

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 זרסקי**

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 חיווק 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, רוגן פרי ויששכר (איסי) רוזן-צבי על הערותיהם, ולרוגן פלוס ושלוש דיגור על הסיוע בנושאים סטטיסטיים. תודתי אף נתונה לחברי מערכת דין ודברים על הערותיהם המועילות.
כל אתרי האינטרנט נצפו באחרונה בפברואר 2006.

מודלים חלופיים לעידוד היצירה אשר יתאימו לעולם הדיגיטלי. ספרו של פרופסור ויליאם (טרי) פישר מבית הספר למשפטים של אוניברסיטת הרווארד ומנהל מרכזו 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 פישר, 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 דפישר, משימתנו כמשפטנים, יוצרים, יזמים, צרכנים ואזרחים היא לדאוג כי ההבטחה האמורה אכן תקיים – והפתרון המוצע במסגרת הספר הנו ניסיון מעניין להביא לידי קיום הבטחה זו.

במאמר זה אסקור, אבחן ואבקר את ספרו המעניין של פישר 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 פישר 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 פישר 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 בשית המפתח 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 פישר 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 פישר. 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 פישר והן הביקורות המובאות מתייחסים ליישום הפתרון המוצע בשוק ובדין האמריקני, אשר שונה

פישר להתמודד בספרו) הוא למצוא דרך למצות את ההתפתחות הטכנולוגית עד תום, תוך מציאת האיוון העדין שבין האינטרסים המתנגשים שהוזכרו עד כה. המפתח לביתוח 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,⁷ 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.⁸ 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.⁹ 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 [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 הפרטואר של מעניק הרישיון.) קיומו של מפתח זה הוא אחד מהבסיסים האנליטיים למודל שמציע Fisher ואשר אסקור להלן.

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.¹⁵ 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.¹⁶ בדצמבר 1999 הגישו חברות התקליטים את התביעה הראשונה נגד נאפסטר, שהביאה לידי שרשרת התדיינות משפטיות.¹⁷ לבסוף, הויבה נאפסטר להפסיק את פעילותה משום שתרמה להפרת זכויות יוצרים, עד אשר תוכל להבטיח לסנן מרשימותיה שמות של קבצים אשר הוגדרו כמוגנים על ידי חברות התקליטים. מסיבות אלו ואחרות, הכריזה נאפסטר על פשיטת רגל ביוני 2002. בעקבות נפילת נאפסטר, הגו 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,¹⁸ 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 מגיד, "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>].

להחליף קבצים, ובמלוא המרץ.²⁶ בנוסף, התהליך האבולוציוני במודלים להחלפת קבצים נמשך, כאשר המערכות החדשות המשמשות להחלפת קבצים יוצרות רשתות מבוזרות של משתמשים שהגן אנונימיות,²⁷ ושהקבצים המוחלפים בהן מוצפנים. לסיכום סקירה זו מציין פישר כי התנהלות חברות התכנים מביאה לידי תוצאות הרסניות.²⁸ בכמה הזדמנויות הסמו חברות התכנים מודלים טכנולוגיים מתקדמים יותר, כאשר הצרכנים לא מימשו את הפוטנציאל הטכנולוגי הגלום ברשת האינטרנט,²⁹ ומימנו בצורה עקיפה את המאבקים המשפטיים של חברות התכנים. יתרה מזו, המצב, שבו מיליוני אזרחים מפרים את החוק, רחוק מלהיות רצוי מבחינה חינוכית וערכית. לפיכך סובר פישר, כי המודלים המשפטיים והעסקיים הנוכחיים אינם מקיימים את ההבטחה של הטכנולוגיה החדשה, ועלינו לעמוד 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 נקודה זו מזכיר 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 "תחנה" לגופים אחרים אשר נשלטו על ידי חברות התקליטים; שם, בעמ' 110.

כי השימוש המפר ייקבע כעברה פלילית חמורה שתאיכף 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"³³; 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 לשימושו המתוכנן ולשלם מחיר אשר יותאם למוצר זה.³⁴ 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 בהרשאות 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 ההרשאות 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).³⁵

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.³⁶ במודל

בפועל יהיו קבצים ריקים, מעוותים, הרצאות בדבר השיבות 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

שונים בהתאם לעקומת הביקוש של קבוצת המשתמשים הספציפית. במילים אחרות, ספקי התכנים ידרשו מחירים גבוהים יותר בעבור מוצרים זהים מאותם צרכנים 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 הומינים להם כגון אזור מגורי המשתמשים, דפוסי מכירה, התנהלות המשתמש בעבר ועוד. אסטרטגיית תמחור זו לוקה לפי פישר בפגמים אחדים.⁴⁰ ראשית, ידיעת הצרכנים כי התנהגותם, והאופן שבו הם צורכים תכנים בהווה, עשויים להשפיע על המחירים שבהם יחויבו בעתיד, תיצור חברה מחושבת מדיי, חשדנית ואולי אף אלטרואיסטית פחות.⁴¹ שנית, אם יתומהרו תכנים בהתאם לביקוש הפרטני של כל משתמש, הרי מי שיבקשו להשתמש בתכנים אלו ביצירות נגזרות, יידרשו לשלם בעבור שימוש זה מחיר גבוה יחסית.⁴² 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 השבון צרכנים מסוימים,⁴³ כאשר אין כל הבטחה שאותם רווחים ינותבו להוזלת המחירים אשר צרכנים מסוגים אחרים יידרשו לשלם, או לעידוד יוצרים חדשים.⁴⁴

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.* (2004) 75.

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. בנייתוחים 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

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.⁴⁶ 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.⁴⁷ ואולם בסכמו את המודל הרגולטורי, מבהיר פישר כי אם נאמץ את דרישות בעלי התכנים לעניין הרישיות 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.⁴⁸ 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, 180-177 בעמ' 180-177. 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' 182-181. בהמשך מראה Fisher כי במידה מסוימת אף שלושת הגורמים הנותרים מתקיימים בשוק זכויות היוצרים.

46. שם, בעמ' 185.

47. עוד מציע Fisher כי יובהרו ויהודרו 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.

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

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 לייבוביץ (שם, עמ' 48).

55. היקש זה הנו נקודה הלשה 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 להוות 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 עצמם) אשר יהיה להן אינטרס ישיר לבנות ממשק אשר יעודד את השימוש.

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

57. כאן תורים ההכנסות אשר ייפגעו 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 שנוקטו 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.

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.⁶⁴

עתה פונה פיישר לשלב חלוקת הכספים ליוצרים.⁶⁵ כאן קובע פיישר כי כאמת המידה לחלוקת שכרם של היוצרים ישמש הערך שהיה ליצירה בעיני המשתמשים. כיום ניתן לאמור את הערך האמור בקלות – שכן הצרכנים מאותתים (signal) מהו ערך היצירה בעיניהם באמצעות נכונותם לשלם את המחיר הנדרש. על פי המודל החדש, תוחלק 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.⁶⁶ דפוס צריכה אלו ייאספו ויאגרו באמצעות תכנות ספירה מיוחדות, אשר בסופה של שנה יאפשרו את סכימת מכלול השימושים ביצירות וחלוקת "עוגת התקבולים" בהתאם לנתונים אלו.

מלבד בניית המודל החדש, פיישר בוחן את דרכי התאמתו למערכת המשפטית הקיימת.⁶⁷ לשם כך, מסביר פיישר, 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 תחוייבנה להשתתף במס כאמור. לענין 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 כניחושים 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. כמוכחן 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 ש-Netanel מציע צר יותר וכולל רק את הפעולות האמורות כאשר

חלק מהמשימות המבוצעות על ידיהן כיום, באופן עצמאי (ופישר מחשיב מאוד היחלשות קבוצה זו – כפי שאפרט בהמשך).⁷³ לסיום, לחברה בכללותה תצמח תועלת רבה מן המעבר למודל החלופי, כיוון שהוא יאפשר חיסכון ב"עלויות עסקה" שונות שהן תולדה של מערך הזכויות הנוכחי.⁷⁴ יתרה מזו, החברה תוכל להפסיק להיות "פורעת חוק" – חברה שבה רבים מפריים בודעין 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 ומעורר 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 המוחקת 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 יישומי חמרה, ובעקבותיה יצמח היקף המכירות.

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

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 הקונקרטיית אך משווה את אופיו של המדגם למדגמים הנערכים 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),⁷⁷ 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/whattratingsmean/index.html>].

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.⁸¹ שנית, פישור חוזר ומדגיש במהלך ניתוחו את רצונו ליצור סביבה עסקית אשר תביא לידי שינוי בנוהגי 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.⁸² משום טענות אלו,⁸³ ומגיתות סטטיסטיות 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) מגיתות סטטיסטיות עולה כי גדולים סיכוייה של יצירה להיקלט במדגם כאמור אם אותו אדם משתמש בה שוב ושוב מסיכוייה 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 רות מסוים. אסטרטגיה אחרונה זו, אשר הנני 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 הטיעונים המצוינים בטקסט, יש לציין כי דגימה קרוב לוודאי לא תהיה אפשרות פופולרית בקרב היוצרים, אשר ירצו הכרה מדויקת יותר בשימוש בזכויותיהם, ויוטרדו 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

ניסיונות ההטיה יכולים ללבוש 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, אייבהירויות 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,⁸⁷ 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 הערותי לעיל לעניין גודל המדגם וגודל אחוזי הדגימה מתוך האוכלוסייה הכללית משפיעות על יכולת המדגם להילחם בתופעת העיוותים; כזכור, מנייתוחים 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,⁸⁸ ואולם משתמשים מתוהכמים ימצאו מניפולציות שונות להבטיח כי ייכללו במסגרת המדגם; לדוגמה, הם ינסו להפעיל כמה "זהויות 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"ניגוע" להיהפך ל"גולם" ולהשתמש ביצירות מסוימות על פי בקשת המפיץ (וכמובן שבלא ידיעתו של בעל המחשב), ובכך להגדיל את סך כל השימושים ביצירה זו.⁸⁹

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 מחריש 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 לידי יונתן ולידי "יומים" 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 להתדיר וירוסים מעין אלה היות שתנועת הקבצים בין זרים עשויה לגדול בצורה משמעותית, ובכך לספק כר פורה להפצת תכנות אלו.

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

כדי ליישם אסטרטגיות אלו בהצלחה, יצטרפו 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 יצטרפו 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.⁹³ לפיכך, לצורך יישומו של המודל המוצע, נידרש לחזור ולהטמיע ברשת מערכות הכוללות מאפיינים שעל קיומם התריע פישר בסקירת המודל הקנייני⁹⁴ מערכות סגורות ונעולות, אשר בדומה למערכות ה-DRM, יפגעו ביכולות המשתמשים לפתח יישומים חדשים ברשת הפתוחה, שכן מעתה יצטרפו 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 שצינתי לעיל? פישר אינו מתייחס לקושי האמור בהקשר של מניעת העיוותים, אף שבמקומות אחרים בספרו הוא נותן משקל רב לפתיחות הרשת.⁹⁵ 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 הסוטות 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).

דפוסי התנהגות חשודים, אך בו בזמן אינם מאפשרים למדינה נגישות למידע עצמו, אלא רק לדפוסי המידע העולים ממנו.⁹⁸ 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 ייאסר עליו להשתמש במידע או להעבירו לכל גורם אחר. רק המדינה תורשה להשתמש במאגר מידע זה, ואף היא לא "תיגש" אליו במישור, אלא תיעזר בכלים סטטיסטיים וחשוביים 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-זמינות המידע עצמו לרשויות לעומת יכולתן להכיר בדפוסי התנהגות אשר עולים ממנו (מטרה אשר אינה חשובה פחות, שכן בלעדי אמון זה, המודל ואמינותו יקרוס). 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

כזכור, פישר מסכם את ספרו בהערכת השפעות יישום המודל ומציין כיצד הוא ייטיב עם היוצרים, הצרכנים והחברה בכללותה, ויגרום להחלשה יחסית במעמדן של חברות התכנים.⁹⁹ 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 פישר 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 פישר מקווה כי יושגו, ואראה אילו תיקונים ניתן לבצע במודל (במידת הצורך) כדי לעמוד ביעדים הנדרשים.

98. למידע נוסף על מערכות אלו, ראו: 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.

שולטות בשוק כיום (ושכותן 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 מבהינה 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 לגקוט 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 מרכיבים הן את תנועת המשתמשים באתריהם,¹⁰³ והן את עיקר הפעילות העסקית ברשת.¹⁰⁴ אתרים אלו (והתאגידים שמאחוריהם) כוללים קומץ של מותגי אינטרנט אשר הוקמו בשלב מוקדם ונהנים מיתרון של "מוביל ראשוני",¹⁰⁵ 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 ממונפים את הצלחתם בתחומי

103. ראו, לעניין זה את מחקריהם של: Matthew Hindman, Kostas Tsioutsoulouklis 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) ניתן לצפייה באתר: [URL:http://tprc.org/

papers/2003/200/noam_TPRC2003.pdf]

105. "First Movers Advantage" כגון Yahoo! ו-eBay.

שיפותה יחד עם המודל, לא תהווה הפרה של זכויות היוצרים).¹⁰⁷ כבר כיום קיימות כמה דוגמאות ליצירות אשר עברו מפה לאוזן באמצעות מנגנונים מעין אלו עד שהגיעו לתפוצה מסיבית¹⁰⁸ וכן למודלים ליצירת תכנים באמצעות מעגלים של יצירה משותפת.¹⁰⁹ 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 ואיננות דיין להוות 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 יהוו את הבסיס "לטוויית" רשתות קהילתיות ווירטואליות.¹¹⁰ 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 אצייע על כמה שינויים – אשר חלקם אינם רצויים מבחינה חברתית, ואצייע 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 תיה ונושמת של יוצרים עצמאיים.

109. כמו תנועת הקוד הפתוח, אשר הביאה לידי יצירת מערכת הפעלה (Linux) וכן שלל אפליקציות אחרות. לניתוח תנועת הקוד הפתוח ודינמיקת היצירה והקהילה אשר מאפיינת אותה, ראו: Yochai Benkler, *The Success of Open Source* (2004); Steven Weber, "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 יחולקו בשלב מאוחר יותר לאמנים.

שכבר שילמו בעבורה, וירצו להצדיק לעצמם את ההוצאה שהוציאו.¹¹⁴ 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 שצוינו לעיל. באמצעות מעגלי הפצה חלופיים אלו, ילמדו צרכנים על קיומן של אותן יצירות מופת, אשר קולעות לטעמם 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.¹¹⁵

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).¹¹⁶ ואולם ישנן שתי סיבות לכך שמערך המלצות זה עשוי להיות מוצלח ומקובל פחות מהמערך שהוצע לעיל (ולפיכך עדיין יידרש להזק 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 לממליץ. 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, כמוכח 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 ברף המלצות אישי.

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.