

## זכויות יוצרים בעידן הדיגיטלי - על מודלים מבטיחים ועל הדרך לקיימם, בעקבות ספרו של ויליאם פישר:

William W. Fisher III, *Promises to Keep:  
Technology, Law and the Future of Entertainment\**

טל ז'רסקי\*\*

מאמר זה סוקר ומבקר מודל חלופי לתגמול יוצרים בעבור צריכת תכנים באינטרנט, המוצע על ידי ויליאם פישר (Fisher) בספרו *"Promises to Keep: Technology, Law and the Future of Entertainment"* וצובר תאוצה בעולם האקדמי ובפרקטיקה. בתחילה מתייחס המחבר לרקע הטכנולוגי, המסחרי והמשפטי אשר מצמיח את הצורך במודל חלופי. הוא סוקר את התקדמות המדיה הדיגיטלית, את הפרות זכויות היוצרים ברשת, ואת התגובה המשפטית על התפתחויות אלו. לאחר מכן מתוארים שני מודלים אשר נדחים על ידי פישר מסיבות שונות, הקוראים לתגמול יוצרים באמצעות חיזוק זכויותיהם הקנייניות ביצירותיהם, או באמצעות העברת ניהול הזכויות לידי הרגולטור. משם עובר המחבר לתיאור המודל החלופי המוצע, שלפיו יתוגמלו יוצרים בהתאם למפתח אשר יסתמך על השימוש ביצירותיהם ברשת, מתוך קרן המנוהלת על ידי המדינה ואשר הכספים שבה נגבים מהציבור באמצעות היטלים על מוצרים ושירותים הקשורים לשימוש ברשת. לבסוף, מציג הכותב ביקורות על המודל המוצע, המצביעות על כשלים בדרך לאמוד את השימוש ביצירות ברשת בצורה מדויקת,

---

William W. Fisher, *Promises to Keep: Technology, Law and the Future of Entertainment* \*  
(Stanford University Press, 2004) (להלן: Fisher).

\*\* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.  
אני מודה למיכאל בירנהק, אורן ברכה, רונן פרי ויששכר (איסי) רוזן-צבי על הערותיהם, ולרוזן פלוס ושלים דינור על הסיוע בנושאים סטטיסטיים. תודתי אף נתונה לחברי מערכת דין ודברים על הערותיהם המועילות.  
כל אתרי האינטרנט נציפו באחרונה בפברואר 2006.

חסינה מהטיות ומתוך הגנה על פרטיות המשתמשים, אך מציע פתרונות שיאפשרו את יישום המודל. כן מדגים המחבר כיצד יישום המודל ישנה את התנהלות חברות התכנים, היוצרים והמשתמשים עצמם ברשת, תוך בחינת ההשלכות החיוביות והשליליות של שינויים אלו. כדי להתגבר על ההשלכות השליליות, מציע המחבר פתרונות, הכוללים פיתוח מנגנונים חלופיים להפצת תכנים ברשת, אשר יאפשרו הפצת יצירות במסגרת קהילתית, תוך טוויית רשתות חברתיות מלוכדות.

א. מבוא. ב. היכן אנו עומדים כיום? תכנים דיגיטליים במאה ה-21.  
 ג. מודלים אפשריים: 1. המודל הקנייני; 2. המודל הרגולטורי. ד. מודל חלופי לעידוד היצירה. ה. הערות וביקורות על המודל החלופי המוצע:  
 1. היכולת לאמוד שימוש בתכני מדיה: א. דיוק והגינות; ב. אמינות והסיבות מהטיות; ג. פרטיות ומניעת עיוותים; 2. תוצאות יישום המודל:  
 א. תכנים; ב. "שחקנים"; ג. יצירות ויוצרים. ו. סיכום.

## א. מבוא

צמיחתה המהירה של רשת האינטרנט השפיעה ומשפיעה על העולם המשפטי והעסקי בדרכים רבות, אך מעטים הענפים שהושפעו כפי שטולטלה תעשיית המוזיקה. במהלך השנים האחרונות נאלצו בכירי ענף זה להביט פעורי פה כיצד המודלים העסקיים שעליהם התבססו במשך שנים מאיימים לקרוס, ומיליוני משתמשים מחליפים ביניהם קבצי מוזיקה בעלות אפסית. יתרה מזו, קברניטי הוליווד וראשי חברות התכנה מרגישים את גל החלפות הקבצים מגיע אל סף דלתם. העתיד של חברות התכנים לוט בערפל ורבות דובר בכישלון הסדרי העבר והמודלים העסקיים של ההווה להתמודד עם האמצעים הטכנולוגיים העתידיים.<sup>1</sup> לפיכך, ראשי תעשיית המוזיקה, הסרטים ושאר התכנים (כגון ספרים ומוציאים לאור, לומדות ומשחקי מחשב) החלו לשקוד על יצירת תשתית מאובטחת להפצת תכנים מוצפנים ונעולים. לנוכח פתרונות אלו מסתמנת חזית מורחבת של חוקרים ואזרחים מודאגים אשר נשבעים בשם ההגינות, חופש הביטוי וחופש המידע כי לא יאפשרו לפתרונות אלו לקרום עור וגידים, אך אינם מציעים חלופות סבירות שיגנו על האינטרסים של היוצרים ביצירותיהם.<sup>2</sup> בתווך צצים פתרונות חדשניים השואפים ליצור

1. במונח "חברות התכנים" ו"בעלי התכנים" כוונתי כאן היא רק לאותם תאגידי ענק (Universal, Sony, Warner Brothers ואחרים) אשר שולטים בתעשיית המוזיקה ו/או הקולנוע באמצעות מנגנוני ההפצה שהקימו מחד גיסא, ומערכות חוזים מסועפות שעליהן חתמו עם יוצרים רבים, מאידך גיסא.

2. לדיון מפורט בעניין זה, ראו, באופן כללי: Lawrence Lessig, *Free Culture* (2004).

מודלים חלופיים לעידוד היצירה אשר יתאימו לעולם הדיגיטלי. ספרו של פרופסור ויליאם (טרי) פיישר מבית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד ומנהל מרכז ברקמן לחקר האינטרנט, *Promises to Keep*, מהווה ניסיון להציג מודל מעין זה, תוך סקירה כללית ומקיפה של המאבק המשפטי, העסקי והפוליטי סביב תעשיית התכנים בעידן האינטרנט. ואולם המוטיבציה לכתיבת הספר אינה אך ההתעמקות האקדמית בניסיון למצוא תשובה לשאלה משפטית וחברתית סבוכה אשר כורכת בחובה את גורלם של מאות אלפי עובדים ויוצרים, ומיליארדים רבים של דולרים; עבור פיישר, המוטיבציה המרכזית להתעמקות בשאלות האמורות הנה ההבטחה שההתפתחויות הטכנולוגיות בשוק האינטרנט והתקשורת יצרו – הבטחה לעולם עשיר במידע שבו כל אחד ואחת יוכלו לגשת למספר הרב ביותר של תכנים ולהשתמש בהם בלא הגבלה. אליבא דפיישר, משימתנו כמשפטנים, יוצרים, יזמים, צרכנים ואזרחים היא לדאוג כי ההבטחה האמורה אכן תקום – והפתרון המוצע במסגרת הספר הנו ניסיון מעניין להביא לידי קיום הבטחה זו.

במאמר זה אסקור, אבחן ואבקר את ספרו המעניין של פיישר תוך התמקדות במודל החלופי לעידוד היצירה שאותו הוא מציע. מן הראוי לציין כי מאמר זה אינו מהווה קריאה לדחיית המודל החלופי בכללותו, אלא לעיון חוזר ומעמיק בכמה בעיות וכשלים אשר יעלו מיישומו כפי שהם מתוארים על ידי פיישר בספרו. אני סבור שיש סבירות גבוהה שהמודל המוצע הוא הפתרון האופטימלי לבעיות זכויות היוצרים בעידן הדיגיטלי. לפיכך ההנחה אשר מלווה את הניתוח המוצג במאמר זה הוא כי מרבית העובדות וההנחות, אשר הניעו את פיישר להציע מודל זה, הן נכונות, וכי ניתוחו את המצב המשפטי והעסקי הוא מדויק וראוי. כן אני סבור כי אבני היסוד של המודל המוצע, אף הן ראויות והגיוניות. הביקורת המוצעת מתייחסת לקרביו של המודל ולמרכיביו הקונקרטיים אשר נדרשים להוציאו מהכוח אל הפועל. בהמשך, אצביע על כמה בעיות וכשלים באותם רכיבים של המודל המוצע ואציע (לגבי חלקם) דרכי פתרון נקודתיות. כן אציע כיווני מחקר עתידיים אשר ייתכן שעם הזמן יאפשרו התגברות על הקשיים האמורים העולים מניתוח המודל. מסקנתי אפוא הנה כי אף שהמודלים החלופיים הם מודלים מבטיחים, עדיין צפויה דרך ארוכה עד יישומם בדרך וברמה משביעות רצון. דרך זו כרוכה בפיתוח כלים משפטיים, עסקיים וטכנולוגיים חדשים וייחודיים. מטרתי כאן הנה לשתף רבים מהקוראים הישראלים בשיתח המתפתח בעניין מודלים מעין אלו, כדי שיוכלו גם הם לתרום לפיתוח כלים אלו בתחומי מומחיותם וכן לתרום בעצמי לפיתוח התשתית הרעיונית הדרושה לקראת שיפור המודל והבאתו לידי יישום.

בפרק א אסקור את שלושת הפרקים הראשונים לספרו של פיישר אשר מתווים את הרקע הטכנולוגי, המשפטי והעסקי לתעשיית המוזיקה והסרטים של ימינו ומהווים מרכיב חשוב בהבנת הבעיות הקיימות והדרך הראויה לאיתור פתרונות. בפרק ב, אסקור את הפרקים הרביעי והחמישי לספרו, המתייחסים לשני מודלים מקובלים לפתרון הבעיות המסתמנות כיום בשוק התכנים הדיגיטליים. בפרק ג, אסקור את המודל החלופי לעידוד היצירה שאותו מציע פיישר. בפרק ד אנתח בצורה ביקורתית את המודל, תוך ציון כמה קשיים בהפעלתו, והצגת כמה תוצאות בלתי רצויות אשר יעלו מיישומו. אציין כי הן טיעוניו של פיישר והן הביקורות המובאות מתייחסים ליישום הפתרון המוצע בשוק ובדין האמריקני, אשר שונה

בכמה מאפיינים מהשוק הישראלי.<sup>3</sup> מסיבה זו, קשה להקיש ישירות מן המודל המוצג אל המצב המשפטי והעסקי בישראל, ואשאייר משימה זו למחקר מאוחר יותר.

## ב. היכן אנו עומדים כיום? תכנים דיגיטליים במאה ה-21

נקודת הפתיחה לספרו של פישר הנה הטכנולוגיה והשפעתה, כאשר המונח "טכנולוגיה" מתייחס לאותם כלים (כגון מחשב, צורב וגישה לחיבור מהיר לרשת האינטרנט) המאפשרים לכל משתמש לשמור, לחפש ולהחליף קבצי מדיה עם מיליוני משתמשים אחרים. אך אם תיאור הטכנולוגיה פשוט, הרי הבנת ההשלכות של יכולות אלו תלויה בפרספקטיבה של הנשאל והמשיב. מנקודת מבטם של משתמשים המחליפים קבצים באופן בלתי מורשה ברשת, התפתחויות אלו מספקות תנאים אידיאליים כדי להגיע לתכנים רבים בעלויות נמוכות ביותר. מצד אחר, מנקודת ראותם של היוצרים, המפיקים ומפיצי התכנים, התפתחות זו מביאה לידי מציאות אשר בה הם אינם מתוגמלים כיאות בעבור השימוש ביצירתם. באין תגמול הולם, טוענים יוצרים רבים, הם יפסיקו ליצור – דבר שיפגע אישית בהכנסותיהם ובראייה רחבה יותר, בעושר האינטלקטואלי של החברה בכללותה.<sup>4</sup> ואולם נראה כי אין מחלוקת כי הטכנולוגיה הדיגיטלית ועידן האינטרנט יוצרים הזדמנויות רבות לחיסכון בעלויות עבור שני הצדדים. זאת, משום שהעידן הדיגיטלי מאפשר את השתחררות היצירות מן התלות בעצם מוחשי (כגון קלטת או דיסק) והעברתן לפורמט של קובץ דיגיטלי.<sup>5</sup> בנוסף, המעבר למדיום אינטרנטי-דיגיטלי מאפשר יצירת שוק מגוון בהרבה מהשוק הקיים בעולם הפיזי. לבסוף, מציין פישר כי הכלים הטכנולוגיים החדשים משפרים לאין ערוך את יכולת האזרחים להתבטא תוך שימוש בתכנים הרבים וכלי העריכה הדיגיטליים אשר עומדים לרשותם.<sup>6</sup> האתגר העומד בפני מתווי המדיניות (ואתו מנסה

3. לשוק הישראלי מאפיינים שונים, אשר בעיקרם מושפעים מכך שמדובר בשוק קטן הרבה יותר, אשר לצרכניו כוח קנייה מועט, והוא אף מופנה ברובו ליצירות שמקורן מחוץ לישראל. כמו כן, היוצרים המקוריים הישראליים מפנים את מרכולתם לקהל מצומצם אשר דובר עברית ששומעיה מועטים.

4. יצוין כי ישנם אמנים אחרים אשר אינם מקשרים באופן הדידע ערכי בין תגמול כספי ליצירה. לשיטתם, היצירה נובעת ממניעים אחרים, כגון רצונם להתפרסם, להביע את עצמם וכיוצא באלה. מבין האמנים אשר התבטאו בדבר הצורך בתמריצים ליצירתם בישראל נמצא הזמר נמרוד לב; לדוגמאות של אמנים בינלאומיים אשר התבטאו בצורה זו, ראו, להלן, הערה 18.

5. הרשת מאפשרת למשווקי התכנים לצמצם את עלויות הייצור כמעט במחצית; במקום הטבעת התכנים על גבי תקליטור או קלטת לצורך הפצתה ושינוע עותקים אלו ברחבי ארצות הברית אל ההנויות למכירה, מאפשרת הרשת את הפצת התכנים ישירות אל המשתמש באמצעות משלוח הקובץ הרלוונטי אל כתובת אלקטרונית מסוימת. ראו: Fisher, בעמ' 18. גם פרסום התכנים, אשר דורש תקציבי עתק, יוכל להתבצע בעלויות מופחתות, תוך שימוש במנגנונים הדיגיטליים שהרשת מספקת.

6. Fisher מכנה את הדינמיקה התברתית האמורה "דמוקרטיה סמיוטית" (semiotic democracy);

פישר להתמודד בספרו) הוא למצוא דרך למצות את ההתפתחות הטכנולוגית עד תום, תוך מציאת האיזון העדין שבין האינטרסים המתנגשים שהוזכרו עד כה. המפתח לבית דין מקיף של ההתמודדות הנוכחית עם הטכנולוגיות שצוינו נמצא בבחינת עולם העסקים והמשפט. לפיכך, מהטכנולוגיה והבטחתה עובר פישר לבחון את הדרכים שבהן מופקים ומופצים תכנים כיום, ואת המערכת המשפטית אשר תומכת ואולי אף משמרת את מבנה שוק התכנים הקיים. פישר מתחיל את ניתוחו בבחינת הרכבו של אגד הזכויות הקנייני אשר מתייחס ליצירה מוזיקלית נתונה,<sup>7</sup> אשר אף כולל מצבים חריגים (מכירה ראשונה ושימוש הוגן) שבהם אין בעל זכות היוצרים יכול לעמוד על זכותו. בנוסף, הוא מתעכב על מצבים אחרים שבהם המחוקק האמריקני קבע "רישיון כפייה" (Compulsory License); מצבים שבהם מאבד היוצר את יכולתו לשלול את השימוש ביצירתו מאחרים, אך זכאי לתמלוגים בגין שימושים מסוימים ביצירתו, בהיקף הקבוע בחוק.<sup>8</sup> כמו כן, מתעכב פישר על מצבים נוספים שבהם כוחות השוק הביאו לידי כך שאין המשתמשים מנהלים משא ומתן פרטני עם בעלי הזכויות לפני שימושם ביצירה ספציפית, אלא משלמים סכום "גלובלי" עבור שימוש במכלול של יצירות במסגרת זמן מוגדרת.<sup>9</sup> פישר בוחר להתעכב על שני נושאים אלו דווקא (רישיון כפייה ותשלום גלובלי) משום שהם מדגימים כי גם כיום השימוש בזכויות יוצרים לא בהכרח מוקנה בעסקה פרטנית בין בעל הזכות הספציפית למשתמש, וכן כי הם מהווים דוגמאות למנגנונים אפשריים אשר עליהם יסתמך בהרכבת המנגנון החלופי לעידוד יצירה אשר יתואר בהמשך. לאחר שפישר

Fisher, בעמ' 28-31. לצורך הגדרת מושג זה, מפנה Fisher לכתיבתו של John Fiske, אשר סבור שהתרבות הפופולרית אינה אך מורכבת מספקי תכנים מחד גיסא וצרכנים פסיביים מאידך גיסא – אלא שמקבלי התכנים "מקודדים" את התכנים האמורים מחדש תוך התחשבות בצרכים ובאינטרסים שלהם עצמם. בדרך זו משפיעים אותם צרכני תכנים על החברה והסביבה שבה הם חיים. מבוסס על: Michael Madow, "Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights", 81 *Cal. L. Rev.* (1993) 125 and Publicity Rights", 81 *Cal. L. Rev.* (1993) 125 וכן על הפניות מתוך אתרו של Fisher [URL: <http://www.law.harvard.edu/faculty/ffisher/>].

7. Fisher, בעמ' 40, 52-54.

8. המחוקק האמריקני קבע, למשל, הסדרי רישיון כפייה בנוגע לשידורים בלתי מסחריים בערוצים ממלכתיים או כאשר חברות לויין או כבלים מעבירות למנוייהן את אותן תחנות אשר משודרות לכלל הציבור על גלי האתר.

9. הכוונה כאן למצבים שבהם תחנות רדיו או גופים המשמיעים מוזיקה במקומות ציבוריים משלמים עבור הזכות ל"ביצוע פומבי". כאן, נוצרו מנגנונים וולונטריים (כגון ASCAP – המקבילה האמריקנית לאקו"ם הישראלית) אשר גובים דמי רישיון "שמיכה" מאותם מבצעים, ומחלקים את התמורה המתקבלת בין חבריהם על פי מפתח מיוחד. (רישיון שמיכה" הנו רישיון כללי לפיו מוענקים בתמורה לסכום גלובלי, זכויות שימוש במלוא הרפרטואר של מעניק הרישיון). קיומו של מפתח זה הוא אחד מהבסיסים האנליטיים למודל שמציע Fisher ואשר אסקור להלן.

פורס את המבנה המשפטי האמור, הוא משרטט את יחסי הכוחות שבין השחקנים בשוק, את זרימת התכנים מהיוצר אל הצרכן והזרימה ההפוכה של הכספים מן הצרכן ליוצר. מסקירתו זו מסיק פישר שתי מסקנות:<sup>10</sup> ראשית, תעשיית התכנים האמריקנית מגלגלת הרבה מאוד כסף.<sup>11</sup> שנית, החלוקה הפנימית של השוק אינה שוויונית, שכן מספר מצומצם של יוצרים מרכזים את מוקד תשומת הלב, ההצלחה המסחרית והתגמול הכספי.<sup>12</sup> לאחר סקירת ההבטחה שבטכנולוגיה, והרקע המשפטי והעסקי של תעשיית התכנים, טוען פישר שההתפתחות הטכנולוגית הובילה להקשחת משטר הזכויות בקניין רוחני (וזאת לעומת הסטטוס קוו היחסי בין היקף הזכויות להריגים אשר נשמר עד תחילת שנות ה-90 לערך בטרם החלה המהפכה הטכנולוגית-דיגיטלית). להוכחת תזה זו עובר פישר בין כמה אבני דרך משפטיות וטכנולוגיות אשר מדגימות את התגובה המתגוננת של תעשיית התכנים על התפתחות הטכנולוגיה הדיגיטלית תוך ניצול קשריה אצל הממשל וכיסיה העומקים. חששו של פישר הנו כי מגמה זו תמשיך בעתיד, תוך העדפה מגמתית של האינטרסים של חברות התכנים על פני הצרכנים, היוצרים וההבטחה שבטכנולוגיה. תחילה מציין פישר את התפתחות האמצעים הטכנולוגיים שאפשרו למשתמשים ליצור עותקים דיגיטליים מהקלטות דיגיטליות שהיו ברשותם.<sup>13</sup> החשש מפני התפשטות טכנולוגיה זו הביא לידי הסדר,<sup>14</sup> שקבע כי יופרשו אחוזים בודדים ממכירת המכשירים

10. בדומה לניתוח האמור של תעשיית המוזיקה, Fisher סוקר את המודל העסקי והמשפטי של תעשיית הקולנוע. כאן המודל פשוט יותר מבחינה משפטית ועסקית, כאשר אחד האולפנים הגדולים בדרך כלל מחזיק במכלול הזכויות הקשורות ל"סרט" כצירה קיבוצית.
11. ב-1990 הכנסות שוק מכירת תכני המוזיקה הסתכמו כמעט ב-7.4 מיליארד דולר בארצות הברית בלבד, כאשר 90% מהכנסות אלו היו תוצאה ממכירת תכנים של יוצרים אמריקנים. לכך יש להוסיף עוד כ-5.5 מיליארד דולר של מכירות תכנים של יוצרים אמריקנים בשאר העולם. ההכנסות הכלל-עולמיות של תעשיית הסרטים גדולות אף יותר (אף שיש לזכור את עלויות ההפקה העצומות המאפיינות את התעשייה) והסתכמו בלמעלה מ-11 מיליארד דולר באותה שנה. התעשיות הללו אף מצליחות להגדיל את הכנסותיהן כמעט מדי שנה. Fisher, בעמ' 75-76.
12. הדבר נובע בעיקר מאסטרטגיית השיווק של חברות התכנים, ולפיה משתלם יותר לרכוש את מאמצי השיווק וההפצה במספר מצומצם של אמנים, מלפזר את משאבי הפרסום והשיווק הקיימים בין אמנים רבים. אסטרטגיה זו, לטענת Fisher, אף יוצרת שוק תכנים אשר מאופיין ביצירות "אמצע הדרך" אשר מנסות לקלוע לטעמו של ציבור רחב ככל האפשר וברובן נשמעות ונראות אותו דבר. בנוסף, האסטרטגיה מביאה לידי הקטנת היצע התכנים שמציעות חברות התכנים הגדולות. Fisher, בעמ' 80-81.
13. כאשר האמצעי הכולט כונה Digital Audiotape Recorder – DAT.
14. ה-Audio Home Recording Act. יצוין כי בפועל השפעת חוק זה הייתה מזערית, שכן הוא הוחל על ידי בתי המשפט בצורה צרה והסכומים שחלוקו על פיו היו והנם זעומים, מאחר וחקיקתו התעכבה זמן רב, ועד סיום חקיקתו התחוויר כי הטכנולוגיה הנדונה לא תפסה לה אחיזה בקרב הציבור מסיבות מגוונות (החוק, לדוגמה, לא יחול על קבצי MP3; Fisher, בעמ' 81).

והקלטות המאפשרים הקלטות דיגיטליות לקרנות מיוחדות אשר ינוהלו על ידי הממשל. הסכומים אשר מצטברים בקרנות אלה מחולקים בין בעלי הזכויות ביצירות על פי מפתח מיוחד ובכך הם מפצים על אבדן ההכנסות אשר נגרם מההקלטות הדיגיטליות. אבן הדרך השנייה שעליה מתעכב פישר הנה הדין אשר מתייחס להגנות החוקיות על מנגנוני ההצפנה שנבנו בתוך "נגני" תכנים כדי למנוע מהמשתמשים ביישומים אלו "לגשת" לתכנים הדיגיטליים שבתוכם בצורה חופשית, ומטיל סנקציות בגין עקיפת מנגנוני ההגנה אלה.<sup>15</sup> אבן הדרך השלישית והמרכזית בסקירתו של פישר הנה סוגיית החלפת הקבצים אשר התפתחה בשנים האחרונות בתהליך מעין אבולוציוני. ה"דור הראשון" היה המודל הריכוזי, שבו החלפת הקבצים נעשתה באמצעות אתר מרכזי אשר סגירתו גוזרת כליה על רשת החלפת הקבצים בכללותה. הדוגמה המובילה היא אתר נאפסטר ודומיו.<sup>16</sup> בדצמבר 1999 הגישו חברות התקליטים את התביעה הראשונה נגד נאפסטר, שהביאה לידי שרשרת התדיינויות משפטיות.<sup>17</sup> לבסוף, חויבה נאפסטר להפסיק את פעילותה משום שתרמה להפרת זכויות יוצרים, עד אשר תוכל להבטיח לסגן מרשימותיה שמות של קבצים אשר הוגדרו כמוגנים על ידי חברות התקליטים. מסיבות אלו ואחרות, הכריזה נאפסטר על פשיטת רגל ביוני 2002. בעקבות נפילת נאפסטר, חגגו חברות המדיה ויוצרים רבים את ניצחונם על אותם "פיראטים" אשר אפשרו את הפרת זכויותיהם בריש גלי. ואולם בשולי המחנה החלו להישמע קולות של יוצרים אחרים,<sup>18</sup> שביכו את נפילתה של נאפסטר, שכן זו אפשרה לרבים לשמוע את המוזיקה שהלחינו בחינם ובקלות, ובכך קידמה את שמם ועודדה מכירת תקליטים וכרטיסים להופעות.

86. לסקירת הסדר דומה במשפט הישראלי לעניין קלטות ריקות, ראו את הערת החקיקה של רן מג'ר, "מגמול קלטות ריקות לגמול התקנים חייבים – בעקבות תזכיר זכות יוצרים (העתקה פרטית), תשס"ה-2004", *דין ודברים ב* (תשס"ו) 751.
15. וזאת במסגרת ה־"Digital Millennium Copyright Act (DMCA)", Fisher, בעמ' 92-93. ההסדר האמור כבר זכה לכמה התייחסויות מצד בתי משפט פדרליים, אשר דחו טענות לפיהן הוא פוגע בחופש הביטוי, והגנו על בעלי זכויות היוצרים בצורה רחבה – לרבות באמצעות איסור פרסום תכנות אשר מאפשרות פיצוח מנגנוני הצפנה, ואף איסור יצירת קישור באינטרנט לאתר המכיל תכנות אלו; Fisher, בעמ' 95-96; ראו, לדוגמה: *Universal City Studios, Inc. v. Corley* 273 F. 3d 429 (2d Cir. 2001).
16. להסבר באשר לדרך פעולתה של נאפסטר, ראו: [URL: <http://en.wikipedia.org/wiki/Napster>]. יצוין כי לאחר ההתגלגלות המשפטית המפורטת, מנסה אתר נאפסטר להפעיל שירות בתשלום אשר מספק תכנים למשתמשים רשומים. רשימה זו אינה עוסקת בגלגול מאוחר זה של האתר האמור.
17. יצוין כי נאפסטר לא העתיקה את הקבצים בעצמה, אך המערכת אשר הקימה, אפשרה הפרות זכויות יוצרים רבות על ידי משתמשיה, ולכן נטען כי היא תורמת ומסייעת להפרת זכויות יוצרים.
18. לדוגמה Chuck D ו-Courtney Love. לדיווח בעניין זה, ראו: [URL: <http://news.com.com/2100-1023-243021.html?legacy=cnet>].

נפילתה של נאפסטר לא הביאה לידי הפסקת החלפת הקבצים ברשת אלא להמשך התהליך האבולוציוני אשר הביא לידי יצירת הדור הבא של חברות, תכנות ומודלים<sup>19</sup> להחלפת קבצים באינטרנט הנשענים על רשת מבוזרת המחברת בין המחשבים בשיטת "עמית אל עמית" (P2P).<sup>20</sup> המערכה המשפטית נגד שירותים ורשתות מבוזרות אלו מיהרה אף היא לצאת אל הדרך, ואולם כאן לא אצה דרכם של בעלי זכויות היוצרים.<sup>21</sup> לאחר יציאת הספר, נדרש אף בית המשפט העליון האמריקני לדון בסוגיה זו בעניין *Grokster*.<sup>22</sup> בית המשפט קבע כי פעולות החברה אשר סיפקה את התכנה המאפשרת בניית רשתות P2P היוו שידול מכוון (inducement) להפרת זכויות היוצרים של בעלי התכנים ועל כן הנה אסורה.<sup>23</sup> קשה בשלב זה להעריך את השפעת פסיקת בית המשפט בסוגיה זו בטווח הארוך, שכן הדעות החלוקות של השופטים בפסק דין זה פותחות פתח להתייחסויות שונות למודלים להחלפת קבצים הקיימים כיום ברשת.<sup>24</sup>

בד בבד עם התפתחויות אלו, ב-2003, החליטו בעלי התכנים לפתוח חזית נוספת נגד מחליפי הקבצים עצמם באמצעות תביעות מתוקשרות נגד אלפי משתמשים.<sup>25</sup> בנוסף, החלו חברות התכנים לנקוט מהלכים חוץ-משפטיים בניסיון להפסיק את החלפת הקבצים הבלתי חוקית ברשת. לדוגמה, החברות החלו "לשתול" בתוך מערכות החלפת הקבצים קבצים ה"מתחזים" בשמותיהם ללהיטים גדולים אך למעשה הנם הקלטה גרועה של אותו שיר או הודעה מוקלטת לפיה הורדת שירים הנה אסורה. ואולם נראה כי המשתמשים ממשיכים

19. Fisher, בעמ' 120.

20. להסבר באשר לדרך הפעולה של רשתות P2P, ראו: [\[URL:http://www.answers.com/topic/file-sharing?method=6\]](http://www.answers.com/topic/file-sharing?method=6)

21. בעיות של סמכות בינלאומית וכן קיומם של שימושים בלתי מפרים רבים לרשתות אלו הביאו לידי תוצאות סותרות בערכאות שונות בדיונים בחוקיותן של התכנות אשר יוצרות רשתות אלו; Fisher, בעמ' 122.

22. *MGM v. Grokster* 125 S. Ct. 2764 (2005).

23. ("intentionally inducing infringement"). בקביעה זו הסתמך בית המשפט על הדרך שבה פרסמה את עצמה Grokster למשתמשיה, כשהיא רואה עצמה כ"נאפסטר החדשה", העניקה תמיכה למשתמשיה בהחלפת קבצים, ולא נקטה צעדים למיון וסינון הקבצים המוחלפים כדי לבדוק אם יש בהם תכנים המוגנים בזכויות יוצרים.

24. שאלות יכולות להתעורר לעניין תכנות חדשות שלגביהן ייטען כי עיקר מטרתן הנה לאפשר העברת קבצים גדולים בין משתמשים – בלא קשר להיות פעולה זו הפרת זכויות יוצרים. כן עשויות להתעורר שאלות לעניין תכנות החלפת קבצים, אשר נוצרו על ידי תנועת הקוד הפתוח, ויהיה קשה לייחס לתנועה זו כמכלול כוונת שידול.

25. Fisher, בעמ' 126. פתיחת חזית זו התעכבה משום שבעלי התכנים חששו כי תביעות אלו יפגעו בתדמיתם הציבורית, שכן הם יצטיירו כגוף ה"תובע את לקוחותיו שלו". בנוסף, ברור היה לכול כי האכיפה האמורה של זכויות היוצרים תוכל להיות סלקטיבית בלבד, שכן גם אם יקדישו החברות מאמצים ניכרים למשימה זו, עדיין יוכלו אך לתבוע טיפה של משתמשים בים של מפרים. Fisher, בעמ' 124.



להחליף קבצים, ובמלוא המרץ.<sup>26</sup> בנוסף, התהליך האבולוציוני במודלים להחלפת קבצים נמשך, כאשר המערכות החדשות המשמשות להחלפת קבצים יוצרות רשתות מבוזרות של משתמשים שהנן אנונימיות,<sup>27</sup> ושהקבצים המוחלפים בהן מוצפנים. לסיכום סקירה זו מציין פישר כי התנהלות חברות התכנים מביאה לידי תוצאות הרסניות.<sup>28</sup> בכמה הזדמנויות חסמו חברות התכנים מודלים טכנולוגיים מתקדמים יותר, כאשר הצרכנים לא מימשו את הפוטנציאל הטכנולוגי הגלום ברשת האינטרנט,<sup>29</sup> ומימנו בצורה עקיפה את המאבקים המשפטיים של חברות התכנים. יתרה מזו, המצב, שבו מיליוני אזרחים מפריים את החוק, רחוק מלהיות רצוי מבחינה חינוכית וערכית. לפיכך סובר פישר, כי המודלים המשפטיים והעסקיים הנוכחיים אינם מקיימים את ההבטחה של הטכנולוגיה החדשה, ועלינו לעמול ולמצוא מודל אשר יקיים הבטחה זו.

26. ממחקרים אשר נערכו ב-2003, עלה כי שיעור מחליפי הקבצים לא ירד כלל עקב סגירתה של נאפטסטר ומחקרים עדכניים יותר מראים כי אף "המתקפה המשולבת" של תביעות משתמשים ופעולות חוץ-משפטיות אינה מביאה לידי הירידה המיוחלת. Fisher, בעמ' 124-125; David Opderbeck, "Peer-to-Peer Networks, Technological Evolution and Intellectual Property Reverse Private Attorney General Litigation", 20 *Berkley Tech. L.J.* (2005) 1685, pp. 1705-1720.

27. כגון Fisher, בעמ' 123-124.

28. שם, בעמ' 133.

29. להוכחת נוקדה זו מוזכר Fisher את עניין *MyMp3*, בעמ' 98; בפרשה זו הציעו מפעילי האתר MP3.com שירות חדש, ולפיו יוכלו משתמשים הרשומים באתר להאזין לתקליטורים אשר ברשותם בכל מקום. לצורך כך רכשה החברה עשרות אלפי תקליטורים, הסבה את קבצי האודיו שבהם לקבצי MP3, ושמרה את ספריות השירים הללו במאגרי המידע שלה אשר מחוברים לרשת. חברות התקליטים מיהרו לפנות לבית המשפט בטענה כי החברה העתיקה שלא כדין את התקליטורים שרכשה אל תוך מערכות המחשב שלה. בית המשפט קיבל טענה זו, ופסיקתו הביאה לידי הפסקת פעילות החברה. מקרה זה ממחיש כיצד המהלכים של חברות התכנים הביאו לידי קטיעת השימוש במודל טכנולוגי חדיש, וזאת אף שמודל זה היה יכול לשפר את מצבם ולהשיא את רווחיהם בטווח הארוך. זהו אף מוסר ההשכל של פרשת "שידורי הרשת" (Webcasting); שם, בעמ' 102; המושג "שידורי רשת" מתייחס לגופים שסיפקו שירות דמוי תחנת רדיו אשר העבירה למאזיניה תכנים באיכות גבוהה ברשת. אף מודל עסקי זה עורר מורת רוח בקרב חברות התקליטים, והביא לידי הסדר סבוך המקנה לבעלי הזכויות ביצירות המושמעות זכות לקבל תשלום בעבור השמעות אלו. המחיר אשר נקבע לתשלום על פי הסדר זה היה גבוה ביותר, ולפיכך נאלצו שדרני רשת רבים להפסיק את שידוריהם, ולמכור את ה"תחנה" לגופים אחרים אשר נשלטו על ידי חברות התקליטים; שם, בעמ' 110.

## ג. מודלים אפשריים

בפרקים הרביעי והחמישי לספרו, עובר פישר לחיפוש פתרון לבעיות משטר זכויות היוצרים בעידן הדיגיטלי אשר תוארו בסקירת אבני הדרך שצוינו לעיל. לצורך כך הוא בוחן כמה מודלים אפשריים להסדרה: מודל אשר נשען על זכויות קנייניות "חזקות" של היוצרים, ומודל אשר אף מבוסס על התערבות רגולטורית נרחבת בשוק זכויות היוצרים.

### 1. המודל הקנייני

תחילה בוחן פישר מודל הכולל מערכת הסדרה משפטית אשר תגן בצורה מקיפה ביותר על זכויות היוצרים ביצירותיהם ותקנה להם זכות דומה בעצמתה לזכות הבעלות במקרקעין או במיטלטלין – מבנה זכות שאותה מכנה פישר "זכות קניינית רגילה". את המשמעות והיקף ה"זכות הקניינית הרגילה" מדגים פישר באמצעות ניתוח מרכיביה של זכות הבעלות במקרקעין:<sup>30</sup> זכות הכוללת את היכולת למנוע מאחרים להשתמש בנכס (אף אם אותו שימוש אינו כרוך בגרימת נזקים לנכס או לבעל הזכות) וזכות לעשיית דין עצמית אשר מאפשרת לבעלים לפעול באופן עצמאי (אמנם מוגבל) כנגד מסיגי גבול. כן מוגנת הזכות הקניינית באמצעות איום בסנקציות פליליות (כגון לעניין איסור הסגת גבול) כלפי הפוגע בה. סנקציות אלו אינן מוגבלות למעשה "הסגת הגבול" עצמו אלא במקרים רבים כוללות אף פעולות הקשורות להכנה לפעולה זו (לדוגמה, החזקת כלי פריצה בצירוף כוונה לפרוץ). לטענת בעלי זכויות היוצרים, הזכויות אשר מוקנות להם כיום על פי דיני הקניין הרוחני **חלשות לאין ערוך** מזכויות קנייניות "רגילות" אלו.<sup>31</sup> בגלל התרבות הפגיעות בזכויות היוצרים עקב התפתחות הטכנולוגיה, דורשים בעלי זכויות אלו כי זכויותיהם "יחזקו" ובדרך זו יפתרו הבעיות המאפיינות את שוק התכנים ברשת, ואף הטכנולוגיה והבטחתה יבואו לידי מיצוי. הם דורשים, למשל, שישורשו להפעיל סעדים עצמיים כנגד המפרים,<sup>32</sup>

30. Fisher בוחר לנתח את הזכות הקניינית תוך פנייה לזכות במקרקעין, שכן זהו תחום משפטי מפותח יותר מדיני המיטלטלין ומקנה הגנה חזקה יותר לבעל הזכות.

31. Fisher מביא כמה נימוקים מקובלים להוכחת נקודה זו מצד בעלי הזכויות בתכנים (אשר מקבילים למאפייני הקניין אשר מפורטים בטקסט): (1) במצבים רבים בעלי זכויות היוצרים נאלצים לוותר על זכותם למנוע שימוש מאחרים שכן המדינה מנהיגה רישיון כפייה; (2) ישנו מיעוט מצבים שבהם יכולים בעלי הזכויות לעשות דין לעצמם ולהגן על זכויותיהם; (3) קיים מיעוט הגנות פליליות (הן בחוק והן באכיפתן בפועל) וכן מחסור בעבירות הכנה אשר מקנות לבעל הזכות הקניינית מעגל הגנה נוסף מפני הפגיעה ברכושו. Fisher כמובן מציין כי הסבר מקובל לכך שזכויות קניין רוחני "חלשות" יותר מזכויות קניין אחרות נעוץ בעיקר בכך שזכויות יוצרים הן "טובין ציבוריים" אשר שימוש בהן על ידי האחד אינו פוגם בשימושו של האחר, ואולם Fisher מבקש כי נתעלם מהסברים אלו בזמן בחינת טענותיהם האמורות של בעלי התכנים.

32. סעדים אלה יאפשרו, לדוגמה, לבעלי הזכויות לשתול קבצים בתוך מערכות ה-P2P, אשר יישאו שמות דומים לאלו של יצירות ידועות, אשר מוחלפות בתכיפות באופן בלתי חוקי, אך

כי השימוש המפר ייקבע כעברה פלילית חמורה שתיאכף בתקיפות ובתדירות גבוהה, וכן כי תוספנה עבירות פליליות ועוולות אזרחיות אשר יחולו גם על מי שמסייעים להפרה ומתכוננים לקראת ביצועה (לדוגמה בפריצה למערכות אשר מנהלות זכויות יוצרים).

כדי לבחון את הגינות ואמיתות דרישות אלו, מנסה פישר להעריך כיצד תיראה חברה דיגיטלית שבה חוזקו זכויות היוצרים והושוו לזכויות קניין "רגילות"<sup>33</sup>; להערכתו, בעולם כזה יפעילו בעלי התכנים אתרים ברשת שבהם ניתן יהיה לרכוש במחיר מינימלי כל שיר אשר הוקלט ונמכר אי פעם. באתרים אלו יוכל כל משתמש לקבל מוצר מדיה אשר יתאים בדיוק לשימוש המתוכנן ולשלם מחיר אשר יותאם למוצר זה.<sup>34</sup> התשתית הדרושה ליישום מודלים עסקיים אלו תיתמך באמצעים טכנולוגיים ומשפטיים. מבחינה טכנולוגית, הדבר יתאפשר באמצעות שילובן של מערכות ניהול מידע דיגיטלי (המכונות: Digital Rights Management Systems, או DRM). מערכות אלו יאפשרו לבעלי הזכויות לשלוט בהרשות הרוכשים אשר משלמים עבור זכות שימוש זמנית או קבועה ביצירה הרלוונטית. בנוסף לטכנולוגיית הניהול, המערכות חייבות לכלול מרכיבי אבטחה ושימוש בתכנים מוצפנים, כדי לוודא כי משתמשי הקצה יוכלו לגשת לתכנים רק בהתאם להיקף ההרשות שבידיהם. כדי למנוע זליגה בלתי מורשית של תכנים, תחייב הפעלת מודלים אלו אף פריסה מלאה של מערכות הניהול וההצפנה בכל אמצעי טכנולוגי אשר מאפשר שימוש בתכנים דיגיטליים והורדתם מהרשת. מבחינה משפטית ייתמך המודל העסקי האמור בזכויות הקנייניות שצוינו לעיל, אשר בלעדיתן לא יוכל מודל זה להמשיך ולהתקיים (או לחלופין, לא יוקם כלל על ידי בעלי התכנים).<sup>35</sup>

למרות היתרונות המוזכרים, סבור פישר כי אין לאמץ את מודל הזכויות הקנייניות ה"רגילות", משום שהמודלים העסקיים המתוארים יביאו לידי תוצאות בלתי רצויות. ראשית, הפעלת המודל תיצור קשיים בכל הנוגע לדרישת השימוש ההוגן.<sup>36</sup> במודל

- 
- בפועל יהיו קבצים ריקים, מעוותים, הרצאות בדבר חשיבות כללי זכויות היוצרים או תכנות הגורמות לנזק הפיך או בלתי הפיך למחשבו של המשתמש. שם, בעמ' 150.
33. שם, בעמ' 154.
34. מי שמתכוון להאזין לשיר פעם אחת, ישלם מחיר שונה ממי שמאזין לשיר עשר פעמים, ומי שמתכוונת להאזין לשיר באמצעות האוזניות במחשב, תשלם פחות ממי שרוצה להאזין גם ברכבה ואף להעביר אותו למחשב של בן זוגה במקום עבודתו.
35. זאת, משום שבלא הגנה זו המודלים המוצעים יקרסו מחוסר שימוש, שכן הצרכנים לא יראו סיבה לשלם בעבור שירות שאותו הם יכולים לקבל בחינם. בנוסף, הפעלת אתרים על פי המודל האמור יכולה להסב נזק עצום לבעלי התכנים, שכן משיוצבו התכנים ברשת, בלא ההגנות הדרושות, הם יועתקו, ייעשה בהם שימוש נוסף על השימוש שהוגדר בהרשאה המקורית (אשר כזכור תומחרה במיוחד עבור שימוש ומשתמש ספציפי), ובדרך זו תסוכל תכניתם העסקית של בעלי הזכויות. זאת ועוד, קיומם של אתרים אלו יקל בהרבה את מלאכתם של מי שמבקשים להפיץ קבצים באופן בלתי חוקי, שכן עתה הם ידעו היכן למצוא תכנים באיכות טובה לצורך הפצתם באופן בלתי חוקי.
36. בהקשר זה ניתן בהחלט לטעון כי ה"שימוש ההוגן" אינו דרישה, אלא חריג ופטור לתביעות

המתואר, זכויות היוצרים ייאכפו ביד ברזל, וצרכנים לא יוכלו להשתמש ביצירה בלא רשותם של בעלי הזכויות אף אם השימוש האמור יהווה שימוש הוגן המותר על פי הדין. לפיכך, כדי להשתמש ביצירות המוגנות באמצעות מערכת DRM, יהיו המשתמשים תלויים בבעלי הזכויות, אשר יחויבו מלכתחילה להשאיר בעבורם פתחים וחרכים מינימליים כדי לאפשר את אותם שימושים הוגנים.<sup>37</sup> בניית מערכות אשר יאפשרו, מלכתחילה, שימוש הוגן הנה מלאכה סבוכה שכן קשה מאוד לחזות מראש מה יהיו אותם שימושים שנית המשפט יקבע כי הם מהווים שימוש הוגן. לפיכך זכות הציבור לשימוש הוגן תיפגע.<sup>38</sup> כמו כן, פישר סבור כי התמחור השונה שמערכות הניהול מאפשרות יביא לידי תוצאה בלתי הוגנת. מערכת ניהול הזכויות תאפשר לבעלי הזכויות להציע את אותו מוצר או מוצר דומה מאוד, במחירים שונים ללקוחות שונים – או, במילים אחרות, לנקוט "הפליית מחירים".<sup>39</sup> פישר חושש כי מודל זה יאפשר ביצוע בידול תוך קביעת מחירים

הפרה. ואולם לצורך הדין נאמן את התפיסה המקובלת בספרות ש"שימוש הוגן" הנו "זכות" של הציבור ומהווה איוון חשוב בין זכות היוצר לבין זכות הציבור לחופש ביטוי ולהנאה מפירות יצירות חדשות.

37. שם, בעמ' 161-163; ראו עוד לעניין זה: Dan L. Burk and Julie E. Cohen, "Fair Use

"Infrastructure for Rights Management Systems", 15 *Harv J. L. & Tech.* (2001) 41

38. יצוין כי Fisher מניח כאן כי ניתן לבנות מערכת DRM אשר תצליח למנוע שימושים אסורים

והוגנים כאחד. יש לציין כי עד כה, מסיבות טכניות, פוליטיות ומשפטיות, לא הצליחו ראשי תעשיית התכנים ליצור מערכת בלתי חדירה. ייתכן שהבעיות בהדירות מערכות אלה ייפתרו עקב לחצים מתמשכים של ראשי תעשיית התכנים והתקדמות טכנולוגית, אך ניסיון העבר מלמד כי עמידה ביעד זה עשויה להיות בלתי אפשרית. גם אם תוקם מערכת DRM בלתי חדירה, שאתה Fisher מתאר, ישנם סיכויים רבים כי זו תאפשר באופן מובנה שימושים הוגנים, באמצעות ניצול ה"חור האנלוגי". משמע – ניתן יהיה להקליט את התכנים שלא באמצעות מערכות דיגיטליות, אלא באמצעות חיבור מכשירי הקלטה ל"יצאות" האנלוגיות של נגני המדיה השונים. הטיעון האחרון, שהוא התשובה המקובלת של נציגי התעשייה לתואנות בדבר פגיעה בשימוש ההוגן – אף הוא חשוף לכמה ביקורות. ראשית, יש המציינים שבאחרונה שוקדים נציגי התעשייה "לסגור" פרצה אנלוגית זו; שנית, יש הטוענים כי השימוש האנלוגי הוא נחות ולא יספק את דרישותיהם של אותם יוצרים המבקשים לעשות שימוש הוגן ביצירות המקוריות ויגרום לכך כי תוצרי שימושים הוגנים אלו יהיו רדודים ונחותים בתחרות על תשומת לבו של ציבור המורגל ביצירות באיכות גבוהה.

39. ובלשון נקייה יותר: בידול מחירים – Price Discrimination. למרות הקונוטציות השליליות

אשר עולות ממושג זה, חשוב לציין כי על פי הניתוח הכלכלי, הפליה מסוג זה לא רק שאין בה פגם נורמטיבי אלא שהיא מביאה לידי תוצאה אופטימלית ורצויה מבחינה חברתית. ראו: William W. Fisher III, "Property and Contract on the Internet", 73 *Chi.-Kent L. Rev.* Tal Z. Zarsky, "Mine Your Own Business: Making the Case"; כן ראו: (1998) 1203, p. 1239 for the Implications of the Data Mining of Personal Information in the Forum of Public "Opinion", 5 *Yale J. L. & Tech.* (2002-2003) 1, p. 24

שונים בהתאם לעקומת הביקוש של קבוצת המשתמשים הספציפית. במילים אחרות, ספקי התכנים ידרשו מחירים גבוהים יותר בעבור מוצרים אלה מאשר מוצרים אחרים אשר מוכנים לשלם יותר בעבורם, עקב מצבם הכלכלי המשופר, בגלל היות המוצר נחוץ להם בדחיפות או בשל היעדרה של תחרות באזורם. את השוני האמור בעקומת הביקוש יקישו המוכרים מאינדיקציות שונות ובעיקר מנתונים אישיים הזמינים להם כגון אזור מגורי המשתמשים, דפוסי מכירה, התנהלות המשתמש בעבר ועוד. אסטרטגיית תמחור זו לוקה לפי פישר בפגמים אחדים.<sup>40</sup> ראשית, ידיעת הצרכנים כי התנהגותם, והאופן שבו הם צורכים תכנים בהווה, עשויים להשפיע על המחירים שבהם יחויבו בעתיד, תיצור חברה מחושבת מדי, חשדנית ואולי אף אלטרואיסטית פחות.<sup>41</sup> שנית, אם יתומחרו תכנים בהתאם לביקוש הפרטני של כל משתמש, הרי מי שיבקשו להשתמש בתכנים אלו ביצירות נגזרות, יידרשו לשלם בעבור שימוש זה מחיר גבוה יחסית.<sup>42</sup> לפיכך יורתעו אותם יוצרים מלרכוש את זכויות השימוש באותן יצירות. התוצאה, אליבא דפישר, תהיה פגיעה ביצירתיות החברתית. שלישית, המודלים החדשים יגדילו בצורה ניכרת את רווחיהם של בעלי התכנים על חשבון צרכנים מסוימים,<sup>43</sup> כאשר אין כל הבטחה שאותם רווחים ינותבו להוזלת המחירים אשר צרכנים מסוגים אחרים יידרשו לשלם, או לעידוד יוצרים חדשים.<sup>44</sup>

40. Fisher, בעמ' 168.

41. Fisher מבסס את האמור על עבודתה של Wendy Gordo – ראו, לדוגמה: Wendy J. Gordon, "Render Copyright Unto Caesar: On Taking Incentives Seriously", 71 *U. Chi. L. Rev.* 75 (2004).

42. שכן המוכרים/בעלי התכנים ידעו כי הקונים הללו אינם צורכים תכנים אלו רק כדי שיוכלו להאזין למוזיקה להנאתם, אלא הם זקוקים להם לצורך עבודתם, ולכן יהיו מוכנים לשלם בעבורם יותר.

43. בניתוחים מקובלים של תופעת בידול המחירים נוהגים להשיב על טיעונים אלו כי: (1) הגדלת הרווח בעסקאות עם רוכשים אשר מוכנים לשלם יותר בעבור המוצר האמור, תאפשר למוכרים להסתפק במחיר נמוך יותר כאשר הם מוכרים לצרכנים אשר אין ביכולתם לשלם את המחירים הגבוהים הנקובים, וכך לאפשר לציבור רב יותר ליהנות מאותם תכנים; (2) הגדלת הרווחים של הפירמה תאפשר לה לפעול להגדלת התועלת החברתית בדרכים שונות. לדוגמה, חברת התקליטים תוכל להשתמש ברווחים אלו לתמוך ביותר אמנים צעירים אשר מבקשים להוציא את תקליטם הראשון אך אין להם אמצעים לכך. Fisher מכיר בטענות אלו, אך נראה כי לטעמו אין ביטחון כי אכן יקרו, וייתכן שהפירמה תבחר להעביר את אותו רווח עודף לכיסה ולבעלי מניותיה, ולא לתועלת הציבור כאמור. Fisher, בעמ' 163-169 (וכן ראו התייחסות בטקסט לעיל לסוגיה זו).

44. לטעמי, טיעוניו של Fisher בעניין הבעייתיות בבידול המחירים מעוררים תהיות. ראשית, לעניין הטענה בדבר הכרת הצרכנים בכך שקיימת מערכת אשר עוקבת אחר השימוש בתכנים וכי הדבר יביא לידי חברה חשדנית ומחושבת יותר. בלי להתעמק בנכונות הטענה, יצוין כי לאור דיני הפרטיות ופרקטיקת השימוש במידע אישי, תחושות אלו אמורות להיות מנת

לסיום, מציין פישר כי יישומן של אותן מערכות DRM מתוקף המודל הקנייני תשנה את הרשת כפי שהכרנו אותה עד היום; כיום הרשת מאפשרת למשתמש קצה לתקשר בקלות עם כל אחד ואחד ולכלל גורם שמורה היכולת לפתח יישום אשר יתאים לשאר חלקי המערכת. ואולם מערכות הניהול הדיגיטלי יהפכו חלקים ניכרים מן הרשת למערכת סגורה שבה יכולתם של המשתמשים ליצור מערכות חדשות תיפגע, שכן מערכות חדשות אלו עשויות שלא להתאים לאותן מערכות ניהול מידע סגורות הנשלטות על ידי ספקי התכנים. במילים אחרות, העובדה שבכל מחשב (או יישום אחר אשר יוכל להתחבר לרשת) יהיו מערכות אשר תפקידן לוודא כי אדם ישתמש ביצירה בדיוק בהיקף שבעבורו שילם, תביא לידי פגיעה קשה בקלות ובתנופת הפיתוח שאפיינו ומאפיינות את האינטרנט עד כה. בגלל הסיבות המפורטות לעיל, סובר פישר כי אין מקום להחיל מודל "קנייני" כאמור, וכי יש למצוא פתרון אחר להגנה על זכויות היוצרים והאינטרסים החברתיים המפורטים.

## 2. המודל הרגולטורי

בפרק החמישי מציע פישר לפתור את הבעיות שצוינו לעיל באמצעות הסמכת המדינה להתערב במישורין בהסדרת שוק זכויות היוצרים. ראוי לציין כי פתרון שיאפשר למדינה להתערב באופן פעיל בהסדרת שוק זכויות היוצרים מעורר רתיעה אינסטינקטיבית; תחום זכויות היוצרים קשור בקשר הדוק לאמנות וביטוי - עניינים אשר אנו מעדיפים כי המדינה תתרחק מהם ככל הניתן. פישר מכיר ברתיעה זו, אך מציין כי בכל זאת ייתכן שמשטר רגולטורי יהיה הפתרון המתאים ביותר לקיום ההבטחה שבכלים הטכנולוגיים החדשים. ההיסטוריה האמריקנית עשירה בדוגמאות לתעשיות אשר זכו להסדרה, כגון תעשיות הרכבת, התעופה, התקשורת, החשמל והגז, ובשוק זכויות היוצרים מתקיימים מאפיינים דומים לשווקים אשר הוסדרו בעבר.<sup>45</sup> בנוסף, במצבים מסוימים כבר החל הרגולטור

חלקם של צרכנים בלא קשר לקיומה של מערכת DRM. עוד יש לציין כי ניתן יהיה להתגונן מפני איסוף המידע אשר מאפשר את הבידול האמור באמצעות שימוש בזהות אנונימית, וכן באמצעות שימוש באמצעי תשלום אלקטרוניים חד-פעמיים. שנית, אף טענתו של Fisher כי המודל הקיים יגרום לתמחור יקר יותר של יצירות עבור אלו המעוניינים להשתמש בהן לצורך יצירה נגזרת היא טענה בעייתית. אמנם הצורך להשתמש ביצירה לצורך הפקת יצירה נגזרת מעיד על נכונות לשלם יותר, אך זהו אך משתנה אחד, וכנראה שלא מהחשובים, אשר עומד לרשות ספקי התכנים בתמחור התכנים. יתרה מזו, שימוש בבידול מחירים עשוי בסופו של דבר לפעול לטובת היוצרים בכלל, כאשר יוצרים אמידים יותר ימנעו בסכסוד צולב אמנים בתחילת דרכם.

45. Fisher מציין, כי השווקים אשר התאימו להסדרה היו והנם: (1) שווקים שבהם ישנו שחקן אחד או מספר שחקנים מצומצם אשר להם "כוח שוק" - היכולת להשפיע בצורה דומיננטית על המחיר, טיב השירות או המוצר; (2) שווקים אשר בהם סופקו שירותים קרובים לאינטרס הציבורי; (3) שווקים שבהם ישנה אפשרות להפלות בין צרכנים שונים כדי למקסם רווחים; (4) שווקים שבהם קיים חוסר שוויון כוחות בין הצרכנים לבין ספקי השירות; (5) שווקים שבהם הרגולטור, בהחלטה פטרנליסטית, סבור כי הוא יוכל להסדיר את השוק בצורה טובה

להתערב בצורה נרחבת בתחום זה; במצבים מסוימים נקבע רישיון כפייה ובמצבים אחרים הסדיר המחוקק בכללים קוגנטיים את חלוקת הזכויות בין בעלי אינטרסים שונים בנוגע לבעלות ביצירה.<sup>46</sup> לפיכך, מציע פישר כמה חלופות להתערבות רגולטורית נוספת, אם אכן יאומצו הכללים האמורים לעיל, המעניקים ליוצרים זכויות קנייניות "רגילות" ביצירותיהם. לדוגמה, הוא מציע כי אתר, המספק שירים ברשת, יחויב "לשאת" ולספק שירים של יוצרים ידועים פחות. כן הוא מציע להטיל הגבלות על מעורבות בעלי התכנים בשוק אתרי מכירת תכנים ברשת או השמעתם. פישר מייעד כלים אלו ואחרים למנוע את השתלטות חברות התכנים על שוק שיווק התכנים באינטרנט והעברתם, ולאפשר לספקי תכנים עצמאיים להצטרף לשוק זה.<sup>47</sup> ואולם בסכמו את המודל הרגולטורי, מבהיר פישר כי אם נאמץ את דרישות בעלי התכנים לעניין הדרישות הקנייניות ה"רגילות", לא נוכל להסתפק בפתרונות הרגולטוריים המוצעים בפרק זה. זאת משום שכמה בעיות קשות הנגזרות מאותן זכויות קניין חזקות (כגון החובה להבטיח את קיומה של אפשרות לשימוש הוגן) עדיין ייוותרו על כנן. לפיכך מוביל אותנו פישר אל הפתרון האלטרנטיבי שאותו הוא מציע בפרק השישי לספרו.

#### ד. מודל חלופי לעידוד היצירה

בפרק השישי לספרו, מציע פישר מודל חלופי לעידוד היצירה, המבוסס על מנגנון שעל פיו תעניק המדינה פרסים ליוצרים בעבור יצירתם.<sup>48</sup> אותם "פרסים" יחולקו ליוצרים אשר ירשמו את יצירתם במרשם מיוחד ויקבלו קוד מתאים. הפרסים יחולקו בהתאם למידת השימוש ביצירה בידי הציבור, כאשר המדינה תגבה בדרכים עקיפות את הסכומים הדרושים

---

והוגנת יותר מההסדרה אשר מסתמנת בשוק הפתוח. Fisher, בעמ' 177-180. Fisher מזכיר את הריכוזיות הרבה הקיימת בשוק התכנים (גורם מס' 1). הוא אף מסביר כי ניתן לראות בתחום זה תחום אשר מצדיק הגנה על אינטרס ציבורי חשוב (גורם מס' 2), שכן הרעיונות אשר מחלחלים מיוצרי התכנים אל הציבור משפיעים על השיח הציבורי והתרבותי של החברה. שם, בעמ' 181-182. בהמשך מראה Fisher כי במידה מסוימת אף שלושת הגורמים הנותרים מתקיימים בשוק זכויות היוצרים.

46. שם, בעמ' 185.

47. עוד מציע Fisher כי יובהרו ויחודדו הכללים הקיימים למניעת בידול מחירים, אשר יאסרו באופן חד-משמעי למכור את אותו מוצר תוכן במחירים שונים לאנשים שונים. כפי שמתאר Fisher, קיימים כיום כללים אשר אוסרים בידול מחירים במסגרת דיני ההגבלים העסקיים האמריקנים (ראו: שם, בעמ' 192 אשר מפנה ל-Robinson-Patman Act). ואולם כללים אלו סבוכים, מוגבלים למצבים שבהם בידול המחירים פוגע בתחרות, ועם הזמן הפכו לאות מתה. עוד לעניין זה ראו: Zarsky (לעיל, הערה 39), בעמ' 26.

48. כפי שמבהיר Fisher, בעמ' 200-202 לספרו, פרסים הנם אמצעי מקובל לעידוד יחידים ליצור טובין ציבוריים; לסקירה בעניין זה, ראו, גם: Michael Abramowicz, "Perfecting Patent Prizes", 56 Vand. L. Rev. (2003) 115.

למימונם. יישומו של המודל המוצע יביא לידי יצירת מאגר עצום של תכנים ברשת, הזמינים לציבור בצורה חוקית ובלא צורך לשלם בעבורם במישרין (ובכך תיפתרנה בעיות החלפת הקבצים הבלתי חוקיים). המודל האמור אינו היחיד אשר מציע דרך חלופית מעין זו לתגמול יוצרים; מלומדים אחרים נתנו דעתם למודלים דומים,<sup>49</sup> ואף מחוקקים אחדים יישמו מודלים מעין אלו בהיקפים מצומצמים; יתרה מזו, כבר במהלך סקירתו המקדמית דאג פישר לציין מספר רב של דוגמאות להסדרים שבהם התשלום ליוצרים בעבור השימוש ביצירתם אינו מגיע ישירות מן המשתמשים ובהתאם לשימוש.<sup>50</sup> להלן אסקור את המודל של פישר תוך אזכור מודל דומה שאותו פיתח פרופסור ניל נתנאל (Neil Netanel),<sup>51</sup> וציון ההבדלים בין המודלים, אשר הנם טכניים בעיקרם (אך מצביעים לעתים על חילוקי דעות מהותיים ביניהם בדבר תפיסת התפתחות שוק התכנים בעתיד).

פישר מייחד חלקים נרחבים מספרו לניתוח המודל המוצע, תוך הפרדה בין סוגיות רישום הזכויות, גביית הכספים וחלוקתם ליוצרים. תחילה הוא פונה לנושא ה"רישום", שאותו ניתן יהיה לבצע באינטרנט והוא יהיה כרוך בתשלום מינימלי לצורך כיסוי ההוצאות התפעוליות של המרשם.<sup>52</sup> משם פונה פישר לסוגיית גביית הכספים ולשאלות המפתח: "כמה" ו"איך". בתחילה הוא דן בשאלת ה"כמה": פישר קובע כי על המדינה לגייס סכום אשר יאפשר פיצוי נאות ליוצרים על המעבר למשטר הזכויות החדש. משמע הסכום צריך להיות שווה ערך להפסדי ההשכרות של היוצרים עקב כך שיצירותיהם יוחלפו ויושמעו ברשת בלא תשלום. הפגיעה המרכזית ביוצרים בשוק המוזיקה עקב המעבר כאמור תהיה בהכנסותיהם ממכירת תקליטורים (אשר יימכרו פחות היות שניתן לקבל תכנים דומים בחינם באמצעות הרשת).<sup>53</sup> כדי להעריך את היקף הפגיעה באותן הכנסות, מסתמך פישר

- 
49. על פי סקירה אשר בוצעה באחרונה, קיימים שמונה אבות טיפוס למודלים חלופיים לעידוד היצירה באמצעות זכויות יוצרים; ראו: Peter K. Yu, "P2P and the Future of Private Copying," 76 *U. Colo. L. Rev.* (2005) 653. ואולם ברשימה זו בחרתי להתמקד ולתאר את המודל של Fisher בלבד, אשר לדעתי הוא המקיף ביותר ואף נראה כצובר תאוצה וחשיבות בפורומים של אקדמאים ומעצבי מדיניות בשל מעמד המחבר ויסודיות המחקר.
50. ראו, לעיל, הערה 14, לעניין הסדרי התשלום על פי AHRA, על פי המנגנונים של ASCAP, וכן על פי המנגנונים השונים של רישונות כפויים.
51. Neil Netanel, "Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing", 17 *Harv. J. L. & Tech.* (2003) 1.
52. במרשם זה ייכללו נתונים על בעלי הזכויות השונים ביצירה (לדוגמה לעניין יצירה מוזיקלית – מבצע, מלחין, מחבר) וכמה הערות על אופי היצירה (אורך, וידאו/אודיו). כן יכלול הרישום התייחסות ליצירות אחרות שמהן נגזרה היצירה כדי שניתן יהיה אף לתגמל את יוצרי היצירה המקורית עקב השימוש ביצירה הנגזרת.
53. על פי Fisher, מדובר בשוק של למעלה מ-13 מיליארד דולר לשנה (מתוכם למעלה מ-7 מיליארד דולר בהכנסות לחברות התקליטים) בארצות הברית בלבד.



על מספר אומדנים ומחקרים אמפיריים,<sup>54</sup> שניסו להעריך את הפגיעה בשוק מכירות התקליטורים מהפצת התכנים בצורה בלתי חוקית ברשת כיום.<sup>55</sup> פישר קובע כי סך הפגיעה הוא בשיעור של 20% מהכנסות חברות התקליטים, כלומר סכום עצום של כמעט אחד ורבע מיליארד דולר.<sup>56</sup> פישר עורך ניתוח דומה בעניין תכני וידאו,<sup>57</sup> אך כאן הוא מניח כי שיעור הפגיעה עקב המעבר למשטר הזכויות החלופי יהיה של 5% ממכלול הכנסות היוצרים ממכירת תקליטורי DVD ופעולות נוספות.<sup>58</sup> לאחר סיכום החישובים קובע פישר כי לצורך פיצוי נאות יידרש גיוס סכום של 2.3 מיליארד דולר מדי שנה.<sup>59</sup>

54. Fisher, בעמ' 210. Fisher מסתמך כאן על עבודתו של Netanel המוזכרת במאמרו (לעיל, הערה 51). יצוין כי Netanel ביסס חלק ניכר ממסקנותיו על מחקריו של סטן לייבוויץ (שם, עמ' 48).

55. היקש זה הנו נקודה חלשה בניתוח, שכן המחקרים מתייחסים למציאות שבה החלפת הקבצים הנה פעולה בלתי חוקית, להבדיל מהמודל של Fisher אשר מאפשר החלפת קבצים בצורה חוקית. בעמ' 210 לספרו, Fisher מכיר בקושי זה אך קובע כי הממצאים אשר עולים מהניתוח האמור נראים לו סבירים בנסיבות העניין גם לצורך המודל שלו. הבדל נוסף אשר אינו נדון ואף הוא יכול להיות סיבה לכך שנתוני האומדן מוטים כלפי מטה, נוגע לרמת התחכום הגבוהה יחסית אשר נדרשת לצורך שימוש בתכנות החלפת הקבצים. יש להניח כי בעולם המתנהל על פי המודל החלופי שאותו Fisher מתאר, יהיו הממשקים המאפשרים שימוש בתכנים ברשת נוחים הרבה יותר, שכן הם יופצו על ידי חברות לגיטימיות (אולי אף חברות התכנים עצמן) אשר יהיה להן אינטרס ישיר לבנות ממשק אשר יעודד את השימוש.

56. בחשבו סכום זה, מחסיר Fisher מסך ההכנסות הכולל את ההוצאות "שנחסכו" עקב אבדן מכירות אלו (הוצאות ייצור ושיווק פיזי של התקליטורים).

57. כאן תזרים ההכנסות אשר ייפגע יהיה הכנסות האולפנים ממכירת תקליטורי DVD והשכרתם, מהקרנת תכניות וסרטים בערוצי פרמיה (אשר דורשים תשלום נפרד) והכנסות מהקרנות סרטים באמצעות שירותי הזמנה (V.O.D).

58. מדיה זו מצריכה לדעתו אחוז מס נמוך יותר משום שהעברת קבצים אלו באמצעות הרשת נמשכת זמן רב יותר, ולמעטים מן המשתמשים יש גישה לציוד ההקלטה הדיגיטלי הנועד כיום לשמירה, העברה וצפייה בתכנים אלו. יצוין כי Fisher מודע לכך שהתחשיב האמור הנו דינמי וכי עם התקדמות הטכנולוגיה וחלוף השנים יהיה צורך לעדכן את האחוז האמור. על פי Fisher, החישוב מסתכם ב-480 מיליון דולר לשנה. גם Netanel נוקב באחוז נמוך יותר לעניין ההפסד המשוער לבעלי תכני וידאו (7% לעומת 25% שהנו האחוז שאותו נתנאל משקלל לעניין ספקי אודיו). Netanel (לעיל, הערה 51), בעמ' 62.

59. על הסכומים שנקטו לעיל מוסיף Fisher תקורה בשיעור של 20% לצורך הפעלת המנגנון אשר יפקח על מכלול הפעולות האמורות ויבצען בפועל. Fisher, בעמ' 214. בחישוב זה בחר Fisher שלא לכלול את שוק תכנות המחשב הואיל ולטעמו שוק זה מציג דינמיקות אחרות אשר אינן מאפשרות עידוד הולם באמצעי החלופי שאותו הוא מציע. יצוין כי גם Netanel במאמרו סובר שאין לכלול את שוק התכנות ב"עוגה" זו, ואולם הוא בוחר לכלול את שוק משחקי המחשב, שהנו שוק בהיקף של 1.4 מיליארד דולר הכנסות לשנה. Netanel (לעיל, הערה 51), בעמ' 62.

ענה פונה פישר לשאלת האיד: כיצד ניתן וראוי לגבות את הסכומים העצומים הללו. הפתרון הפשוט ביותר הנו לגבות אותם באמצעות מערכת מס ההכנסה.<sup>60</sup> פישר מציין כמה יתרונות ברורים<sup>61</sup> לגישה זו אך גם חיסרון מרכזי – מסיבות פוליטיות ופופוליסטיות אין כמעט סיכוי שהממשל האמריקני יסכים לאמץ רגולציה מעין זו שכן רבים מציבור המצביעים יתנגדו נמרצות לכל תוספת מס. זאת ועוד, מבקרי המיסוי האמור יטענו שלא יעלה על הדעת שאזרחים אשר אינם משתמשים באינטרנט (ואולי אף אין להם כלל מחשב) יסבסדו את הצריכה המוגברת של תכנים ממדיום זה, שמבצעים אחרים. בגלל קשיים צפויים אלו, מציע פישר מנגנון גבייה חלופי שיקבע את בסיס המס של מוצרים ושירותים אשר קשורים במישרין להחלפה ולשימוש בתכני מדיה ברשת ומחוצה לה. היתרון במעבר לבסיס מס זה הנו היותו פחות צפוי לביקורת, כיוון שקיים קשר רציונלי בין בסיס המס לבין מטרתו.<sup>62</sup> פישר מסכם את התקבולים אשר מתקבלים כיום ממכירת מוצרים ושירותים אלו, מחלקם בסך התגמולים אשר צריכים להשתלם ליוצרים, ומסיק כי כדי לגייס את סכומי הכסף הדרושים, דרוש היטל על בסיס מס בשיעור של 11.4%.<sup>63</sup> משמע, כל אחד מספקי

60. על פי חישוביו של Fisher תידרש המדינה לגבות 27 דולר נוספים לשנה מכל בית אב בארצות הברית כדי לממן תכנית זו. Fisher, בעמ' 216.

61. כגון התאמה סבירה (אך כמובן לא מושלמת) בין נטל המס לבין ההנאה שתהיה לנישום ממטרת הכספים, וסיכוי נמוך כי נטל המס האמור ישפיע בצורה שלילית על התנהגותם של הנישומים (לדוגמה יפגע ברצונם לעבוד).

62. ניתן להצדיק מס זה בטענה כי ערכם של אותם מוצרים עולה עקב התשלום ליוצרים בעבור השימוש ביצירתם; Fisher (תוך הסתמכות חלקית על המודל המוצע של Netanel) קובע את בסיס המס על יסוד ארבע קטגוריות (אשר יעודכנו תכופות על ידי הגופים הציבוריים שיהיו אמונים על עניין זה): (1) ציוד העתקה דיגיטלי (כגון צורבים); (2) ציוד שמירה ואחסון (כגון תקליטורים ריקים לצריכה, כוננים נשלפים שונים); (3) שירותים המאפשרים גישה לרשת (ספקי גישה לרשת אשר יישאו בחלק הארי של היטל זה – כאשר Fisher ממליץ להגביל את בסיס המס לספקי שירות פס רחב בלבד); (4) מערכות המאפשרות החלפה ושיתוף קבצים ברשת.

63. מחקריו של Netanel מצביעים על שיעור מס נמוך בהרבה (קצת מעל 4%) וזאת משום שבסיס המס, שאותו הוא קבע, רחב הרבה יותר (כמעט כפול מזה של Fisher). מוקדי המחלוקת המרכזיים הם שווקי החיבור לאינטרנט בחיגו טלפוני (להבדיל מחיבור בפס רחב) ומכירות המחשבים. מקור המחלוקת לעניין הנקודה הראשונה נעוץ בשאלה אם גם בעלי החיבור הקווי נדרשים להשתתף בנטל המס. Fisher מעדיף לפטור אותם מלהשתתף בבסיס המס, מתוך הבנה כי השירותים האפשריים בחיבור זה נחותים בצורה ניכרת מהאפשרות לגשת לתכנים בתקשורת רחבת פס. לדעתי להצעה זו עשויות להיות השפעות שליליות שכן ראוי שבשנים הקרובות תסמן לעצמה ארצות הברית את העמקת פריסת התקשורת רחבת הפס כיעד חשוב, ועל כן יש להימנע מהטלת היטלים רק על שירות זה. עוד אציין כי יש אף לשקול את הוצאת דמי החיבור של הפס הרחב מבסיס המס, שכן להכללתו יכולות להיות השפעות שליליות על התפתחות התחרות בשווקים אחרים – ובעיקר בשוק הטלפוניה. הטלת המס על חיבור הפס

השירותים והמוצרים הנמצאים בבסיס המס יגלגל על צרכניו 11.4% נוספים על המחיר שאותו הם משלמים כעת, ובתמורה יוכלו אותם משתמשים ליהנות מגישה פתוחה ובלתי מוגבלת לתכני המדיה מסוג אודיו ווידאו באמצעות הרשת.<sup>64</sup>

עתה פונה פישר לשלב חלוקת הכספים ליוצרים.<sup>65</sup> כאן קובע פישר כי כאמת המידה לחלוקת שכרם של היוצרים ישמש הערך שהיה ליצירה בעיני המשתמשים. כיום ניתן לאמוד את הערך האמור בקלות – שכן הצרכנים מאותתים (signal) מהו ערך היצירה בעיניהם באמצעות נכונותם לשלם את המחיר הנדרש. על פי המודל החדש, תוחלף הנכונות לשלם בכסף, בנכונות לשלם במשאב מוגבל אחר – הקשב והזמן של המשתמשים ברשת. במילים אחרות, היוצרים יתוגמלו לפי מספר הפעמים שצרכנים ישתמשו ביצירות הרשומות על שמם.<sup>66</sup> דפוסי צריכה אלו ייאגרו באמצעות תכנות ספירה מיוחדות, אשר בסופה של שנה יאפשרו את סכימת מכלול השימושים ביצירות וחלוקת "עוגת התקבולים" בהתאם לנתונים אלו.

מלבד בניית המודל החדש, פישר בוחן את דרכי התאמתו למערכת המשפטית הקיימת.<sup>67</sup> לשם כך, מסביר פישר, יש לשנות את החוקים הקיימים כדי ליצור חריג להגדרת הפרת

---

הרחב עשויה לפגוע ביכולת שירותי הטלפוניה ברשת (VoIP) להמשיך ולהתחרות בחברות הטלפוניה ה"רגילות", היות שעתה תכלול עלות שירותים אלו אף את סכסוד התכנים ואילו חברות הטלפון האחרות לא תחויבנה להשתתף במס כאמור. לעניין המרכיב השני (הטלת המס על רכישת מחשבים); כאן נראית לי עמדתו של Netanel כעדיפה. אמנם, אם רוכש המחשב אינו מחובר לרשת, הרי הוא מסבסד את צריכת האחרים בלא קבלת תמורה מצדו. ואולם, עם חלוף הזמן, אחוז המחשבים המחוברים לרשת ואחוז המשתמשים בתכנים אשר הורדו ממנה, יגדל בהתמדה.

64. אציין כי קל לבקר נקודה זו במודל; הבעייתיות שביצירת בסיס מס אשר אינו חופף לחלוטין את הנהגים מפירותיו, החישובים אשר מסתמכים על נתונים חלקיים וקביעות שיעור הפגיעה בשוק הקיים ושיעור ההיטל אשר יכולות אף להיראות כניחוסים בעלמא – כל אלה יכולים לשמש כר נרחב לביקורות. לטעמי אין מקום להתמקד בביקורות מעין אלו, שכן ברור לכול שהחישובים השונים וקביעת התעריפים הם בבחינת אומדן בלבד ומהווים הצעה ראשונית להסדר זה.

65. Fisher, בעמ' 223.

66. Fisher מייחד עוד מקום ומחשבה בספרו לסוגיות נוספות אשר מעורר המודל החדש, כגון דרך שקלול אורכה של היצירה בחישוב התגמול והדרך שבה יש להתחשב בתרומתם היחסית של כמה יוצרים ליצירה נגזרת, אולם מפאת קוצר היריעה לא אאריך בשאלות מעניינות אלו; שם, בעמ' 230-236. כמו־כן הוא דן בבעיות הבינלאומיות אשר מעורר מודל זה, בשל סתירות בין יישום המודל לאמנות קיימות, וכן בשל הצורך במודלים דומים במדינות אחרות כדי למנוע סכסוד של צריכת תכנים במדינות אחרות על חשבון משלם המסים האמריקני. בסיום ספרו, Fisher אף מציע מודל חלופי מקביל למתואר, אך שאינו מנוהל בידי המדינה, אלא בידי גורם פרטי.

67. יצוין כי בנקודה זו, המודל של Netanel מציע צר יותר וכולל רק את הפעולות האמורות כאשר

זכויות היוצרים, אשר יכלול העתקת קבצים ברשת, וכן הזרמת (streaming) קבצי אודיו ווידאו למשתמשים אחרים.<sup>68</sup> כן יש לשקול שינוי של אותם דינים המגנים על מערכות ניהול התכנים מפני פריצה, ומטילים סנקציות על הפורץ. בנקודה זו חלוקים פישר ונתנאל. פישר מגלה עמדה סלחנית<sup>69</sup> ומוכן להשאיר הגנות משפטיות אלו על כנן, מתוך אמונה כי במרוצת הזמן בעלי התכנים יעדיפו את המודל החלופי אשר יבטיח להם חשיפה רבה יותר ובהמשך אף רווחים גדולים יותר מן השימוש במערכות DRM כפי שפורטו לעיל.<sup>71</sup> נתנאל, לעומתו, סבור כי יש לבטל הגנות אלו,<sup>70</sup> עקב החשש שמערכות DRM, על כל השלכותיהן השליליות, ימשיכו להתקיים ברשת על אף קיומו של המודל החלופי.

בסכמו את המודל, פישר בודק את השפעותיו על גורמים מסחריים שונים ועל החברה בכללותה. תחילה הוא בוחן את השפעת המעבר למודל זה על הצרכנים. הם יהיו המרוויחים העיקריים מאימוץ המודל, שכן הם ייהנו ממבחר תכנים בעלות שולית, כמעט אפסית, ובלא כפיפות לאסטרטגיות "בידול מחירים" מצד בעלי התכנים. בנוסף, התכנים שיגיעו לידיהם יהיו "חופשיים" – והמשתמשים יוכלו להשתמש בהם כיד הדמיון הטובה עליהם בלא נעילות דיגיטליות. גם היוצרים, לדעת פישר, ירוויחו מהמעבר למודל; הם יוכלו להפיץ את יצירתם ברשת, בלא תמיכת חברות התקליטים, במישרין אל הצרכנים וכך יוכלו להימנע מאותן התחייבויות דרקוניות כלפי חברות התקליטים אשר גרמו לרבים מהם ליהנות אך מאחוזים בודדים מפרי עמלם וכישרונם. זאת ועוד, הם יוכלו ליצור ביתר קלות, הודות לנגישותם למאגר בלתי גדלה של "חומרי גלם" ברשת.<sup>72</sup> למעבר למודל זה תהיה השפעה גם על משווקי תכנים קיימים, חברות התקליטים הגדולות והציבור בכלל. אליבא דפישר, משווקי התכנים ייבזקו קשות מהמעבר למודל (שכן הם במידה רבה ייהפכו למיותרים). מצבן של חברות המדיה, לעומת זאת, אינו חד־משמעי, שכן עדיין תהיה להן חשיבות רבה כמתווכים ומקדמים של יצירות במאבק על תשומת לב הציבור. עם זאת, לדעת פישר, בטווח הארוך, מעמדן של חברות המדיה ייחלש כאשר היוצרים יוכלו למלא

---

הן נעשות שלא לצורך מסחרי (noncommercial). נראה כי על פי המודל הרחב של Fisher, אין זה משנה אם הפעולה נעשית לצורך מסחרי או אחר, שכן בעלי הזכויות יפוצו בכל מקרה על השימוש ביצירתם ולכן הם אדישים לשאלה אם אחרים עשויים להרוויח מהעתקת הקבצים.

68. Fisher, בעמ' 247-248.

69. שם, בעמ' 248.

70. Netanel (לעיל, הערה 51), בעמ' 30.

71. טענה זו של Fisher מעוררת לדעתי פליאה. ביטחונו של Fisher בהצלחת המודל מרשים, ואולם קשה להבין מדוע יסכים להמשך אכיפת סנקציות פליליות על ידי המדינה, ולקיומן של תובענות אזרחיות נגד פורצים ומפרים אשר לדבריו יוצרות עלויות עסקה רבות.

72. יצוין כי המודל של Fisher פוגע קשות ב"זכות המוסרית" של היוצר (זכות אשר אינה מוגנת בדין זכויות היוצרים הפדרלי) אשר מקנה לו שליטה בשלמות יצירתו וזכות זו לא תשונה בלא רשותו. Fisher מצייע כמה פתרונות למי שמעוניינים להמשיך ולהגן על זכותם המוסרית, לרבות באמצעות שימוש בדיני סימני המסחר וכן באמצעות הימנעות מהרשמה והשתתפות במודל האמור. Fisher, בעמ' 241.

חלק מהמשימות המבוצעות על ידיהן כיום, באופן עצמאי ופישר מחשיב מאוד היחלשות קבוצה זו – כפי שאפרט בהמשך).<sup>73</sup> לסיום, לחברה בכללותה תצמח תועלת רבה מן המעבר למודל החלופי, כיוון שהוא יאפשר חיסכון ב"עלויות עסקה" שונות שהן תולדה של מערך הזכויות הנוכחי.<sup>74</sup> יתרה מזו, החברה תוכל להפסיק להיות "פורעת חוק" – חברה שבה רבים מפריס בידועין זכויות יוצרים.

בסכמו את המודל, מציין פישר כי למרות קשיים רבים שעליהם הוא מצביע, הוא סבור כי המודל מתווה את הדרך הטובה והיעילה ביותר לקיים את ההבטחה הצפונה בפיתוח הטכנולוגי ובעידן הדיגיטלי-אינטרנטי. האם הצדק עמו? בפרק הבא אבחן כמה כשלים ובעיות בניתוח האמור.

### ה. הערות וביקורות על המודל החלופי המוצע

המודל שמציע פישר בספרו הנו מעניין וחדשני, אך גם פרובוקטיבי ומערער גל של שאלות. בפרק זה אציין כמה הערות והשגות על דרך הפעלת המודל שמתאר פישר. לדעתי, חשוב לפרוס טיעונים אלו, שכן מבחינת רצינותו של המודל ומבחינת הוגיו, וכן מתגובות אשר המודל עורר הן באקדמיה והן בפרקטיקה, יש מקום להניח כי מודל זה לא רק ייזכר כשעשוע אינטלקטואלי, אלא אף עשוי לקרום עור וגידים. יישומו של המודל האמור והוצאתו מהכוח אל הפועל תהיה, לדעתי, התקדמות ראויה, שכן המודל בבסיסו נותן מענה על רבות מן השאלות והבעיות אשר מציבים דיני זכויות היוצרים בעידן הדיגיטלי, וכן מבוסס על הבנה מעמיקה של דיני זכויות היוצרים ומבנה שוק המדיה (לרבות הכוחות הפוליטיים שאותם הוא מניע). דעתי זו אף הביאה לידי בחירת סוג הביקורת שאותה אפרוס בעמודים הבאים – שכן בביקורתי זו לא אבחן שאלות "גדולות" ומורכבות העוסקות במהות דיני זכויות היוצרים, עקרון השימוש ההוגן ואיווני חופש הביטוי, ואקבל את הנחות היסוד אשר נקבעו במהלך הסקירה לעיל לעניין נקודות אלו. כן לא אקרא תיגר על ניתוחו המשפטי והעסקי של פישר; אניח כי אכן חברות התכנים יוכלו להמשיך ולתבוע יוצרים ברשת, וכי המערכת המחוקקת והשופטת תהינה, במידה רבה, מוכנות לקבל את דרישות חברות התכנים, ולא תבחרנה להעניק הגנה למשתמשים ברשת מפני תביעותיהן. במקום זאת, אמשיך את הניתוח שערך פישר בספרו, ואת הפסקאות הבאות אייחד לבדיקה וביקורת של פרטי המודל, אותם ברגים ואומים אשר הופכים עיקרון אבסטרקטי להסדר קונקרטי. בבדיקת פרטים אלו אבחן את התייחסות פישר ואחרים לכמה מרכיבים ספציפיים במודל ואעיר הערות על התייחסותם. במקומות מסוימים אף אצביע על כשלים נקודתיים בניתוח שהציע

73. יצוין כי על פי Fisher, מעמדם של יצרני החמרה, עם אימוץ המודל, צפוי להשתפר. אמנם הם יהיו כפופים למס אשר ייקר את מוצריהם, אך על פי Fisher תגדל התועלת אשר ניתן יהיה להפיק מאותם יישובי חמרה, ובעקבותיה יצמח היקף המכירות.

74. כגון הוצאות משפטיות אשר נובעות מבירור סוגיות דוקטרינליות סבוכות בדבר היקף ההגנה על זכויות יוצרים בעידן הדיגיטלי, וכן הוצאות האכיפה של המדינה במרדף אחר מפרי זכויות.

פישר, אשר מעלים בעיות רחבות היקף ואציע דרכי התמודדות ופעולה – בין בהצעות קונקרטיות לשנויים ושיפורים במודל, ובין בהצעות כלליות יותר לכיווני מחקר עתידיים אשר יביאו (יש לקוות) לידי מציאת מזור לכשלים שעליהם הצבעתי. את הבדיקה של המודל והביקורת עליו אבצע בשני חלקים: תחילה אתרכו במנגנון **לאמידת השימוש בתכני מדיה**, אשר נכלל במודל, אחדד כמה אלמנטים אשר יידרשו לצורך הפעלת מנגנון זה, תוך ציון כמה כשלים בהצעותיו של פישר, דרכים שניתן להתגבר על כשלים אלו (לרבות מתן הצעות לבניית מערכות אמידה אמינות ומדויקות) ונקודות חשובות שאותן יש לזכור בזמן בניית מנגנון אמידת השימוש האמור. לאחר מכן (ובהנחה שהמודל אכן מסוגל לבצע את מלאכתו נאמנה) אבדוק אם תחזיותיו של פישר לעניין **תוצאות המודל והשפעותיו על שוק התכנים, היצירות והיוצרים** הן אכן מדויקות – ואציע הצעות לתיקון מנגנוני המודל (ואף להוספת מנגנוני עזר חיזוניים) במקומות שבהם נראה לי כי תוצאות המודל לא יהיו משביעות רצון, ויסטו מהמטרות שאותן מציב פישר. כפי שאראה, המפתח במקרים רבים לפתרון בעיות אלו נעוץ בפיתוח מקביל של אמצעים להפצת תכנים ברשת בדרך אשר תביא לידי תוצאות אופטימליות ביישום המודל החלופי לעידוד היצירה.

### 1. היכולת לאמוד שימוש בתכני מדיה

על פי המודל המוצע, למדינה (כמפעילת המודל) דרושה תמונה מדויקת ואמינה של דפוסי צריכת התכנים על ידי הציבור כדי לבצע חלוקה הוגנת של התקבולים (וזאת מתוך הסכומים אשר נאספו על ידיה באמצעות המס שצוין לעיל). להרכבת התמונה האמורה, על המודל לכלול דרך לאיסוף מידע בדבר דפוסים אלו. דרך אחת לאיסוף המידע האמור הנה חיוב אתרים, המאפשרים החלפת קבצים ברשת, לבצע רישום של "הורדות" היצירות באמצעות אתרים אלו.<sup>75</sup> ואולם אליבא דפישר, דרך זו אינה מספקת, שכן במציאות הטכנולוגית המסתמנת, הורדת התכנים אינה אינדיקציה טובה להיקף השימוש בהם (ולהערכת היצירה הרלוונטית בעיני המשתמשים).<sup>76</sup> לפיכך יש צורך במידע נוסף אשר

75. דרישה זו אינה פשוטה וטריוויאלית, שכן בעולם אשר יפעל על פי המודל הנדון, ייתכן שיוקמו מספר רב מאוד של מערכות סליקה שונות, אשר לא ניתן יהיה לאכוף עליהן את ההסדר האמור. בנוסף, ייתכן שאיסוף כאמור לא יהיה אפשרי שכן ייווצרו מספר רב של רשתות "עמית-אל-עמית" אשר לא תהיה בהן יד מכוונת. לפיכך, ייתכן שהמודל המוצע בהמשך לעניין איסוף מידע ישירות מן המשתמשים הוא המודל הישם היחיד.

76. הספקנים עשויים להעיר בנקודה זו, כי גם כיום מתוגמלים היוצרים לפי מספר ה"הורדות" – רכישת תקליטורים לדוגמה – ולא על פי כמות השימוש בתכנים שבהם. על ביקורת זו יש להשיב כי אופן צריכת התכנים בחברה שבה הם מחולקים בעלות שולית, כמעט אפסית, תהיה שונה ביותר; צרכנים ימהרו "להוריד" כמות רבה מאוד של תכנים למחשביהם, להשתמש רק בחלקם, ולחזור ולהשתמש שוב רק בחלק מוערי מתוך מכלול היצירות אשר הורדו מלכתחילה (אלה הם מאפייני צריכת התכנים בשוק התכנים הבלתי חוקיים ברשת כיום, ואין סיבה שהדפוסים הללו ישתנו כאשר ניתן יהיה להשיג את אותם תכנים באופן חוקי ובלא השש).

יתייחס לתכיפות השימוש של המשתמשים באותם תכנים. לאור זאת, להפעלת המודל תידרש תשתית של מערכות "ספירה" אשר תכלול כמה אלמנטים (אשר יוצגו ביתר פירוט להלן): ראשית, תידרש התקנת תכנות במכשיריהם של משתמשי הקצה, אשר "יספרו" את שימושיהם של הצרכנים, ובטווחי זמן קבועים ישלחו מסרים למערכת הספירה המרכזית (להלן אכנה תכנות מעין אלו "תכנות דגימה"). כן תידרש מערכת ספירה מרכזית אשר תסכם אחת לשנה את כל התכנים הנצרכים, ותחלק ליוצרים "פרסים" מתוך הסכומים אשר נגבו לצורך זה לפי רמת הצריכה היחסית של יצירות כל יוצר.

הקמת מערכת ספירה מציבה אתגרים רבים; אדון באתגרים אשר עולים מהצורך ב: (1) דיוק והגינות; (2) אמינות וחסינות מהטיות; (3) שמירה על פרטיות המשתמשים – שלושה אתגרים אשר שזורים זה בזה, וזוכים להתייחסות מסוימת בספרו של פישר. ואולם לדעתי, ההתמודדות של פישר והפתרונות המוצגים על ידיו אינם משקפים את מלוא הקשיים שיתעוררו עם יישום המודל על כן בחרתי לדון בהם באופן ביקורתי, תוך הדגשת ההבדלים בין שיטתי המוצעת לבין המענה על בעיות אלו אשר מספק פישר בספרו. לפיכך אדון בהשגותיי על הדרך שבה בוחר פישר לאמוד בצורה מדויקת והוגנת את השימוש בתכנים, אבקר את הדרכים שפישר מציע להתמודד באמצעותן עם בעיות של אמינות והטיות במודל (תוך הצעת פתרונות וכיווני מחקר שונים להתמודדות עם בעיות אלו), ואציע איוון שונה מהאיוון של פישר להגנה על פרטיותם של המשתתפים, תוך התחשבות באלמנטים האחרים של ביקורתי על שאר חלקי המודל.

#### (א) דיוק והגינות

איסוף מידע הנוגע לשימוש בתכנים הנו משימה בעייתית, שכן כמות המידע שעמה יצטרכו מפעילי המודל להתמודד הנה עצומה. לפיכך מציע פישר שימוש בשיטת דגימה, אשר תדגום באופן אקראי כמות רבה מאוד של משתמשים. פישר נמנע בספרו מלדון בגודלו של המדגם ברמה הקונקרטי אך משווה את אופיו של המדגם למדגמים הנצרכים כבר שנים רבות בהקשר הטלוויזיוני ומקיש מהיכולת לערוך מדגמים אלו לביטחוננו בכך שניתן יהיה לדגום בצורה מוצלחת ויעילה גם את השימוש בתכנים במסגרת המודל. פישר אף סובר כי על המדגם להיות גדול לאין ערוך ממדגמים שבשימוש כיום בתחומי מדיה אחרים (במדיום הטלוויזיוני לדוגמה),<sup>77</sup> שכן כמות התכנים וה"ערוצים" שבהם הם מוצעים, גדולה בהרבה במדיום האינטרנטי. לדעתי, צודק פישר בכך שהמדגם האמור חייב להיות גדול לאין ערוך ממדגמים הנהוגים בתחומי מדיה אחרים – אך מלבד זאת, כפי שאראה כעת, סדרי הגודל, היעדים וההערכות לקראת אותו מדגם שונים מהותית ממדגמים אחרים אשר נבנים כיום לצורכי תחומי מדיה אחרים (ולכן ההשוואה לאותם מדגמים בטעות יסודה). פישר ואחרים לא העריכו נכונה את ממדיו של המדגם האמור ואת השוני המהותי שבו, והדבר משפיע על המשך ניתוח חלקים אחרים של המודל, כפי שאראה בהמשך.

77. Nielsen, החברה המובילה במדגמי טלוויזיה בארצות הברית, משתמשת במדגם של כ-5,000 בתי אב. ראו: [URL: <http://www.nielsenmedia.com/whatratingsmean/index.html>].

לדעתי, השוני המרכזי במדגם הנדרש לצורך המודל החלופי נעוץ בכך שהוא חייב להיות רגיש הרבה יותר לטעויות דגימה, שישפיעו על התגמול הראוי ליוצרים, אשר יצירותיהם זוכות לשימוש מועט יחסית, אך עם זאת ראויים לתגמול בעבור השימוש ביצירותיהם (ובכך להימנע ממצבים שבהם יוצרים שיצירותיהם מושמעות בפועל לא ייוצגו במדגם כלל).<sup>78</sup> לפיכך, ולהבדיל ממדגמים בתחומי מדיה אחרים, צריך המדגם לדגום אחוז גבוה הרבה יותר מכלל האוכלוסייה הכללית מהאחוז הנהוג במדגמים אחרים, כדי לצמצם את טעויות הדגימה. בנקודה זו יציין הספקן כי טעויות דגימה קיימות גם כיום ונחשבות לתוצר לוואי בעייתי, אך הכרחי ומקובל, של דינמיקת הדגימה בשוק המדיה. לדוגמה, בהקשר הטלוויזיוני (הלקות משוק הברודקסט שממנו מקיש פישר בהקשר זה) ידועים מקרים ומצבים שבהם תכנית נצפתה על ידי קהל מסור אך מצומצם מכדי להיקלט במדגם ולפיכך וכתה לרייטינג "0.0";<sup>79</sup> אך כידוע (ימשיך הספקן ויטען), על פי המודלים העסקיים המקובלים בשוק המדיה, לשגיא זה אין השלכות הרות גורל – שכן התכניות אשר הפיקו רייטינג הנמוך מטעות הדגימה לא משכו מפרסמים בכל מקרה, והיו מתבטלות במהרה תוך חיפוש אחר תכניות אשר מושכות קהל רב אשר יביא עמו גם התעניינות מצד מפרסמים. ניתן להניח (יסכם הספקן ויאמר) כי גם בכאנו לנתח את תוצאות המודל, יש לסבור כי גורלן של אותן יצירות אשר צריכתן כה מעטה עד כי יש חשש שלא ייכללו במדגם, הנו עגום ממילא.<sup>80</sup> על פי המודלים העסקיים הקיימים היום, תכנים מעין אלו מועברים במהרה ממדפי החנויות אל המרתפים, ואז אל פח הזבל של ההיסטוריה (ובכך תוצאות המדגם לא יחטיאו בהרבה את מצבם של בעלי הזכויות בפועל, אשר ממילא זוכים לתגמול מינימלי ביותר בעבור יצירתם).

ואולם חשוב להזכיר (ולהסביר לספקן האמור) כי מטרתו והתייחסותו של המדגם הנדון שונה בתכלית מזו של מדגמים הקיימים בתחומים המשיקים אשר צוינו (ואשר משמשים כמוקדי ההשוואה בניתוחו של פישר). ראשית, העובדה שבעולם הטלוויזיה, ואף בתחום מכירת התכנים בשוק הקמעונאי, צפייה או מכירה מועטה שקולה לאי-צפייה/מכירה,

78. ברור לעניין זה כי לא ניתן לבנות מדגם (או אפילו מודל) אשר יבטיח הכנסה הוגנת למי שראויים לתגמול של עשרות ואפילו מאות דולרים. ואולם לצורך הניתוח הנוכחי הנחתי כי הכנסה של 10,000 דולר הנה סכום אשר ראוי להתחשב בו. יש לציין כי אמן אשר יקליט שלושה או ארבעה שירים אשר יביאו לידי תקבולים בסדר גודל מעין זה יוכל להתפרנס מעל הממוצע בארצות הברית. תוך הסתמכות על המודל המוצע, נראה כי 10,000 דולר שקולים ל-0.005% מתוך כלל ההשמעות באותה שנה – וזהו האחוז אשר ראוי כי המודל האמור יוכל לשקלל כטעות דגימה סבירה.

79. לדוגמה מפורסמת – תכניתו של ג'ון מקנרו ב-CNBC ראו: [URL: <http://www.answers.com/>; neilsen%20ratings]

80. טענה זו אף תוכל למצוא ביסוס בתיאורי שוק התכנים בפרקים הראשונים לספרו של Fisher, מהם עולה כי עד שהיוצר זוכה ליהנות מתקבולים בעבור יצירתו, עוברים הכספים ידיום רבות ואותו יוצר נותר עם אחוז מצומצם מההכנסות בפועל, ובנוסף, נדרש להחזיר מקדמות אשר שולמו לו על סמך הכנסותיו העתידיות, Fisher, עמ' 46-59.



איננה רלוונטית. נקודת ההשוואה והייחוס הנכונה של המודל צריכה להיות זו של החלופה האפשרית למודל של פישור – האופציה ה"קניינית החזקה", ולפיה יוכל כל יוצר (ידוע או אלמוני) להפיץ ולמכור את מרכולתו בעלות נמוכה ביותר ובמסגרת אשר בה תובטח הכנסתו בעבור כל מכירה – כאשר עלות ה"כניסה אל השוק" (כלומר פתיחת האתר והפעלתו) – נמוכה ביותר. לנוכח חלופה זו, נראה כי המעבר למודל אשר דגימותיו תתגמלנה כהלכה רק את המצליחים ביותר אשר צפויים להרוויח מיליונים הנה עסקה גרועה ביותר עבור יוצרים קטנים ובינוניים אשר יפסידו את האפשרות לקבלת תגמול מלא בעבור יצירתם.<sup>81</sup> שנית, פישור חוזר ומדגיש במהלך ניתוחו את רצונו ליצור סביבה עסקית אשר תביא לידי שינוי בנהגיה תעשיית התכנים המעודדים "להיטי אינסטנט", אשר נקלטים על ידי הקהל הרחב (השומע את היצירה פעמים רבות בזמן קצר) במהירות ולאחר זמן קצר נשכחים לעד. ואולם מדגם קטן מדיי (אשר ידמה מדגמים הקיימים בתחומי מדיה אחרים) ימשיך ויעודד יצירה של תכנים מעין אלו, שכן היוצרים יעדיפו לכוון למטרה זו בכל מחיר, היות שהחלופה הנה הסיכון שיצירתם תהיה בעלת תפוצה נמוכה והם לא יקבלו דבר.<sup>82</sup> משום טענות אלו,<sup>83</sup> ומניתוח סטטיסטי וביצוע סימולציה של טעויות הדגימה אשר

81. בהקשר זה ניתן להקשות על האמור בטקסט ולהעלות סברה שלפיה לאחר כמה שנים וכמה מדגמים "תתאזן" התמונה והיוצרים אשר תוגמלו בחסר בשנה אחת יתוגמלו ביתר בשנה אחרת ואולי אף בעבור יצירה אחרת, ולהפך. טענה זו ראויה להידחות מכמה סיבות: ראשית, משום ש"חיי המדף" של יצירה ממוצעת הנו קצר, ולפיכך הסיכוי שהיצירה הספציפית תיכלל בכמה מדגמים הוא נמוך יחסית; שנית, גם אם בסופו של דבר ישפר מזלו של אותו יוצר, והוא ייכלל במדגם, עדיין ייתכן שהדבר יקרה רק לאחר שנים מספר שבהן יצירותיו מושמעות אך הוא אינו זוכה לכל תגמול בשל כך.

82. בנקודה זו עשויה להישמע הטענה שאמנים מעוניינים תמיד שיצירתם תישמע על ידי קהל רב, ועל כן אין בביקורת המוצגת בטקסט דבר, שכן המודל איננו גורם להטיה או עיוות בהתנהגות היוצרים, אלא ממשיך ומתמרץ יוצרים ללכת בכיוון שבו הם הולכים ממילא. על ביקורת זו ניתן להשיב כי: (1) מניתוח סטטיסטי עולה כי גדולים סיכווייה של יצירה להיקלט במדגם כאמור אם אותו אדם משתמש בה שוב ושוב מסיכווייה של יצירה שמספר רב של אנשים השתמש בה מעט; משמע שיטת המדגם תעודד את אותם להיטי אינסטנט אשר נשמעים מספר רב של פעמים בידי אדם אחד, שכן אלו "ייקלטו" במדגם בהסתברות גבוהה יותר מיצירות אשר אנשים רבים שומעים בתדירות נמוכה יותר; (2) ישנם יוצרים אשר אינם מעוניינים להוציא שיר אחד קליט אשר יכבוש את המצעדים – אלא כמה שירים אשר מותאמים כל אחד לקהל מצומצם ואיכותי ואולי אף להלך רוח מסוים. אסטרטגיה אחרונה זו, אשר הנגי סבור כי תעודד יצירה איכותית יותר, תיהפך לבלתי רצויה בעיני האמנים, שכן כרוכים בה סיכונים רבים יותר לטעויות דגימה במדגם – ולפיכך לתגמול נמוך יותר.

83. מלבד הטענות המצוינים בטקסט, יש לציין כי דגימה קרוב לוודאי לא תהיה אפשרות פופולרית בקרב היוצרים, אשר ירצו הכרה מדויקת יותר בשימוש בזכויותיהם, ויטרדו מכך שבתקופת דגימה מסוימת יצירותיהם זכו לשימוש רב, אך בגלל מהותו של המדגם והשגיאה הסטטיסטית הגלומה בו, שימושים אלו לא נמנו. ראוי לציין כי בישראל, לדוגמה, מנסה

נוצרות במדגמים אשר ישמשו את המודל,<sup>84</sup> עולה כי הערכת צריכת התכנים צריכה להתבצע באמצעות מדגם נרחב ביותר (מבדיקה סטטיסטית ראשונית עולה כי גודלו יהיה בטווח שבין 1% ל-10% מגודל האוכלוסייה הנדגמת).<sup>85</sup> מדגם מצומצם יותר יביא לידי כך שיוצרים רבים שאינם מהפופולריים ביותר יתוגמלו מדי שנה בחסר, כאשר חבריהם יזכו לעומתם בשכר גבוה (לעתים במידה ניכרת) מהמגיע להם – תוצאה שאינה הוגנת ואינה יעילה. מובן כי מדגם רחב דורש מיליוני נדגמים בכל זמן נתון, ורחוק שנות דור מהמדגמים שבשימוש נילסן ושאר האומדנים אשר מנסים לתת תמונה מדויקת של צריכת התכנים בשוק התקשורת. אך הערתי זו למודל של פישר אינה מצביעה רק על הדרישה הטכנית לבנות תשתית הכרוכה בעלויות וקשיים לוגיסטיים וטכנולוגיים (אשר נראה כי מתכנני המודל לא ציפו להם); כפי שאראה עתה, הצורך במדגם רחב ישפיע אף על ניתוח שאר האתגרים אשר צפויים למתכנני המודל בשלב אמידת השימוש בתכנים, ואולם רק מדגם כאמור יכול להביא לידי הגשמת המטרות שהציבו מתכנני המודל.

#### (ב) אמינות וחסינות מהטיות

מלבד הבעיות הנעוצות בקושי לאמוד במדויק את השימושים בפועל, יש לתת את הדעת גם על הניסיונות של משתמשים שונים להטות את תוצאות מערכת הדגימה בהתאם לצורכיהם. כאן כוונתי לניסיונות לשוות שימוש מסיבי ליצירות מסוימות וכך ליצור עיוותים בספירת השימושים באותם תכנים אשר יביאו לידי עיוותים בחלוקת התקבולים.<sup>86</sup>

אקו"ם ככל יכולתה לגבש תמונה מדויקת ככל שניתן של השימוש בזכויות היוצרים השונים, בלא שימוש במדגמים. ניתן בהחלט להתווכח על היעילות שבשיטות אלו של אקו"ם, אך לא ניתן להתכחש למוטיבציה של אקו"ם לבצע עבודת נמלים זו כדי לענות על דרישת החברה, אשר מבקשים לדעת במדויק מתי בוצעו יצירותיהם (בשיחה עם מנכ"ל אקו"ם, יוריק בן דוד, פברואר 2005, רמת גן). ציוין כי לצורך יישום הספירה המדויקת האמורה לעיל, אקו"ם משתמשת במערכת אוטומטית בשם Idioma שסורקת באופן אוטומטי את גלי האתר בהיפוש אחר שימוש ביצירות. לפרטים נוספים, ראו: [\[URL: http://www.acum.org.il/servlet/servlet?indexValueList?fdCategoryCode=2&fdArchiveFlag=2&fdWindowMode=0\]](http://www.acum.org.il/servlet/servlet?URL: http://www.acum.org.il/servlet/servlet?indexValueList?fdCategoryCode=2&fdArchiveFlag=2&fdWindowMode=0)

84. עותק מתרשימי הניתוחים הסטטיסטיים (לרבות הטבלאות הרלוונטיות) שמור במערכת.
85. ראוי לציין כי Fisher, בעמ' 230-234 לספרו, מציין לעניין זה מודלים אחרים לספירת תכנים אשר מתמודדים עם בעיה זו בכך שהם מאפשרים למשתמשים לבחור למי "לשלם" את הסכומים אשר עולים מהקשב שלהם ליצירות. ואולם שיטה זו מעוררת קשיים רבים שאותם מאתר Fisher נכונה, ואף מסיק שבדרך כלל ראוי שלא לאמצה, שם, שם.
86. כדי להמחיש את הסוגיות הנדונות, אציג שני יוצרים דמיוניים הפועלים במשטר שאומץ בו המודל של Fisher במלואו – דוד ויונתן; דוד הנו נגן נבל מוכשר אך לא ידוע. דוד הקליט את עצמו מבצע יצירה שהלחין, ורשם את יצירתו ואת זכויותיו בה במרשם כדין. לאחר מכן פתח דוד אתר אינטרנט, אשר בו ניתן להוריד את שיריו ולהאזין להם. מרישומים שערך למד כי מדי פעם הורדו יצירותיו, ואף גילה כי בתכנת החלפת הקבצים הפופולרית שבה הוא משתמש, מופיע לעתים שם יצירתו, רמז לכך שיש בה התעניינות מסוימת. יונתן,

ניסיונות ההטיה יכולים ללוש צורות שונות ולבוא בדרגות שונות של חומרה: תיתכנה פעולות של נוכלים מקצועיים המנסים לנצל את מערכת חלוקת הכספים, חברות אשר יתמחו ב"הרצת" יוצר ויצירותיו ו"קידומן" בדירוג, ואפילו מאמצים של מעריצי היוצר אשר שואפים לקדם את מעמדו ובכך להפגין את הערצתם. אדריכלי המודל הכירו בבעיית "ההטיה" והציעו אסטרטגיות שונות להתמודד עמה. בפסקאות הבאות אצביע על כמה כשלים, אי-בהירויות ולאקוונות באסטרטגיות המוצעות, ואציע אסטרטגיה כוללת כדי להתמודד עם בעיות ההטיה האמורות.

אסטרטגיה אחת, אשר הוצעה כדי להתמודד עם בעיית העיוותים, הנה עצם עריכתו של מדגם כמתואר לעיל; על פי דעה זו,<sup>87</sup> היות שמתבצעת דגימה של המשתמשים, לא יוכל משתמש בודד להטות באופן מהותי את תוצאות הדגימה, שכן קיים סיכוי גבוה שפעולות העיוות לא יבואו לידי ביטוי במדגם כלל (או שישפיעו רק באופן חלקי ביותר). ואולם הערותיי לעיל לעניין גודל המדגם וגודל אחוזי הדגימה מתוך האוכלוסייה הכללית משפיעות על יכולת המדגם להילחם בתופעת העיוותים; כזכור, מניתוחים סטטיסטיים ואחרים עולה כי על המדגם להיות מקיף ביותר (בין 1%-10% מהאוכלוסייה הנדגמת); אם המדגם יהיה בעל ממדים יחסיים שכאלו, הדבר יקל את ה"כניסה" אליו ואת עיוותו. אמנם מעוות אשר "ישתמש" פעם אחר פעם ביצירתו ממחשבו האישי בניסיון להגדיל את הכנסתו צפוי להתאכזב,<sup>88</sup> ואולם משתמשים מתוחכמים ימצאו מניפולציות שונות להבטיח כי ייכללו במסגרת המדגם; לדוגמה, הם ינסו להפעיל כמה "והויות מקבילות" אשר ישתמשו באותו מחשב בעת ובעונה אחת, יבצעו ניסיונות עיוות אלו תוך ניצול גישה למערכת מחשבים רב-מסופית ואפילו ינסו להשתיל ולהפיץ וירוסים וסוסים טרויאניים אשר יגרמו למחשב ה"נגוע" להיחפך ל"גולם" ולהשתמש ביצירות מסוימות על פי בקשת המפיץ (וכמובן שבלא ידיעתו של בעל המחשב), ובכך להגדיל את סך כל השימושים ביצירה זו.<sup>89</sup>

לעומת זאת, הוא מוזיקאי גרוע, אך איש עסקים ממולח. ביום שבו אומץ המודל של Fisher, מיהר לרשום כיצירה הקלטה של עצמו מתופף על תופים ברעש מהריש אוזניים, ופתח אתר אינטרנט אשר בו ניתן להוריד את יצירתו. מיד ביום פתיחת האתר נרשמו כעשרת אלפים הורדות. רמת ההורדות האמורה אינה מעידה על טעמו של הציבור, אלא על ערמומיותו של יונתן, אשר בשעות היום עובד כאחראי מחשוב בחברה גדולה ובמסגרת עבודתו "שתל" תכנה במערכת המחשבים אשר גורמת לכל אחד מהמחשבים ברשת "להוריד" את היצירה, ואף לנגנה פעמים אינספור. בתום שנת התקציב, הועבר לידיו של יונתן ולידי "יוזמים" אחרים מעין אלו סכום נאה, ואילו ליוצרים כמו דוד לא נותר דבר (הואיל ועקב פעולות מעוותות אלו עלה סף ההשמעות המינימליות הנחוץ כדי להיכנס למדגם).

87. Netanel (לעיל, הערה 51), בעמ' 54.

88. שכן כאמור, היות שמדובר במדגם, ברוב רובם של המקרים כלל לא תיספר השמעתו (לעיל, הערה 79).

89. סביר להניח כי בחברה שבה מופעל המודל האמור יהיה קל הרבה יותר להחדיר וירוסים מעין אלה היות שתנועת הקבצים בין זרים עשויה לגדול בצורה משמעותית, ובכך לספק כר פורה להפצת תכנות אלו.

לאילו המטילים ספק ביכולתם ובנכונותם של צדדים לנקוט פעולות עיוות כאלה, אשר גובלות בפלילים (וחלקן אף עוברות גבול זה בגאון), אציין כי דינמיקה הדומה לעיוות ספירת התכנים (והניסיונות למנוע עיוות זה) מתרחשת בהקשר של משלוח דואר זבל (SPAM) וחסימתו – דינמיקה בעלת פופולריות עצומה ברשת. הצד השווה בין שולחי דואר הזבל לבין המעוותים הפוטנציאליים במודל של פישר נעוץ בכך שמדובר ביחידים המנצלים את תכונות הרשת ל"שכפול" קולם בעלות שולית נמוכה, ובדרך זו גורפים לכיסם סכומים גדולים במיוחד, תוך גרימת נזק וחוסר התחשבות בצדדים שלישיים. ואולם לדעתי ניסיונות העיוות במודל האמור יעלו בהיקפם ובתחכומם על אלו של שולחי דואר הזבל, שכן פעולות העיוות במסגרת המודל עשויות להביא לידי רווחים בהסתברות גבוהה יחסית ובלא התלות בהיענות הצרכנים ברשת (כמו בהקשר של דואר הזבל)<sup>90</sup> ולזכות בתשלום ישירות מכיסה העמוק של המדינה. לפיכך, המודל המוצע עשוי להביא לידי קרב בין מעוותים לרודפיהם, ל"מירוץ חימוש" בין צדדים אלו, בזבוז של יזמות טכנולוגית ותעסוקה מכבידה נוספת לבתי המשפט ורשויות האכיפה. רבים מבכים היום את הדרך שבה נבנתה מערכת הדואר האלקטרוני אשר מאפשרת את קיומה של מגפת דואר הזבל.<sup>91</sup> לדעתי, אין סיבה שאחריתו של המודל תהיה דומה לזו של דואר הזבל. אך חשוב שכבר במועד בניית המדגם ניתן את הדעת על סוגיה זו וננקוט צעדים אגרסיביים למניעת התפתחותה (ולא נשאיר את הטיפול בה עד אחרי תחילת הרצת המודל).

היות שפעולת הדגימה לא תוכל להוות פתרון נאות לבעיית העיוותים, אדון בשני פתרונות אשר הוצעו בהקשר זה ובהקשרים אחרים לפתרון בעיית ההטיה:

(1) איתור ניסיונות לעיוות הספירה וחסימתם באמצעות הגבלת מספר השימושים ביצירה אחת על ידי משתמש בודד, בפרק זמן קבוע. זהות המשתמש יכולה להיות מוגדרת ככתובת IP ספציפית או על פי בדיקת דיווחי תכנות הדגימה אשר יגיעו ממחשב ספציפי או יישום אחד ייחודי;

(2) ייקור "עלות" ביצוע העיוותים. לצורך יישום פתרון זה יתוכנן המודל כך שכדי שהשימוש ביצירה יידגם, יהיה צורך בהשמעתה במלואה (או לפחות בחלקה המהותי), או שיידרשו פעולות נוספות אשר דורשות כוח חישובי מהמחשב הרלוונטי.<sup>92</sup> בדרך זו ניתן

90. יש להזכיר כי המודל העסקי של דואר הזבל הנו משלוח כמות עצומה של הודעות אשר מפרסמות ברוב המקרים עסקאות גרועות ביותר בעלות חתך רווח גבוה ביותר למוכר – ודי שאחוז קטן ביותר יענה בחיוב להצעות שבהודעה כדי לגרוף רווח נאה.

91. לעניין הבעיות המבניות (הן מבחינה טכנולוגית והן מבחינה כלכלית) אשר הביאו לידי יצירת תופעת דואר הזבל, ראו, יניב דרוקמן ואח', דואר או זבל – הסדרה של דואר אלקטרוני בלתי רצוי (המרכז למשפט וטכנולוגיה, ניבה אלקין-קורן, מיכאל בירנהק – עורכים, 2004), בעמ' 3-8.

92. פתרון זה מקביל לפתרון המוצע על ידי מיקרוסופט ואחרים להתמודדות עם בעיית העומס במשלוח הודעות דואר הזבל; ראו: [URL: <http://www.microsoft.com/presspass/features/2004/Feb04/02-24CallerID.aspx>].

לדאוג כי המערכות אשר מבקשות להשתמש ביצירה מספר רב של פעמים יהיו מנועות מלעשות כן.

כדי ליישם אסטרטגיות אלו בהצלחה, יצטרכו מפעילי המודל לשכלל את שני מרכיבי מערך הדגימה שצוינו לעיל – תכנות הדגימה הנמצאות אצל כל משתמש, ומערכת הסכימה המרכזית. ראשית, תכנות הדגימה הנמצאות אצל המשתמשים יצטרכו לכלול מרכיבים נעולים ומאובטחים אשר יודאו כי רק יצירות שהושמעו במלואן ייספרו (או יתמכו בסוגים אחרים של פתרונות טכנולוגיים אשר מטרתם "לייקר" את ביצוע העיוות, כמפורט לעיל). בנוסף, אותן תכנות יתוכננו כך שינסו לספור את כל השימושים אשר נעשו מהמערכת הנבדקת (וימנעו ספירת הרצה של כמה תכנות דגימה מאותה מערכת בעת ובעונה אחת). מערכות אלו יהיו בהכרח מסוג תכנות נעולות ואולי אף מסוג "קוד סגור", כדי למנוע את ניסיונותיהם של ה"מעוותים" לפרוץ ולהטעות את אותן תכנות ובכך להשפיע על תהליך הספירה.<sup>93</sup> לפיכך, לצורך יישומו של המודל המוצע, נידרש לחזור ולהטמיע ברשת מערכות הכוללות מאפיינים שעל קיומם התריע פישר בסקירת המודל הקנייני<sup>94</sup> מערכות סגורות ונעולות, אשר בדומה למערכות ה-DRM, יפגעו ביכולות המשתמשים לפתח יישומים חדשים ברשת הפתוחה, שכן מעתה יצטרכו המשתמשים/מתכנני היישומים להתחשב בקיומן של אותן תכנות דגימה. בנקודה זו נדרשת הכרעה בסוגיה כואבת – האם נבחר להשתמש בתכנות הדגימה אשר תיארתי על אף תכונותיהן הבעייתיות שציינתי לעיל? פישר אינו מתייחס לקושי האמור בהקשר של מניעת העיוותים, אף שבמקומות אחרים בספרו הוא נותן משקל רב לפתיחות הרשת.<sup>95</sup> על כן, ייתכן כי בנקודה זו אף הוא היה מתנגד להפעלת תכנות דגימה במתכונת המוצעת.

לדעתי, לאחר סקירת הבעייתיות שבפעולות המעוותים, נראה כי אין מנוס מלאמץ את השימוש בתכנות ה"סגורות", אם ברצוננו ליישם את המודל החלופי ולהסוּם את פעולות העיוות. יתרה מזו, לדעתי אין להפריז בבעייתיות העולה מטיעון ה"רשת הפתוחה", שכן יש לאזנו עם התרומה הכללית של המודל המוצע לעידוד היצירתיות הכוללת בחברה. במילים אחרות, ניתן וראוי להקשות במעט על מתכנני היישומים ברשת כדי להבטיח תגמול הולם למכלול היוצרים, שיתאפשר מיישום המודל החלופי אשר יפעל בלא חשש מפעולותיהם של מעוותים. לפיכך, ולסיכום נקודה זו, אני סבור שדרוש מאמץ טכנולוגי להבטחת תשתית שתקטין את הסיכון שבעיוות, ולכך דרושה החלטה אסטרטגית מקדמית בדבר חשיבות המלחמה במעוותים ועדיפותו מעקרון ה"רשת הפתוחה".

### (ג) פרטיות ומניעת עיוותים

כאמור, כדי להתגבר על בעיות העיוות, על המודל לפתח מערכות סכימה מרכזיות הניחנות ביכולת לזהות דפוסי צריכה רגילים ומקובלים, ובדרך זו לאתר פעולות הסוּטות מנורמות

93. לדוגמה, תוך ניסיון לגרום לכך שהתכנות ישלחו מסרים שגויים אשר ידמו מסירת הודעה שהיצירות הושמעו במלואן אף שלא כך היה.

94. ראו הטקסט בסוף פרק ג.1.

95. או עיקרון המכונה "end-to-end" (Fisher, בעמ' 170-172).

אלו ומנסות להטות את המערכת. הצורך לזהות דפוסי צריכת תכנים רגילים וחרגיגים אינו מתיישב עם הדרישה להגן על פרטיותם של המשתמשים. גם לעניין נקודה זו, אבקש את ההתמודדות של פישר עם האתגרים שנוצרים עקב הסתירה בין אינטרסים אלו ואציג דרך חלופית להתמודד עם אתגרים אלו, אשר תאפשר את יישום המודל.

המודל המוצע מצריך דיווח תקופתי ואוטומטי על תכנים שבשימוש של אדם – מידע אשר יכול ללמד רבות על דרך חשיבתו ואורחות חייו ולפיכך ייחשב בעיני רבים לפרטי וסודי. הן פישר והן נתנאל מודעים לרגישות המידע האמור, וקובעים כי על המודל לכלול מנגנון משפטי אשר יאסור כל שימוש במידע זה,<sup>96</sup> ואף יחייב את הרשויות למוחקו לאחר סכימת המידע המגיע מן הנדגמים למאגר מידע מרכזי. פישר ונתנאל מבינים היטב כי אם יחששו המשתמשים בתכנים ברשת כי המידע האמור יגיע לידי המדינה או אף לידי גורמים פרטיים בלתי רצויים, הרי הדבר יגרום לעיוותים בצריכת התכנים על פי המודל, כגון התנהגות שמרנית וזהירה יותר מצד הצרכנים.

לדעתי, רף הפרטיות הגבוה שאותו מציבים פישר ונתנאל (אשר מחייב את מחיקת כל הפרטים המזהים ממאגר המידע בתוך זמן קצר) איננו ריאלי ואף אינו רצוי, שכן מאגר המידע אשר ייווצר במערכת הסכימה צריך לשמש גם למאבק בתופעת העיוותים. כפי שצוין לעיל, יש צורך לנסות ולחסום ניסיונות עיוות אשר ינבעו מדפוסי שימוש חריגים. כדי לזהות את אותם דפוסי יידרש מעקב של כמה שנים אחר מספר רב מאוד של משתמשים, תוך בדיקת כתובות ה-IP אשר משמשות להורדת תכנים ולשימוש בהם וכן מאפיינים אישיים נוספים.<sup>97</sup> לפיכך, לכאורה נראה כי לפני מתכנני המודל עומדות שתי אפשרויות בלתי מוצלחות: (1) אימוץ מודל אשר ישמור על פרטיות המשתמשים, אך יהיה קל להטיה ולפיכך יביא לידי תוצאות בלתי אמינות, כעס מצד היוצרים ונשיאה בהוצאות מרובות על חקירה והעמדה לדין של אלו אשר עוסקים בעיוות המודל כאמור – או (2) אגירת מידע אישי על ידי הרשות לצורך עיבודו כדי לאפשר איתור מעוותים פוטנציאליים – הליך שיעורר חשדנות מצד המשתמשים ופיתוי מצד גורמי השלטון להיזקק למאגר מידע זה לצורכי ביון, חקירה ומעקב שונים. כאמור, פישר ונתנאל נוטים בכיוון האפשרות הראשונה, מתוך סלידה מובהקת מהאפשרות השנייה – אך לדעתי גם דבקות באפשרות הראשונה יוצרת קשיים לא מעטים.

כדי לפשר בין שני קצוות אלו, על המודל לכוון לאפשרות ביניים שלישית, אשר תסתמך על טכנולוגיית כריית מידע (Data Mining) ואמצעים חדישים אשר מפותחים כעת כחלק מניסיונות הממשל האמריקני למצוא דרך אשר תאפשר לו לנתח מאגרי מידע מסחריים לצורך גילוי וסיכול התארגנויות ופעולות טרור. הכלים הטכנולוגיים שפותחו בהקשר האחרון נועדו לאפשר למדינה "להשתמש" במאגרים המסחריים (הכוללים לדוגמה נתונים על שימוש בכרטיסי אשראי או רכישת כרטיסי טיסה) לצורך סריקתם בחיפוש אחר

96. Fisher, בעמ' 228; Netanel (לעיל, הערה 51), בעמ' 55.

97. זאת, בדומה לאסטרטגיות אשר ננקטות כיום בידי החברות אשר מצליחות לחסום משלוח דואר זבל באמצעות איתור משלוחי דואר הסוטים מן המקובל. (לדוגמה, Commtouch, ראו:

[URL: [http://www.commtouch.com//Site/Technologies/t\\_technology.asp](http://www.commtouch.com//Site/Technologies/t_technology.asp)]

דפוסי התנהגות חשודים, אך בו בזמן אינם מאפשרים למדינה נגישות למידע עצמו, אלא רק לדפוסי המידע העולים ממנו.<sup>98</sup> לפיכך, בהקשר של הפעלת המודל החלופי, יש מקום להשתמש בטכנולוגיה חדשה זו בדרך הבאה כדי להתגבר על בעיית העיוותים: יש להחזיק את המידע הנוגע לשימוש בתכנים פרק זמן מוגבל (אשר בסופו המידע הנאגר יימחק ביסודיות) בידי גורם שלישי נאמן אשר יאסר עליו להשתמש במידע או להעבירו לכל גורם אחר. רק המדינה תורשה להשתמש במאגר מידע זה, ואף היא לא "תיגש" אליו במישרין, אלא תיעזר בכלים סטטיסטיים וחשובים אחרים (כלי "כריית מידע") לצורכי לימוד, ומאוחר יותר לזיהוי דפוסים נורמליים של שימוש בתכנים ברשת, ולאיתור דפוסים חריגים. אם יאותרו הדפוסים החריגים, אשר יעידו ברמת ודאות גבוהה על ניסיון למניפולציה של המדגם (ורק אז), יובא לידיעת גורמי האכיפה מידע בדבר מקור ההתנהגות האמורה, והרשויות יפעלו ל"ניטרול" השימושים הרלוונטיים מחישובי המדגם ובמקרים קיצוניים אף למיצוי הדין עם מי שעומדים מאחורי ניסיונות ההטיה. בדרך זו ניתן יהיה לפשר בין דרישת הפרטיות לבין הצורך באיתור ניסיונות מניפולציה במידע הנאסף. כאמור, בתכנון מתווה זה אנו ניצבים בפני אתגר כפול: הקמת מערכת חוקית וטכנולוגית אשר תבטיח עמידה ביעדים אשר הוגדרו לעיל, ושכנוע הציבור בדבר הבטחת פרטיותם. במילים אחרות, יש לשכנע את הציבור בדבר קיום "חומה סינית" בין המידע האמיתי הנוגע להם לבין עיני המדינה, תוך המחשת אי-ימינות המידע עצמו לרשויות לעומת יכולתן להכיר בדפוסי התנהגות אשר עולים ממנו (מטרה אשר אינה חשובה פחות, שכן בלעדי אמון זה, המודל ואמינותו יקרסו). מובן כי אתגרים אלו יצריכו טיפול חקיקתי וטכנולוגי מיוחד, ואולם לדעתי רק הליכה בדרך זו תאפשר עמידה ביעדי המודל בדרך אשר תרצה הן את הצרכנים/המשתמשים והן את היוצרים.

## 2. תוצאות יישום המודל

זכור, פישור מסכם את ספרו בהערכת השפעות יישום המודל ומציין כיצד הוא ייטיב עם היוצרים, הצרכנים והחברה בכללותה, ויגרום להחלשה יחסית במעמדן של חברות התכנים.<sup>99</sup> בפסקאות הבאות אחזור ואבדוק את השלכות אימוץ המודל – כאשר אציין שלושה נושאים בקצרה: (א) סוגי תכנים אשר לא ישתלבו במודל, והשפעת אי-השתלבות זו; (ב) שינויים, אשר פישור מקווה/חווה שהמודל יביא, באיזון הכוחות שבין השחקנים השונים בשוק המדיה, אך לטעמי יבוששו לבוא; (ג) השפעות בלתי מתוכננות ובלתי רצויות של אימוץ המודל על סוגי תכנים מסוימים, והפצתם. בדוני בנושאים אלו אבחן אם אכן המודל ישיג את היעדים אשר פישור מקווה כי יושגו, ואראה אילו תיקונים ניתן לבצע במודל (במידת הצורך) כדי לעמוד ביעדים הנדרשים.

98. K.A. Taipale, "Technology, Security and Privacy: The Fear of Frankenstein, The Mythology of Privacy, and the Lessons of King Ludd", 7 *Yale J. L. & Tech* (2004-2005) 123; K. A. Taipale, "Data Mining and Domestic Security: Connecting the Dots to Make Sense of Data", 5 *Colum. Sci. & Tech. L. Rev.* (2003) 2.

99. ראו טקסט נלווה להערות 73-74.

**(א) תכנים**

אפתח בהערה על סוגי תכנים העשויים להימצא מחוץ למודל, ועל השפעתם על יישום המודל בכללותו. כפי שצוין לעיל, פישר סובר ומאמין כי במרוצת הזמן יבחרו ספקי תכנים רבים במעבר למודל החלופי, אף שתעמוד להם האפשרות לשווק את תוצרתם באמצעות מערכות DRM וליהנות מההגנה המשפטית המוענקת למנגנונים אלו.<sup>100</sup> לדעתי, במצב זה תעשיות תכנים שלמות יבחרו שלא להשתתף במודל החלופי. לדוגמה, מפיקים ויוצרים של תכנים פורנוגרפיים<sup>101</sup> יבחרו להפיץ את תכניהם באמצעות מערכות DRM ולא על פי המודל החלופי המוצע. אנשי תעשייה זו יעדיפו שלא לקשור את שמם במרשם גלוי של תכנים אלו וכן יניחו שצרכנים ירצו להסתיר ולא לדווח על צריכת תכנים אלו (מחמת הבושה הקשורה בצריכת תכנים אלו) – הסתרה שעל פי המודל החלופי תביא בהכרח לידי פגיעה בהכנסות בעלי תכנים אלו. ואולם, החלטה צפויה זו של קברניטי ענף הפורנוגרפיה להדיר עצמם מן המודל היא לא בהכרח הוכחה לחולשתו; לדעתי, מגמה זו דווקא תסייע להצלחת קליטת המודל ויישומו משום שתשתיק בעקיפין שתי טענות העלולות להיטען נגדו; ראשית, בלא פורנוגרפיה במודל, לא תהיה למשתמשים אפשרות לגשת לתכנים אלו בעלות שולית אפסית. לפיכך, לא ייטענו נגד המודל טענות שהוא מביא לידי התמכרות מסיבית ובלתי בריאה של משתמשים רבים לאותם תכנים פורנוגרפיים. שנית, במודל החלופי, התגמול בעבור השימוש ביצירות הנו באמצעות היטל על מכירת מוצרי חמרה, תכנה ושירותים. לפיכך, אם תתאפשר צריכת תכנים פורנוגרפיים באמצעות המודל, הדבר יעורר טענה בדבר סבסוד צולב ובלתי מתקבל על הדעת בין רוכשי חמרה ותכנה "תמימים" לבין צרכנים אובססיביים של תכנים פורנוגרפיים, ו"תחביבים" של האחרונים ימומן באמצעות תשלומיהם של הראשונים. בלא תכנים פורנוגרפיים משתתפים ורשומים במודל, טענה זו לא תעלה. לסיכום, אף שניתן לחלוק על נכונות שתי הטענות הפוטנציאליות שתוארו לעיל, בחירת בעלי התכנים הפורנוגרפיים להדיר עצמם מן המודל ככל הנראה תייתר את הצורך לדון בטענות אלו, אשר הנן בעלות כוח רטורי רב.<sup>102</sup> לפיכך, אף שאני חולק על מסקנתו של פישר כי רבים מספקי התכנים יחליטו להעתיק מרצון את המודל העסקי שלהם למודל החלופי, ייתכן שאין זו מגרעת, אלא במקרה שצוין אפילו יתרון שעולה מהדרת תכנים מסוימים מתחולתו העסקית של המודל.

**(ב) "שחקנים"**

כזכור, פישר מסכם את ניתוח המודל בציינו את יתרונותיו, ובין היתר את העובדה שהיוצרים יוכלו לפנות במישרין אל קהל יעד, ולהגביר את כוחם על חשבון חברות התכנים אשר

100. ראו, לעיל, הערה 71, והטקסט שלידה.

101. הדיון בסוגיה זו מתרכז בתכנים המותרים על פי חוק (ואף הפצתם מוגנת על ידי עקרונות חופש הביטוי). מובן כי הפורנוגרפיה הקשה והאסורה לסוגיה טעונה דיון אחר אשר לא זה המקום לקיימו.

102. ניתן כמובן לנסות ולמנוע מראש כניסת תכנים פורנוגרפיים למודל, דבר אשר בוודאי יעורר בעיות הגדרה (מהי פורנוגרפיה) וכן בעיות בנוגע לחופש הביטוי של יוצרי תכנים אלו.



שולטות בשוק כיום (ושכוחן ייחלש במרוצת הזמן עם יישום המודל). פישר מחשיב במיוחד את החלשתם של תאגידים אלו, אשר ריכוזיותם וכוחם הרב פוגע ביוצרים מחד גיסא (שכן כוחם במשא ומתן מול תאגידים אלו מוחלש ביותר) ובצרכנים מאידך גיסא (שכן מציאות שבה הקשב הציבורי נתון בידי מספר מצומצם של גורמים איננה רצויה) ורואה בכך את אחד היעדים החשובים במעבר למודל החלופי. ואולם מבחינה מדוקדקת של המודל ותוצאותיו עולה כי קרוב לוודאי שיישומו לא יוביל לשינוי משמעותי במערך הכוחות שבין יוצרים עצמאיים לחברות התכנים הגדולות ולהחלשתן של האחרונות. בפסקאות הבאות אסביר מדוע אני סבור כך, ואציע כמה צעדים ואפשרויות לפעולה (טובים יותר ופחות) אשר יש לנקוט בד בבד עם יישומו של המודל כדי להגיע לתוצאה (הראויה) שאליה מכוון פישר.

תחילה אתייחס למעמדן הצפוי של חברות התכנים בשוק, שיתהווה ברשת לאחר יישום המודל החלופי. אמנם, שוק התכנים שיווצר יהיה שונה מהשוק כיום שכן חסמי הכניסה הטכנולוגיים אליו יהיו נמוכים ביותר – כל יוצר ואמן יוכל להציג מרכולתו ברשת וכל צרכן יוכל להוריד ולהשמיע יצירה זו ובדרך עקיפה להביא לידי תגמול האמן הרלוונטי – בעלות נמוכה ביותר. ואולם במציאות שתיווצר עם החלת המודל, האתגר המרכזי עבור יוצרים ומשווקי תכנים יהיה פריצה לתודעת צרכני התכנים, אשר ייאלצו לברור מבין יוצרים ותכנים רבים מספור. כדי להתמודד עם עומס התכנים העצום, צפויים המשתמשים לפנות למתווכים, אשר יסייעו להם בבחירתם. כאן מעריך פישר כי עם החלת המודל יצמח דור חדש של מתווכים, אשר יחליף את ספקי התכנים של היום. ואולם, לדעתי, חברות התכנים הקיימות ישמרו על מעמדן כמתווכים הדומיננטיים במדיום הדיגיטלי-אינטרנטי גם לאחר יישום המודל ובכך ישמרו את מעמדן הדומיננטי בשוק התכנים ככלל. דעתי זו מבוססת על בחינת הדינמיקה אשר התפתחה עד עתה בכל הנוגע לתכני מדיה ברשת. כידוע, כמות כמעט אינסופית של דפים נגישים ברשת באותה מידה. למרות זאת, כוח השוק במדיום זה נתון בידי מספר מצומצם של שחקנים, אשר מרכזים הן את תנועת המשתמשים באתריהם,<sup>103</sup> והן את עיקר הפעילות העסקית ברשת.<sup>104</sup> אתרים אלו (והתאגידים שמאחוריהם) כוללים קומץ של מותגי אינטרנט אשר הוקמו בשלב מוקדם ונהנים מיתרון של "מוביל ראשוני",<sup>105</sup> אך בעיקר מהווים אתרים המסונפים למותגי שוק המדיה החוץ-אינטרנטי כגון Time Warner/AOL, Disney, Microsoft וכדומה – וזאת אף שברשת, נקודת הפתיחה של כל ספקי התכנים הנה שווה. את הצלחתם של האתרים אשר נמנים עם הקבוצה האחרונה ניתן להסביר בכך שהם **ממנפים** את הצלחתם בתחומי

103. ראו, לעניין זה את מחקריהם של: Matthew Hindman, Kostas Tsioutsoulouliklis and Judy A. Johnson, "Googlearchy: How a Few Heavily-Linked Sites Dominate Politics on the Web", ניתן לצפייה באתר: [URL:http://www.princeton.edu/~mhindman/googlearchy-hindman.pdf]

104. להוכחת עניין זה, ראו לדוגמה: Eli M. Noam, "The Internet: Still Wide Open and Competitive?" (TPRC, September 2003) [URL:http://tprc.org/papers/.2003/200/noam\_TPRC2003.pdf]

105. ("First Movers Advantage") כגון Yahoo!, Amazon ו-eBay.

מדיה אחרים לטובת הצלחה במדיום האינטרנט; מינוף זה נעשה באמצעות עתודות הממון שבידיהם, המוניטין שצברו, יכולתם להפנות את קשב הציבור מערוצי התקשורת בתחומי המדיה האחרים שבשליטתם למדיום האינטרנט החדש ומצבורי התכנים המוכרים אשר בשליטתם, שאותם הם מפצים באמצעות אתריהם ובכך מושכים אליהם קהל.

לדעתי, מדיניות זו המסתמנת בשוק התכנים הכללי ברשת, ניתן להקיש לשוק התכנים שיתווה עם יישום המודל החלופי. במילים אחרות, נראה לי שעם המעבר למודל החלופי, ימשיכו המשתמשים להימשך לאתרים ומנגנוני הפצה של אותן פירמות בעלות שם ושליטה בתחומי מדיה אחרים (שאותם הם מכירים ומוקירים) כדי לקבל המלצות והנחיות בתוך בליל התכנים שיזרום ברשת. בנוסף, אותן פירמות ימשיכו וימנפו את ניסיונם, שמם וההון שצברו בתחומי מדיה אחרים ליצירת דומיננטיות בשוק התכנים אשר יתווה ברשת על פי המודל החלופי וייצרו גם בתוך מודל זה רשתות הפצה יעילות ביותר. לפיכך, מאזן הכוחות בין היוצרים לחברות התכנים ייוותר בלא שינוי ויוצרים בתחילת דרכם עדיין ייאלצו לכרות הסכמים עם אותם מתווכים חזקים (אשר יהיו אותן חברות תכנים השליטות כיום) שידרשו תשלום אשר במצבים מסוימים עשוי להיות ניכר, בתמורה לקידום תכניהם של היוצרים ברשת.

לאור האמור לעיל, אם נרצה שיישום המודל החלופי יביא לידי החלשת מעמדן של חברות התכנים, יהיה צורך בצעדים נוספים. ניתן להציע פתרונות רגולטיביים כגון מנגנונים חוקיים אשר יחייבו את בעלי האתרים הגדולים, הנשלטים על ידי חברות התכנים, "לשאת" את תכני היוצרים העצמאיים במחירי עלות, וכן מנגנונים אשר ידאגו לכך שחברות השולטות בתחומי מדיה אחרים לא ישתלטו על שווקי הפצת התכנים ברשת. במילים אחרות, אלו הם אותן הצעות אשר הציע פישר בפרק החמישי לספרו במסגרת הפתרון הרגולטורי.<sup>106</sup> ואולם נראה כי דרישה לאימוץ כללים רחבים ומגבילים מעין אלו תיתקל בהסתייגויות רבות (אשר הוזכרו לעיל בדיון בפתרון הרגולטורי), לרבות הטענה כי דרישות אלו יפגעו בזכויות בעלי התכנים לחופש ביטוי מסחרי ויצירתי וכמובן בהתנגדות עזה מצד חברות התכנים אשר כידוע צברו כוח פוליטי רב.

מלבד הפתרון הרגולטורי, לדעתי רצוי להתרכז באמצעים אחרים להחלשת אחיזתן של חברות התכנים הגדולות בשוק שיתווה על פי המודל המוצע. ניתן לייחד אמצעים ומשאבים לא רק למודל חלופי לעידוד היצירה, אלא אף לפיתוח ומציאת חלופות להפצת תכנים ברשת. מנגנוני ההפצה החלופיים לא יהיו מבוססים עוד על עקרון ההפצה "מאחד לרבים" – ממנגנון מרכזי אחד אל המוני הצרכנים. במקום זאת, יש לשקוד על פיתוח מנגנונים להפצת תכנים במעגלים קטנים יותר של קהילות משתמשים – אשר יתרכזו בנושא מסוים (השכונה, המשפחה, העבודה, התחביב, העניין המשותף וכו'). בתוך הקהילה הוירטואלית המתוארת (אשר יכולה להיות אתר, פורום, רשימת מכותבים או מנגנונים נוספים אשר ייווצרו במרוצת הזמן), יכירו החברים זה את זה היטב ויוכלו להמליץ אלו לאלו על יצירות ותכנים אשר האחרים ימצאו בהם עניין ובכך יביאו לידי הפצת תכנים בדרך אלטרנטיבית בתוך הרשת (הפצה אשר כזכור על פי המשטר המשפטי החדש,

106. ראו, לעיל, הערה 47, והטקסט שלידה.

שיפוחת יחד עם המודל, לא תהווה הפרה של זכויות היוצרים).<sup>107</sup> כבר כיום קיימות כמה דוגמאות ליצירות אשר עברו מפה לאוזן באמצעות מנגנונים מעין אלו עד שהגיעו לתפוצה מסיבית<sup>108</sup> וכן למודלים ליצירת תכנים באמצעות מעגלים של יצירה משותפת.<sup>109</sup> לפיכך, בעת תכנון המעבר למודל המוצע, יש צורך לבחון באופן מעמיק יותר אילו סוגי תכנים מתאימים להפצה באמצעות רשתות חברתיות אלו, האם הרשתות אכן רחבות ואיתנות דיין להיות תחרות ואף תחליף למנגנוני ההפצה המשומנים של חברות התכנים, וחשוב מכול, כיצד ניתן יהיה לעודד הקמת רשתות אלו – שכן עומקן ועמידותן יהיו נדבך חשוב בהצלחת המודל (כפי שהיא מוגדרת על ידי פישר) וקידום האידיאלים אשר בבסיסו. לדוגמה, ניתן לעודד רשתות מעין אלו באמצעות סבסוד מכירת ציוד קצה למרכזים קהילתיים והשכרתו להם וסיוע לארגונים חברתיים ללא כוונת רווח בהקמת אתרים, אשר יהיו את הבסיס "לטוויית" רשתות קהילתיות ווירטואליות.<sup>110</sup> אך מובן שנדרש מחקר לבדוק את יעילות האמצעים הללו ולאתר אמצעים נוספים.

### (ג) יצירות ויוצרים

מלבד בדיקת השפעת המודל על ספקי התכנים, בפסקאות הבאות אבחן אילו שינויים והשפעות עשויים להתהוות בעקבות המעבר למודל החלופי בכל הנוגע לצריכת יצירות ברשת, ולעידוד יוצרים ליצור תכנים מסוגים שונים. בנקודה זו אצביע על כמה שינויים – אשר חלקם אינם רצויים מבחינה חברתית, ואציע כמה מנגנוני השלמה אשר יש ליישם לצד המודל כדי למנוע תופעות לוואי אלו – מנגנונים אשר בחלקם דומים למנגנוני ההפצה האלטרנטיביים, אשר הוצעו לעיל כדי להתגבר על כשלים מסוג שונה. כמו לכל מודל, גם ליישום המודל החלופי יהיו תופעות לוואי העשויות להביא לידי פגיעה בצריכת תכנים מסוגים מסוימים, אשר יש בהם לעתים חשיבות חברתית (וכזכור ירידה בצריכה מביאה לידי ירידה בתגמול היוצרים, אשר באופן תיאורטי תביא לידי

107. בשנים האחרונות הנושא האמור של העברת מידע בתוך ובין קהילות, הנוצרות באופן ספונטני ברשת, מעורר עניין רב וחוקרים בוחנים את דרך היווצרות הקהילה ואת המהירות העצומה שבה מידע יכול לעבור בתוכה (כמו גם את מספר השלבים שמסר יצטרך לעבור לפני שיועבר למכלול האוכלוסייה). לעניין זה, ראו בכלליות: Albert-Laszlo Barabasi, *Linked: The New Science of Networks* (2002).

108. כמו לדוגמה הסרטונים הקצרים אשר הופצו באתר jibjab.com וזכו לתהודה ואהדה רבה. בישראל ניתן להזכיר את האתר stage.co.il אשר יוצר קהילה חיה ונושמת של יוצרים עצמאיים.

109. כמו תנועת הקוד הפתוח, אשר הביאה לידי יצירת מערכת הפעלה (Linux) וכן שלל אפליקציות אחרות. לניתוח תנועת הקוד הפיתוח ודינמיקת היצירה והקהילה אשר מאפיינת אותה, ראו: Steven Weber, *The Success of Open Source* (2004); Yochai Benkler, "Coase's Penguin, or, Linux and The Nature of the Firm", 112 *Yale L. J.* (2002) 369.

110. סיוע אשר ימומן מתוך הקרן האמורה לעיל, אשר אליה מופנות ההכנסות מההיטל, אשר יחולקן בשלב מאוחר יותר לאמנים.

פגיעה בעידוד ליצור תכנים מעין אלו בעתיד). המפתח להבנת תופעות לוואי אלו נעוץ בהכרה בכך שאימוץ המודל יגרום להצטמצמות נוספת בקשב שיוכל משתמש וצרכן נתון להעניק ליצירה מוצעת ברשת. במילים אחרות, אם ייושם המודל, תפתח תופעה דומה לתופעת ה"שלטוט" במדיום הטלוויזיוני – מדיום אשר כיום מאופיין בהיצע עצום ובזמן צפייה וקשב מצומצמים מצד הצופים (לפחות בארצות הברית). לפיכך המודל עלול לעודד "קפיצה" מיצירה ליצירה. לצרכן לא תהיה סיבה להמשיך ו"להשקיע" זמן וקשב ביצירה אשר אינה קולעת לטעמו, כאשר בהישג ידו אלפי יצירות חלופיות שאותן הוא יכול לדגום, לשמוע ולראות. לתופעה זו עשויות להיות כמה השלכות. ראשית, ניתן להניח כי שוק תכנים המתאפיין בצרכנים תובעניים יותר, יביא לידי שיפור התכנים המצליחים. לצורך המחשת נקודה זו אזכיר שוב את שוק תכניות הטלוויזיה בארצות הברית, אשר מאפשר לצרכן להפעיל את "גיליוטינת השלט" ולנטוש תכנית אחת לטובת חברתה. התוצאה, לטענת מומחים, הנה כי רבות מהתכניות אשר מופקות בשנים האחרונות מאופיינות בכתיבה מתוחכמת ומרובדת יותר ובהפקות מושקעות יותר – ובמילים אחרות, תכנים טובים יותר.<sup>111</sup>

ואולם, לצמצום הקשב של המשתמשים תהיינה אף השפעות שליליות על שוק התכנים, ובעיקר על תת-השוק של אותן יצירות חשובות מבחינה חברתית אשר זוכות להערכה רק לאחר שמיעה, קריאה וראייה חוזרות ונשנות (לצורך המשך הדיון, אכנה יצירות מעין אלו "יצירות מופת").<sup>112</sup> בגלל שפע התכנים העומד לרשות המשתמשים, יצירות המופת לא יזכו לאותה חוויה נוספת אשר נדרשת כדי להכיר בעומקן ובגדולתן. לפיכך, ייתכן שהמודל החדש יביא לידי פגיעה בתגמול יוצרי יצירות המופת, ובעקיפין לידי פגיעה בעידוד יצירת תכנים מעין אלו.<sup>113</sup> דווקא בעניין יצירות המופת בולטים כמה יתרונות המאפיינים את המודל הנהוג כיום (אשר לפיו משלמת משתמשת נתונה בתכנים במישרין בעבור השימוש בהם), ואותם ניתן להמחיש בדרך זו: על פי ההתנהלות של מודל זה, יצירות מופת עשויות לזכות בתמיכה והפצה של נציגי חברות התכנים, אשר מאמינים ביוצר הרלוונטי ובתכניו, ולפיכך בוחרים לקדם אותם ולהציעם למכירה לצרכנים. הצרכנים, אשר רכשו את היצירה בהמלצת המפיצים, ייטו להשתמש ולחוות במקרים רבים את היצירה עד תומה, היות

111. לעניין השינוי הדרמטי בעושר ובעומק של חלק מהסדרות ותכניות הטלוויזיה הפופולריות המשודרות בארצות הברית בשנים האחרונות בהשוואה לפשטות היתסית בקווי העלילה שבסדרות העבר, ראו: Steven Johnson, Watching TV Makes You Smarter, *The New York Times Magazine* (2005).

112. מובן שהגדרה זו ליצירות מופת אינה במדויק ההגדרה המקובלת ליצירות מעין אלו – אשר במצבים רבים מתייחסת ליצירות אשר זכו להצלחה מסחרית עם פרסומן או בתוך פרק זמן קצר.

113. מובן שישנן סיבות נוספות אשר מניעות יוצרים לפרסם יצירות מופת, וכן יש דרכים נוספות לצרוך אותן מלבד רשת האינטרנט. ואולם לדעתי ראוי להתמודד עם בעיה זו במסגרת הדיון במודל החלופי, שכן לפי Fisher יש סיכוי כי במרוצת הזמן יגדל המודל בהיקפו ויקיף מעגלים רחבים יותר של הפצת תכנים.

שכבר שילמו בעבורה, וירצו להצדיק לעצמם את ההוצאה שהוציאו.<sup>114</sup> לאור זאת, גדלים הסיכויים כי אותם צרכנים יכירו בערכה של אותה יצירה (לאחר השמעתה החוזרת) ואף ימליצו עליה לחבריהם. על פי המודל החלופי, לעומת זאת, כאשר לצורך קבלת היצירה והשימוש בה כמעט לא נחוצה השקעת כל הוצאות ישירות, הסיכוי כי משתמשים יתנו ליצירות מופת הזדמנות נוספת הולך ופוחת, ולפיכך יוצרי יצירות המופת יזכו לתגמול מינימלי ביותר, וייזנקו לא רק יוצרי יצירות המופת, אלא החברה בכללותה אשר תזכה לפחות יצירות מעין אלו.

עם כשל אפשרי זה במודל החלופי ניתן להתמודד באמצעות טיפוח אותם מנגנוני הפצה קהילתיים/אלטרנטיביים שזוינו לעיל. באמצעות מעגלי הפצה חלופיים אלו, ילמדו צרכנים על קיומן של אותן יצירות מופת, אשר קולעות לטעמים במדויק, מחברי קהילה אחרים, כאשר בני הקהילה מעשירים אלו את אלו בהתנסויותיהם ביצירות אשר לכאורה אינן ראויות לקשב הרב שאותן הן דורשות לצורך הפנמתן. בתוך קהילות אלו, יהיו חברי הקהילה מוכנים לדחוק הצדה את יצר ה"שלטוט" ולגלות יתר אורך רוח כלפי יצירות מומלצות, שכן הם נסמכים על דעתו של אדם או קהילה (או אפילו מנגנון אוטומטי) אשר הוכיחו עצמם בעבר, ומודעים לכך שטעמם דומה או שווה.<sup>115</sup>

בנקודה זו ראוי להזכיר כי גם חברות התכנים עשויות לנסות ולבסס את עצמן כ"ממליצות" איכותיות, אשר מבקשות ליידע את כלל המשתמשים באשר ליצירות מופת הראויות למבט נוסף (וחלק מחברות המכירה ברשת מפעילות כבר עתה מערך המלצות מתוחכם אשר פועל בהצלחה רבה).<sup>116</sup> ואולם ישנן שתי סיבות לכך שמערך המלצות זה עשוי להיות מוצלח ומקובל פחות מהמערך שהוצע לעיל (ולפיכך עדיין יידרש לחזק את מעמדן של אותן מערכות הפצה חלופיות): (1) היות שהמערך מופעל על ידי חברה מסחרית ובעלת אינטרסים, יחשדו המשתמשים כי ההמלצות מוטות בכיוון מוצרי המדיה של הממליץ, או מתפשרות על איכותן של היצירות לצורך אינטרסים עסקיים; (2) בניית מערך המלצות כאמור דורש איסוף מידע אישי רב על המשתמשים לצורך התאמת ההמלצות למומליץ. לדעתי, בגלל חששם של המשתמשים מניצול לרעה של מידע אישי הנוגע לצריכת תכנים,

114. תופעה זו מכונה לעתים "טעות ההוצאות השקועות" (Sunk Cost Fallacy), כאשר יחידים מעניקים יתר משקל לנכסים לאחר שנרכשו. למשל, גם אם אותם צרכנים משתעממים בזמן צפייה בסרט, או אינם מחבבים את היצירה המושמעת, הם בכל זאת ירצו לראות ולשמוע אותם עד תומם, במקום לפעול בצורה רציונלית ולהפסיק מיד באותו שלב, ובכך להפסיד את הוצאותיהם השקועות אך לא להמשיך ולבזבז זמן וקשב על יצירה שממנה הם אינם נהנים. לתיאור נוסף, ראו: [URL: http://www.answers.com/sunk%20cost%20].

115. ראוי אף לציין שהואיל ובאינטרנט יצירה יכולה ליהנות מחיי מדף כמעט נצחיים במחיר נמוך ביותר, הרי יוצרי היצירות הנדונות בהקשר זה יוכלו לראות פרי בעמלם גם אם יידרש זמן רב עד אשר המשתמשים ייווכחו בערך יצירתם (זאת, כמובן בתנאי שבעיות המדגם האמורות לעיל ייפתרו, ויצירות אשר נצרכות בתדירות נמוכה יחסית יזכו לתגמול ראוי).

116. לדוגמה, ראו: [URL: http://www.amazon.com], אשר מפעילה מערכת המלצות מתוחכמת וכן האפשרות לצפייה בדף המלצות אישי.

ייטו משתמשים לחלוק מידע מסוג זה במסגרות חברתיות וקהילתיות ולא עם תאגידי הענק. מנגנוני ההפצה אשר יפעילו חברות התכנים ינפיקו אפוא המלצות מדויקות פחות, ולפיכך יהיו יעילים פחות בהפניית יצירות איכות למשתמשים ספציפיים. על כן, נראה כי המפתח להצלחת המודל להתגבר אף על בעיית יצירות המופת, טמונה ביכולת לעודד את הקמתם של מנגנוני הפצה חלופיים, כאמור לעיל.

אם מנגנוני ההפצה החלופיים לא יצליחו להביא לידי הפצת יצירות המופת בהיקף הראוי, ולהביא לידי תגמול ועידוד מספיק של יצירתן, ניתן יהיה להתגבר על בעיה זו באמצעות סכסוד היצירות הללו. במילים אחרות, ניתן וראוי יהיה לייסד מנגנון, אשר יעביר אחוז קטן מכלל התקבולים הנגבים במודל החלופי, לטובת מערכת פרסים אשר יחולקו באמצעות ועדה, שתבחר יצירות מופת הראויות לדעתה לעידוד משום שאינן מתוגמלות כראוי באמצעות המודל. אמנם יש להישמר מפני בעיות של אליטיזם, פטרנליזם ואולי אף נטייה לשמרנות של חברי הוועדה אשר ייטו לעודד סוג מסוים של יצירות מופת ולא אחר; אך למרות כל הבעיות הללו, נראה לי כי ראוי יהיה לנקוט דרך זו כדי להבטיח את המשך היצירה של יצירות מופת.

## ו. סיכום

ברשימה זו סקרתי ניסיון אמיץ של פרופסור ויליאם פיישר להתמודד עם הבעיות אשר ההתפתחויות הטכנולוגיות מציבות למשטר זכויות היוצרים הנוכחי. הכתיבה האקדמית המשפטית מציעה באחרונה הצעות שונות ומגוונות אשר מנסות לכוון את הרגולטורים, צרכני התכנים והיוצרים לגבש פתרון אשר יביא לידי תוצאה מיטבית עבור כולם, ומעל לכול יפסיק את התופעה של רבים המפרים כיום את החוק ביודעין. המודל שמציע פיישר, הנדון ברשימה זו, הוא חדשני, מבטיח ופרי מחקר ממושך ומעמיק של טובי המומחים, אך עדיין משאיר מספר רב של נקודות פתוחות למחקר משפטי, עסקי וטכנולוגי עתידי. ברשימה זו סקרתי את הרקע לפיתוחו של המודל, את חלופותיו הרצויות פחות ואת תכונותיו של המודל עצמו. לאחר מכן, בסקירתי הביקורתית, פניתי להראות כיצד מרכיב אחד של המודל – זה האמון על ספירת השימושים ביצירות ברשת – מעורר שאלות בלתי פתורות בעניין דרך דגימת השימוש בתכנים, המאבק בניסיונות לעוות ולבצע מניפולציות בתוצאות המודל, והרצון להגן על פרטיותם של המשתמשים. לעניין כל אחד מאלמנטים אלו סקרתי את הפתרונות המוצעים כיום בספרות, את ביקורתי עליהם, ואף הצעתי דרכי פתרון אחרות, חלקן קונקרטריות וחלקן אינן אלא כיוונים למחקר עתידי. עוד הראיתי כיצד יישומו של המודל עשוי לשנות את התנהלותם של בעלי התכנים, של חברות התכנים הגדולות (אשר יפעלו כמתווכות בין המשתמשים לבין היוצרים גם אחרי יישום המודל) ושל המשתמשים עצמם ברשת, ודנתי בהשלכות החיוביות והשליליות של שינויים אלו. כדי להתמודד עם ההשלכות השליליות, הצעתי בין היתר לפתח, עם ההתקדמות ביישום המודל, מנגנונים חלופיים להפצת תכנים ברשת, אשר יאפשרו הפצת תכנים במסגרת קהילתית. ניתן כמובן להמשיך ולדון במרכיבים אחרים של המודל ובהשפעות אחרות אשר עשויות לעלות מיישומו, אך אשאיר מחקרים אלה לחוקרים אחרים ולמועד מאוחר יותר.

ישנם בוודאי קוראים שלא השתכנעו מנכונותו, אמינותו או ישימותו של המודל החלופי שמציע פישר, אך הנני סבור כי גם עבורם מסענו מתחילת רשימה זו ועד סופה לא היה לשווא. מעיון בספרו של פישר, ומהמשך הדיון והמחשבה על העקרונות העולים ממנו, ניתן ללמוד על דינמיקות השימוש בטכנולוגיות החדשות ועל השפעות טכנולוגיות אלו על השווקים ומבנה החברה. שיעורים חשובים אלו בלא ספק יועילו כאשר ננסה להתמודד עם אתגרים אחרים אשר בוודאי ימשיכו להציב "חברת המידע" וטכנולוגיות האינטרנט בעשורים הקרובים.