



הכנסת
הלשכה המשפטית
תחום חקיקה ומחקר משפטי

חקיקה למניעת הפצה של דואר זבל
רקע תיאורטי וסקירה משווה

י"ד באייר התשע"ז

10 במאי 2017

כתיבה: ד"ר ירון אונגר, ממונה (חקיקה ומחקר משפטי)
אישור: עו"ד הודיה קין, ממונה בכירה (חקיקה ומחקר משפטי)

תוכן העניינים

3	תמצית	
9	1. רקע תיאורטי	
9	1.1 הגדרה	
9	1.2 היקף התופעה	
10	1.3 נזקים הכרוכים בהפצת דואר זבל	
11	1.4 תפקיד המשפט במלחמה בהפצת דואר זבל	
11	2. רקע נורמטיבי כללי	
11	2.1 הערכים המתחרים	
11	2.1.1 חופש הביטוי	
12	2.1.2 חופש העיסוק	
12	2.1.3 הזכות לפרטיות	
13	2.1.4 זכות הקניין	
13	2.2 הסדרים עקיפים	
13	2.2.1 דיני הגנת הפרטיות	
14	2.2.2 הסגת גבול במיטלטלין	
16	2.2.3 דיני המחשבים	
16	2.3 הסדרה ישירה	
20	3. חקיקה למניעת הפצה של דואר זבל בישראל	
20	3.1 משמעות האיסור	
23	3.2 סייגים	
24	3.3 האכיפה	
25	3.4 דרישות נוספות	
25	4. הסדרה עצמית	
25	4.1 כללי	
26	4.2 הסדרה עצמית משולבת בהסדרה ציבורית	
27	5. סקירה משווה	
27	5.1 ארצות הברית	
28	5.2 קנדה	
29	5.3 אוסטרליה	
30	5.4 משפט האיחוד האירופי	
30	5.4.1 הדירקטיבה בעניין ההגנה על הפרטיות בתקשורת משנת 1997	
31	5.4.2 דירקטיבת הגנת הצרכן בעניין מכירת מוצרים מרחוק משנת 1997	
31	5.4.3 דירקטיבת השיווק האלקטרוני משנת 2000	
32	5.4.4 דירקטיבת התקשורת האלקטרונית משנת 2002	

33	הדירקטיבה בעניין מכירה של מוצרים פיננסיים מרחוק משנת 2002	5.4.5
33	דירקטיבת הסחר הבלתי הוגן משנת 2005	5.4.6
33	סיכום	5.4.7
34	בריטניה	5.5
35	איטליה	5.6
35	צרפת	5.7

תמצית

מסמך זה נכתב לבקשתו של חבר הכנסת מיקי רוזנטל, לטובת בחינה של ההסדרים המקובלים בישראל ובעולם בכל הנוגע להתמודדות עם תופעת ההפצה של דואר זבל.¹

המסמך נפתח בסקירת הרקע התיאורטי הנוגע לתופעה, ובכלל זה: הגדרת דואר זבל, היקף התופעה, הנזקים שהיא גורמת ותפקיד המשפט במלחמה בהפצת דואר הזבל.

בפרק השני של המסמך יובא רקע נורמטיבי להסדרים הנוגעים להגבלת ההפצה של דואר זבל, ובכלל זה: איזון הערכים הנוגעים להגבלת ההפצה של דואר זבל; הסדרים עקיפים המאפשרים להילחם בהפצת דואר הזבל מבלי להשתמש בחקיקה ייעודית שתכליתה להילחם בהפצתו, יתרונותיהם וחסרונותיהם; ועקרונותיה של ההסדרה הישירה, שתכליתה להגביל בחקיקה את ההפצה של דואר הזבל.

בפרק השלישי של המסמך נסקור את עקרונותיו של החוק הישראלי הנוגע למניעת ההפצה של דואר זבל, המבוסס על תיקון מס' 40 לחוק התקשורת, התשמ"ב-1982 משנת 2008, ואת הדרך בה יושמו הוראותיו של החוק בפסיקת בתי המשפט בישראל.

בפרק הרביעי נדון באפשרות של שימוש בהסדרה עצמית, המבוססת על שיתוף פעולה של ה"שחקנים" המרכזיים השותפים לפעילות ברשת האינטרנט, כדי להתמודד עם תופעת ההפצה של דואר זבל.

בפרק החמישי של המסמך נערוך סקירה משווה של הסדרים שנועדו למנוע הפצת דואר זבל במדינות שונות בעולם, תוך שננסה לבצע השוואה של ההסדרים, ולאפיין את ההסדרים על בסיס נושאי רוחב שבהם הם עוסקים.

מן המסמך עולים הממצאים העיקריים הבאים:

רקע תיאורטי

- קיימות הגדרות שונות למונח "דואר זבל". יש הרואים בכל "הודעת דואר שאינה מוזמנת ואינה רצויה למקבל" דואר זבל, יש הרואים במשלוח של הודעות בכמות גדולה וללא הזמנה "דואר זבל", ויש המצמצמים את המונח בעיקר לתחום הפרסומי והמסחרי.
- דואר זבל נבדל מדיוור ישיר, שהפצתו מוסדרת על פי חוק בדרך שונה מזו שמוסדרת הפצת דואר זבל, בשני היבטים מרכזיים: הוא אינו "פנייה אישית לאדם", והפצתו אינה מבוססת על השתייכות הנמען לקבוצת אוכלוסין.
- על אף ניסיונות רבים למגר את התופעה של שליחת דואר זבל, והערכות מומחים שניסיונות אלו יביאו למיגור התופעה או לכל הפחות לצמצומה הדרסטי, המחקר מגלה שהתופעה מצויה במגמת עלייה מתמדת, ושלעת עתה, השפעת המאמצים שנעשו בכל רחבי העולם למיגורה, מוגבלת למדי.
- ההפצה של דואר זבל גורמת נזקים משמעותיים, הן לנמענים, הן לספקי שירותי האינטרנט והן לחברה בכללה. ניתן לסווג נזקים אלו תחת שתי קטגוריות: נזקים כלכליים (הכרוכים בניצול משאבי מערכת, פגיעה בקניינו של הנמען ובאמינותה של התקשורת הדיגיטאלית) ופגיעה בזכות הפרטיות של הנמען. כמו כן, דואר הזבל משמש לא אחת מצע נוח להפצת תכנים אסורים כתרגילי פירמידה, להפצת פרסומי תועבה, למכירת מוצרים באיכות ירודה תוך הפרת עקרונות הגנת

¹ למען הדיוק, הבקשה המקורית התמקדה בעדכון של מסמך מרכז המחקר והמידע בנוגע ל"חקיקה למניעת הפצה של דואר זבל: סוגיות מרכזיות" (כתיבה: יהודה טרואן, 15 במרס 2007 להלן: טרואן, דואר זבל). מסמך זה מתמקד בהמלצות כוח המשימה של ה-OECD בנושא זה מן השנים 2005 ו-2006, ולא במצב המשפטי בפועל בעולם, למעט מידע חלקי שנאסף בעיקר מאתר ה-OECD.

הצרכן ועוד.

- **ההתמודדות עם ההפצה של דואר זבל חייבת להיעשות מתוך ראייה מערכתית, שעולם המשפט הוא אמנם גורם חשוב בה, אך לא הגורם היחיד.** כדי למגר את התופעה או לפחות לצמצמה באופן דרמטי, יש לעשות שימוש גם בכלים שאינם משפטיים, כפיתוח אמצעים טכנולוגיים המאפשרים ניטור של הודעות זבל והסרתן מן הרשת, יוזמות בתחום החינוך והגברת הערנות לתופעה, שיתוף פעולה בין המגזר הפרטי למגזר הציבורי, הערכה מתמדת של יעילות האמצעים שנקטו ושיתופי פעולה בינלאומיים.

רקע נורמטיבי

- **גיבושו של הסדר משפטי שנועד להילחם בהפצה של דואר זבל מחייב איזון בין ערכים סותרים, ובראשם: הזכות לפרטיות וחופש העיסוק.**
- השאלה, האם דואר זבל מוגן מכוחו של עיקרון חופש הביטוי שנויה במחלוקת. בשל כך, **הגבלת ההפצה של דואר זבל חייבת להיעשות על פי חוק, באופן מידתי, ולשם הגשמתה של תכלית ראויה.**
- על פי הפסיקה, הזכות לפרסם מוצר או שירות חוסה תחת עיקרון ההגנה על חופש העיסוק והתחרות. לכן, כל הסדר המבקש להגביל את שליחת הודעות דואר זבל למטרות פרסום חייב להיות מידתי ומאוזן.
- עם זאת, **חשוב להדגיש שעל פי הפסיקה, ההגנה שלה זוכה תוכן פרסומי מכוח עיקרון חופש הביטוי, חלשה מן ההגנה שעיקרון זה מעניק לביטוי הפוליטי, הדתי, החינוכי וכדומה.**
- **כדי להגביל את ההפצה של דואר זבל ניתן לעשות שימוש בדוקטרינות משפטיות כלליות, שלא נוצרו כדי להילחם בתופעה זו.** כך למשל, ניתן באופן עקרוני להגביל את יכולתם של מפציצי דואר זבל 'לקצור' כתובות דואר אלקטרוני כדי לשלוח אליהן הודעות באמצעות דיני הגנת הפרטיות. כמו כן, ניתן לאסור הן את קצירת כתובות הדואר האלקטרוני והן את משלוח ההודעות באמצעות דיני הנזיקין, תוך שימוש בעוולה של הסגת גבול במיטלטלין. לחילופין, ניתן לראות במשלוח הודעת הזבל הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב, שהיא עוולה עצמאית בדיני המחשבים של מדינות רבות בעולם.
- **בחינה יסודית של הדוקטרינות האמורות והפסיקה העוסקת ביישומן מגלה שהשימוש בהן לא יכול להוות תחליף להסדרה ישירה של התופעה, אם בשל ספקות משמעותיים בכל הנוגע להתאמתן של דוקטרינות אלו לנושא ההפצה של דואר זבל, ואם בשל הצורך להוכיח שנגרם לנמען נזק ממשי, כתנאי להטלת האחריות על השולח.**
- ישנן חמש גישות עקרוניות להסדרה ישירה של ההפצה של דואר זבל:
 - **איסור גורף:** משלוח של דואר זבל אסור, למעט בנסיבות שבהן החוק התיר את הדבר בצורה מפורשת.
 - **הסכמה מפורשת (Opt in):** משלוח דואר זבל אסור, אלא אם התקבלה הסכמתו המפורשת של הנמען לקבל את דבר הדואר. יש המציעים גרסה מרוככת מעט של מודל ההסכמה המפורשת, לפיה ניתן לשלוח הודעת פרסומת ראשונה ללא הסכמה, ובה בקשת אישור למשלוח הודעות נוספות. משלוח של הודעות נוספות מותנה בקבלת האישור. גרסה מחמירה יותר של גישה זו מחייבת קיומו של מנגנון המבטיח שהנמען אישר את קבלת דואר הזבל, ושהשולח וידא שהאישור התקבל מן הנמען.
 - **הסכמה משתמעת:** משלוח דואר זבל אסור, אלא אם התקבלה הסכמתו המפורשת או המשתמעת של הנמען לקבל את דבר הדואר. גרסה מרוככת של גישה זו מציעה לראות

בהודעה הראשונה מעין מבחן להסכמתו של הנמען לקבל את דבר הדואר. היה והנמען לא הביע התנגדות לקבל הודעות נוספות, ייחשב הדבר כהסכמה לקבלן.

- **הסכמה שבשתיקה (Opt out):** משלוח דואר הזבל מותר, כל עוד לא הביע הנמען את התנגדותו לקבל את דבר הדואר. גרסה מרוככת של גישה זו קובעת, ששיגור דבר הדואר מותר, כל עוד הנמען לא צירף את כתובתו למרשם כתובות של אנשים המסרבים לקבל דואר זבל.
- **היתר גורף:** משלוח של הודעות דואר זבל מותר לחלוטין, ומי שאינו מעוניין בהן יידרש לסנן את תיבת הדואר שלו, להסיר הודעות זבל בכוחות עצמו או להשתמש בתוכנות המאפשרות זאת.

חקיקה למניעת הפצה של דואר זבל בישראל

- לפי סעיף 30א לחוק התקשורת, שיגור של "דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר, בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען, בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת" הוא אסור, ומהווה עוולה.
- על פי החוק, "דבר פרסומת" הוא "מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת", וכן "מסר המופץ לציבור הרחב שמטרתו בקשת תרומה או תעמולה". **הפצה של כל מסר אחר, יהא תוכנו אשר יהא, אינה אסורה לפי חוק זה.**
- על פי הפסיקה, "דבר פרסומת" כולל, למשל:
 - הודעה שתכליתה ליידע את הנמען על זכותו לקבל מהשולח הטבה;
 - הזמנה להצטרף למועדון לקוחות;
 - מידע על ביצועי חברה;
 - הזמנה לכנס שבמסגרתו תוצע למשתתפים הצעה עסקית;
 - הצגת מידע שעיון בו כרוך בתשלום;
- מאידך, "דבר פרסומת" אינו כולל:
 - הודעה המפרטת זכויות המגיעות ללקוח מחברה שהוא קשור אליה;
 - הודעה לבוגר מוסד אקדמי, ובה מידע אודות קיומם של כנסים, אירועים ומפגשים, כל עוד המידע לא מכיל הזמנה מפורשת להירשם לקורסים.
- בהתאם לתיקון מס' 63 לחוק התקשורת, גם מי ש"תוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו" ייחשב כמי ששיגר את ההודעה.
- המשגר והנמען יכול שיהיו אדם פרטי או תאגיד.
- על פי הפסיקה, איסור השיגור כולל גם צלצול המנתק עצמו באופן מידי ("צלצוק").
- על פי החוק, שיגור דבר הפרסומת לא ייחשב כעוולה, אם התקבלה מראש הסכמת הנמען לכך, בכתב. הסכמה שכזו יכול שתהיה ספציפית, לגבי הודעה מסוימת, או כללית, לגבי סוג מסוים של הודעות שמבקש השולח להעביר מעת לעת לנמען. ואולם, כאשר ההודעה נועדה "לשם קבלת תרומה או תעמולה על ידי מפרסם שהוא עמותה או חברה לתועלת הציבור", די בכך שהנמען לא הודיע על סירובו לקבל את דבר הפרסומת כדי לפטור את השולח מאחריות.
- אף אם לא התקבלה הסכמת הנמען לקבל את המסר, השולח לא יישא באחריות בהתקיימם של כל התנאים הבאים:
 - הנמען מסר את פרטיו למפרסם במהלך רכישה של מוצר או שירות או במהלך משא ומתן לרכישה כאמור, ודבר הפרסומת מתייחס למוצר או לשירות מסוג דומה למוצר או

לשירות שנרכשו או שנוהל משא ומתן לרכישתם בעבר ;

- המפרסם הודיע לנמען שהפרטים שמסר ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומת מטעמו ;
- המפרסם נתן לנמען הזדמנות להודיע לו כי הוא מסרב לקבל דברי פרסומת כאמור, דרך כלל או מסוג מסוים, והנמען לא עשה כן ;

- הסכמת הנמען לקבל הודעה ניתנת לביטול באמצעות הודעת סירוב שתישלח למפרסם, "בכתב או בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת, לפי בחירת הנמען".
- האכיפה של האיסור על פי החוק יכול שתיעשה באמצעות קנס פלילי, או באמצעות תביעה אזרחית או ייצוגית, "בסכום שלא יעלה על 1,000 שקלים חדשים בשל כל דבר פרסומת".
- במסגרת השיקולים להפחתת סכום הפיצוי, בית המשפט רשאי להתחשב בכך שהמפרסם הורשע והוטל עליו קנס בשל פרסום דבר הדואר, ובשיקולים הנוגעים ל"אכיפת החוק והרתעה מפני הפרתו", ל"עידוד הנמען למימוש זכויותיו" ול"היקף ההפרה".
- דרישות נוספות שנקבעו במסגרת תיקון מס' 40 לחוק התקשורת הן : חובה להדגיש בכוותר ההודעה שההודעה היא פרסומת ; חובה לציין את שמו של המפרסם, כתובתו ודרכי יצירת הקשר עמו ; חובה להדגיש בפני הנמען את זכותו לסרב לקבל הודעות נוספות, וקיום מנגנון פשוט המאפשר זאת.

הסדרה עצמית

- בעיני רבים, הפתרון הראוי להסדרת הפעילות ברשת האינטרנט הוא ההסדרה העצמית, המוציאה את ההסדרה מרשויות השלטון ומעבירה אותה לידיהם של מפעילי האתרים וספקי התשתית ברשת האינטרנט. הסדרה שכזו יכולה לבוא לידי ביטוי, למשל, בפיתוחן של מחלקות Abuse, המאפשרות למשתמשים להגיש לספקיות שירותי הגישה לאינטרנט תלונה על שימוש ברשת לרעה. במידה והתלונה מתבררת כנכונה, הספקיות יוכלו לחסום את הרשת בפני מי שעשה שימוש בה לרעה, להסיר תכנים שהעלה וכדומה.
- בפועל, בשל היעדר הסכמה בין כל ה"שחקנים" הקשורים בשימוש ברשת, בכל הנוגע לאופיין של ההגבלות על משלוח הדואר והיקפן, הסדרה שכזו אינה מסוגלת למגר את תופעת ההפצה של דואר זבל לעת הזאת. בשל כך, היו שהמליצו על מודל של הסדרה עצמית המשולבת בהסדרה ציבורית, המספקת לה תמיכה ותמריצים.

סקירה משווה

- לשם ניתוח החקיקה העוסקת בהפצת דואר זבל, התמקדנו בחמישה פרמטרים : **היקף ההסדר** (תוכן ההודעה, תכליתה) ; **השולח והנמען** (אדם פרטי? תאגיד? האם השולח חייב להיות מי שמפיץ בפועל את ההודעה?) ; **יסוד ההסכמה** (Opt-in / Opt out) ; **אופי האכיפה** (ציבורית? פרטית? ציבורית ופרטית?) ; **דרישות נוספות** (בנוגע לתוכן ההודעה, אופן הצגתה וכדומה).

היקף ההסדר

- **בכל המדינות שנסקרו, חקיקה שנועדה למנוע הפצה של דואר זבל עסקה בהודעות מסחריות, שתכליתן לפרסם מוצר או שירות ולעודד את רכישתם.**
- מן הסקירה עולה, שהיקפו של ההסדר הישראלי רחב יותר, והוא חל גם על תכנים שאינם שיווקיים, כתעמולה ובקשת תרומות.
- בשלוש מבין המדינות שנסקרו (קנדה, צרפת וישראל), החקיקה עסקה גם בהודעות שהן בגדר

תעמולה מסחרית, שנועדה לשבח את האופי או את הביצועים של אדם או חברה המציעים מוצר או שירות.

- באיטליה, איסור ההפצה של דואר זבל כולל הודעות שעניינן **משא ומתן עסקי או פרסום של סקרי שוק**, ולפי פסיקת בתי המשפט בישראל, נראה שכך המצב גם בישראל.
- למעט בישראל, **בכל המדינות שנסקרו, הודעות המכילות תעמולה שאיננה מסחרית או בקשת תרומות אינן בגדר 'דואר זבל'**.

השולח והנמען

- בכל המדינות שנסקרו, שולח ההודעה יכול שיהיה אדם פרטי או תאגיד.
- בכל המדינות שנסקרו, למעט צרפת, הנמען יכול שיהיה אדם פרטי או תאגיד. בצרפת, איסור ההפצה חל רק לנמען שהוא אדם פרטי.
- מבין המדינות שנסקרו, רק בארצות הברית ובישראל, איסור השיגור של הודעת דואר זבל חל גם על מי שהפרסום מקדם את מוצריו או את השירות שהוא מציע.
- בחלק מן המדינות שנסקרו (קנדה, בריטניה וישראל) האיסור חל גם על מי שלא שלח בפועל את ההודעה, אך יש לו מעורבות ישירה במשלוח ההודעה, הבאה לידי ביטוי, למשל, בהסכמה לשיגור ההודעה, אשרור השיגור בדיעבד, ייעוץ, סיוע, שידול וכדומה.
- בקנדה, הנמען יכול שיהיה גם מי שסביר להניח שהורשה להשתמש בתיבת הדואר, אף אם הוא אינו בעליה.

יסוד ההסכמה

- למעט בארצות הברית, בכל המדינות שנסקרו נקבע הסדר של Opt in בנוגע למשלוח של הודעות זבל, שמשמעותו היא, שמשלוח ההודעה אסור, כל עוד לא התקבלה הסכמת הנמען לכך.
- בבריטניה נקבע הסדר של Opt out בנוגע לשליחת ההודעה באמצעות מכשיר הפקסימיליה לתאגיד ובנוגע לשליחת הודעה באמצעות רשת תקשורת אלקטרונית (למשל: SMS). בכל יתר המקרים, נקבע הסדר של Opt in.
- בקנדה ובאוסטרליה נקבע שההסכמה יכול שתהיה גם משתמעת, ובמדינות האיחוד האירופי (ובישראל בעקבותיהן) נקבע, שמי שסיפק לשולח את כתובת הדואר האלקטרוני שלו במהלך משא ומתן לרכישת מוצר דומה לזה המוצע לו בהודעה אחרת, ייחשב כמי שהסכים לקבל פרסומת הנוגעת למוצר או שירות דומים לאלו שהתעניין בהם בעבר.
- בכל המדינות שנסקרו **לא נמצא תנאי דומה לזה שנקבע בחוק הישראלי, הדורש שההסכמה תינתן בכתב דווקא**.

אופי האכיפה

- בכל המדינות שנסקרו האכיפה של האיסור נעשית בעיקר על ידי רשויות ציבוריות, באמצעות מנגנון פיקוח ואכיפה ציבורי, אם כי, בחלקן מאפשר החוק גם אכיפה פרטית. זאת, בניגוד למצב בישראל, בה עיקר האכיפה של האיסור נעשית באמצעות אכיפה פרטית, על ידי הגשת תביעות אזרחיות או תובענות ייצוגיות.
- בארצות הברית, אכיפה פרטית תתבצע באמצעות תביעה אזרחית, שאותה יכולה להגיש רק חברה המספקת שירותי גישה לאינטרנט. בתביעה שכזו ניתן לתבוע פיצוי על הנזק הממשי שנגרם, אם ניתן להוכיחו, או פיצוי סטטוטורי קבוע.

- בבריטניה מתאפשרת גם אכיפה פרטית באמצעות תביעה אזרחית, המותנית בכך שהנמען יוכיח שנגרם לו נזק, וללא כל פיצוי סטטוטורי קבוע.
- בקנדה, החל מתחילת שנת 2017, מתאפשרת גם אכיפה פרטית באמצעות תביעה אזרחית, המותנית בכך שהתביעה תאושר על ידי הסוכנות הקנדית לרדיו ותקשורת, שהנמען יוכיח שנגרם לו נזק, וללא פיצוי סטטוטורי קבוע.

דרישות נוספות

- באף אחת מן המדינות שנסקרו לא נמצאה החובה, המצויה בחוק הישראלי, להדגיש בפני הנמען את זכותו לסרב לקבל הודעות נוספות, וחובה להציע מנגנון פשוט המאפשר זאת, בהודעה שאיננה מוגדרת כ'דואר זבל'.
- בכל המדינות שנסקרו, כל הודעה חייבת לכלול כתובת דואר אלקטרוני תקפה של השולח, המאפשרת לנמען לשלוח הודעה בה יביע את התנגדותו לקבל הודעות מן השולח. בקנדה ובאוסטרליה אף נקבעה תקופה לאחר שיגור ההודעה, שבה על כתובת הדואר האלקטרוני להיות פעילה.
- בארצות הברית ובisrael נקבעה חובת תיוג של תוכן פרסומי, שנועדה להבהיר לנמען שההודעה היא פרסומית.
- בארצות הברית אף נאסרה הטעיה בכותרת ההודעה או בשורת הנושא שלה, בכל הנוגע לתוכן ההודעה.
- למעט בארצות הברית, בכל המדינות שנסקרו נקבעה חובה לכלול בהודעה הבהרה בכל הנוגע לזהותו של שולח ההודעה.

1. רקע תיאורטי

1.1. הגדרה

בחוק הישראלי לא קיימת הגדרה למונח "דואר זבל". יובל קרניאל הגדיר 'דואר זבל' כ"הודעת דואר שאינה מוזמנת ואינה רצויה למקבל".² הגדרה זו רחבה למדי, שכן היא כוללת כל סוג של הודעה, יהא תוכנה אשר יהא.

הגדרה צרה יותר הציע Mosing, לפיה דואר זבל הוא שליחה של הודעות בכמות גדולה וללא הזמנה, כאשר יש להניח שעל פי רוב, הנמען אינו מעוניין בקבלתן.³ הגדרות צרות אף יותר של המונח תוחמות אותו לתחום הפרסומי והמסחרי בלבד.⁴

בהקשר זה חשוב להדגיש את ההבחנה שבין 'דואר זבל' ל'דיוור ישיר'. הדיוור הישיר הוא "פנייה אישית לאדם, בהתבסס על השתייכותו לקבוצת אוכלוסין, שנקבעה על פי איפיון אחד או יותר של בני אדם ששמותיהם כלולים במאגר מידע".⁵ בניגוד לכך, דואר זבל אינו בהכרח "פנייה אישית", אינו מבוסס בדרך כלל על איפיון אחד או יותר, ולא על השתייכות לקבוצה. במקרים רבים נשלח דואר הזבל על סמך רשימה של דואר אלקטרוני בלבד. רשימה כזו, בהיותה כתובת בלבד, אינה מהווה "מאגר מידע". בשל הבדלים אלה, ההסדר שנקבע בפרק ב', סימן ב' של חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 בכל הנוגע להפצת דיוור ישיר, אינו חל על פי רוב על הפצת דואר זבל.⁶

1.2. היקף התופעה

התופעה של משלוח הודעות זבל ברשת האינטרנט התפתחה, החל משלהי שנות השבעים של המאה הקודמת,⁷ במקביל להתפתחות התקשורת האלקטרונית בכלל, והשימוש בדואר האלקטרוני בפרט. מלכתחילה, תופעה זו הייתה שולית למדי, אך היא תפסה תאוצה רבה החל מתחילת המאה הנוכחית. אף על פי כן, רבים העריכו שהעולם יתגבר על תופעה זו במהירות יחסית. הד לאמונה זו ניתן למצוא בהצהרתו

² יובל קרניאל, "חוק המחשבים ודואר זבל – טיפול מקומי בתופעה גלובלית" **שערי משפט** ד(2) התשס"ו 467, 469 (להלן: קרניאל, חוק המחשבים). הודעות שאינן רצויות יכולות להישלח באמצעים פיזיים, אל תיבת הדואר הממשית של המקבל, או באמצעים אלקטרוניים, אל הטלפון, הטלפון החכם, מכשיר הפקס, המחשב הביתי וכדומה.

על היבטים טכנולוגיים המאפשרים את משלוח הודעות הזבל ראו בהרחבה אצל יניב דרוקמן ואח', **דואר זבל – ההסדרה של דואר אלקטרוני לא-רצוי** (המרכז למשפט וטכנולוגיה, עורכים: ניבה אלקין-קורן, מיכאל בירנהק, 2004) עמ' 3-5 (להלן: דרוקמן ואח', דואר זבל). על שיטות להפצת דואר זבל ראו שם, עמ' 12-14. על שיטות להשגת כתובות דואר אלקטרוני לשם שליחת דואר זבל ראו שם, עמ' 15-18.

³ Max W. Mosing, "The Ups and Downs in the history of EU-Spam-Regulations and Their Practical Impact" (2007) להלן: מוזינג, דואר זבל.

⁴ **דרוקמן ואח', דואר זבל שם**. להגדרה דומה ראו: "Spam", Merriam-Webster Dictionary (definition & more); "The Definition of Spam" The Spamhaus Project 2012-08-31.

ההתמקדות ב'דואר' מעוררת שאלות נכבדות בדבר התאמתן של ההגדרות האמורות לעולמן של הרשתות החברתיות למיניהן. ניתן לאמץ פרשנות רחבה של הביטוי "דואר אלקטרוני", לפיה גם פרסומים ברשתות החברתיות ייחשבו כהודעות דואר אלקטרוני, כפי שעשה בית המשפט המחוזי בקליפורניה בפרשת פייסבוק, **Facebook, Inc. v. MaxBounty, Inc.**, Case no. CV-10-4712-JF (ND CA) נראה שהדיון בהפצת 'דואר זבל' ברשתות החברתיות עדיין בחיתוליו. לדיון ראשוני בעניין זה ראו למשל, Sarita Yadav, Aakanksha Saini, Akanksha Dhamija, and Yoganta, "Discerning Spam in Social Networking Sites" **Advances in Vision Computing: An International Journal (AVC)** Vol.3, No.2, June 2016, 1.

⁵ סעיף 17 לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. להרחבה בעניינו של דיוור ישיר ראו אצל דן חי, תורת המסר, רמת גן תשע"ב, עמ' 115-124 (להלן: חי, תורת המסר). לדיון בהבחנה שבין 'דואר זבל' ל'דיוור ישיר' ראו שם, עמ' 21-27.

⁶ **קרניאל, חוק המחשבים עמ' 471**. וראו גם אצל **דרוקמן ואח', דואר זבל עמ' 2-3**.

⁷ **דרוקמן ואח', דואר זבל עמ' 1**.

Two years from now, spam will be solved. I promise a spam-free world by 2006⁸

הערכה זו התבדתה מהר למדי. גם כיום, למעלה מעשור מיום שפורסמה הצהרה זו, ממשיכה התופעה להתעצם, ויש המעריכים שכ-65% מכלל תעבורת הדואר האלקטרוני בעולם עשויה להיחשב כדואר זבל,⁹ וזאת מבלי להחשיב חלק ניכר מדואר הזבל הנחסם על ידי השרתים עוד לפני שהוא מגיע לתיבת הדואר הפרטית של הנמען.¹⁰

1.3. נזקים הכרוכים בהפצת דואר זבל

את הנזקים הכרוכים בהפצת דואר זבל מקובל לסווג תחת שתי קטגוריות: נזקים כלכליים ופגיעה בזכות הפרטיות. בנוסף לכך, דואר הזבל עלול לשמש פלטפורמה לביצוע עבירות רשת שונות. להלן נבחר בקצרה את משמעותם של נזקים אלה.

דואר הזבל עושה שימוש במשאבי אינטרנט רבים, ולמעשה מחצין עלויות פרסום על המשתמשים.¹¹ דואר הזבל אף גוזל את משאבי הנמען בכך שהוא כופה עליו למיין את ההודעות שנשלחו אליו,¹² והוא אף מטיל על ספקיות שירותי התקשורת עלויות הדרושות לשם פיתוח אמצעים לסיון הדואר והגנה על המשתמשים. עלויות אלו מגולגלות בסופו של דבר אל כיסו של המשתמש.¹³

דואר זבל משמש, לא אחת, לשם החדרת וירוס מחשבים למחשב או למכשיר הטלפון הנייד של הנמען.¹⁴ כך, דואר הזבל פוגע בקניינו של הנמען, ודורש ממנו להשקיע כספים בתיקונו של המכשיר שנפגע.

דואר הזבל אף מכביד על השימוש בצורות התקשורת מודרניות, כדואר אלקטרוני, רשתות חברתיות וכדומה, ומאיים לפגוע ביעילותן.¹⁵

מעבר לנזקים הכלכליים האמורים, ניתן לטעון שלעיתים משלוח של דואר הזבל יכול לעלות כדי הסגת גבול במיטלטליו, בשל ההפרעה שהוא גורם לנמען בשימוש במיטלטליו.¹⁶

מעבר לנזקים אלו, ישנם גם נזקים הקשורים לנסיבות ההפצה של דואר הזבל או לתוכנו. דואר הזבל משמש, לא אחת, כאמצעי נוח ויעיל לביצוע עבירות או עוולות. כך למשל, לעיתים שולחי דואר הזבל מבקשים לפגוע בעסק מתחרה באמצעות הצפת תיבות הדואר האלקטרוני שלו בכמויות גדולות של דואר זבל.¹⁷ לעיתים, דואר זבל משמש כמצע לתרגילי פירמידה, להפצת פרסומי תועבה, למכירת מוצרים באיכות ירודה תוך הפרת

⁸ ההצהרה נאמרה במסגרת הרצאה בפני פורום כלכלנים בדאבוס, בשנת 2004, ומצוטטת אצל **מוזינג, דואר זבל**, בפתיחת המאמר.

⁹ **קרניאל, חוק המחשבים** עמ' 468. הערכות צנועות יותר מדברות על כ-50% מתעבורת הדואר האלקטרוני בעולם (אלעד נ' שרף, "דואר זבל בישראל: סקירת הדין המצוי והדין הרצוי" **משפט ועסקים** ג (תשס"ה), 425, 427 (להלן: שרף, דואר זבל)).

¹⁰ ראו אצל **שרף, דואר זבל** עמ' 427 (מציין שבשנת 2003 דיווחה חברת Microsoft ששרתי Msn ו-Hotmail עוצרים כ-2.4 מיליארד הודעות דואר זבל לפני שהגיעו לתיבות המשתמשים).

¹¹ ראו אצל **שרף, דואר זבל** עמ' 435, 437.

¹² שם, עמ' 435.

¹³ שם, עמ' 435-436.

¹⁴ ראו אצל **שרף, דואר זבל** עמ' 433.

¹⁵ ראו אצל **שרף, דואר זבל** עמ' 434.

¹⁶ ראו להלן, אחר הציון להערה 45.

¹⁷ שם. במקרים אלו, משלוח דואר הזבל עשוי לעלות כדי עוולה של התערבות לא הוגנת, לפי סעיף 3 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999. וראו לעניין זה **דין וחשבון הוועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני** (מאי 2004), עמ' 51.

אי לכך, הגבלת האפשרות להפיץ דואר זבל תורמת בעקיפין גם להגבלת כוחם של שולחי ההודעות לעשות שימוש בדואר זבל לשם פגיעה במשתמשים ברשת האינטרנט.

1.4. תפקיד המשפט במלחמה בהפצת דואר זבל

בעקבות ההכרה בצורך להילחם בהפצת דואר הזבל, כבר בשנת 2004 הקים הארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי (OECD) כוח משימה שנדרש להציג המלצות למלחמה בתופעה. ההמלצות פורסמו בשנת 2006,¹⁹ והן כוללות שמונה רכיבים: הסדרה, אכיפה, הסדרה עצמית,²⁰ פיתוח אמצעים טכנולוגיים,²¹ יוזמות בתחום החינוך והגברת הערנות לתופעה, שיתוף פעולה בין המגזר הפרטי למגזר הציבורי, הערכה מתמדת של יעילות האמצעים שננקטו ושיתופי פעולה בינלאומיים.

ההמלצות מלמדות שאמצעים משפטיים, כשלעצמם, לא ימגרו את התופעה, אף שיש להם תפקיד חשוב במלחמה בה, כאשר השימוש בהם נעשה בשילוב עם אמצעים אחרים, שבהם לא יעסוק מסמך זה.

2. רקע נורמטיבי כללי

2.1. הערכים המתחרים

הסדרת ההפצה של דואר זבל מחייבת בחינה של הערכים הנוגעים לסוגיה זו.

2.1.1. חופש הביטוי

חופש הביטוי הוא זכות יסוד בעלת מעמד חוקתי, הנגזרת מן החובה להגן על כבוד האדם וחירותו.²² השאלה, האם משלוח של הודעות דואר זבל חוסה תחת ההגנה על חופש הביטוי, שנויה במחלוקת. יש הטוענים, שמאחר ושליחת דואר זבל פוגעת בזכויות אדם רבות, כאמור לעיל, אין היא מוגנת.²³ אחרים טוענים שאף שליחת דואר זבל מוגנת מכוחו של עיקרון חופש הביטוי, ובשל כך, הגבלתה חייבת להיעשות על פי חוק, באופן מידתי, ולשם הגשמתה של תכלית ראויה.²⁴

בהקשר זה חשוב להבחין בין דואר זבל פרסומי לדואר זבל בעניינים פוליטיים, דתיים וכדומה, בהתאם לקביעתו של השופט חשין, ש"הפרסומת המסחרית היא מעין דיירת בעלת זכויות נחותות בבית חופש הדיבור והביטוי, וניתן לחסמה בהגבלות אלו ואחרות, הגבלות שלא יעלה על הדעת כלל להעמידן בדרכו של חופש הביטוי הקלאסי".²⁵

בהתאם להבחנה זו ביטל בית המשפט העליון במדינת וירג'יניה שבארצות הברית חקיקה האוסרת משלוח

¹⁸ ראו אצל שרף, דואר זבל, עמ' 433.

¹⁹ [Report of the OECD Task Force on Spam: Anti-Spam Toolkit of Recommended Policies and Measures](#) (19 April, 2006).

²⁰ ראו להלן, אחר הציון להערה 112.

²¹ לדיון נרחב בדבר אמצעים טכנולוגיים המאפשרים סינון של דואר זבל, יתרונותיהם וחסרונותיהם, ראו אצל דרוקמן ואח', דואר זבל עמ' 29-19.

²² ראו למשל, בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד נ(5) 661, 674-675.

²³ ראו אצל דרוקמן ואח', דואר זבל, עמ' 11.

²⁴ ראו אצל דרוקמן ואח', דואר זבל, עמ' 11.

²⁵ בג"ץ 606/93 קידום יזמות מו"לות נ' רשות השידור, פ"ד מח(2) 1, 27-28. בעניין זה ראו גם אצל יהונתן קלינגר, "ספאם פוליטי", כאן.

של דואר זבל בעניינים פוליטיים ודתיים, שמכוחה הורשע אדם בביצוע עבירה של משלוח דואר זבל.²⁶ מנגד, בית המשפט במדינת טקסס קבע, שאוניברסיטת טקסס רשאית לחסום כניסת דואר זבל המציע שירותי היכרויות ואין בכך משום פגיעה בחופש הביטוי.²⁷

2.1.2. חופש העיסוק

בפרשת רוט קבע השופט טל ש"חופש הפרסום יש בו אספקט של חופש העיסוק והתחרות",²⁸ שהרי בלא פרסום אין עסק, ובלא פרסום אין תחרות. מובן אפוא, שכל הסדר שנועד להגביל את זכותו של אדם לשלוח הודעות פרסומת יש בו משום הגבלה על חופש העיסוק. בשל כך, הסדר המבקש להגביל את שליחת הודעות דואר זבל למטרות פרסום חייב להיות מידתי ומאוזן.

2.1.3. הזכות לפרטיות

מלומדים דנו בפגיעה בפרטיות עקב הפצתו של דואר זבל, הן בהיבט של 'קצירת' כתובות הדואר האלקטרוני לשם משלוח ההודעה, והן בהיבט של החדירה למרחב הפרטי, בעקבות משלוח ההודעה לנמען. יש הסבורים ש'קצירת' כתובת הדואר האלקטרוני עולה כדי פגיעה בפרטיות משום שכתובת זו היא אחד מפריטי המידע שיש בהם כדי לזהות את האדם ולשאוב מידע עליו.²⁹ אחרים סבורים, שעצם השגת הכתובת ללא רשות של בעליה אינה בגדר פגיעה בפרטיות, משום שהכתובת אינה מספקת מידע המאפשר זיהוי חד משמעי של בעליה.³⁰

לפי Prosser, הזכות לפרטיות מורכבת מארבע עילות נזיקיות, שאחת מהן היא החדירה למרחב הפרטי של הזולת,³¹ ולפי גביוון, הזכות לפרטיות כוללת גם את יכולתו של הפרט להגביל את הגישה אליו.³² בהתאם לגישות אלו, ניתן לטעון שמשלוח הודעות דואר זבל עולה כדי פגיעה בפרטיות, הן משום שהוא יוצר חדירה למרחב הפרטי והן משום שהוא שולל את זכותו של האדם למנוע מאחרים את הגישה אליו.³³

אולם, יש הסבורים שבשל מאפייניה של רשת האינטרנט ומעטה האנונימיות שהיא מספקת למשתמשים בה, לא ניתן לראות בתיבת הדואר האלקטרוני "מרחב פרטי", החוסה תחת עיקרון ההגנה על הפרטיות.³⁴ עוד נטען, שבשל קיומם של אמצעים טכנולוגיים המאפשרים לנמען לחסום את דואר הזבל, קשה לטעון

²⁶ לדיווח בעניין זה ראו באתר ynet בכתובת: <http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3596311,00.html>

²⁷ *White Buffalo Ventures LLC v. University of Texas at Austin*, No. 04-50362, 2005 WL 1806353 (5th Cir. Aug. 2, 2005)

²⁸ עפ 3426/94 רוט נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 837, 841.

²⁹ כך סבור גם שרף, דואר זבל עמ' 433, וראו בהפניות שם, הערה 24. וראו להלן, אחר הציון להערה 38.

³⁰ לטיעון זה ראו אצל שרף שם, הערה 24. וראו גם אצל דרוקמן ואח', דואר זבל, עמ' 8 ("הזכות לפרטיות מוגדרת עבור אדם נתון, ולא עבור אישיות אלמונית כלשהי שלה יש מתאר במדיום כלשהו").

³¹ William L. Prosser, "Privacy", 48 Cal L.Rev. 383, 389-392 (1960)

³² Ruth Gavison, "Privacy and Limits of Law", 89 Yale L.J. 421, 428 (1980)

³³ ראו אצל שרף, דואר זבל, עמ' 433 ("בעיית הליבה בנושא הפרטיות נובעת מהתפיסה שכתובת הדואר האלקטרוני של אדם הינה מידע פרטי שיש לו זכות לשמור עליו... חשיבותה של כתובת הדואר האלקטרוני עולה כיום לעיתים על חשיבותה של כתובת הדואר הביתית, וחשיפתה מהווה על כן פגיעה בפרטיותו של אדם. כלומר, עצם השגת הכתובת ללא אישור מן הצרכן, היא היא למעשה הפגיעה בפרטיותו. העובדה שבעקבות הגנבה של כתובת הדואר של הצרכן מתחילים להגיע אליו חומרים שאין הוא מעוניין בהם, מהווה כשלעצמה פגיעה בהרגשת הפרטיות שלו"); שרון אהרונ-גולדנברג ואריה רייך, "חדירה למחשב כעוולה נזיקית" **שערי משפט** ד(2) (תשס"ו) 415, 439 ("ניתן לראות בדואר האלקטרוני השיווקי (דואר זבל) פגיעה בזכות הפרט להיעזב לנפשו").

³⁴ ראו דרוקמן ואח', דואר זבל, עמ' 8.

2.1.4. זכות הקניין

הגבלת זכותו של אדם לעשות שימוש ברכושו היא למעשה הגבלה של זכות הקניין שלו. לכן, כל הגבלה על הפצה של דואר זבל היא הגבלה של זכות הקניין של השולח. אולם, הגבלה זו נועדה למנוע מאדם לפגוע בקניינם של אחרים. בעיני רבים, עצם שליחת דואר הזבל עולה כדי הסגת גבול במיטלטליו, בשל ההפרעה שהוא גורם לנמען בשימוש במיטלטליו.³⁶

אף אם הפצת דואר הזבל, כשלעצמה, אינה פוגעת בזכות הקניין, מאחר שהיא מסבה נזקים כלכליים למשתמשים ברשת האינטרנט ולספקיות שירותי הגישה לאינטרנט, שעליהם עמדנו בהרחבה לעיל,³⁷ הרי שהגבלת זכותו של שולח להפיץ דואר זבל נועדה להגן על קניינם של המשתמשים ברשת ושל החברות המספקות שירותי גישה לאינטרנט.

2.2. הסדרים עקיפים

ככלל, ניתן להתמודד עם התופעה של הפצת דואר זבל באמצעות דוקטרינות משפטיות כלליות, שלא נוצרו על מנת להילחם בתופעה זו דווקא, אך ניתן לעשות בהן שימוש גם למטרה זו, או באמצעות הסדרים משפטיים ייחודיים, ש'תפורים' לפי מידתה של התופעה, ושנועדו מלכתחילה כדי להתמודד עמה.

מסמך זה מתמקד בהסדרים מן הסוג האחרון, אך לטובת שלמותה של התמונה, נציין את הדוקטרינות המשפטיות הכלליות, המאפשרות להתמודד עם התופעה גם ללא יצירתו של הסדר משפטי ייחודי.

2.2.1. דיני הגנת הפרטיות

סעיף 9(2) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 קובע ש"שימוש בידיעה על ענייניו הפרטיים של אדם או מסירתה לאחר, שלא למטרה שלשמה נמסרה" הוא בגדר פגיעה בפרטיות. לעניין זה נקבע בפרשת ונטורה,³⁸ שגם פרטים טריוויאליים, כמו הכתובת ומספר הטלפון של אדם הם בגדר "ענייניו הפרטיים של אדם". בהתאם לכך היו שטענו, שהשימוש בכתובת הדואר האלקטרוני של אדם, לצרכים מסחריים, ללא הסכמה, עולה כדי פגיעה בפרטיות.³⁹

פרשנות שכזו לחוק יכולה לסייע בהגבלת יכולתם של מפיצי דואר זבל 'לקצור' כתובות דואר אלקטרוני כדי לשלוח אליהן הודעות. ואמנם, בפרשת סויסה⁴⁰ קבע השופט ארנסט, שקצירת כתובות דואר אלקטרוני עולה כדי פגיעה בפרטיות. אך פסק דין זה נהפך בערעור בפני בית המשפט המחוזי, שבו קבעה השופטת שטופמן, ש"איסוף של כתובות דואר אלקטרוני שמשתמשי הפרומים פרסמו מרצונם ושליחת דואר אלקטרוני אליהם, מטעם גורם חיצוני, איננה אסורה".⁴¹ אמנם השופטת שטופמן הדגישה שעניינו של פסק הדין במישור היחסים שבין בעל האתר ובין המשתמשים בו, ולא במישור היחסים שבין

³⁵ דרוקמן ואח', דואר זבל, עמ' 9. אמנם, הם מתעלמים מן העלות של התקנת החסימה. בשל כך, ניתן לטעון שגם אם הנמען מסוגל להגביל את הגישה אליו, מאחר שהדבר כרוך בעלויות כספיות שאין הצדקה שישא בהן, הרי שבפועל, נשללת זכותו להגביל את הגישה אליו.

³⁶ ראו להלן, אחר הציון להערה 45.

³⁷ אחר הציון להערה 10.

³⁸ ע"א 439/88 מדינת ישראל נ' ונטורה משה, פ"ד מח(3) 808, פסקה 7 לפסק דינו של השופט בד.

³⁹ חיים רביה, "בעלי בקר וסכסוכי מחשב", בכתובת <https://www.law.co.il/articles/web-issues/2003/09/21/222> (כניסה אחרונה: 21 בפברואר 2017).

⁴⁰ ת"ק (ת"א) 6000/03 אבן-חן נ' סויסה, פ"ד תשסג(3) 500 (להלן: פרשת סויסה).

⁴¹ ברע (ת"א) 2542/03 ניר סויסה נ' אורי בן חיים עמ' 21 (פורסם ב'נבו'. להלן: פרשת בן חיים).

מאוחר יותר, פסק השופט שטרסמן בפרשת בר-זיו⁴³ שבהתאם למצב החוקי שהיה קיים בעת כתיבת פסק הדין, "משלוח דואר זבל אינו עבירה על-פי הדין בישראל", אף שקבע שבאופן עקרוני, "משלוח דואר זבל יכול שיהיה עוולה לפי... חוק הגנת הפרטיות".⁴⁴

בהתחשב בפסיקות ובהיעדרו של תקדים מחייב בנושא, ספק אם ניתן לעשות שימוש בדיני הגנת הפרטיות כדי להטיל אחריות פלילית או אזרחית על מפיצי דואר זבל בישראל.⁴⁵

כמו כן, חשוב להזכיר שפיצוי בשל פגיעה בפרטיות מחייב את הנמען להוכיח שנגרם לו נזק ממשי בשל משלוח דואר זבל. כאמור, נטל ההוכחה בעניין זה עלול להיות כבד מנשוא.

2.2.2. הסגת גבול במיטלטלין

סעיף 31 לפקודת הנזיקין קובע ש"הסגת גבול במיטלטלין היא לקיחת טובין שלא כדין מהחזקתו של אדם אחר, או הפרעה אלימה בהם בהיותם בהחזקתו של אדם אחר; אך אין תובע יכול להיפרע פיצויים על הסגת גבול במיטלטלין אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון".

השאלה, האם ניתן לחייב מפיצי דואר זבל לפצות את הנמענים מכוחה של עוולת הסגת גבול במיטלטלין שנויה במחלוקת. יש מלומדים הסבורים שהעוולה נועדה לספק הגנה לנכסים מוחשיים ולא לנכסים מופשטים כמידע האגור במחשב, כשטח האחסון במחשב וכדומה.⁴⁶ אחרים סבורים, שהמידע או שטח האחסון הם בסופו של דבר ביטוי ל"מולקולות מתכת בעלות אופי מגנטי המסודרות בסדר וברצף מסוים על גבי התקן טכנולוגי מתאים".⁴⁷ לכן, "ניתן להסכים כי החוק אינו מגן על מידע ערטילאי, אך מצד שני אין מידע ערטילאי הזקוק להגנת החוק. מה שיש זה מולקולות של חומרים שונים, מולקולות המהוות קניין חומרי ומוחשי של בעליהן וניתן להחיל עליהן את עוולת הסגת גבול".⁴⁸

ויכוח דומה קיים גם בארצות הברית, שבה העוולה של הסגת גבול במיטלטלין מבוססת בעיקר על המשפט המקובל.⁴⁹ כך למשל, בפסק הדין **בעניין eBay**⁵⁰ משנת 2005 נקבע, שסריקת האתר של eBay באמצעות תוכנת רובוט על מנת לאתר מכירות פומביות ולהציגן באתר אחר עולה כדי הסגת גבול, משום שתוכנה זו מנצלת את משאבי המערכת, מאטה את פעילותה ואף עלולה לגרום לקריסתה.⁵¹

הצלחתן של תביעות המבוססות על עוולה זו תלויה במידה רבה בדרך שבה עוצבה העוולה בחקיקה

⁴² שם.

⁴³ תק (פ"ת) 2115/07 **שמואל בר זיו נ' ציפי פלד**.

⁴⁴ נראה שהשופט שטרסמן מפרש את יסוד הזדון, הנדרש לפי סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות כדי שהפגיעה בפרטיות תהיה גם עבירה פלילית, ככזה המחייב שהפגיעה תיעשה מתוך כוונה לפגוע בפרטיות, ולא אגב כוונה לפרסם מוצר או להפיק רווח אחר. לכן, גם אם משלוח דואר זבל עשוי להיחשב **עוולה** של פגיעה בפרטיות, אין לראות בו **עבירה** של פגיעה בפרטיות.

⁴⁵ סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות.

⁴⁶ ראו למשל, מיגל דויטש "חקיקת מחשבים בישראל", **עיוני משפט** כב (תשנ"ט) 427, 446.

⁴⁷ עו"ד אליהו ריכטר, "הסגת גבול במידע ממוחשב" עמ' 2, **כאן**.

⁴⁸ שם. תמיכה בעמדה זו ניתן למצוא בפסק הדין **ברשת סוויסה** (לעיל הערה 40), שבה קבע בית משפט השלום בתל אביב, שמשלוח של הודעת דואר אלקטרוני לאדם ללא הסכמתו, עולה כדי הסגת גבול במיטלטלין. אמנם, פסק דין זה נהפך על ידי בית המשפט המחוזי (**פרשת בן חיים**, לעיל הערה 41), אך רק משום שנקבע שלא הוכח שלתובע נגרם נזק ממון בשל משלוח ההודעות.

⁴⁹ Restatement (Second) of Torts § 217(b): "One who commits trespass to chattels is liable to the possessor of the chattel if the chattel is impaired as to its 'condition, quality, or value.'" Id.

⁵⁰ **eBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc.**, 100 F.Supp.2d 1058 (N.D. Cal. 2000)

⁵¹ אגב כך דחה בית המשפט את טענת הנתבעת, שמאחר שהאתר של התובעת פתוח לציבור, אין לראותה כמסיגת גבול.

המדינתית. יש מדינות שבהן נוסחה העוולה בצורה רחבה, המאפשרת את החלתה גם על מפיצי דואר זבל (כך המצב למשל, בוירג'יניה,⁵² בג'ורג'יה,⁵³ בניו יורק⁵⁴ ובאוהיו⁵⁵). במדינות אחרות, העוולה מנוסחת בדרך שאינה מאפשרת זאת (כך המצב למשל, בפלורידה⁵⁶ ובאוקלהומה⁵⁷).

מעבר לשאלה העקרונית, האם הפצת דואר הזבל עולה כדי הסגת גבול במיטלטלין, התובע פיצוי מכוחה של עוולה זו יידרש להוכיח שנגרם לו נזק ממשי. צורך זה עלול להכשיל את התביעה ולהפוך את האיום בתביעה נזיקית לאיום סרק, שאין בו כדי להרתיע את מפיצי דואר הזבל.⁵⁸

גם בהקשר זה כדאי ללמוד מן הניסיון האמריקני. בפרשת **Hamidi**⁵⁹ קבע בית המשפט העליון של מדינת קליפורניה, שאין לחייב מפיץ דואר זבל לפצות את הנמען, אלא אם כן יוכח שהפצת דואר הזבל גרמה נזק למחשבי הנמען או שפגעה בתפקודם.⁶⁰ בשל סייג זה מעריכים המלומדים, שהעוולה של הסגת גבול במיטלטלין עשויה לסייע לספקי שירותי אינטרנט לתבוע פיצויים ממפיצי דואר הזבל, משום שיש בכוחם להוכיח שהפצת דואר הזבל גרמה להם נזק או פגמה בביצועי המערכת. לעומת זאת, משתמשים פרטיים, שיתקשו להוכיח זאת, לא יוכלו לזכות בפיצוי מכוחה של עוולת הסגת גבול במיטלטלין.⁶¹

⁵² **Am. Online, Inc. v. LCGM, Inc.** 46 F. Supp. 2d 444 (E.D. Va. 1998); **American Online, Inc. v. Prime Data systems, Inc. et al.**, 1998 U.S. Dist. Lexis 20226 (E.D. Va. 1998), **American Online, Inc. v. IMS et al.**, 24 F. Supp. 2d 548 (E.D. Va. 1998).

⁵³ **EarthLink, Inc. v. Carmack**, 2003 U.S. Dist. LEXIS 9963 (N.D. Ga. May 7, 2003)

⁵⁴ **Tyco International (US) Inc. v. Doe**, 2003 U.S. Dist. LEXIS 25136 (S.D.N.Y. Aug. 29, 2003) גם בפרשת **Register**, שעסקה בתביעת נזיקין בשל שימוש בתוכנה האוספת את רשימת אנשי קשר מבסיס הנתונים של התובעת, נפסק שהנתבעת ביצעה את העוולה של הסגת גבול במיטלטלין. ראו **Register.com, Inc. v. Verio, Inc.**, 126 F. Supp. 2d 238 (S.D.N.Y. 2000); **Register.com, Inc. v. Verio, Inc.** 356 F.3d 393(2ed Cir. 2004) לציין, שבפרשה זו הבחין בית המשפט בין "קיבולת" (*capacity*) של המחשב, שאינה יכולה להיחשב כמיטלטלין, לכוח המחשוב, שעשוי להיחשב כמיטלטלין לעניינה של עוולת הסגת גבול. בפרשה זו אף נקבע שהנתבעת הפרה גם את הוראות חוק השימוש לרעה במחשב (*Computer Fraud and Abuse Act*) וראו להלן, אחר הציון להערה 64, וגם את הוראות החוק בעניין גניבת עין (*Lanham act*), משום שבמעשיה היא עלולה לגרום ללקוחות להתבלבל ולחשוב כי התובעת פנתה אליהם, בעוד שהנתבעת היא זו שפנתה אליהם.

⁵⁵ **CompuServe Inc. v. Cyber Promotions, Inc., et al.**, 962 F. Supp. 1015 (S.D. Ohio 1997) לא למותר לציין, שבפרשה זו דחה בית המשפט את טענות התובעת, לפיהן עצם הזמנת הציבור לעשות שימוש בשירותי התובעת, כמוה כהסכמה לכל שימוש שיעשה במאגרים המוצעים לציבור (בית המשפט השווה זאת לזכותו של מי שמומין את הציבור לביתו, למנוע כניסה מאדם מסוים). טענה נוספת שנדחתה היא, ששלילת זכותה של התובעת לעשות שימוש במאגרים המוצעים לקהל הרחב פוגעת בעיקרון חופש הביטוי (בית המשפט הדגיש שעיקרון זה אינו יכול להצדיק פגיעה בזולת).

⁵⁶ **Inventory Locator Service, LLC v. Partsbase, Inc.**, 2005 WL 2179185 (W.D.Tenn. 2005)

⁵⁷ **Omega World Travel v. Mummagraphics, Inc.**, 469 F.3d 348 (4th. Cir. 2006)

⁵⁸ לדעת עו"ד ריכטר (לעיל הערה 47), ניתן לתבוע פיצוי על נזק שנגרם בשל שליחת דואר זבל גם מכוחה של עוולת הרשלנות הקבועה בסעיף 35 לפקודת הנזיקין, אך לא מצאנו פסיקה שבה הוצע להטיל על מפיצי דואר זבל אחריות אזרחית מכוחה של עוולת הרשלנות.

⁵⁹ **Intel Corp. v. Hamidi**, 30 Cal.4th 1342 (Cal. 2003)

⁶⁰ כך קבעו בתי המשפט גם במדינת טקסס, ראו **American Airlines v. FareChase** 67th State District Court of Texas. בהתאם לעיקרון זה, בפרשת **Ticketmaster** נקבע שימוש בתוכנות מסוג "webcrawlers" או "spiders" הסורקות אתר כדי ליצור קישור עמוק (*deep hyperlink*) לדפי אינטרנט המופיעים בו, אינו בגדר הסגת גבול, מאחר שתוכנות אלו אינן גוזלות משאבי מערכת ברמה שעלולה לסכנה. לפסקי הדין בעניין זה ראו: **Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc.**, 2000 U.S. Dist. LEXIS 12987 (C.D. Cal. 2000); **Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc.**, 2003 U.S. Dist. Lexis 6483 (C.D. Cal. 2003); **Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc.** 2001 U.S. App. LEXIS 1454 (9th Cir. 2001), לעומת זאת, בפרשת **Oyster**, שעסקה בתביעה על יסוד העתקת מילות מפתח (*metatags*) מאתר, התבסס בית המשפט על הפסיקה בפרשת **eBay** כדי לקבוע שהנתבעת הסיגה את גבולה של התובעת (*Oyster Software, Inc. v. Forms Processing, Inc.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 22520 (N.D. Cal. 2001)).

⁶¹ Daniel J. Schwartz and Joseph F. Marinelli, ["Trespass to Chattels" Finds New Life In Battle Against Spam](#), Jenner & Block Intellectual Property and Technology Law Practice (September 2004), prepared for the Information Technology Law & Ecommerce Committee of the Association of Corporate Counsel

2.2.3. דיני המחשבים

'דיני המחשבים' נועדו להסדיר את הפעילות של המשתמשים במחשב באופן שימנע פגיעה במשתמשים אחרים. סעיף 17(1) לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995 קובע ש"הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב, בכל דרך שהיא" היא עוולה נזיקית, ובסעיף 27(2) לחוק קובע שגם "מחיקת חומר מחשב, גרימת שינוי בו או שיבושו בכל דרך אחרת שלא כדין" היא עוולה נזיקית.⁶²

בפרשת בר זיו⁶³ קבע השופט שטרסמן שבאופן עקרוני ניתן להטיל על מפיצי דואר זבל אחריות אזרחית למעשיהם מכוחן של ההוראות האמורות בחוק המחשבים, ובלבד שיוכיחו שנגרם להם נזק ממשי.

בדומה לכך, בארצות הברית, חוק השימוש לרעה במחשב (Computer Fraud and Abuse Act) משנת 1986 אוסר לשלוח למחשב תוכנה, פקודה, קוד או מידע באופן שעלול לגרום למחשב נזק,⁶⁴ וקובע שמשלוח כאמור הוא עוולה נזיקית.⁶⁵

המכשול העיקרי שמונע מחוק זה להוות אמצעי יעיל למלחמה בהפצת דואר זבל קשור לתנאי הקבוע בחוק, ולפיו, ערכו של ה"נזק" שיכול לזכות את התובע בפיצוי חייב לעלות על \$5000 לשנה, או להיות כזה הגורם לשינוי או פגיעה בבדיקות רפואיות, אבחנה או טיפול באדם או בקבוצה של בני אדם, או גורם לפגיעה פיזית, או הגורם לפגיעה בבריאות הציבור או בטיחותו.⁶⁶

משמעותה המעשית של הגדרה זו, שכל עוד דואר הזבל אינו נוגע לטיפולים רפואיים ואין הוא גורם נזק משוער העולה על \$5000 בשנה, לא ניתן יהיה להטיל על מפיץ דואר הזבל אחריות נזיקית מכוחו של חוק זה.

החיסרון העיקרי של הטלת אחריות אזרחית בדרך זו הוא, שהטלת האחריות מחייבת את הנמען להוכיח שנגרם לו נזק בשל משלוח הודעות דואר הזבל, ומשימה זו, כאמור, אינה פשוטה כלל ועיקר.

2.3. הסדרה ישירה

ניתן להצביע על חמש גישות שונות להסדרת ההפצה של דואר זבל:⁶⁷

איסור גורף: משלוח של דואר זבל אסור, למעט בנסיבות שבהן החוק התיר את הדבר בצורה מפורשת.

גישה שונה היא **גישת ה-Opt in**, הבאה לידי ביטוי בשתי דרכים שונות: הסכמה מפורשת או הסכמה משתמעת.

הסכמה מפורשת (Explicit consent): משלוח דואר הזבל אסור, אלא אם התקבלה הסכמתו

⁶² כדי לזכות בפיצוי, יוכל התובע לעשות שימוש בהוראה שבסעיף 63(א) לפקודת הנזיקין (הפרת חובה חקוקה).

⁶³ לעיל הערה 43

⁶⁴ 18 U.S. Code § 1030 §§ (a)(2)(C), (a)(5)(B)-(C)

⁶⁵ Ibid, § 1030(g) מכוחו של איסור זה הוציא בית המשפט בפרשת Zefer צו מניעה זמני, האוסר שימוש בתוכנת איסוף הסורקת מידע ומלקטת אותו מאתר אחר. ראו 318 F.3d 58 (1st Cir. 2003) **Ef Cultural Travel Bv v. Zefer Corporation**. מכוחו של איסור זה נקבע גם בפרשת AOL, שקצירת כתובות דואר אלקטרוני מאתר, לשם שליחת דואר זבל למנויי האתר מהווה עוולה לפי חוק השימוש לרעה במחשב. ראו 46 F. Supp. **Am. Online, Inc. v. LCGM, Inc.** 2d 444 (E.D. Va. 1998)

לא למותר לציין, שהיסוד הנפשי הנדרש לשם הטלת האחריות הוא – כוונת זדון (intention). בפרשת Morris נקבע, שישוד זה אינו דורש כוונה לגרום נזק, אלא די בכוונה לחדור למערכת המחשב (**United States v. Morris**, 928 F.2d 504, 505 (2d Cir. 1991)). עוד נקבע בפרשה זו, שגם מי שמוסמך להיכנס למחשב, אך הוא חורג מסמכויותיו בכניסתו למחשב, ייחשב כמי שנכנס שלא ברשות למחשב.

⁶⁶ Ibid, § 1030(e)(8)

⁶⁷ ראו גם אצל מוזינג, **דואר זבל** עמ' 5, המסווג את הגישות בצורה שונה מעט.

המפורשת של הנמען לקבל את דבר הדואר.⁶⁸

יש המציעים גרסה מרוככת מעט של מודל ההסכמה המפורשת, המכונה "פטור הפעם הראשונה" (first-free-system), לפיה ניתן לשלוח הודעת פרסומת ראשונה ללא הסכמה, ובה בקשת אישור למשלוח הודעות נוספות. אם התקבל אישור לבקשה זו, ניתן יהיה לשלוח הודעות נוספות. גרסה מחמירה יותר של מודל זה, המכונה גם הסכמה מפורשת כפולה (double-opt-in) מחייבת קיומו של מנגנון המבטיח שהנמען אישר את קבלת דואר הזבל, ושהשולח וידא שהאישור התקבל מן הנמען.

הסכמה משתמעת (Implicit consent): משלוח דואר הזבל אסור, אלא אם התקבלה הסכמתו המפורשת או המשתמעת של הנמען לקבל את דבר הדואר. גרסה מרוככת של מודל זה, המכונה "הסכמה משתמעת בפעם הראשונה" (Implicit first-free-system), מציעה לראות בהודעה הראשונה מעין מבחן להסכמתו של הנמען לקבל את דבר הדואר. היה והנמען לא הביע התנגדות לקבל הודעות נוספות, ייחשב הדבר כהסכמה לקבל.⁶⁹ גישה הפוכה לגישת ה-Opt in היא גישת ה-Opt out שעיקרה היא שמשלוח דואר הזבל מותר, כל עוד לא הביע הנמען את התנגדותו לקבל את דבר הדואר.⁷⁰

אף למודל עקרוני זה יש גרסה מרוככת יותר (registered opt-out), שלפיה שיגור דבר הדואר מותר, כל עוד הנמען לא צירף את כתובתו למרשם כתובות של אנשים המסרבים לקבל דואר זבל. מרשם זה יסייע בידי ספקי הגישה לאינטרנט בניטור ההודעות הנשלחות לנמען, על מנת למנוע ממנו לקבל הודעות זבל שאין הוא חפץ בהן.⁷¹

היתר גורף: משלוח של הודעות דואר זבל מותר לחלוטין, ומי שאינו מעוניין בהן יידרש לסנן את תיבת הדואר שלו, להסיר הודעות זבל בכוחות עצמו או להשתמש בתוכנות המאפשרות זאת.

⁶⁸ מצדדיו של מודל זה טוענים שמפיץ ההודעה הוא מונע הנזק הטוב ביותר, ובשל כך, מן הראוי להטיל עליו למנוע את נזקי דואר הזבל (ראו אצל שרף, **דואר זבל**, עמ' 475). מבקרי טוענים, שבהעדר ידיעה על תוכן הפרסום, מעמדה של ההסכמה לקבל את התוכן אינו חזק, ובשל כך יש לאפשר לנמען להיחשף לפרסום, ורק לאחר מכן לקבלת את ההסכמה או התנגדותו לקבלת הפרסום. טענה נוספת שנטענת נגד מודל זה היא, שהוא עלול לפגוע במפרסמים קטנים, ולגרום להיעלמותם של מוצרים מן השוק. לעניין זה ראו אצל מיכל אגמון-גונן, "האינטרנט כעיר מקלט! הסדרה משפטית לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת", בתוך: ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק, **משפט חברה ותרבות – רשת לאור אפשרויות העקיפה הטכנולוגיות וגלובליות הרשת** (תשע"א) 207, 229 (להלן: אגמון-גונן, הסדרה משפטית).

⁶⁹ גרסה זו קרובה ביותר למודל ה-Opt out, ודומה שההבדל היחיד בינה לבין מודל ה-Opt out קשור להגדרה החוקית של הפעם הראשונה. במודל ה-Opt out, הפעם הראשונה שבה מקבל הנמען את ההודעה אינה שונה מהותית מפעמים אחרות שבהן יקבלה. לכן, יש להניח שהוא לא ייחס חשיבות מיוחדת לתגובתו להודעה. לעומת זאת, במודל הסכמה משתמעת בפעם הראשונה, הנמען אמור להיות מודע לכך שהפעם הראשונה שבה הוא מקבל את הודעת דואר הזבל, תכריע האם הוא מעוניין להמשיך לקבל הודעות מסוג זה או לא. לכן, יש להניח שנמען שאינו מעוניין בכך, יבהיר בהזדמנות הראשונה, שאין הוא מעוניין לקבל הודעות נוספות מסוג זה.

⁷⁰ מבקרי של מודל הביטול בדיעבד (Opt out) טוענים שמשמעותו של מודל זה היא, שהנפגע נדרש להתגונן לאחר שכבר נפגע, במקום שהפוגע יימנע מן הפגיעה, מלכתחילה (דוקומן ואח', **דואר זבל** עמ' 46). כמו כן, נטען שהסרת הודעה אחת אינה מונעת משלוח של אלפי הודעות אחרות, ממפרסמים אחרים. בשל כך, המודל אינו יוצר חסינות מפני הטרדה והוא אף יוצר איום על המשתמש, משום שלחיצה על כפתור ההסרה עלולה לחשוף את כתובת הדואר האלקטרוני שלו, ואפילו לאפשר החדרת וירוס למחשב (שם, עמ' 45). טענה נוספת המועלת כנגד מודל זה היא, שהנמען לעולם אינו יכול לדעת אם אכן הוסר מרשימת התפוצה, כבקשתו, ולא אחת כתובת הדואר האלקטרוני שממנה נשלחה כביכול ההודעה היא פיקטיבית. בשל כך, בקשת ההסרה לעולם לא תגיע ליעדה (שם, עמ' 45-46).

⁷¹ תמיכה במודל זה הושמעה בדיון בנושא "בחירת הצורך בחקיקה בנושא הטיפול ב"דואר זבל" בוועדת המשנה לוועדת המדע והטכנולוגיה לנושא אינטרנט וטכנולוגיית מידע, פרוטוקול מס' 5, מן ה-23 בנובמבר 2004, מפי יגאל ברקת, מנהל שיווק מוצרים ושירותים בחברת ברק 013 ("אני תומך בגישה שאומרת שאנו צריכים לעשות רשימה שבה הנמענים שלא רוצים לקבל ירשמו את עצמם, וגוף שמעוניין לפרסם יצטרך לפנות לרשימה הזאת, ולבדוק"). מודל זה נותן מענה לחלק חלק מן הביקורות על מודל ה-Opt out הנזכרות בהערה הקודמת. אולם, יש הטוענים שאימוצו של מודל שכזה עלול להעניק לגיטימציה לעצם השליחה של דואר הזבל (שם). חמור מכך, יש הטוענים שמאגר מסוג זה ייצור רשימה מקיפה ומדויקת של כתובות דואר אלקטרוני פעילות. רשימה זו עלולה לסייע בידי מפיצי דואר זבל כדי לשלוח דואר זבל לכתובות הרשומות בו, ואף ליצור בעיות אבטחה קשות. מטעמים אלו התנגדה נציבות הסחר הפדרלית לשימוש במאגר שכזה בארצות הברית, כדי להילחם בתופעת דואר הזבל. ראו [Federal Trade Commission, National Do Not Email Registry: A Report to Congress](#), June 2004, pp. i-ii.

הבחירה בשיטת הסדר זה או אחר היא תוצר של האיזון הראוי בעיני המחוקק בין הערכים המתנגשים בסוגיית דואר הזבל, שעליהם עמדנו לעיל בהרחבה. המלצות כוח המשימה של ה-OECD שהוזכרו לעיל, עשויות לסייע בבחירה זו.

על פי המלצות אלו, חקיקה שנועדה להתמודד עם הפצת דואר זבל צריכה לשמר את יתרונות התקשורת האלקטרונית באמצעות הגברת האמון בתקשורת זו ויעילותה, לאסור את משלוח הודעות הזבל, ולקבוע בחוק סנקציות יעילות שיש בהן כדי להרתיע מפני משלוח הודעות זבל ולצמצם את כמות דואר הזבל, הן בשלב שליחת הדואר, הן בשלב של העברתו והן בשלב שלאחר הגעתו אל הצרכן.

כמו כן, הומלץ לשמור על ארבעה עקרונות בחקיקה:

- א. על החקיקה לספק מדיניות ברורה, מוצהרת ומודגשת, שתובהר כבר בתחילת דברי החקיקה;
- ב. על החקיקה להיות קצרה ופשוטה;
- ג. על החקיקה לייצר מנגנון אכיפה יעיל, הכולל סנקציות יעילות, אמות מידה מתאימות להוכחת ביצוע העבירה ומשאבים מתאימים, הדרושים לרשויות האכיפה כדי שיוכלו לאכוף את האיסור;
- ד. על החקיקה לתת את הדעת לקיומם של מנגנוני שיתוף פעולה בינלאומיים, המסייעים במלחמה במפיצי דואר הזבל.

ולבסוף, הומלץ על שימוש ברשימת תיוג המציינת את הנושאים שעל המחוקק לתת את הדעת עליהם, כדלהלן:

	הנושא	שיטת ההסדרה
היקף	השירות הרלבנטי	יש לבחור בין הסדרה ייחודית, המכוונת לאמצעי תקשורת מסוים (למשל: דואר אלקטרוני) להסדרה כללית, המנוסחת באופן המאפשר החלה על סוגים שונים של התקשרויות, ומאפשרת גמישות בהתאם להתפתחותם של אמצעי התקשורת.
	התוכן הרלבנטי	ניתן לשקול האם ההסדרה תעסוק בתוכן מסחרי בלבד, או שמא תעסוק גם בתכנים שאינם מסחריים (פוליטיים? דתיים?). כמו כן, ניתן להוציא במפורש תכנים מסוימים מתחולתו של החוק, אם המחוקק רואה ערך בהפצתם (למשל: תכנים המיועדים לקהילה המדעית וכדומה).
ההסכמה	ההסכמה	יש לבחון את סוג ההסכמה הנדרשת כדי להתיר את משלוח ההודעה (בהתאם לגישות העקרוניות שנסקרו בהרחבה לעיל).
דיוור לגיטימי	כתובת להסרת הרישום	יש לוודא שההודעה תכיל כתובת דואר אלקטרוני או דואר רגיל לגיטימית ומהימנה, שבאמצעותה ניתן יהיה להסיר את הרישום לקבלת דברי הדואר. כמו כן, יש לקיים מנגנון שיטיל סנקציה על מפיצי דואר שלא יספקו ללקוח כתובת כאמור, או על אלו שלא יחדלו מהפצת תכנים מבלי לספק כתובת המאפשרת את הסרת המשתמש מרשימת התפוצה של השולח, תוך תקופה מסוימת שתיקבע בחוק.

	מידע אודות המפיץ	יש לאסור שליחת הודעות המטעות בנוגע לזהות השולח או מסתירות את זהותו, ויש לדרוש גם חשיפה של הגורם התומך בהפצת דואר הזבל.
	מכסה	ניתן לקבוע מכסה של הודעות, ועל פיה לקבוע, שאין לשלוח הודעה אחת לנמענים רבים, מעבר למכסה שנקבעה, ובהתחשב בצרכי השוק במשלוח הודעות לנמענים רבים (למשל: משלוח של עיתונות מקוונת, למנויים רבים).
	תיוג	המחוקק רשאי לקבוע חובת תיוג להודעות, על פי סוג התוכן שבהן (למשל: תוכן פרסומי, פוליטי, וכדומה). ⁷²
אמצעי עזר	ענישת והמסייע המאשר	ראוי לקבוע סנקציות, לא רק למפיץ דואר הזבל, אלא גם למי שאישר את ההפצה, סייע לה או שהפיק רווח כלכלי ממנה.
	הסדרה טכנולוגית	ניתן להטיל סנקציות על מי שמוכר, משווק או משתמש בתוכנות לקצירת כתובות דואר אלקטרוני, המסייעות בהפצת דואר זבל. כמו כן, ניתן למנוע הפצת דואר זבל באמצעות תוכנות "צנזורה" העושות שימוש במידע המגיע מן המחשב כדי לקבוע את העדפותיו האישיות של המשתמש, ומונעות קבלתם של מסרים שאינם מתאימים להעדפות אלה. המחוקק יכול לחייב ספקי שירות לעשות שימוש בטכנולוגיות כאמור, להציע למשתמשים שימוש בטכנולוגיות כאמור, או לאסור פיתוח של טכנולוגיות שנועדו לפרוץ הגנות טכנולוגיות. ⁷³
פשיעה מקוונת	חדירה לחומר מחשב	יש לאסור חדירה בלתי מורשית לחומר מחשב, ולהטיל סנקציות מתאימות על מי שחודר לחומר מחשב על מנת להשתמש בו לשם הפצת דואר זבל.
	תוכן שקרי או מטעה	ניתן לקבוע הוראות המתמקדות בתוכן של ההודעה, בשני היבטים: א. איסור על הטעיה בכותרת, בכל הנוגע לתוכן ההודעה ואופייה; ו

⁷² לעניין זה ראו גם אצל **דרוקמן ואח'**, **דואר זבל** עמ' 45. מבקריה של חקיקה המבוססת על חובת תיוג טוענים שאין בכוחה של חובת התיוג למגר את התופעה של משלוח דואר זבל, והיא אף עלולה להחמירה. התיוג מקל אמנם על הצרכן באיתור דואר הזבל והסרתו, אך אין הוא מאפשר לספקי שירותי האינטרנט לסנן דואר זבל. כמו כן, נטען שאכיפה של חובת הסימון היא בעייתית, וניתן להעריך שמפרסמים קטנים, שקשה לאתרם ולזהותם לא יטרחו לסמן את ההודעה. עקב כך, הודעות זבל רבות יישארו בתיבת הדואר הנכנס של הצרכן, ולמעשה "יולבנו", בשל העובדה שהן לא סומנו ככאלה. להרחבה בעניין זה ראו בדוח של סוכנות המסחר הפדרלית (FTC) בארצות הברית, Federal Trade Commission, [Subject Line Labeling As a Weapon Against Spam: A CAN-SPAM Act Report to Congress](#), June 2005

⁷³ מיכל אגמון-גונן מסתייגת מהסדרה מסוג זה, לאור הניסיון האמריקני ליישמה, וקובעת ש"ההתפתחות הטכנולוגית מקדימה את ההתפתחות המשפטית; על כן, גם חקיקה המטפלת בטכנולוגיה ולא בהתנהגות המפרה עצמה צפויה לאותו גורל של קושי באכיפה... חקיקה כזו תעצור התפתחויות טכנולוגיות, שאמנם משמשות בחלקן להפרות, אך גם לשימושים ראויים" (**אגמון-גונן, הסדרה משפטית** עמ' 233).

ביקורות נוספות נגד הסדרה מסוג זה הן, שכל טכנולוגיה משקפת ערכים, ובשל כך, הסדרה טכנולוגית טומנת בחובה סכנה לפגיעת יתר בזכויות האזרח (שם, הערה 70).

		ב. איסור שנועד להשלים חקיקה העוסקת בהפצת מסרים מטעים (כגון: הגנת הצרכן).
	סכנות ואיומים	ניתן להתייחס בחקיקה גם להפצת איומים וסכנות למחשב (וירוסים, תוכנות ריגול וכדומה), אם כי, על פי רוב חקיקה בעניינים אלו תימצא בחוקים המתמקדים בשימוש במחשב, ולא בחוקים שתכליתם להילחם בהפצת דואר הזבל.
אמצעים בינלאומיים	שיפוט בינלאומי	על החקיקה להבהיר שהיא חלה על כל מסר שנשלח מתחומי המדינה, שהתקבל בתחומי המדינה או שהוא נתמך בידי גורם בתוך המדינה, שיש לו רווח כלכלי מהפצת המסר. כמו כן, יש להבטיח שרשויות האכיפה של המדינה יהיו מוסמכות לשתף פעולה עם רשויות אכיפה במדינות זרות במאבק בדואר הזבל.

3. חקיקה למניעת הפצה של דואר זבל בישראל

בשנת 2008 הוסף סעיף 30א לחוק התקשורת, התשמ"ב-1982 (להלן: חוק התקשורת), במסגרת תיקון מס' 40 לחוק.⁷⁴ במסגרת תיקון זה נאסר שיגור של "דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר, בלא קבלת הסכמה מפורשת מראש של הנמען, בכתב, לרבות בהודעה אלקטרונית או בשיחה מוקלטת".⁷⁵ להלן תובהר משמעות האיסור, סייגיו ותוצאות הפרתו.

3.1. משמעות האיסור

האיסור של שיגור דבר פרסומת באמצעות מיתקן בזק מבוסס על שלושה יסודות: **הפעולה** האסורה ("שיגור" של "הודעה אלקטרונית" ל"נמען"), **המסר שאין לשגר** ("דבר פרסומת"), ו**האמצעי** של הפרסום ("פקסימיליה, מערכת חיוג אוטומטי, הודעה אלקטרונית או הודעת מסר קצר"). יסודות אלו נדונו רבות בפסיקת בתי המשפט בישראל, בעיקר בערכאות הנמוכות, העוסקות בתביעות קטנות על יסוד הוראותיו של סעיף 30א לחוק התקשורת.

בנוגע ליסוד הראשון ("שיגור") עלתה השאלה, האם גם פעולה הגורמת לנמען ליצור קשר **מיוזמתו** עם המפרסם, נכנסת בגדר ה"שיגור". בפרשת חיות⁷⁶ נקבע בהקשר זה, שגם צלצול המנתק עצמו באופן מידי ("צלצול"), וגורם לאדם שקיבל את הצלצול לחזור אל המספר שעל הצג, הוא בגדר "שיגור" של דבר פרסומת.

שאלה חשובה נוספת שהתעוררה בפסיקה היא, האם האיסור חל רק על מי ששיגר **בפועל** את ההודעה, או גם על מי שהשיגור **נעשה עבורו** באמצעות חברת פרסום? **בפרשת סמארט קלב**⁷⁷ קבע בית המשפט המחוזי בלוד, שחברה המזמינה שירותי פרסום עברה על האיסור לשגר דואר זבל גם אם היא עצמה לא הייתה

⁷⁴ לרקע החקיקתי שהוביל לקבלתו של התיקון ראו אצל חי, **תורת המסר** עמ' 77-86.

⁷⁵ לפני תיקון זה, היה מי שטען שניתן לראות במשלוח דואר זבל עבירה לפי סעיף 30 לחוק התקשורת, הקובע ש"המשתמש במיתקן בזק באופן שיש בו כדי לפגוע, להפחיד, להטריד, ליצור חרדה או להרגיז שלא כדין, דינו - מאסר שלוש שנים" (חיים רביה, "דואר זבל" law.co.il (1.3.99) אולם, בתי המשפט דחו פרשנות זו. ראו למשל: ע"פ (ת"א) 70868/00 מדינת ישראל נ' ברוך, תק-מח 2002(2), 1269; תא"מ 10-60-13151 **תמיר נ' מפלגת העבודה** (פורסם בינבוי, סעיף 16 לפסק הדין).

⁷⁶ תא (ת"א) 1586/09 **אילת חיות נ' טלרן מסרים מיידיים בע"מ** (פורסם בינבוי) להלן: פרשת חיות. וראו גם ת"ק (ת"א) 20453-03-11 **עו"ד אסף לוטן נ' לוק טק תקשורת בע"מ** (פורסם בינבוי), פסקה 4 לפסק הדין של השופט הימן.

⁷⁷ ת"צ 39234-09-12 **בתיא כהן ואח' נ' סמארט קלאב ואח'** (פורסם בינבוי).

שותפה פעילה בהפצת הדואר, ולא עומדת לה הגנת סעיף 15 לפקודת הנזיקין, לפיה מי שהתקשר עם קבלן עצמאי לא יישא באחריות לעוולות שבוצעו על-ידו, אף שדרשה מן הקבלן שלא לפעול בניגוד לחוק.

על פסק דין זה הוגש ערעור לבית המשפט העליון.⁷⁸ הערעור התקבל, ונקבע שלא ניתן להטיל אחריות אזרחית מכוח סעיף 30 לחוק התקשורת, על מי שלא ביצע בעצמו את פעולת השיגור, אלא אם יוכח שהמשגר פעל כשלוחו או כעובדו של האדם שדברי הפרסומת שוגרו בעבורו.⁷⁹

אמנם, בית המשפט העליון קיבל את הטענה, שגם אם המשגר פעל כקבלן עצמאי, ניתן יהיה להטיל על המזמין אחריות בנזיקין, בהתקיים החריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין, הקובע שניתן יהיה לראות את המזמין כמבצע העוולה, אם יוכח ש"הוא הרשה או אשרר את המעשה שגרם לפגיעה או לנזק".⁸⁰

פסיקה זו אפשרה לבתי עסק לפרסם את מוצריהם באמצעות משלוח של הודעות דואר זבל בעקיפין, על ידי צד שלישי שאיננו שליח או עובד של בית העסק, ומבלי לאשרר את המעשה בצורה מפורשת או באמצעות הסכמה שבשתיקה. פרצה זו נחסמה במסגרת תיקון מס' 63 לחוק התקשורת, הקובע שהמפרסם הוא גם מי ש"תוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו".

אף גדרה של "הודעה אלקטרונית" אינו ברור. בפרשת גוגל נדונה השאלה, האם גם תיבת קישור בולטת ("באנר"), המזמינה את הלוחץ עליה להצטרף לשירותים הניתנים בתשלום היא "הודעה אלקטרונית", ונפסק שבאנר אינו "הודעה אלקטרונית".⁸¹ אולם, יש שפסקו שגם באנר בא בגדרה של "הודעה אלקטרונית".⁸²

החוק אינו מבחיר מיהו המשגר ומיהו ה"נמען" ששיגור ההודעה אליו נתפס בגדרו של האיסור, אולם יש הסבורים שנוסח החוק ותכליתו מחייבים את המסקנה שהמשגר והנמען יכולים להיות בני אדם או תאגידים.⁸³

⁷⁸ רע"א 7608/16 סמארט קלאב אחזקות ואח', נ' בתיה כהן ואח' (פורסם בינבו).

⁷⁹ לא למותר לציין, שברמה העובדתית, בית המשפט המחוזי קבע שישנה אפשרות סבירה שייקבע שהמפרסם פעל כשלוחו של המזמין, אך בית המשפט העליון דחה מסקנה זו והכריע שבין הצדדים התקיימו יחסים של "מזמין" ו"קבלן עצמאי" בלבד.

⁸⁰ למעשה, נקבע שלא התקיים דיון עובדתי בשאלה, האם התקיים החריג שבסעיף 15(3) לפקודת הנזיקין, ובשל כך הוחזר עניין זה לבירור בבית המשפט המחוזי. וראו גם: רע"א 2059/16 א.א. קליניקות כרמל בע"מ נ' מור כהן (פורסם בינבו) ("ככלל אין לראות בהסכמה שבשתיקה משום הרשאה או אשרור לעניין סעיף 15(3) לפקודה... עם זאת, בעבר היו מקרים שבהם נכון היה בית המשפט לראות בהסכמה שבשתיקה משום היתר לביצוע עוולה וזאת בהתקיים נסיבות מיוחדות שהצדיקו הטלת אחריות מוגברת על המזמין"); תק (כ"ס) 2809-05-16 אלון פנחס נ' טוטוקרד 5 בע"מ (פורסם בינבו); תק (קריית) 23742-11-14 דוד חונדיא ואח' נ' אור הקסם בע"מ (פורסם בינבו).

במאמר מוסגר יש להעיר, שבשעה שניתן פסק הדין בפרשת סמארט קלאב, נכנס כבר תיקון מס' 63 לחוק התקשורת לתוקפו. תיקון זה מרחיב את הגדרת ה"מפרסם" גם למי ש"תוכנו של דבר הפרסומת עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו". תיקון זה לא הוזכר בפסק הדין, משום שהערעור עסק בפסיקת בית המשפט המחוזי, שניתנה חודשים אחדים לפני שחוק תיקון מס' 63 לחוק התקשורת.

⁸¹ תצ (מרכז) 1862-11-12 יוסף טויסטר נ' Google Inc (פורסם בינבו). לא למותר להביא את נימוקו של השופט גרוסקופף להכרעה זו: "אם נפרש את יסודות ההגדרה כפשוטם... הדבר עלול להביא לקריסתם של חלק משמעותי מהמודלים העסקיים הקיימים כיום באינטרנט, המבוססים על הכנסות מפרסום מסוג זה (או לחילופין להפיכת ההסדר בעניין דואר זבל, או דרישת ההסכמה שבו, לפלסטר)... איש מאתנו אינו מעוניין "לשפוך את המים עם התינוק", במיוחד לא כשהתינוק הוא כבר היום "ילד הזהב" של הכלכלה הישראלית והעולמית".

⁸² ראו תק (י-ם) 23824-10-12 חיים-שי מימוני נ' קופת חולים כללית בע"מ (פורסם בינבו).

⁸³ דן חי, תורת המסר עמ' 190-191. בעניין חזני יצר השופט גזית הבחנה מעניינת, בין "אזרח פשוט" ל"כלכלן, מנהל אינטרנט ובקי ברזי המרשתת" (ת"ק (ת"א) 55492-08-10 אילן חזני נ' גו 443 בע"מ ואח' (פורסם בינבו). לדבריו, נמען מן הסוג האחרון "אינו נפגע שהחוק בא להגנתו אלא יום הרואה בחוק אפשרות להתעשר על חשבון שולח ההודעות", וביחוד כאשר מן הנסיבות נראה ש"התביעה הוגשה כפלטפורמה להגשת תובענה ייצוגית". בנסיבות אלו, הסיק השופט גזית שקבלת דברי הדואר אינה מטרידה או פוגעת בנוחות הנמען, "הרואה בכל מייל שזכה כמוצא שלל רב, שומר אותו וממתין לנוספים על מנת להכין את התביעה המתאימה". על הבחנה זו העיר דן חי, שאין לה כל תימוכין בחוק התקשורת, "יוספק רב בדבר תקפותה" (חי, תורת המסר עמ' 193).

לגישה שונה, הבוחנת את גובה הפיצוי שיינתן בהתאם למידת תום לבו של התובע, ראו בת"ק (הרצליה) 33712-09-11 גלסברג נ' גרנד אדוונס סוכנות יבוא, ייצוא ושיווק בע"מ (פורסם בינבו).

להשלמת התמונה יצוין שבפסק הדין של בית המשפט הפדרלי לערעורים בעניין Gordon (להלן, הערה 128), נדונה תביעה שהגיש אדם שהקים עסק של ממש מהגשת תביעות נגד מפציצי דואר זבל. התביעה נדחתה בסופו של דבר על יסוד פרשנות ההוראות שבחוק ה-CAN SPAM שבו יורחב להלן, השוללות את זכות התביעה ממי שאיננו ספק שירותי גישה

בנוגע ליסוד השני של העוולה ("דבר פרסומת") נקבע ש"דבר פרסומת" הוא "מסר המופץ באופן מסחרי, שמטרתו לעודד רכישת מוצר או שירות או לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת". הגדרה זו שוכללה לאחרונה במסגרת תיקון מס' 63 לחוק התקשורת, המוסיף להגדרה האמורה גם "מסר המופץ לציבור הרחב שמטרתו בקשת תרומה"⁸⁴ או תעמולה". הביטוי "תעמולה" הוגדר כ"הפצת רעיונות לשם השפעה על עמדות או על התנהגויות, למעט אם יש בה מסר פוליטי"⁸⁵ ובכלל זה תעמולת בחירות", ובנוגע ל"תרומה" נקבע, שאין הביטוי כולל תרומה "לשם התמודדות בבחירות מקדימות... בבחירות לכנסת ובבחירות לראש רשות מקומית או לרשימת מועמדים ברשות מקומית".

גדרו של "דבר פרסומת" שימש כר נרחב לדיונים בבתי המשפט, שמהם עולה שהגבול בין פרסום אסור לפרסום מותר אינו חד. כך למשל, נקבע שהודעות שנשלחות לבוגרי מוסד אקדמי, ובהן מידע אודות קיומם של כנסים, אירועים ומפגשים של מועדון יזמות ועסקים, אינן בגדר "דבר פרסומת"⁸⁶, כל עוד המידע לא יכיל הזמנה מפורשת להירשם לקורסים.⁸⁷

משלוח הודעה המפרטת זכויות המגיעות ללקוח מחברה שהוא קשור אליה אינן בגדר "דבר פרסומת", גם אם להודעות אלו יש מטרה שיווקית מובהקת – למנוע את עזיבת הנמען לטובת חברות אחרות, המציעות שירותים דומים.⁸⁸

לעומת זאת, הודעה שתכליתה ליידע את הנמען על זכותו לקבל מהשולח הטבה, נחשבת כ"דבר פרסומת", אם תכליתה לעודד את הנמען לרכוש מוצרים מהשולח.⁸⁹

הזמנה להצטרף למועדון לקוחות נתפסה כ"דבר פרסומת", אף שההזמנה כשלעצמה אינה מציעה מכירה של מוצר או שירות מסוים,⁹⁰ ואפילו הענקת מתנות נתפסה כ"דבר פרסומת" כאשר ברור שהדבר נעשה לא ממניעים אלטרואיסטיים, אלא לשם משיכת לקוחות.⁹¹

הודעות המכילות מידע על ביצועי חברה אף הן הוגדרו כ"דבר פרסומת", משום שתכליתן לעודד את הנמען

לאינטרנט, ולא על יסוד שיקולים הנוגעים לתכלית החקיקה.

⁸⁴ זו הייתה הפרשנות המקובלת גם על בתי המשפט לתביעות קטנות, ראו ת"ק 50990-06-15 **חרש נ' העמותה לעתיד טבעוני** (פורסם ב'נבו'); ת"ק 54943-10-13 **רובינס נ' עמותת תנו לחיות לחיות** (פורסם ב'נבו), אך השוו לתא"מ 15137-06-16 **תמיר נ' מפלגת העבודה** (פורסם ב'נבו), באמרת אגב שבפסקה 11 ("מסופקני אם עד לתיקוניו של חוק התקשורת בתיקון 63 בשנת 2016, הפרשנות המתחייבת הייתה של מתיחת גבולותיו של "דבר פרסומת" גם על מסרים הבאים ממוסדות הפועלים למטרות חברתיות ושלא למטרות רווח").

⁸⁵ למעשה, זו הייתה הפרשנות המקובלת בבתי המשפט לתביעות קטנות גם לפני תיקון מס' 63 לחוק התקשורת. ראו לעניין זה: ת"ק 544-06-09 **כהן נ' מפלגת קדימה** (פורסם ב'נבו); 20453-03-11 **עו"ד לוטן נ' לוג טק תקשורת בע"מ** (פורסם ב'נבו); תא"מ 15137-06-16 **תמיר נ' מפלגת העבודה** (פורסם ב'נבו).

⁸⁶ רתק (חי') 42578-11-16 **יונתן בן-עמי נ' האוניברסיטה הפתוחה - הלשכה המשפטית** (פורסם ב'נבו).

⁸⁷ ת"ק (ת"א) 36975-03-10 **גיא מור נ' אוניברסיטת תל אביב** (פורסם ב'נבו).

⁸⁸ ראו למשל: ת"ק (ת"א) 14624-02-16 **בן עמי נ' שירותי בריאות כללית** (פורסם ב'נבו); רתק (ת"א) 56184-09-16 **לאומית שירותי בריאות נ' שלומי בן עטר** (פורסם ב'נבו).

⁸⁹ ת"ק (ת"א) 17552-06-09 **גל מדובר נ' הוט מערכות תקשורת בע"מ** (פורסם ב'נבו); ת"ק (כפ"ס) 35347-01-11 **יצחק קימלדורפר נ' הוט מערכות תקשורת בע"מ** (פורסם ב'נבו).

⁹⁰ תק (ראשל"צ) 21053-10-14 **מזל גבירצמן נ' אלבר ציי רכב (ר.צ.) בע"מ** (פורסם ב'נבו).

⁹¹ ת"ק (הרצליה) 53483-05-14 **שלו נ' אלבר ציי רכב (ר.צ.) בע"מ** (פורסם ב'נבו): "די נהיר, כי גם הצעות לתת מתנה... מהוות פרסומת. ברי כי הדבר נעשה על מנת למשוך את קוראי ההודעות ומקבלי ה"מתנות" לרכוש את שירותי הנתבעת וזאת לשם קידום עסקיה ומטרותיה, שהן כמובן מטרות רווחיות. ברי לכל, כי הנתבעת אינה מחלקת מתנות מתוך נדיבות לב גרידא, ומצג המתנה נועד להסוות את המטרה האמיתית שלה שהיא חשיפת מקבל המתנה לדבר פרסומת". וראו גם ת"ק (שלום ת"א) 20453-03-11 **לוטן נ' לוג טק תקשורת בע"מ** (פורסם ב'נבו), שם הודגש המרכיב האחרון של יסודות העוולה: מסר שמטרתו "לעודד הוצאת כספים בדרך אחרת", והודגש ש"במרכיב אחרון זה נמנע המחוקק במתכוון מהצרת גבולותיה של ההגדרה. אדרבה, הוא הרחיבה כך שתקיף סוגים שונים של ביטויים, שהמשותף להם הוא כי בעקבותיהם ידורבן הנמען, בכל דרך שהיא, לשלם". בפרשת חיות נפסק, שגם הצעה להשתתף בחידון נושא פרסים עשויה להיחשב כ"דבר פרסומת", אם תכליתה של הצעה זו היא להשיג את פרטיו של הנמען, כדי שניתן יהיה לשלוח אליו דברי פרסומת.

גם הודעות שנשלחו על ידי חברה עירונית לפיתוח, ובהן מידע על אירועים, על פעילויות, ברכות לחג וכדומה, כחלק מחיזוק הקשר עם התושבים, נתפסו כ"דבר פרסומי", בשל המטרה המסחרית הנסתרת של החברה.⁹³ לעיתים מבקש השולח להסוות את אופייה הפרסומי של ההודעה בדרכים שונות. כך למשל, בעניין חזני⁹⁴ נפסק, שהזמנה ל"סיעור מוחות" עשויה להיחשב כ"דבר פרסומי", כאשר סיעור המוחות נועד לאפשר לנציגי המזמין להציע בפני המשתתפים הצעה עסקית.

בתי המשפט אף ראו בהודעות שבהן פורטו הצעות שנשלחו לאדם שביטל את המינוי שלו לאתר היכרויות בגדר "דבר פרסומי", משום שצפייה בהצעות דרשה את חידוש המינוי לאתר.⁹⁵

3.2. סייגים

המחוקק הישראלי אימץ בהסדרה את מודל ה-Opt in, כשקבע ששיגור דבר הפרסומי לא ייחשב כעוולה, אם התקבלה מראש הסכמת הנמען לכך, בכתב.⁹⁶ הסכמה שכזו יכול שתהיה ספציפית, לגבי הודעה מסוימת, או כללית, לגבי סוג מסוים של הודעות שמבקש השולח להעביר מעת לעת לנמען.⁹⁷

אולם, גם לכלל זה נקבעו חריגים. הראשון שבהם הוא החריג שנקבע בסעיף 30א(ב1), ולפיו, כאשר משלוח דבר פרסומי באמצעות דואר אלקטרוני נועד "לשם קבלת תרומה או תעמולה על ידי מפרסם שהוא עמותה או חברה לתועלת הציבור", די בכך שהנמען לא הודיע על סירובו לקבל את דבר הפרסומי (Opt out) על מנת לפטור את השולח מאחריות.

חריג נוסף נקבע בסעיף 30א(ג), ולפיו, אף אם לא התקבלה הסכמת הנמען לקבל את המסר, השולח לא יישא באחריות אם התקיימו כל התנאים הבאים –

1. הנמען מסר את פרטיו למפרסם במהלך רכישה של מוצר או שירות, או במהלך משא ומתן לרכישה כאמור, והמפרסם הודיע לו כי הפרטים שמסר ישמשו לצורך משלוח דבר פרסומי מטעמו...⁹⁸
2. המפרסם נתן לנמען הזדמנות להודיע לו כי הוא מסרב לקבל דברי פרסומי כאמור, דרך כלל או מסוג מסוים, והנמען לא עשה כן;⁹⁹

⁹² ת"ק (חדרה) 18837-05-09 אלסלאם נ' איפקס מט"ח בע"מ (פורסם ב'נבו').

⁹³ תק (י-ם) 30270-06-16 איתי בן חיים נ' החברה לפיתוח גני תקוה בע"מ. בהקשר זה מציינת הרשמת אפרת רחלי מאירי מרקוביץ, שגם אם ההודעות נשלחו לשם השגת מטרות מעורבות: חיזוק הקשר עם התושבים וקידום עניינה המסחרי של החברה, מתגבשת העוולה לפי סעיף 30א לחוק התקשורת, בשל ההיבט המסחרי של ההודעה. וראו גם: תק (רמ') 30282-04-15 יראה מן בראונר נ' טבסקו החזקות בע"מ (פורסם ב'נבו'); ת"ק (פ"ת) 11126-10-09 רוני שמעוני ואח' נ' עיריית פתח תקווה (פורסם ב'נבו'), פסקה 14 של פסק הדין.

⁹⁴ תא"מ (פ"ת) 12641-08-09 עו"ד אילן חזני נ' דניאלה רופא ואח' (פורסם ב'נבו'). לא למותר לציין, שבמקרה זה, השופטת מימון-שעשוע לא התרשמה מן הכיתוב המפורש על גבי ההודעה, שלפיו המסר איננו מסר פרסומי, משום שמצאה שכיתוב זה "אינו אלא עלה תאנה שאין בו כדי להסוות או לטשטש את תוכנו ואופיו הפרסומי של המייל".

⁹⁵ ראו: ת"ק (רחובות) 13729-11-09 אלון קורן מידן נ' גולבל נטוורקס אי.סי.איי בע"מ (פורסם ב'נבו'), פסקה 4א; ת"ק (ת"א) 14311-01-10 מרדכי איכנברנר נ' תקשורת מקוונת דיגיטלית בע"מ (פורסם ב'נבו'); ת"ק (הרצליה) 13388-12-10 עדי בר לבני נ' ספארק נטוורקס ישראל בע"מ ואח' (פורסם ב'נבו').

⁹⁶ נטל ההוכחה לעניין זה מוטל על שולח דבר הדואר. ראו תק (ראשל"צ) 2039-10-13 ערן קלישר נ' לייבל 36 חנות בגדים (פורסם ב'נבו').

⁹⁷ ראו: ת"ק (חיפה) 4749-0-11 חן נ' כרטיסי אשראי לישראל בע"מ (פורסם באתר 'פסק דין'); ת"ק (י-ם) 1529-10 ויקטור קוניצקי נ' חברת אורנג' (פורסם ב'נבו'), סעיף 20 לפסק הדין.

⁹⁸ לדיון רחב בתנאי זה ראו אצל חי, תורת המסר עמ' 210-212.

⁹⁹ אולם, הפרוצדורה המוצעת להסרה מרשימת הדיוור חייבת להיות פשוטה, ולא מכבידה. לעניין זה ראו בתצ (ת"א) 29751-07-14 רונן לפיד נ' סלקום ישראל בע"מ. לדיון רחב בתנאי זה ראו אצל חי, תורת המסר עמ' 212-213.

3. דבר הפרסומת מתייחס למוצר או לשירות מסוג דומה למוצר או לשירות האמורים בפסקה 1.¹⁰⁰

הסכמה לקבל דבר פרסומת או הסכמה משתמעת בהתאם לתנאים הקבועים בסעיף 30א(ג) לחוק ניתנת לביטול באמצעות הודעת סירוב שתשלח למפרסם, שתינתן "בכתב או בדרך שבה שוגר דבר הפרסומת, לפי בחירת הנמען".¹⁰¹

על רקע זה ניתן לסכם, שבנוגע לדברי פרסומת המחוקק הישראלי אימץ מודל Opt in מרוכך, המכיר גם בהסכמה משתמעת ככזו המשחררת את מפיץ דבר הדואר מאחריות לביצוע העוולה, בעוד שבנוגע לדברי תעמולה ותרומות אימץ מודל של Opt out, שהוא ידידותי יותר עבור מפיץ דבר הדואר.

סייג נוסף שנקבע בחוק קובע ש"פנייה חד-פעמית מטעם מפרסם לנמען שהוא בית עסק... המהווה הצעה להסכים לקבל דברי פרסומת מטעמו", אינה נכנסת בגדרה של העוולה.

3.3. אכיפה

האכיפה נעשית באמצעות קנס פלילי "כאמור בסעיף 61א(4) לחוק העונשין",¹⁰² ובאמצעות אכיפה פרטית באמצעות הגשת תביעה אזרחית או צו בענה ייצוגית,¹⁰³ "בסכום שלא יעלה על 1,000 שקלים חדשים בשל כל דבר פרסומת".¹⁰⁴ במידה ושיגור דבר הפרסומת נעשה ביוזעין בניגוד להוראות החוק, בית המשפט מוסמך גם לפסוק פיצויים לדוגמא, העולים על סכום זה.¹⁰⁵ למעשה, האכיפה הפרטית הייתה לכלי המרכזי באכיפת האיסור להפיץ דואר זבל.¹⁰⁶

במסגרת השיקולים להפחתת סכום הפיצוי, בית המשפט רשאי להתחשב בכך שהמפרסם הורשע והוטל עליו קנס בשל פרסום דבר הדואר,¹⁰⁷ ובשיקולים הנוגעים ל"אכיפת החוק והרתעה מפני הפרתו", ל"עידוד הנמען למימוש זכויותיו"¹⁰⁸ ול"היקף ההפרה".¹⁰⁹

על פי הפסיקה, מתן אפשרות להסרה מרשימת התפוצה, כשלעצמה, אינה מחייבת את הקטנת הפיצוי, אך

¹⁰⁰ לדיון רחב בתנאי זה, ראו אצל חי, **תורת המסר** עמ' 213-215.

¹⁰¹ סעיף 30א(ד) לחוק התקשורת. הרחבה בעניינה של הודעת הסירוב ראו אצל חי, **תורת המסר** עמ' 215-220. לא למותר לציין, שבימים אלו מונחת על שולחנה של ועדת הכלכלה של הכנסת הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון מס' 65) (סיום התקשרות בעסקה מתמשכת או ביטולה כמתן הודעת סירוב), התשע"ז-2017, שמוזגה לאחרונה עם הצעת חוק התקשורת (בזק ושידורים) (תיקון - הודעת התנתקות משירות כהודעת סירוב לקבל פרסומות), התשע"ד-2014 שיזמה חברת הכנסת שולי מועלם-רפאלי יחד עם מספר חברי כנסת. הצעה זו, שעברה בקריאה ראשונה, מבקשת לקבוע שגם "בקשה או הודעה של הנמען להפסיק לקבל שירות שרכש מהמפרסם" תחשב כ"הודעת סירוב" לעניינו של סעיף 30א(ד) לחוק התקשורת.

¹⁰² שם, סעיף 30א(ו). להרחבה בעניין זה ראו אצל חי, **תורת המסר** עמ' 29-35.

¹⁰³ לעניין של תובענות ייצוגיות כנגד מפיצי דואר זבל ראו אצל חי, **תורת המסר** עמ' 259-263.

¹⁰⁴ שם, סעיף 30א(י). וראו שם, סעיפים 30א(ט) ו-30א(י), שהפצת דואר הזבל יכולה להיות גם עוולה אזרחית, שהנמען יכול לתבוע פיצוי בגינה, בסכום העולה על הסכום המרבי האמור. בהקשר זה חשוב להעיר, שגם כאשר ניתן להוכיח את ערכו הממשי של הנזק, אין בכך כדי לשלול מן הניזוק את הזכות לתבוע את הפיצוי הסטטוטורי בתחילתו של ההליך (ת"א 2117-07 **גאמידה מדאקויפ בע"מ נ' Fisher Scientific Company L.L.C** (פורסם בינבוי). לשיקולים בדבר גובהו של הפיצוי הסטטוטורי ראו אצל חי, **תורת המסר** עמ' 254-256.

¹⁰⁵ סעיף 30א(י1). לפירוט בעניין זה ראו אצל חי, **תורת המסר** עמ' 244-254.

¹⁰⁶ ראו אצל חי, **תורת המסר** עמ' 237.

¹⁰⁷ שם, סעיף 30א(י2).

¹⁰⁸ אבל ראו בתאם (ת"א 2524-08-12 **דורון תמיר נ' ישר - אובז נכסים ואחזקות בע"מ** (פורסם בינבוי), שם נדחתה ברובה התביעה, משהוכח שהתובע נוהג להגיש תביעות משפטיות רבות בגין משלוח דואר זבל וזאת באופן שיטתי, דבר המלמד שהוא מבקש להפוך את קבלת "דואר הזבל" במחשבו למקור הכנסה רווחי. פסיקה זו של השופט אלקלעי מבית משפט השלום בתל אביב ניתנה לפני שנחקק תיקון מס' 63 לחוק התקשורת, ולא ברור אם היא נכונה גם לאחר שנחקק תיקון זה, הקובע מפורשות שבקביעת גובה הפיצוי שיוטל על השולח יש להתחשב גם ב"עידוד הנמען למימוש זכויותיו".

¹⁰⁹ שם, סעיף 30א(י3).

בית המשפט רשאי להתחשב בכך בבואו להכריע בדבר גובה הפיצוי הראוי.¹¹⁰

3.4. דרישות נוספות

במסגרת תיקון מס' 40 לחוק התקשורת נקבעו גם דרישות נוספות, המוטלות על מי שמשגר דבר פרסומת אף כאשר החוק אינו אוסר את עצם השיגור (סעיף 30א(ה)(1)). דרישות אלו הן: חובה להדגיש בכותרת ההודעה שההודעה היא פרסומת; חובה לציין את שמו של המפרסם, כתובתו ודרכי יצירת הקשר עמו; חובה להדגיש בפני הנמען את זכותו לסרב לקבל הודעות נוספות, וקיום מנגנון פשוט המאפשר זאת.¹¹¹

חובות אלו צומצמו בכל הנוגע להודעת מסר קצר (sms), שבעניינה נקבע שדי יהיה בכך שהמפרסם יציין בפרסומת את שמו ואת דרכי יצירת הקשר עמו (סעיף 30א(ה)(2)).¹¹²

4. הסדרה עצמית

4.1. כללי

בעיני רבים, הפתרון הראוי להסדרת הפעילות ברשת האינטרנט הוא ההסדרה העצמית, המוציאה את ההסדרה מרשויות השלטון ומעבירה אותה לידיהם של מפעילי האתרים וספקי התשתית לרשת האינטרנט.¹¹³ הסדרה שכזו יכולה לבוא לידי ביטוי, למשל, בפיתוחן של מחלקות Abuse, המאפשרות למשתמשים להגיש לספקיות שירותי הגישה לאינטרנט תלונה על שימוש ברשת לרעה. אם התלונה מתבררת כנכונה, הספקיות יוכלו לחסום את הרשת בפני מי שעשה שימוש בה לרעה, להסיר תכנים שהעלה וכדומה.¹¹⁴

המצדדים בהסדרה העצמית טוענים שהסדרה שכזו משקפת את הערך הליבראלי של הסכמת הנמשל לממשל ואת הערך של עצמאות הקהילה.¹¹⁵ ביסודה של השקפה זו עומדת התפיסה שלפיה המרחב הווירטואלי הינו מרחב עצמאי המנותק מן המרחב הממשי מבחינה פיזית, תרבותית ומשפטית, ובשל כך, מן הראוי שיחולו עליו הסדרים עצמאיים שהינם פרי של הסכמת החברים בקהילה הווירטואלית.¹¹⁶

עוד נטען, שההסדרה העצמית מאפשרת גמישות וערנות לשינויים טכנולוגיים, חברתיים או כלכליים, שעשויים להשפיע על דמותו של ההסדר. יתרון זה מועצם לנוכח העובדה שההסדר נקבע על ידי אנשי מקצוע שערכותם לשינויים טכנולוגיים ולהשפעותיו של ההסדר על השימוש ברשת גבוהה מזו של מחוקקים או שופטים.¹¹⁷

מלומדים מאסכולת הכלכלה והמשפט אף טוענים, שההסדרה העצמית יעילה מהסדרה מדינתית, משום שכל הסדר שקובעת המדינה משפיע על מדינות אחרות. הסדר המשפיע על צדדים שלישיים, שלהם אין חלק בעיצובו, יוצר החצנה לא רצויה הפוגעת ברווחה המצרפית שניתן להפיק ממנו. לעומת זאת, הסדר שמבוסס על הסדרה עצמית מקטין את ההחצנה, משום שכל הקהילה הווירטואלית שותפה בעיצובו, ובכך

¹¹⁰ ראו למשל: רע"א 1954/14 אילן חזני נ' שמעון הנגבי (פורסם בינבוי); רע"א 2904/14 זיו גלסברג נ' קלאב רמון בע"מ (פורסם בינבוי); תק (ת"א) 20453-03-11 עו"ד אסף לוטן נ' לוג טק תקשורת בע"מ (פורסם בינבוי); תק (ת"א) 55572-04-15 עו"ד תום שניף נ' קיי.אס.פי מחשבים בע"מ (פורסם בינבוי).

¹¹¹ להרחבה בעניינם של תנאים אלו ראו אצל חי, תורת המסר עמ' 226-221.

¹¹² להרחבה בעניין זה ראו אצל חי, תורת המסר עמ' 227-226.

¹¹³ להגדרה מפורטת של מודל זה ואופיו, ראו מיכאל בירנהק, [הסדרה עצמית, מסמך עקרונות](#).

¹¹⁴ ראו אצל דרוקמן ואח', דואר זבל, עמ' 23.

¹¹⁵ ראו רפעת עזאם, "על הצעת חוק מסחר אלקטרוני ומודל ההתאמה האינטגרטיבי להסדרתו ולמיסויו של המסחר האלקטרוני" משפט ועסקים יג, התש"ע (ספטמבר 2010), 191, עמ' 217-219 להלן: עזאם, מסחר אלקטרוני.

¹¹⁶ עזאם, מסחר אלקטרוני, שם. מנגד, מיכל אגמון-גונן טוענת, שמאחר שההסדרה העצמית אינה מבוססת על רצון נבחרת העם, היא אינה זוכה לגיטימיות שיש להסדרה הציבורית (אגמון-גונן, הסדרה משפטית עמ' 229, הערה 70).

¹¹⁷ ראו עזאם, מסחר אלקטרוני, עמ' 217; בירנהק, הסדרה עצמית, פרק א, סעיף 7, ופרק ב סעיף 4.

מעצים את הרווחה המצרפית שניתן להפיק ממנו.¹¹⁸

ולבסוף, ברמה הפוליטית, יש הטוענים ש"ההסדרה העצמית נמנעת מכשלים המאפיינים הליכי חקיקה במדינות דמוקרטיות כמו השפעות של קבוצות אינטרסים, פשרות פוליטיות וכדומה".¹¹⁹

ואולם, בצד של יתרונות אלה יש להסדרה העצמית חסרונות לא מבוטלים. היא עלולה "להיות אמצעי כוח נוסף בידי גורמים חזקים במגזר הפעילות הרלוונטי לנסות ולכפות את עמדתם ואת האינטרסים שלהם, תוך התעלמות או רמיסה של אינטרסים וזכויות של המיעוט או של גורמים חלשים".¹²⁰

האפקטיביות של ההסדרה העצמית מותנית בהסכמה מלאה של כל ה"שחקנים",¹²¹ וקשה להעריך את הזמן שיידרש עד להשגת הסדרה מלאה של הנושא, ובזמן שיחלוף עד להסדרה המלאה, עלולים גולשים רבים להיפגע. כל עוד לא הושגה הסכמה שכזו, קשה לטעון שהמאמצים לייצר הסדרה עצמית מייתרים את הצורך בהסדרה ציבורית.¹²²

4.2. הסדרה עצמית משולבת בהסדרה ציבורית

בשל חולשותיה של ההסדרה העצמית וחולשותיה של ההסדרה הציבורית, ממליצה אגמון-גונן על מודל של הסדרה עצמית המשולבת בהסדרה ציבורית, המספקת לה תמיכה ותמריצים.

מודל זה מקובל בארה"ב, בנוגע להסדרת האכיפה של דיני זכויות היוצרים ברשת האינטרנט. במקום ליצור משטר של פיקוח ואכיפה בחוק, קבע המחוקק שספקי שירות אשר ייטלו חלק בפעולות אכיפה ומניעה של הפרת זכויות יוצרים ברשת האינטרנט יזכו ל"חוף מבטחים" (Safe Harbor) שיעניק להם חסינות מפני אחריות להפרת זכויות יוצרים ברשת.¹²³ מאחר שהספקים יבקשו להגיע אל חוף המבטחים, יש להניח שהם לא יתעצלו לנקוט אמצעי פיקוח ואכיפה אשר יובילום אל חוף זה.

חסרונו הבולט של מודל זה הוא, שהניסיון מלמד שלעיתים, על מנת להגיע אל חוף המבטחים יאמצו ספקי השירות הסדרים בלתי מידתיים אשר יפגעו באינטרס הציבורי,¹²⁴ או שיימנעו מלפקח על התכנים העוברים דרכם, כדי שלא ייתפסו כמעורבים במעשי העוולה, ולא תוטל עליהם אחריות למעשים אלו.¹²⁵

¹¹⁸ ראו בהרחבה, עזאם, מסחר אלקטרוני, עמ' 221-223; בירנהק, הסדרה עצמית, פרק א, סעיף 6.

¹¹⁹ ראו בירנהק, הסדרה עצמית, שם.

¹²⁰ בירנהק, הסדרה עצמית, פרק ג, סעיף 2; בהקשר זה ראוי להביא גם את דעתה של ד"ר קרן ברזילי-נהון, שחקרה את הנושא ומצאה ש"הסדרה עצמית מקדמת לרוב את קולו של הרוב, לא את קול המיעוט". ראו קרן ברזילי נהון, "מי שולט בקהילות וירטואליות?" פנים 30, 70-76.

¹²¹ ראו בירנהק, הסדרה עצמית פרק ד, סעיפים 1, 2.

¹²² דברים ברוח זו כותב גם כב' השופט יצחק עמית בסעיף 52 לפסק דינו בבר"ע 850/06 (מחוזי חיפה) רמי מור נ' ידיעות אינטרנט מערכות אתר YNET.

¹²³ ראו ניבה אלקין-קורן, "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" עלי משפט ב (תשס"ב) 319, בעמ' 322. מדיניות דומה אומצה אף בנוגע לאחריות ספקי השירות לתכנים פוגעניים המופצים ברשת. לעניין זה ראו אצל ניבה אלקין-קורן, המתווכחים החדשים "בכיכר השוק" הווירטואלית משפט וממשל ו (תשס"ג) 381, בעמ' 394.

¹²⁴ עו"ד חיים רביה מציין שמחקר שנערך לאחרונה באוניברסיטת ברקלי גילה שבארה"ב כ-30% מהדרישות להסרת תכנים אינן עומדות בדרישות החוק. בנוגע למנגנון דומה שהונהג בהולנד, מציג עו"ד רביה בדיקה שנעשתה על ידי אגודה הולנדית, שהעלתה לשרתי המחשב של עשרה ספקי שירותים הולנדים קטע ספרותי שנכתב על-ידי סופר בן המאה ה-19, שזכויות היוצרים בו פקעו מזמן. לאחר זמן מה פנתה האגודה בדרישה לעשרה ספקים להסיר את התוכן מפר זכויות היוצרים בטענה שהיא בעלת הזכויות ביצירה. לטענה זו לא היה כל שחר, עורך הדין שפעל לכאורה בשמה של האגודה לא היה ולא נברא, ובטקסט נאמר במפורש שהיצירה נכתבה ב-1871, והסופר נפטר בשנת 1877. למרות כל אלה, שבעה מבין עשרה הספקים מחקו את "היצירה המפרה". ראו חיים רביה, "בדיחה רעה", אתר Law.co.il (17 בדצמבר 2005).

¹²⁵ "נראה כי ספקי שירות ייקחו על עצמם תפקידי פיקוח, וידאגו להסיר מידית ובאופן עצמאי כל פרסום פוגעני, אם לא יחששו כי באם יפקחו, תוטל עליהם אחריות" (הפ (ת"א) 541/07 עו"ד יעקב סבו נ' ידיעות אינטרנט (פורסם בינבוי), עמ' 26).

5. סקירה משווה

ניתוח מועיל של חקיקה בינלאומית העוסקת בהתמודדות עם התופעה של הפצת דואר זבל יתמקד בחמישה פרמטרים¹²⁶:

- א. **היקף ההסדר**: כנגד אלו דברי דואר מבקש החוק להילחם? האם נגד משלוח של מספר רב של הודעות בהזדמנות אחת, יהא תוכן אשר יהא? האם נגד הודעות מסוג מסוים (למשל: פרסומות, פורנוגרפיה, בקשות תרומה, תעמולה פוליטית)?
 - ב. **השולח והנמען**: האם ההסדר נועד למנוע שליחה של הודעות על ידי אדם פרטי? תאגיד? האם הוא נועד למנוע קבלת הודעות בידי אדם פרטי דווקא? האם גם למנוע קבלת הודעות בידי תאגיד? האם ההסדר משתנה בהתאם לזהותם של השולחים או של הנמענים? האם השולח חייב להיות מי שמפיץ בפועל את ההודעה או שמא גם מי שנהנה מן ההפצה יוגדר כשולח?
 - ג. **יסוד ההסכמה**: כיצד הוסדר מנגנון ההסכמה "מלבין" את ההודעה והופך אותה לגיטימית? בהקשר זה, כמבואר לעיל, מקובל לסווג את ההסדרים להסדרי Opt-in, המתנים את משלוח הדואר בהסכמת הנמען, ולהסדרי Opt out, המתנים את המשלוח באי קבלת הודעה שבה הנמען מצהיר על התנגדותו לקבל את דבר הדואר.
 - ד. **אופי האכיפה**: האם אכיפת האיסורים על פי החוק היא ציבורית (דין פלילי, קנסות מנהליים), פרטית (תביעות נזיקין, תביעות ייצוגיות)? או שמא ציבורית ופרטית כאחד?
 - ה. **דרישות נוספות**: האם קיימות בחוק דרישות נוספות, הנוגעות לתוכנה של ההודעה, אופן הצגתה וכדומה, שתכליתן לסגור פרצות שעלולות לסייע בידיהם של מפיצי דואר זבל?
- פרמטרים אלו ישמשו אותנו בסקירה המשווה שלהלן.

5.1. ארצות הברית

בשנת 2003 נחקק בארצות הברית החוק להסדרת ההפצה של פורנוגרפיה ופרסום מסחרי ללא הרשאה (Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act), שזכה לכינוי המקוצר: CAN SPAM Act¹²⁷ ואלו עיקריו:

¹²⁶ פרמטרים אלו מבוססים על Guido Schryen, "Anti-spam legislation: An analysis of laws and their effectiveness" in: **Information and Communications Technology Law** 16, 1 (2007)

¹²⁷ 15 U.S.C. §§ 7701-7713 and 18 U.S.C. § 1037 חוק זה גרם אמנם לצניחה בשיעור הודעות הדואר זבל העוסקות בפורנוגרפיה מ-21.8% ל-4.8%, אך לא ברור אם הישג דומה הושג גם בנוגע לדואר זבל פרסומי מסוג אחר. לעניין זה ראו, Dominique Chantale Alepin, "'Opting-Out': A Technical, Legal and Practical Look at the CAN-Spam Act", **Columbia Journal of Law & The Arts** 101, 103 (2003) (להלן: Alepin, opting out).

יש לציין שלפני שנחקק חוק ה-CAN SPAM הפדרלי, ואף לאחר חקיקתו, מדינות רבות בארצות הברית חוקקו חוקים שנועדו להתמודד עם הפצת דואר זבל. מרביתן אימצו את מודל ה-Opt out, אך יש מהן שאימצו את מודל ה-Opt in (למשל: קליפורניה, פלורידה, ג'ורג'יה ואילינוי). להרחבה ראו אצל Alepin, opting out, פרק IIIA, וכן בסיכום המופיע באתר [Spam Laws](#) (כניסה אחרונה: 8 במרץ 2017).

רוב המדינות הטילו על המפרסמים חובת תיוג, וחלקן אסרו שילוב של כותרת מטעה או כתובת דואר אלקטרוני שיש בה כדי להטעות את המשתמש בכל הנוגע לאופייה של ההודעה או זהותו של השולח.

מדינות אחדות (למשל: אורגון, לואיזיאנה ודרום דקוטה) אימצו מודל הסדרה המבוסס על שילוב של הסדרה עצמית והסדרה ציבורית, שלפיו, משלוח של הודעה בניגוד לתנאי השירות עם ספק שירותי האינטרנט מהווה עבירה פלילית, עוולה אזרחית או שניהם גם יחד.

בכל המדינות שבהן קיימת הסדרה של משלוח דואר הזבל, נקבע שהעבירות והעוולות לפי החוק חלות על הודעה שנשלחה על ידי תושב המדינה או שהתקבלה על ידי תושב המדינה.

חוקיותם של החוקים המדינתיים נבחנה על ידי בתי המשפט לפחות בשני מקרים, ונמצא שהחוקים עומדים בדרישות החוקתיות הנוגעות להגנה על חופש הביטוי וחופש העיסוק. ראו למשל: **Ferguson v. Friendfinders, Inc.**, 94 Cal.

היקף ההסדר : על אף שמו של החוק, ההסדר חל על הפצה מסחרית של הודעות המכילות תוכן פרסומי-שיווקי בלבד.

השולח והנמען : השולח והנמען יכולים להיות אדם פרטי או תאגיד. ההסדר אחיד ואינו מתחשב בזהותם של השולחים או של הנמענים. כמו כן, גם מי שמוצר שלו, שירות שהוא מציע או אתר שהוא מפעיל מפורסם באמצעות ההודעה, נחשב כשולח לעניינו של החוק, ובלבד שהדבר נעשה בידיעתו.

ההסכמה : החוק מאמץ מודל הסכמה של Opt out, שלפיו, משלוח ההודעה לא ייחשב כאסור, כל עוד לא הביע הנמען התנגדות לקבל את ההודעה.

אופי האכיפה : ככלל, החוק שולל אכיפה פרטית, ומטיל את האחריות לאכיפה על סוכנות הסחר הפדראלית (FTC) או על התובע הכללי במדינה. עם זאת, סעיף 7706(g) לחוק קובע סייג שלפיו, ספקי שירותי גישה לאינטרנט (provider[s] of Internet access service)¹²⁸ רשאים להגיש תביעה אזרחית בשל הפרת החוק, אם הם סבלו מהשלכות שליליות (adversely affected)¹²⁹ בשל הפצת דואר הזבל. שיעור הפיצוי יכול שיהיה הנזק הממשי, או פיצוי סטטוטורי קבוע, בשיעור של \$25 להודעה (עד לתקרה של \$1,000,000) ו-\$100 לכל כותרת מטעה.

דרישות נוספות : החוק מטיל על שולח ההודעה חובה לצרף להודעה מנגנון אמין ויעיל, המאפשר לנמען להסיר עצמו מרשימת התפוצה של השולח, ולשם כך על השולח לספק גם כתובת דואר אלקטרוני מהימנה, שאלה ניתן יהיה לשלוח את בקשת ההסרה. כמו כן, החוק מטיל על השולח חובת תיוג, באופן שיאפשר לנמען להכיר את אופייה של ההודעה, ואוסר שימוש בכותרות או בשורות נושא העלולות להטעות את הנמען בנוגע לתוכנה של ההודעה.

5.2. קנדה

בשנת 2014 נחקק בקנדה חוק המלחמה בדואר הזבל (Canada Anti-Spam Law)¹³⁰ שנועד להילחם בתופעה של הפצת דואר זבל בקנדה.

היקף ההסדר : החוק חל על כל הודעה שנועדה לפרסם או למכור מוצר או שירות, וכן לקדם אדם באמצעות הצגתו ככשיר לבצע פעולה מסוימת (תעמולה). החוק אינו חל על הודעות העוסקות בתרומה, או בהפצה

App. 4th 1255 (2002); **State v. Heckel**, 24 P.3d 404 (Wash. 2001)

סעיף 7707(b)(1) לחוק ה-CAN SPAM קובע שהחוק הפדראלי גובר על כל חקיקה מדינתית שנועדה למנוע הפצה של דואר זבל במישרין, למעט אם חקיקה זו עוסקת באיסורים על פרסום שקרי או מטעה. סעיף 7707(b)(2) לחוק קובע שהחוק הפדראלי אינו פוגע ביישומן של הוראות חוק מדינתיות שניתן לעשות בהן שימוש לשם מניעת ההפצה של דואר זבל, אך הן לא נועדו במישרין למטרה זו.

¹²⁸ משמעותו המדויקת של ביטוי זה נדונה בהרחבה בפסק הדין בעניין Gordon, שבו נפסק שהביטוי provider[s] of Internet access service רחב מן הביטוי internet service providers, והוא יכול לכלול גם מנהלי אתרים, פורומים וכדומה. ראו **Melaleuca, Inc. v. Hansen**, No. 07-212 (D. Idaho Sept. 30, 2010) וראו בעניין זה גם **Gordon v. Virtumundo, Inc.**, 575 F.3d 1040 (2009).

¹²⁹ משמעותו של האפקט השלילי אינה ברורה כל צרכה. בכל אופן, בפרשת Azoogle נקבע שעצם הצורך של ספק שירותי הגישה להוציא כספים לשם הטמעת מנגנון סינון של דואר זבל אינו עולה כדי Adverse effect שיש בו כדי להצדיק אכיפה פרטית. ראו **Asis Internet Servs. v. Azoogle.com**, 357 Fed. Appx. 112 (9th Cir. 2009).

¹³⁰ שמו המלא של החוק הוא: An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities, and to amend the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, the Competition Act, the Personal Information Protection and Electronic Documents Act and the Telecommunications Act, S.C. 2010, c. 23

השולח והנמען: השולח והנמען יכולים להיות אדם פרטי או תאגיד, אם כי, גובה הפיצוי שניתן להטיל על תאגיד גבוה מגובה הפיצוי שניתן להטיל על יחיד.¹³² השולח עשוי להיות מי ששלח את ההודעה בפועל, אך גם מי שגרם לשליחה או הסכים לה (cause or permit).¹³³ הנמען יכול שיהיה בעליה של כתובת הדואר האלקטרוני, אך גם מי שסביר להניח שהורשה להשתמש בתיבת הדואר, אף אם הוא אינו בעליה.¹³⁴ כמו כן, החוק אוסר השתלת תוכנת מחשב במחשב הגורמת לקבלה או משלוח של הודעות, שלא בהסכמה.¹³⁵ אולם, איסור זה חל רק על מערכות מחשב שבתוך גבולות המדינה.¹³⁶

ההסכמה: המשלוח מותנה בהסכמת הנמען (Opt in), אך ההסכמה יכולה להיות גם משתמעת.¹³⁷

אופי האכיפה: עיקר האכיפה היא מנהלית, באמצעות הסוכנות הקנדית לרדיו וטלוויזיה (CRTC), המשמשת גם כגורם המאסדר (רגולטור) בכל עניין הנוגע ליישומי של החוק.¹³⁸ הסוכנות מוסמכת לפקח, למסור צווים לחקור ולהטיל קנסות מנהליים לשם אכיפת יישומי של החוק.¹³⁹ החל מיולי 2017, ניתן יהיה להגיש תביעה אזרחית לפיצוי על נזק שנגרם בשל קבלת דואר זבל, אך הגשתה של תביעה שכזו מותנית באישור מטעם הסוכנות הקנדית לרדיו-טלוויזיה ותקשורת, והנפגע יידרש להצהיר על נזקיו, ולהוכיחם באמצעות תצהיר.¹⁴⁰

דרישות נוספות: כל הודעה תכיל מידע אמין בדבר זהותו של השולח, כתובת הדואר האלקטרוני שלו (שתהיה תקפה לפחות למשך 60 יום מיום משלוח ההודעה) ומנגנון הסרה פשוט ויעיל.¹⁴¹

5.3. אוסטרליה

בשנת 2003 חוקקה אוסטרליה את חוק הספאם (Spam Act), כדי להתמודד עם מפיצי דואר זבל באוסטרליה. להלן עיקריו של החוק:

היקף ההסדר: החוק חל על הודעה שנועדה לפרסם או למכור מוצר או מקרקעין, אך הוא אינו חל על הודעות המוגדרות כהודעה מסחרית ייעודית (designated commercial electronic message), ובכלל זה הודעות המכילות מידע עובדתי בלבד, ובלבד שזהות מוסר המידע והשולח ברורה, הודעות מגופים ממשלתיים, מפלגות רשומות וארגוני צדקה רשומים והודעות הנשלחות על ידי מוסד חינוכי לסטודנטים או לבוגרי המוסד.¹⁴² כמו כן, נקבע שניתן להחריג בתקנות פרסומת של מוצרים מסוימים מגדרו של האיסור.¹⁴³

¹³¹ ראו סעיף 1(2) לחוק.

¹³² סעיף 4(20). גובה המרבי של הפיצוי המוטל על תאגיד מגיע עד כדי עשרה מיליון דולר, בעוד שגובה הפיצוי המרבי המוטל על יחיד מגיע עד כדי מיליון דולר.

¹³³ סעיף 1(6).

¹³⁴ סעיף 1(5).

¹³⁵ אם כי, לגבי תוכנות מסוימות, כתוכנות למשלוח עוגיות אלקטרוניות (cookies), מערכות הפעלה וכדומה, נקבעה חזקה שקיימת הסכמה להתקנתן.

¹³⁶ סעיף 8.

¹³⁷ סעיף 5.

¹³⁸ (Electronic Commerce Protection Regulations (CRTC

¹³⁹ ראו בעיקר סעיפים 15-17, 19, 22, 37, ו-41 לחוק.

¹⁴⁰ ראו סעיפים 47-51, 55 לחוק, וסעיף 91 (תחולה).

¹⁴¹ סעיף 6(2). תנאים הנוגעים לאופיו ויעילותו של מנגנון ההסרה נקבעו בסעיף 11 לחוק.

¹⁴² ע"פ סעיף 16 והתוספת הראשונה לחוק.

¹⁴³ סעיף 6.

השולח והנמען: השולח (בין אם שלח בפועל את ההודעה ובין אישר את שליחתה) או הנמען יכול להיות אדם יחיד, תאגיד או שותפות,¹⁴⁴ ואפילו מי שניסה לשלוח נחשב כמי ששלח את ההודעה.¹⁴⁵ אולם, לשולח חייב להיות קשר ישיר לאוסטרליה, אם בשל תושבותו, אם בשל מקום המצאו, אם בשל מקום הימצאו של המחשב שממנו נשלחה ההודעה או של כתובת הדואר האלקטרוני שממנו היא נשלחה.¹⁴⁶ בנוסף, החוק אוסר גם סיוע, שידול, ייעוץ, מעורבות ישירה או עקיפה ביועין וקשירת קשר לביצוע עבירות על פי החוק.¹⁴⁷

ההסכמה: המשלוח מותנה בהסכמת הנמען (Opt in), אך ההסכמה יכולה להיות גם משתמעת.¹⁴⁸

אופי האכיפה: האכיפה היא ציבורית בלבד, באמצעות הטלת קנס מנהלי המוטל על ידי בית משפט פדראלי.¹⁴⁹ בקשה להטלת קנס תוגש על ידי הרשות האוסטרלית לתקשורת ומדיה (ACMA). כמו כן, בית המשפט מוסמך גם לצוות על אדם להימנע מפעולה או לתת צו ביניים שתכליתו למנוע מאדם לפעול בניגוד להוראות החוק.¹⁵⁰

דרישות נוספות: כל הודעה תכיל מידע אמין בדבר זהותו של השולח, כתובת הדואר האלקטרוני שלו (שתהיה תקפה לפחות למשך 30 יום מיום משלוח ההודעה) ומנגנון הסרה פשוט ויעיל.¹⁵¹

5.4. משפט האיחוד האירופי

האיחוד האירופי מתהדר, ובצדק, בפעילות חקיקתית ענפה בנושא דואר הזבל.¹⁵² פעילות זו מבוססת על ההכרה בכך, שלמרות שסעיף 10 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם מגן על חופש הביטוי, דואר הזבל אינו יכול לחסות תחת ההגנה של עיקרון חופש הביטוי בשל היותו מפר את זכות האדם לפרטיות ולחיי משפחה, המעוגנת בסעיף 8 לאותה אמנה.¹⁵³

לא פחות משש דירקטיבות¹⁵⁴ שונות, שהתקבלו באיחוד האירופי החל משלהי שנות התשעים של המאה הקודמת, עוסקות בדואר זבל, בדרכים שונות. דירקטיבות אלו הוטמעו בדרכים שונות בחקיקה המדינית של מדינות האיחוד האירופי, שבחלקה נדון בהמשך. להלן סקירה תמציתית של דירקטיבות אלו.

5.4.1. הדירקטיבה בעניין ההגנה על הפרטיות בתקשורת משנת 1997¹⁵⁵

בסעיף 12(1) של הדירקטיבה נקבע שהשימוש במערכת חיוג אוטומטית או במערכת למשלוח פקס באופן אוטומטי לטובת מסחר ישיר אסורה, אלא אם המנוי נתן את הסכמתו מראש לקבל את השיחה או הפקס.

¹⁴⁴ סעיף 4.

¹⁴⁵ סעיף 4.

¹⁴⁶ ראו סעיף 16 וסעיף 7 לחוק.

¹⁴⁷ סעיף 16(9).

¹⁴⁸ ראו סעיף 16, והתוספת השנייה לחוק, בה מוגדרות בפירוט רב הנסיבות שבהתקיימן ניתן יהיה להסיק שהנמען הסכים לקבל את ההודעה.

¹⁴⁹ סעיף 24.

¹⁵⁰ ראו סעיפים 31-36.

¹⁵¹ סעיפים 16, 17.

¹⁵² חי, תורת המסר עמ' 44.

¹⁵³ מוזינג, דואר זבל עמ' 4-5.

¹⁵⁴ דירקטיבה היא חקיקה של האיחוד האירופי אשר מחייבת את המדינות החברות באיחוד להתאים את הדין הפנימי שלהן להוראות הקבועות בה, אך מותירה למדינות את ההחלטה כיצד לעשות זאת במסגרת שיטת המשפט הנהוגה בכל אחת מהן. ראו אתר האיחוד האירופי, [Regulations, Directives and Other Acts](#) (כניסה אחרונה: 7 במאי, 2017).

¹⁵⁵ Directive 97/66/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector.

בהתאם להגדרת ה'הסכמה' שבסעיף 2 לדירקטיבת ההגנה על המידע,¹⁵⁶ מקובל להניח שגם לעניין דרישת ההסכמה שבדירקטיבה בעניין ההגנה על הפרטיות, די בהסכמה משתמעת.¹⁵⁷

דירקטיבה זו לא עסקה כלל בדואר זבל אלקטרוני, ולא הציבה דרישות נוספות זולת דרישת ההסכמה (Opt in), על מנת להכשיר את משלוח ההודעה.

דירקטיבה זו נכנסה לתוקף בחודש פברואר, 1998, והמדינות נדרשו להטמיעה בחוקיהן עד לסוף חודש אוקטובר, 2000.¹⁵⁸

5.4.2. דירקטיבת הגנת הצרכן בעניין מכירת מוצרים מרחוק, משנת 1997¹⁵⁹

דירקטיבת הגנת הצרכן בכל הנוגע לביצוע עסקאות מרחוק נחקקה בחודש יוני, 1997, והמדינות נדרשו להטמיעה בחוקיהן עד לחודש יוני, 2000.¹⁶⁰ דירקטיבה זו ביקשה להסדיר גם את העסקאות המוצעות לצרכן באמצעות דואר זבל, ובעניין זה נקבע בסעיף 10(1) של הדירקטיבה, שספק של מוצר או שירות המבקש לעשות שימוש במערכת חיוג אוטומטית או בשיווק באמצעות מכשיר הפקס, חייב לבקש תחילה את הסכמת הנמען כדי שיוכל לשווק את שירותיו או מוצריו בדרך זו (Opt in).

בהקשר זה נקבע בסעיף 10(2) סייג חשוב ולפיו, על המדינות להבטיח ששיווק באמצעים שלא עסק בהם סעיף 10(1) יתקיים אך ורק אם הנמען לא הביע התנגדות מפורשת לכך (Opt out).

עם זאת, סעיף 14 לדירקטיבה מבהיר שההסדר שנקבע בה הוא הסדר מינימום, והמדינות רשאיות לאמץ הסדר מחמיר מזה שנקבע בה.

5.4.3. דירקטיבת השיווק האלקטרוני משנת 2000¹⁶¹

דירקטיבת השיווק האלקטרוני נכנסה לתוקף בחודש יולי, 2000, והמדינות נדרשו להטמיעה בחוקיהן עד לחודש ינואר, 2002.¹⁶² בדירקטיבה זו ישנה התייחסות ראשונית לשיווק באמצעות הדואר האלקטרוני.

בסעיף 17(1) של דירקטיבה זו נקבע שבנוסף לכל דרישה אחרת על פי משפט האיחוד האירופי, מדינות המתירות שיווק בלתי מורשה באמצעות דואר אלקטרוני, יבטיחו שהודעות מסוג זה יזוהו באופן ברור ובהיר, מיד כאשר ההודעה מגיעה אל הנמען.

חובת התיוג האמורה חלה אך ורק על הודעות זבל, והיא אינה חלה על הודעות שהנמען הסכים לקבלן. כמו כן, לא הובהרה הדרך שבה יש לתייג את ההודעה, מקומו של התיוג, גודלו וכדומה.¹⁶³

¹⁵⁶ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal 1995 L 281, 31

¹⁵⁷ ראו מוזינג, דואר זבל עמ' 7.

¹⁵⁸ פרטים בדבר הטמעת הדירקטיבה בחקיקה המדינתית של מדינות האיחוד האירופי ניתן למצוא [באתר החקיקה של האיחוד האירופי](#).

¹⁵⁹ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance, Official Journal 1997 L 144, 19

¹⁶⁰ פרטים בדבר הטמעת הדירקטיבה בחקיקה המדינתית של מדינות האיחוד האירופי ניתן למצוא [באתר החקיקה של האיחוד האירופי](#).

¹⁶¹ Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce')

¹⁶² פרטים בדבר הטמעת הדירקטיבה בחקיקה המדינתית של מדינות האיחוד האירופי ניתן למצוא [באתר החקיקה של האיחוד האירופי](#).

¹⁶³ ראו אצל מוזינג, דואר זבל, עמ' 8-9.

מניסוחו של הסעיף ניתן ללמוד, שהדירקטיבה מכירה בזכותן של המדינות לאסור שליחה של דואר זבל מסחרי באופן מוחלט, והוראותיה של הדירקטיבה חלות אך ורק על מדינות שלא בחרו לעשות כן.

סעיף 27(2) קבע, שמבלי לפגוע בהוראותיהן של שתי הדירקטיבות הנזכרות לעיל, על המדינות לנקוט באמצעים שיבטיחו שספקי השירות השותפים להעברת הודעות זבל יתייעצו באופן קבוע עם הלקוחות בכל הנוגע לרצונם לקבל את ההודעות האמורות, ויכבדו צרכנים הרשומים במרשם הכתובות של אנשים המסרבים לקבל דואר זבל.

ההוראה האחרונה ספגה ביקורת רבה, בעיקר משום שלא היה ברור מי אמור לשאת בעלויות ההקמה והתפעול של מאגר הצרכנים שאינם מעוניינים לקבל דואר זבל, ומשום שהתעורר חשש שמא המרשם יסייע בידי מפיצי דואר זבל להשיג כתובות דואר אלקטרוני פעילות.¹⁶⁴

5.4.4. דירקטיבת התקשורת האלקטרונית משנת 2002¹⁶⁵

דירקטיבת התקשורת האלקטרונית נכנסה לתוקף בחודש יולי, 2002, ומדינות האיחוד נדרשו להטמיעה בחוקיהן עד לחודש אוקטובר, 2003.¹⁶⁶ דירקטיבה זו ביקשה, לראשונה, לייצר מודל כללי למאבק בהפצת דואר זבל, החל הן על שיווק באמצעות מכשירי פקסימיליה והן על שיווק באמצעות דואר אלקטרוני.

בסעיף 13(1) של הדירקטיבה נקבע ככלל, שלא יישלח דואר זבל למטרות שיווק,¹⁶⁷ אלא אם כן התקבלה הסכמת הנמען לקבל את ההודעה (Opt in).

אולם, בסעיף 13(2) נקבע סייג לכלל האמור ולפיו, משווק יוכל לשלוח הודעה פרסומית גם מבלי שקיבל את הסכמת הנמען לכך מראש, אם הנמען מסר לו בעבר את כתובת הדואר האלקטרוני שלו, וההודעה מבקשת לשווק לו מוצרים דומים לאלו שהתעניין בהם בעבר. במקרה זה, השולח נדרש לתת לנמען אפשרות קלה ונוחה לשלוח הודעת סירוב, שבה יבקש מן השולח שלא יוסיף לשלוח לו הודעות דומות.¹⁶⁸

סעיף 13(3) קבע, שעל המדינות לאסור שליחה של הודעות זבל למטרות שיווק שלא בהתאם לנסיבות המתוארות בסעיפים 13(2)–13(1), אך אופיו של האיסור (Opt in / Opt out) ופרטיו יגובשו בחקיקה של המדינות.

סעיף 13(4) אוסר הטעיה בכל הנוגע לזהותו של המפרסם או של מי שהפרסום נעשה עבורו, וכן אוסר שימוש בכתובת דואר שאינה תקפה.

ולבסוף, סעיף 13(5) הדגיש שההוראות שבסעיפים 13(1) ו-13(3) חלות אך ורק על נמענים שהם אנשים פרטיים, ולא על תאגידים. עם זאת, צוין שעל מוסדות האיחוד והמדינות לייצר הסדרים שיגנו אף על עניינם של תאגידים בכל הנוגע למשלוח של הודעות זבל.

חסרונה של דירקטיבה זו הוא, שהיא אינה מספקת אמצעי אכיפה ברורים ואחידים לכל מדינות האיחוד.¹⁶⁹

¹⁶⁴ מוזינג, דואר זבל עמ' 9.

¹⁶⁵ Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications)

¹⁶⁶ פרטים בדבר הטמעת הדירקטיבה בחקיקה המדינתית של מדינות האיחוד האירופי ניתן למצוא [באתר החקיקה של האיחוד האירופי](#).

¹⁶⁷ מוזינג מעיר (שם, עמ' 10–11) בהקשר זה, שבשל ההתמקדות בדואר זבל מסחרי, אין הדירקטיבה מסדירה כלל את המשלוח של הודעות זבל למטרות שאינן מסחריות.

¹⁶⁸ מוזינג (שם) מעיר, שהסייג מנוסח בצורה שאינה ברורה, משום שהוא אינו מבהיר באלו נסיבות ייחשב הקשר שבין הנמען לשולח כהסכמה לקבל דואר זבל שיווקי, ובאלו נסיבות ייחשב המוצר המוצע דומה במהותו למוצרים אחרים שרכש הנמען מן השולח בעבר.

¹⁶⁹ מוזינג, דואר זבל עמ' 11.

5.4.5. הדירקטיבה בעניין מכירה של מוצרים פיננסיים מרחוק משנת 2002¹⁷⁰

הדירקטיבה בעניין מכירה של מוצרים פיננסיים מרחוק משנת 2002 נועדה להשלים את הדירקטיבה של מכירת מוצרים מרחוק משנת 1997, שלא חלה על מכירה של מוצרים פיננסיים, והמדינות נדרשו להטמיעה בחוקיהן עד לחודש אוקטובר, 2004.¹⁷¹

בסעיף 10 לדירקטיבה זו נקבע שהמדינות לא יאפשרו שיווק של מוצרים פיננסיים באמצעות מערכות חיוג אוטומטי או מכשירי פקסימיליה, אלא אם ניתנה הסכמת הנמען לכך, מראש (Opt in).

בנוגע לשיווק של מוצרים פיננסיים באמצעים אחרים (למשל, דואר אלקטרוני), נקבע שהמדינות יקבעו שאין לשווק מוצרים פיננסיים בדרך זו אלא אם התקבלה הסכמת הנמען מראש (Opt in) או שהוא לא סירב לקבל את ההודעה (Opt out), ובלבד שהאמצעים לביטוי ההסכמה או הסירוב לקבל את ההודעה יהיו פשוטים, וללא עלויות.

את ההבדל שבין אופי ההסדר שנקבע בדירקטיבה זו לאופי ההסדר שנקבע בדירקטיבת התקשורת האלקטרונית תולה מוזינג בכוחו של הלובי שהפעילו ספקי שירותים פיננסיים.¹⁷²

למעשה, לא ברור אלו הוראות יחולו על דואר זבל המבקש לשווק מוצרים פיננסיים: הוראות דירקטיבת התקשורת האלקטרונית או שמא הוראות הדירקטיבה בעניין מכירה של מוצרים פיננסיים.¹⁷³

5.4.6. דירקטיבת הסחר הבלתי הוגן משנת 2005¹⁷⁴

דירקטיבת הסחר הבלתי הוגן נועדה לקבוע מסגרת כלל אירופאית למסחר ההוגן. בתוספת הראשונה לדירקטיבה זו נמנו דרכי שיווק פסולות, שעל המדינות לאסור את קיומן. סעיף 26 של תוספת זו קובע, ששיווק ממושך וללא כל הזמנה, באמצעות טלפון, פקס או דואר אלקטרוני ייחשב כאמצעי שיווק לא הוגן, וככזה יש לאוסרו.

בנוסף, נקבע שעד חודש יוני, 2007, המדינות יפרסמו חוקים, תקנות והוראות מנהל אשר יבהירו כיצד בדיוק ייושם איסור זה בתחומן.¹⁷⁵

5.4.7. סיכום

יחסם של מוסדות האיחוד האירופי לדואר זבל השתנה במהלך השנים. כיום, נראה ששיווק באמצעות דואר זבל אסור, אלא אם התקבלה הסכמת הנמען לכך, מראש (Opt in), אם כי, עדיין לא ברור לגמרי האם

¹⁷⁰ Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, Official Journal L 2002/271, 16.

¹⁷¹ פרטים בדבר הטמעת הדירקטיבה בחקיקה המדינתית של מדינות האיחוד האירופי ניתן למצוא [באתר החקיקה של האיחוד האירופי](#).

¹⁷² מוזינג, דואר זבל עמ' 12.

¹⁷³ שם.

¹⁷⁴ Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive') (Text with EEA relevance), Official Journal L 2005/149, 22.

¹⁷⁵ פרטים בדבר הטמעת הדירקטיבה בחקיקה המדינתית של מדינות האיחוד האירופי ניתן למצוא [באתר החקיקה של האיחוד האירופי](#).

כלל זה יחול גם על שיווק של מוצרים פיננסיים באמצעות דואר אלקטרוני.

כמו כן, קיימת דרישה ברורה, ששולח ההודעה יזהה עצמו או את האדם שבשמו נשלחת ההודעה, ויספק כתובת דואר אלקטרוני תקפה לשם משלוח הודעת סירוב לקבל הודעות נוספות בעתיד.

עם זאת, לא קיימת בדירקטיבות חובת תיוג, והאיסור חל רק על הודעות שיווקיות, ולא על הודעות זבל מסוג אחר.

5.5. בריטניה

בריטניה הטמיעה את הוראות דירקטיבת התקשורת האלקטרונית כשנה לאחר שנחקקה, מכוחן של תקנות הפרטיות והתקשורת האלקטרונית.¹⁷⁶ סעיפים 19-22 של תקנות אלו יוצרים הסדר דומה, שייחודו בכך שהוא משתנה, בהתאם לאמצעי ההעברה של דואר זבל, כפי שיובהר להלן.

היקף ההסדר: החוק חל על הודעה המכילה תוכן פרסומי.

השולח והנמען: השולח יכול להיות אדם יחיד או תאגיד.¹⁷⁷ האיסור חל הן על השולח בפועל והן על מי ששידל אותו לשלוח את ההודעה.¹⁷⁸

ההסכמה: שליחת ההודעה באמצעות מערכת חיוג אוטומטית מותנית בהסכמתו המפורשת של הנמען (Opt in).¹⁷⁹ שליחת ההודעה באמצעות מכשיר הפקסימיליה לאדם שאינו תאגיד מותנית בהסכמתו המפורשת של הנמען (Opt in), בעוד ששליחת ההודעה באמצעות מכשיר הפקסימיליה לתאגיד מותנית בכך שהתאגיד לא יביע התנגדות לשליחת ההודעה (Opt out). שליחת הודעה באמצעות רשת תקשורת אלקטרונית (למשל: SMS), מותנית בכך שהנמען לא הביע סירוב לקבלת הודעה שכזו (Opt out). שליחת הודעה באמצעות דואר אלקטרוני מותנית בכך שהנמען יסכים לקבלת ההודעה (Opt in). עם זאת, גם מי שמסר לשולח את פרטי ההתקשרות עמו במהלך משא ומתן לרכישת מוצר או שירות הדומים לאלו המוצעים לו בהודעה, ייחשב כמי שהסכים לקבלת ההודעה, ובלבד שתינתן לו אפשרות קלה ויעילה להודיע על התנגדותו לקבלת ההודעה.

בנוסף לכך, ההסדר הבריטי יוצר מרשם סירוב, שבו מרוכזים פרטי ההתקשרות של אלו שאינם מעוניינים לקבל הודעות או שיחות המבקשות לעודד לרכוש מוצרים או שירותים שונים. משלוח הודעה לכתובת או למנוי הרשום במרשם כאמור אסור, כל עוד לא הביע הנמען את הסכמתו המפורשת לקבל את ההודעה.

אופי האכיפה: לפי סעיף 31 לתקנות, הפיקוח על יישומן של התקנות ייעשה על ידי רשות התקשורת הבריטית (Ofcom), המוסמכת לבצע הליכי פיקוח וחקירה, בהתאם לסמכויות שנמסרו בידיה בחלק החמישי של חוק הגנת המידע (Data Protection Act 1998) ובתוספת השישית והתשיעית לחוק זה. הרשות או הנמען רשאים לפנות לנציב הגנת המידע (Information commissioner), כדי שיפעיל את סמכויות האכיפה המסורות בידיו, ובכללן הסמכות לשלוח התראות אכיפה ולהטיל קנסות. עם זאת, התקנות מדגישות שסמכויות האכיפה הציבורית האמורות, אינן שוללות מיחיד הרואה עצמו נפגע בשל קבלת הודעות זבל, את הזכות לפנות לבית המשפט ולתבוע פיצויים מאת השולח.

¹⁷⁶ Privacy and Electronic Communications (EC Directive) Regulations 2003

¹⁷⁷ סעיף 4.

¹⁷⁸ סעיף 4.

¹⁷⁹ ראו סעיף 16, והתוספת השנייה לחוק, בה מוגדרות בפירוט רב הנסיבות שבהתקיימן ניתן יהיה להסיק שהנמען הסכים לקבל את ההודעה.

דרישות נוספות: כל הודעה תכיל מידע אמין בדבר זהותו של השולח וכתובת הדואר האלקטרוני התקפה שלו.¹⁸⁰

5.6. איטליה

איטליה נחשבת לאחת המדינות האירופיות המחמירות ביותר בכל הנוגע למלחמה בהפצת דואר הזבל, בעיקר בשל הסנקציות שהחוק מאפשר להטיל על מי שעובר על ההוראות העוסקות במשלוח ההודעות. הוראות אלו רוכזו בסעיף 130 של קוד הגנת הנתונים האישיים משנת 2003,¹⁸¹ ואלה עיקרן:

היקף ההסדר: החוק חל על הודעה המכילה תוכן פרסומי, משא ומתן עסקי או סקר שוק.

השולח והנמען: השולח והנמען יכול שיהיו אדם יחיד או תאגיד.

ההסכמה: שליחת ההודעה מותנית בהסכמתו של הנמען (Opt in). עם זאת, גם מי שמסר לשולח את פרטי ההתקשרות עמו במהלך משא ומתן לרכישת מוצר או שירות הדומים לאלו המוצעים לו בהודעה, ייחשב כמי שהסכים לקבלת ההודעה, ובלבד שתינתן לו אפשרות קלה ויעילה להודיע על התנגדותו לקבלת ההודעה.

אופי האכיפה: אכיפה ציבורית, באמצעות הרשות להגנת הנתונים (Garante per la protezione dei dati personali), כאשר הסנקציה יכולה להגיע עד כדי מאסר של בין שישה לשמונה עשר חודשים (סעיף (1) 167).¹⁸²

דרישות נוספות: כל הודעה תכיל מידע אמין בדבר זהותו של השולח וכתובת הדואר האלקטרוני התקפה שלו.

5.7. צרפת

ההסדר הצרפתי בעניין דואר הזבל נקבע בשנת 2004, מכוחו של סעיף 22 לחוק שכותרתו היא – חוק האמון בכלכלה הדיגיטלית,¹⁸³ ואלו עיקריו:

היקף ההסדר: החוק חל על הודעה המכילה תוכן פרסומי או תעמולה המבקשת לשבח את דמותו או אופיו של מי שמוכר מוצר או שירות.

השולח והנמען: השולח יכול שיהיה אדם יחיד (אישיות טבעית, personne physique) או תאגיד, הנמען הוא אדם יחיד ולא תאגיד.

ההסכמה: שליחת ההודעה מותנית בהסכמתו של הנמען (Opt in). עם זאת, גם מי שמסר לשולח את פרטי ההתקשרות עמו במהלך משא ומתן לרכישת מוצר או שירות הדומים לאלו המוצעים לו בהודעה, ייחשב כמי שהסכים לקבלת ההודעה, ובלבד שתינתן לו אפשרות קלה ויעילה להודיע על התנגדותו לקבלת ההודעה.

אופי האכיפה: האכיפה של הוראות החוק היא ציבורית, על ידי הנציבות הלאומית למידע ולחירויות - CNIL (La Commission nationale de l'informatique et des libertés), באמצעות מנגנון של תלונה, חקירה והטלת קנסות מנהליים.

דרישות נוספות: כל הודעה תכיל מידע אמין בדבר זהותו של השולח וכתובת הדואר האלקטרוני התקפה שלו.

¹⁸⁰ סעיפים 16, ו-17.

¹⁸¹ Personal Data Protection Code, Legislative Decree no. 196 dated 30 June 2003

¹⁸² האופציה של קנס מנהלי בשל ביצוע עבירות לפי סעיף 130 לקוד אינה מוזכרת בקוד.

¹⁸³ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique