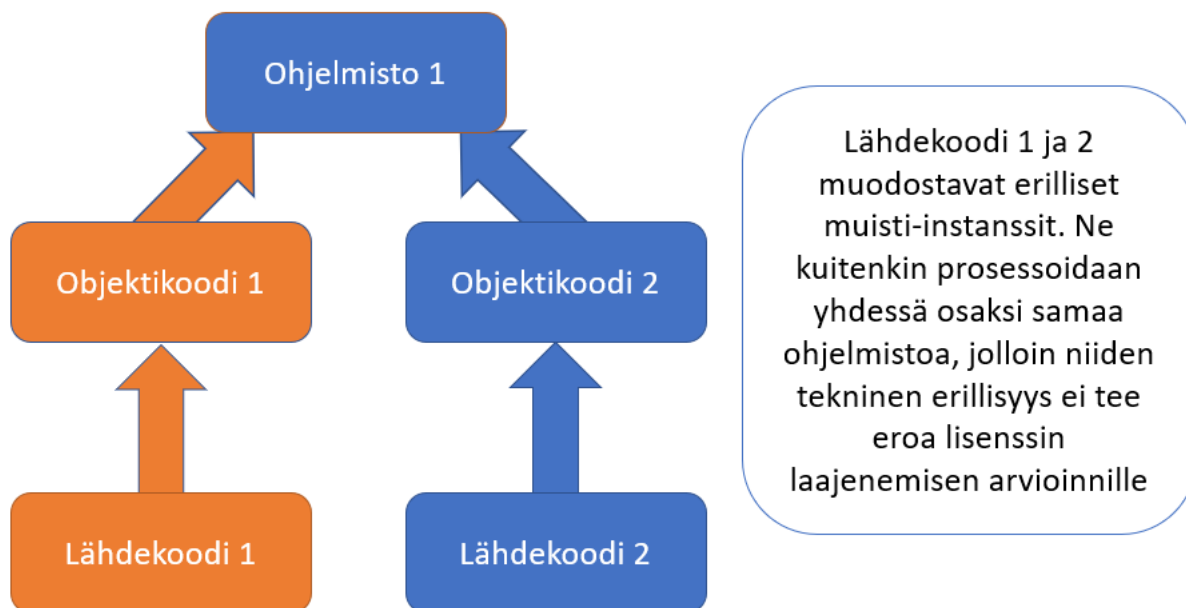
Kuvio 3: Esimerkkikaavio objektikoodien yhdistämisestä ja sen vaikutuksesta lopullisen ohjelmiston lisenssin alaisuuteen jos toinen lähdekoodi sisältää avointa lähdekoodia.

Mahdollinen vastavuoroisuusvelvoitteiden poissulkeva seikka olisi jos GPL-lisenssin alainen koodi muodostaa vain teknisesti välttämättömän osan teosta, jolloin myös tämän teoskynnyksen ylittyminen voidaan kyseenalaistaa. Kyseisen kaltainen väite on kuitenkin riskialtis, sillä se voi menestyä vain puhtaasti teoksen tekijänoikeudellisen arvioinnin alla, kun taas lisenssin ehtojen velvoiteoikeudellinen arviointi olettaa lisenssin kohteen nauttivan tekijänoikeussuojaa, vaikka sen käyttö olisikin vain tekninen välttämättömyys.

b) Ohjelmiston ”käyttö” – eli muistimoduuliongelma

Ohjelmistokoodin ”linkittämisellä” tarkoitetaan ohjelmiston objektikoodin, eli koodin josta varsinainen ilmaisu kootaan, pitämistä erilaisissa muisti-instansseissa eli yksinkertaisimmin tiedostoissa kuitenkin niin, että koodi prosessoidaan yhdessä muisti-instanssissa.²³⁰ Tällöin lähdekoodin lähtöasetelmana on, että koodit ovat erillään, mutta ne prosessoidaan saman muisti-instanssin osana kuin yhtenä lähdekoodikokonaisuutena.

²³⁰ Morgan 2010 s. 355, Välimäki 2005 s. 133-134



Kuvio 4: Esimerkkikaavio eri muisti-instansseissa sijaitsevista, mutta samaan aikaan prosessoitavista lähdekoodista

Vakiintunut akateeminen mielipide on, että tällainen koodin prosessointi samaan aikaan johtaa useamman teoksen yhtenäiseen ilmaisuun, jossa syntyvää teosta voidaan pitää GPL-lisensoidun teoksen johdannaisteoksena, jolloin vastavuoroisuusvelvoitteet jatkuvat tähän syntyneeseen teokseen.²³¹

c) Dynaaminen linkittäminen

Yllä käsiteltyä linkittämistä voidaan verrata ns. dynaamiseen linkittämiseen, jossa lähdekoodia ei prosessoida samaan aikaan, vaan erikseen niin että prosessoitu ohjelma käyttää sen ulkopuolella prosessoitua lähdekoodia toimiakseen ns. dynaamisesti tarvittaessa.²³² Tilanne on erilainen kuin yllä ”staattisessa linkittämisessä” jolloin lähdekoodi ja lisensoitu lähdekoodi kootaan yhdeksi ohjelmaksi, koska dynaamisessa linkittämisessä ohjelmistojen ei välttämättä tarvitse muodostaa yhtä koodikokonaisuutta.

Kysymys siitä onko dynaamisen linkityksen seurauksena syntyviä ohjelmistokokonaisuuksia käsiteltävä linkitetyn lähdekoodin johdannaisteoksena on verrattain epäselvää. Esimerkiksi *Rosen* argumentoi ettei linkitystä voida pitää muuna kuin kokoelmateoksen luomisena, jolloin

²³¹ Phillips s. 498-499, Rosen s. 119-121, Välimäki 2005 s. 133-134

²³² Kutsuttu myös ”run-time linking” viitaten siihen että linkitys tehdään ohjelmiston ollessa käynnissä ”run”, ks. Välimäki 2005 s. 134

GPL-lisenssin vastavuoroisuusvelvoitteet eivät jatku tähän.²³³ Vallitseva akateeminen konsensus on kuitenkin sen puolella että myös dynaamisen linkityksen seurauksena syntyneet ohjelmistot ovat lisensoidun ohjelmiston johdannaisteoksia sen komponentin osalta joka mahdollistetaan dynaamisen linkityksen avulla, sillä tämä käytännössä käyttää dynaamisesti linkitetyn teoksen ilmaisuja, eli koodia, oman ilmaisunsa osana.²³⁴ Sinänsä *Rosenin* argumenttia mukaillen,²³⁵ teknisellä toteutuksella ei ole väliä, jos lopputuloksena on tilanne jossa teoksen tekijänoikeutettu ilmaisu johdetaan muusta teoksesta.²³⁶ Sama pätee myös toisin päin: pelkällä teknisellä toteutuksella ei voida kiertää johdannaisteoksen syntymistä.²³⁷ Yllä sanotulle voidaan esittää kapea teoreettinen poikkeus perustuen Yhdysvaltalaiseen analyysiin: mikäli linkityksellä pääohjelmaan johdetaan koodia vain tavalla jolla lopulliseen ohjelmaan ei päädy muuta kuin teknisesti välttämätöntä koodia, eli esimerkiksi muuttujien nimet ja muut rakenteelliset piirteet jäävät pois, jolloin linkitys ei koske teoskynnyksen ylittävää materiaalia eikä johdannaisteosta tällöin synny.²³⁸

²³³ Rosen s. 116-117

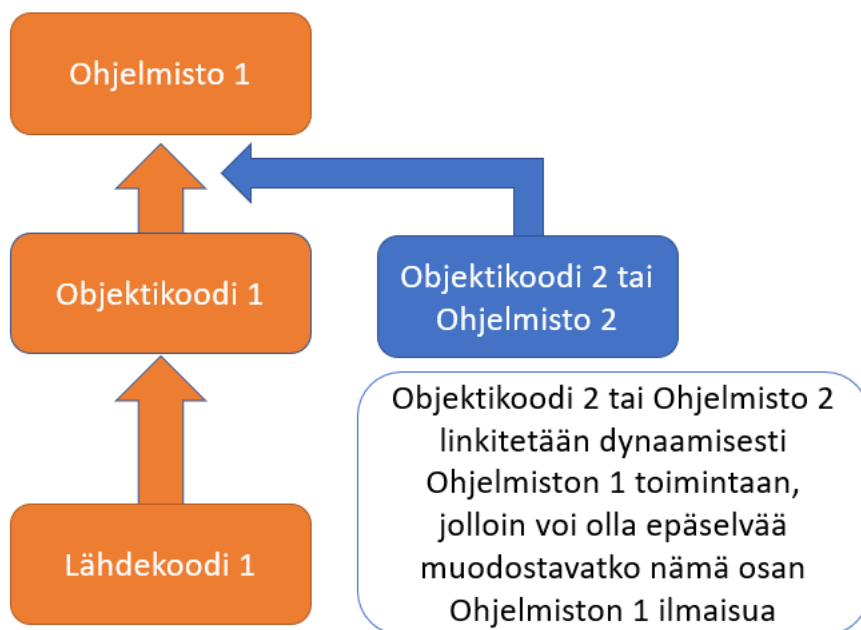
²³⁴ Ks. Morgan s. 406-408 & fn. 11, Phillips s. 500, Välimäki 2005 s. 134

²³⁵ Ks. Rosen s. 287 tunnistaen että varsinaista linkityksestä syntyvää johdannaisteosta ei voida täysin sulkea poiskaan, sillä itse linkitys ei ole määrittävä asia teoksen johdannaisteos-asemassa

²³⁶ Morgan 2010 s. 368 tunnistaa että staattisen ja dynaaminen linkitys voivat johtaa teknisesti hyvinkin samankaltaisiin tilanteisiin, jolloin lopputulokselle on yhdentekevää onko käytetty lähdekoodi linkitetty kummalla tavalla. On myös huomioitava, että *Rosenin* ja *Morganin* arvioima GPLv2 on tältä osin vanhentunut, sillä GPLv3, julkaistu 2007, täsmentää lisenssin kohdetta niin että vastavuoroisuuden laajuus koskee kaikkea ”vastaavasta (ohjelmisto) lähteestä” [”corresponding source”] johdettua ohjelmistokoodia, kuten lähdekoodista johdettua dynaamisesti linkitettyä koneluettavaa koodia. On kuitenkin huomioitava että GPLv2-lisensoidut ohjelmistot eivät ole myöskään sukupuutossa vaan esimerkiksi lukuisat Linux-ohjelmistot ja Linuxin itsessään perustuvat GPLv2-lisenssille.

²³⁷ Sama pätee myös GPLv3 kohdan 5 poikkeuksen poikkeukseen: jos kokoelmateos muodostetaan niin että sillä koitetaan vain kiertää lisenssin oikeusvaikutusten toteutumista, kokoelmateos käsitetään lisenssille johdannaisteoksen tavoin. Myöskään sellaista tilannetta ei ole tunnistettu, jossa vain dynaamisella linkityksellä oltaisiin onnistuttu välttämään GPL-lisenssin vastavuoroisuusvelvoitteet Ks. Honkasalo 2010 s. 68

²³⁸ Morgan 2010 s. 415



Kuvio 5: Esimerkkikaavio dynaamisen linkittämisen ongelmatilanteesta.

Dynaamisen ja staattisen linkityksen oikeudellisia kysymyksiä on harvoin käsitelty avoimissa tuomioistuimissa, usein ilman lopullista tuomiota asiasta. Yksi tapaus on kuitenkin ollut nk. MySQL AB -tapaus²³⁹ jossa oli kyse GPL-lisensoidun MySQL-tietokannan linkittämisestä kantajan Gemini-ohjelmistoon.²⁴⁰ Vaikkei asiassa saatu lopullista tuomiota, osapuolten päätyessä sovintoon, tuomioistuin päätyi välituomiossaan kuulemisten perusteella myöntämään kantajan väitteen linkittämisen johtaneen johdannaisteoksen syntymiseen ja näin viraalivaikutuksen syntyneen ohjelmistoon.²⁴¹

d) Eri komponentit kokoelmassa

Toisin kuin yllä olevissa tilanteissa joissa lisensoidun teoksen objektikoodia jotenkin yhdistetään toiseen teokseen, tulee arvioida myös tilannetta jossa koodit prosessoidaan erillään, mutta näiden ilmaisu muodostaa yhden kokonaisuuden.²⁴² Tällainen tilanne voi olla esimerkiksi kun koodit muodostavat kaksi eri komponenttia jotka käytetään yhtä aikaa tai olennaisesti

²³⁹ Progress Software Corp. v. MySQL AB (2002) 195 F. Supp. 2d 328

²⁴⁰ Tapausta kommentoitu tiiviisti Gatto 2007 s. 24

²⁴¹ Ks. Välimäki 2005 s. 135

²⁴² Välimäki netti s. 127-128

toistensa kanssa tietokoneohjelmassa niin että komponentit muodostavat yhdessä prosessoitavan (executable) tiedoston tai jonkin sen alemman komponentin.

GPL-lisenssin yllä tunnistettu ”takalauta” vastavuoroisuusvelvoitteiden soveltamiselle on tilanne jossa lisenssin alaista ohjelmistoa käytetään yhdessä muiden ohjelmistojen kanssa, mutta nämä eivät muodosta omaa yhtenäistä teosta.²⁴³ Arvioin, että lisenssin alaisen teoksen erottelu muista teoksista vaatii yllä kohdassa 2.3.1 tarkoitettua laajennettua samankaltaisuusarviointia jossa otetaan huomioon lisensoidun ohjelmiston ilmaisun olennaispiirteet: jos lisensoitu ohjelmisto muodostaa olennaisen, teknisistä välttämättömyyksistä irrallisen, osan koko teoksen ilmaisua, voidaan lopullista teosta pitää lisensoidun teoksen johdannaisteoksena koska sen ilmaisu muodostuu ainakin osittain lisensoidun teoksen omaperäisyydestä. Tällöin kyseeseen tulee tämän teoksen omaperäisyyden eri osien arviointi ja kuinka ne esiintyvät johdannaisteoksessa, jos esiintyvät. Akateeminen konsensus suosii näkemystä jossa tällaiset erilliset komponentit muodostavat käytännössä aina oman teoksensa kokoelmateoksessa, eikä tällöin viraalivaikutusta voitaisi jatkaa komponentista toiseen.²⁴⁴ Esimerkiksi *Välimäki* tunnistaa, että tällaista ilmaisua ei voida arvioida teoksen toiminnallisuuden kautta tekijänoikeuden suojan kohteen ollessa tietokoneohjelman *ilmaisu* eikä *toiminto*.²⁴⁵

Esitän kuitenkin, että siinä missä lähdekoodin toteuttama toiminnallisuus on olennainen, tulee tätä vastavuoroisesti käsitellä mahdollisesti olennaisena osana tämän teoksen ilmaisua, joka voi tällöin muodostaa osan useasta komponentista muodostuvan teoksen omaperäisyyttä, ja olla osana muodostamassa GPL:n mukaisen johdannaisteoksen. Tällöin siis komponentissa A oleva toiminnallisuusilmaisu A muodostaa osan komponentin B sellaista ei-teknisesti välttämätöntä ilmaisua ja näin tekee B:stä A:n johdannaisteoksen. Näkökulmalleni löytyy pohjaa niin

²⁴³ GPLv3 kohta 5 “which are not by their nature extensions of the covered work, and which are not combined with it such as to form a larger program”

²⁴⁴ Rosen s. 114 ” A work containing another work is a collective work. A work based on another work is a derivative work. Merging those concepts in the GPL would leave no distinction between a derivative and collective work, an absurd result considering the importance of those two defined terms in copyright law.”, Morgan s. 375-377, 406

²⁴⁵ Välimäki 2005 ss. 128, 135-136

tekijänoikeusneuvoston²⁴⁶ ja hovioikeuden²⁴⁷ ratkaisukäytännöistä jossa toiminnallisuudet muodostavat osan ilmaisun tai sen puuttumisen arviointiperusteista. Siinä missä muitakin tekijänoikeutettuja (kirjallisia) teoksia,²⁴⁸ tulisi tietokoneohjelmia arvioida niiden ilmaisun erityispiirteiden mukaan, tietokoneohjelmien erityispiirre kuitenkin on funktio jolloin sen olemassaolo teoksessa jota sitä muuten ei olisi ilmentää ohjelman tekijän omaperäisyyden jatkumista.²⁴⁹ Tulee kuitenkin huomioida, etten väitä että tietokoneohjelman toiminnallisuus itsessään saisi tekijänoikeudellista suojaa, tämän mahdottomuus on tunnistettu sangen yksiselitteisesti EUT SAS-tapauksessa.²⁵⁰ Tapaus ei kuitenkaan automaattisesti poista toiminnallisuuden arviointia ilmaisun olemassaolon tai omaperäisyyden tunnistamisesta.²⁵¹ Lisäksi esimerkiksi Yhdysvaltaisessa *merger*-doktriinissa on tunnistettu tilanteita joissa silloin kun tekijänoikeutetun teoksen tietynlainen toiminnallisuus johtuu teoksen luojan luovista valinnoista, voidaan tätä toiminnallisuutta pitää osana tätä ilmaisua, vaikkei se saakaan tekijänoikeuden suojaa.²⁵² Luonnollisesti, tällaisesta näkökulmasta seuraavaa toiminnallisuuden ilmauksellisuutta ei voida käyttää toista toiminnallisuutta vastaan, ja vain

²⁴⁶ Etenkin TN 2008:13 ja TN 2013:1 s. 12 jossa ohjelmiston sisältämät luovat valinnat rinnastetaan sen toiminnallisuuksiin

²⁴⁷ HeIHO R 99/661 ”Ohjelmissa havaitut samankaltaisuudet voidaan [asiantuntijan] mukaan selittää muun muassa suurelta osin sillä, että ohjelman ovat laatineet samat ohjelmoijat, ohjelmat toteuttavat saman toiminnallisuuden [...] tarjoaa ohjelmoijalle vain vähän variointivaihtoehtoja ja [laitteen] rakenne pakottaa toteuttamaan tiettyjä asioita tietyillä tavoilla” Tällöin, jos variaatiomahdollisuudet olisivat olleet laajemmat, olisi toiminnallisuuden samankaltaisuus osaltaan ilmentänyt ilmaisun jatkumista teoksesta toiseen.

²⁴⁸ Harenko et al. s. 78 ” Oikeuskäytännön perusteella nyrkkisääntönä voidaan pitää sitä, että vain alkuperäisen teoksen suojattujen osien kopiointi on kielletty: esimerkiksi edellä mainitut kirjallisissa teoksessa esiintyvät k-kirjaimet ovat vapaasti käytettävissä ilman, että käyttö johtaa kiellettyyn muunnelmasuhteeseen”

²⁴⁹ Filosofisemmin ks. Davis 1991 ”Tietokoneohjelma on kone, jonka muoto sattuu olemaan teksti” [vapaasti käännetty]

²⁵⁰ C-406/10 - SAS Institute para 39 “neither the functionality of a computer program nor the programming language and the format of data files used in a computer program in order to exploit certain of its functions constitute a form of expression of that program”

²⁵¹ Ibid, para 43 jossa “*lähdekoodin perusteella tehtyjen samankaltaisten elementtien [ml. toiminnallisuus] johtaisi luvattomaan teoksen välittämiseen*“, Ks. Stamatoudi & Torremans para 5.29

²⁵² Samuelson 2016 ss. 2316-2317 jossa tunnettu kirjailija tunnistaa tietokoneohjelmien konemaisen, eli funktiokeskeisen, luonteen jolloin näiden varsinainen funktio on yhtä olennainen osa ilmaisua kuin koreografia tanssijan esityksessä. Ks. myös Google LLC v. Oracle America Inc. 593 US (2021), jossa Yhdysvaltojen korkein oikeus päätyi tunnistamaan ohjelmistorajapintojen nauttivan tietokoneohjelmistojen kaltaista tekijänoikeussuojaa ja näin ollen Oraclen ohjelmiston (vaikkakin luvallista) kopiointia, vaikka aiemmassa oikeuskäytännössä näiden on pidetty juuri tekijänoikeussuojan ulkopuolelle jäävinä teknisinä implementointeina.

silloin kuin tunnistetaan teoksen omaperäisyyttä sekä sen siirtymistä itsessään.²⁵³ Mikäli lisensoitu komponentti ja sen ilmaisu muodostavat sellaisen osan ohjelmistosta, jonka perusteella tai pohjalta toinen komponentti muodostaa oman ilmaisunsa, voidaan tätä jälkimmäistä komponenttia pitää ainakin GPL-lisenssin ”works based in the program” määritelmään kuuluvana.

Selventävänä poikkeuksena yllä olevalle voidaan tunnistaa myös ohjelmiston irrallisuus lopullisen teoksen ”ilmaisusta”: jos teosta käytetään tavalla, jolla ei ole vaikutusta lopullisen teoksen ilmaisuun, tai ylipäättään sen osana, ei lopullista teosta voida kohtuullisesti pitää alla olevan teoksen johdannaisteoksena, eikä näin GPL-lisenssin vastavuoroisuusvelvoitteiden voida millään katsoa jatkuvan lopulliseen kokoelmateokseen.

Tälläkin GPL-lisenssin ”aggregaattia” koskevalla poikkeuksella on oma poikkeus, jossa teoksen kokoelmateoksellisuudella ei saa tosiasiallisesti estää lisenssinomaisen ohjelmiston omia vastavuoroisuusvelvoitteita.²⁵⁴ Tällöin siis siinäkin tilanteessa jossa GPL-lisenssin alaisia ohjelmistoja käytetään vain osana toista julkaistua ohjelmistoa, ei tämä poista itsessään tämän lisenssinomaisen ohjelmiston mahdollisuutta vastavuoroisuusvelvoitteisiin, joiden mukaan ohjelmiston lähdekoodi tulee julkaista. Tällöin tilannetta voitaisiin verrata LGPL-lisenssin käyttöön kohdassa 2.2.5 tarkoitetulla tavalla.

Komponenttiarvioinnin lopputuloksena voidaan pitää viraalivaikutuksen pois rajaamista komponentista komponenttiin leviävänä ilmiönä, ellei tässä komponentissa käytetä, tai ainakin hyödynnetä, lisensoitua teosta tai olennaisia osia siitä niin, että jälkimmäinen teos olisi tosiasiallisesti tehty tämän lisensoidun teoksen avulla. Tämä on kuitenkin kohtuullisen teoreettinen mahdollisuus huomioiden se, että tällaisen väitteen tekijän näyttötaakkana olisi mahdollisesti osoitettava teoksen käyttö tavalla joka millä tahansa muulla tulkinnalla johtaisi tämän oikeuksien loukkaamiseen.

²⁵³ Juuri SAS Institute -tapauksessa oli kyse toiminnallisuuksien eroavaisuudesta, jota tapauksessa ei ollut, jolloin tunnistettu toiminnallisuus ei voinut ilmentää teoksen omaperäisyyttä tai ilmaisua. Tästä voidaan vetää johtopäätöksiä

²⁵⁴ GPLv3 kohta 5 “if the compilation and its resulting copyright are not used to limit the access or legal rights of the compilation's users beyond what the individual works permit.”

2.3.3 Yhteenveto avoimesta lähdekoodista ohjelmistotoimituksen näkökulmasta

Yllä tarkastellun pohjalta voidaan päätyä tutkielman välipäätelmään itsessään avoimen lähdekoodin käytön mahdollisuuksista ja riskeistä. Avoin lähdekoodi muodostaa, lisenssistä riippuen, joko suuren mahdollisuuden saada käytännössä vastikkeetta ohjelmistokoodia tai riskin asettaa tällä ohjelmistokoodilla varustettu ohjelmisto automaattisen rajoituksettoman käyttö-, muokkaus-, ja levitysoikeuksien piiriin sen vastaanottajille.

Vaikka mikään yleisesti käytössä oleva avoimen lähdekoodin lisenssi ei varsinaisesti estä sen kaupallista käyttöä, ovat nämä esimerkiksi GPL-lisenssin alaista ohjelmistoa seuraavat laajat käyttö- ja hyödyntämisoikeudet myrkylliset usealle ohjelmistotoimitusmallille: ohjelmiston kopioista on hyvin hankalaa veloittaa käypää hintaa käyttäjäperusteisesti tai välittää tätä usealle saman sektorin toimijalle, jos yksikin ohjelmiston vastaanottaja voi halutessaan jakaa ohjelmiston koko markkinalle ilmaiseksi, tai kolmannen osapuolen väite estää ohjelmiston käytön ilman tällaista oikeuksien jatkamista. Tällainen kauhuskenaario on ehkä hieman kaukaa haettua, mutta ei täysin mahdoton.²⁵⁵

Ohjelmiston toimittajille ja kehittäjille avoimeen lähdekoodiin muodostuukin riskienhallinnan kirous: avoin lähdekoodi mahdollistaa olennaisten ohjelmistokomponenttien ja kirjastojen käytön käytännössä ilman kehityskuluja, mutta jos eri lisenssien kanssa ei ole tarkka, voi ohjelmistoa koskevien oikeuksien luovutus muodostua paljon laajemmaksi kuin oli tarkoitettu.²⁵⁶ Asiaa ei auta, että riskienhallinnassa ja tiedotuksessa voi aina olla aukko, jolloin viraalivaikutteista avointa lähdekoodia voi päätyä ohjelmistoon tahattomasti, jolloin sen lisenssiehdot pätevät tahattomuudesta huolimatta, ns. *tahaton viraalivaikutus*.²⁵⁷

Edellisen kappaleen kauhutarinaa on vedettävä takaisin todellisuuteen muistuttamalla, että avoimen lähdekoodin käyttö, jopa GPL-lisenssin, ei tee välitetystä ohjelmistosta automaattisesti

²⁵⁵ Vastaavanlainen jo toteutunut tilanne löytyy Saksasta, jossa Hampurin hovioikeus (Landgericht Hamburg 308 I 10/13) velvoitti jatkamaan lisenssin ehdot ja oikeudet sen jo välittämiin ohjelmistoihin ja tämän välittäjiin, sillä ohjelmistossa käytettiin olennaisesti GPLv2-lisenssin alaista komponenttia luvatta (ilmoituksetta).

²⁵⁶ Välimäki 2005 s. 174-178 Rosen s. 45-49, 280

²⁵⁷ Ylipäättään yllä avatun oikeudellisen arvioinnin monimutkaisuus ja epävarmuus ovat suurimpia ongelmia ohjelmistokehittäjien avoimen lähdekoodin käytössä ks. tyhjentävästi Phillips 2008 s. 493

*ilmaista, vaan vapaata.*²⁵⁸ Kuitenkin ohjelmistotoimittajalle, jonka tärkein resurssi on sen kehittämisen ja jakamisen ohjelmiston levityksen rajoittaminen, tällaisten laajojen käyttö-, muokkaus-, ja levitysoikeuksien luovutus voi tarkoittaa taloudellisesti hyvinkin kannattamatonta tilannetta etenkin kun jokainen tällaisen luovutuksen saaja voi tehdä tästä lisenssin alaisesta ohjelmistosta halutessaan ilmaista.

Tässä jaksossa 2.3.2 olen pyrkinyt avaamaan tiettyjä avoimen lähdekoodin muunnelmateosten tyyppitilanteita, näiden ongelmia ja juridiikkaa niiden taustalla. Kyse ei ole ollut vain tietokoneohjelmien muunnelmateosten ylipäättäisestä arvioinnista, sillä tälle on vähän relevanssia, vaan GPL-lisenssien viraalivaikutuksen rajojen tunnistamisesta.

²⁵⁸ Tällainen englanniksi paremmin toimiva ”*free vs. free(dom)*” -dikotomia on akateemisessa kirjallisuudessa laajalti käsitelty: ohjelmiston ”vapaa” luovutus ei *välttämättä* tarkoita ohjelmiston sen jälkeistä ilmaisuutta, mutta ei estä sen ilmaiseksi tekemistä, Ks. Välimäki 2005 s. 33-35, Rosen s. 103

3 Kaupalliset ohjelmistotoimitukset

Tässä tutkielman viimeisessä jaksossa 3 käsittelen aiemmissa jaksoissa tunnistettua avoimen lähdekoodin sekä sen erityispiirteiden systematiikkaa ja sovelletaan tätä ohjelmistotoimitussopimusten tulkintaan sekä sen tunnistamiseen voiko avoin lähdekoodi johtaa tällaisen sopimuksen virheeseen tai rikkeeseen. Luonnollisesti tämä edellyttää sopimusten vikatilanteiden juridiikan ja erityistilanteiden tunnistamista kappaleessa 3.1, erilaisten toimitusmallien tunnistamista kappaleessa 3.2, ja vasta kappaleessa 3.3 tämän tiedon soveltamista ohjelmistotoimitussopimusten tyyppitilanteisiin ja riskienhallintaan.

Sopimukset ja niiden termistö on osaltaan vakiintunut, mutta ei säännelty jolloin selvennän jaksossa tarkoitetun ”virheen” tarkoittavan toimituksen kohteen virhettä sopimuksessa määritellyllä tavalla.²⁵⁹ Sopimuksen ”rikkeellä” tai ”rikkomuksella” tarkoitan jonkin muun sopimusvelvoitteen rikkomista eli *suoritushäiriötä*.²⁶⁰ Taasen ”ohjelmistotoimitussopimuksella” tarkoitan niin kertaluontoisia kuin jatkuvia (palvelumuotoisia) toimituksia joissa ohjelmiston teos tai tutkielmalle relevantimpi oikeus ohjelmistoon siirtyy osapuolelta toiselle. Tällainen laaja määritelmä saattaa

3.1 Ohjelmistotoimituksen virhe ja sen juridiikka

Toimituksen ”virhe” on erittäin olennainen osa sopimus- velvoite- ja kauppaoikeuden peruseriaatteita, joka yleisesti kuvaa sitä, kun sopimuksen kohde, eli esimerkiksi myyty esine, ei ole sellainen mistä osapuolet ovat sopineet. Tässä jaksossa 3.1 keskityn ohjelmistoista tehtäviä kauppoja koskevien sopimusten virhe- ja rikkomustilanteisiin.

Vaikka kohdan analyysi ja johtopäätökset perustuvat kansallisiin normeihin ja malliehtoihin en näe esitetyn soveltamista laajempaan eurooppalaiseen viitekehykseen mahdottomana. Tämä johtuu siitä, että sovellettavat normit perustuvat osaltaan niin kansainvälisesti tunnistettuihin normeihin ja sopimuskäytänteisiin, jotka on vuorostaan johdettu suomalaiseseen kontekstiin.

²⁵⁹ Annola et al. III.6.5.2

²⁶⁰ Ibid III.6.5.1

3.1.1 Normisto: Yleisimmät malliehdot ja perustan luovat normit

Ohjelmistotoimitussopimukset ovat monimuotoisia ja oikeushistoriallisesti verrattain uusia sopimustyyppisiä, mutta joihin kuitenkin on muodostettu alan yleisiä käytänteitä kuvaavat malliehdot. Käsittelen tässä jaksossa 3.1.1, ja tutkielmassa ylipäätään, keskuskauppakamarin ”IT-sopimusehtoja” (”IT-ehdot”) ja julkisen hallinnon yleisiä ehtoja tieto- ja viestintäteknologian ja palvelun hankinnassa (”JIT-ehdot”), jotka muodostavat osaltaan suomalaisten ohjelmistotoimitusten olennaisimmat velvoitteet, käytännöt ja toimitusmuodot. Lisäksi lopuksi lyhyesti käsittelen olennaisimman lainsäädännön, kauppalain, soveltumista ohjelmistotoimitussopimukseen.

(a) IT-ehdot

Keskuskauppakamarin laatimat IT-ehdot ovat neljän vuoden välein²⁶¹ päivitettävä useista malliehdoista muodostuva ohjelmistotoimituksia koskeva kokonaisuus.²⁶² Ehdot koostuvat yleisistä ehdoista (”YSE-ehdot”) ja muista ehtokokonaisuuksista joita voidaan soveltaa moduuleina riippuen suoritteiden erityispiirteistä.²⁶³ Tutkielmalle olennaisin näistä ”moduuleista” on ”IT2022 EJT – Erityisehtoja tietojärjestelmien ja asiakaskohtaisten ohjelmistojen toimituksista” (”EJT-ehdot”) jotka nimensä mukaisesti soveltuu ”tietojärjestelmien ja asiakaskohtaisten ohjelmistojen toimituksiin”.²⁶⁴ EJT-ehdot määrittelevät tällaisen toimituksen virheen ”*jos ohjelmisto ei toimi olennaiselta osin, kuten määräyksissä on esitetty, tai ei muutoin vastaa sitä, mistä sopijapuolet ovat kirjallisesti sopineet*”.²⁶⁵ Toimitettavan ohjelmiston immateriaalioikeuksien siirtymisessä EJT-ehdot ottavat toimittajaystävällisen kannan: immateriaalioikeudet tietojärjestelmään kuuluvat toimittajalle.²⁶⁶ Ohjelmiston vastaanottajalle tällöin jää käyttö- ja rajoitettu kopiointioikeus

²⁶¹ Poikkeuksena 2015, jolloin ehtoihin tehtiin ylimääräinen päivitys 2016 voimaan tulevan tietosuojalainsäädännön takia.

²⁶² Tässä tutkielmassa, ellei erikseen muuten mainita, viitataan aina kirjoitushetken uusimpiin ehtoihin, eli IT2022-ehtoihin

²⁶³ Tällaisia muita ehtokokonaisuuksia ovat esimerkiksi EHK-ehdot koskien henkilötietojen käsittelyä osana toimitusta tai palvelun aikana, EJT-ehdot koskien asiakaskohtaisten suoritusten toimittamisesta ja ETP-ehdot pilvipalveluiden toimittamisesta

²⁶⁴ IT2022 EJT 1.1

²⁶⁵ IT2022 EJT 2.8

²⁶⁶ IT2022 EJT 10.1

toimitettavaan kohteeseen.²⁶⁷ Ylipäätään IT-ehdot ottavat hyvin huomioon tiedostetusti sisällytetyn avoimen lähdekoodin vaikutukset, esimerkiksi näihin komponentteihin myönnetään sen lisenssiehtojen mukainen levitys ja muokkausoikeus jota muulle ohjelmistolle ei ole.²⁶⁸

(b) JIT-ehdot

JHS 166 Julkisen hallinnon IT-hankintojen yleiset sopimusehdot (”JIT-ehdot”) ovat vanhentumisestaan²⁶⁹ huolimatta laajalti julkisissa IT-hankinnoissa käytetty ehtokokonaisuus joka IT-ehtojen kaltaisesti koostuu useasta eri liitteestä joita voidaan käyttää osana JIT-ehtoja sopimuksen suorituksen tarpeista riippuen.²⁷⁰ JIT-sopimusehdot voidaan käsittää helpoiten sen eroista suhteessa IT-ehtoihin, sillä ehdot koostuvat hyvin paljolti samoista rakennusosista.²⁷¹ Esimerkiksi siinä missä IT-ehdot jättävät toimituksen määritelmät ja vaatimukset²⁷² puhtaasti sopijapuolten määriteltäväksi, JIT-ehdot erikseen tunnistavat toimituksen *sovelluttava sovittuun käyttötarkoitukseen* ja *toimittava sovitulla tavalla*.²⁷³ Lisäksi, päinvastoin kuin IT-ehdoissa, JIT-ehdot lähtevät siitä että immateriaalioikeudet toimitukseen siirtyvät tilaajalle, eli

²⁶⁷ IT2022 EJT 10.2, 10.3

²⁶⁸ IT2022 YSE 3.2, 3.3, IT2022 EJT 7.2, 10.4

²⁶⁹ JIT-ehtoja päivittänyt ja ylläpitänyt Julkisen hallinnon suositusjärjestelmä (JHS) on lakkautettu tietohallintolain kumoutumisen jälkeen 1.1.2020. Vanhentuminen ei käytännössä tarkoita muuta kuin, että ehtoja ei ole päivitetty vastaamaan vuoden 2015 jälkeen voimaan tulleen lainsäädännön (kuten tietosuoja-asetuksen) muuttamaa oikeustilaa. Kirjoitushetkellä oikeustila ei ole kuitenkaan muuttunut niin, että JIT-ehtojen sisältö olisi kokonaisuvaltaisesti vanhentunut, vaan tällaista esimerkiksi tietosuojalainsäädännöstä johtuvaa vanhentumista paikataan erillisin sopimuksen liittein, kuten henkilötietojen käsittelysopimuksin (<https://www.suomidigi.fi/ohjeet-ja-tuki/jhs-suositukset/jhs-166-julkisen-hallinnon-it-hankintojen-yleiset-sopimusehdot-jit-2015-huom-vanhentuneet>)

²⁷⁰ Tälle tutkielmalle olennaisimmat JIT-ehtojen liitteet ovat Liite 1: yleiset sopimusehdot, Liite 2: Erityisehtoja sovellushankinnoista avoimen lähdekoodin ehdoin ja liite 3: Erityisehtoja tilaajan sovellushankinnoista muulla kuin avoimella lähdekoodilla.

²⁷¹ Olennaisimmat kaupalliset erot IT ja JIT-ehtojen välillä ovatkin vahingonkorvauksen ja vastuunrajoitusten, viivästymisen, hinnanalennuksen ja sopimuksen purun huomattavasti suurempi toimittajan vastuu JIT-ehdoissa.

²⁷² Vaikka molempien ehtokokonaisuuksien tarkoittamat toimituksen *määritelmät* koskevat ohjelmistolle niin teknisiä kuin toiminnallisia kriteerejä, tarkoitetaan *vaatimuksilla* usein toiminnallisuuksien *ei-teknisiä* kuvauksia jotka voivat huomattavasti laajentaa toimituksen virheen määritelmää jaksossa 3.2.2 tarkoitetulla tavalla.

²⁷³ JIT liite 1 kohta 5(1) ”*Tuotteen ja palvelun on oltava sopimuksen mukainen, sovelluttava sovittuun käyttötarkoitukseen ja toimittava sovitulla tavalla. Toimittaja vastaa siitä, että tuote ja palvelu täyttävät sopimuksessa yksilöidyt vaatimukset ja yhteisesti kirjallisesti sovitut määritykset. Mikäli määrittäminen on ristiriidassa vaatimuksen kanssa, sovelletaan ensisijaisesti määritystä.*”

IT-ehtojen ”toimittajan omistusoikeus, tilaajan käyttöoikeus” jakoa ei ole.²⁷⁴ Lisäksi voidaan tunnistaa, että JIT-ehtojen virheen määritelmä on toimittajalle jyrkempi kuin IT-ehtojen: Määritysten täyttämättömyyden lisäksi JIT-ehdoissa virhe muodostuu kun toimitus ei toimi vaatimuksen mukaisesti,²⁷⁵ kun IT-ehdoissa toimimattomuuden tarvitsee olla *olennaista*.²⁷⁶ JIT-ehdoilla on kuitenkin erillinen avointa lähdekoodin käyttöä koskeva liite, joka vaatii esimerkiksi määrittelemään käytettävän avoimen lähdekoodin lisenssin ja julkaisemaan lähdekoodin tällä lisenssillä tai Euroopan unionin yleisellä lisenssillä.²⁷⁷

(c) Kauppalaki

Koska pohjimmiltaan ohjelmiston toimituksessa on kyse oikeuden siirtymisestä sopijapuolelta toiselle kauppalaki (1987/355) johdettavat yleiset sopimus- ja kauppaoikeudelliset periaatteet suorituksen virheestä pätevät myös ohjelmistotoimitussopimukseen soveltuvalta osin. Kauppalaki sisältää suomalaisen oikeuden olennaisimmat ja yleiset periaatteet koskien virhettä ja tämän seurauksia: Kauppalain 17 §:n 2.mom mukaan kaupan kohteen on sovellettava siihen tarkoitukseen, johon sellaisia kohteita yleensä käytetään tai mihin sitä oli tarkoitus käyttää, jos tällainen käyttötarkoitus on ylipäättään selvää kaupan osapuolille. Kauppalain pykälät ovat kuitenkin dispositiivisia eli poissuljettavissa ja alisteisia sille mitä osapuolet ovat erikseen sopineet esimerkiksi yllä käsitellyillä malliehdoilla. Kuitenkin siltä osin kuin sopimuksessa ei ole tyhjentävästi sovittu kauppalain sääntelemästä asiasta, tai asia kuuluu kauppaoikeudellisiin *yleisiin periaatteisiin*, kauppalain säännöksiä voidaan soveltaa.²⁷⁸

Kauppalain soveltumisesta ohjelmistotoimitukseen on esitetty eriäviä näkemyksiä kirjallisuudessa sen soveltumisasäännöksen takia: Kauppalain 1 ja 2 §§:n mukaan laki

²⁷⁴ JIT liite 2 & 3 kohta 8(1) ” Omistusoikeus tietovälineisiin, jotka sisältävät sopimuksen kohteena olevat sovellukset, siirtyy tilaajalle, kun tietoväline on toimitettu.”

²⁷⁵ JIT liite 3 kohta 2 ” virhe - toimituksen kohde ei täytä sovittuja vaatimuksia ja määrityksiä **tai se ei toimi niiden mukaisesti**”

²⁷⁶ IT2022 EJT – 2.8 ”Tietojärjestelmään sisältyvässä ohjelmistossa on virhe, jos ohjelmisto ei toimi **olennaisilta osin kuten määrityksissä on esitetty**”

²⁷⁷ Euroopan unionin yleinen lisenssi (EURL) on avoimen lähdekoodin lisenssi jolla on vahvoja vastavuoroisia velvoitteita (esimerkiksi suora viittaus *copyleft*-velvoitteeseen kohdassa 5) ja vertautuu viraalivaikutukseltaan AGPL-lisenssiin. Saatavilla https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/custom-page/attachment/eupl_v1.2_fi.pdf

²⁷⁸ Tästä esimerkkinä esimerkiksi KKO:2005:127, jossa sovellettiin kauppalain 82 §:n yleisiä reklamaatioperiaatteita. Ylipäättään oikeuskäytännöstä on hankalaa vetää johtopäätöksiä mitä kauppalain pykälää tulisi pitää yleisinä, aina soveltuvina, periaatteina ja mitä ei.

soveltuu ”irtaimen omaisuuden kauppaan” jossa ”suoritettava työ tai palvelus” ei muodosta ”pääosaa” toisen osapuolen velvoitteista.²⁷⁹ Lain esitöiden mukaan tällä rajauksella erityisesti ”oikeuden perustavat” sopimukset, eli puhtaat lisenssin myöntävät sopimukset eivät ole perinteisesti kuuluneet ainakaan lain suoran soveltamisalan piiriin.²⁸⁰ Tästä näkemyksestä voidaan esittää eriäviä mielipiteitä, sillä oikeuskäytäntö on tunnistanut perusteellisesti tilanteet, joissa lisenssin kauppa muodostaa *luovutuksen* voisi tähän soveltaa kauppalakia,²⁸¹ myös palvelumuotoinen, eli lisenssimaksullisen lisenssin soveltavuudelle on eriävää oikeuskäytäntöä.²⁸² Tämä muodostaa vähän tutkitun erityiskysymyksen niille ohjelmistotoimitussopimuksille, joiden luovutus koostuu muustakin kuin kokonaisvaltaisesta oikeuden luovutuksesta.²⁸³

3.1.2 Kaupan, palvelun ja sopimuksen suoritushäiriöstä ja virheestä

Sopimuksen suorituksen *virheellä* on keskeinen rooli kaupallisissa sopimuksissa.²⁸⁴ *Virheellä* tarkoitetaan sopimuksesta ja velvoitteesta riippuen eri asioita sekä kunkin kyseessä olevan sopimuksen osapuolilla on laajat mahdollisuudet määritellä tämä *virhe* haluamallaan ja sopimukselle sopivalla tavalla.²⁸⁵ Virhe on *suoritushäiriön* alalaji, joka koskee etenkin sopimuksen mukaisen suorituksen virheellisyyttä, eli sitä että se ei vastaa osapuolten sopimusta.²⁸⁶

²⁷⁹ Tämä soveltamisalan rajausta tulee inspiroituneena YK:n kansainvälisen kauppain (CISG) rajauksesta, joka tosin paljon selvemmin rajaa ei-fyysiset luovutukset kuten lisenssit sen soveltamisalan ulkopuolelle palveluina. Kauppain esityö asettavat tämän arvioinnin pohjaksi ”tavarain ja palveluksen arvojen suhteen” eli suoritusten arvon suhteessa toisiinsa sopimuksessa (HE 93/1986)

²⁸⁰ HE 93/1986 s. 48

²⁸¹ Usedsoft, KKO:2003:88

²⁸² KKO:2022:44 koskien kohtuuttomien lisenssimaksujen arviointia. Ks. Erityisesti eriävän mielipiteen kolme ensimmäistä kappaletta, jossa enemmistön kanta kauppain soveltamisesta *lex specialis* tieltä kyseenalaistetaan

²⁸³ Tältä osin mielestäni on johdonmukaisempaa soveltaa kauppain 2 § 2.mom *palveluiden* poissulkemiseen eikä automaattiseen tietyn sopimustyyppin poissulkemiseen. Samankaltaiseen ratkaisuun ollaan päädytty kansainvälisen kauppainoikeuden kirjallisuudessa. Tulee myös huomioida että laajemmassa sääntelykontekstissa kauppain periaatteiden soveltuminen ohjelmistolisensseihin on jo tunnistettu Kuluttajansuojalain (38/1978).

²⁸⁴ Selvyyden vuoksi, en käsittele erikseen tässä jaksossa toimituksen *viivästystä*, jolla on suhde tutkielman aiheisiin lähinnä vain avoimen lähdekoodin muodostaman virheen korjaamisella (jos korjaamiskelpoinen) joka ei muodosta erityistilannetta muun ohjelmiston virheeseen.

²⁸⁵ Annola et al. III.6.5.2

²⁸⁶ Ohjelmistotoimitussopimuksissa on hyvin yleistä sopia erillisestä virheen korjaamisvelvollisuudesta sekä sopimussakosta toimituksen viivästyessä esimerkiksi virheen vuoksi.

Sopimuksen, jonka avulla ohjelmisto, oikeus siihen, tai sen teoskappale luovutetaan tai ”lainataan” pääasiallinen suoritus on juuri tämä ohjelmisto: jollei ohjelmistoa toimiteta sellaisena kuin on sovittu ja siihen liittyvät oikeudet ole sovitun mukaisia, sopimuksen tarkoitus ei toteudu. Kauppalain peruseriaatteiden mukaan sopimuksen pääasiallisen ja keskeisimmän suorituksen tunnistaminen on virheanalyysille välttämätön, tällaisen suorituksen tarkoittaessa koko sopimuksen toteuttamisen estettä ja erilaisia suojakeinoja.²⁸⁷ Olennainen virhe, eli virhe joka estää sopimuksen tavoitteet niin olennaisella tavalla etteivät ne toteudu, oikeuttaa usein loukatun sopijapuolen purkamaan sopimuksen.²⁸⁸

Sellaiset virheet, jotka eivät olennaisesti estä sopimuksen suorituksen toteuttamista muodostavat kuitenkin ns. luontoissuoritusvelvollisuuden, eli pitävät voimassa sopijapuolen oikeuden saada oikea suoritus sopimuksen mukaan joko korjaamalla tai muuttamalla olemassa olevaa suoritusta.

Sopimuksen suorituksen virheen tunnistamiselle on kirjallisuudessa tunnistettu testi verrata tapahtumainkulkua siihen mitä sen sopimuksen mukaan olisi pitänyt olla (ns. vastaavuusteoria) jolloin vastuu muodostetaan kontrollivastuulla.²⁸⁹ Virheestä johtuvan oikeustilan vertaamisella potentiaaliseen virheettömään oikeustilaan pystytään tunnistamaan virheen todellinen vaikutus esimerkiksi sopimuksen mukaisen toimituksen käytössä. Ohjelmistotoimitussopimukset koostuvat usein moninaisista erilaisista velvoitteista ja suorituksen määritelmistä, jolloin näiden virheet ja suoritushäiriöt ovat vastaavasti yhtä moninaiset.²⁹⁰ Suorituksen virheitä on kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä jaettu useampaan eri kategoriaan, joista olennaisimmat tutkielman aiheelle ovat laatuvirhe, oikeudellinen virhe ja negatiivisen velvoitteen rikkominen joita avaan alla.

²⁸⁷ Hietanen et al. s. 76-77, Hemmo 8.2.1.1

²⁸⁸ Ks. Kauppalain 39 § 1.mom ”*Ostaja saa virheen vuoksi purkaa kaupan, jos sopimusrikkomuksella on hänelle olennainen merkitys ja myyjä käsitti tämän tai hänen olisi pitänyt se käsittää*”. Oikeuskäytäntöä ohjelmiston olennaisesta virheestä on vähän, jaksossa 3.1.2 esitettävällä tavalla Kauppalain yleiset periaatteet soveltuvat niin ohjelmistotoimitussopimukseen kuin sen lisensointia koskeviin sopimukseen. Esimerkkinä olennaisesta ohjelmiston virheestä voidaan kuitenkin esimerkiksi mainita KHO:2009:39

²⁸⁹ Hemmo 8.2.1, Annola et al. VII.2.2.12., Huttunen 2012 s. 334 Tämä suoritusvirheen määrittely ja tulkintatapa ei ole ainoa tapa määritellä suoritusvirhettä ja Hemmo esimerkiksi tunnistaa ”Immateriaalioikeudellisen virheen” jota ei tässä tutkielmassa käsiteltävällä tavalla tulisi eritellä muusta virheestä

²⁹⁰ Tämän tutkielman ulkopuolelle jäävistä virheistä olennaisin on *viivästys*, joka on mahdollisesti yleisin ohjelmistotoimitussopimuksista reklamoitavista ongelmista. Avoimen lähdekoodin käyttö, tai sen velvoitteet eivät käytännössä voi johtaa viivästyksen pois lukien korjausvelvollisuuden täyttämistä, jota sivutaan lyhyesti tämän tutkielman kappaleessa

(a) Laatuvirhe

Laatuvirheellä tarkoitetaan tilannetta jossa suoritus *laadultaan* eli sisällöltään ei ole veloitteen eli sopimuksen mukainen.²⁹¹ Ohjelmistotoimitusten suoritus joka voi sisältää laatuvirheen on usein ohjelmisto itse, eli yksinkertaisesti ohjelmisto ei ole sopimuksen mukainen.²⁹² Tämä *sopimuksenmukaisuus* on tavanomaista irtainta esinettä tai palvelua monimutkaisempi juuri tietokoneohjelmistolle tyypillisen monimutkaisuuden takia: tavanomaisen irtaimen tavaran kaupassa kaupan kohteen *määrittely* voi olla hyvinkin yksinkertaista (**pyörä on punainen**), kun taas ohjelmistotoimituksen kohteelta vaaditaan paljon enemmän kuin toimivat polkimet.²⁹³

Sopimuksissa, joilla luovutetaan oikeuksia tietokoneohjelmaan tai sen teoskappaleisiin²⁹⁴ ohjelmisto ja sen toiminnallisuus kuvaillaan ns. *määrittelyissä*. Nämä *määritelmät* voivat syntyä eri tavoin ja eri osapuolten toimesta, mutta muodostavat pääasiallisesti aina sen miten *kaupan kohde*, eli ohjelmisto, on kuvailtu.²⁹⁵ Sellaisissa ohjelmiston toimituksessa, jossa ei ohjelmistoa erikseen kustomoida asiakkaan tarpeisiin, ns. *valmisohjelmistotoimitus*, kaupan kohteen määrittely voi olla vakio ja keskittyä sen pääasiallisiin toimintoihin.²⁹⁶ Tällaisen yksinkertaisemman suorituksen vastakohta on täysin räätälöity ohjelmistotoimitus, jossa valtaosa toimitettavasta ohjelmistosta tehdään juuri asiakasta varten: ohjelmistotoimituksen määrittely seuraa siis juuri sen asiakkaan tarpeista ja määrittelyistä, ns. *asiakaskohtainen toimitus*.²⁹⁷

²⁹¹ Saarnilehto & Annola s. 219, Sévon et al. s. 99 “Faktinen virhe”

²⁹² Ks. Takki & Halonen s. 275 koskien juuri projektitoimituksen virhettä

²⁹³ Laatuvirheiden tunnistaminen ja riskien minimointi onkin tullut käytännössä olennaiseksi osaksi ohjelmistotoimitussopimuksia: voidaan sanoa, että hyvin harvoin räätälöityyn ohjelmistotoimitukseen ei sisälly mitään laatuvirheitä, ks. Takki & Halonen s. 267.

²⁹⁴ Aiheesta lisää jaksossa 3.1.2

²⁹⁵ Tällä “määritelmien” kuvauksella en tarkoita kunkin sopimuksen termistöä määrittelevää ”määritelmät”-kohtaa, vaan pelkästään miten itse sopimus tai sen liitteet määrittelevät sopimuksen kohteen, ohjelmiston. En erottele tässä tutkielmassa vaatimusmäärittelyä ja tietoteknistä määrittelyä, sillä mielestäni on perusteltua ja kaupallisesti järkevää pitää näistä vain jälkimmäistä, tietoteknistä määrittelyä, varsinaisena ohjelmiston määrittelynä. Ks. Takki & Halonen s. 249

²⁹⁶ Ohjelmistotoimitusten sopimusjaottelusta ks. Takki & Halonen s. 243

²⁹⁷ Erilaisia ohjelmistotoimitusmalleja, näiden vastuurakenteita ja hyväksymismenetelmiä avataan paremmin jaksossa 3.2

Käytännössä tällöin kaikki muut kuin valmisohjelmistojen toimitukset sisältävät ohjelmiston toimittajan tekemää ohjelmistokehitystyötä osana sopimusta, jolloin tälle ohjelmistolle asetettavien määräyksien tarkkuus ja olennaisuus kasvaa.



Kuvio 6: Kaavio eri ohjelmistotoimitusten aikana luovutettavien oikeuksien käytänteistä.

Yllä läpikäyty arviointi siitä miten laatuvirhe määräytyy ohjelmistolle ei poissulje virheen erillistä oikeudellista arviointia: onko virhe sellainen että sitä tulisi sietää, tai milloin virhe on *olennainen*.²⁹⁸ Sopijapuolten määritelmät ja tiedonanto suorituksen kohteesta saa etusijan *olettamuksia* tai yleisiä käytäntöjä kohtaan: sopimus määrää tarvittaessa tyhjentävästi suoritukselta vaadittavat standardit.²⁹⁹ Koska kuitenkin elämme epätäydellisessä maailmassa, sopijapuolet eivät aina sovi tyhjentävästi tai ollenkaan suorituksen teknisistä ominaisuuksista tai mihin tarkoitukseen suoritusta on tarkoitus käyttää. Tällöin suoritusvirhe keskittyy kauppalain 17 §:n 2.mom mukaisiin yleisiin arviointiperusteisiin, jotka riippuvat etenkin luovutetun kohteen käytöstä siihen tarkoitukseen jota siltä voitaisiin yleisesti odottaa.³⁰⁰ Niukan oikeuskäytännön mukaan tällainen virheen arviointi voi perustua osaltaan juuri ohjelmiston

²⁹⁸ Olennaisen virheen systematiikka perustuu kauppalain 34 §:stä ilmenevään yleisperiaatteeseen ja sen kansainväliseen vertauskohtaan CISG artiklaan 25 ”fundamental breach” ks. Ishida 2020

²⁹⁹ Ohjelmistoista käytävät kaupat ovat tässä kontekstissa erityisiä: erikseen toimitettavien ohjelmistojen ollessa käytännössä aina erityisiä ja vain tiettyyn tarkoitukseen sekä käyttötapaan soveltuvia, ei näihin voida miltei lähtökohtaisesti soveltaa sellaisia standardeja mitä vastaavalta ohjelmistolta *yleisesti voitaisiin olettaa* tai mihin tätä *yleensä käytetään*.

³⁰⁰ Teknisesti ennen tällaista yleistä arviointia voidaan erottaa muita sopimuksen ulkoisia suorituksen arviointiperusteita kuten esimerkiksi kauppatavasta johtuen aiemman vastaavan toimituksen ominaisuuksista. Kysymys ei ole tietokoneohjelmille erityinen, vaan tällöin kyseeseen tulee sopijakumppanien käytös sekä yleiset kauppaoikeudelliset periaatteet, joten asiaa ei käsitellä tässä tutkielmassa.

käytettävyyteen, jolloin esimerkiksi kassakoneen kyvyttömyys kaikkien tuotteiden hinnan muistamiseen oli kyseessä olennainen virhe.³⁰¹

Ohjelmistotoimitussopimuksen laatuvirheelle voi olla tekniseltä näkökulmalta yhdentekevää johtuuko laatuvirhe avoimen lähdekoodin ohjelmistosta vai muusta ohjelmistosta: laatuvirhe ei olisi välttämättä mitenkään erilainen jos juuri avointa lähdekoodia ei oltaisi käytetty.³⁰² Jos huomioimme kuitenkin, että laatuvirheen arviointi lähtee juuri osapuolten sopimista *määrityksistä*, tällainen määritys voi sinänsä koskea ohjelmiston tarkoitukseen soveltumista, mutta myös avoimen lähdekoodin käyttöä ja käyttämättä jättämistä itsessään.³⁰³ Mielenkiintoinen, mutta vielä oikeuskäytännölle vieras, tilanne olisi sellainen jossa tilatun ohjelmiston määrittely on sellainen, joka jo itsessään tulisi ymmärtää jo tietyt avoimen lähdekoodin käytöt poissulkeviksi. Tällöin voitaisiin argumentoida että jo vahvasti vastavuoroisen lisenssin alaisen ohjelmiston käyttö muodostaa laatuvirheen suoritukseen, jos on hyvin selvää, että ohjelmiston aiottu käyttötarkoitus on vastoin lisenssin ehtoja.³⁰⁴ Tällöin kyseeseen tulee ns. *abstraktin* virheellisuuden arviointi, eli se suorituksen arviointi sopimuksen ulkopuolisiin seikkoihin kuten muihin vastaaviin suorituksiin, kuitenkin tällainen arviointi voi juuri ohjelmistojen monimutkaisuuden ja asiakaskohtaisuuden takia olla soveltumaton avoimesta lähdekoodista seuraavaan virhearviointiin kuin erityistilanteen erityistilanteessa.³⁰⁵

(b) Oikeudellinen virhe ja virhe oikeuteen

Siinä missä yllä kohdassa (a) käsiteltiin yleisesti laatuvirheen muodostumista ohjelmistotoimitussopimuksen erikseen sovittujen määritelmien ja tavoitteiden kautta, on olennaista käsitellä omana kokonaisuutenaan lyhyesti ohjelmistoon annetussa oikeudessa, kuten lisenssissä ilmenevään virheeseen, sillä tämän ilmeneminen, tunnistaminen ja vaikutukset eroavat olennaisesti avoimen lähdekoodin osalta.³⁰⁶ Laissa ja kirjallisuudessa tavanomaisen

³⁰¹ Turun Hovioikeus S 06/2673

³⁰² Huom erityisesti avoimen lähdekoodin juridinen luonne: avoin lähdekoodi ei teoksena eroa suljetun lähdekoodin ohjelmistoista muuten kuin siihen soveltuvilla lisenssiehdoilla. Ks. Sáven et al. s. 101

³⁰³ Huomioiden kuitenkin, että mikäli tällainen tarkoitus on johdettavista sopimuksesta puhutaan kuitenkin *faktisesta virheestä*. Huomioitavaa on myös, että koska avoimen lähdekoodin käyttö, ja etenkin sen lisenssiehtoja Ks. JIT avoimen lähdekoodin ehdot.

³⁰⁴ Tällaisessa tilanteessa kyseeseen tulisi reklamaatio sopimuksen määritelmistä johdettavan käyttötarkoituksen pohjalta. Analogisesti voitaisiin puhua mittatilausnojatulin saapuessa asiakkaalle riippumattoma.

³⁰⁵ Sáven et al. s. 107

³⁰⁶ Takki & Halonen s. 211 lisenssisopimusten vastuukysymyksistä

kaupan laatuvirheestä on eroteltu ”oikeudellinen virhe”³⁰⁷, eli tilanne jossa kolmannen oikeus estää tavaran sopimuksen mukaisen käytön ja muodostaa näin virheen koska toimittaja on käytännössä luovuttanut oikeuksia joita tämä ei olisi voinut.³⁰⁸ Käytännössä oikeudellinen virhe muodostuu, kun sovittuun ohjelmistoon tai sen osiin kohdistuu sellaisia kolmannen osapuolen oikeuksia jotka olisivat estäneet toimittajan luovutuksen luovutuksensaajalle sovittussa muodossa tai laajuudessa, eli rikotaan joko niin että itse kolmannen tekijänoikeutta tai tämän lisenssiä loukataan.³⁰⁹ Oikeudellinen virhe ilmenee usein ns. *piilevänä* virheenä, eli se voidaan tunnistaa vasta luovutuksen tai suorituksen jälkeen jolloin tähän ei sovelleta tavanomaisesti luovutushetken (tai muuten sovittun) tarkastuksen toimittajalle muodostavaa vastuuvapautta.³¹⁰

Voidaan tunnistaa tilanne, jossa kolmannen oikeus on ristiriidassa toimittajan ohjelmistotoimituksen yhteydessä luovutettujen ”käyttöoikeuksien”, eli tekijänoikeuden osaoikeuksien kanssa.³¹¹ Näiden käyttöoikeuksien sisältö saattaa vaihdella sopimusten välillä olennaisesti riippuen sopimuksen kohteesta, osapuolten neuvotteluasemasta sekä esimerkiksi kauppahinnasta.³¹² Tutkielmalle olennaisimmat annettavat oikeudet ovat yksinoikeus-, levitys-, jatkokehitys-, ja muokkaus-oikeudet, jotka nimensä mukaisesti antavat tekijänoikeuden haltijalle muuten kuuluvan yksinoikeuden kehittää, muokata ja levittää tekijänoikeuden alaista ohjelmistoa.³¹³

³⁰⁷ Huomioiden kuitenkin, että esimerkiksi kauppalain 41 § ei säätele tilanteita joissa kaupan kohteena olevaan tavarahan kohdistuu sitä rajoittava *immateriaalioikeus*. Säven et al. s. 112, pykälän soveltumisesta on erilaisia näkemyksiä mm. niin että rasittavaa immateriaalioikeutta tulisi tutkia laatuvirheenä. Pykälän tarkoittamaa virhettä voidaan kuitenkin mielestäni pitää peruseriaatteellisesti soveltuvana kuitenkin sen laajan sanamuodon vuoksi ks. KKO 1990:147 ja lain esitöiden HE 93/1986 vp s. 95 ”Oikeudellinen virhe on kysymyksessä myös silloin, kun **myyjällä on ollut vain käyttöoikeus** tavaran, esimerkiksi vuokra- tai leasing-sopimuksen perusteella”

³⁰⁸ Ks. Hemmo k. II.6.5.1.8 ”oikeudellinen virhe”

³⁰⁹ Välimäki & Laine 2004 s. 902

³¹⁰ Kauppalain 41 § 2.mom ”Ostajalla on aina oikeus korvaukseen vahingosta, joka johtuu kaupantekohetkellä olemassa olleesta oikeudellisesta virheestä, jos hän ei tiennyt eikä hänen olisi pitänyt tietää virheestä.” Oikeudelliselle virheelle yleisesti olennaista on, että miten myyjän olisi tullut voida tietää kaupan kohteeseen kuuluvista oikeuksista, avoimelle lähdekoodille tällä tietoisuusarvioinnilla ei ole toimittajan ja tilaajan välisessä suhteessa relevanssia, sillä avoimen lähdekoodin ohjelmistot sisältyvät ohjelmistoon juuri toimittajan toiminnan seurauksena.

³¹¹ Termin on tarkoitus kattaa niin oikeuksien ”luovutus” eli palautumaton ja peruuttamaton oikeuden siirto, ja oikeuden vuokra tai muu ehdollisuus.

³¹² Takki & halonen s. 205, ks. Lisenssinmukaisesta käyttöoikeudesta tietokoneohjelmaan KKO 1998:91 sekä Siivola 1999 s. 268, Haarmann 2014 s. 155

³¹³ Takki & Halonen s.208, Oesch 2004 s. 917

Kun ohjelmistotoimituksessa luovutetaan tällaisia käyttöoikeuksia, jotka sallivat esimerkiksi ohjelmiston jatkokehityksen, muokkauksen tai levityksen, on jopa toimittajaan kohdistuvalla ”ei-kokonaisvaltaisella”³¹⁴ kolmannen väitteellä suuri vaikutus sillä tällaisen väitteen onnistuessa se ei vaikuta vain toimittajan ja luovutuksen saajan väliseen suhteeseen, vaan myös mahdollisesti luovutuksen saajan tekemiin muokkauksiin tai levitettyihin tuotteisiin.³¹⁵ Olennaista onkin, että kolmannen tekemä väite voi sisältää suuret korvausvaatimukset, mutta joko korvausta vastaan tai myös väitteet vaativat usein loukkaavan osan käytön lopettamista.³¹⁶ Vähintään tällöin toimitussopimuksessa luovutetun käyttöoikeuden laajuus on olennainen: kolmannen osapuolen väite muodostaa oikeudellisen virheen vain niitä oikeuksia kohtaan johon se on ristiriidassa.³¹⁷ Esimerkiksi kolmannen osapuolen ohjelmistokomponentin käyttö voi olla sallittua, mutta sen jatkokehitys tai levitys eivät.

Ohjelmistotoimittajan ja tämän asiakkaan välille, eli toimitussopimukseen, tällainen tilanne vertautuu rikottavan oikeuden osalta laatuvirheeseen niin, että korjaamattoman voi rinnastaa olennaiseen sopimusrikkomukseen etenkin, kun yllä mainitut käyttöoikeuden osat ovat niin taloudellisesti kuin ohjelmiston kaupallisen käytön osalta hyvin olennaisia. Siinä missä esimerkiksi vain jonkin ohjelmistoon sisältyvän komponentin käyttö kiellettäisiin kolmannen osapuolen toimesta rinnastuisi tämän virheen korjaaminen laatuvirheeseen, jossa viallinen (oikeudeton) komponentti korvataan toimivaan (oikeudelliseen).

Avoimen lähdekoodin osalta oikeudellinen virhe on virheluokittelussa olennaisin: Jos ohjelmisto käyttää avoimen lähdekoodin alaista ohjelmistoa, muodostuu tähän automaattisesti tällainen kolmannen osapuolen oikeus.³¹⁸ Se, muodostaako tällainen kolmannen osapuolen

³¹⁴ Eli sellaisella, jota ei kohdisteta koko tekijänoikeuden väärinkäyttöön, vaan esimerkiksi vain ohjelmiston osaan tai siihen liittyvään lisenssioikeuteen

³¹⁵ Ks. HE 93/1986 s. 96 koskien sitä, että kolmannen oikeuden olemassaolo, ja sen suhde luovutetun oikeuden mahdolliseen rajoitukseen on sopimuksessa, ei vain osapuolten välillä muutoin, tunnistettava ”*Ei riitä, että ostaja on tiennyt tai hänen olisi pitänyt tietää, että tavaraa rasittaa sivullisen oikeus, vaan sopimuksesta tai olosuhteista on käytävä ilmi, että ostaja on suostunut siihen, että tavara luovutetaan tällaisin rasiuksia.*”

³¹⁶ Tämä juontaa itsensä osittain siitä, että tekijänoikeusdoktriini ei velvoita oikeudenhaltijaa lisensoimaan käyttöoikeutta teokseen lisenssillä juuri sen takia, että tekijänoikeus ei ole yksinoikeus tekniseen toteutukseen

³¹⁷ Vaikka tämä maksiimi pätee molempiin yllä käsiteltyihin oikeudellisen virheen tyyppitilanteisiin, tulee huomioida, että jos kyseessä on lisenssin alaisen tekijänoikeuden rikkominen ei kyseeseen tule vain tekijänoikeuden, mutta myös lisenssin sopimusrikkomuksen seuraamukset kyseeseen.

³¹⁸ Erillinen keskustelu on muodostuuko tällainen jo toimitushetkellä olemassa oleva kolmannen oikeus sellaiseksi, että siitä tietämättömyys mahdollistaa erillisen väitteen toimittajan törkeästä huolimattomuudesta.

oikeus tällöin virhettä riippuu siis silloin siitä, miten kukin avoimen lähdekoodin lisenssi soveltuu ohjelmistotoimitussopimuksen muihin ehtoihin ja tarkoitukseen tai pikemminkin estää niiden toteutumisen sovittuna. Asiaa käsitellään konkreettisemmin ja tarkemmin jaksossa 3.3.2.

(c) Muun velvoitteen rikkominen

Muulla tai Negatiivisella velvoitteella tarkoitetaan sopimusvelvoitetta, joka kieltää sopijakumppanilta tietyn toiminnan tai muuten rajoittaa sopijapuolen toimintaa. Olennaisimpia tällaisia velvoitteita ovat kilpailukiello-, salassapito- ja erilaiset huolellisuusvelvollisuudet. Tällaiset velvoitteet on usein luettu sopimuksen suorituksen virheen ulkopuolelle, mutta avoimen lähdekoodin käytöllä voi olla näiden rikkomista aiheuttava vaikutus.

Mikäli ohjelmistotoimitussopimuksessa ollaan esimerkiksi sovittu laajasta salassapitoehdosta, joka käsittää niin sopimuksen sisällön kuin sopimuksen suorituksen sisällön voi myöhemmin esille tuleva avoimen lähdekoodin vastavuoroinen julkaisuvelvollisuus olla ongelmallinen.³¹⁹ On myös hyvä huomioida, että koska tekijänoikeus ei lähtökohtaisesti sisällä itsessään salassapitosuojaa, on liikesalaisuussuoja yksi suosituimmista ja käytännöllisimmistä tavoista suojella ohjelmistokoodia kaupallisesti.³²⁰ Tällöin toimitussopimuksen, jolla luovutetaan yksityiseen käyttöön ohjelmistoja, salassapitoehto on merkittävä osa sopimusta, sillä juuri tämä vahvistaa ohjelmiston yksinoikeuden nauttimista, ja avoimen lähdekoodin lähtökohtainen julkisuus voi olla fundamentaalisella tavalla tätä vastaan.

Negatiivisen velvoitteen rikkomisen seuraamukset vaihtelevat laajalti, mutta tällaisia velvoitteita voidaan keskimäärin pitää vakavina senkin takia, että näiden rikkominen on usein sidottu sopimussakkoon tai olennaiseen sopimusrikkomukseen.

3.1.3 Lyhyesti vastuunrajoituksista

Yllä jaksossa 3.1.1 käsitellyille virheille on näitä vastaava ja etenkin toimittajan virhevastuuta lieventäviä sopimusehtoja ja käytänteitä, joilla on relevanssia sille miten avoimen lähdekoodin vastavuoroisuusvelvoitteet voivat aiheuttaa toimituksen virheen ja mitä siitä seuraa. Eri

Malliehtojen mukaan kuitenkin tällä arvioinnilla ei ole olennaista merkitystä, sillä jo oikeudellinen virhe (immateriaalioikeuden loukkaus) muodostaa sovittujen vastuunrajoitusten soveltumattomuuden.

³¹⁹ Ks. Pianon 2004. Sikäli kun sopimus ja sen sisältö muodostavat osapuolille liikesalaisuuksia, voidaan spekuloida myös sitä mikä vaikutus vain osan toimituksen julkaisulla on jos tämä osa paljastaa osapuolen liiketoiminnasta kriittisiä tai vähintään olennaisia asioita tästä.

³²⁰ Takki & Halonen s. 65

virheluokitukset jakautuvat usein myös näin sopimuksessa sovittujen vastuunjakautumisten välillä.

Laatuvirheitä koskien ohjelmistotoimitussopimuksissa on usein ja hyvän sopimustavan mukaisesti oma toimituksen *hyväksymismenettely*, jossa tarkistetaan onko toimitus tosiasiasa täyttänyt sille sovitut määritelmät.³²¹ Molempien osapuolien tavoitteena on, että käytännössä kaikki laatuvirheet tulisivat ilmi tässä hyväksymismenettelyssä, jolloin toimittaja korjaa ne omaan lukuunsa. Mikäli määritelmät keskittyvät teknisiin tarkastuksiin, on hyvin mahdollista ja jopa todennäköistä ettei tässä hyväksymismenettelyssä voida edes tunnistaa ohjelmiston koostuvan avoimesta lähdekoodista, etenkin kun tyypillisessä avoimen lähdekoodin luvattomassa käyttämisessä voidaan jättää tästä ilmoittavat tietokentät pois.³²² Voidaan kohtuullisella varmuudella siis sanoa, että avoimen lähdekoodin käyttö niin laatuvirheessä, kuin muussakin virheessä ilmenee todennäköisimmin *piilevänä* virheenä.

Toimittaja ei myöskään voi vedota avoimen lähdekoodin virheeseen vastuuvapautusperusteenaan, tai vahingon kanavointina koska käytännössä kaikkiin avoimen lähdekoodin lisensseihin, niin akateemisiin kuin vastavuoroisiin, kuuluu hyvin laaja ja tyhjentävä vastuuvapauslauseke joka vapauttaa avoimen lähdekoodin vastuusta tarjoamalla sen ”sellaisena kuin se on” ja ilman takuuta sen varsinaisesta toiminnasta.³²³

Oikeudelliselle virheelle on muodostunut oma, laatuvirheestä irrallinen, vastuuvapauskäytäntönsä, jossa toimittaja on velvollinen korvaamaan ja korjaamaan kolmannen osapuolen *väitteestä ja oikeudesta* johtuvat virheet eli esteet ohjelmiston

³²¹ Tällainen hyväksymis-, seuranta-, johtoryhmä-menettely voidaan tehdä eri toimitusmallien mukaan hyvin eri tavoin suhteessa itse määrittelmistä sopimiseen. Kuitenkin käytännössä jokaisessa tunnetussa mallissa on vähintään yksi lopullinen tarkastus jonka jälkeen asiakas hyväksyy toimituksen, jonka jälkeen takuu aika alkaa jos tällaisesta ollaan sovittu.

³²² Jaeger 2010 para 10

³²³ Jopa verrattain kevyt MIT-lisenssi sisältää seuraavan vastuuvapauden joka tulisi sisällyttää aina ohjelmistoon tai sen osiin vastavuoroisesti. ”THE SOFTWARE IS PROVIDED "AS IS", WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, EXPRESS OR IMPLIED, INCLUDING BUT NOT LIMITED TO THE WARRANTIES OF MERCHANTABILITY, FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE AND NONINFRINGEMENT. IN NO EVENT SHALL THE AUTHORS OR COPYRIGHT HOLDERS BE LIABLE FOR ANY CLAIM, DAMAGES OR OTHER LIABILITY, WHETHER IN AN ACTION OF CONTRACT, TORT OR OTHERWISE, ARISING FROM, OUT OF OR IN CONNECTION WITH THE SOFTWARE OR THE USE OR OTHER DEALINGS IN THE SOFTWARE.” Tällaista vastuuvapauden vastavuoroista jatkamista ei voida kuitenkaan verrata muihin vastavuoroisiin velvoitteisiin siitä syystä, että avoimen lähdekoodin vastuuvapaudelle on lähtökohtaisesti yhdenmukaista, onko se sisällytetty itse ohjelmistoon, sillä siltä osin kuin ohjelmisto muodostaa osan toimituksesta, tätä toimitusta koskeva ohjelmistotoimitussopimus

käytössä.³²⁴ Mikä on huomioitavaa suhteessa laatuvirheeseen, että mikäli kolmannen osapuolen väitteestä seuraavaa virhettä ei voida kohtuudella korvata voidaan sopimuksen suorituksen pitää olennaisena ja sopimus itsessään purkaa tai peruuttaa.³²⁵ Mikäli siis oikeudellinen virhe johtaa jonkin ohjelmistoon luovutetun oikeuden toteutumattomuuden, voi tällaista virhettä pitää laatuvirhettä vakavampana sekä vahvasti vastavuoroisen lähdekoodin käyttöä riskialttiina tälle: jos Asiakas menettää tarkoituksenmukaiset jälleluovutus-, muokkaus-, tai yksinoikeutensa ohjelmistoon vastavuoroisen lisenssivelvoitteen takia voi sopimuksen tarkoitus kuolla pystyyn.

Sillä muodostuuko sopimuksen suoritusvirhe laatuvirheestä vai oikeudellisestä virheestä on oletusarvoisesti toimittajan velvoitteille sinänsä yhdentekevää: jos virhe on korjattavissa se korjataan toimittajan lukuun, mutta jos virhe on olennainen tai korjauskelvoton, sopimus puretaan.³²⁶ Mikäli sopimusta ei pureta vaan irtisanotaan, huomion kohteeksi tulee oikeudellisista virheistä johtuvan vahingon malliehdoissa rajoittamaton korjausvastuu.

3.1.4 Hyvin lyhyesti ohjelmistotoimituksen kohteesta – kaupan ja palvelun rajanveto sekä avoin lähdekoodi

Ohjelmistotoimituksille on olennaista monimuotoinen toimitus, eli samassa toimitussopimuksessa saattaa olla niin kaupan- kuin palvelunomaisia velvoitteita. Sillä lasketaanko jokin toimitus kaupaksi vai palveluksi on relevanssia niin luovutettavien oikeuksien, kuin avoimen lähdekoodin velvoitteiden jatkumisen osalta.

Kauppalaian systematiikan mukaan ero *kaupan* ja *palvelun* välillä johdetaan siitä onko kyseessä jonkin siirrettävän oikeuden *luovutus* eli oikeus ei palaudu takaisin toimittajalle sopimuksen päättymisen jälkeen, ja onko kyseessä kerta- vai jatkuvasuoritteinen tilaajan vastasuoritus eli maksetaanko ohjelmistosta kerran vai kuukausittain.³²⁷ Tältä osin on huomioitava, että peruuttamaton käyttöoikeus voidaan laskea tällaiseksi lopulliseksi luovutukseksi jota toimittaja

³²⁴ Ks. IT2022 YSE 11

³²⁵ Tällaisen velvoitteen muotoilu vaihtelee: joissain ehtokokonaisuuksissa tällaisessa tilanteessa haetaan vain suoritteiden palautusta (IT2022 11.3) kun taasen jotkin ehtokokonaisuudet mahdollistavat suoraan irtisanomisen tai sopimuksen peruuttamisen.

³²⁶ Ks. IT-YSE kohta 11.3, JIT liite 1 kohta 6(3), huomioiden että laatuvirheen ja oikeudellisen virheen korjausvelvollisuuksille voidaan olla sovittu eri velvoitteita. Lähtökohtaisesti voidaan tunnistaa että oikeudellisen virheen myöhemminkin ilmentyvää korjausvelvollisuutta rajoittaa vain ja ainoastaan korjauksen kohtuudellisuus, tai toisin sanoen se mitä toimittaja itse pitää kohtuullisena.

³²⁷ HE 93/1986 s. 48

ei voi palauttaa itselleen ja johon kauppalaan säännökset pätevät. Tällainen lisenssin kauppa tulee kuitenkin erotella vielä teoskaupasta, jossa teoksen kopion hallussa pitäjälle on oikeuskäytännössä tunnustettu oikeus levittää teosta, vaikkeivat lisenssiehdot sitä erikseen sallisivatkaan.³²⁸ Oikeuskäytännöstä johdettava kynnys onkin, että jos tämä lisenssi on tosiasiaa luovutettavissa kolmannelle, voidaan tulkita, että luovutuksen saajalle on muodostunut levitysoikeus.

Avoimelle lähdekoodin vaikutusten yllä avattu erottelu on yhdenmukainen, sillä avoimen lähdekoodin lisensseille muodostunut kynnys sen velvoitteiden pätemiselle on teoksen levitys, huolimatta siitä millaisella sopimusvelvoitteella tämä tapahtuu.³²⁹ Jos siis henkilö saa palvelun aikana kopion avoimen lähdekoodin lisenssin alaisesta ohjelmistosta, voi tämä kopioida, levittää ja muokata tätä ohjelmistoa huolimatta siitä saiko hän tämän kopion palvelussa vai kaupassa.³³⁰

Tässä jaksossa 3.1 olen avannut kaupalle, ohjelmistotoimituksille ja avoimelle lähdekoodille relevanttia virheen systematiikkaa. Jakson tarkoitus on luoda konkreettinen normi- ja sopimus pohja virheen tunnistamiseen sekä vaikutuksiin. Lopputuloksena avoimen lähdekoodin väite voi johtaa niin laatu- oikeudelliseen- kuin negatiivisen velvollisuuden virheeseen, riippuen siitä mihin osaan ohjelmistosta tämä väite kohdistuu. Yllä avattua systematiikkaa sovelletaan kohdassa 3.2 tyyppitilanteiden konkretiaan.

3.2 Avoin lähdekoodi ohjelmistotoimituksessa

Tässä tutkielman viimeisessä jaksossa lopetan systematisoinnin ja käytän jo yllä systematisoitua kuvailemaan kartoittamatonta oikeustilaa: kolmannen osapuolen avoimeen lähdekoodiin perustuvaa immateriaalioikeusväitettä (jakso 3.2.1), sekä miten tämä muodostaa virheen ohjelmistotoimitussopimukseen (jakso 3.2.2), ja minkälainen virhe tämän virheen vaikutus itse sopimukseen on (jakso 3.2.3).

³²⁸ Ks. Usedom & KKO 2003:88

³²⁹ Ks. Yllä jaksossa 2.2.1 käsitelty convey

³³⁰ Erillisenä tilanteena tästä voidaan tunnistaa se kun ohjelmisto tarjotaan internetin välityksellä niin, että varsinainen teoskopio ei siirry tai tule saataville. Tällöin vastaavanlainen lisenssin alainen kopiointi, levitys ja muokkausoikeus siirtyy vain jos kyseessä on AGPL-lisenssi.

Selvyyden vuoksi en käsittele ollenkaan tilannetta, jossa avoimen lähdekoodin käytöstä on sovittu osana ohjelmistotoimitusta. Tällainen tilanne ei voi muodostaa olennaista toimituksen virhettä elleivät osapuolet, tai ainakin tilaaja, ole olleet väärässä ymmärryksessä avoimen lähdekoodin vaikutuksesta ja tällöinkin tilanne sopisi huonosti sopimuksen virheeksi. Ellei siis toisin sanota, kaikki alla jaksossa käsitellyt tyyppitilanteet ovat sellaisia, joissa kolmas osapuoli esittää väitteen kohdistuen avoimen lähdekoodin lisenssin toteutumattomuutta ohjelmistossa.

3.2.1 Avoimen lähdekoodin väitteen vaikutus

Kuten yllä jaksossa 2.2 tunnistettu, aktivoituessaan vastavuoroiset avoimen lähdekoodin lisenssit vaativat että ohjelmiston kopion osana toimitetaan ohjelmiston lähdekoodi ja tieto lisenssin soveltuvuudesta ohjelmistoon, eli annetaan tieto kopion hallussapitäjälle tämän käyttö-, muokkaus-, jakelu-, ja lisenssin jatkamisvelvoitteistaan.

Usein tilanne, jossa avointa lähdekoodia ”löydetään” jakelussa olevasta ohjelmistosta tarkoittaa sitä, että avoimen lähdekoodin mukaisia ilmoituksia ei ole asetettu osaksi ohjelmistoa. Siinäkin tilanteessa, jossa ne ovat asetettu osaksi ohjelmistoa, väite voi kohdistua siihen, että lisenssiehtoa on tulkittu liian rajoittuneeksi, huomioimatta *viraalivaikutusta*. Kolmannelle osapuolelle tällaisten väitteiden tekeminen on hyvin hankalaa, eihän tällä ole välttämättä mahdollisuuksia päästä tarkastelemaan ohjelmiston lähdekoodia saatikka tekemään olennaista vertailua sen toiminnan hienouksista.

Toimivaltakysymys, eli kuka tällaisen väitteen voi ylipäättään tehdä, on avoimelle lähdekoodille laveampi kuin normaalissa lisenssissä: avointa lähdekoodia koskevan immateriaalioikeusväitteen voi usein tehdä kuka vaan, joka on osallistunut ohjelmiston kehittämiseen, eli on lisenssin osapuoli, tai jolla on kopio ohjelmistosta, eli jonka olisi pitänyt olla lisenssin osapuoli.³³¹ Ensimmäisessä, henkilön tekijänoikeutta loukataan sopimusrikkomuksella: sopimusta jonka mukaan tekijänoikeutta on käytetty ei ole suoritettu, jolloin tekijänoikeuden haltija voi kieltää tekijänoikeutetun materiaalin käytön.³³² Toisessa

³³¹ Supra fn. 16, Rosen s. 270-271, Välimäki 2005 s. 166, koska kanneoikeus siviiliasiaissa on Suomessa lähtökohtaisesti väitteenvarainen, on asia riippuvainen väitteen esittäjän kyvystä osoittaa juuri kehittämänsä avoimen lähdekoodin sisältyvyys ohjelmistoon. Kuitenkin kun huomioidaan, että väitteen tekijän ei lähtökohtaisesti täydy olla juuri viimeisin kehittäjä, on tämä väitemahdollisuus verrattain laajempi kuin tavanomaisella tietokoneohjelmistolla.

³³² Tämä johtaa niin tekijänoikeuslain 56 g §:n yleisestä loukkaamiskiellosta, josta muut kanne- ja väiteoikeudet juontuvat kuin vastavuoroisten lisenssien, kuten GPLv3 kohdan 8 tunnistetusta kiello-oikeudesta.

henkilö pystyy vaatimaan hänelle kuuluvan velvoiteoikeuden toteuttamista jonka sopijapuolen olisi pitänyt toteuttaa.³³³ Tällainen tilanne, jossa toimittaja joutuu vahvistamaan yhden sopijapuolen sovittua laajemman oikeudellisen aseman, velvoittaisi tilaajaa vahvistamaan saman oikeusaseman myös niille osapuolille joille tämä on luovuttanut samankaltaisen toimituksen.³³⁴ Avoimen lähdekoodin ohjelmistoa koskevan väitteen ei ole välttämätöntä perustua myöskään tiettyyn lisenssiehtoon ollenkaan.³³⁵

3.2.2 Avoimen lähdekoodin johtaminen virheeseen

Miten ja milloin avoimesta lähdekoodista tehty väite johtaa ohjelmistotoimituksen virheeseen? Tietääkseni asiaa ei ole erikseen pohdittu suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa ollenkaan ja kansainvälisessäkin häviävästi, jolloin esitän ensin metodologian tällaisen virheen tunnistamiseen jota sovellan erilaisin tyyppitilantein.

Yllä tunnistetut avointa lähdekoodia koskevat eri virhejaottelut juontavat lähteensä siitä mikä oikeustila ohjelmiston tilaajalla tulisi olla sopimuksen oikean suorituksen seurauksena, eli a) mihin tarkoitukseen suoritus on kelpoinen, b) mitä oikeuksia tilaajalla on tätä suoritusta kohtaan, ja olennaisesti c) onko avoin lähdekoodi sellainen joka estää näiden sopimuksenkaltaisen *oikean* tilan.

Se mihin tarkoitukseen suoritus soveltuu, koskee sitä mitä osapuolet ovat sopineet siitä mihin ohjelmistoa on tarkoitus käyttää tai mihin liiketoimintatarkoitukseen tämä soveltuu. Kyse on siis osapuolten sopimuksessa tekemistä *määritelmistä* ja *tavoitteista*. Jos nämä on jätetty sopimukseen hyvin teknisluontoisiksi, ilman kuvauksia toiminnallisuuksista tai soveltuvasta käytöstä, voi avoimen lähdekoodin vaikutusta näihin juridisena eläimenä olla vaikea tunnistaa. Kuitenkin tilanteessa, jossa sopimukseen on muodostunut kriteerinomaisia kuvailuja sen suorituksen käyttötarkoituksesta, voi kolmannen osapuolen väite muodostaa virheen sopimukseen jos sen vaatimat immateriaalioikeudet ovat ristiriitaisia tämän käyttötarkoituksen kanssa. Esimerkkinä, jos esimerkiksi sopimuksen tarkoituksena on luoda komponentti tai

³³³ Oikeudellinen perusta tälle väitteelle juontaa jo olemassa olevan oikeussuhteen tunnistamisesta ja tämän vahvistamisesta.

³³⁴ Tämä juontaa sopimusosapuolien yleisestä sopimusoikeudellisesta lojaliteettivelvoitteesta: jos ajatellaan, että toimittaja tietää avoimen lähdekoodin soveltumisesta, mutta ei kerro tästä tilaajalle, tilaaja voi pitää tätä toimintaa vähintään törkeän huolimattomana, mikäli toimittaja vetoaa tilanteen ymmärtämättömyyteensä.

³³⁵ Ks. Willebrand 2009

järjestelmä jota tilaaja voi välittää eteenpäin omille asiakkailleen lisensoiden tai muuta korvausta vastaan, vahvasti vastavuoroisen kokonaisuuden tunnistaminen tässä järjestelmässä estää sen soveltumisen tähän tarkoitukseen avoimen lähdekoodin *vapaan ja ilmaisen* jaettavuuden takia.

Virhe muodostuu tilaajalle annetuista oikeuksista luonnollisesti riippuen niistä oikeuksista, jotka hänelle on sopimuksessa lueteltu. Mikäli tilaajalle on annettu omistusoikeus, on helppo sanoa, että avoimen lähdekoodin väitteen takia, tämä ei omista luovutettua suoritusta, koska silloin hän pystyisi sivuuttamaan avoimen lähdekoodin lisenssiehdot. Monimutkaisempaa on tunnistaa erillisiä käyttöoikeuden muotoja joita kohtaan avoimen lähdekoodin lisenssiehdot olisivat ristiriidassa: avoimen lähdekoodin lisenssit usein johtavat päinvastaiseen tilanteeseen jossa tilaaja saa näiden kautta laajemmat oikeudet kuin mitä sopimus myöntää.³³⁶ Voidaan kuitenkin tunnistaa, että oikeudet joilla tilaajalle on luvattu muista osapuolista riippumaton oikeus käyttää, levittää ja muokata ohjelmistoa voivat helposti tulla lisenssiehtojen kanssa ristiriitaan lisenssiehtojen asettaessa tällaiselle asemalle ja toiminnalle rajoitteita jolloin itse luovutetun oikeuden arvo laskee.

Viimeisenä mutta ei suinkaan vähäisimpänä tulee arvioida, onko ohjelmiston osa, johon väite kohdistuu sellainen, jonka julkaisu, muokkaus tai levitys muodostaa olennaisen haitan yllä käsitellyille sopimuksen tarkoituksille ja oikeuksille. Tämän arvioinnin lopputulos riippuu huomattavasti siitä mihin osapuolet päätyvät jaksossa 2.3.2 tarkoitettussa johdannaisteosarvioinnissa. Jos ohjelmistoa, tai sen sellaista osaa, joka muodostaa sen olennaisen toiminnan, voidaan pitää vahvasti vastavuoroisen teoksen johdannaisteoksena, tai vastavuoroisen teoksen muunnelmana, on väite sellainen joka muodostaa vähäistä suuremman haitan sopimuksen suoritukselle.

Yllä esitetystä kolmiportaisesta analyysistä on hyvä huomioida poikkeus: sellaiset ohjelmistot, joita ei ole tarkoitettu välitettäväksi, vaan pysyvät vain yhden asiakkaan sisäisessä käytössä eivät luonnollisesti vaaranna avoimen lähdekoodin käytöstä, mikäli tällaiseen ohjelmistoon kohdistuvista uusista käyttö-, muokkaus-, ja julkaisu-oikeuksista. Tällaisessa tilanteessa on

³³⁶ Tämä siis tilanteessa, jossa sovelletaan IT-ehtojen mukaista omistusoikeuden (tekijänoikeuden) pidätystä ja käyttöoikeuden luovutusta.

kuitenkin huomioitava se, että avoimen lähdekoodin lisenssi voi olla luonnostaan vihamielinen ohjelmistoon kohdistuvalle salassapitovelvoitteelle.

Tätä kolmiportaista testiä voidaan soveltaa verrattain virtaviivaisesti erilaisiin tyyppitilanteisiin:

(a) Omistusoikeuden luovutus

Mikäli ohjelmistotoimituksessa on luovutettu tilaajalle omistusoikeus ohjelmistoon ja kolmas osapuoli esittää avoimeen lähdekoodiin perustuvan väitteen toimittajaa tai tilaajaa vastaan, on toimituksessa itsessään selkeä virhe: toimittaja ei olisi voinut luovuttaa omistusoikeutta, eli täyttää oikeutta määrätä, suorituksen kohteeseen koska tällä itselläkään ei ole ollut sitä. Vastaavuusvirheen tässä tilanteessa muodostaa se, että tilaajan käyttömahdollisuudet ovat huomattavasti rajoittuneemmat kuin mitä tällä olisi ollut omistusoikeuden kanssa.

(b) Suorituksen käyttötarkoitus sen levitykseen tai levityksen osana

Mikäli osapuolet ovat toimitussopimuksen suorituksen määrittelyihin tai tavoitteisiin sopineet, että suorituksen on oltava sellainen, joka soveltuu tilaajan levitettäväksi ja liiketoiminnan osaksi, on tähän suoritukseen kohdistuva onnistuva avoimen lähdekoodiin perustuva väite virhe tätä määritelmää vastaan. Alalla toimivilta ammattimaisilta toimijoilta voidaan vähintään kohtuudella olettaa, että nämä ymmärtävät ohjelmiston kehityksen ja/tai levityksen oikeudellisesta luonteesta sen ollessa molempien näiden toimialaa. Jos tällöin tähän levitykseen soveltuu uusi velvollisuus luovuttaa asiakkaalle sellainen oikeus, jota ei aiemman, mahdollisesti alan malliehdon, mukaisesti tarkoitus ollut luovuttaa, voidaan tunnistaa laatuvirhe.

Huomioitavaa on, että mikäli tilaaja on jo ennen väitettä ehtinyt levittää ohjelmistoa, lisenssiehdot pätevät tähän ohjelmistoon ja sen muunnelmiin automaattisesti oikean oikeustilan vahvistuksena. Tällä on merkitystä tilaajan vahingonkorvausväitteellä toimittajaa kohtaan, sillä joko tämän oma virheen korjaustoimi, tai väitteestä johtuva alisopimuksen korvausvelvollisuus kuuluvat toimittajalle.

(c) Yksinoikeus tai rojaltit

Mikäli ohjelmistotoimitussopimuksessa on luovutettu tilaajalle yksinoikeus suoritukseen, jonka jälkeen kolmas osapuoli tekee väitteen tähän luovutettuun suoritukseen, ei tilaaja voi enää luottaa saamaansa yksinoikeuteen. Voidaan sanoa, että avoin lähdekoodi on allerginen

yksinoikeudelle,³³⁷ sillä se riittää mahdollisuuden suojella tätä yksinoikeutta. Tilaaaja ei voi vaatia toimittajalta että tämä ei hyödyntäisi lisenssin alaista ohjelmistoa muussa suorituksessa, sillä toimittaja ei voi antaa tällaista vakuutta sen ollessa ristiriidassa sen oman lisenssisuhteen kanssa.

(d) Jälleenluovutus- ja muokkausoikeus

Mikäli tilaajalle on luovutettu oikeus jälleenluovuttaa ja muokata toimituksen kohteena olevaa suoritusta, muodostaa tähän tehtävä avoimeen lähdekoodiin perustuva väite ristiriidan tällaisten oikeuksien kanssa. Toimittajan luovuttaessa tilaajalle oikeuden jälleenluovuttaa ja muokata ohjelmistoa haluamallaan tavalla, oikeuteen on implikoitu tilaajan vapaus päättää keinoista ja tavoista toteuttaa näitä oikeuksia, ainakin siltä osin kun sopimuksessa ei ole sovittu kolmansien osapuolien ohjelmistoista. Virhetilanne nousee etenkin siitä, että tällainen alun perin luovutettu oikeus tilaajalle ei pidä sisällään ennalta määriteltyjen sopimusehtojen, eli lisenssin, jatkamista osana sopimusta.

(e) Salassapito

Kuten yksinoikeus, on salassapitovelvoite fundamentaalisesti ristiriidassa avoimeen lähdekoodiin perustuvan kolmannen osapuolen väitteen kanssa. Kyse ei ole siitä olisiko suorituksen ohjelmisto liikesalaisuuskelpoinen, mutta että nyt soveltuvat toimittajaa sitovat sopimusehdot estävät tällaisen vakuutuksen antamisen.

Yllä listatut tyyppitilanteet voidaan myös kategorisoida sen mukaan muodostavatko ne esteen sopimuksen a) määräyksistä tulevalle tarkoitukselle, b) luovutetuille oikeuksille, c) negatiivisille velvoitteille kuten salassapidolle:

³³⁷ Nämä asiat ovat fundamentaalisen ristiriidassa avoimen lähdekoodin peruseriaatteiden kanssa, jonka mukaan koodiin itseensä ei synny vain yhden henkilön omistamaa oikeutta, tai ainakaan sellaista oikeutta jolla tällaista yksinoikeutta voitaisiin suojella

Este	Virheen lähde sopimuksessa	Lähdekoodin laajuuden kynnyks	Vaikutus
Tarkoitukselle	Määrittymiset	Kohdistuttava olennaiseen osaan ohjelmistoa	Estää suljetun lähdekoodin kaupallisen levityksen
Oikeuksille	Luovutettavat oikeudet	Matala	Estää suljetun lähdekoodin kaupallisen levityksen
Velvoitteille	Erikseen sovitut negatiiviset velvoitteet	Muu kuin teknisesti välttämätön	Riippuen velvoitteesta, sopimussakko

3.2.3 Virheen vaikutus sopimukseen

Siinä tilanteessa, jossa yllä tunnistetun kolmiportaisen testin ehdot toteutuvat, voidaan selvästi sanoa sopimuksessa olevan suoritusvirhe. Kysymys onkin, että mitä tämä tarkoittaa sopijapuolille ja itse sopimukselle. Kolmannen osapuolen väitteestä johtuvan virheen seuraukset voidaan jakaa karkeasti kolmeen osaan: korjausvelvollisuus, sopimuksen päättäminen ja vahingonkorvaus.

(a) Korjausvelvollisuus

Yllä kuvatussa virhetilanteessa toimittajalla on lähtökohtainen³³⁸ velvollisuus toimittaa, ja asiakkaalla saada, sopimuksen mukainen suoritus, joka tarkoittaa, että jos toimituksessa on virhe, toimittajalla on lähtökohtainen velvollisuus joko muuttaa suoritusta niin, että se vastaa sovittua tai toimittaa uusi sopimuksen mukainen suoritus.³³⁹ Tällainen korjausvelvollisuus

³³⁸ Huomioiden kuitenkin, että osapuolet ovat voineet sopia kauppalaian oikeuskeinoista poikkeavasti ml. Koskien korjaamisvelvollisuutta

³³⁹ Kauppalaian 30, 34, 37 §§ keskinäinen etusijasääntely, Annola et al. III.6.5.2.3, Ks. IT-YSE 11.3 immateriaalioikeuden loukkauksen korjausvelvollisuudesta

usein sidotaan suorituksen takuuaikaan, mutta kolmannen immateriaalioikeusväite muodostaa tälle poikkeuksen.³⁴⁰

Korjaamisvelvollisuudella tarkoitetaan tilannetta, jossa virheen tunnistamisen jälkeen toimittaja arvioi voiko virheellistä osaa ohjelmistosta jotenkin *korjata*, eli avoimen lähdekoodin tilanteessa *vaihtaa*, niin että suoritus on taas sopimuksen mukainen.³⁴¹ Koska toimittajalla ei ole lähtökohtaisesti mitään velvoitetta käyttää avointa lähdekoodia toimituksen osana tämän poistaminen toimituksesta ja korvaaminen virheettömällä ei muodosta sopimusrikkomusta tai teknistä virhettä.³⁴² On huomioitava, että vahvasti vastavuoroisen avoimen lähdekoodin tilanteessa toimittajan korjausvelvollisuus ei kuitenkaan koske vain ohjelmiston osaa itsessään, vaan myös kaikkia sen johdannaisteoksia, myös niitä jotka on muodostettu tilaajan toimesta.

Korjausvelvollisuuden toteuttamista voivat myös hankaloittaa vahvasti vastavuoroisten velvoitteiden vaikutukset, jotka elävät itsenäisesti korjausvelvollisuudesta. Tarkoitan tällä tilannetta, jossa virhetilanteen alkaessa tilaaja on jo ehtinyt hyödyntämään avoimen lähdekoodin alaista ohjelmistoa tavalla, joka nyt jatkaa vastavuoroisten lisenssien soveltumista tähän ohjelmistoon. Riippuen osapuolten sopimuksesta, toimittajan korjausvelvollisuus rajoittuu vain niihin virheisiin, jotka tämä pystyy korjaamaan ja tilaaja pystyy usein kanavoimaan sen oman korjaustyön virheeseen, vahingonkorvauksena toimittajalta.³⁴³

Korjausvelvoitteella on usein myös rajoitukset sopimuksessa: toimittajaa ei veloiteta tekemään immateriaalioikeusväitteestä johtuvaa korjaustyötä, tai asiakasta odottamaan korjaustyötä, joka on kohtuuton.³⁴⁴ Tällaisen kohtuuttomuuden arviointi perustuu lähtökohtaisesti sopimuksen taloudelliselle arvolle, lisätyön määrälle ja siihen kuluvalle ajalle.

³⁴⁰ Ks. IT-EJT 11, IT-YSE 11

³⁴¹ Korjausvelvollisuus ohjelmistotoimituksissa tarkoittaa käytännössä, että ohjelmistotoimittaja tekee virheen korjaavan teknisen työn joko itse tai kolmannen osapuolen avulla, ja osapuolet mahdollisesti sopivat erikseen korjattavan työn laajuudesta, riippuen mitä altavastaava sopimus vaatii.

³⁴² Tilanne on luonnollisesti eri silloin kun sopimuksessa tai määritelmässä on sovittu jonkin tietyn lähdekoodin lisenssin käyttämisestä

³⁴³ Lähtökohtaisesti tilaaja pystyy aina tilanteessa, jossa toimittaja ei pysty korjaamaan virhettä joko ollenkaan tai kohtuullisella tehokkuudella, kolmatta käyttäen laskuttaen tämän toimittajalta ellei sopimuksessa ole erikseen sovittu kateosto-oikeuden poissulkemisesta, ks. KKO 2009:89 ja kauppalaain 36 § 1.mom, siinäkin tilanteessa jossa kateosto-oikeus on rajattu pois, voi tilaaja korjata virheen itse tai vaatia toimittajalta virheen korjaamista *luontoissuoritusvelvollisuutena*

³⁴⁴ Ks. IT-YSE 11.3

(b) Sopimuksen purku

Mikäli sopimuksessa on muuta sovittu tai virheellä on olennainen vaikutus sopimuksen toteuttamiseen tilaajalla on oikeus purkaa kauppa.³⁴⁵ Kysymys siitä milloin virheellä on olennainen vaikutus sopimuksen tarkoitukseen arvioidaan suhteessa siihen voivatko sopimuksen suoritukset toteutua ollenkaan tai jollain toteutumattomalla suorituksella niin olennainen vaikutus ostajalle että tämän toteutumattomuus tekee virheestä itsessään olennaisen.³⁴⁶ Lähtökohtaisesti tämäkin arviointi perustuu sopimuksen *määrittelyihin* ja *tavoitteisiin* sekä näiden kokonaisarviointiin siitä mitä näistä voidaan tunnistaa olevan olennaisia suorituksen osia.³⁴⁷ Lähtökohtaisesti olennainen laatuvirhe ei ole korjausvelvollisuuden ulkopuolella, tai vastavuoroisesti muu virhe voi muuttua olennaiseksi jos sitä ei korjata ja korjaamattomuudella on olennainen vaikutus.³⁴⁸

Jos tätä verrataan yllä kohdassa 3.2.2 tunnistettuun kolmeen avoimen lähdekoodin virheen toteutumiskategoriaan voidaan arvioida, että etenkin suorituksen tarkoituksen estävät virheet muodostuvat korjaamattomiksi tilanteessa, jossa ohjelmistoa on ehditty jo levittämään. Jos tällaista levitystä ei ole tapahtunut, mikä on epätodennäköistä huomioden, että tilanne johtuu mitä todennäköisimmin kolmannen osapuolen väitteestä, virhe voidaan korjata ilman sen muodostumista olennaiseksi. Vastaava tilanne voidaan tunnistaa luovutettujen oikeuksien osalta: jos oikeutta on käytetty jo niin, että tämän korjaaminen muodostaa kohtuullista suuremman korjausvelvollisuuden, sopimuksen välittömän irtisanomisen kohdat todennäköisesti aktivoituvat.

(c) Vahingonkorvaus, hinnanalennus ja sopimussakko

Oikeusteoreettisesti kaupallisten sopimusten vahingonkorvauskysymyksissä noudatetaan lähtökohtaisesti täyden korvauksen periaatetta, jonka mukaan vahingonkärsijä pyritään vahingonkorvauksella asettamaan siihen asemaan, jossa hän olisi jos vahinkoa ei olisi tapahtunut.³⁴⁹ Sopimusperustainen vahingonkorvaus jakaantuu välittömän ja välillisen

³⁴⁵ Kauppalain 30, 39 §§. HE 93/1986 s. 25

³⁴⁶ Ibid, Sevón et al. s. 131-132

³⁴⁷ Näissä määritteissä on myös mahdollisuus eritellä ohjelmiston eri toiminnallisuudet, niiden prioriteetit ja se onko määritelmä tai tavoite *tekninen* vai *toiminnallinen*. Tältä pohjalta voimme tunnistaa esimerkiksi, että jos koko järjestelmän käytön mahdollistavassa *toiminnallisessa* vaatimuksessa on virhe tämä voi olla olennainen.

³⁴⁸ Sevón et al. s. 122-123

³⁴⁹ Huttunen s. 334

vahingon välille: karkeasti tiivistäen, onko vahinko johtunut suoraan suoritusvirheestä,³⁵⁰ vai asiasta johon tämä suoritusvirhe vaikuttaa epäsuorasti.³⁵¹

Pois kauppalain sopimuksen aiheuttaman vahingon määritelmästä,³⁵² ohjelmistotoimitussopimuksissa on kuitenkin hyvin yleistä ja yleisesti hyväksyttyä,³⁵³ että korvattavia vahinkoja rajoitetaan vain tiettyyn osuuteen maksetusta ja ennen kaikkea pois välillisistä vahingoista.³⁵⁴ Koska vahingonkorvauksen rajausta ja määrä ovat hyvin sopimuksesta riippuvaisia ja sektorin sopimuskäytännössä esiintyy erilaisia rajauksia, on avoimesta lähdekoodista syntyvän vahingon määrän ja laadun arviointi parhaimmillaankin spekulatiivista.

Kuitenkin, tulee tunnistaa kuuluuko avoimen lähdekoodin virheen aiheuttava käyttö välittömän vai välillisen vahingon piiriin yllä avatun vastuunrajauskäytännön mukaan.³⁵⁵ Mikäli avoimen lähdekoodin tunnistaminen vaatii ohjelmiston muuttamista tai korjaamista, jotta se voi taas täyttää sopimuksessa asetetut tarkoitukset, on tämän työn kulu välitöntä vahinkoa ja tällöin kuuluisi vallitsevan mallisopimuskäytännön mukaan korvattavaksi.³⁵⁶ Lähtökohtaisesti muuta vahinkoa voitaisiin tällöin pitää välillisenä.

Välillisen vahingon korvaamista ei olla kuitenkaan sopimuskäytännön ja kauppalain mukaan poissuljettu jos vahinko on aiheutettu tahallisesti tai törkeällä huolimattomuudella.³⁵⁷ Mikäli siis avoimen lähdekoodin sisällyttäminen ohjelmistoon aiheuttaa virheen, tämä virhe aiheuttaa vahinkoa ja itse avoimen lähdekoodin sisällyttäminen on ollut tahallista vastoin sopimusta tai ainakin törkeän huolimattontaa laajentuu toimittajan vahingonkorvausvelvollisuus tilaajaa kohtaan huomattavasti.

³⁵⁰ Ks. Välittömän vahingon luonteesta KKO 2012:101 para 17 ” Mainituilla perusteilla Korkein oikeus katsoo, että A:lle hänen ja C Oy:n välisestä aikaisemmasta oikeudenkäynnistä aiheutuneista oikeudenkäyntikuluista aiheutunut välitön vahinko on riittävässä syy-yhteydessä hänelle myydyn auton virheeseen. Vahinko kuuluu siten B Oy:n vastuun piiriin.”

³⁵¹ Ks. Välillisen vahingon luonteesta KKO 2017:74

³⁵² Kauppalaki 67 §, HE 93/1986 vp s. 41

³⁵³ Takki & Halonen s. 159, IT-YSE 13.2 (myös vrt. IT2018-YSE, jossa vastuunrajoitus vielä alempi)

³⁵⁴ IT-YSE 13.3, Erlund et al. s. 161

³⁵⁵ Takki & Halonen s. 168

³⁵⁶ ks. KKO 2009:89 ja IT-EJT 11.4 erityinen kateosto-oikeuden poisrajaus

³⁵⁷ IT-YSE 13.5, kyseeseen voi tulla myös kauppalain 33 ja 40 3.mom §§

On myös hyvä huomioida, että mikäli tunnistamme kauppalain soveltuvan virhesäännöksineen,³⁵⁸ ja mikäli kolmannen immateriaalioikeusväitettä voidaan pitää oikeudellisena virheenä,³⁵⁹ on tilaajalla kauppalain mukaan ”aina oikeus korvaukseen vahingosta”.

Kuten yllä todettu, sopimuksen vahingonkorvauksen rajat asettuvat sopimusehtojen mukaisiksi. Voidaan myös huomioida, että tietyissä tilanteissa avoimesta lähdekoodista seuraava immateriaalioikeusväite voi johtaa esimerkiksi toimituksen viivästyisestä johtuvaan sopimussakkoon, jos toimitusta ei ole kokonaisuudessaan ehditty tekemään, tai aiemmassa osatoimituksessa havaittu virhe viivästyttää myös muuta toimitusta.³⁶⁰

Vahingonkorvaus avoimen lähdekoodin lisensoijaa vastaan on kirjoitushetkellä hyvin teoreettinen mahdollisuus. Suomalaisessa oikeuskäytännössä tekijänoikeusloukkauksesta seuraava vahinko on lähtökohtaisesti korvattavaa,³⁶¹ mutta avoimen lähdekoodin lisensoijan on vahingonkorvausvaatimustaan varten hyvin vaikea esittää varsinaista kärsittyä vahinkoa tai menetettyä tuloa, sillä lisenssin vastavuoroisuus ei nimenomaan voi perustua vastikkeen varaan.

(d) Lyhyesti poissulkien kolmannen osapuolen väitteen vastuu

Lopuksi on selvennettävä, että toimitussopimukseen on periaatteessa mahdollista kirjata vastuunvapauksia koskien kolmannen osapuolen tekemiä väitteitä tai kolmannen osapuolen ohjelmistoja koskevia virheitä koskien.³⁶² Siinä missä näistä ensimmäinen on harvinainen, jälkimmäinen vaatii kuitenkin kolmannen osapuolen ohjelmiston sisällymisen erillistä tunnistamista, eli tilannetta jossa toimitussopimuksessa tunnistetaan toimituksen koostuvan

³⁵⁸ Tämä tarkoittaisi ensinnäkin, että kyseessä ei ole puhdas lisenssisopimus vaan jonkin oikeuden kokonaisluovutus, sekä että kauppalaki soveltuisi sopimukseen suoraan eikä vain yleisenä periaatteena. Ks. 2022:44 perustelut kauppalain kohtuullistamissäännösten lähtökohtaisesta soveltuvuudesta lisenssisopimukseen

³⁵⁹ Ks. Tutkielman kohta 3.1.2

³⁶⁰ Ks. It-YSE 12 ja JIT liite 2 13, huomioiden myös, mitä toimitussopimuksessa tai mahdollisessa toimituksia koskevassa puitesopimuksessa on sovittu osatoimitusten erillisestä hyväksymisestä tai näiden virheen vaikutusta muihin toimituksiin.

³⁶¹ KKO:2018:21 para 55 ”hyvityksen määrän osalta lähtökohdaksi on oikeuskäytännössä vakiintunut se vastike, jolla teoksen käyttäjä olisi voinut hankkia oikeudenhaltijalta luvan käyttää teosta. Hyvitys määräytyy siten usein normaalien käyttökorvausten eli lisenssimaksujen mukaisesti”

³⁶² Ks. IT-YSE 3.4

niin toimittajan kuin kolmannen osapuolen materiaalista.³⁶³ Tällöin jos toimitukseen kohdistuu avoimen lähdekoodin lisenssiehtoja ja näiden sisältyminen toimitukseen on tunnistettu sopimuksessa, kuuluu tällaisen avoimen lähdekoodin komponentin *laatuvirhe* vastuuvapauslausekkeen piiriin.³⁶⁴ Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että mallisopimuksen kaltainen vastuuvapauslauseke poistaisi kolmannen osapuolen immateriaalioikeudesta seuraavan väitteen vastuuta, koska sellainen kolmannen osapuolen immateriaalioikeusväite joka koskee toimituksen kohdetta automaattisesti kuuluu näiden vastuuvapauslausekkeiden ulkopuolelle. Kolmannen osapuolen immateriaalioikeusväitteen erillisyyden *ratio* tuntuukin olevan juuri sen vaikutuksessa toimituksen kohteeseen eikä tähän erilliseen kolmannen osapuolen komponenttiin.

³⁶³ Ks. IT-YSE 11.1 “ettei **toimituksen kohde** loukkaa kolmannen osapuolen immateriaalioikeuksia”, ks. Välimäki & Laine 2004 s. 906

³⁶⁴ Erityisesti huomioitavaa on lähestulkoon kaikkiin avoimen lähdekoodin komponentteihin sisältyvä tai ainakin lisenssiehtojen mukaan sisällytettävä vastuuvapauslauseke

4 Johtopäätökset

Tutkielman johtopäätöksiä voidaan peilata sen alussa esitettyihin tutkimuskysymyksiin. Avoimen lähdekoodin viraalivaikutuksen tekijänoikeudellinen asema muodostuu sen lisenssiehtojen kautta joko johdannaisohjelmistoa sen johdannaisteosta koskevin velvoitteina, sekä suhteessa siihen minkälaisen osan avoimen lähdekoodin alainen ohjelmisto tai ohjelmistokomponentti muodostaa tietokoneohjelmassa. Tällöin jos lisenssiehdot vaativat näiden jatkamista teokseen, jonka osa lisenssin alainen teos on, ei itse pääteoksen tekijänoikeudellinen asema muutu siltä osin kuin sen käyttö ei loukkaa lisenssin velvoitteita, jolloin taasen pääteos loukkaisi lisenssinhaltijan tekijänoikeutta.

Nämä yllä tutkielman jaksoissa 2 ja 3 muodostetut johtopäätökset osaltaan selkeyttävät kansallista oikeustilaa koskien erityisiä tietokoneohjelmia koskevia lisenssejä ja lisenssikäytänteitä. Aiheista ei ole paljoa suomalaista oikeuskirjallisuutta, jolloin niiden tutkimuksellinen anti on mahdollisesti aiemman tutkimuksen päivittämistä uuden oikeuskäytännön avulla sekä analyysi erityisesti avoimen lähdekoodin lisensseille ominaisen johdannaisteossystematiikan arvioinnista. Vaikka tutkielma nauttii verrattain uudesta eurooppalaisesta oikeuskäytännöstä, niin on tunnistettava, että oikeuskäytäntöä on hyvin vähän laajemman tutkimuksen toteuttamiselle.

Tutkielman jaksossa 4 käsittelin sitä miten ja minkä normin kautta avoimen lähdekoodin lisenssit voivat johtaa ohjelmistotoimituksen virheeseen. Tutkielmassa päästään jokseenkin yleistettäviin johtopäätöksiin, sillä ohjelmistotoimituksiin on etenkin Suomessa muodostunut mallisopimusten mukainen kaupallinen käytäntö, jota kauppalaan peruseriaatteet täydentävät. Luonnollisesti analyysini rajoittuu vain niihin tilanteisiin, joista ei ole erikseen poikkeavasti sovittu, mutta analyysin keskiöön asettuvat ne ohjelmistotoimituksille riitaherkät tilanteet joissa tietystä asiasta ei ole erikseen sovittu tai sopimuksen sisältö on epäselvä. Huomioiden etenkin se, että avoimen lähdekoodin viraalivaikutus voi olla vaikeasti ennakoitavissa, etenkin ilman johdonmukaista avoimen lähdekoodin politiikkaa ja kehittäjien sen orjallista noudattamista, en usko tällaisten tilanteiden olevan kaukaa haettuja. Tällöin pystytään osoittamaan, yhdessä jaksojen 2 ja 3 löydösten kanssa, tyyppitilanteita joissa vahvasti vastavuoroisten lisenssiehtojen käyttö voi muodostaa virheen toimitussopimuksen mukaiselle tarkoitukselle, oikeuksille tai velvoitteille. Uskon tämän olevan tutkielman varsinainen anti, sillä tietääkseni vastaavaa analyysiä ei ole suomalaisittain tai vakuuttavasti kansainvälisestikään esitetty.

Huomioon ottaen yllä sanottu, mielestäni tutkielma on saavuttanut tavoitteensa. Avoimen lähdekoodin sivuuttamiskelvoton asema kaupallisen ohjelmistokehityksen työkaluna on kiistaton. Avoimen lähdekoodin lisenssien monimuotoisuus ja juridisteknisyys taas vaatii niiden tutkimista, luokittelua ja arviointia, jotta näitä voidaan soveltaa tarkoituksenmukaisesti ilman tahattomia ongelmia. Kirjoitusprosessin aikana olen useasti kritisoinut ja kironnut oikeusnormin puutetta akateemisen analyysin esteenä, mutta asian voi esittää myös toisin päin: oikeusnormia ei voida muodostaa ilman aktiivista aiheen tutkimusta. Toivon että oma tutkimukseni asettuu tähän kontekstiin juuri muuta tutkimusta ja toimintaa mahdollistavana.