

קוד פתוח, שוק סגור?

בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת

דיני ההגבלים העסקיים

עבודה סמינריונית במסגרת הקורס "מידע פתוח"

בהנחיית פרופ' אלקין-קורן

תוכן עניינים

2	מבוא
4	בחינת רישיון ה-GPL כהסדר כובל
6	קיומו של הסדר
7	הסדר אנכי או הסדר אופקי
8	בין בני אדם המנהלים עסקים
8	כללי Per Se
10	הסדר הנוגע לקניין רוחני
17	בחינת מעמדה המונופוליסטי של Free Software Foundation
19	FSF כמונופולין
20	נפקות ההכרזה
23	המלצות
26	סיכום
27	ביבליוגרפיה
27	מקורות בעברית
29	מקורות באנגלית

מבוא

תוכנה חופשית אינה תוכנה הניתנת לכל המעוניין בה בחינם, אלא היא תוכנה המבטיחה למשתמש סוגים שונים של חופשים: החופש להשתמש בה, להעתיק אותה, ללמוד ממנה, לשנות אותה, ולבסוף, החופש להפיץ אותה הלאה.¹ המוסד לתוכנה חופשית (Free Software Foundation או FSF בקיצור)² הינו הגוף המרכזי המוביל את עיקרון התוכנה החופשית בעולם, עיקרון שמזמן עזב את התחום הטכנולוגי ומייצג כמיהה לשינוי חברתי³ - למשטר בו המידע עצמו פתוח ונגיש לכל⁴. בעבודה זו אבחן את התנהלותו של ה-FSF באספקלריה של דיני הגבלים עסקיים.

בפרק הראשון אנסה לבחון האם רישיון הדגל של ה-FSF, רישיון "GNU General Public License"⁵ (להלן: GPL), הינו הסדר כובל כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים⁶. רישיון ה-GPL משמש בעל תוכנה המעוניין להפוך אותה לתוכנה חופשית. רישיון זה מעניק זכות שימוש, העתקה, שינוי והפצה למקבל התוכנה ובלבד שהוא ישמור על אופייה של התוכנה (המקורית או החדשה) כתוכנה חופשית. אני אנסה לבחון האם כאשר מתכנת מפיץ את תוכנתו תחת רישיון ה-GPL הוא למעשה יוצר הסדר כובל האסור על פי חוק.

בפרק השני אבחן האם ה-FSF מהווה מונופול כהגדרתו בחוק ההגבלים העסקיים. ה-FSF הינו, למעשה, ספק מוביל של תשומה נפוצה בשוק התוכנה- רישיון קוד-פתוח. תשומה זו היא תשומה נחוצה למימוש של מודל פיתוח תוכנה, מודל ה"בזאר"⁷. מודל זה נחשב כיום למודל פיתוח יעיל ואפקטיבי. כיוון ש-FSF הינו ספק של תשומה זו, יתכן שלפי הגדרת החוק הישראלי ה-FSF מהווה

¹ www.gnu.org/philosophy/free-sw.html

² www.fsf.org

³ FSF מגדיר עצמו כתנועה לשינוי סוציאלי. ראו: *Why "Free Software" is Better Than "Open Source"*, www.fsf.org/licensing/essays/free-software-for-freedom.html

⁴ ראו: Charles W. Bailey, Jr. *What is open access?*, www.digital-scholarship.com/cwb/WhatIsOA.pdf/

Thomas Goetz, *Open Source Everywhere*, **Wired** 11.11, www.wired.com/wired/archive/11.11/opensource.html. כותב המאמר מתייחס לתנועת הקוד הפתוח ולא לתוכנה החופשית. על אף שישנם הבדלים בין שני מושגי יסוד אלו, רב הדומה ביניהם על השונה. בעבודה זו אתייחס לשניהם כאל מיקשה אחת. להגדרה המדויקת של קוד חופשי, כפי שהיא מנוסחת ע"י תנועת הקוד החופשי ראו: *The Open Source Definition*, opensource.org/docs/definition_plain.php, על ההבדלים בין שני המושגים ועל היחסים בין שני

הארגונים המובילים אותם, ראו: *Why "Free Software" is Better Than "Open Source"* (הערה 3 לעיל).

⁵ אני מתייחס לגרסה 2 של רישיון ה-GPL אלא אם צוין אחרת. גרסה זו היא הגרסה הנוכחית: *GNU General Public License*, www.gnu.org/copyleft/GPL.html

⁶ חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 128 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים).

⁷ Eric S. Raymond, *The Cathedral & the Bazaar* (1999)

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

מונופול. אך גם אם אכן כך, אין משמעות הדבר שיש לגנות את הFSF. דיני ההגבלים העסקיים מאפשרים לחברות רבות להפוך למונופולים. זהו הפרס לו החברה זוכה על היותה יעילה ומוצלחת מכל מתחרותיה בשוק. דיני ההגבלים העסקיים מאפשרים למונופול לפעול תוך כדי ריסון כוח השוק המונופוליסטי שלו. במסגרת פרק זה, לאחר שאראה שFSF הוא אכן מונופול, אנסה לבחון האם הוא מנצל לרעה את כוחו המונופוליסטי ובאילו דרכים ניתן למנוע ממנו לעשות כן, אם בכלל.

בחינת רישיון ה-GPL כהסדר כובל

רישיון ה-GPL הינו רישיון הדגל של ה-FSF. הרישיון הינו מסמך של ה-FSF הניתן בחינם לכל החפץ בו ובלבד שלא ישונה⁸. מרגע שספקית⁹ תוכנה מפיצה תוכנה תחת רישיון ה-GPL היא זכאית לדרוש תשלום ראשוני עבור עותק התוכנה אותה היא נותנת, אך היא לא זכאית לדרוש תמלוגים נוספים כלשהם- לא עבור שימוש, העתקה ואף לא עבור מתן רישיון לצד ג' שכלל לא שילם לספקית. הסעיף המרכזי והאינהרנטי של רישיון ה-GPL הינו הסעיף הויראלי¹⁰ הקובע שמי שמקבל את התוכנה ויוצר יצירה נגזרת שלה¹¹ מחויב להפיץ את התוכנה הנגזרת כתוכנה חופשית. דהיינו, יוצר היצירה הנגזרת אינו יכול להפיץ את התוכנה ללא קוד המקור שלה והוא אינו יכול לדרוש תמלוגים ממשתמשיה לא עבור שימוש ולא עבור מתן רישיון לצד ג' לתוכנה עצמה או לנגזרותיה. למעשה, כאשר ספקית תוכנה משתמשת ברישיון ה-GPL היא כובלת את יכולתו של הצרכן ליצור יצירות נגזרות שיופצו כתוכנות קנייניות¹² (proprietary software). כבילה זו עשויה להגיע לכדי פגיעה ממשית בתחרות בשוק, פגיעה שדיני ההגבלים העסקיים מנסים למנוע.

⁸ ראו רישא של רישיון ה-GPL. לדיון בהשלכות של כוחו של ה-FSF הנובע מרישיון ה-GPL, ראו הדיון בפרק " בחינת מעמדה המונופוליסטי של Free Software Foundation".

⁹ לשם פשטות אתייחס לצד המספק את התוכנה בלשון נקבה ולצד המקבל את התוכנה בלשון זכר.

¹⁰ למשל ברישיון ה-GPL גרסה 2, מדובר בסעיף (b): " You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License".

¹¹ הניסוח המקורי ברישיון ה-GPL מדבר על תוכנה נגזרת או תוכנה המכילה את התוכנה המקורית. ניסוח זה עורר מחלוקות רבות. ראו למשל: Lawrence Rosen, *Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law*, 284-289 (2005) (להלן: **Open Source Licensing**). נדמה, במיוחד לאור טיוטת גרסה 3 של רישיון ה-GPL כי הכוונה ליצירה נגזרת במובנה לפי דיני זכויות היוצרים. ראו: *GPLv3, 2nd discussion draft*, www.fsf.org/draft (להלן: **GPLv3**). מסקנה זו מתבקשת גם מדעתו של פרופ' מוגלן, היועץ המשפטי של ה-FSF, שגורס שרישיון ה-GPL הוא רישיון ולא חוזה. כלומר, הוא מסדיר רק דברים המוגנים מכוח זכותו הקניינית של בעל זכויות היוצרים בתוכנה. Eben Moglen, *Free Software Matters: Enforcing the GPL, I*, *LinuxUser* (2001), available at: emoglen.law.columbia.edu/publications/lu-12.html (להלן: **Free Software Matters**). אם אכן, כך הרי שרישיון ה-GPL יכול להסדיר רק יצירות נגזרות שאת יצירתן יכול בעל הזכות הקניינית למנוע.

¹² המונח proprietary software מתייחס לתוכנות שאין חופשיות. אין להבין ממונח זה שתוכנות חופשיות אינן נהנות מזכויות יוצרים. המונח משמש רק לשם הבחנה בין שני צדדים קוטביים לשימוש בזכות הקניינית – התוכנה החופשית מנצלת אותה לשם שמירה על התוכנה חופשית ואילו התוכנה הקניינית מנצלת אותה לשם הפקת רווחים לבעל הזכות הקניינית. ראו: *Categories of Free and Non-Free Software*, www.fsf.org/licensing/essays/categories.html.

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

החשש שרישיון ה-GPL פוגע בתחרות אינו מועלה כאן בפעם הראשונה¹³. עם זאת, בחינה מדוקדקת של הרישיון לאור הדין הישראלי טרם נערכה. בפרק זה, אבחן האם כאשר צרכן תוכנה מקבל לרשותו תוכנה תחת רישיון ה-GPL נכרת הסכם בין הצרכן לספקית התוכנה המהווה הסדר כובל כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים. אקדים את המאוחר וכבר בשלב זה אציין כי חוקיותו של רישיון ה-GPL תחת דיני ההגבלים העסקיים האמריקאיים נבחנה לאחרונה בבימ"ש אמריקאי¹⁴. ביהמ"ש קבע שאין המדובר בהסדר כובל אלא דווקא בהסדר המעודד תחרות.

תחילה, לשם בחינת הרישיון כהסדר כובל, נסקור בקצרה מהו הסדר כובל בדין הישראלי. הסדר כובל מוגדר בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים בשני כללים שונים. הכלל הקבוע בסעיף 2(א) הינו: "הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר".

כלל זה נחשב למקביל לכלל הסבירות (Rule of Reason) המוכר במשפט האמריקאי¹⁵. לשם קיומו של הסדר כובל יש להראות קיומם של מספר רכיבים: קיומו של הסדר; בין בני אדם המנהלים עסקים; קיומה של הגבלה על התחרות; ההגבלה עלולה לפגוע בתחרות. הרכיב האחרון הינו מונח שסתום המצריך בדיקה כלכלית של ההגבלה. בסעיף 2(ב) לחוק קבועות מספר דוגמאות שכאשר הן מתקיימות קמה חזקה כי ישנה פגעה בתחרות¹⁶. חזקות אלו מהוות מקבילה לכללי הפסילה על-פניו

¹³ עניין Wallace v. IBM, 467 F.3d 1104 (7th Cir., 2006) (להלן: עניין Wallace). כמו כן, השאלה האם רישיונות קוד-פתוח מהווים שימוש לרעה בזכות יוצרים/פטנט, שאלה הקרובה לשאלה נשוא פרק זה, נבחנה במספר מאמרים: Christian H. Nandan, *Open Source Licensing: Virus or Virute?* 10 Tex. Intell. Prop. L.J. 349; Robin Feldman, *The Open Source Biotechnology Movement: Is It Patent Misuse?* 6 Minn. L.J. Sci. & Tech. 117; Greg Vetter, *Infectious Open Source Software: Spreading Incentives or Promoting Resistance?* 36 Rutgers L.J. 53. שאלה זו מתבססת על עילת השימוש לרעה בפטנט או בזכות יוצרים שהיא בעיקרה עילה הגבלית פנימית לתחום הקניין הרוחני. השימוש בעילה זו בארה"ב הוא רחב. ראו: William C. Holmes, *Intellectual Property and Antitrust* (2001) *Law* בפרק 3. לאזכור הדוקטרינה בארץ באמרת אנג'ל ראו: ע"א 2790/93 **Eisenman נ' קימרון**, פ"ד נד(3) 817.

¹⁴ בעניין **Wallace**

¹⁵ Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911). בימים אלו ישנה הצעת חוק לשינוי סעיף 2 ולצמצומו במספר מובנים כך שידמה יותר לכלל הסבירות האמריקאי. ראו: תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 9), תשס"ה-2005. כך למשל, בניסוחו הנוכחי ניתן לראות כל הסדר הכובל צד מאיזושהי פעולה בשוק כהסדר כובל, אך לפי כלל הסבירות האמריקאי, הסדר כובל הינו הסדר הפוגע בתחרות בשוק.

¹⁶ הסדר שאינו עונה על רכיבי סעיף 2(א) אינו הסדר כובל אף אם מתקיימות דרישות סעיף 2(ב). ע"א 3700/98 **א.מ. חניות** (ירושלים) 1993 בע"מ נ' **עיריית ירושלים**, פ"ד נז(2) 590 (להלן: עניין **חניות**).

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

(Per Se) המצויים במשפט האמריקאי¹⁷. בפסיקה בארץ נקבע שהחזקות הללו הינן חזקות חלוטות¹⁸. חזקות אלו מקלות על ביהמ"ש כאשר בפניו מוצג הסדר כובל "קלאסי". במצב שכזה, הודות לחזקות החלוטות הללו, נמנע מביהמ"ש הצורך לערוך בדיקה כלכלית של טיב ההגבלות על התחרות. חזקות אלו כוללות, בין היתר, חזקה שהסדר בנוגע למחירים שיידרשו מהווה הסדר כובל¹⁹. בשלב זה נבחן האם הסדר הרישיון מקיים את הרכיבים הנדרשים בכדי להוות הסדר כובל. אציין, כבר בשלב זה, שהחוק אוסר על עריכת הסדרים כובלים²⁰ אלא אם ניתן להם אישור של ביה"ד להגבלים עסקיים²¹ או פטור מקבלת אישור כזה מאת הממונה על ההגבלים העסקיים²². איסור זה הינו איסור פלילי²³ שהעונש שבצד הפרתו כולל מאסר. כמו-כן, יש לציין שהחוק קובע רשימה סגורה של הסדרים שלעולם לא יהווה הסדרים כובלים²⁴. לרשימה זו נדרש בהמשך הניתוח וזאת רק אם נגיע למסקנה כי לכאורה מדובר בהסדר כובל.

קיומו של הסדר

הסדר במובן של חוק ההגבלים העסקיים הינו רחב בהרבה מההסכמה החוזית הרגילה. בעניין קיסין²⁵ נקבע כי:

"אין זה מעניינו של החוק אם תיאום זה הושג בדרכי קונספירציה, או בדרכי הסדר, או באמצעות צד ג', או על ידו קריצת עין, או על-ידי צחוק של הבנה, או על-ידי מתאם שהוא זר להסדר, או על-ידי דברים שנאמרו למאן שהוא שאינו שייך לעניין, כדי שהדברים יישמעו על-ידי מישהו השייך לעניין, או בכל דרך אחרת. המילה 'הסדר' שנקט אותה המחוקק היא רחבה מספיק, כדי ללכוד בתוכה את כל מגוון האפשרויות שתוארו לעיל, כמו גם כל אפשרות אחרת, וכל חידוש או המצאה שיחודשו או יומצאו בעתיד, ושיביאו לכלל תיאום בין הצדדים עליהם מדבר החוק"²⁶.

דהיינו, המונח הסדר רחב דיו בכדי להכיל כל צורה של הסדר ובין השאר גם הסדר הנעשה בדרך של חוזה או רישיון (במובנו הקנייני). מכאן שאין נפקות לעניין קיומו של הסדר לשאלה הנפוצה בהקשר

¹⁷ ראו למשל: Palmer v. BRG of Georgia, Inc., 498 U.S. 46 (להלן: עניין Palmer).

¹⁸ ד"ר 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56 (להלן: עניין טבעול).

¹⁹ סעיף 2(ב)1 לחוק ההגבלים העסקיים.

²⁰ סעיף 4 לחוק ההגבלים העסקיים.

²¹ סעיפים 9 ו-13 לחוק ההגבלים העסקיים.

²² סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

²³ סעיף 47 לחוק ההגבלים העסקיים.

²⁴ סעיף 3 לחוק ההגבלים העסקיים.

²⁵ ת"א (מחוזי י-ם) 396/87 קיסין נ' פטרולגו, דינים מחוזי לב(6) 650.

²⁶ שם.

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

של מידע פתוח- האם מדובר בחוזה או ברישיון?²⁷ די לנו בכך ששני הצדדים מודעים לקיומו של ההסדר. ישאל השואל: ומה במקרה בו הצרכן לא היה מודע לקיומו של הסדר ה-GPL?²⁸ במקרה שכזה, נראה שאין מדובר בהסדר במובנו של חוק ההגבלים העסקיים שכן הצרכן לא היה מודע להסדר וממילא לא תיארם עם המפיצה.

הסדר אנכי או הסדר אופקי

בדיני ההגבלים העסקיים נהוג להבחין בין הסדר אנכי, הסדר בין חוליות שונות בשרשרת הייצור והשיווק של מוצר, לבין הסדר אופקי, הסדר בין מתחרים.²⁹ לרוב פגיעתם של הסדרים אנכיים פחותה מזו של הסדרים אופקיים, כיוון שהם מגבילים, במרבית המקרים, את התחרות שבין יצרני ומשווקי מוצר מסוים (intrabrand competition) ולא בין יצרני ומשווקי מוצרים שונים (interbrand competition).³⁰ במשפט האמריקאי כללי ה-Per Se אינם חלים על הסדרים אנכיים אלא רק על הסדרים אופקיים. הדין הישראלי נמצא בשלבי אימוץ של כלל זה.³¹

הסדר ה-GPL הינו הסדר בין ספקית תוכנה לצרכן תוכנה. במרבית המקרים מדובר בהסדר בין הספקית לבין צרכן הקצה, אך במקרים רבים אחרים מדובר בהסדר בין ספקית התוכנה לבין ספק תוכנה אחר הנעזר בתוכנת הספקית בתור תשומה. הצרכן, המהווה בעצמו ספק של תוכנה אחרת, נעזר בקוד המקור של התוכנה המוגנת ברישיון ה-GPL בכדי לייצר את התוכנה האחרת, תוכנה נגזרת, ולהפיצה הלאה. אם כן, נדמה, במבט ראשון, כי מדובר בהסדר אנכי. אך לא כך. הצרכן אומנם יכול להשתמש בקוד המקור של הספקית לשם בניית תוכנה השונה לגמרי מקודמתה, אך הוא אינו חייב לעשות כן. בעולם הקוד הפתוח ישנן דוגמאות רבות לתוכנות מתחרות שניבנו אחת על גבי קוד המקור

²⁷ ראו למשל: Niva Elkin-Koren, *What Contracts Can't Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Free Software Matters*, 74 *For. L. Rev.* 375, 418-421 (2005). וכן את דעתו של פרופ' מוגלן לעניין ה-GPL: Jason B. Wacha, *Taking the Case: is the GPL Enforceable?*, 454 *Santa Clara Computer & High Tech L. J.* 21, 456 (2005) (להלן **Is the GPL enforceable**).

²⁸ זהו אחד המקרים שבהם ישנה נפקות לקביעה האם מדובר ברישיון או בחוזה – כאשר הצרכן טוען שלא הסכים לחוזה בינו לבין המפיצה ולכן התניות שבו אינן חלות עליו. המפיצה, מאידך תטען שמדובר ברישיון קנייני שאינו דורש את הסכמתו של הצרכן. למשל, בעניין בש"א (י-ם) 2184/02 **Microsoft Corp נ' אגמה מחשוב 1999**, תק-מח 2002(3), 8667 טענה מיקרוסופט כי תנאי הרישיון חלים על הנתבעת גם ללא הסכמתה החוזית כיוון שמדובר ברישיון קנייני. ביהמ"ש קיבל טענה זו. לביקורת על פסק הדין ראו: ניבה אלקין-קורן, "זכויות יוצרים ותחרות: משוק יצירות למשטר רישוי", **דין ודברים** ב' 485 (2006).

²⁹ מספיק שהצדדים יהיו מתחרים פוטנציאליים בכדי שההסדר יהיה אופקי. ראו: עניין **Palmer**.

³⁰ דיויד גילה, "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוקיים? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" **עיוני משפט** כז' 751 (2004).

³¹ ראו דעת המיעוט של טירקיל ברע"א 6233/02 **אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה**, פ"ד נח(2) 634. וכן, ראו את תזכיר הצעת החוק (הערה 15 לעיל).

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

של השנייה³². במקרים אלו, הצדדים להסדר מהווים מתחרים ולכן ההסדר ביניהם הוא הסדר אופקי³³. כיוון שאלו ההסדרים החשודים יותר בפגיעה בתחרות, נמקד את המשך הדיון בהסדרים מסוג זה.

בין בני אדם המנהלים עסקים

הרכיב השני הנדרש הוא שההסדר הוא בין בני אדם המנהלים עסקים. בפסיקה נקבע שמהותו של הגוף אינה רלוונטית ואף מלכ"ר יכול להיחשב לאדם המנהל עסק³⁴. כלומר, אף אם מטרתו של ההסדר אינה להפיק רווחים הרי שאין בכך לשלול את קיומו של רכיב זה. מכאן שהעובדה שספקית התוכנה החופשית אינה בהכרח מנסה להפיק רווח אין משמעה כי הספקית לא תוכל לכרות הסדר כובל.

בהסדרים אופקיים כאמור שני הצדדים מהווים ספקי תוכנה ואינם צרכני קצה³⁵. על כן, גם אם מדובר בספקי התוכנה שאינם מנסים להפיק רווחים, הרי שההסדר נערך בין "בני אדם המנהלים עסקים" כדרישת החוק.

כללי Per Se

בשלב זה, כשנוכחנו שמתקיימים הרכיבים הנחוצים לקיומו של הסדר כובל וכי הסדר זה הוא אופקי הרי שניתן להחיל את כללי Per Sen. כלל Per Sen הרלוונטי הוא הכלל האוסר על קביעת מחירים³⁶: רישיון *GPL* מאפשר לגבות מחיר כרצונה של ספקית התוכנה על הפצתה, אך הוא מחייב להעניק רישיון שימוש לצד ג' ללא כל עלות³⁷. כלומר, רישיון *GPL* כובל את ספקית התוכנה לגבות מחירי תמלוגים על שימוש ועל יצירת יצירות נגזרות במחיר אפס.

בדין האמריקאי, על אף שמם, כללי Per Sen אינם סוף פסוק. אומנם הם יוצרים חזקה כי ההסדר הניצב בפנינו הוא הסדר כובל, אך זוהי חזקה הניתנת לסתירה. במקרים בהם ההסדר מאפשר יצירת מוצר חדש, מוצר אותו לא היה ניתן ליצור ללא הכבילה, הרי שההסדר אינו הסדר כובל. ביהמ"ש

³² למשל, חברת Netscape הפיצה את הדפדפן שלה כתוכנת קוד-פתוח. קוד זה מהווה בסיס להרבה דפדפנים שונים כיום וביניהם Mozilla FireFox. ראו: *Wikipedia: The Free Encyclopedia*, *Mozilla Application Suite*, en.wikipedia.org/wiki/Mozilla_Application_Suite

³³ למסקנה דומה, ראו: Heidi S. Bond, *What's so Great about Nothing? The GNU General Public License and (GPL Price Fixing)*, *the Zero-Price-Fixing Problem*, 104 Mich. L. Rev. 547 (להלן: *GPL Price Fixing*).

³⁴ החלטת הממונה בעניין התקשוריות לאספקה ולרכישה של קמח כשר לפסח תשנ"ד, קובץ פסיקה א' 57, 64.

³⁵ ניתן לטעון כי צרכני קצה אינם "מנהלים עסקים". שאלה זו מעולם לא נבחנה בישראל או בארה"ב.

³⁶ סעיף 2(ב)1 לחוק ההגבלים העסקיים. על אף שהשאלה מעולם לא הועלתה בדין הישראלי, נדמה שאין סיבה שבגינה קביעת מחיר לאפס לא תחשב כנופלת בגדר הסעיף. בדין האמריקאי ביהמ"ש הגיע לתוצאה דומה בעניין: *Home Placement Service, Inc. v. Providence Journal Co.*, 682 F.2d 274 (1st Cir. 1982).

³⁷ סעיף 2(b) לרישיון *GPL*.

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

האמריקאי אימץ דוקטרינה זו בעניין BMI³⁸, שם נידון ארגון גג ליוצרים אשר מרכז את זכויות היוצרים של כולם ומוכר רישיונות שמכיח לכל דורש. ארגון זה, למעשה, יצר תיאום בין מתחרים פוטנציאליים, היוצרים השונים, ותיאם את המחירים ביניהם כיוון שרוכש רישיון השמיכה היה זכאי להשתמש בכל יצירה ועדיין לשלם תמלוגים בגובה זהה. ביהמ"ש קיבל את הטענה שבשל עלויות עסקה גבוהות, עסקאות יעילות מבחינה כלכלית לא יבוצעו אם כל יוצר יאלץ למכור את תוצרתו לכל צרכן בנפרד. לכן, רישיון השמיכה שמוכר ארגון BMI הנו למעשה מוצר חדש שלא היה יכול להתקיים לולא קיומה של ההגבלה. ביהמ"ש קבע שכלל Per Sen נסוג במקרה זה, כמו גם בכל מקרה אחר בו ההסדר מתחייב בכדי ליצור מוצר חדש. במקרים כאלו, ההסדר לא מוכשר באופן אוטומטי אלא הוא נבחן תחת הכלל הגמיש יותר: כלל הסבירות.

במשפט הישראלי כלל זה לא אומץ ונקבע שהחזקות בסעיף 2(ב) הן חזקות חלוטות שאינן ניתנות לסתירה. עם זאת, בעניין הפדרציה³⁹ אישר ביה"ד הסדר כובל הדומה במהותו להסדר שנדון בעניין BMI. ביה"ד נימק את החלטתו בטעמים של יעילות כלכלית ושיפור מצב השוק לעומת המצב שבו ההסדר לא יהיה קיים⁴⁰.

אם כן, ישנן שתי דוקטרינות שונות במהותן – הדוקטרינה האמריקאית גורסת שכללי Per Sen נסוגים במקרים מסוג זה. לעומתה, הדוקטרינה הישראלית גורסת שכל הסדר הנופל בגדר החזקות הינו הסדר כובל. עם זאת, הדין הישראלי מאפשר לקבל אישור להסדר הכובל ובכך להכשיר אותו. השוני בין שתי הדוקטרינות הוא כשוני בין שמיים וארץ: בדין הישראלי מי שכורת הסדר הנופל בגדר החזקות המנויות בסעיף 2(ב) עובר עבירה פלילית אלא אם קיבל את אישורו של ביה"ד טרם כרת את ההסדר. בדין האמריקאי, לעומת זאת, גם אם לפי כלל Per Se מדובר בהסדר כובל, ביהמ"ש יכול לקבוע בדיעבד כי אין המדובר בהסדר כובל. מכיוון שרישיון GPL מעולם לא הובא בפני ביה"ד בישראל לאישור, ולא נתקבל בעבורו פטור מאת הממונה, הרי שהטענה שהרישיון מאפשר יצירת מוצר חדש וייחודי שלא יכול להיווצר לולא היתה קיימת תניה זו⁴¹ אינה פוטרת את המשתמש ברישיון⁴².

בעניין Wallace קבע ביהמ"ש שרישיון GPL אינו מהווה הסדר כובל על אף שיש בו תניה שלכאורה נופלת לכלל Per Se. ביהמ"ש ציין שרישיון GPL אכן מקבע את המחיר לאפס, אך בניגוד לקביעת

³⁸ Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc. 441 U.S. 1 (1997) (להלן: עניין BMI)

³⁹ הי"ע (מחוזי י-ם) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (טרם פורסם, 29.4.2004) (להלן: עניין הפדרציה).

⁴⁰ לביקורת על אישור זה ראו: אריאל כץ, "מונופולין ותחרות בניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי", דין ודברים ב' 551 (2006), גיא פסח, "אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים – מבט נוסף על יעילות והגינות", דין ודברים ב' 621 (2006).

⁴¹ טענה זו הועלתה ב-GPL Price Fixing.

⁴² טענות אחרות עדיין אפשרויות. טענות כגון: קיומו של פטור סוג לפי סעיף 15 לחוק או פטור לפי סעיף 3 לחוק. בטענות אלו אדון בהמשך.

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

מחירים "רגילה" בין מתחרים, הצדדים לא שימרו בידיהם את הכוח להעלות את המחיר בעתיד. מכיוון שכך, ביהמ"ש קבע, שתחת כלל הסבירות, שחל במקרים של קביעת מחירי מקסימום ולא מינימום⁴³, אין המדובר בהסדר כובל שכן המחיר שנקבע הוא המחיר של "הפירמה היעילה בשוק" – מחיר הזזה לעלות השולית של הפצת המוצר, 0, ומחיר זה נקבע לנצח⁴⁴.

עוד טרם פסק הדין בעניין Wallace, המלומדת בונד בחנה את רישיון ה-GPL תחת דיני ההגבלים העסקיים האמריקאים⁴⁵. לדידה, רישיון ה-GPL זוכה לאותה הגנה שנקבעה בעניין BMI. תוכנת קוד-פתוח שונה מהותית מתוכנה קניינית והיא מהווה מוצר חדש לחלוטין. המחברת מדגימה כיצד קיבוע המחיר הינו רכיב נחוץ ביצירת מוצר זה ובלעדיו אין תוכנת הקוד-הפתוח לא תיוצר בשוק. על כן, המחברת בוחנת את ההסדר תחת כלל הסבירות ומוצאת אותו כמעודד תחרות ולא כפוגע בה⁴⁶.

למרות שבדין האמריקאי נקבע שרישיון ה-GPL אינו הסדר כובל, המצב בדין הישראלי שונה. כאמור, הדין הישראלי קובע חזקות חלוטות שאינן ניתנות לסתירה. חזקות אלו מעניקות ודאות מוחלטת בדין הישראלי מחד, אך מנגד הן מחייבות התדיינויות רבות ex-ante שלא היו מועלות לדיון לו היה הדבר נשאר לדיון ex-post כפי שקורה בדין האמריקאי.

הסדר הנוגע לקניין רוחני

לאחר שהראתי כי רישיון ה-GPL הינו הסדר כובל לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, ובטרם ייקבע כי כל צד להסדר זה מפר את הוראות סעיף 4 לחוק, יש לבחון האם רישיון ה-GPL מוחרג מגדר הסדר כובל בצורה מפורטת בחוק. סעיף 3 לחוק מונה רשימה של הסדרים שאינם מהווים הסדר כובל. סעיף (2)3 קובע:

"על אף האמור בסעיף 2, לא ייחשבו כהסדרים כובלים ההסדרים הבאים:

...

⁴³ State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3 (1997). ביהמ"ש ראה בתניה זו ב-GPL תנית מחיר מקסימום על אף שאין סיבה לא לראות במחיר זה מחיר קבוע אחד. בדין הישראלי אין הבדל בין הסדר כובל למחירי מינימום לבין הסדר למחירי מקסימום.

⁴⁴ מהסיפא של דבריו, עולה שהשופט עשוי היה להחליט בצורה שונה לו היה מדובר בתוכנה בעלת נתח שוק גדול. במצב שכזה קיים חשש שקביעת המחיר לאפס יוצרת חסמי כניסה לשוק למתחרים פוטנציאליים וכי בעל התוכנה החופשית מנצל את כוחו בכדי להשיא את רווחיו (אם כי לא בקביעת מחיר גבוה יותר, למשל, בגביית כספים עבור מוצרים בשווקים משיקים).

⁴⁵ GPL Price Fixing. ראו הדיון בהמשך.

⁴⁶ ניתוח דומה אך קצר בהרבה מצוי ב: 476, Is the GPL Enforceable.

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

(2) הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש באחד הנכסים הבאים: פטנט, מדגם, סימן מסחרי, זכות יוצרים, זכות מבצעים או זכות מטפחים ובלבד שנתקיימו שניים אלה - א. ההסדר הוא בין בעל נכס כאמור ובין מקבל זכות השימוש בו; ב. אם נכס כאמור טעון רישום על פי דין - שהוא נרשם.

אם כן, דיני ההגבלים העסקיים מחריגים מתוכם כל הסדר שעורך בעל זכות קניין רוחני הנוגעת לזכות השימוש בקניינו זה. דיני הקניין הרוחני מעניקים לבעל הקניין הרוחני זכות בלעדית לשימוש בקניינו. הטעם בהענקת זכות בלעדית נובע מרצון לפתור את כשל השוק שנוצר בשל היותו של הקניין הרוחני מוצר ציבורי⁴⁷. לו איסורים הגבליים היו מונעים מבעל הזכות הקניינית לנצל קניינו ולהשיא את רווחיו ע"י יצירת הסדרים כובלים, הרי שמטרת דיני הקניין הרוחני לא היתה מתקיימת. דינים אלו מתמרצים את היוצר ליצור, וזאת באמצעות מתן זכות בלעדית. אם הזכות הקניין רוחני לא ניתנת לניצול אפקטיבי, הרי שמבחינה מעשית הדבר זהה לאי מתן הזכות⁴⁸. על אף התנגשות לכאורה זו בין שני הדינים השונים, מטרתם הסופית היא זהה – מקסום הרווחה הכוללת במשק באמצעות עידוד השקעות של גורמים פרטיים⁴⁹.

למרות שבמבט ראשון נדמה שסעיף 3(2) קובע כי דיני ההגבלים העסקיים נסוגים למול דיני הקניין הרוחני⁵⁰, אין הדבר כך. בראש ובראשונה, הסעיף מחריג רק הסדרים שבעל הזכות הוא צד להם. כך למשל, אם בעל הזכות נתן רישוי לחברו הרי שהסעיף חל. אך אם חברו עורך הסדר רישוי חוזר עם צד ג', הסדר שבעל הזכות אינו צד לו, הרי שהסעיף לא חל וההסדר עשוי להיות הסדר כובל⁵¹.

האם רישיון *GPL* הינו הסדר בין בעל הזכות לבין מקבל זכות שימוש? נהיר לכל שההסדר הראשוני, של היוצרת "הראשונה" שבחרה להשתמש ברישיון *GPL* הוא הסדר בין בעלת הזכות (היוצרת הראשונה) לבין מקבל זכות שימוש (הצרכן). אך מה בדבר ההסדרים הבאים בשרשרת? כאשר צרכן

⁴⁷ מוצר ציבורי הינו מוצר שמתקיימות בו שתי דרישות: העדר הבלעדיות והעדר היריבות. העדר בלעדיות: מוצר שלא ניתן למנוע אותו מאדם מסוים ברגע שהמוצר ניתן לשאר האנשים. העדר יריבות: מוצר שהשימוש בו ע"י צרכן אחד אינו גורע מהשימוש בו ע"י צרכן שני. R. S. Pindyck and D. L. Rubinfeld, *Microeconomics*, 645-646 (2001).

⁴⁸ מיכל (שיצר) גל, "מונופולים בתחרות – האיזון שבין חדשנות ויצירתיות ובין הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים", *דין ודברים* ב' 425, 427-428 (2006) (להלן: **מונופולים בתחרות**). ראו גם: Ilkka Rahnasto, *Intellectual Property Rights, External Effects and Anti-trust Law*, 31-35 (2003) (להלן: **Intellectual Property Rights**).

⁴⁹ עניין **הפדרציה**, פסקה 19.

בדין האמריקאי ביהמ"ש נעזר בדוקטרינת "הניצול לרעה" בכדי למנוע מבעל זכות קניין רוחני לנצל אותה באופן הפוגע בתחרות. השופט פוזנר אף קבע בדעת מיעוט כי הדוקטרינה חלה רק כאשר ישנה פגיעה בתחרות *USM Corp. v. SPS Technology Inc.* 694 F.2d 505 (7th Cir. 1982), 512. דעתו לא התקבלה והוא חזר בו מדעה זו *Assesment Technologies v. Wiredata Inc.* 350 F. 3d 640 (7th Cir., 2004). עם זאת, עדיין מדובר בדוקטרינה שחלה בכל מצב שבו דיני ההגבלים העסקיים יכלו לחול. לדעת ד"ר גל, הגישה המקורית של פוזנר היא העדיפה. **מונופולים בתחרות**, 458.

⁵⁰ לניתוח של גישה זו וחסרונותיה הרבים ראו: **Intellectual Property Rights**, 35-42.

⁵¹ לביקורת על העדר תחולה זו ראו **מונופולים בתחרות**, 453-454.

התוכנה בוחר ליצור יצירה נגזרת ולהפיצה. במקרים אלו, לצרכן-ספק ישנה זכות יוצרים בחלקים של היצירה אותם הוא שינה והוסיף, אך לא בשאר החלקים. רישיון ה-GPL מסדיר את זכות השימוש של הצד השלישי בכל היצירה ולא רק בחלק ממנה. כלומר, ההסדר בין הצרכן-ספק לבין הצד שלישי כולל בחובו גם כבילות לעניין זכות השימוש בזכות היוצרים של היוצר הראשון. לכאורה, אנו רואים כי למעט החוליה הראשונה בשרשרת היצירות הנגזרות, כל חוליה אחרת מהווה הסדר בין שני צדדים לעניין יצירה שאינה כולה בבעלות הצדדים להסדר. אם אכן כך, הרי שההסדר לא מוגן ע"י סעיף 2(3). הסתכלות זו הנה אולי נכונה אם המדובר בחוזה, אך הסדרים בדיני ההגבלים העסקיים הינם מונח רחב בהרבה מחוזים. מבחינה פורמאלית היוצר הראשון אינו צד לחוזה⁵² בין הצרכן-ספק לבין צד ג', אך מבחינה מהותית הוא זה אשר קבע את התניות בהסדר זה: סעיף 2(b) לרישיון ה-GPL קובע כי אם הצרכן מפיץ תוכנה נגזרת הוא מחויב להפיצה גם כן תחת רישיון ה-GPL. עצם העובדה שלא כולם צדדים פורמאליים לחוזה לא מונעת מהם להיות צדדים להסדר⁵³, וכיוון שהם מתאמים צעדיהם, הרי שבפועל הם צדדים להסדר⁵⁴. דהיינו, ההגדרה הרחבה של המונח "הסדר" בדיני ההגבלים העסקיים מאפשרת לנו לפרש את ההסדר כרחב דיו בכדי לכלול את כל בעלי הזכויות השונים בתור צדדים להסדר. מכאן אנו מסיקים שרישיון ה-GPL נופל לגדר לשון סעיף 2(3), אך האם הפטור אכן חל במקרה זה?

צמצום נוסף בתחולתו של סעיף 2(3) נעשה ע"י בית הדין והממונה על דרך הפרשנות. לדידם, הוראת סעיף 2(3) חלה רק על הסדר אנכי בין בעל הקניין הרוחני לבין מקבל זכות השימוש בקניין, ולא על הסכם אופקי⁵⁵. פרשנות זו אינה מתחייבת מלשון הסעיף אך היא נובעת מחוסר הרצון להכשיר בצורה אוטומטית כל הסדר הנוגע לזכות קניין רוחני. כאמור, הסדרים אופקיים חשודים יותר בפגיעה בתחרות⁵⁶. מכיוון שכך ביה"ד והממונה אינם ששים לאשר כל הסדר אופקי רק משום שנשוא כבילותיו הינו קניין רוחני.

⁵² כאמור לעיל, אין ההכרח כי מדובר בחוזה ולא ברישיון קנייני.

⁵³ ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776, 861-860.

⁵⁴ חשוב לציין שאם המדובר היה בהתאמה גרידא של מתחרים לא היה נחשב הדבר להסדר, אך כיוון שהם אינם מחליטים על התנהגותם באופן עצמאי אלא הם כבולים בעזרת מנגנון ה-GPL. שם, 861-862. אם שני מתחרים שונים יוצרים שתי תוכנות חדשות ומחליטים, כל אחד בנפרד, להפיץ את התוכנה כתוכנה חופשית תחת רישיון ה-GPL, הרי שהם אינם יוצרים הסדר ביניהם. עם זאת, כל אחד מהם יוצר הסדר עם החוליות הבאות בשרשרת ההספקה-צריכה של התוכנות הנגזרות ששיקול דעתן נכבד והן חויבו להמשיך להפיץ תוכנה תחת רישיון ה-GPL. ודוק: אם שני מתחרים החליטו מראש לפתח תוכנה תחת רישיון ה-GPL ולאחר מכן מתחרה אחד לקח את קוד התוכנה של רעהו ושילב את שתי התוכנות לכדי יצירה נגזרת אחת, הרי ששיקול דעתו לא נכבד והמדובר הוא בהתאמה מותרת.

⁵⁵ עניין הפדרציה; קביעה לפי סעיף 43(א)(1) והכרזה לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים בדבר הסדר כובל ובעל מונופולין אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ (טרם פורסם). ראו גם: דפנה לוינסון-זמיר, "שיקולים כלכליים בהגנה על המצאות", משפטים יט 143 (1989).

⁵⁶ ראו הדין לעיל.

ד"ר גל קובעת כי היקף הוראת סעיף 23(2) על הסדרים אנכיים אינו בלתי מוגבל⁵⁷ וכי יש לאזנו לאור ארבעה עקרונות מנחים. העיקרון הראשון קובע כי אין לראות בקיומו של קניין רוחני חזקה לכך שישנו כוח שוק לבעל הזכות ואין להגביל את הזכות אלא אם היא פוגעת בתחרות. העיקרון השני קובע כי יש להימנע מפגיעה בזכויות פנימיות של בעל הזכות הקניין רוחני גם כאשר מימוש זכויות אלו פוגע בתחרות. העיקרון השלישי קובע כי אין להכשיר כל פעולה של בעל זכות קניין רוחני אם הפעולה אינה נדרשת למימוש הזכויות הפנימיות המוקנות לו. העיקרון הרביעי, המהווה חריג לעיקרון השני, קובע כי במקרים בהם הפגיעה בתחרות קשה ואינה מתחייבת לשם השגת מטרת עידוד היצירה, דיני ההגבלים העסקיים לא ייסוגו בפני דיני הקניין הרוחני⁵⁸.

לפי עקרונות אלו, אכן אין להכשיר הסדר רק משום שכבילותיו קשורות בקניין רוחני, אך גם לא מן הנמנע שלשם מימוש זכות פנימית לקניין הרוחני תידרש כבילה אופקית, של מתחרים של בעל הזכות. רוצה לומר: לאור הדין המצוי כיום השולל את תחולת הסעיף במקרים של הסדרים אופקיים, העקרונות שלעיל אינם נשמרים⁵⁹.

לפי עקרונות אלו, השאלה המרכזית היא האם ההסדר ממש זכויות פנימיות בלבד⁶⁰ או שמא הוא מנצל זכויות אלו ומשיג יתרונות שאינם נגזרים ישירות מזכות הקניין רוחני. נדמה שעיקר הדיון הנדרש בכדי לענות על שאלה זו זהה לדיון הנערך בשאלה האם רישיון ה-GPL הוא רישיון קנייני או

⁵⁷ מונופולים בתחרות, 446-459.

⁵⁸ אפשר להבין עקרונות אלו כמייצגים מבחן של עלות-תועלת. ראו *Intellectual Property Rights*, 62-78. ד"ר גל קובעת עקרונות אלו כעקרונות המנחים שלאורם יש לאזן את נקודות המפגש בין דיני ההגבלים העסקיים לבין דיני הקניין הרוחני. לצורת איזון אחרת, המשנה את הזכות הקניינית והופכת אותה לכלל של אחריות ראו: איריס סורוקר, "הפקעת ההגנה הקניינית מבעל הפטנט בנקודת היהפכותו למונופול", *עיוני משפט* כט(3) 509 (2006).

⁵⁹ ד"ר גל אינה מעלה טענה זו במאמרה. היא מקבלת את הדין המצוי ואינה דורשת שינוי. היא כן מבקשת כי ביהמ"ש יתחשב באופייה המיוחד של הזכות הקניין רוחני בעת החילו את דיני ההגבלים העסקיים. *מונופולים בתחרות*, 456, אך בכך אין לפתור את הצורך מדיון ex-ante בעניין ההסדר הכולל כאשר מדובר בהסדר אופקי שנופל בגדר אחת מהחזקות החלוטות המנויות בסעיף 2(ב). אומנם מבחינה מהותית הדין תמיד מאפשר שיקול דעת של הממונה ושל ביה"ד באישור הסדר כובל, ולכן לכאורה ניתן לטעון שהעקרונות שמציעה ד"ר גל נשמרים. לדידי, מרגע שהמחוקק קבע הוראה המחריגה הסדרים שמסדירים שימוש בזכות קניין רוחני, היה מוטב לו ביהמ"ש היה מפרש את הוראת ההחרגה בצורה התואמת את העקרונות שלעיל והמאפשרת החרגתו של כל הסדר שבעזרתו בעל זכות קניין רוחני ממש את זכותו מבלי לפגוע בתחרות יתר על המידה. ודוק: ניתן היה להשאיר לביהמ"ש שיקול דעת בקביעתו, בדיוק כפי שנתר בידיו שיקול דעת בקביעה ex-post שהסדר מסוים שאנשים היו צד לו מהווה או לא מהווה הסדר כובל.

⁶⁰ ד"ר גל מציינת שגם הזכות המוסרית הינה זכות פנימית, אך כבילות לעניין זכות זו אינן נופלות בגדר הסעיף. כיוון שהזכות המוסרית מאפשרת לבעל היצירה להגביל את אופן השימוש ביצירתו ולא רק את היקפה היא רואה בכך דין רצוי מכיוון שבעל זכות עשוי ליצור מגבלות על אופן השימוש ביצירתו שיפגעו בתחרות. *מונופולים בתחרות*, 454-455. לדוגמה, מיקרוסופט אסרה על יצרני המחשבים לשנות את מסך הפתיחה של תוכנת ההפעלה שלה ובכך מנעה מהם אפשרות ליצור קישורית לדפדפן שאינו הדפדפן שלה. מדובר בכבילה הנוגעת לזכותה המוסרית של מיקרוסופט. *U.S. v. Microsoft Corporation*, 84 F. Supp. 2d 9 (D.D.C. 1999). לדידי, יש פסול נוסף בכך שכל כבילה הנוגעת לזכות המוסרית מוחרגת בצורה אוטומטית מגדרי הסעיף. היה ראוי שהדין היה משאיר לביהמ"ש שיקול דעת בקביעתו במקרה הספציפי. ראו הי"ש 59 לעיל.

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

חוזה אובליגטורי: אם הרישיון מסדיר רק זכויות פנימיות הרי שמדובר ברישיון קנייני ואם לאו, הרי שמדובר בחוזה⁶¹.

מחד גיסא, פרופ' מוגלן טוען שרישיון ה-GPL מסדיר רק זכויות הנתונות לבעל הזכות⁶². מאידך גיסא, רישיון ה-GPL מחייב את מי שמקבל את התוכנה ויוצר תוכנה נגזרת להפיץ אותה תחת רישיון ה-GPL. בכך מחייבת הספקית את הצרכן להחיל את רישיון ה-GPL גם על חלקים בתוכנה שהצרכן יצר⁶³. חלקים אלו, מטבע הדברים, לא היו מוגנים על ידי הקניין הרוחני של הספקית.

נימוק נוסף לכך שרישיון ה-GPL הינו חוזה ולא רישיון קנייני ניתן למצוא בגרסה 3 של הרישיון⁶⁴. בגרסה זו, הוסיפו מנסחי הרישיון הבהרה לאור שאלה שהטרידה משתמשים רבים: האם רישיון ה-GPL הוא הדיר או לאו?⁶⁵. הטעם להוספת תניה זו הוא בחשש מפני "מארב" של בעל הזכות המקורית – בתחילה הוא יכול לאפשר שימוש בתוכנתו תחת רישיון ה-GPL, אך לכשהתוכנה תתפתח ותהפוך לתוכנה בעלת נתח שוק גדול, הוא יכול לחזור בו מרישיון ה-GPL ולהתחיל ולדרוש תמלוגים בעבור שימוש בתוכנה⁶⁶. בטיטת גרסה 3 של רישיון ה-GPL מופיעה הצהרה כי הרישיון הינו בלתי

⁶¹ כמובן שלא מדובר בחפיפה מלאה בין שתי השאלות: כך למשל אם ברישיון ישנו ויתור בלתי הדיר של בעל הזכות שלא לבקש תמלוגים בעד יצירתו הרי שאין המדובר ברישיון קנייני כי אם בחוזה חנינם. עם זאת, קשה לראות את המקרה בו ביהמ"ש יקבע שהסדר זה מהווה הסדר כובל, בניגוד לרישיון שמעניק לבעל הזכות תמלוגים.

⁶² **Free Software Matters**. כדוגמה להכרה בדעה זו, ראו: 65-66. **Open Source Licensing**.

⁶³ **Is the GPL Enforceable**

⁶⁴ **GPLv3**

⁶⁵ ראו, למשל: David McGowan, *The Free Software Licenses Revocable?*, advogato.org/article/606.html, וכן *Legal Implications of Open Source Software*, 2001 U. Ill. L. Rev. 241, 299 (2001)

פרופ' מוגלן טען מאז ומעולם שהרישיון הינו בלתי הדיר. ראו: Declan McCullagh, *Mattel Suit Takes GNU Twist*, **Wired News**, www.wired.com/news/politics/0,1283,35226,00.html

⁶⁶ חשש זה ניתן לפתרון בדי"כ ע"י העברת הזכות לנאמן. יש לציין שבעיית ה"מארב" צצה לראשונה בשיח המשפטי בהקשר של שטחים פתוחים. בעלי קרקעות שרצו לוודא שהקרקע תישאר שטח פתוח לנצח לא יכלו להבטיח זאת מבלי להיעזר בנאמן כיוון ששטחים עשויים יהיו לבנות על הקרקע. ראו: Molly Shaffer Van Houweling, *Cultivating Open A Land Trust* (2005) *Information Platforms: A Land Trust Model*, 1 J. Telecom. & High Tech. J. 97 (2005) (להלן: Model).

מעניין לציין שרישיון ה-GPL נוצר במקור ע"י סטולמן לאחר שהוא עצמו נכווה ממארב שכזה. סטולמן פיתח את עורך הטקסט GNU Emacs בהתבסס על גרסת Emacs של גיימס גוסלין. אומנם גוסלין נתן לסטולמן את אישורו להשתמש בקוד, אך לאחר מכן, גוסלינג מכר את זכויותיו בEmacs לחברת UnitPress והחברה דרשה מסטולמן להפסיק להשתמש בקוד המקור שבבעלותה והוא נאלץ לכתב חלק גדול מתוכניתו. Robert W. Gomulkiewicz, *General Pulic License* 3.0: *Hacking The Free Software Movement's Constitution*, 42 Hous. L. Rev. 1015, 1025-1026 (2005)

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

הדיר⁶⁷. תניה זו הינה תניה שאינה מסדירה זכות קניינית ולכן אינה מהווה חלק מרישיון קנייני. תניה זו מהווה תניה חוזית והיא תיאכף רק במקום בו החוזה נכרת כדין⁶⁸.

אם כן, נדמה שרישיון ה-GPL יוצר תניות שאינן נוגעות לזכות הפנימית של בעל היצירה אלא הוא כולל בחובו תניות המגבילות את יצירתו של אחר⁶⁹ ועל כן סעיף 3(2) אינו חל בעניין זה. אך העדר תחולה זו אינה סוף פסוק. החוק מסמיך את הממונה לקבוע כללי "פטור סוגי"⁷⁰. אחד מפטורי הסוג הוא פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך⁷¹ שקובע שהסדר שפגיעתו בתחרות הינה קלת ערך פטור מאישור ביה"ד. ודוק: אף אם ההסדר נופל לחזקות החלוטות המנויות בסעיף 2(ב) והוא עונה על דרישות הכלל, לא תהיה זו עבירה להיות צד לו. בסעיף 2 לכלל מוגדר מהו הסכם שפגיעתו בתחרות קלת ערך:

"הסכם פוגע פגיעה קלת ערך בתחרות, אם נתח השוק המצרפי של כל הצדדים לו בשוק המוצר אינו עולה על שיעור של 10% ממנו אם ההסכם הוא בין מתחרים, ואינו עולה על שיעור של 15% בכל אחד משוקי המוצר שלהם נוגע ההסכם, אם ההסכם הוא בין מי שאינם מתחרים."

מבחן זה הוא מבחן טכני הבוחן את נתח השוק של הצדדים ולא את כוח השוק המצוי בידם. עם זאת, לצרכינו הוא מספק מענה במרבית המקרים. כאשר המדובר בתוכנות GPL שנתח השוק שלהן קטן, כפי שבמרבית המקרים אכן קורה, פטור סוג זה יחול. אך כאשר המדובר בתוכנת GPL בעלת נתח שוק גדול, כדוגמת מערכת ההפעלה לינוקס, הרי שפטור הסוג לא יחול⁷².

לסיכום, ראינו כי רישיון ה-GPL בתוכנה מסוימת מהווה הסדר בין כל שרשרת ספקי התוכנה והצרכנים הסופיים שלה. במקרים בהם ספקי התוכנה מתחרים אחד בשני, המדובר הוא בהסדר אופקי והוא נופל לתחומי אחת החזקות החלוטות המנויות בסעיף 2(ב). במקרה כזה, ולאור הפרשנות הנוכחית של סעיף 3(2) הגורסת כי סעיף זה אינו חל על הסדרים אופקיים, הרי שהמדובר הוא בהסדר כובל לפי דיני ההגבלים העסקיים. נוכחנו שרק במקרה שנתח השוק הפורמאלי של הצדדים להסדר הוא קטן דיו, קיים פטור סוג שפוטר מהחובה לקבל אישור להיות צד להסכם מביה"ד. אך במקרה בו נתח השוק גדול, הרי שפטור הסוג אינו חל ועצם היותו של מישהו צד להסדר מהווה עבירה. השוני בין

⁶⁷ GPLv3 בסעיף 2.

⁶⁸ יש להראות שהצעתו של בעל הזכות שכתב את הרישיון התקבלה אצל הניצע. עם זאת, כיוון שמדובר בחוזה חניס, ישנה חזקת קיבול: סעיף 7 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 306.

⁶⁹ הכוונה לסעיף הוראלי ברישיון. סעיף זה מחייב את הצרכן-ספק להפיץ את החלק שהוא יצר תחת רישיון ה-GPL ובכך פוגע בתמריץ הכלכלי שדיני הקניין הרוחני מתכוונים להעניק לו.

⁷⁰ סעיף 15 לחוק ההגבלים העסקיים.

⁷¹ כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), תשס"ו-2006, ק"ת 796.

⁷² להבדיל מהדיון שיעשה בהמשך בפרק "בחינת מעמדה המונופוליסטי של Free Software Foundation", שם נבחן את נתח השוק שיש לרישיון ה-GPL בשוק המתאים, כאן אנו בוחנים את נתח השוק שיש לתוכנה הספציפית הרשויה ברישיון GPL.

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

הדין הישראלי לאמריקאי נובע בעיקר מהעדר קיומו של כלל מקביל לכלל שנקבע בעניין BMI. בניגוד לדין האמריקאי, בדין הישראלי הסדר הנופל לאחת החזקות החלוטות הינו הסדר כובל אף אם הוא נדרש בכדי ליצור "מוצר חדש" והוא עומד בכלל הסבירות. הדין הישראלי דורש אישור ex-ante של הסדר כזה ומי שבוחר להיות צד בהסדר שכזה לפני שניתן אישור כאמור מבצע עבירה.

בחינת מעמדה המונופוליטי של Free Software Foundation

בפרק זה אבחן האם ה-FSF מהווה מונופול כהגדרת דיני ההגבלים העסקיים. ההגדרה הכלכלית של מונופול מדברת על ספק שיש לו כוח שוק מוחלט והוא יכול לקבוע כל מחיר למוצר כרצונו. לעומת זאת, בתחרות משוכללת לכל פירמה אין כלל כוח שוק והיא כלל אינה יכולה להשפיע על מחיר המוצר. בעולם המציאותי, בניגוד למודלים התיאורטיים הטהורים, מעטות הפירמות שזכות בכוח שוק מוחלט שכזה וקיימים אינסוף סוגים של מצבי ביניים. במצבי הביניים ישנן פירמות שלהן כוח שוק המאפשר להן להעלות את מחיר המוצר, אך הן אינן יכולות לעשות זאת כרצונן. נהוג לגזור את מידת כוח-השוק של פירמה על ידי שקלול של שלושה פרמטרים: גמישות הביקוש למוצר אותה היא מוכרת, קיומם של חסמי כניסה ומידת הריכוזיות של השוק⁷³. גמישות הביקוש מודדת את השינוי במספר הלקוחות המוכנים לרכוש את המוצר באם מחיר המוצר עולה⁷⁴. ככל שהביקוש למוצר קשיח יותר (או גמיש פחות) הרי שהעלאה במחיר המוצר תגרור אחריה גריעה קטנה יותר של מספר הלקוחות הרוכשים. הפירמה תעדיף להעלות את מחיר המוצר עד אשר הפסד הפדיון שלה מעזיבתם של הלקוחות שאינם מוכנים לשלם עוד אינו מכוסה ע"י תוספת הפדיון מהתשלום הגבוהה יותר הנגבה מהלקוחות שנשארו. חסמי כניסה המונעים כניסתם של מתחרים לשוק מאפשרים לפירמה הפועלת בשוק יכולת להעלות את מחיר המוצר. בשל חסמי כניסה שכאלו גם אם הפירמה תעלה את המחיר מעל למחיר התחרותי, פירמות נוספות לא יוכלו לנצל את ההזדמנות להתחיל למכור את המוצר במחיר נמוך משל הפירמה. מידת הריכוזיות של השוק מהווה פרמטר משלים לפרמטר השני. ככל שהשוק ריכוזי פחות הרי שיש יותר פירמות הפועלות בו. במצב כזה, אפילו אם לא תהיה פירמה אחת שתוכל להיכנס לשוק ולהתחיל למכור את המוצר במחיר תחרותי, אחת הפירמות שכבר נמצאות בשוק תוכל להציע את המחיר התחרותי. ככל שהשוק ריכוזי יותר, גובר החשש שהפירמה תעלה את מחירה ולא "תיענש" על כך על ידי מתחרה, אלא כלל המתחרות יחלו בהעלאת מחירים והתאמתם למחיר החדש של הפירמה⁷⁵.

לכאורה, היה אפשר לבחון האם גוף מסוים הוא מונופול באם הוא היה גובה מחיר הגבוה מהעלות השולית ביצור המוצר. הבעיה במבחן מסוג זה היא שהוא מניח שניתן לגלות את עלות הייצור השולית של הפירמה⁷⁶. אף אם מבחינה מעשית היינו יכולים לעשות כן, אין כל סיבה לחשוב כי פירמה מסוימת היא דווקא פירמה יעילה ועל כן העלות הייצור השולית שלה אינה בהכרח זהה למחיר התחרותי.

⁷³ F. H. Easterbook *The Limits of Antitrust* 63 Tex. L. Rev. 1, 19-20 (1984)

⁷⁴ את הביקוש למוצר נהוג לתאר בתור פונקציה המקשרת בין מחיר המוצר לבין מספר הלקוחות המוכנים לרכוש אותו. פונקציה זו הינה פונקציה מונוטונית יורדת. דהיינו, אם המחיר עולה, ערך הפונקציה, קרי מספר הלקוחות הרוכשים, לא

יעלה. מבחינה פורמאלית, פונקציית הביקוש הינה: $D: R \rightarrow R$ והיא מקיימת לכל $x \in R$: $\partial D / \partial x \leq 0$.

⁷⁵ התאמה שכזו מותרת והיא מאפיין שכיח בשוק אוליגופוליטי. ראו: ת"פ (מחוזי י-ם) 417/97 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.2.2002).

⁷⁶ למשל: פירמה עשויה להעלות את שכר העובדים שלה ולטעון שבשל כך העלות השולית בייצור המוצר היא גבוהה יותר.

ההגדרה המשפטית של מונופולין, מעדיפה גישה אחרת. במקום לבחון האם לפירמה יש כוח שוק כלכלי, היא מניחה שפירמה בעלת כוח שזכה תצליח להשיג לעצמה נתח שוק גדול. על כן, פירמה בעלת נתח שוק גדול מהווה מונופולין במובנו המשפטי⁷⁷. הדין הישראלי קובע כי פירמה בעלת נתח שוק של למעלה מ-50% מהווה מונופולין⁷⁸. למרות שמדובר במבחן פורמאלי שאמור ליצור כלל משפטי ודאי, לא כך הדבר. מבחן זה מכריח את ביהמ"ש להכריע מהו השוק בו פועלת הפירמה⁷⁹. במרכז הגדרת השוק הרלוונטי למוצר ניצבת שאלת התחלופיות של המוצר⁸⁰: בהגדרת השוק נכללים כל אותם מוצרים שהם תחליפיים במידה קרובה מספיק למוצר נשוא הדיון⁸¹. היה ויש מוצר שאין לו תחליף, הרי שהשוק של אותו המוצר ייחשב כשוק כולו. כאשר יש שני מוצרים תחלופיים, ואין בלתי, הרי שהשוק יהיה השוק שבו מצויים שני המוצרים הללו. הדבר נגזר מכך שכאשר יש מוצר תחלופי אזי באם מפיץ בשוק ינסה להעלות את מחיר המוצר, התנהגות זו תגרור למעבר צרכנים למוצר החלופי.

המבחן המקובל ברחבי העולם המערבי לקביעת היקף השוק הוא מבחן *SSNIP*⁸². מבחן זה בוחן את תחליפיות הביקוש בין המוצרים, כאשר מידת התחליפיות נמדדת על-פי גמישות הביקוש הצולבת ביחס למחיר. מבחן זה מודד את השפעת השינוי במחירו של מוצר אחד על הביקוש של המוצר האחר. בהתקיים גמישות ביקוש צולבת גבוהה של שני המוצרים, ניתן לומר שהמוצרים תחליפיים⁸³ זה לזה. לפי מבחן זה, בוחנים מה יקרה כאשר מחיר המוצר יעלה בשיעור קטן אך משמעותי לתקופת זמן לא

תעריפי החשמל של חברת החשמל נקבעים ע"י הרשות לשירותים ציבוריים-חשמל, בין היתר, לפי אומדן העלות השולית בייצור החשמל. הרשות מתייחסת לעלות בפועל של חברת החשמל, אך היא יכולה להתעלם מעלויות שלדעתה אינן נדרשות לשם ייצור החשמל. www.pua.gov.il/pua/doi_iiis.dll/Serve/item/Hebrew/1.1.2.2.1.html

⁷⁷ ראו: H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 122 (1999)

⁷⁸ סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים. עם זאת החוק משאיר מקום לשר התעשייה והמסחר להכריז על גוף כמונופול אף אם הוא בעל נתח שוק הקטן מ-50%. ראו סעיף 26(ג) לחוק.

⁷⁹ עיקר הדיון בעניין הכרזה על מונופולין הוא בהגדרתו של השוק הרלוונטי. ראו כדוגמות: ערר (מחוזי י-ם) 7/95 **בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, דינים-מחוזי לב(1) 66, ע"א 2247/95 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף ושיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**, פ"ד נב(5) 213, ה"ע (מחוזי י-ם) 3/97 **מגל מערכות בטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, תק-מח 2001(3) 39047, ערר (מחוזי י-ם) 10/99 **תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים** (לא פורסם, 20.9.2004).

⁸⁰ ראו: הגדרת "שוק מוצר" בכללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), התשס"א-2001, ק"ת 658. זהו המבחן בכל העולם המערבי.

⁸¹ עניין **מגל** (הערה 79 לעיל)

⁸² Small but Significant Non-transitory Increase in Price. ראו: L.A. Sullivan, *Handbook of the Law of Antitrust*, 41 (1977), I. Van Baell and J.F. Bellis, *Competition Law of the European Community*, 71-72 (1994)

⁸³ עניין **בזק** (הערה 79 לעיל)

מוגבלת. העלאת מחיר בצורה שכזו שתביא למעבר קונים מהמוצר שמחירו עלה למוצרים תחליפיים באופן שיפגע ברווחי היצרן, משקפת תחליפיות גבוהה בין המוצרים⁸⁴. יישום מבחן ה-*SSNIP* מחייב בדיקה אקונומטרית על בסיס נתונים אמפיריים, ובשל כך לעיתים היישום הוא בלתי אפשרי. על כן, ביה"ד והממונה נעזרים באמות מידה פרקטיות שאינן דורשות נתונים מסוג זה⁸⁵. אמות מידה אלו כוללת את המבחן הפונקציונאלי, אשר בוחר את הייעוד ואת השימוש שנעשה במוצרים; הנתונים הפיזיים-אובייקטיביים של המוצר; מחיר המוצרים; מבנה הביקוש וההיצע תוך אפיון הלקוחות והספקים המרכזיים; הפרספקטיבות בקרב הנפשות הפועלות; ומאפיינים אחרים של המוצרים, אשר יכולים להצביע על מידת התחליפיות ביניהם.

FSF כמונפולין

מהו השוק בו *FSF* פועל? רישיון ה-*GPL* הוא המוצר אותו *FSF* מספק ולכן נניח בתחילה שזהו השוק כולו. נניח כעת שה-*FSF* מחליט להתחיל לגבות מחיר קטן וזעום עבור שימוש ברישיון ה-*GPL* שלו⁸⁶. עלינו לבדוק האם צרכני רישיון ה-*GPL* יחליטו להתחיל ולצרוך חוזה אחר במקומו. ישנם שני סוגים של צרכני רישיון ה-*GPL*, צרכנים ראשוניים וצרכנים שניוניים. הצרכנים הראשוניים הם הצרכנים שבחרים להשתמש ברישיון ה-*GPL* מתוך שיקול דעתם שלהם. הם מייצרים תוכנה בעצמם (או לוקחים חלקי תוכנה הרשויים תחת רישיון חופשי שאין לו סעיף ויראלי דוגמת רישיון ה-*BSD*⁸⁷) ובחרים להפיץ אותה תחת רישיון ה-*GPL*. הצרכנים השניוניים, לעומתם, נאלצים להשתמש ברישיון ה-*GPL* כיוון שהם רוצים לנצל ולשנות תוכנה אחרת הרשויה כבר תחת רישיון ה-*GPL*. כיוון שהצרכנים השניוניים כבולים להמשיך ולצרוך את רישיון ה-*GPL*, העלאת המחיר לא תגרום להם לצרוך רישיון תוכנה אחר במקומו. לדוגמה, כיום כל מי שרוצה לשנות את מערכת ההפעלה לינוקס הינו צרכן שניוני שכן הוא מחויב להפיץ את התוכנה הנגזרת תחת רישיון ה-*GPL*. לעומתם, לינוס טורבאלדס, שייצר את מערכת ההפעלה לינוקס, היה צרכן ראשוני כשהחל את מלאכת בניית מערכת ההפעלה.

השאלה האמפירית-סטטיסטית העולה מהאמור היא מה אחוז הצרכנים הראשוניים ומהו אחוז הצרכנים השניוניים? כך למשל, אם כלל משתמשי רישיון ה-*GPL* כיום הם צרכנים שניוניים הרי שהשוק הרלוונטי הוא השוק הכולל בחובו רק את רישיון ה-*GPL*. אפילו אם נניח שלא כך הדבר, ושכלל צרכני רישיון ה-*GPL* אינם כבולים להשתמש דווקא ברישיון זה, נוכל להיעזר במבחן

⁸⁴ עניין תנובה (הערה 79 לעיל), 233.

⁸⁵ למשל: החלטת הממונה בענין רכש דיקלה ע"י הראל, המשמר ומור מכון למידע רפואי, קובץ פסיקה א' 158

⁸⁶ נהוג לבחון מה יקרה אם יעלו את מחיר המוצר ב-10%-5%. אך כאשר המדובר במחיר ראשוני של אפס תחילה יש להעלות את המחיר למחיר חיובי כלשהו.

⁸⁷ *Open Source Licensing*, 316-319

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

הפונקציונאלי. לפי מבחן זה יש צורך לבחון את הייעוד והשימוש אשר נעשה ברישיון ה-GPL וכך ניתן יהיה להסיק האם ישנם מוצרים תחליפיים לו.

מבחינה פילוסופית רישיון ה-GPL מאפשר לאדם להפיץ תוכנה חופשית, תוכנה המעניקה למשתמשים בה מספר חירויות⁸⁸. לספקיות הבחורות את רישיון ה-GPL מטעמים אלו אין תחליף אמיתי בשוק⁸⁹ לרישיונות אותם מספק ה-FSF. לעומת ספקיות אלו, יש ספקיות תוכנה רבות הנעזרות ברישיון ה-GPL מתוך רצון לפעול במודל פיתוח התוכנה של ה"בזאר"⁹⁰, מודל פיתוח הדוגל בפרסום קוד המקור של התוכנה בכדי שגם משתמשי הקצה יוכלו לעזור בפיתוח התוכנה. מבחינת ספקיות אלה, כל רישיון אחר שיאפשר להן להשתמש באותו מודל פיתוח הוא חלופה טובה מבחינה פונקציונאלית⁹¹. מן האמור עולה כי לפי המבחן הפונקציונאלי השוק המדובר כולל בחובו, לכל היותר, את כלל הרישיונות המאפשרים פיתוח במודל ה"בזאר". לפי אתר freshmeat.net, אתר המאגד מספר רב של תוכנות קוד-פתוח, כ-70% מכלל תוכנות הקוד-הפתוח מופצות תחת רישיון של ה-FSF⁹². דהיינו, ה-FSF מחזיק נתח שוק של לפחות כ-70%: בדיוק 70% אם השוק הוא כל רישיונות החלופיים ויותר במקרה שהשוק כולל רק רישיונות תוכנה חופשית או אם אחוז המשתמשים השניוניים גדול. על כן, לפי הגדרת חוק ההגבלים העסקיים הישראלי, ניתן להכריז על ה-FSF כעל מונופולין בשוק בו הוא פועל.

נפקות ההכרזה

ההכרזה על היות תאגיד מסוים מונופולין יוצרת מספר נפקויות: הממונה מקבל כוח רגולטורי על התאגיד⁹³, ישנו איסור על החברה לסרב בצורה לא סבירה ספק מוצר⁹⁴ וכן איסור לנצל את המעמד המונופוליסטי לרעה⁹⁵ ובמקרים חריגים, בהם קיומו של המונופולין פוגע בציבור, ניתן לפרק את התאגיד לשני תאגידים נפרדים⁹⁶. הכוח הרגולטורי הנתון לממונה כולל את היכולת לחייב את

⁸⁸ ראו: "Why 'Free Software' is Better Than 'Open Source'" (הערה 3 לעיל)

⁸⁹ עם זאת, הן יכולות לייצר לעצמן רישיונות שכלאו בעלות נמוכה יחסית. כמו-כן, חסמי הכניסה לשוק זה הם מזעריים. כל זאת בכפוף לקושי המהותי שיוצר הסעיף הויראלי. הדיון על כך בהמשך, בטקסט שליד ה"ש 100-103.

⁹⁰ The Cathedral & the Bazaar (הערה 7 לעיל)

⁹¹ חלופות כדוגמת רישיונות: BSD, AFL, MPL, IBM Public License, SPL, OSL. ראו רשימת רישיונות קוד-פתוח המוכרים על ידי ה-Open Source Initiative: opensource.org/licenses.

⁹² freshmeat.net/stats/. באתר מקוטלגים 42,032 פרויקטי קוד-פתוח שונים. מתוכם 66% מופצים תחת רישיון ה-GPL. הרישיון השני הכי נפוץ הינו רישיון GNU Lesser General Public License (LGPL) של ה-FSF גם כן. 6.42% מהפרויקטים מופצים תחת רישיון זה.

⁹³ סעיפים 27 ו-30 לחוק ההגבלים העסקיים.

⁹⁴ סעיף 29 לחוק ההגבלים העסקיים.

⁹⁵ סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים.

⁹⁶ סעיף 31 לחוק ההגבלים העסקיים.

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

המונופולין להביא את חוזיו האחידים בפני אישור ביה"ד לחוזים מיוחדים, הכוח לחייב את המונופולין לעמוד בתקנים קיימים ובנוסף כוח שיורי לתת כל הוראה הנדרשת בכדי למנוע פגיעה בתחרות או בציבור.

הסעיף הויראלי ברישיון ה-GPL מחייב את מפיץ התוכנה הנגזרת להפיצה תחת רישיון ה-GPL גם כן. סעיף זה, אותו ניסח ה-FSF, למעשה מחייב את הצרכן שבוחר להפיץ תוכנה נגזרת להשתמש ברישיון של ה-FSF. בכך, ה-FSF כובל את שיקול דעתו ומונע ממנו אפשרות לבחור ברישיון אחר. בצורה זו ה-FSF מרחיב את נתח השוק שלו ואת אחיזתו בצרכנים. הסעיף הויראלי משמש בדיוק למטרה זו, כוירוס המופץ ממקור אחד הוא הולך ומתפשט ומדביק עוד ועוד נשאים מתוך מטרה שכל תוכנה שהחלה את דרכה כתוכנה חופשית תישאר כזו. ניתן לטעון שיש בכך בכדי לפגוע בתחרות ולהוות התנהגות שהיא ניצול לרעה של מעמד. טענה זו תוכל להתקבל באם תניה זו היא באמת ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה. ראשית, ניתן להתרשם שגם רישיונות קוד-פתוח מקבילים נעזרים בסעיף ויראלי שכזה⁹⁷. דהיינו, המתחרים בשוק נוקטים בצעד זה ולא רק בעל המונופולין ובכך יש אינדיקציה טובה שהכנסת סעיף זה לרישיון אינו מהווה ניצול לרעה של כוחו המונופוליסטי של ה-FSF. שנית, ניתן להבין מדוע הסעיף הויראלי הינו סעיף הכרחי ברישיון קוד-פתוח. אחת ממטרות רישיון קוד-פתוח הינה הבטחת הפצתה החופשית של התוכנה. ללא הסעיף הויראלי, מקבל הרישיון היה יכול ליצור יצירה נגזרת ולהופכה לתוכנה קניינית שלו⁹⁸. אכן הסעיף הויראלי הוא הכרחי ונדרש, אך אולי היה עדיף לאפשר להפיץ את היצירה הנגזרת תחת רישיון קוד-פתוח כלשהו ולא דווקא רישיון ה-GPL? הבעיה היא שלא כל הרישיונות מעניקים את אותה מידה של חופש. כל רישיון מעניק זכויות דומות, אך, עדיין, שונות⁹⁹. על כן, אם ה-FSF מעוניין לייצר תוכנה חופשית הוא רוצה להבטיח שגם התוכנה הנגזרת שלה תשמר חופשית ועל כן, הרישיון שיחול עליה חייב לשמר את החירויות אותן הוא רואה כהכרחיות.

הסעיף הויראלי יוצר בעיה נוספת והיא יצירתו של חסם כניסה לרישיונות אחרים וזאת בשל חוסר תאימות בין הרישיונות השונים¹⁰⁰. תוכנה הרשויה תחת רישיון ה-GPL לא יכולה להיות משולבת

⁹⁷ למשל סעיף 3.2 לרישיון ה-MPL. ראו: www.mozilla.org/MPL/MPL-1.1.html, *Mozilla Public License Version 1.1*.

⁹⁸ מעניין לציין שמרישיון ה-BSD נעדר סעיף ויראלי. רישיון זה אשר שלט בכיפה בעבר, מחזיק כיום נתח שוק מזערי של כ-5%. ראו: freshmeat.net (הערה 92 לעיל). על ההיסטוריה של רישיון זה, ראו: *Berkeley Software Distribution*, en.wikipedia.org/wiki/Berkeley_Software_Distribution, **Wikipedia: The Free Encyclopedia**. הסעיף הויראלי גם חייב לדרוש מחיר אפס בכדי שהפצת התוכנה החופשית תהיה אפקטיבית. **GPL Price Fixing**, 558-559.

⁹⁹ על השוני בין מספר רישיונות קוד-פתוח מובילים ועל שיקולים בבחירת רישיון זה או אחר, ראו: **Open Source Licensing**, 229-254.

¹⁰⁰ **Open Source Licensing**, 243-251.

יחדיו בתוכנה נגזרת עם חלק תוכנה הרשויה ברישיון שאינו תואם לה, כדוגמת רישיון ה-MPL¹⁰¹. מכיוון שכך, ומכיוון שפרויקטים רבים של תוכנות קוד-פתוח נבנים האחד על גבי השני, כל תוכנה הרשויה ברישיון שאינו תואם את רישיון ה-GPL נמצאת בעמדת נחיתות. פיתוח של תוכנה כזו מוגבל במובן שהוא אינו יכול להתבסס על קוד המקור של תוכנות קוד-פתוח הרשויות תחת רישיון ה-GPL¹⁰². כלומר, מבין כל תוכנות קוד-פתוח המופצות באינטרנט, לפחות 70% מהן אינן שימושיות עבורו¹⁰³.

חשש נוסף נובע מכך שהרישיון מאפשר לספקית לבחור איזה גרסה של רישיון ה-GPL תחול על התוכנה הנגזרת אשר ייצר הצרכן-ספק. היא יכולה לדרוש שהגרסה החדשה ביותר תשרור והיא יכולה לקבוע שגרסה מסוימת תחול. אפשרות אחרת העומדת לרשותה היא להותיר את הבחירה לצרכן-ספק¹⁰⁴. על-כן, ה-FSF יכול בעתיד ליצור גרסה מיוחדת של רישיון ה-GPL, נכנה אותה גרסה 666 שמלבד התניות הרגילות יהיה בה סעיף נוסף הקובע: "באם מקבל הרישיון (licensee) הינו ה-FSF, אזי נתונות לו הזכות להשתמש, הזכות להעתיק, הזכות ליצור יצירה נגזרת והזכות להפיצה בחינם וללא כל תמורה". סעיף נוסף זה יאפשר ל-FSF לאסוף כל התוכנות החופשיות המופצות תחת רישיון ה-GPL ללא קביעה מדויקת של גרסה ולייצר מהן תוכנות קנייניות שלו. אכן, מדובר בתרחיש הזוי ולא סביר. ה-FSF הינו ארגון המפיץ את האידיאולוגיה של "תוכנה חופשית" ואין זה מתקבל על הדעת שדווקא הוא יחתור תחתיה. עם זאת, אין מנגנון חוקי המונע ממנו לעשות כן והכוח מצוי בידיו¹⁰⁵.

¹⁰¹ לרשימה של רישיונות תואמים ולא תואמים ראו: **Wikipedia: The Free List of software licenses**, **Encyclopedia**, en.wikipedia.org/wiki/List_of_software_licenses

¹⁰² הכוונה לפיתוח ע"י העתקת חלקים מהתוכנות השונות. פיתוח בצורה זו אסור אלא אם הותר על ידי הרישיון או על ידי בעל הזכויות באופן פרטני. העתקה של האלגוריתם העומד מאחורי התוכנה מותרת שכן האלגוריתם עצמו אינו מוגן בזכויות יוצרים. סעיף 7 לפקודת זכות יוצרים, 1924 (להלן: פקודת זכות יוצרים).

¹⁰³ מן הצד השני, אנו רואים כי ישנה השפעה חיובית בצורת אפקט רשת משימוש ברישיון ה-GPL: ככל שירבה השימוש ברישיון זה, כך התועלת המופקת לכל ספקית המשתמש ברישיון יגדל.

¹⁰⁴ סעיף 9 ל-GPL קובע:

"[...]Each version is given a distinguishing version number. If the Program specifies a version number of this License which applies to it and "any later version", you have the option of following the terms and conditions either of that version or of any later version published by the Free Software Foundation. If the Program does not specify a version number of this License, you may choose any version ever published by the Free Software Foundation".

¹⁰⁵ הרישא של סעיף 9 ל-GPL קובעת "The Free Software Foundation may publish revised and/or new versions of the General Public License from time to time. Such new versions will be similar in spirit to the present version, but may differ in detail to address new problems or concerns. אך כיוון שמדובר ברישיון קנייני שמפיצה הספקית, בעלת הזכות הקניינית בתוכנה או, לחילופין, חוזה בין הספקית לבין צרכן, ה-FSF אינו צד בעניין ותניה

נקודה נוספת למחשבה היא העובדה שה־FSF מעודד את ספקיות התוכנה החופשית להעביר אליו את הזכויות בתוכנה. לטענתו, העברת הזכויות אליו מקלה על אכיפת הרישיון במקרים של הפרה, כיוון שבמצב כזה הוא עצמו יכול להיות התובע¹⁰⁶. לעומת טיעון זה, טיעון חלופי אפשרי יכול להיות שה־FSF מעוניין להשתלט על זכויות רבות ככל הניתן. זכויות אלו מועברות אליו לצמיתות ועל כן הוא אינו כבול בתנאי הרישיון בשימוש בהם. במצב כזה, ההטבות שישאב ה־FSF גדולות מההטבות שיכל היה להשיג באמצעות רישיון GPL גרסה 666. ניצול לרעה של מעמדו בעניין זה יהיה אם ה־FSF מחייב, או אם מבחינה אופרטיבית הוא כופה, את היוצרים להעביר אליו את הזכויות¹⁰⁷ שלא על דרך הנאמנות. באם העברת הזכויות היא בנאמנות, אזי ה־FSF מחויב לתנאי הנאמנות שבדאי כוללים את החובה להמשיך ולהפיץ את התוכנה כתוכנה חופשית. פעילות כזו, כנאמנות, יכול שהיא אף הכרחית בכדי להבטיח את החופש של היצירה גם לאחר מותו של היוצר. לאחר מותו, הבעלות בתוכנה עוברת ליורשיו¹⁰⁸ והם עשויים לבחור לבטל את רישיון ה־GPL ולהתחיל להפיץ את התוכנה כתוכנה קניינית¹⁰⁹. פתרון אפשרי המונע אפשרות זו היא המחאת הזכות לנאמן כלשהו¹¹⁰, או ל־FSF בפרט.

המלצות

בשלב זה, לאחר שסקרנו וראינו מה הסכנות האורבות בריכוזיות של שוק רישיונות קוד-פתוח בידי גוף אחד, נותר לקבוע מה עלינו לעשות בכדי להימנע מאותן סכנות. כפי שכבר ציינתי, מטרתו של ה־FSF הינה להפיץ את אידיאולוגיית התוכנה החופשית בעולם. כלל הסכנות עליהן הצבעתי נובעות מרצון להשתמש בתוכנות כתוכנות קנייניות. על-כן, החששות שלעיל נדמים כחששות מוגזמים ולא מציאותיים.

זו אינה מחייבת אותו כלפי הצדדים. ניתן לטעון כי קיומו של סעיף זה מהווה חוזה נפרד בין ה־FSF לבין שני הצדדים בו ישנה התחייבות שהגרסאות הבאות יהיו בעלות אותו אופי.

Eben Moglen, *Why the FSF gets copyright assignments from contributors*, www.gnu.org/licenses/why-assign.html¹⁰⁶

למרות שמבחינה חוקית הוא אינו עושה זאת, ה־FSF מנסה לגרום לכל מי שמעדכן פרויקט שבבעלות ה־FSF להעביר את זכויותיו ל־FSF או לפחות להקדיש אותן לנחלת הכלל. יתכן שבעתיד הוא יימצא מנגנון המחייב אותם לעשות כן. ראו: *Frequently Asked Questions about the GNU GPL*, www.gnu.org/licenses/gpl-faq.html, www.gnu.org/licenses/gpl-faq.html#AssignCopyright

¹⁰⁷ הפן הכלכלי של זכות היוצרים תמשיך להתקיים לכל היותר שבעים שנה לאחר מותו. סעיף 5(4) לפקודת זכות יוצרים. הפן המוסרי (הזכות המוסרית) תמשיך להתקיים אף לאחר מכן.

¹⁰⁸ כמובן שהם יוכלו להפוך רק את החלקים של התוכנה החופשית שבבעלות המנוח ולא חלקים שהתווספו על ידי יוצרים נוספים במהלך הזמן.

¹⁰⁹ רעיון זה לקוח מתחום הנאמנות בקרקעות. ראו: *A Land Trust Model*.

לו ה־FSF היה מוסד ממשלתי, לדידי בכך היה מסתיים הדיון. אך ה־FSF הוא מוסד פרטי הפועל בשוק החופשי ויוצר הסדרה פרטית בו¹¹¹. הוא נעזר בדיני זכויות היוצרים בכדי ליצור מנגנון אחר, מנגנון של תוכנה חופשית, שהדין אינו מכיר במפורש. אך אם ה־FSF הינו אירגון פרטי, אין דבר המונע ממנו לשנות את ייעודו בכל רגע נתון. הצבעת דירקטוריון אחת ומטרותיו ישונו. בדיוק מהצבעה זו אנו צריכים לחשוב.

הכרזה על ה־FSF כמונופולין בתחומו עשויה להפיג את החשש. ההכרזה היא דקלרטיבית בלבד¹¹², אך היא מתריעה בפני ה־FSF כי באם יחרוג מ"סמכותו המוסרית", הפצת אידיאולוגיית התוכנה החופשית, ויחל להשתמש בכוחו למען הפקת רווחים לו או לאחרים ע"י תוכנות קנייניות, תהיה שוט שתונף לעברו. דהיינו, הכרזתו של הממונה על ה־FSF כעל מונופולין היא אף באינטרס הישיר של ה־FSF. בצורה זו תובטח התנהגותו ההולמת גם בעתיד. הממונה יוכל להגביל את צעדי ה־FSF באם הם יחלו להוות ניצול מעמדו לרעה בכל אחת מהדרכים שמניתי לעיל. זאת ועוד, הממונה יוכל לחייב את ה־FSF להביא את רישיון ה־GPL לאישור על ידי ביה"ד לחוזים אחידים¹¹³ ובכך להבטיח שרישיון כגון רישיון ה־GPL גרסה 666 לעולם לא יוצר¹¹⁴.

לעומת זאת, ה־FSF עשוי לחשוש מהסדרת יתר על ידי דיני ההגבלים העסקיים. כיוון שרישיון ה־GPL מופץ ברחבי העולם, ובהנחה שנתח השוק שלו בכל העולם הוא זהה, הרי שבמדינות רבות ה־FSF מחזיק בנתח שוק נכבד. אף אם דיני ההגבלים העסקיים הם שונים בין מדינה למדינה, סביר שהוא יפול להגדרות נוספות של מונופולין הניתן להסדרה גם במדינות אחרות מלבד ישראל¹¹⁵. במקרה כזה, כל רשות הגבלים עסקיים עשויה לבקש להסדיר את פעולתו בעצמה. במקרה הטוב, הדבר יגרום לחוסר יעילות וסירבול הליכי קבלת החלטות של המוסד. במקרה הרע, שתי רשויות יתנו הוראות הסדרה סותרות שלא יהיה ניתן לבצע את שתיהן¹¹⁶.

¹¹¹ על הסכנות בהסדרה פרטית בכלל ועל מגבלותיה ראו: ניבה אלקין-קורן, "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע", **עלי משפט** ב' 319 (2002)

¹¹² עניין **בזק** (הערה 79 לעיל).

¹¹³ סעיף 27(א1) לחוק ההגבלים העסקיים. כוח זה נתון בידי הממונה אף ללא חשש לפגיעה בתחרות. זאת בניגוד לכוח הרגולטורי השירי הקבוע בסעיף 30 לחוק.

¹¹⁴ בעניין זה, ל־FSF עשויה להיות התנגדות. ראשית, כיוון שהדבר מסרב את הפרוצדורה הארוכה ממילא של אישור גרסה חדשה של הרישיון. אומנם ה־FSF מעוניין לקבל תגובות רבות בכדי שהרישיון יהיה מוצלח ככל הניתן, אך הוא עדיין רוצה לשמר את כוח ההחלטה בידי. שנית, ה־FSF טוען שרישיון ה־GPL אינו חוזה אלא רישיון קנייני (ראו הטקסט שלידי ה"ש 60-68) ועל כן הוא לא יאות להביאו לאישור ביה"ד לחוזים אחידים.

¹¹⁵ כפי שהסברתי לעיל, נתח השוק מהווה אינדיקציה לכוח שוק. כאשר נתח השוק הוא נכבד כל כך וההבדל בין השחקן הגדול ביותר לשחקן השני בגודלו הוא כה עצום (ראו הערה 92 לעיל), גזירתו של כוח השוק מנתח השוק נראית כגזירה נכונה ומדוייקת.

¹¹⁶ למשל, בהקשר של הבאת רישיון ה־GPL לאישור. יתכן שרשות אחת תבקש להשאיר תנאי X ולהוציא תנאי Y ואילו רשות שניה תבקש להשאיר תנאי Y ולהוציא תנאי X.

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

בכדי לפתור חשש זה, ראוי יהיה להפעיל שיקול דעת בעת החלטה על שימוש בסמכויות הרגולציה של הממונה. באם רשות אחרת כבר החלה בהסדרת פעולותיו של ה-FSF, ראוי שנעניק לה מתחם של סבירות בפעילותה. רק באם הרשות חרגה ממתחם הסבירות, הממונה הישראלי יתערב וינסה לתקן את המעוות.

סיכום

מאחורי הרעיון של תוכנה חופשית ניצב עיקרון חירות הפרט והרצון להעניק לפרט את החירויות הבסיסיות המגיעות לו. רעיונות אלו, אף אם אין חולק כי הם אציליים וראויים, ממומשים ברישיון תוכנה ה-GPL בצורה שיכולה להיתפס כפוגעת בתחרות. בעוד שבדין האמריקאי, דיני ההגבלים העסקיים גמישים דים בכדי להכיר במורכבותו של ההסדר ולקבלו משום שהוא מעודד תחרות ויוצר תוצר חדש, תוכנת קוד-פתוח, אותה מפתחים אלפי מתכנתים ברחבי העולם, הדין הישראלי קבע לעצמו חזקות חלוטות שקובעות נחרצות כי ה-GPL מהווה הסדר כובל. הדין הישראלי מחייב דיון אפריורי ביתרונותיו וחסרונותיו של ההסדר בכדי שיהיה ניתן להיות צד לו ועל כן, באם אף אחד מהפטורים השונים האפשריים לא חל, ישנו איסור פלילי להיות צד להסדר שכזה. המסקנה אליה אני מגיע בשלב זה היא הרת אסון: בישראל אסור לפתח תוכנה נגזרת ללינוקס, אסור לבנות דפדפן אחר המתבסס על מוזילה וכיו"ב. פתרון אופרטיבי ראשון ומידיי לחשש שאני מעלה צריך להיות הבאת רישיון ה-GPL בפני הממונה או ביה"ד לאישורו. אך אם טרם יאושר ה-GPL כאמור יגיע בפני ביהמ"ש תובע עקשן דוגמת דניאל וואלס האמריקאי, לא יהיה מנוס מלהכריז על רישיון ה-GPL כעל הסדר כובל אם הדין לא ישונה.

לאחר שבחלק הראשון של העבודה דנתי ברישיון ה-GPL מתוך נקודת מבט של הסדר בין ספקית תוכנה לצרכן, בחלקה השני של העבודה דנתי בהתנהלותו של ה-FSF כמפיץ התשומה "רישיון קוד-פתוח". הראתי שמדובר במונופול השולט בשוק רישיונות קוד-פתוח וכי בשל מעמדו זה ישנו חשש שהוא ינצל את כוחו. כבר כיום ה-FSF יצר חסם כניסה בעייתי לרישיונות אחרים הנובע מהסעיף הויראלי ה-GPL. עם זאת, הראתי שמדובר בסעיף הכרחי לשם השגת היעדים אותם הרישיון מנסה להשיג. כמו-כן, הראתי מספר תרחישים אפשריים בהם ה-FSF מנצל את מעמדו לרעה והדגמתי כיצד דיני ההגבלים העסקיים יכולים להפיג את החשש שה-FSF יפעל בדרך זו.

ביבליוגרפיה

מקורות בעברית

חקיקה

- חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 128
- חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 306
- פקודת זכות יוצרים, 1924

חקיקת משנה והחלטות

- החלטת הממונה בעניין התקשרויות לאספקה ולרכישה של קמח כשר לפסח תשנ"ד, קובץ פסיקה א' 57
- החלטת הממונה בענין רכש דיקלה ע"י הראל, המשמר ומור מכון למידע רפואי, קובץ פסיקה א' 158
- כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג להסכמים שפגיעתם בתחרות קלת ערך), תשס"ו-2006, ק"ת 796
- כללי ההגבלים העסקיים (הוראות והגדרות כלליות), תשס"א-2001, ק"ת 658
- קביעה לפי סעיף 43(א)(1) והכרזה לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים בדבר הסדר כובל ובעל מונופולין אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ (טרם פורסם)

תזכירי חוק

- תזכיר חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 9), תשס"ה-2005

פסיקה

- ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817
- בש"א (י-ם) 2184/02 Microsoft Corp נ' אגמה מחשוב 1999, תק-מח 2002(3), 8667
- ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590
- רע"א 6233/02 אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, פ"ד נח(2) 634
- ערר (מחוזי י-ם) 7/95 בזק החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים-מחוזי לב(1) 66

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

- ע"א 2247/95 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף ושיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פ"ד נב(5) 213
- הי"ע (מחוזי י-ם) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (טרם פורסם, 29.4.2004)
- ת"פ (מחוזי י-ם) 417/97 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 22.2.2002)
- ד"נ 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56
- הי"ע (מחוזי י-ם) 3/97 מגל מערכות בטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מח 39047, (3)2001
- ע"פ 4855/02 מדינת ישראל נ' בורוביץ, פ"ד נט(6) 776
- ת"א (מחוזי י-ם) 396/87 קיסין נ' פטרולוג, דינים מחוזי לב(6) 650
- ערר (מחוזי י-ם) 10/99 תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (לא פורסם, 20.9.2004).

מאמרים

- ניבה אלקין-קורן, "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע", עלי משפט ב' 319 (2002)
- ניבה אלקין-קורן, "זכויות יוצרים ותחרות: משוק יצירות למשטר רישוי", דין ודברים ב' 485 (2006)
- דיויד גילה, "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוקיים? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים" עיוני משפט כז' 751 (2004).
- מיכל (שיצר) גל, "מונופולים בתחרות – האיזון שבין חדשנות ויצירתיות ובין הפגיעה בתחרות בדיני ההגבלים העסקיים", דין ודברים ב' 425 (2006)
- אריאל כץ, "מונופולין ותחרות בניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי", דין ודברים ב' 551 (2006)
- דפנה לוינסון-זמיר, "שיקולים כלכליים בהגנה על המצאות", משפטים יט 143 (1989)
- איריס סורוקר, "הפקעת ההגנה הקניינית מבעל הפטנט בנקודת היהפכותו למונופול", עיוני משפט כט(3) 509 (2006)
- גיא פסח, "אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים – מבט נוסף על יעילות והגינות", דין ודברים ב' 621 (2006).

מקורות באנגלית

פסיקה

- Assesment Technologies v. Wiredata Inc. 350 F. 3d 640 (7th Cir., 2004)
- Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc. 441 U.S. 1 (1997)
- Home Placement Service, Inc. v. Providence Journal Co., 682 F.2d 274 (1st Cir. 1982)
- Palmer v. BRG of Georgia, Inc., 498 U.S. 46
- Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)
- State Oil Co. v. Khan, 522 U.S. 3 (1997)
- USM Corp. v. SPS Technology Inc. 694 F.2d 505 (7th Cir. 1982)
- Wallace v. IBM, 467 F.3d 1104 (7th Cir., 2006)

מאמרים

- Heidi S. Bond, *What's so Great about Nothing? The GNU General Public License and the Zero-Price-Fixing Problem*, 104 Mich. L. Rev. 547
- F. H. Easterbook *The Limits of Antitrust* 63 Tex. L. Rev. 1, 19-20 (1984)
- Niva Elkin-Koren, *What Contracts Can't Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons*, 74 For. L. Rev. 375 (2005)
- Robin Feldman, *The Open Source Biotechnology Movement: Is It Patent Misuse?* 6 Minn. L.J. Sci. & Tech. 117
- Robert W. Gomulkiewicz, *General Pulic License 3.0: Hacking The Free Software Movement's Constitution*, 42 Hous. L. Rev. 1015, 1025-1026 (2005)
- David McGowan, *The Legal Implications of Open Source Software*, 2001 U. Ill. L. Rev. 241, 299 (2001)
- Eben Moglen, *Free Software Matters: Enforcing the GPL, I*, LinuxUser (2001), available at: emoglen.law.columbia.edu/publications/lu-12.html
- Christian H. Nadan, *Open Source Licensing: Virus or Virute?* 10 Tex. Intell. Prop. L.J. 349
- Molly Shaffer Van Houweling, *Cultivating Open Information Platforms: A Land Trust Model*, 1 J. Telecom. & High Tech. J. 97 (2005)

- Greg Vetter, *Infectious Open Source Software: Spreading Incentives or Promoting Resistance?* 36 Rutgers L.J. 53
- Jason B. Wacha, *Taking the Case: is the GPL Enforceable?*, 454 Santa Clara Computer & High Tech L. J. 21, 456 (2005)

ספרים

- William C. Holmes, *Intellectual Property and Antitrust Law* (2001)
- H. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* (1999)
- R. S. Pindyck and D. L. Rubinfeld, *Microeconomics* (2001).
- Richard A. Posner, *Antitrust Law* (2001)
- Ilkka Rahnasto, *Intellectual Property Rights, External Effects and Anti-trust Law* (2003)
- Eric S. Raymond, *The Cathedral & the Bazaar* (1999)
- Lawrence Rosen, *Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law*, (2005)
- L.A. Sullivan, *Handbook of the Law of Antitrust* (1977)
- I. Van Baell and J.F Bellis, *Competition Law of the European Community* (1994)

מקורות אחרים

- Charles W. Bailey, Jr. *What is open access?*, www.digital-scholarship.com/cwb/WhatIsOA.pdf
- Thomas Goetz, *Open Source Everywhere*, **Wired** 11.11, www.wired.com/wired/archive/11.11/opensource.html
- Declan McCullagh, *Mattel Suit Takes GNU Twist*, **Wired News**, www.wired.com/news/politics/0,1283,35226,00.htm
- Eben Moglen, *Why the FSF gets copyright assignments from contributors*, www.gnu.org/licenses/why-assign.html
- *Berkeley Software Distribution*, **Wikipedia: The Free Encyclopedia**, en.wikipedia.org/wiki/Berkeley_Software_Distribution

ז. גלסברג, קוד פתוח, שוק סגור: בחינת מוסד הקוד הפתוח תחת דיני ההגבלים העסקיים

- *Categories of Free and Non-Free Software*,
www.fsf.org/licensing/essays/categories.html
- *GNU General Public License*, www.gnu.org/copyleft/GPL.html
- *Mozilla Public License Version 1.1*, www.mozilla.org/MPL/MPL-1.1.html
- *GPLv3, 2nd discussion draft*, GPLv3.FSF.org/draft
- *Free Software Licenses Revocable?*, advogato.org/article/606.html
- *Frequently Asked Questions about the GNU GPL*, www.gnu.org/licenses/gpl-faq.html
- *List of software licenses*, **Wikipedia: The Free Encyclopedia**,
en.wikipedia.org/wiki/List_of_software_licenses
- *Mozilla Application Suite*, **Wikipedia: The Free Encyclopedia**,
en.wikipedia.org/wiki/Mozilla_Application_Suite
- *The Open Source Definition*, opensource.org/docs/definition_plain.php
- *Why "Free Software" is Better Than "Open Source"*,
www.FSF.org/licensing/essays/free-software-for-freedom.html