

דואר-זבל בישראל – סקירת הדין המצוי והדין הרצוי*

אלעד נ' שרף**

הירידה החדה בעלות השולית של פניות שיווקיות הפכה את "דואר-הזבל" מנושא שולי לתופעה חובקת עולם בעלת השלכות כלכליות עצומות. דואר-זבל מעלה מספר רב של סוגיות טכנולוגיות ומשפטיות הנוגעות במשתמש הפרטי ובספק התקשורת, מחד גיסא, ובהתפתחותה של רשת האינטרנט כמשאב ציבורי כלל-עולמי, מאידך גיסא. כתוצאה מכך התפתח בארץ ובעולם דיון טכנולוגי ומשפטי בדרכי פעולה אפשריות לטיפול בתופעה. כך, בין היתר, הוקמו קבוצות משתמשים המפתחות פתרונות-נגד טכנולוגיים, נבחנו פתרונות משפטיים חלופיים, וחוקקו חוקים רבים במדינות העולם אשר מנסים להתמודד עם התופעה. העיסוק בתופעה לא פסח על ישראל, ובימים אלה מונחות על שולחנה של הכנסת כמה הצעות-חוק לטיפול בתופעת דואר-הזבל. מטרתו של מאמר זה היא לפתח את הדיון האקדמי בסוגיה זו. השאלה המרכזית שמאמר זה מבקש לענות עליה היא: מה ההסדר החקיקתי הראוי לטיפול בתופעת דואר-הזבל? לשם מענה לשאלה זו, המאמר מטפל בשאלה מקדמית, והיא: האם לנוכח אופייה חוצה הגבולות של תופעת דואר-הזבל יש מקום לחקיקה מקומית? בהמשך המאמר בוחן את השפעת השינויים הטכנולוגיים התכופים על הגמישות הנדרשת מהחקיקה, מחד גיסא, ועל הצורך בהסדרה מקיפה של תחום השיווק הישיר, מאידך גיסא. לבסוף, המאמר בוחן מודלים רגולטוריים אחדים שנוסו במדינות שונות, ומסיק כי מודל ה-opt-in הינו המודל הרצוי ליישום פתרון כולל בתחום.

* ברצוני להודות לאבי אלקיים על העזרה הרבה והאתגור המחשבתי, לפרופסור משה בר-ניב על הערותיו המחכימות לגרסה מוקדמת מאוד של מאמר זה, לד"ר עלי בוקשפן על העידוד והדחיפה לכתובה ולפרסום, לצחי פייס על סבלנות אינ-קץ, ובעיקר לחברי המערכת של כתב-העת משפט ועסקים – ד"ר גיא זיידמן, עו"ד ארז שחם, אריאל דינובצקי, מתי אהרון ודודו פרייל. המאמר עוסק בנושא שחלים בו בשנים האחרונות שינויים טכנולוגיים ומשפטיים רבים. תוכן המאמר משקף את המצב המשפטי נכון לאפריל 2005.

** תלמיד לתואר מוסמך, בית-הספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

מבוא

- פרק א: הבעיות שדואר-זבל יוצר
- פרק ב: ההתייחסות לדואר-זבל במשפט המשווה
- פרק ג: המצב החקיקתי בישראל והצעות-החוק
1. החקיקה הקיימת
 - (א) עילות נזיקות קיימות
 - (ב) חוק הגנת הפרטיות
 - (ג) חוק הגנת הצרכן
 - (ד) חוק המחשבים
 - (ה) סעיף 30א לחוק התקשורת
 2. הצעות-החוק
 - (א) הצעת-החוק של המועצה הישראלית לצרכנות
 - (ב) הצעת-החוק של משרד התקשורת
 - (ג) ההצעה המאוחדת
- פרק ד: הצעת עקרונות ראויים לחקיקה
1. על הצורך בחקיקה בישראל
 2. עקרון-העל – חקיקה גמישה וורסטילית
 3. פתרון כחלק מחקיקה לתחום השיווק הישיר כולו
 4. התמקדות בהגדרה מסחרית
 5. עוולה אזרחית, ולא עברה פלילית
 6. פעילות בין-לאומית ותחולה אקסטרטוריאלית
 7. איסור רמאות ואפשרות הורדה מרשימת תפוצה
 8. opt-in מול opt-out – מהו המשטר הרצוי בישראל?
- פרק ה: סיכום

מבוא

כתובת דואר אלקטרוני נפוצה כיום כמעט כמו כתובת רגילה. היא מעטרת כרטיסי-ביקור, פרסומות, יומנים וספרי טלפונים. זהו אמצעי התקשורת העיקרי של אנשים ובקרב ארגונים רבים. בארגונים מודרניים רוב התקשורת, אם לא כולה, נעשית באמצעות הדואר האלקטרוני, המאפשר העברת מידע רב בכמויות גדולות, בזמינות תמידית ובעלות מזערית. זאת ועוד, דואר אלקטרוני מאפשר שיתוף מידע וחלוקת מידע עם מספר רב של משתמשי-קצה באמצעות לחיצת כפתור קטנה. זו דרך תקשורת שאין לה את ורע

בהיסטוריה האנושית. סקר שנערך בארצות-הברית מגלה כי דואר אלקטרוני הינו הכלי השימושי ביותר של משתמשי האינטרנט. בשנת 2000 היו בעולם 505 מיליון כתובות דואר אלקטרוני, ומספר זה צפוי לגדול ליותר מ-1.2 מיליארד בשנת 2005. ההערכה היא כי בשנת 2005 יישלחו ביום ממוצע יותר מ-36 מיליארד הודעות דואר אלקטרוני.¹

תופעת דואר-הזבל החלה כתופעה שולית של הדואר האלקטרוני, אך נהפכה עם הזמן לתופעה מרכזית שמוערכת כיום ביותר מ-50% מכלל תעבורת הדואר האלקטרוני בעולם.² חברת Microsoft, למשל, מדווחת שכבר כיום שרתי Msn ו-Hotmail עוצרים יותר מ-2.4 מיליארד הודעות דואר-זבל ליום, עוד לפני שהן מגיעות לתיבות של המשתמשים.³ התפתחות דואר-הזבל מקבילה להתפתחותו של האינטרנט, ובעיקר להתפתחות האינטרנט כאמצעי פרסום. ניתן לקשר את הפרסום באמצעות הדואר האלקטרוני לתחום המתפתח של השיווק הישיר (Direct Marketing). ככל שהאינטרנט מתקדם ומתפתח כאמצעי שימושי ויומיומי, עולה קרנו של הדואר האלקטרוני כאמצעי פרסום זול, נוח ויעיל. מכאן, שיחד עם התפתחותו של ענף הפרסום באינטרנט והשימוש הלגיטימי בדואר האלקטרוני כאמצעי פרסום כזה, התפתח גם השימוש של המפרסמים בדואר-זבל – הפצה המונית של הודעות דואר אלקטרוני פרסומיות על-פי רשימת כתובות אקראית.⁴ שליחה אקראית והמונית זו של דואר-הזבל מעלה מספר רב של סוגיות טכניות, משפטיות ומוסריות, הן ברמת המשתמש הפרטי, הן ברמת ספק התקשורת והן ברמת האינטרנט כמשאב כלל-עולמי.

האמצעים שפותחו להתמודדות עם תופעת דואר-הזבל לא צלחו עד היום במיגורו. תקיפה חוזרת של ה"זבלנים" ושימוש באמצעים טכנולוגיים שונים שימשו ומשמים עדיין צרכנים בנסיונם להתמודד עם התופעה. אולם נראה כי עצם קיומו של מאמר זה, אשר מבקש לסקור את הצעות-החוק הקיימות ולהציע עקרונות לפתרון חקיקתי ראוי, מעיד על כשלונם של אמצעים אלה. דברים דומים ניתן לומר גם על ההתדיינויות המשפטיות, בעיקר בארצות-הברית, אשר הסתמכו על חקיקה קיימת ושימשו את ספקי התקשורת בסוף שנות התשעים בנסיונם להתמודד עם ה"זבלנים". ספקי תקשורת אחדים הצליחו אומנם לתבוע "זבלנים" בעזרת עילות שונות, ואף להשיג צווי מניעה, אך התדיינויות אלה, שעלותן אינה קטנה, לא הביאו לידי מיגור כוללני של התופעה.

1 ראו: Cindy M. Rice "Comment: The TCPA: A Justification for the Prohibition of Spam in 2002? Unsolicited Commercial E-mail: Why Is It Such a Problem?" 3 *N.C. J. L. & Tech.* (2002) 375

2 ראו: "Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Unsolicited Commercial Communications or 'Spam'" (January 2004) 5, available at http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2004/com2004_0028en.01.pdf (20.2.2004).

3 ראו: Bill Gates "Toward a Spam-Free Future" (June 2003) available at <http://www.microsoft.com/mscorp/execmail/2003/06-24antispam.asp> (22.11.2003)

4 לדיון מפורט יותר בנוגע לחשיבות של הגדרת דואר-הזבל ראו להלן בתת-פרק 5ד.

לצד ניתוח פסקי־דין אלה, אשר התמקדו בדרכים המשפטיות והחקיקתיות שיאפשרו התמודדות עם התופעה, ניתן לאתר כתיבה אשר טענה כי הפתרון לסוגיה טמון במנגנונים חלופיים. הצעות למנגנונים טכנולוגיים,⁵ הצעות לשנות את פרוטוקול הדואר האלקטרוני כך שיידרש תשלום בעבור כל הודעה,⁶ הצעות ליצור מציאות משפטית חדשה שבה ישלמו המפרסמים כסף בעבור הזכות לפרסם בצורה ישירה ללקוחות⁷ וכן הצעות למנגנוני ערבות שונים לשליחת כל הודעה⁸ הינם רק דוגמות של גישות והצעות קיימות לפתרון הבעיה של דואר־הזבל ללא חקיקה.⁹ במאמר זה נצא מנקודת־הנחה שפתרון טכנולוגי הינו אומנם הפתרון הראוי לבעיית דואר־הזבל, אך הוא אינו זמין בשלב זה,¹⁰ ועל־כן קיים

- 5 ראו: Stephen Cobb "The Economics of Spam" (February 2003) available at http://www.spamhelp.org/articles/economics_of_spam.pdf (11.6.2005)
- 6 ראו: Jim Nail "The Real Answer to the Spam Problem" (December 2003) available at [http://antispamcouncil.com/pdf%5CFORRESTER-Supporting%20ASC%20Microsoft "The Penny Black Project" \(2003\) at model.pdf](http://antispamcouncil.com/pdf%5CFORRESTER-Supporting%20ASC%20Microsoft%20The%20Penny%20Black%20Project.pdf) (11.6.2005)
- 7 ראו גם: Robert E. Kraut, Shyam Sunder, James Morris & others "Markets for Attention: Will Postage for Email Help?" (Working Paper, 2002) available at http://ssrn.com/abstract_id=325961 (10.4.2005)
- 8 ראו: Thede C. Loder, Marshall W. Van Alstyne & Rick Wash "Information Asymmetry and Thwarting Spam" (Working Paper, 2004) available at http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID488444_code362497.pdf?abstractid=488444&mirid=1 (11.6.2005)
- 9 ראו גם, למשל: Amir Herzberg "Controlling Spam by Secure Internet Content Selection" (July 2004) available at <http://eprint.iacr.org/2004/154.pdf> (6.3.2005)
- 10 נראה כי לא ברור גם מהו הפתרון שהתעשייה צועדת אליו. ראו: John Leyden "Confusion Reigns After FTC Spam Summit" (November 2004) available at http://www.theregister.co.uk/2004/11/16/email_authentication_summit/ (10.4.2005)
- לסקירה מקיפה של התפתחות הטכנולוגיה לאורך השנים ושל מגמות התעשייה בתחום זה

צורך בחקיקה שתאפשר התמודדות זמנית עם התופעה תוך השגת מטרות חברתיות נוספות.¹¹

הדיון בסוגיית דואר-הזבל נמצא בעיצומו גם בישראל. במהלך השנים האחרונות אנו עדים לכמה הצעות-חוק המבקשות להתמודד עם נושא דואר-הזבל.¹² מלבד זאת קיימות

Joshua Goodman, David Heckerman & Robert Rounthwaite "Stopping Spam: כיום ראו: Stopping Spam" (April 2005) available at <http://www.sciam.com/article.cfm?articleID=000F3A4B-BF70-1238-BF7083414B7FFE9F&ref=sciam> (17.4.2005)

11 בהערת-אגב ראוי לציין כי פתרונות רבים מדברים על יצירת מנגנונים לאימות והותו של השולח, אולם לדעתנו מנגנונים אלה בעייתיים מאוד משום שהם חותרים תחת אופיו של האינטרנט כעולם דעות אנונימי. היכולת לשלוח הודעות באמצעות האינטרנט לגורמים שאינם מכירים את הפרט ולהביע דעה בנושאים שונים הינה כיום חלק בלתי-נפרד מהדמוקרטיה ומחופש הביטוי במדינה המודרנית (על חשיבות האנונימיות בהקשר של חופש הביטוי מחוץ לעולם האינטרנט ראו באופן כללי: *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334), לדעתנו, רעיונות אלה יפים – בשינויים המחויבים – גם לעניינו. לכן לא בטוח שראוי לפתור את בעיית דואר-הזבל באמצעים אלה. ראו לעניין זה: Jeffrey D. Sullivan & Michael B. de Leeuw "Spam After CAN-SPAM: How Inconsistent Thinking has Made a Hash Out of Unsolicited Commercial E-Mail Policy." 20 *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.* (2004) 887, 907

916, נכתב: "The anonymity (for both seller and buyer) afforded by e-mail based solicitations has tended to skew the product mix for UCE-advertised goods to those products that (like pornography) may be in high demand but as to whose purchase consumers might otherwise encounter legal or social barriers" נראה לנו כי המחברים נותנים סיבה נוספת לגישה זו, אף שהדברים נאמרים בהקשר אחר. לדברים נוספים שיפים לעניינו אף שנאמרו בהקשר אחר, ראו ניבה אלקין-קורן "כיצד המשפט מעצב את סביבת המידע ברשת" טכנולוגיה של צדק: משפט, מדע וחברה (שי לביא עורך, תשס"ג) 223, 275: "יתרונה הגדול של רשת האינטרנט הוא הפוטנציאל הגלום בה לביוור. האפשרות של משתמשים ליטול חלק פעיל בשיח התרבותי וביצירת משמעות תלויה בביוור זה. אפשרות זו לא רק מבטיחה את חופש הביטוי של הדוברים עצמם, אלא גם חיונית לשמירה על פלורליזם וגיוון אמיתי בתכנים הכלולים בשיח הציבורי, ובתוך כך לחופש הביטוי של הציבור בכללותו." בהקשר זה ראוי להעיר כי הגבלת המפרסמים על-ידי ספקיות האינטרנט הגדולות יוצרת חשש מפני מונופול, מכיוון שספקיות האינטרנט עצמן מספקות שירותים שונים של דיוור בהסכמה. ראו לעניין זה אלעד שרף "יש מקום לשניים בתיבת אימייל" (פברואר 2004) נגיש ב-<http://www.nrg.co.il/> (23.3.2005) online/10/ART/871/289.html

12 הצעה אחת היא הצעת-חוק של המועצה הישראלית לצרכנות, שהוגשה כהצעת-חוק של חבר-הכנסת רומן ברונפמן. ראו הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון – מניעת פניות בלתי מוזמנות), התשס"ד-2004, נגיש ב-<http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/> (להלן: הצעת-החוק של המועצה). הצעה זו החליפה הצעה מוקדמת 2757.rtf (24.2.2004)

גישות שונות הגורסות כי שליחת דואר-זבל הינה פעולה אסורה ובת-פיצוי גם ללא חקיקה ספציפית בנושא.¹³ על רקע זה עולה השאלה המרכזית של מאמר זה, היוצא מנקודת-הנחה שהמחוקק הישראלי בחר לחוקק בנושא:¹⁴ מהם העקרונות הראויים לחקיקה בתחום דואר-הזבל בישראל?

בפרק א של המאמר נערוך סקירה קצרה של התופעות והבעיות המרכזיות הנובעות מדואר-הזבל. בפרק ב של המאמר תוצג סקירה קצרה של התפתחות הסוגיה המשפטית של דואר-הזבל במשפט המשווה. פרק ג של המאמר יחולק לשני חלקים עיקריים. החלק הראשון יתמקד בחקיקה הקיימת ובאפשרויות השונות להתמודד בעזרתה עם בעיית דואר-

יותר של המועצה, שלא הוגשה לכנסת אך פורסמה. ראו תיקון חוק הגנת הפרטיות (מניעת פניות בלתי מוזמנות), התשס"ג-2003, נגיש ב-<http://www.idclawreview.org/userfiles/spam.pdf> (24.2.2004). לאורך המאמר נתייחס לעיתים להצעה הישנה (להלן: הצעת-החוק הישנה של המועצה). הצעה אחרת היא תזכיר החוק של משרד התקשורת: הצעת חוק התקשורת (בוק ושידורים) (תיקון מס' 31), התשס"ד-2004, נגיש ב-http://www.moc.gov.il/new/documents/whats_new/tazkir_7.6.04.pdf (להלן: הצעת-החוק של משרד התקשורת). קיימת גם הצעת-חוק שלישית, פרטית, שהונחה על שולחן הכנסת באוקטובר 2003 - ראו הצעת חוק הגנת הפרטיות (תיקון - הסדרת פרסום באמצעות דיוור ישיר), התשס"ד-2003, נגיש ב-<http://www.knesset.gov.il/privatelaw/data/16/> (להלן: הצעת-החוק 1487.rtf (להלן: ההצעה הפרטית). ההצעה הראשונה והשלישית עברו קריאה טרומית, והועלתה כוונה לאחד אותם להצעה אחת. ראו אילן מרסיאנו וגל מור "הצעת חוק נגד דואר זבל אושרה בקריאה טרומית" (דצמבר 2004) נגיש ב-<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-3015307,00.html> (4.4.2005). בתחילת אפריל הגיעו משרד התקשורת ומשרד המשפטים להסכמה בעניין זה, והציגו הצעה מאוחדת. ראו הצעת חוק התקשורת (בוק ושידורים) (תיקון מס' 33), התשס"ה-2005, נגיש ב-http://www.netlaw.co.il/files/doc/leg_20050404_antispam_moc_israel.pdf (18.4.2005) (להלן: ההצעה המאוחדת).

13 ראו: Haim Ravia "Junk Email" (April 1999) available at <http://www.law.co.il/showarticles.php?d=e&article=23> (17.1.2004).

14 למעשה, הבחירה בחקיקה כפתרון הנכון ביותר לתופעה אינו ברור וחד-משמעי. למתנגדי חקיקה ראו: Clyde W. Crews Jr. "Why Canning 'Spam' Is a Bad Idea" 408 *Cato Institute Policy Analysis* (July 2001) 3, available at <http://www.cato.org/pubs/pas/pa408.pdf> (23.2.2004). כמו-כן עולה הטענה כי החקיקה לעולם לא תשיג את הטכנולוגיה בהתפתחותה. לעניין זה ראו: *Intel v. Hamidi*, 30 Cal. 4th 1374 (CA 2003) (hereinafter: *Intel v. Hamidi*): "Admittedly, the case would be easier if precise statutory provisions supported relief, but in the rapidly changing world of technology, in which even technologically savvy providers like America Online and CompuServe are one step behind spammers, the Legislature will likely remain three or four steps behind". עם זאת, מאמר זה יוצא כאמור מנקודת-הנחה שהשאלה אם נחוצה חקיקה בתחום נענתה בחיוב.

הזבל, תוך הסקת מסקנות מהמשפט המשווה שנסקר בפרק ב. בחלק זה ננסה לטעון שאי-אפשר להתמודד עם תופעת דואר-הזבל כמכלול באמצעות החקיקה הקיימת מכיוון שהחקיקה אינה עקבית ואינה נותנת מענה לכיד, שלם וראוי לסוגיה. הפתרונות הקיימים לוקים לטעמנו בעיקר בבעיות של אכיפה ומיעוט של סעדים לצרכן ה"פשוט" אשר נפגע מדואר-הזבל. בחלק השני של פרק ג נציג את שתי הצעות-החוק הקיימות, ננתח אותן וננסה לטעון כי גם הן חסרות ואינן מהוות את הפתרון המצופה לתופעה. כל אחת מהצעות-החוק מהווה אומנם כשלעצמה קפיצת-מדרגה בטיפול בתופעה, אבל שתיהן חסרות את הכלים והלקחים שנלמדו בעולם על-מנת שלא יישארו חוק כתוב בלבד. נראה כי ההצעות שונות זו מזו בצורה יסודית, ונעמוד על היתרונות והחסרונות של כל אחת מהגישות שבחרו המנסחים להציע. לאחר הנחת תשתית דיונית זו, נתווה בפרק ד את העקרונות הראויים, לדעתנו, לפתרון בעיית דואר-הזבל. ננסה להראות שחקיקת דואר-הזבל חייבת להיות גמישה וורסטילית, ולהשתלב במערך שלם של חקיקה אשר תסדיר את תחום השיווק הישיר. נוסף על כך ננסה להתמודד בקצרה עם סוגיית ההגדרה של דואר-הזבל, ונסביר מדוע על החקיקה להתמקד בהגדרה מסחרית. ננסה לטעון כי על החקיקה להתמקד ביצירת עוולה אורחית שתאפשר מנגנון תביעה יעיל, ולא בעברה פלילית אשר תהפוך את שולחי דואר-הזבל לעבריינים אך תיצור עוד חוק שאינו נאכף. נוסף על כך נסביר כי קיימת חשיבות גדולה להחלת דואר-הזבל בצורה אקסטרטוריאלית. הדיון המרכזי בפרק זה יתמקד בשאלת המודל הרצוי לישראל. משתי הצעות-החוק עולה השאלה אם הפתרון הישראלי צריך להיות מודל של opt-in או מודל של opt-out.¹⁵ בפרק זה ננסה לטעון כי מודל ה-opt-in הינו מודל טוב יותר וראוי יותר. לבסוף נסכם את המאמר בפרק ה, וננסה להציג את המסקנות העיקריות שעלו מן הניתוח.

פרק א: הבעיות שדואר-זבל יוצר

אין ספק כיום כי דואר-הזבל הינו תופעה קיימת ונפוצה ביותר, המעוררת בעיות רחבות. למעשה, מעטים מבין האנשים שיש להם כיום כתובת דואר אלקטרוני יכולים להגיד כי לא נתקלו כלל בדואר-זבל. היכולת של מפיץ דואר לשלוח דואר בכמויות אדירות הינה מדהימה. קיימות חברות רבות שמתמחות בשליחת 900,000 הודעות דואר אלקטרוני כמה

¹⁵ בהקשר של דואר-זבל אלקטרוני ניתן לתאר מונחים אלה בצורה הבאה. מודל של opt-out גורס כי ניתן לשלוח לכל אדם הודעות עד שהוא מבקש במפורש להפסיק. לעומת זה, על-פי מודל ה-opt-in ניתן לשלוח לאדם הודעות רק לאחר שהוא נתן הסכמה מפורשת לכך. דיון נרחב בסוגיה ניתן כאמור למצוא בפרק ד.

פעמים ביום או שמחזיקות יותר מ-25 מיליון כתובות דואר אלקטרוני למכירה.¹⁶ מפיץ דואר-זבל יכול לשלוח הודעת-זבל למיליון איש בעלות של 100 דולר.¹⁷ לאחר קריאת דברים אלה ימצאו עדיין אנשים שיטענו כי בעיית דואר-הזבל קיימת אבל אינה משמעותית. גם תיבות הדואר הפיזיות שלנו בבתינו מלאות בדואר-זבל פרסומי כבר שנים. גם בעולם האמיתי זה מציק ומעצבן את הצרכן. אותם טוענים יגדילו ויטענו כי כל מה שנדרש מהצרכן הוא ללחוץ על מקש ה-Delete - פעולה שאינה דורשת ממנו גדולות ונצורות. ניתן למצוא אף דעות שגורסות במפורש שדואר-זבל אינו מהווה בעיה כלל. לדידם של האוחזים בדעה זו, קיומו של דואר-זבל הינו עובדה שצריך לחיות איתה בעולם שמבוסס על תקשורת. במשך כל היום אנו נחשפים לפרסומות ולמסרים שאין אנו מעוניינים בהם דרך הטלוויזיה, שלטי-החוצות ותיבת הדואר הפיזית שלנו. לכן בעלי תפיסה זו שואלים מדוע שדואר-הזבל האלקטרוני ייתפס באופן שונה וידרוש התייחסות שונה.¹⁸

פרק זה ייוחד לסקירה קצרה ולא-ממצה של כמה מן הבעיות המרכזיות שדואר-הזבל יוצר, לניתוח ההשפעות השונות שלו על החברה ועל הכלכלה, ולתיאור הסכנה האמיתית שהוא מהווה לעולם האינטרנט בכלל ולעולם הדואר האלקטרוני בפרט. מבט מעמיק יותר יגלה לנו כי דואר-הזבל האלקטרוני שונה בהרבה מדואר-הזבל שאנו מקבלים לתיבות הדואר הפיזיות שלנו.¹⁹

את הבעיות שנוצרות בעקבות תופעת דואר-הזבל ניתן לחלק לכמה קבוצות. סוג

16 ראו: Rice, *supra* note 1, at p. 379.

17 ראו: Kenneth C. Amaditz "Canning 'Spam' in Virginia: Model Legislation to Control Junk E-Mail" 4 *VA J. L. & Tech.* (1999) para. 18. סכום זה היה נכון לזמן כתיבת המאמר ב-1999. כיום יש להניח שעלות השליחה נמוכה אף יותר - ראו: Carol Jones "E-mail Solicitations: Will Opening a 'Spam Free' Mailbox Ever Be a Reality?" 15 *Loy. Cons. L. Rev.* (2002) 69: "Estimates indicate that more than one-third of all e-mail sent in the United States today is spam. By 2006, experts predict that consumers will receive an average of 1400 pieces of junk e-mail every day."

18 Eric Goldman "Spam is Just a Byproduct of Our Media-Saturated World" (July 2003) available at <http://www.bayarea.com/mlid/mercurynews/6209055.htm> (23.2.2004). ראו גם אמיר שחר "ספאם? זה בסדר גמור מבחינתי" (אוגוסט 2004) נגיש ב-<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2961250,00.html> (10.4.2005). לתשובה חלקית לשאלת ההבדל בין הפרסומות ה"רגילות" לבין פרסום באמצעות דואר-זבל ראו להלן הערה 36 והטקסט הנלווה אליה.

19 לסקירה עדכנית ונרחבת יותר של התופעה ראו: OECD "Background Paper for the OECD Workshop on Spam" (January 2004) available at [http://www.oilis.oecd.org/olis/2003doc.nsf/43bb6130e5e86e5fc12569fa005d004cedfc2255d6a8a51ac.1256e240030f5b6/\\$FILE/JT00157096.pdf](http://www.oilis.oecd.org/olis/2003doc.nsf/43bb6130e5e86e5fc12569fa005d004cedfc2255d6a8a51ac.1256e240030f5b6/$FILE/JT00157096.pdf) (3.3.2005).

ראשון של בעיות הוא בעיות עם תוכנו של דואר-הזבל.²⁰ הודעות אלה, שתוכנן שקרי או פוגע לעיתים קרובות, מגיעות לאנשים שאינם רוצים בהן ואשר עלולים להיפגע מהן. תרגילי פירמידה, אתרים פורנוגרפיים המציגים קטינים, דרכים מהירות להתעשרות ומכירת מוצרי-זבל הינם דוגמות לסוגי הפרסומת שאנו רואים פעמים רבות בדואר-הזבל. הבעיה מחמירה כמובן כאשר מקבלי דואר-הזבל השקרי והפוגע הם קטינים. מעבר לכך, דואר-הזבל משמש לעיתים להפצה ולקידום של וירוסים, שמהווים בעיה כשלעצמה. הודעות אלה מופיעות עם כותרות מטעות ועם הודעות שקריות בסגנון "אם ברצונך להסיר את עצמך מרשימת תפוצה זו, לחץ כאן". במקרה הטוב לחיצה על הקישור מובילה לאתר ריק או לכתובת דואר אלקטרוני לא-קיימת. במקרה הרע הלחיצה מאמתת לשולח דואר-הזבל את קיומה של כתובת הדואר האלקטרוני של הצרכן, ועל-ידי צירופה לרשימות דואר-זבל נוספות גורמת לגידול בכמות ההודעות הלא-רצויות שהצרכן מקבל.

סוג שני של בעיות הוא בעיות של פרטיות.²¹ בעיית-הליבה בנושא הפרטיות נובעת מהתפיסה שכתובת הדואר אלקטרוני של אדם הינה מידע פרטי שיש לו זכות לשמור עליו. לטעמנו יש להתייחס למונח "פרטיות" בהקשר זה במובן הרחב של המילה. חשיבותה של כתובת הדואר האלקטרוני עולה כיום לעיתים על חשיבותה של כתובת הדואר הביתית, וחשיפתה מהווה על-כך פגיעה בפרטיותו של אדם. כלומר, עצם השגת הכתובת ללא אישור מן הצרכן היא-היא למעשה הפגיעה בפרטיותו.²² העובדה שבעקבות הגנבה של כתובת הדואר של הצרכן מתחילים להגיע אליו חומרים שאין הוא מעוניין בהם מהווה כשלעצמה פגיעה בהרגשת הפרטיות שלו.²³ אנו יודעים שכתובת הדואר מועתקות בצורות שונות מרשת האינטרנט ללא הסכמתו של הצרכן, כדי לשמש את תעשיית דואר-הזבל.²⁴ פעמים רבות הצרכן נותן את כתובתו ואינו יודע כי בכך הוא פתח למעשה את תיבת הדואר שלו

20 ראו: David E. Sorkin "Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail" 35 *U.S.F. L. Rev.* (2001) 325, 340.

21 לסקירה נרחבת של סוגיה זו ראו יניב דרוקמן ואח' "דואר או זבל? ההסדרה של דואר זבל לא-רצוי" (2004) נגיש ב-<http://techlaw.haifa.ac.il/papers/spam.pdf>.

22 ראו, למשל, סעיף 2(9) לחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128.

23 עם זאת, לטעמנו אין זה נדבך מרכזי של התופעה, ונתייחס לכך בהמשך.

24 ניתן לטעון כי פרטיותו של האדם אינה נפגעת מכיוון שלא הושג עליו מידע שמאפשר לזהותו באופן חד-משמעי, אלא רק כתובת דואר, שאף אינה מייצגת תמיד את שמו האמיתי. ראו לעניין זה דין וחשבון הוועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני (יושבת-ראש – המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט אורח) טנה שפניץ, אייר תשס"ד – מאי 2004) 91 (להלן: דו"ח הוועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני). כמו-כן ראו דרוקמן ואח', לעיל הערה 21, בעמ' 41, פסקה ג. ראו גם, לדוגמה, בש"א 6485/04 אובייקטיבי מחקרים עולמיים לישראל בע"מ נ' וואלה תקשורת בע"מ (לא פורסם, ניתן ביום 15.4.2004), שם ביקש התובע מן הנתבע לחשוף את זהותו של בעל כתובת אלקטרונית מסוימת. אולם כאמור, דעתנו בנקודה זו שונה.

לפני מבול של דואר-זבל.²⁵ למעשה, נוצר מצב שבו כתובת הדואר האלקטרוני עלולה לשמש נגד אדם בעזרת הפצתה לגורמים שונים.²⁶ סוג שלישי של בעיות נוגע בהמשך קיומו של הדואר האלקטרוני כאמצעי תקשורת. כיום דואר אלקטרוני הינו האמצעי הנפוץ והיעיל ביותר ליצירת תקשורת עם אנשים ברחבי האינטרנט. הדבר נובע מקלות ההפעלה של הדואר האלקטרוני ומעלותו הנמוכה. אולם תופעת דואר-הזבל מאיימת על עצם קיומו של האמצעי שבו היא משתמשת.²⁷ כפי שראינו, עסקים משתמשים בדואר האלקטרוני כאמצעי התקשורת המרכזי, והדבר חולל שיפור ניכר ביכולותיהם העסקיות. בשנים האחרונות דואר-הזבל פוגע בייעילות ובתועלת שעסקים מפיקים מן הדואר האלקטרוני.²⁸ נוסף על כך, דואר-הזבל

- 25 Serge Gauthronet & Etienne Drouard "Unsolicited Commercial Communications and Data Protection" (January 2001) available at http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/docs/studies/spamstudy_en.pdf (20.2.2004) 7: "Needless to say, even in countries such as the United States, which have no general data protection legislation, an e-mail address comes within the private sphere and is covered by the right to be left alone"
- 26 ראו: *School of Visual Arts v. Diane Kuprewicz*, 3 Misc. 3d 278 (N.Y. 2003). במקרה זה תבע בית-הספר עובד לשעבר, אשר עקב פיטוריו פרסם את כתובתו של בית-הספר באתרי אינטרנט תחת פרסום-שווא כי הוא מחפש עובדים, וכן הביא לידי רישומו ברשימות תפוצה של אתרים פורנוגרפיים. פעולה זו הביאה לידי הצפת השרתים של בית-הספר בכמות אדירה של הודעות, שפגעה קשות בתפקודם של מחשבי בית-הספר.
- 27 ראו: Sorkin, *supra* note 20, at p. 338: "The cost increases that would result from a massive increase in volume could even lead many sites to discontinue supporting standard e-mail altogether. Within a few years, e-mail may no longer be the near-universal method for communicating with people via the internet that it is today"
- 28 קייד מן "האם הדואר האלקטרוני ישרוד?" (מרס 2004) נגיש ב-<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2893836,00.html> (8.4.2004): "חברות כמו ג'נרל מוטורס, שלה 340,000 עובדים ברחבי העולם, עוזבות את עולם הדואר האלקטרוני. ראינו את המגמה לחזור לדואר קולי", אומר טוני סקוט, מנהל הטכנולוגיה בחברה. 'אנשים יודעים שהודעת דואר אלקטרוני דחופה יכולה ללכת לאיבוד בין כל הזבל'. העדות הסופית לגודל המשבר הופיעה במחקר של InsightExpress ... [שבוי] טענו 42% מ-500 העסקים הקטנים שהשתתפו, כי הם שוקלים לנטוש לחלוטין את השימוש בדואר אלקטרוני ככלי לתקשורת עסקית, אם תופעת דואר הזבל תימשך." ראו גם דרוקמן ואח', לעיל הערה 21, בעמ' 6: "החשש הוא שדואר הזבל יהפוך את שרות הדואר האלקטרוני לכלי לא שימושי לתקשורת עסקית. אם כמויות דואר הזבל לא יוקטנו באופן משמעותי יהפוך הדואר האלקטרוני לכלי שאינו שימושי אף לצרכים פרטיים." עם זאת, נראה כי בתקופה האחרונה המשתמשים מתחילים "להתרגל" לתופעה. ראו לעניין זה "מחקר: הגולשים מתרגלים לספאם" (אפריל 2005) נגיש ב-<http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3071001,00.html> (16.4.2005).

משמש פעמים רבות לפגיעה מכוונת בעסקים, על-ידי הצפתם בכמויות גדולות מאוד של דואר-זבל.²⁹

אך ללא ספק סוג הבעיות המרכזי, בהא הידיעה, של דואר-הזבל קשור להעברת העלויות ולשימוש במשאבים. דואר-הזבל משתמש במשאבי האינטרנט של המשתמשים ושל ספקיות האינטרנט. מעבר לכך, העלויות שנוצרות כתוצאה מהשימוש במשאבים של המשתמשים מוטלות על המשתמשים וספקי האינטרנט, ולא על המפרסמים.³⁰ דואר-הזבל מאלץ את המשתמשים לערוך פעולות של מיון דואר, וזמן רב מבוזבז על מציאת הדואר אלקטרוני הרצוי בתוך ים ההודעות המתקבלות. גם מעבר על כל ההודעות המתקבלות ומחיקת דואר-הזבל הינה פעולה שצורכת זמן. נניח שכל אחד מאיתנו מבזבז שלושים שניות ביום על מיון דואר-זבל. אם נכפיל את המספר הזה בכמות מקבלי דואר-הזבל ובכמות ימי העבודה בשנה, נקבל כמות אדירה של שעות עבודה שאובדת כל שנה רק בגלל הצורך במיון דואר-זבל. "ב-2002 גרם הדואר הלא-רצוי הזה למגור העסקי בארצות-הברית הפסדים שמוערכים בכתשעה מיליארד דולר על 'אובדן פיריון בעבודה'".³¹

דואר-הזבל מטיל עלויות קשות גם על ספקי התקשורת.³² עלויות אלה מועברות אל

29 ראו שלום-ת"מ 12214/99 (ת"א) מדינת ישראל נ' עופר שדות (לא פורסם, ניתן ביום 21.1.1999) וכן ב"ש 90198/99 עופר שדות נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 21.3.1999). ראו גם סעיף 3 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999, ס"ח 146, וכן: מיגל דויטש עוולות מסחריות וסודות מסחר (תשס"ב) 65; דו"ח הוועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני, לעיל הערה 24, בעמ' 51. ראו גם מחוזית-א 1627/01 (ת"א) מ.ש. מגנטיקס בע"מ נ' דיסקופי (ישראל) בע"מ, פ"מ תש"ס (2) 89: "בתקופתנו, תקופת האינטרנט המחשב ושאר אמצעי הקשר האלקטרוני, הקשר בין עסק לבין לקוחותיו סוכניו ואף עובדיו מתבצע פעמים רבות באמצעים אלקטרוניים. הלקוח יושב בביתו ומבצע משם הזמנת מוצרים ושירותים מעסקים בכל רחבי תבל, אם באמצעות דואר אלקטרוני או פקסימיליה ואם בשיחת טלפון. מציאות זו יוצרת דרכי גישה שונות ומגוונות לעסק. הגשמת תכלית החקיקה מחייבת הכרה בכל אחד מאמצעי הקשר האלקטרוני באמצעותם עסק מקיים קשר עם לקוחות עובדים או סוכנים, כ'גישה' לעסק במובנו של סעיף 3 דנן."

30 ראו: Sorkin, *supra* note 20, at p. 336.

31 אלכס דורון "המלחמה בדואר-הזבל" (מרס 2003) נגיש ב-<http://www.nrg.co.il/online/> archive/ART/610/400.html (0417.1.20). ראו גם: *Ferguson v. Friend-finders*, 94 Cal. App. 4th 1225 (CA. 2002), at p. 1267: "Individuals who receive UCE can experience increased Internet access fees because of the time required to sort, read, discard, and attempt to prevent future sending of UCE. If the individual undertakes this process at work, his or her employer suffers the financial consequences of the *wasted time*"

32 במונח "ספקי תקשורת" הכוונה כאן היא בעיקר ל-ISP שמספקים ללקוחותיהם כתובות

הצרכנים ולכן מחיר האינטרנט שלהם מתייקר. מומחים מעריכים כי בממוצע \$2 מהתשלום הממוצע של צרכן לספק האינטרנט שלו מיוחס לעלויות של טיפול בדואר-זבל.³³ חישוב מהיר של \$2-\$3 מתוך \$15 מביא אותנו למסקנה שבערך 20% מהתשלום החודשי שלנו לספק האינטרנט מיועדים לטיפול בדואר-זבל. כל דואר-זבל שמיועד לכתובת כלשהי חייב לעבור דרך ספק התקשורת שלו. המשמעות היא מיליוני הודעות דואר-זבל שעוברות בשרתים של הספקים. לא רק ההודעות עצמן עוברות בשרתים, אלא גם הודעות חוזרות על טעויות בכתובות וכן הודעות נאצה, תגובה או בקשה להסרה מרשימות תפוצה, אשר מיועדות למעשה לכתובות מזויפות. כמות עצומה זו של הודעות יוצרת בעיה טכנולוגית של התמודדות עם התופעה. לשרתי החברות יש כמות סופית של מקום אחסון, יכולת מוגבלת לספוג כמות רבה של תקשורת בבת-אחת וכדומה. למעשה, גל של דואר-זבל יכול לשתק לחלוטין ספק דואר או לפחות להוביל לירידה משמעותית בתפוקה ובשירות שהוא מספק. עובדה זו מאלצת את ספקי התקשורת להיות במעין "מירוץ התחמשות" נגד דואר-הזבל על-מנת שיוכלו לספק ללקוחותיהם את השירות.³⁴ על-מנת לעמוד במירוץ עליהם לקנות שרתים גדולים, להגדיל את החיבור שלהם לרשת האינטרנט ולהוציא כסף על טכנולוגיה מתקדמת שאמורה לסנן ולעצור את דואר-הזבל. העובדה שלצרכנים ולספקי התקשורת יש עלויות עקב דואר-הזבל אינה שנויה במחלוקת, וכך גם העובדה שאלה הן למעשה עלויות הפרסום של המפרסמים. למעשה,

דואר אלקטרוני. דוגמאות לכך בארץ הן החברות נטוויזן, אינטרנט זהב ובוק בינלאומי, ובארצות-הברית - חברת AOL. בהקשר של דואר אלקטרוני הכוונה היא גם לספקי דואר אלקטרוני מקוונים (ESP), דוגמת Yahoo, Hotmail ועוד. נוסף על כך, לא רק ספק תקשורת או שירות דואר אלקטרוני מקוון יכולים לספק כתובות דואר אלקטרוניות, ולכן גם ארגונים אחרים עלולים לסבול מתופעת דואר-הזבל. למשל, המרכז הבינתחומי הרצליה, אשר מספק כתובות לכל חברי הסגל, הסטודנטים, הבוגרים והמרצים, סובל אף הוא מתופעת דואר-הזבל.

33 ראו: "Approximately 10 percent of the cost of Internet access arises from the delivery of UBE, because networks must expand to ensure their functioning will not be disturbed by the unwanted messages and must design software to reduce the flood of spam. Especially where bulk e-mailers mask the true content of their messages in the 'header' (as Hamidi did), there is a shift in costs from sender to recipient that resembles 'sending junk mail with postage due or making telemarketing calls to someone's pay-per-minute cellular phone". ראו גם: CAUCE – Coalition Against Unsolicited Commercial Email "The Problem" available at <http://www.cauce.org/about/problem.shtml> (10.4.2005).

34 המאבק נמצא בעיצומו גם בימים אלה. ראו "זהירות: הובלנים אימצו שיטה חדשה" (מרס 2005) נגיש ב-<http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3059352,00.html> (23.3.2005).

דואר-הזבל הביא לידי כך שהמפרסם, אינו משלם דבר תמורת הפרסום שלו, להוציא עלות מזערית התחלתית, והעלות כולה מועברת אל הצרכנים וספקי התקשרות.³⁵ סוגי הפרסום האקטיבי שפעלו עד היום, כגון שיווק ישיר בטלפון או בדואר רגיל, לא הביאו לידי העברת עלויות המפרסם אל הצרכן בצורה קיצונית כל-כך. עצם העלות האפסית מביאה לידי כך שלמפרסם לא יהיה שום אינטרס לנצל את המשאבים שעומדים לרשותו ביעילות. זאת ועוד:³⁶

"...בפרסומות בערוצי המדיה השונים – טלוויזיה או רדיו, יש לצופים יכולת מסויימת להימנע מהפרסומות על ידי מעבר לערוץ תקשורת אחר בזמן שידור הפרסומות. הפרסומות משודרות במקבצים, דבר המקל על המשתמש להימנע מקבלת הפרסומות. דואר הזבל מכיל פרסומות באופן

35 ראו: Brad Templeton "The Math" available at <http://www.templetons.com/brad/spam/math.html> (8.12.2003): "The truth is, E-mail marketing just isn't very effective. Most people just discard it immediately. Some even filter it out in advance. Only because one can send a million for \$100 does it become worth anybody's while to do it. You only need a few sales to make back the \$100" Sorkin, *supra* note 20, at p. 338: "In most forms of communication, the sender experiences significant and, usually, measurable costs. Therefore, the sender usually had an incentive to compare the expected benefits of the communication against these costs in deciding whether to proceed with the communication, and in the case of advertisement, how broad or narrow group of prospects to target. E-mail changes the entire equation because the cost of sending unsolicited bulk e-mail is negligible. Spammers, unlike senders of non-electric communications, have little incentive to consume resources in an efficient manner"

36 דרוקמן ואח', לעיל הערה 21, בעמ' 22. עם זאת, נראה לנו כי אמירה זו רחבה מדי. איננו בטוחים שאכן ניתן לומר כי אנחנו יכולים להתחמק מפרסומות בטלוויזיה, בוודאי לא כיום, כאשר הפרסומות מופיעות בזמן התוכנית או מוכנסות כמרכיב בתוך התוכנית עצמה. ניתן בהחלט לראות את הפרסומות באינטרנט בכלל, ובדואר האלקטרוני בפרט, כמעין "מס" שאנחנו משלמים על ההנאה מהשימוש במדיה, בדיוק כמו ה"מס" שאנחנו משלמים על הצפייה בטלוויזיה. זאת ועוד, כשם שהפרסומות מממנות לנו בעקיפין את שידורי הטלוויזיה, אין ספק שקיים אינטרס שהם יממנו לנו גם את קיומו של האינטרנט. הבעיה נובעת מתופעות אחרות שמתלוות לשימוש בדואר אלקטרוני כאמצעי פרסום המוני, ובעיקר מהעברת העלויות. טיעון זה אינו מוביל לדעתנו למסקנה כי יש לעצור אמצעי פרסום זה, אלא רק להסיטו לשימוש שלא יאפשר העברת עלויות. עוד על האמצעים הרבים שעומדים למפרסמים ראו גורית קדוש "הם לא מוותרים" (נובמבר 2005) נגיב ב-<http://www.nrg.co.il/online/16/ART/872/050.html> (23.3.2005).

כזה שהמשתמשים אינם יכולים להימנע מהן. בכל רגע נתון בו ניגשת המשתמשת לערוץ התקשורת בו היא מנהלת את הדואר האלקטרוני – היא חשופה לפרסומות. אין יכולת ניטרול של הפרסומות – בשונה מזו שקיימת בערוצי המדיה הקלאסיים. דואר זבל מונע מהמשתמש את היכולת ליישם מנגנון בקרה כלשהו על כמות הפרסומות אליהן הוא חשוף.”

כאמור, הבעיה אינה נובעת רק מהעובדה שזהו אמצעי פרסום זול, אלא גם מכך שהעלויות עוברות לספקי התקשורת ולצרכנים. כפי שראינו, מפיץ דואר-הזבל אינו נושא בעלויות כלל. לעומת זה, העלויות של הצרכנים כוללות את הזמן, התשלום בעבור קו הטלפון, אי-הנוחות ואיבוד דואר לגיטימי, והעלויות לספקים מתבטאות ברכישה של אמצעי הגנה (באמצעות תוכנות או כוח-אדם), ציוד חדיש יותר וקווי תקשורת גדולים יותר, ובעסקת כוח-אדם רב יותר לתיקון תקלות ולשירות לקוחות. ללא ספק יש כאן משוואה לא-מאוזנת שנרצה לאזנה באמצעות פתרון מיטבי. בהקשר זה עולה כמובן השאלה אם יש פה כשל שוק שדורש התערבות חקיקתית או שמדובר בחוסר איוון שהשוק ימצא את דרכו לאזנו ללא התערבות פטרנליסטית של המחוקק.

חשוב לציין שדואר-הזבל פוגע גם בצדדים שלישיים שאינם במעגל הברור של התקשורת בין המפרסם למקבל ההודעה. סוג אחד של פגיעה הוא הפגיעה במוניטין של ספקי תקשורת או גופים אחרים שכתובות הדואר שלהם משמשות מסווה למפרסמים. מעבר לפגיעה במוניטין, תא הדואר או האתר של אותו גורם שה"זבלן" משתמש בשמו מוצפים בדרך-כלל עד כדי קריסה מוחלטת.³⁷

פרק ב: ההתייחסות לדואר-זבל במשפט המשווה

תופעת דואר-הזבל האלקטרוני אינה תופעה חדשה, אלא התקדמות טכנולוגית של בעיה ישנה שכולנו סובלים ממנה עד היום ברמה כזו או אחרת בתיבות הדואר הממשיות שלנו. עם זאת, באמצע שנות התשעים³⁸ החלה התופעה להתפתח בצורה מסיבית עד לממדים

37 ראו: *State of Washington v. Jason Heckel*, 143 Wn.2d 824 (WA. 2001). ראו גם להלן הערות 94, 95 והטקסט הנלווה אליהן.

38 נראה כי הפעם הראשונה שבה חוותה ה"רשת" את תופעת דואר-הזבל הייתה באפריל 1994, אז שלחו שני עורכי-דין מאריזונה דואר אלקטרוני שמפרסם את "שירותי ההגירה" שהמשרד שלהם מספק. הודעה זו התפשטה ברחבי האינטרנט והגיעה לכעשרים מיליון משתמשים. בתגובה על קבלת הדואר, רבים מן המקבלים "הפציצו" את כתובת הדואר של

האדירים שהיא מגיעה אליהם בימים אלה.³⁹ התופעה זכתה בהתייחסות משפטית ראשונה לקראת סוף שנות התשעים, בשורה של חקיקות מדינתיות בארצות-הברית⁴⁰ ובפסיקות אחדות בנושא זה בברי-המשפט המדינתיים.⁴¹ אט-אט החלה הקהילה המשפטית (כמו-גם הלא-המשפטית) להבין את הבעיות החמורות הטמונות בתופעה.⁴² הפסיקה בארצות-הברית פיתחה את התיאוריה של שליחת דואר-זבל כעוולה של הסגת גבול במיטלטלין.⁴³ במקביל התפתחו תיאוריות אחרות שביקרו גישה זו והציעו גישות חלופיות – למשל, עוולת המטרד.⁴⁴ הבעיות שעוררה התופעה יצרו גם חיבור אירוני קמעה בין ארגוני הצרכנים לבין

- משרד עורכי-הדין, עד ששרת הדואר של ספק התקשורת שלהם קרס. התעבורה הערה שנוצרה כתוצאה מהודעה זו הפילה גם את חיבורה של ניו-יורק לנד כולה לרשת האינטרנט.
- 39 ראו לעיל הערה 2 והטקסט הנלווה אליה.
- 40 ראו, לדוגמה, את החוק במדינת קליפורניה, שהייתה אחת המדינות הראשונות שחוקקה חוק בנושא: California Business and Professions Code Division 7, Part 3, Chapter 1, Article 1.8., Restrictions on Unsolicited Commercial E-mail Advertisers, §17529.1 (C) and (O) (נציין כי החוק שונה, והחוק החדש נכנס לתוקף ב-1 בינואר 2004). כמו-כן ראו: Amaditz, *supra* note 17, שם סוקר הכותב את המצב המשפטי במדינת וירג'יניה, ומציע מודל שאכן התקבל ברובו לאחר-מכן.
- 41 כדוגמה לפסיקה ראשונית בתחום ראו: *CompuServe v. Cyber Promotions*, 962 F. Supp. 1015 (1997) (hereinafter: *CompuServe v. Cyber Promotions*).
- 42 לעניין זה השווה את ההבדלים בין שני מאמריו של Sorkin, שנחשב לאחד המשפטנים המומחים בתחום זה בעולם. במאמר ראשון, משנת 1997, "Unsolicited Commercial E-Mail and the Telephone Consumer Protection Act of 1991" *Buffalo L. Rev.* (1997) 1001 – הוא מציע להרחיב חקיקה שעוסקת באיסור שליחה של פקסים ללא הסכמת המקבל גם לדואר אלקטרוני. לעומת זה, במאמר מפוכח יותר, משנת 2001 – Sorkin, *supra* note 20 – הוא סוקר בצורה מקיפה את כלל הבעיות והפתרונות הקיימים, ומסיים בנימה פסימית יותר באומרו כי לא בטוח שיהיה ניתן למצוא פתרון לבעיה.
- 43 ששמה הלועזי הוא trespass to personal property or to chattels. ראו לעניין זה: *CompuServe v. Cyber Promotions*, *supra* note 41; *Hotmail v. Van Money Pie*, 47 U.S.P.Q.2d (BNA) 1020, 1998 US Dist. LEXIS 10729 (CA. 1998), para. 39 (hereinafter: *Hotmail v. Van Money Pie*): "...defendants trespassed on Hotmail's computer space by causing tens of thousands of misdirected e-mail messages to be transmitted to Hotmail without Hotmail's authorization, thereby filling up Hotmail's computer storage space and threatening to damage Hotmail's ability to service its legitimate customers; and that defendants' acts of trespass have damaged Hotmail in terms of added costs for personnel to sort through and respond to the misdirected e-mails, and in terms of harm to Hotmail's business reputation and goodwill"
- 44 ראו: Adam Mossoff "Spam - Oy, It's Such a Nuisance!" (Working Paper) available

חברות-ענק שסופגות בדרך-כלל קיתונות של ביקורת מן הצרכנים, דוגמת חברת Microsoft, שהצטרפה למאבק הציבורי בתופעה.⁴⁵ התופעה זכתה בארצות-הברית בהד נרחב, ומעבר לחקיקה המדינתית החל לחץ על הקונגרס האמריקאי לחוקק חוק פדרלי בנושא שיאסור שליחת דואר-זבל וייצור אהידות בהקשר זה בין המדינות השונות בארצות-הברית. לפני הקונגרס הועלו הצעות-חוק רבות, שהציעו משטרים חקיקתיים שונים, אך המחוקק האמריקאי לא הצליח לגבש הסכמה על נוסח החוק.⁴⁶ אחד הדיונים המרכזיים סבב סביב השאלה אם חקיקה כזו לא תפגע בזכויות חוקתיות של המפיצים, ובעיקר בזכות לחופש הביטוי המעוגנת בחוקה האמריקאית.⁴⁷ רק בסוף שנת 2003 חוקק המחוקק האמריקאי את ה-Can Spam Act of 2003.⁴⁸ חוק זה נכנס לתוקף ב-1 בינואר 2004, והקים בארצות-הברית משטר של opt-out, משמע, כל אדם זכאי לשלוח דואר אלקטרוני פרסומי לכל אדם אחר כל עוד הוא מאפשר לו לצאת מרשימת התפוצה וכל עוד אותו אדם לא ביקש במפורש שלא ישלחו לו דואר כזה. כדי לפתור את האנשים מן הצורך להתקשר עם כל מפיץ בצורה עצמאית, הטיל המחוקק האמריקאי על ועדת הסחר הפדרלית (FTC) להקים מרשם סירוב ("מאגר אל-תשלח"),⁴⁹ אשר יאפשר

at <http://ssrn.com/abstract=460720> (3.1.2004); Dan L. Burk "The Trouble with Trespass" 4 *J. Small & Emerging Bus. L.* (2000) 27

ראו: 3 Gates, *supra* note 3.

46 לסקירה של כלל הצעות-החוק הרלוונטיות ראו: <http://www.spamlaws.com/federal/index.html>. לסקירה משפטית מקיפה יותר של כמה מההצעות המוקדמות יותר ראו: Credence E. Fogo "The Postman Always Rings 4,000 Times: New Approaches to Curb Spam" 18 *John Marshall J. Computer & Info. L.* (2000) 915, 935-940

47 ראו: 17 Santa Joseph D'Ambrosio "Should 'Junk' E-Mail Be Legally Protected?" 17 *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.* (2001) 231; Michael A. Fisher "The Right to Spam? Regulating Electronic Junk Mail" 23 *Colum. VLA J. L. & Arts* (2000) 363; Sharon K. Sandeen "In for a Calf is not Always In for a Cow: An Analysis of the Constitutional Right of Anonymity as Applied to Anonymous E-Commerce" 29 *Hastings Const. L. Q.* (2002) 527; Joshua A. Marcus "Commercial Speech on the Internet: Spam and the First Amendment" 16 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* (1998) 245 ראו גם דרוקמן ואח', לעיל הערה 21, בעמ' 3532. לעניין זה ראו גם את הדיון שנערך בטענתם של נאשמים כי חוק האוסר שליחת דואר-זבל פוגע בחופש הביטוי שלהם, אשר מעוגן בתיקון הראשון לחוקה האמריקאית: *Commonwealth of Virginia v. Jeremy Jaynes*, 65 Va. (Va. Cir. 2004) 355, 357-362

48 ראו: Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003, §7701 (hereinafter: Can Spam Act of 2003). להבדלים בין חוק זה לבין שלושים ושישה החוקים המדינתיים שהיו בתוקף לפניו, ראו: John E. Brockhoeft "Evaluating the Can-SPAM Act of 2003" 4 *Loy. Law & Tech. Ann.* (2004) 1

49 על משקל "מאגר אל-תתקשר" (Do-not-call) שהוקם בארצות-הברית על-מנת לאפשר

לכל אורח להירשם ללא תמורה, ובכך למנוע מכל מפייץ לשלוח אליו דברי פרסום. ביוני 2004 פרסמה הוועדה את מסקנות המחקר שעשתה, וקבעה כי אי-אפשר להקים רשימה כזו מבלי ליצור סכנה קשה לפגיעה בפרטיותם של הנרשמים.⁵⁰ נראה כי מסקנות אלה מעקרות מתוכן את החוק האמריקאי, שספג ביקורת רבה גם לפני פרסום זה.⁵¹ במקביל לפעילות נגד דואר-הזבל שנעשתה בארצות-הברית, טיפל האיחוד האירופי בסוגיה בצורה שונה. באופן כוללני נראה כי התשתית החקיקתית באיחוד האירופי הייתה בנויה היטב להתמודדות עם התופעה עוד לפני התפרצותה, ולכן נראה כי ההתמודדות עם

לכל אורח לבקש שלא יתקשרו אליו הביתה לשם טלמרקטינג. ראו: <https://www.donotcall.gov/default.aspx>.

50 ראו: FTC "National Do Not Email Registry – A Report to Congress" (June 2004) available at <http://www.ftc.gov/reports/dneregistry/report.pdf> (10.4.2005) 37: "For the foregoing reasons, the Commission concludes that, under present conditions, a National Do Not Email Registry in any form would not have any beneficial impact on the spam problem. It is clear, based on spammers' abilities to exploit the structure of the email system, that the development of a practical and effective means of authentication is a necessary tool to fight spam. Therefore, the Commission encourages the private market to develop an authentication standard. Authentication is not only required to make a Registry effective, but may even substantially address the underlying problem that prompted Congress to consider the establishment of a Registry"

51 הביקורת פוונה לביטולן של החקיקות המדינתיות, למדיניות ה-opt-out ולעובדה שהחוק חוקק בטרם גובש הפתרון המתאים ביותר לבעיה. ראו: Elizabeth A. Alongi "Has the U.S. Canned Spam?" 46 *Ariz. L. Rev.* (2004) 263, 286–289; Jeffrey D. Sullivan & Michael B. de Leeuw "SPAM after Can-SPAM: How Inconsistent Thinking has Made a Hash out of Unsolicited Commercial E-mail Policy" 20 *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.* (2004) 887; Grant Gross "CAN-SPAM Law: Little Impact So Far" (May 2004) available at http://www.infoworld.com/article/04/05/20/HNcanspamimpact_1.html (2.3.2005); Steve Linford "Spamhaus Position on CAN-SPAM Act of 2003 (S.877/HR 2214)" (December 2003) available at http://www.spamhaus.org/position/CAN-SPAM_Act_2003.html (2.3.2005); "Spamhaus sees the introduction of the CAN-SPAM Act of 2003 (S.877/HR 2214) as a serious failure of the United States government to understand the Spam problem" Jacquelyn Trussell "Is the government to understand the Spam problem?" 16 *Loy. Consumer L. Rev.* (2004) 175; Sameh I. Mobarek "The CAN-SPAM Act of 2003: Was Congress Actually Trying to Solve the Problem or Add to It?" 16 *Loy. Consumer L. Rev.* (2004) 247.

התופעה הייתה קלה יותר באיחוד.⁵² הדירקטיבה המהווה את ליבה של החקיקה האירופית בתחום הגנת המידע היא Directive 95/46/EC.⁵³ דירקטיבה זו עוסקת בהשגה ובעיבוד של מידע אישי, ונראה כי ההגדרה הרחבה שלה חלה גם על איסוף של כתובות דואר אלקטרוני. לכן נראה כי שליחת דואר-זבל הינה פעולה שמנוגדת להוראות הדירקטיבה.⁵⁴ בעקבות דירקטיבה זו חוקקה דירקטיבה ספציפית יותר, שעסקה בתחום הטלקומוניקציה⁵⁵ ואשר קבעה משטר של opt-out לפחות.⁵⁶ אולם בעקבות שינויי הטכנולוגיה בחר המחוקק

52 לסקירה נרחבת של התפתחות הדין באיחוד האירופי ראו: Gauthronet & Drouard, *supra* note 25. לסוגיה זו ראו את הדברים הבאים מתוך דו"ח זה: "In Europe, it was natural for the spam issue to be addressed from a legal perspective. This is because the relevant law was in place before the phenomenon ever emerged in Europe. It was not a question in Europe of drawing up new legislation to deal with a new phenomenon which was not captured by the existing laws. What had to be done was to identify the legal characteristics of spam to determine whether the existing law would have to be amended or extended in order to deal with the phenomenon or whether it would have to be repealed because it was unsuited to the practices employed on the Internet"

53 ראו: Directive 95/46/EC of 21 November 1995 of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, 1995 OJ L 281, p. 31

54 ראו: Rowan Middleton "A Taste of European Spam Regulation" 2.4(3) *PDP* (2002) 2: "Where data have not been collected directly from the data subjects, and this is the most likely scenario in the case of spamming, Article 11 states that the controller must, at the time of undertaking the recording of the personal data (or if a disclosure to a third party is envisaged, no later than the time when the data are first disclosed), provide the data subject with similar details to those set out in Article 10. The sending of spam is unlikely to comply with these provisions. The personal data will probably not have been fairly obtained (although this will depend on the exact source of the data). In addition, although it will depend upon the individual facts, given that individual consent will not have been obtained, it is unlikely that the legitimate interests criteria under Article 7(f) will apply"

55 ראו: Directive 97/66/EC of 30 January 1998 of the European Parliament and of the Council concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector, 1998 OJ L 24, p. 1

56 ראו: Middleton, *supra* note 54, at p. 3: "As far as other direct marketing methods are concerned, Member States can choose between an opt-in or an opt-out approach". *Ibid*, .opt-in משטר של *ibid*.

האירופי לחוקק חקיקה חדשה ומעודכנת יותר,⁵⁷ אשר ערכה שינוי במצב המשפטי הקיים באירופה ממשטר של opt-out למשטר של opt-in,⁵⁸ קרי - משטר שבו נדרשת הסכמת המקבל מראש לפני שליחתה של הודעת דואר-זבל.⁵⁹ הדירקטיבה האירופית החדשה קבעה כי על כל המדינות ליישמה עד לסוף חודש אוקטובר 2003. מעצם טבעה, הדירקטיבה רק מגדירה את עקרונות-המסגרת לטיפול בסוגיה. הפתרון הספציפי צריך להיקבע בכל מדינה על-ידי רשויות המדינה הספציפיות. דוגמה ליישום הדירקטיבה ניתן למצוא באנגליה, שם הותקנו תקנות לטיפול בנושא מכות הדירקטיבה.⁶⁰ תקנות 22 ו-23 בקובץ תקנות זה עוסקות בדואר האלקטרוני. בהתאם לדירקטיבה האירופית, קבעה אנגליה משטר של opt-in מרוכך. מדינות נוספות עסקו בחקיקה נמרצת בנושא הדואר האלקטרוני.⁶¹ כאמור לעיל, הדירקטיבה האירופית קבעה חובה לעגן את העקרונות בחוק של המדינות השונות עד 31 באוקטובר 2003. התקנות באנגליה נחקקו מעט אחרי תאריך זה, ובמדינות אחרות באירופה כבר הונהג מנגנון opt-in עוד לפני הדירקטיבה.⁶² מדינות נוספות בעולם הכלילו בחוקיהן התייחסות כזו או אחרת לתופעה.⁶³ מעניין במיוחד לעיין בחוק שחוקק באוסטרליה,⁶⁴ שנכנס לתוקף ב-10 באפריל 2004, אשר מציג פתרון מעניין לבעיה מרכזית שהמחוקקים השונים עוסקים בה - תחולה בין-לאומית על שולחי דואר-זבל מחוץ למדינה.⁶⁵

-
- 57 ראו: Directive 2002/58/EC of 31 July 2002 of the European parliament and of the Council concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, 2002 OJ L 201, p. 37
- 58 יש המתייחסים למנגנון שקבעה הדירקטיבה כאל opt-in מרוכך (soft opt-in) משום שהיא מאפשרת, בסעיף 13(2) שלה, יצירת קשר גם ללא opt-in ספציפי במקרה שבו המידע הושג (כחוק) כתוצאה מקשר קודם של מכירה או מתן שירות. עם זאת, הדירקטיבה קובעת כי גם במקרה כזה יש לספק ללקוח אפשרות ברורה ל-opt-out.
- 59 ראו: *supra* note 2, at p. 8.
- 60 ראו: Privacy and Electronic Communications (EC Directive) Regulations (2003).
- 61 ראו: OECD, *supra* note 19, נספחים 1 ו-2, המפרטים את החקיקה העולמית בתחום.
- 62 ראו: Gauthronet & Drouard, *supra* note 25, at p. 116. דו"ח זה, שנכתב בשנת 2001, מציין כי: "...Five countries - Germany, Austria, Denmark, Finland and Italy - have chosen an opt-in system"
- 63 ראו: Alongi, *supra* note 51, at pp. 266-268. ראו גם: <http://www.the-dma.org/antispam/spamlaws.shtml>.
- 64 ראו: Spam Act of 2003, *supra* note 48.
- 65 להסבר על בעיית התחולה הבין-לאומית ראו להלן תת-פרק 6.

פרק ג: המצב החקיקתי בישראל והצעות החוק

בישראל טרם חוקק חוק אשר עוסק באופן ספציפי ומקיף בבעיית דואר-הזבל ומתיימר לספק לה פתרון. עם זאת, קיימות גישות אחדות הגורסות כי גם החקיקה הקיימת בישראל כיום אוסרת שליחת דואר-זבל.⁶⁶ עד ליולי 2004 לא התקיים בבתי-המשפט דיון בתביעה כלשהי בנושא דואר-זבל, אולם הנושא נידון בעקיפין.⁶⁷ בימים אלה מתקיים דיון בתביעה ראשונה וישירה שהגישה ספקית האינטרנט 012 נגד מפיץ דואר-זבל.⁶⁸ כמו-כן הוגשו לאחרונה לכנסת שתי הצעות-חוק המציעות תיקוני חקיקה אשר אמורים לספק את הפתרון הרצוי לבעיה. בעקבות כך התקיימו דיונים בוועדת-המשנה של הכנסת לענייני אינטרנט.⁶⁹ בחלק הראשון של פרק זה ננסה לבחון את הדין הקיים, להשוותו לדין המשווה ולבדוק את מידת התאמתו להתמודדות עם הבעיה, תוך סימון הקשיים העיקריים בגישה זו. מכיוון שהדיונים בסוגיית דואר-הזבל בישראל הינם מועטים כל-כך, ננסה ללמוד מדרך ההתמודדות של המשפט המשווה עם הסוגיה לפני חקיקת החוקים הייעודיים שם. בחלק השני של הפרק נציג את שתי הצעות-החוק הקיימות כיום, וננסה להצביע על הקשיים שעלולים לעלות ביישומן. פרק זה יספק לנו את התשתית הדיונית שאנו זקוקים לה לקראת הפרק הבא, שבו נציג את העקרונות שעליהם יש להשתית, לדעתנו, את החקיקה הישראלית לטיפול בבעיית דואר-הזבל.

66 ראו: Ravia, *supra* note 13.

67 שלום-ת"א 006000/03 (ת"א) אבן חן אורי נ' סוויסה ניר (לא פורסם, ניתן ביום 15.9.2003; להלן: עניין אבן חן).

68 גל מור "012 קווי זהב תובעת מפיץ דואר זבל" (יולי 2004) נגיש ב-<http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2946079,00.html> (28.2.2005). שלום-ת"א (כ"ס) 5026/04 חברת 012 קווי זהב נ' אמיר גנס, תלוי ועומד לפני השופט רמי אמיר. אמיר גנס נתבע בימים אלה גם על-ידי חברת Microsoft – ראו עידו קינן "מיקרוסופט מאיימת על אמיר גנס בתביעת ענק" (פברואר 2005) נגיש ב-<http://www.nrg.co.il/online/10/ART/23.3.05/871/088.html>.

69 פרוטוקול מס' 3 משיבת ועדת-המשנה (של הוועדה לענייני מחקר ופיתוח מדעי טכנולוגי) לאינטרנט (נובמבר 2003) נגיש ב-<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/mada/2003-11-04-01.html> (3.3.2005) (להלן: פרוטוקול מס' 3); פרוטוקול מס' 5 משיבת ועדת-המשנה (של הוועדה לענייני מחקר ופיתוח מדעי טכנולוגי) לאינטרנט (נובמבר 2004) נגיש ב-<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/mada/2004-11-23.html> (3.3.2005) (להלן: פרוטוקול מס' 5).

1. החקיקה הקיימת

(א) עילות נזיקות קיימות

הסגת גבול במיטלטלין

העילה של הסגת גבול במיטלטלין קבועה בסעיף 31 לפקודת הנוזיקין, וקובעת כך:⁷⁰

”31. 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.”

למעשה, הטענה המשפטית היא ששליחת דואר-זבל רב עולה כדי הפרעה אלימה לשימוש ברשת או במחשב. יסודות העוולה הם: כוונה, הפרעה אלימה, נזק ממון וקשר סיבתי.⁷¹ טענה משפטית תנאים בעיקר לספקי תקשורת, אשר עקב הפעולות של שולחי דואר-הזבל סובלים מתופעות כגון: ירידה בתפקוד השרתים, נפילה של שרתים ונזקי ממון. עם זאת, יש הטוענים כי גם משתמשים פרטיים יכולים לטעון לקיום יסודות העוולה בעת שליחת דואר-זבל לביתם.⁷² נראה שהשימוש בעוולה זו, שהחל במשפט האמריקאי, מתחיל להכות כיום שורשים במשפט הישראלי.⁷³

בארצות-הברית העוולה הרלוונטית היא trespass to personal property or to chattels. פסק-הדין שדן לראשונה בעניין זה הוא פסק-דין *CompuServe v. Cyber Promotions*.⁷⁴ כך הציג שם בית-המשפט את הרעיון העומד מאחורי השימוש

70 פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], תשי"ב-1952, ס"ח 340 (להלן: פקודת הנוזיקין).

71 ראו עניין אבן חן, לעיל הערה 67, פסקה 16.

72 ראו: Ravia, *supra* note 13.

73 אלקין-קורן, לעיל הערה 11, בעמ' 258, הערת-שוליים 115 והטקסט הנלווה אליה. המחברת מציינת במיוחד את פרשת באדיר – מחוזית"א ת"פ 040250/99 מדינת ישראל נ' באדיר (לא פורסם, ניתן ביום 4.9.2001) – כפתיחת פתח להחלת הדוקטרינה האמריקאית בישראל.

74 ראו: *CompuServe v. Cyber Promotions, supra* note 41. חברת CompuServe הינה ספקית שירותי אינטרנט בארצות-הברית אשר מספקת ללקוחותיה כתובות דואר אלקטרוני. חברת Cyber Promotions הייתה חברת פרסום אשר השתמשה בדואר אלקטרוני על-מנת לשלוח הודעות דואר-זבל ללקוחותיה של חברת CompuServe. לאחר תלונות רבות של לקוחות, ביקשה חברת CompuServe מחברת Cyber Promotions להפסיק לשלוח הודעות דואר ללקוחותיה. לאחר שהאחרונה לא הפסיקה, פנתה CompuServe לבית-המשפט בבקשה שיורה ל-Cyber Promotions להפסיק לשלוח הודעות דואר ללקוחותיה. בניית מעמיק של המקרה, ובעזרת שימוש בעילות נוספות שנדון בהן בהמשך, קבע בית-המשפט כי פעולותיה של Cyber Promotions עולות כדי

בעוולה:⁷⁵

"To the extent that defendants' multitudinous electronic mailings demand the disk space and drain the processing power of plaintiff's computer equipment, those resources are not available to serve CompuServe subscribers. Therefore, the value of that equipment to CompuServe is diminished even though it is not physically damaged by defendants' conduct."

למעשה, אנו רואים שהעוולה משמשת ספקי תקשורת אשר מעוניינים לתבוע חברות ששולחות דואר-זבל ללקוחותיהן. העוולה מספקת להם עילה עקב הצטברותן של ההודעות והעובדה שהנזק המצרפי שלהן ניתן למדידה באופן יחסי ויש לו משמעות כלכלית. נראה שעקב כך, שימוש בעוולה זו על-ידי משתמשים פרטיים הנפגעים מדואר-זבל הינו בעיית. התפתחות מעניינת של העוולה בהקשר של שימוש בה על-ידי משתמשים פרטיים ניתן למצוא בפסק-הדין *Intel v. Hamidi*.⁷⁶ במקרה זה עובד לשעבר של חברת Intel שפוטר מעבודתו שלח מכתבי נאצה נגד החברה באמצעות הדואר האלקטרוני לכל עובדי החברה. חשוב לציין שהעובד דאג להכניס אל המכתב אפשרות להורדה מרשימת התפוצה שלו. שליחת המכתבים גרמה למהומה בחברת Intel, והמכתבים נהפכו לשיחת-היום. לאחר בקשות חוזרות ונשנות, ונסיונות טכנולוגיים לחסום את הודעותיו, תבעה חברת Intel את העובד בטענה של הסגת גבול במיטלטלין. שתי הערכאות הראשונות פסקו לטובת חברת Intel, אך לבסוף הגיע הדיון לבית-המשפט העליון של מדינת קליפורניה. בית-משפט זה, ברוב של חמישה שופטים כנגד ארבעה, קבע כי התנהגותו של הנתבע אינה עולה כדי הסגת גבול במיטלטלין.⁷⁷

הסגת גבול במיטלטלין. בהסתמכותו על פסק-דין מוקדם יותר, *Thrifty-Tel Inc. v. Bezenek*, 46 Cal. App. 4th 1559 (CA. 1996), שקבע כי אותות אלקטרוניים שנשלחים על-ידי מחשב הינם מוחשיים דיים לקביעת עילה של הסגת גבול, קבע בית-המשפט כי התנהגותה של הנתבעת עולה כדי הסגת גבול במיטלטלין. כל זאת על-סמך העובדה שפעולותיה של חברת Cyber Promotions הביאו לידי כך שמשאביה של התובעת לא היו זמינים לטובת לקוחותיה.

75 ראו: *CompuServe v. Cyber Promotions*, *ibid*, at p. 1022. ראו גם: *Hotmail v. Van Money Pie*, *supra* note 43, *ibid*

76 ראו: *Intel v. Hamidi*, *supra* note 14.

77 *Ibid*, at p. 1346: "We conclude that under California law the כך קבעו שופטי הרוב: tort does not encompass, and should not be extended to encompass, an electronic communication that neither damages the recipient computer system nor impairs its functioning. Such an electronic communication does not constitute an actionable trespass to personal property, i.e., the computer system, because it

למעשה, בית-המשפט קובע כי המרכיב החשוב ביותר בעוולה של הסגת גבול הוא הנזק. ללא מרכיב הנזק אי-אפשר להוכיח עוולה של הסגת גבול. כפי שראינו, הניתוח של בית-המשפט מוליך אותו למסקנה שהבעיה בדואר-הזבל אינה בתוכן, אלא בנזק שהוא גורם.⁷⁸ לכן, ללא הוכחת נזק, העוולה של הסגת גבול אינה רלוונטית. דעת הרוב מדגישה שהניתוח במקרה זה אינו מייתר לחלוטין את העוולה, וכי במקרים מסוימים דואר-הזבל אכן יכול לייצר נזק וליצור בכך עוולה של הסגת גבול במיטלטלין. לפי דעת הרוב, ההבדל בין מקרה זה למקרים דוגמת זה שראינו בפסק-דין *CompuServe v. Cyber Promotions*⁷⁹ הוא שכמויות הדואר שנשלחו שם אכן גרמו להאטה ולפגיעה ברשתות המחשב. כאן, לעומת זה, לא טענה חברת Intel שנגרם נזק משמעותי למערכות שלה או ליכולת המחשב שלה.

נראה כי הפירוש שנתנה דעת הרוב לעוולה סותם את הגולל על האפשרות, הקטנה מלכתחילה, שמשמשים פרטיים יוכלו להשתמש בעוולה זו נגד שולחי דואר-זבל, וזו גם הסיבה שהוא רלוונטי לענייננו. נראה כי בית-המשפט בישראל ישאב מהלכה זו⁸⁰ ומהלכות דומות בארצות-הברית, ולכן משתמש יחיד יתקשה בדרך-כלל להוכיח כי שולח דואר-זבל יחיד גרם לפגיעה חמורה או לירידה באיכות השימוש במחשבו. לכן השאלה שצריכה להישאל, לפני בחירת השימוש בעוולה זו כפתרון לסוגיה, היא על מי אנו רוצים להגן, אם העיקרון שינחה אותנו הוא הגנה על ספקי התקשורת, אזי שימוש מורחב בעוולה זו יכול להוות פתרון ברוב המקרים. לעומת זה, אם אנו רוצים לאפשר לצרכן הפשוט ואפילו

does not interfere with the possessor's use or possession of, or any other legally protected interest in, the personal property itself... The consequential economic damage Intel claims to have suffered, i.e., loss of productivity caused by employees reading and reacting to Hamidi's messages and company efforts to block the messages, is not an injury to the company's interest in its computers - which worked as intended and were unharmed by the communications - any more than the personal distress caused by reading an unpleasant letter would be an injury to the recipient's mailbox, or the loss of privacy caused by an intrusive telephone call would be an injury to the recipient's telephone equipment"

78 בצורה הפוכה, דעת המיעוט טוענת שגם אם לא נגרם נזק ממשי למערכות המחשב של Intel, עדיין נגרם לה ללא ספק נזק. מעבר לכך, לדידה של דעת המיעוט, עצם השימוש של אדם ברכוש של אחר לא למטרה שלה יועד, די בו להוות הפרה של הסגת גבול במיטלטלין. זאת ועוד, דעת המיעוט, כפי שהובעה על-ידי השופט Brown, גורסת של-Intel מגיעה זכות לשימוש בעוולה של הסגת גבול גם על רקע של תוכן בלבד. *Ibid*, at pp. 1367-1368.

79 ראו: *CompuServe v. Cyber Promotions*, *supra* note 41.
80 כפי שאכן עשה בית-המשפט בעניין אבן חן, לעיל הערה 67, החל בפסקה 14, אף שההפניה בפסק-הדין היא להחלטה בערכאה הנמוכה, שנהפכה לאחר-מכן בערעור, ואף שזו ערכאת שלום (בית-משפט לתביעות קטנות) בלבד שאין לה כוח הלכתי.

לחברה פרטית דוגמת Intel, שאינה ספקית תקשורת, להתמודד עם שולחי דואר-זבל, אזי נראה שהפתרון אינו נמצא בגדרי עוולה זו. חשוב לציין שהשימוש בעוולה "נשכחת" זו לשם התמודדות עם בעיית דואר-הזבל עורר ביקורת רבה בספרות, ואנו מצטרפים אליה. עיקר הביקורת טענה כי הסגת גבול במיטלטלין הינה עילה רחבה מדי, ודורשת "התעמלות משפטית" על-מנת ליצור פיקציה שעל-פיה שליחת אותות אלקטרוניים מהווה הסגת גבול במיטלטלין.⁸¹ מלומדים אחדים שוללים זאת מכל וכל.⁸²

מטרד

עילת המטרד קבועה בסעיף 44(א) לפקודת הנזיקין וקובעת כך:

44(א) מיטרד ליחיד הוא כשאדם מתנהג בעצמו או מנהל את עסקו או משתמש במקרקעין התפוששים בידו באופן שיש בו הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין של אדם אחר או להנאה סבירה מהם בהתחשב עם מקומם וטיבם; אך לא יפרע אדם פיצויים בעד מיטרד ליחיד אלא אם סבל ממנו נזק."

הגישה הגורסת כי יש להשתמש בעילת המטרד בתביעות בנושא דואר-זבל מתבססת על ההנחה שיש להתייחס לדואר-זבל בצורה שבה אנשים מתייחסים אליו מילולית, קרי, כאל מטרד.⁸³ עד היום לא נערכו דיונים רבים בנושא בספרות או בבתי-המשפט בארצות-הברית,⁸⁴ אך יש הגורסים כי בהשוואה להסגת גבול במיטלטלין: "Common-law nuisance suits might provide a better model."⁸⁵

81 ראו: Mossoff, *supra* note 44, at p. 16; Burk, *supra* note 44. ראו גם אלקין-קורן, לעיל הערה 11, בעמ' 257: "לכן, עילה זו כפי שיושמה על-ידי בית המשפט רחבה וגורפת מידי. העילה של הסגת-גבול במיטלטלין, שתחולתה בכל הנוגע לשרתים ברשת רחבה מאוד, עלולה ליהפך לעילת-סל כללית החלה על כל פעולה ברשת."

82 ראו מיגל דויטש "חקיקת מחשבים בישראל" עיוני משפט כב(2) 427, 446: "ספק אם העוולה של הסגת-גבול תאסור על חדירה למחשב, משום שהיא מושתתת על חדירה לאובייקט מוחשי." ובהערת-השוליים מוסיף המחבר: "ראשית, מדובר בהוראה זו בהסגת-גבול ב'טובין' שאינם כוללים גם אינטרסים מופשטים. שנית, דרושה, כאמור לעיל, 'החוקה' שאינה מתקיימת לגבי גורמים מופשטים."

83 ראו: Mossoff, *supra* note 44, at p. 4: "This Article proposes that spam should be treated under the law in precisely the same way that it is characterized in our common speech – as a nuisance"

84 ראו: *Ibid*, at p. 5.

85 ראו: Hanah Metchis & Solveig Singleton "Spam, That Ill O' the ISP: A Reality

הניתוח שמאפיין את דואר-הזבל כמטרד מתבסס על ההבדל בין עוולת המטרד לעוולה של הסגת גבול במיטלטלין.⁸⁶ קשה לתאר את התופעות שדואר-הזבל יוצר כ"שליטת ההחזקה בנכס" – מרכיב אשר דרוש להוכחת עוולה של הסגת גבול. בתי-המשפט עשו זאת בעזרת פיקציות משפטיות. לעומת זה, אין ספק כי דואר-הזבל מפריע לשימוש בנכס ולהנאה ממנו. עוולת המטרד משמשת באופן כללי להגנה על זכות השימוש במקרקעין, אולם השימוש המעשי והמוצלח בה נעשה במקרים שבהם נמנע מבעל המקרקעין השימוש הראוי ברכושו, אף אם רכוש זה לא היה האדמה עצמה.⁸⁷ מכאן עולה השאלה: "כיצד ייתכן שאלקטרונים שמפריעים לכבשים של חוואי הינם מטרד אבל אלקטרונים שנשלחים בקווי תקשורת בצורה מכוונת כהודעת דואר אלקטרוני אינם מטרד?"⁸⁸

על-פי Mossoff, נראה שהשימוש בעוולת המטרד אינו רק הפירוש הנכון לסיטואציה המשפטית, אלא גם מאפשר התמודדות ראויה עם הבעיות הנובעות משימוש בהסגת גבול, ובעיקר מייתר את הצורך בפיקציות המשפטיות, על שלל הבעיות שהן מעוררות. מעבר לכך, בעוולה של הסגת גבול – ברגע הסגת הגבול המסיג אחראי בנוזיקין, ולכן גם מספר קטן יחסית של הודעות דואר-זבל, או אפילו כמות גדולה של דואר רצוי, יכולים להוות עוולה. לעומת זה, השימוש בעוולת המטרד מאפשר לבית-המשפט לאזן בין הנזק היחסי שנגרם לבין הצורך באותן הודעות דואר והשימוש שנעשה בהן.⁸⁹

מובן שגם השימוש בעוולת המטרד אינו נקי מכל ספק משפטי.⁹⁰ ראשית, הוא לוקה

Check for Legislators", p. 14, available at <http://www.cei.org/pdf/3482.pdf> (27.2.2004).

86 ראו: Mossoff, *supra* note 44, at p. 19: "If the intrusion interferes with the right to exclusive possession of property, the law of trespass applies. If the intrusion is to the interest in the use and enjoyment of property, the law of nuisance applies"

87 דוגמות לכך הן: "...cement dust interfering with the functioning of a lumber yard, smoke and spray paint from a shipyard interfering with an automobile company's production of new cars, disruption of customer access to a store due to construction of a bank at a shopping mall, annoyance and discomfort affecting homeowners of a neighbor who kept 'junk' cars in his front yard, emission of gas and airborne particles from copper smelter interfering with husband and wife's use and enjoyment of their home, noxious odors, flies and dust from cattle feedlot interfering with agricultural use of neighboring farmland, pesticide blown by winds from farm damaging a neighboring farm's bean crop..." (*ibid*, at p. 21)

88 ראו: *Ibid*, at p. 22: "How can it be that stray electrons interfering with a farmer's sheep are a nuisance, but electrons intentionally sent over wires in the form of email are not?"

89 ראו: *Ibid*, at p. 26.

90 ראו את דבריו של Mossoff, אשר סוקר במאמרו גם את הבעיות המתעוררות כתוצאה

בבעיות המאפיינות את השימוש בכל העוולות הנזיקיות הקיימות, בעיות שנציגן בהמשך כאשר נטען כי אין להסתפק בפתרונות אלה. מעבר לכך עולה הטענה כי הרחבה של עילה זו, שנועדה לתחום המקרקעין, אל תחום המחשבים הינה צעד אחד רחוק מדי בפיתוחה, וכי לא זה התחום שיש להרחיב אליו את עוולת המטרד.⁹¹

הפרת סימני-מסחר / דילול

"The first major category of such claims argued that spammers' practice of forging headers and displaying ISPs' logos and names at the Web sites to which hyperlinks in the spam led violated ISPs' intellectual property rights in their names, trademarks, and copyrights."⁹²

ה"זבלנים" נוהגים לזייף את הכתובת שממנה נשלח דואר-הזבל. במקרים רבים הם מביאים לידי כך שלמשתמש הפשוט נראה כי ההודעה נשלחת מחברה גדולה או אפילו מספק התקשורת. אחד הצעדים שנקטו ספקי התקשורת בשל כך הוא תביעה על רקע של הפרת שמות-מסחר או דילול שם החברה. נראה כי מגמה זו של שימוש בשמות מוכרים של גופים נמצאת בירידה, ובכל מקרה אלה עוולות שאינן יכולות לשמש את המשתמש הפרטי בהתמודדות עם בעיית דואר-הזבל. דוגמה לפגיעה בשם-מסחר ניתן למצוא בפסק-דין *Hotmail v. Van Money Pie*,⁹³ שם תבעה חברת Hotmail את מפיץ דואר-הזבל על כך שההודעות ששלח נראו כאילו הגיעו מתיבות Hotmail. דוגמה לדילול שם-מסחר ניתן לראות בפסק-דין *AOL v. LCGM*.⁹⁴ בפסק-דין זה תבעה חברת AOL את מפיץ

מהתייחסות לדואר-זבל כאל מטרד: "This is not to say that treating spam as a private nuisance is without its potential faults". הכותב ממשיך ומפרט את הבעיות שהשימוש בעוולה מעורר, אך מצייין כי אף-על-פי-כן השימוש בה מהווה לדעתו פתרון טוב יותר מאשר שימוש בעוולה של הסגת גבול במיטלטלין. *Ibid*, at pp. 33-38.

91 ראו: *Ibid*, at p. 34.

92 ראו: Fogo, *supra* note 46, at p. 920.

93 ראו: *Hotmail v. Van Money Pie*, *supra* note 43, at para. 23: "The majority of these factors supports a finding that Hotmail is likely to succeed on the merits of its claims that defendants' use of the HOTMAIL mark is likely to cause consumer confusion or mistake as to the origin, sponsorship, or approval of defendants' spam e-mails and spam e-mail business, and that there are at least serious questions going to the merits of plaintiff's claims"

94 ראו: *America Online, Inc. v. LCGM, Inc.*, 46 F. Supp.2d 444 (1998), 449: "The undisputed facts establish that defendants violated 15 U.S.C. §1125(c)(1) of the

דואר-הזבל על כך שבעקבות דואר-הזבל לקוחותיה מתלוננים ומבקשים לעזוב, ובכך נוצר דילול בשוויו של סימן-המסחר AOL.

עילות נוספות וסיכום השימוש בעוולות נזיקיות

אנו רואים כי ספקי התקשורת לא נכנעו לשטף דואר-הזבל שזרם לעברם, וניסו להילחם בו ולהיפרע על נזקם בדרכים רבות. קיימות כמובן עילות נזיקיות נוספות ששימשו את ספקי התקשורת. עילות אלה אומצו מתחומים כגון הגנות נגד הונאה וחוקי מחשבים פדרליים ומדינתיים שונים, אך הללו לוקות כולן באותם חסרונות שהצגנו עד עכשיו, והשימוש בהן הולך ונעלם – בעבר בגלל חקיקת החוקים המדינתיים, וכיום בגלל החוק הפדרלי האוסר שליחת דואר-זבל.

באופן כללי אנו יכולים לראות כי העוולות הנזיקיות, לפחות בארצות-הברית, לא הביאו לידי מיגור התופעה, ואף שנתנו מענה נקודתי, הן לא חוללו שינוי משמעותי בממדיה ובמאפייניה של תופעת דואר-הזבל. העוולות בניסוחן הקיים יאפשרו לספק תקשורת שנפגע כתוצאה מדואר-הזבל להיפרע רק אם יצליח להוכיח נזק ממשי.

כשלונן של העילות הנזיקיות הכלליות (למרות ההצלחות הנקודתיות שרשמו ספקי תקשורת כאלה או אחרים) מוליך אותנו למסקנה כי יש ליצור עילה ספציפית, בחוק ייעודי, שתהיה מסוגלת להתמודד עם הבעייתיות של התחום, ואשר תאפשר גם למשתמש הפרטי לקבל סעד כאשר הוא נפגע מדואר-זבל. העילות הנזיקיות הינן דברי חקיקה מתקופה משפטית שונה, אשר אינם מתאימים לעידן המידע והאינטרנט.⁹⁵ גם Posner בספרו מעלה את הטענה כי יש מקום לרגולציה ספציפית כאשר הנוק לפרט הינו קטן מכדי ליצור תביעה על-פי המשפט המקובל.⁹⁶ מעבר לכך, נראה שניתוח זה מלמד אותנו כי ההתמקדות במתן כלים לספקי התקשורת, שהינם היחידים בדרך-כלל שיכולים להשתמש

Lanham Act, also known as the Federal Trademark Dilution Act of 1995, which provides relief to an owner of a mark whose mark or trade name is used by another person in commerce "if such use begins after the mark has become famous and causes dilution of the distinctive quality of the mark"

95 ראו להלן הערה 135, ובעיקר את דבריו של Lessig בספרו המתאר את ההשפעה של התפתחות האינטרנט על דיני זכויות היוצרים. בעולם שבו "Everything is a copy", דיני זכויות יוצרים או copyright law אינם מסוגלים לתת מענה ראוי לתופעות של העתקה דיגיטלית של זכויות יוצרים, מכיוון שהם נועדו להשיג מטרות בעולם שבו העתקה הייתה פעילות בעייתית הכרוכה במשאבים רבים.

96 בהקשר זה ראו: Richard A. Posner *Economic Analysis of Law* (New York, 1998) 402: "These simple distinctions enable predictions as to where the common law method is likely to be inferior to direct regulation. If the injury that an activity inflicts on each victim is too small to make a lawsuit a paying proposition, there is an argument for direct regulation, provided the total injury inflicted by the activity is substantial in relation to the cost of prevention"

בחוקים הקיימים במסגרת מלחמתם בתופעה, אינה פותרת את הבעיה. תפיסה זו חייבת להתרכב בתלכיד הכללי של פתרון רחב יותר לבעיית דואר-הזבל.

(ב) חוק הגנת הפרטיות⁹⁷

חוק הגנת הפרטיות קובע מנגנון תביעה אזרחי נזיקי וכן אחריות פלילית בגין מרכיב הזיוף וההונאה במאגרי המידע.⁹⁸ סעיפים 17ג עד 17ח בסימן ב לחוק מסדירים את נושא הדיוור הישיר.⁹⁹ המנגנון שהחוק יוצר לגבי החזקת המידע הוא מנגנון opt-out, שמחייב בעל מאגר מידע להוריד מרשימת התפוצה (ממאגר המידע) את כל מי שמבקש הורדה כזו. ממבט ראשון נראה שחוק זה אכן יכול להוות תרופה מתאימה, אולם כמה בעיות מרכזיות הופכות אותו, לטעמי, לכלי לא-ראוי בהתמודדות עם התופעה:

- לא ברור אם ההגדרה של מאגרי מידע הקבועה בחוק חלה על מפיצי דואר-זבל. החוק קובע כי מאגר מידע הוא "אוסף הכולל רק שם, מען ודרכי התקשרות, שכשלעצמו אינו יוצר איפיון שיש בו פגיעה בפרטיות לגבי בני האדם ששמותיהם כלולים בו, ובלבד שלבעל האוסף או לתאגיד בשליטתו אין אוסף נוסף". כפי שכבר ראינו, העלות המזערית של השגת הכתובות אינה דורשת מה"זבלנים" איסוף מידע נוסף על התנהגותו של האדם או אפילו על שמו, אלא רק רשימה של כתובות דואר.
- העוולה האזרחית שבחוק היא עוולה על-פי פקודת הנזיקין. הנזק שנגרם לצרכן הספציפי כתוצאה מדואר-זבל או מרמאות הינו נזק מזערי, אשר ברוב-רובם של המקרים לא יעורר את הצרכן מאדישותו הרציונלית ולא יניע אותו להגיש תביעה, מה-גם שמדובר לרוב בנזק שקשה להוכיחו. אין בחוק מנגנון של תביעה ייצוגית, ולכן לא נראה שלצרכן הפרטי יהיה כדאי לתבוע את מפיץ דואר-הזבל המסוים שפגע בו.¹⁰⁰

97 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א1981, ס"ח 128 (להלן: חוק הגנת הפרטיות).

98 ראו: Ravia, *supra* note 13: "It is therefore reasonable to argue that using the e-mail address of someone who has not expressly agreed to receive commercial e-mail is prohibited. The same Law goes on to provide that in the case of direct mailing (a direct approach to a person 'including... by computerized means", according to the definition in section 17C of the Law) the sender must include notice in the advertisement of the recipient's right to be removed from the database containing his details. The Hebrew junk mail that the writer has been receiving to date has not included such a notice and is therefore contrary to the Law".

99 לסקירה מדויקת יותר של ההבדלים בין דואר-זבל לבין דיוור ישיר ראו דרוקמן ואח', לעיל הערה 21, בעמ' 2.

100 ראו לעניין זה את ההצעה הפרטית, לעיל הערה 12, סעיף 17(ג8), המציע להקים מנגנון של תביעה ייצוגית.

- העברה הפלילית אינה יכולה לתת מענה, לדעתנו, עקב בעיות של אכיפה. המדינה אינה מצליחה לקיים אכיפה ראויה של החוק בכלל ואכיפה של עברות אלקטרוניות בפרט. על כך בהמשך.¹⁰¹
- החוק מטפל באלה המחזיקים את מאגר המידע, ולא דווקא במפרסמים. נראה שטיפול אפקטיבי יותר יהיה לאסור את הפרסום עצמו, ולא את דרך הפרסום. פתרון כזה ייצור כיס נוסף להיפרע ממנו, וכן ירתיע חברות מלפרסם באמצעות "זבלני-משנה".
- מעבר לכך, לא בטוח שמנגנון זה של opt-out הינו המנגנון המיטבי. למעשה, מנגנון זה מאפשר לכל הרוצה בכך לשלוח לאדם דואר פרסומי כל עוד לא ביקש במפורש שיורידו אותו מרשימת התפוצה. נשאלת השאלה שמא עליו לבקש במפורש מכל אחד ואחד מהגורמים המפרסמים הורדה מרשימת התפוצה.¹⁰²

ניתן להעלות כמה בעיות נוספות, אך מרשימה קצרה זו ניתן להבין שהסדר הדיוור הישיר בחוק הגנת הפרטיות אינו מהווה פתרון יעיל וברור לדואר-הזבל. כאמור לעיל, המועצה הישראלית לצרכנות מציעה בימים אלה תיקון לחוק הגנת הפרטיות שאמור להתמודד בצורה טובה יותר עם הבעיה. דיון נרחב בהצעה זו ניתן למצוא בפרק הבא.

(ג) חוק הגנת הצרכן¹⁰³

"2. הטעיה וניצול מצוקה"

(א) לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ענינים אלה כמהותיים בעסקה: ... (6) זהות היצרן, היבואן או גותן השירות..."

חוק הגנת הצרכן מאפשר התמודדות עם בעיות הרמאות וההונאה. היתרון שטמון בו הוא האפשרות לתביעה ייצוגית נגד שולח דואר-זבל שהטעה צרכנים רבים. עם זאת, הוא אינו מהווה כמובן פתרון כולל לבעיה, שהינה חמורה בהרבה, שהרי רבות מהודעות הדואר אינן כוללות בתוכן פרט מטעה. מובן שרבות מהבעיות שהזכרנו בהקשר של חוק הגנת הפרטיות חלות גם במקרה זה, כגון שאלת תחולת החוק עקב ההגדרה של עוסק וצרכן, והצורך בהוכחת נזק על-מנת לזכות בפיצוי.

101 ראו להלן הערה 147 והטקסט הנלווה אליה.

102 כבר ראינו לעיל בהערה 51 ובטקסט הנלווה אליה שהמחוקק האמריקאי ביקש להקים במקביל למנגנון ה-opt-out מרשם סירוב פדרלי, אך ועדת הסחר הפדרלית הגיעה למסקנה כי הקמת מנגנון כזה כרוכה בסכנה לפרטיותם של הנרשמים. בהשלכות של המשטר הנבחר נעסוק בהמשך כאשר נדון בעקרונות הראויים לחקיקה.

103 חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 248 (להלן: חוק הגנת הצרכן).

(ד) חוק המחשבים¹⁰⁴

"2. העושה שלא כדין אחת מאלה, דינו - מאסר שלוש שנים: (1) משבש את פעולתו התקינה של מחשב או מפריע לשימוש בו; (2) מוחק חומר מחשב, גורם לשינוי בו, משבשו בכל דרך אחרת או מפריע לשימוש בו."

"7. מעשה מן המעשים המנויים להלן הוא עוולה על פי פקודת הנוזיקין [נוסח חדש], והוראותיה של פקודה זו יחולו עליו - (1) הפרעה שלא כדין לשימוש במחשב או בחומר מחשב, בכל דרך שהיא, לרבות על ידי גזילת דבר המגלם חומר מחשב; (2) מחיקת חומר מחשב, גרימת שינוי בו או שיבושו בכל דרך אחרת, שלא כדין."

מטרתו של חוק המחשבים היא לטפל בבעיות הנובעות מתחום המחשב.¹⁰⁵ עם זאת, נראה כי חוק זה אינו יכול לשמש את המשתמשים הפרטיים בהתמודדות עם הבעיה בגלל הקושי בהוכחת נזק. נראה כי במצב המשפטי הקיים, שבו אין חקיקה ספציפית הנוגעת בדואר-זבל, חוק זה יאפשר רק לספקי התקשורת שמוזרמת אליהם כמות אדירה של הודעות דואר ואשר יצליחו להוכיח פגיעה בתפקוד של השרתים שלהם להשתמש בעוולה בצורה נקודתית. חוק המחשבים יכול אומנם להוות פתרון חלקי לבעיה, אבל הוא חוק פלילי במהותו. לטעמנו, כפי שכבר ציינו לעיל וכפי שנציין ביתר פירוט בהמשך, אין לבסס את הפתרון לבעיית דואר-הזבל על מנגנון פלילי, עקב אי-יכולתן של רשויות אכיפת החוק לאכוף מנגנון כזה.¹⁰⁶ לטעמנו יש לבסס את הפתרון על מנגנון אזרחי מתומרץ שישתמש בכוחות השוק לאכיפה עצמאית.¹⁰⁷

104 חוק המחשבים, התשנ"ה-1995, ס"ח 366 (להלן: חוק המחשבים).

105 ראו: Ravia, *supra* note 13: "Section 2 of the Computers Law, 5755-1995 prohibits the disruption of a computer's satisfactory operation or interference with its use. Ordinarily, one short e-mail message, that is one or two kilobytes in size, could not be construed as disrupting the operation of a computer. However, that is not the case when the message includes a large attachment that can paralyze the recipient computer's e-mail traffic for several minutes. Sending tens of thousands of e-mails simultaneously might also be construed as disrupting the satisfactory operation of the Internet service provider's computer system, as the police argued in a recent case"

106 ראו להלן הערה 147 והטקסט הנלווה אליה.
107 הסבר מפורט מדוע אין לדעתנו לעשות שימוש במנגנון פלילי לשם פתרון הבעיה של דואר-הזבל ראו להלן בתת-פרק ד5.

(ה) סעיף 30א לחוק התקשורת¹⁰⁸

"30א. (א) המשגר דבר פרסומת באמצעות פקסימיליה, ללא קבלת הסכמה מראש ובכתב של הנמען, דינו - קנס כקבוע בסעיף 61(א)(4) לחוק העונשין, התשל"ז-1977; פניה חד-פעמית מטעם משגר לנמען שהינו בית עסק, הכוללת הצעה להסכים לקבלת דברי פרסומת מטעמו, באמצעות פקסימיליה, לא תהיה עבירה לפי סעיף זה."

הבעיות שהתעוררו עקב תפוצת הפקסים בסוף שנות השמונים הניעו את המחוקק האמריקאי והישראלי לחוקק חוקים נגד השימוש בפקס למטרות פרסומיות ללא הסכמה ישירה וברורה של המקבל. יש הטוענים כי ניתן לפרש חוקים אלה בהרחבה גם בהקשר של מחשבים;¹⁰⁹

"A personal computer equipped with a standard modem and a printer (or a scanner) would qualify as a telephone facsimile machine under this definition. Many computer users have argued that 'junk e-mail' is therefore prohibited by the TCPA, and some have even brought lawsuits against e-mail marketers based upon the TCPA."

למרות בעיות של פרשנות, נראה כי ניתן לטעון טענה דומה גם בישראל. אולם הניתוח הקודם שערכנו לעולות ולחוקים קיימים מלמדנו כי גם מסעיף חוק זה לא תבוא כנראה ישועתו של המשתמש הישראלי. זאת, משתי סיבות לטעמנו. סיבה אחת היא שהפרשנות המוצעת הינה מרחיבה ביותר, והופכת שולחי דואר אלקטרוני רבים לעבריינים, ללא קביעת הגדרה ברורה לדואר-זבל. קביעה כזו מעוררת שאלות רבות הקשורות לעקרון החוקיות, כמו גם שאלות של פרשנות, ולכן נראה כי הצעה פרשנית זו לא תתקבל בישראל. הסיבה האחרת קשורה לעובדה שהסעיף מגדיר עברה פלילית, שנטל אכיפתה מוטל על כתפיהן של המשטרה ורשויות אכיפת החוק. עם זאת, עצם קיומו של

108 חוק התקשורת (בוק ושידורים), התשמ"ב-1982, ס"ח 218 (להלן: חוק התקשורת).
109 ראו: Sorkin, *supra* note 42, at p. 1002. ראו גם: Rice, *supra* note 1, at p. 394; Ravia, *supra* note 13: "Section 30A of the Telecommunications Law prohibits the transmission of advertisements by facsimile without obtaining the addressee's prior written consent. The rationale of the section lies in the fact that the transmitter of advertisements by fax is using the recipient's money and resources in order to give him information in which he is not necessarily interested. The same rationale also applies to e-mail and perhaps even more so"

הסעיף מראה כי ניתן לפגוע בזכויות שונות של מפרסמים (בעיקר בהקשר של חופש הביטוי)¹¹⁰ אם האינטרס החברתי מצדיק זאת. אכן, הצעת החוק של משרד התקשורת מציעה לשנות את הסעיף ברוח זו. על הבעיות שבהצעת החוק נעמוד בהמשך.

2. הצעות החוק

(א) הצעת החוק של המועצה הישראלית לצרכנות¹¹¹

את העיקרון העומד בבסיס ההצעה ניתן לגלות מעיון בדברי ההסבר להצעה:¹¹²

"טכנולוגיות חדשות שפותחו בשנים האחרונות הקטינו באופן משמעותי את היחס בין המאמץ הנדרש מהמשווק לבין רמת ההטרדה הנגרמת ללקוח, בכך הופר למעשה האיזון בין ההוצאה הנגרמת למפרסם לבין רמת ההטרדה הנגרמת ללקוח וכך מוצא עצמו הלקוח חשוף להטרדה בלתי פוסקת של חומר פרסומי ובהיקפים הולכים וגדלים... הפיתוח האחרון המעצים את התופעה של הטרדת הלקוח ללא עלות ליוזם הפרסום הינו [ה]דיוור האלקטרוני [ה]המוני. שיטה זו שאינה כרוכה בעלות התקשרות או בזכויות זמן של כוח אדם מאפשרת שליחת מספר גדול של דואר אלקטרוני לאלפי לקוחות בו זמנית. רוב העלויות של זמן, נייר, דיו וכו' יוטלו על הלקוח."

הצעת פתרון זו מבוססת על המודל האמריקאי להתמודדות עם בעיית דואר הובל, קרי, מודל של opt-out. ההצעה מגדירה פנייה אסורה כפנייה בלתי-מוזמנת שהינה דבר פרסומי שמטרתו מכירת מוצר או שירות ואשר אין בו תועלת ישירה לנמען. בעיקרה, ההצעה דוגלת ביצירת מרשם סירוב הדומה למאגר האמריקאי שהיה אמור לקום על-פי החוק הפדרלי האמריקאי. מאגר זה אמור לאפשר לאזרחים לעשות opt-out המוני על-ידי רישום למאגר. כל מפרסם יצטרך לבדוק אם האזרח רשם את עצמו ברשימה לפני שישלח אליו הודעה פרסומית. מוצע כי שליחת דואר לאדם שנמצא ברשימה בניגוד לאמות-המידה שהחוק קובע תהווה עברה פלילית ועוולה אזרחית. ההצעה מציעה גם לקבוע לנפגעים את הפיצוי הסטטוטורי הקבוע בסעיף 61(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977.¹¹³ ראינו כי

110 לסקירה נרחבת של סוגיית חופש הביטוי ראו את רשימת המקורות לעיל בהערה 48.

111 ראו גם את הניתוח שנעשה אצל דרוקמן ואח', לעיל הערה 21, בעמ' 42.

112 ראו הצעת החוק של המועצה, לעיל הערה 12, בעמ' 2.

113 חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226. נכון לכתובת שורות אלה, גובה הקנס יהיה שנים-עשר אלף ותשע מאות ש"ח (לפי התיקון האחרון לסעיף 61 לחוק העונשין משנת תשס"ג). בהצעת החוק הישנה של המועצה, לעיל הערה 12, נקבע קנס בגובה אלף ש"ח בלבד.

ועדת הסחר הפדרלית הודיעה כי היא ממליצה לא להקים מאגר כזה בשלב זה, עקב העובדה שהוא ייצור סכנה אמיתית לפגיעה בפרטיותם של הנרשמים.¹¹⁴ בטרם נבחן את ההצעה חשוב לציין מה היא אינה כוללת. יש לשים לב שהצעת-החוק הישנה של המועצה כללה ניסוח עמום מאוד להגדרת הודעה מסחרית. ניתן לראות זאת על-ידי בחינת הצירוף "תועלת ישירה" המופיע בהצעה הישנה. להלן סעיף 17(א) המוצע בהצעה הישנה:

"17. מאגר למניעת פניות בלתי מוזמנות
(א) 'פניה בלתי מוזמנת' – העברת מידע בדרך התקשרות כלשהי בבזק, כהגדרתו בחוק התקשרות (בזק ושירותים), תשמ"ב-1982, (העברת המידע כוללת מידע בדוא"ל, בטלפון או בכל אמצעי תקשורת אחר), אלא אם הנמען ביקש את המידע או זכאי לקבלו מכוח חוזה או חוק, מפורשות, זולת אם הפניה אינה פרסומת שמטרתה מכירת מוצר או שירות או שיש בה תועלת ישירה לנמען."

כמו במדינות רבות אחרות, גם ההצעה הישנה מתמקדת בהגדרת מסחרית לדואר-זבל, אך ההגדרה הינה רחבה, לא-ממוקדת ופתוחה לפרשנויות רבות. הכוונה בעיקר לסיפא של ההצעה, אשר מוציאה מתחום ההגדרה פניות שיש בהן תועלת ישירה לצרכן. מהי תועלת ישירה? כיצד קובעים אותה? איזו דוגמה ניתן לתת לפנייה שיווקית עם תועלת ישירה לצרכן? בארצות-הברית הגדיר המחוקק הפדרלי דואר-זבל בהגדרה רחבה, אך הטיל על מועצת הסחר הפדרלית את המשימה להגדיר ביתר פירוט את מאפייני ההודעה ולשנות את ההגדרה בהתאם לצרכים המשתנים.¹¹⁵ ניסוח לקוי של חוק עלול להוביל לפרשנות לא-רצויה,¹¹⁶ ונראה לנו שההגדרה במקרה זה אינה מדויקת מספיק. טוב עשו אם כן בהצעת-החוק של המועצה כאשר החליפו אותה בהגדרה הבאה:

הצעה דומה ניתן למצוא גם בהצעה הפרטית, לעיל הערה 12, סעיף 31א(1) הקובע קנס בסכום של חמש מאות ש"ח כקנס פלילי על הודעה שנשלחה.
114 ראו לעיל בהערה 51 ובטקסט הנלווה אליה. עם זאת, יש עדיין כאלה הטוענים כי הדבר אפשרי מבחינה טכנולוגית. ראו אבי אלקיים "הסדרת פניות שיווקיות בישראל" משפט ועסקים א (תשס"ד) 389, 402.
115 ראו: Can Spam Act of 2003, *supra* note 48, Sec. 3 17(B), at p. 5. אודיה קגן "דואר) זבל זה עניין של הגדרה" נגיש ב-http://www.netlaw.co.il/files/doc/Art_200501-7_FTC_spam_regulations_Jan_7_2005.pdf (15.04.2005).
116 בפסק-הדין *Terry Gillman v. Sprint Communications Company, L.P.*, 98 p.3d 1177 (Utah 2003) דובר באדם שנרשם לרשימת תפוצה והחל לקבל ממנה דואר אלקטרוני מסחרי, אך מאוחר יותר ביקש להוריד את עצמו מהרשימה. הבקשה התקבלה אצל החברה השולחת, אך למרות זאת נשלחה אליו הודעה יום לאחר-מכן. אותו אדם תבע את החברה על שליחת דואר-זבל בניגוד לחוק המדינתי של מדינת Utah. השופט דחה את התביעה

- 17(א) 'פניה בלתי מוזמנת' - העברת מידע בדרך התקשרות כלשהי בבזק, ומבלי להפחית מכלליות האמור לעיל, בפקס, בטלפון, בתקשורת אינטראקטיבית או בדואר אלקטרוני, זולת אחד החריגים הבאים:
- (1) הנמען ביקש את המידע מהעסק או זכאי לקבלו מכח חוק או חוזה, מפורשות.
- (2) הפניה אינה פרסומת שמטרתה מסירת מוצר או שירות."

עם זאת, נראה לנו שהבעיה האמיתית הטמונה בהצעה החדשה נובעת מהפתרון המוצע של מרשם סירוב. לא רק שלשיטתנו הפתרון הראוי הוא פתרון של opt-in, כפי שנסביר בהמשך, אלא שפתרון של opt-out באמצעות רשימה מרכזית הינו פתרון לא־רצוי.¹¹⁷ הבעיה העיקרית שפתרון זה מעורר היא כמובן הדיכוטומיות שלו. גם המתנגדים הגדולים ביותר של דיורר ישיר או של כל אמצעי פרסום חודרני אחר יסכימו כי חלק מהפרסומות הינן רצויות ויש בהן תועלת חברתית.¹¹⁸

"Consumers hate spam, but they love e-mail. And study after study shows that they like getting marketing materials via e-mail, provided they asked to get it and it interests them."

פתרון של רשימת דיורר מרכזית אחת מוליך לשימוש לא־יעיל במדיום הפרסומי של הדואר האלקטרוני, מכיוון שאיש אינו רוצה לחשוף את כתובת הדואר שלו לכל מפרסם,

בטענה כי החוק אינו חל על אדם שהיו לו יחסים עסקיים קודמים (preexisting business relationship) עם הנמען. פרשנות זו הינה בעייתית, כמובן, מכיוון שעל־פיה מי שיצר קשר עם החברה לא יוכל עוד להתנתק ממבול דואר־הובל שזו תנחית עליו. השופט, שהיה מודע לבעייתיות שבפרשנותו, התייחס לכך בפסק־הדין: "The court concedes that its reading of the Act's language could be questioned as creating an outcome the legislature could not have intended. As noted previously, however, the best evidence of legislative intent is the language the legislature enacted into law. Further, the court is precluded from examining other indicators of legislative intent if, as is the case here, the language is unambiguous. If the court's interpretation of the Act's language does not adequately reflect the legislature's intentions, the legislature is better positioned than this court to determine whether the statutory language should be clarified" (*ibid*, at para. 25).

117 ראו: David Breilind "Why Do-Not-Spam Lists are a Bad Idea" (July 2003) available at <http://techupdate.zdnet.com/techupdate/stories/main/0,14179,2914363,00.html> (26.1.2005).

118 ראו: Ian Oxman "Spam v. Profit" available at <http://www.isp-planet.com/perspectives/chooseyourmail.html> (1.3.2004).

מצד אחד, אך גם לא להוריד את עצמו מכל רשימה של כל מפרסם, מצד אחר. לכן, אם הפרט מעוניין לקבל דואר אלקטרוני פרסומי בתחום מסוים, למשל בתחום של ספרי מדע בדיוני, העלות שנוצרת לו מקבלת דואר פרסומי בכל התחומים עולה על התועלת שהוא מפיך מקבלת הדואר הפרסומי הספציפי בנושא של ספרי מדע בדיוני. לחלופין, העלות של השגת המידע בנושא של ספרי מדע בדיוני בצורה עצמאית נמוכה מהתועלת שהוא מפיך מכך שהוא אינו מקבל הודעות דואר-זבל. בזבוז זה של האינטרנט כאמצעי פרסום, אשר יכול להביא לידי תוספת תועלת גם למפרסם וגם לפרט, הינו תוצאת-לוואי של מרשמי סירוב, שניתן למונעה באמצעות דרכי פתרון אחרות. הפתרון לנושא זה טמון ביצירת מרשם סירוב לא-דיכוטומי, קרי, מרשם שיאפשר למשתמש לבחור תחומי עניין ספציפיים.¹¹⁹

לסיכום, אף שהצעת-החוק של המועצה מייצגת צעד בכיוון הנכון לטעמנו, היא דרך התמודדות לא-יעילה עם תופעת דואר-הזבל האלקטרוני. נוסף על כך, ההצעה אינה מתמודדת עם סוגיות מרכזיות הקשורות לבעיית דואר-הזבל: התייחסות למשפט הבין-לאומי, הגנה על הצרכן הפשוט ונושאים נוספים שנפרט בפרק הבא.

(ב) הצעת-החוק של משרד התקשורת¹²⁰

לעומת הצעת-החוק של המועצה, נראה כי הצעת-החוק של משרד התקשורת הולכת צעד אחד נוסף בכיוון הנכון. הצעה זו מבוססת על המודל שהתקבל באיחוד האירופי, קרי, מודל של opt-in, האוסר שליחת הודעות ללא הסכמה מוקדמת של הנמען. ההצעה מתרכזת בתיקונו של סעיף 30 לחוק התקשורת. להסדר יש תחולה רחבה, והוא חל – בדומה למודל באיחוד האירופי – גם על הודעות SMS, חיוג אוטומטי ועוד. לכלל העקרוני האוסר שליחת הודעות נקבעו שני חריגים: האחד, פנייה חד-פעמית לנמען שהינו בית-עסק במטרה להשיג את הסכמתו לקבלת דברי פרסומת; האחר, קיומה של התקשרות קודמת בין משגר ההודעה לנמען, במסגרת רכישה של מוצר או שירות, או כאשר הנמען לא הביע את התנגדותו לקבלת הודעות כאשר ניתנה לו אפשרות לעשות זאת. התנאי הוא שדבר הפרסום יתייחס למוצר או לשירות דומה למוצר שנרכש בקנייה הראשונית. בכל מקרה, ההצעה מחייבת סימון ברור של ההודעה, שולחה ודרך ההורדה מרשימת התפוצה. נראה לנו כי אף-על-פי שהפתרון הגלום בהצעה זו טוב לאין שיעור מהפתרון הגלום בהצעת-החוק של המועצה, הוא לוקה עדיין בשני חסרונות עיקריים. החיסרון הראשון הוא שהחוק אינו קובע פיצוי סטטוטורי על הפרת הוראותיו, אלא משאיר על כנו את

119 לעומת הצעת-החוק של המועצה, ההצעה הפרטית, לעיל הערה 12, מציעה להקים מאגר שמאפשר לצרכן לרשום את עצמו כלא-מעוניין לפי העדפותיו, ולא בצורה דיכוטומית. נראה לנו כי אם המחוקק מחליט לא לבחור במנגנון של opt-in, זהו יישום ראוי יותר של מנגנון opt-out. לעניין זה ראו אלקיים, לעיל הערה 114, שם.

120 ראו גם את הניתוח שנעשה אצל דרוקמן ואח', לעיל הערה 21, בעמ' 43.

ההסדר הקיים בחוק הגנת הפרטיות וקובע עברה פלילית על הפרת החוק. בעינינו, וכפי שצינו לעיל, יצירת עברה פלילית לתופעת דואר-הזבל הינה פתרון לא-יעיל, ונסביר זאת בהמשך ביתר פירוט. בכל מקרה, אי-קביעת הפיצוי הסטטוטורי משאיר על כנו את המצב הבעייתי שלפיו האזרח הקטן אינו יכול להתגונן מפני שליחת דואר-זבל לתיבתו, מכיוון שיקשה עליו להוכיח שנגרם לו נזק. למעשה, הצעת-החוק מכפיפה את עצמה לאותן בעיות שאפיינו את הנסיונות להתמודד עם בעיית דואר-הזבל באמצעות עוולות נזיקיות. החיסרון השני נוגע בבעיית ההסכמה,¹²¹ קרי, בהריגים לקבלת דואר פרסומי. לטעמנו, יש מקום להרחיב את ההגנה מפני הסכמה לא-רצונית ולא-מודעת של הפרט לקבלת הודעות פרסומת, ואין להסתפק במערכת יחסים של רכישת מוצר.¹²² הפתרון המוצע ייצור בעיות של פרשנות לגבי הקשרים בין המוצרים לבין דברי הפרסום, כמו-גם לגבי ההסכמה שניתנה.¹²³ לעניין זה ניתן לייצר פתרון-ביניים שיקבע מנגנון מיוחד ונפרד להסכמה לקבלת דבר פרסום.¹²⁴

(ג) ההצעה המאוחדת

לנוכח הניתוח שנעשה לעיל לשתי ההצעות המקוריות, ניתן להבין שרק שילוב של שתי הצעות-החוק, עם מינון מתאים של עקרונות חשובים נוספים, יכול להוות פתרון כולל ונכון לבעיית דואר-הזבל, בהסתמך על הניסיון הפסיקטי והחקיקתי בעולם. נסיון איחוד כזה אכן נעשה, ובאפריל 2005 פרסם משרד התקשורת הצעת-חוק מאוחדת, בהסכמת משרד המשפטים. הצעה זו מוסיפה להצעה של משרד התקשורת כמה מרכיבים. ראוי במיוחד לציין כי הצעה זו אינה מסתפקת בקביעת אחריות פלילית, אלא קובעת גם אחריות אזרחית על-פי פקודת הנזיקין וכן מנגנון של תביעה ייצוגית עד לחקיקתו של חוק תביעות ייצוגיות. כמו-כן נקבע מנגנון של ייחוס אחריות למנהלים בתאגיד בגין עברות על סעיף זה.

לטעמנו, אין ספק שזו ההצעה הטובה ביותר שהוצעה עד היום. אך חלק מהביקורת שהצגנו לעניין ההצעה של משרד התקשורת תקפה עדיין ועומדת. הכוונה בעיקר להעדר הפיצוי הסטטוטורי ולא-הבהירות לגבי מנגנון ההסכמה. מעבר לכך, נראה לנו כי אף-על-פי שההצעה מנסה ליצור מנגנון כולל לטיפול בכל סוגי הפרסום והשיווק הישיר (פקסימיליות, מערכות חיוג אוטומטיות, הודעות דואר אלקטרוני והודעת מסר קצר (SMS)

121 להרחבה כללית בעניין זה ראו דו"ח הוועדה לבדיקת בעיות משפטיות הכרוכות במסחר אלקטרוני, לעיל הערה 24.

122 למרמה בקבלת הסכמה בהקשר פרסומי, אך לא בהקשר של דואר אלקטרוני, ראו שלום-ת"פ 6955/98 (ת"א) מדינת ישראל נ' שחם שמואל, דינים שלום יח 486.

123 ראו לעיל הערה 116.

124 ראו למשל, בשינויים המחויבים, את חוק הגנת הצרכן, לעיל הערה 103, סעיף 14א, העוסק ברכישת יחידות נופש.

ו-MMS), היא אינה מתימרת ליצור הסדר ראוי וכוללני לתחום השיווק הישיר, תוך איזון בין הצורך בפרסום לבין הרצון למנוע הטרדה. על נקודה זו נרחיב בפרק הבא.

פרק ד: הצעת עקרונות ראויים לחקיקה

1. על הצורך בחקיקה בישראל

כעת, לאחר דיון מעמיק בתופעת דואר-הזבל, על בעיותיה, הפתרונות שהוצעו לה והדרכים שבהן ניסו להתמודד איתה בעולם, אנו מצוידים כראוי להתחיל לדון בפתרון הרצוי לישראל. כפי שראינו, חלק מהסוגיות שעולות הינן סבוכות ואינן קלות לפתרון. הפתרון לסוגיות אלה טמון פעמים רבות בהכרעה, מעין-שרירותית, המבוססת על שיקולי מדיניות. בפרק זה ננסה לשרטט את העקרונות שצריכים להנחות לדעתנו את המחוקק הישראלי בבואו להתמודד עם סוגיית דואר-הזבל האלקטרוני.

Spam או "דואר-זבל" אינו תופעה רעה בהכרח. לדרך הפרסום באמצעות האינטרנט, כולל הפרסום האגרסיבי, יש יתרונות רבים. הוא מביא לידי חיסכון בהוצאות על פרסום קונוונציונלי (בעיקר חיסכון בדפים ובעלויות של טלמרקטינג), הוא מונע שימוש בשיטות פרסום פוגעניות יותר (פקסים באמצע הלילה, שיחות-טלפון מטרידות), הוא תורם להורדת מחירי מוצרים הודות להורדת עלויות השיווק, והוא מאפשר לגורמים קטנים להיאבק במינופולים הגדולים, בין היתר על-ידי הגדלת המידע בשוק. מעבר לכך, אנשים מעוניינים בו, שאלמלא כן הוא לא היה קיים.¹²⁵ לבסוף, לחקיקה בנושא דואר-זבל יש עלויות של אכיפה, ובמנגנונים המוצעים כיום נראה כי עלויות אלה ימנעו בפועל אכיפה, מצב שיש בו משום זילות החוק, על העלויות החברתיות והכלכליות הנלוות לכך. מכאן שהפתרון צריך לסנן את התופעות השליליות של דואר-הזבל אך להותיר על כנם את היתרונות הגלומים בו.

בעיית דואר-הזבל הינה בעיה כלל-עולמית שיש לה מאפיינים עולמיים ייחודיים. חקיקה ישראלית בוודאי לא תפתור את שצף דואר-הזבל שמגיע מחוץ-לארץ, בעיקר בגלל בעיות של אכיפה.¹²⁶ עם זאת, לחקיקה הישראלית יש משמעות גדולה. כפי שראינו,

125 צביקה בשור "קניתי מספאם" (דצמבר 2004) נגיש ב-<http://www.nrg.co.il/online/10/> ART/836/091.html (2.3.2005).

126 "מבחינה טכנולוגית אנהנו בבעיה, איך החוק יכפה, איך ננסה את החוק, והדבר הכי חשוב לנו מבחינת האפקטיביות, מה זה יהיה שווה שנעשה חוק במדינת ישראל כשתשעים אחוז מהדואר שאנחנו מקבלים הוא בכלל מחוץ לארץ. אני לא זוכר שאני כל כך מוצף בדואר זבל מתוצרת ישראל. נגד מי אני אפעיל את החוק הזה. תשעים אחוז ממה שאני

מדינות רבות בעולם כבר עיגנו בחקיקתם את נושא דואר-הזבל, וישראל אינה יכולה להישאר מאחור, שכן הדבר עלול להפוך את ישראל למקלט לשולחי דואר-זבל.¹²⁷ מעבר לכך, עצם קיומו של אמצעי שיווק חדש זה, שטמון בו פוטנציאל להיווצרות קשיים ובעיות, מחייב התערבות והסדרה של המחוקק. נראה לנו כי על המחוקק להכריז, כמו בתחומים רבים אחרים, מה נחשבת להתנהגות ראויה. תחום זה מחייב עדכון מודרני של החקיקה הצרכנית, ודורש מהמחוקק להתערב ולקבוע את הסדרי ההתנהגות בתחום. כל יום שעובר מלמד אותנו על התגברותה של תופעת דואר-הזבל בישראל,¹²⁸ ויש מקום להסדיר את "כללי המשחק" לטובת החברות ה"הגונות" שבאמת רוצות להשתמש בדואר האלקטרוני כאמצעי פרסום. חקיקה מעין זו תשתלם גם לחברות וגם לצרכנים שכן היא תגביר את האפקטיביות של הפרסום.¹²⁹ גם אם חקיקה ישראלית לא תפתור את בעיית דואר-הזבל העולמי, יש לטעמנו אינטרס ברור של המחוקק הישראלי לפעול בתחום על-מנת ליישר קו עם העולם וכדי ליצור תשתית ראויה להתפתחות רצויה של שוק הפרסום בישראל באמצעות האינטרנט.¹³⁰ הנהחת תשתית ראויה לסחר האלקטרוני והתפתחות שוק הפרסום האלקטרוני צריכות לעמוד לנגד עיניו של המחוקק כחלק מהגורמים המניעים את הכלכלה המודרנית.

מקבל בדואר זבל זה תוצרת חוץ". דבריו של חבר-הכנסת מיכאל איתן, ראו פרוטוקול מס' 3, לעיל הערה 69.

127 "דבר שני, שאלת ובצדק, זה נראה כאילו לא מייצרים מפה כל כך הרבה דואר זבל, הרי רוב דואר הזבל שאני מקבל הוא באמת מחו"ל, אז מה זה יעזור. התשובה היא שזה יעזור. מכיוון שבסופו של דבר הפתרון לדואר זבל, הפתרון המסויים שיהיה בעתיד, וכנראה יהיה, הוא פתרון נורמטיבי. אם תבצע חקיקה בארצות הברית באיזה שהוא שלב, הפדרלית, ואם כבר מסתמנים דברים באיחוד האירופי, וקורים דברים, בסופו של דבר הדברים יתארגנו על ידי אמנות בינלאומיות. מה שאנחנו לא רוצים שיקרה שישראל תהפוך להיות המקלט של אותם אלה שמייצרים דואר זבל, כמו שלא רצינו שזה יהיה בהלבנת הון כך, ובעוד כמה דברים מבחינת מיסוי, אנחנו לא רוצים שישראל תיתפס בתור המקום שאליו בורחים ומפציצים בדואר זבל את שאר העולם. לכן יש מקום לשמור באותו קו עם מה שקורה בעולם ולו מהסיבה הזאת, כי הדברים האלה הם משחק דו כיווני." דבריו של דורון שקמוני, חבר ההנהלה של ארגון האינטרנט הישראלי, שם.

128 לשם המחשה של נפיצות הבעיה, ניתן לגשת לאיזור המיוחד שנבנה לדיון ולדיווח על הנושא באתר Ynet הנקרא "מטפלים בזבל": <http://www.ynet.co.il/home/1,7340,L-1916,00.html>. כמו-כן ראו אתר שהוקם באוניברסיטת חיפה לקראת כנס שנערך ב-16 בדצמבר 2004: http://law.haifa.ac.il/events/event_sites/spam/ (5.4.2005).

129 ראו דרוקמן ואח', לעיל הערה 21, בעמ' 47.

130 ראו, לשם השוואה, את הדיון בצורך לטפל בחוקי ההצפנה כתשתית לקיומו של מסחר אלקטרוני אצל ויקטור ח' בוגנים "תשתית משפטית למסחר אלקטרוני" שערי משפט א(2) (תשנ"ח), 1. לעניין הלגיטימיות של פרסום בדואר האלקטרוני ראו גם צביקה בשור "פרויקט המכשפה מגנס" (אפריל 2005) נגיש ב-<http://www.nrg.co.il/online/10/ART/919/517.html> (15.4.2005).

2. עקרון-העל – חקיקה גמישה וורסטילית

עיקרון זה, שהגדרתו "עקרון-על", הינו, לטעמנו לפחות, לב-ליבו של כל פתרון חקיקתי בסוגיה. הזמנים משתנים, הטכנולוגיה משתנה והבעיות משתנות. על-מנת להתמודד עם אלה, דרושה חקיקה מתקדמת. החוק בארצות-הברית מחייב את הקונגרס לבדוק את עצמו לאחר שנתיים.¹³¹ זהו עיקרון שעל המחוקק הישראלי לאמץ בחום אל ליבו.¹³² עיקרון זה מעוגן בשלושה נימוקים עיקריים. ראשית, חקיקה גמישה וזמנית הינה מידתית יותר. כפי שכבר ראינו, כל חקיקה נגד שולחי דואר-זבל טומנת בחובה פגיעה בזכויות חוקתיות של הפרט. חקיקה שתהיה גמישה, ואשר תבחן את התאמתה למציאות כל פרק-זמן קצוב, תהיה מידתית ותאפשר לחוק לעמוד בשלושת מבחני המידתיות אם יגיע לבחינה של בתי-המשפט. שנית, פתרון זה הינו נכון יותר מבחינה טכנולוגית. כפי שכבר ראינו, התפתחות הטכנולוגיה טומנת בחובה דרכים אפשריות של התמודדות עם התופעה ומציאת פתרון לה.¹³³ מענה טכנולוגי ראוי, שיוביל לפתרון יעיל יותר על-ידי כוחות

131 ראו: Can Spam Act of 2003, *supra* note 48, Sec. 10, at p. 19.
 132 חשוב לציין כי איני רואה מקום לאמץ דווקא את המנגנון האמריקאי, שאולי אינו מתאים לאווירה החקיקתית הישראלית. ניתן ליצור פתרון גמיש גם באמצעות סמכות רחבה להתקין תקנות-משנה או בכל דרך אחרת שתגשים את המטרה האמורה.
 133 לשם דוגמה, ראו לעיל הערות 5 עד 11 והטקסט הנלווה אליהן. עם זאת, הדברים אינם מונעים את החקיקה כיום. כלל לא בטוח שהטכנולוגיה אכן תצליח לעצור את התופעה, וכפי שכבר ציינו לעיל בהערה 11, חלק מהפתרונות הטכנולוגיים יוצרים בעיות משלהם. לעניין זה ראו דורון שקמוני "טכנולוגיות להגנה מדואר זבל: הצלחות בקרב, כשלון במערכה?" הרצאה שנישאה ביום-עיון "דואר או זבל?" שנערך באוניברסיטת חיפה ב-16.12.2004, נגיש ב-http://law.haifa.ac.il/events/event_sites/spam/: "מוחות חריפים ויצירתיים, טכנולוגית, עוסקים במציאת דרכים חדשות לבקרים להגניב דואר כזה לתיבותינו, כך שיחלוף מעל מערכות המניעה והסינון השונות. מנגד, מיטב המוחות הטכנולוגיים מן הצד המתגונן – בין היתר, ארגון התקינה של האינטרנט, אנשי אקדמיה וחברות טכנולוגיה רבות – מטכסים עצה ומפתחים שיטות מתוחכמות לסנן ולסלק דואר זבל. התוצאה היא התמודדות מתמשכת, כאשר אמצעי המשלוח, ההסוואה וההתחמקות מגילוי משתכללים מיום ליום. הצד המתגונן נמצא בחסר מתמיד, היות שבידיו מערכת דואר שגודלה כגודל רשת האינטרנט, שהתפתחה במשך 30 שנה, ושכל שינוי טכנולוגי בה קשה כשאלו. הצד התוקף, לעומתו, נהנה מגמישות, ממשאבים זמינים, ומחלוקה דיספרופורציונאלית של עלויות (העלות השולית של משלוח דבר דואר יחיד היא כמעט אפס, ולמעשה חלה על הקורבן). ועדיין, בכל בוקר קם אדם נוסף, בדרך כלל צעיר וברוב המקרים מבריק, המשוכנע שבידיו הפתרון הטכנולוגי האולטימטיבי לבעיה... המסקנות, כפי שניתן ללמוד מכותרת ההרצאה, אינן לגמרי מעודדות. ננסה להתוות את הכיוונים האפשריים לפתרון מעשי של בעיית דואר הזבל; ככל הנראה, פתרון זה לא יינתן באמצעים טכנולוגיים גרידא."

השוק, יהיה אולי גם ראוי יותר מבחינת אי-ההתערבות של המחוקק ומבחינה חוקתית. מעל לכל, כולנו מבינים שכל פתרון לבעיית דואר-הזבל יימדד במבחן התוצאה. רק הבנה והפנמה של עיקרון זה, ובחינה עצמית של הפתרון הנבחר לאחר פרק-זמן מוגדר, יאפשרו לבדוק את יעילותו של החוק ואת התאמתו למציאות הישראלית. אין ספק שהעתיד טומן בחובו אפשרויות נוספות לפתרון הבעיה של דואר-הזבל. חשוב להשאיר פתח לקליטת פתרונות אלה אל תוך המשפט הישראלי, לאחר בחינה ובדיקה של הצלחתם והשפעתם. נראה כי אם אכן יימצא פתרון כזה, הוא ידרוש תשתית חקיקתית וטכנולוגית, ולכן יש לראות בחקיקה הקיימת פתרון זמני לייצוב המצב ולתחימתו עד למציאת הפתרון המוחלט. מעבר לכך, כיום דואר-הזבל הינו עובדה קיימת שאין להתעלם ממנה. חלק מהפתרונות המוצעים היו יכולים להיות מצוינים אילו יושמו לפני ארבע, חמש או עשר שנים. לנוכח נפיצות התופעה כיום, יכול שתידרש פעילות זמנית מאזנת, ורק לאחר-מכן יהיה מקום לעבור לפתרון נכון יותר מבחינה תיאורטית.

3. פתרון כחלק מחקיקה לתחום השיווק הישיר כולו

דואר-הזבל אינו בעיה נקודתית או מבודדת. הוא חלק מן התופעה המתגברת של שיווק ישיר, אשר מאיימת על פרטיות הפרט, מצד אחד, ומעבירה אליו את עלויות השיווק, מצד אחר. דואר-הזבל הוא רק דוגמה, ונראה לנו כי המסקנות העולות ממאמר זה צריכות להשתרע הרבה מעבר להסדרת התחום הספציפי. את העקרונות המוצגים כאן, אשר משליכים באופן כללי על היחס שבין המשפט לבין הטכנולוגיה ועל ההשפעה של ההתפתחויות הטכנולוגיות על הדינים הקיימים,¹³⁴ ניתן וצריך ליישם לתחום רחב בהרבה מן התחום הצר של דואר-הזבל האלקטרוני.

לכן אסור שהפתרון לבעיית דואר-הזבל יהיה מנותק מהתמודדותו של המחוקק עם בעיית השיווק הישיר בכללותה. נראה לי כי ראוי שהמחוקק יציג פתרון ראוי לתופעה כחלק מאיזון כללי של דרכי השיווק הישיר. פתרון כזה יאפשר לאזן בין דרכי השיווק השונות והרצון לאפשר למשווקים לפרסם את מרכולתם לבין ההגנה על הפרטים. מתפתחים כיום אמצעי שיווק חדשים ורבים, וייתכן כי הדיון הנערך כאן בדואר-זבל הינו

134 כאמור, דואר-זבל אינו תופעה חדשה, אלא תופעה שהחידושים הטכנולוגיים הרחיבו אותה. נראה כי ההתפתחויות ימשיכו להרחיב את התופעה לכיוון רחב יותר של Instant, SMS, Messaging ועוד. ניתן לְדַמּוֹת זאת לשינוי המוחלט שהתחולל בדיני זכויות היוצרים בעקבות התפתחות הטכנולוגיה, וללמוד מההשפעה של החקיקה שנעשתה בתחום זה בעולם. בפרט, כאשר משווים אותה למטרותיה הראשוניות, ניתן לראות כיצד יצרה חקיקה זו בעיות נרחבות. ראו לעניין זה ניבה אלקין-קורן "הסדרה עצמית של זכויות יוצרים בעידן המידע" עלי משפט ב (תשס"ב) 319. ראו גם: Lawrence Lessig *Free Culture* (2.3.2005) available at <http://free-culture.org/freecontent> (March 2004), ובמיוחד את פרק 10 - "Property".

במידה מסוימת "מאוחר מדי". SMS, Instant Messaging וטכנולוגיות נוספות כובשות את מקומו של דואר-הזבל כאמצעי שיווק טורדני ומאיים.¹³⁵ כפי שראינו, הדירקטיבה האירופית מסדירה את כלל אמצעי השיווק הישיר תחת סעיף אחד, וכך מציעות לעשות גם ההצעה של משרד התקשורת וההצעה המאוחדת.¹³⁶ אין ספק שכל פתרון חקיקתי צריך לנסות לצפות פני עתיד ככל האפשר, ולהציב עקרונות שיתיימרו להיות נכונים בלא תלות באמצעי הטכנולוגי שימש לצורך השיווק.¹³⁷

היתרון הגדול של אמצעי הפרסום הללו הוא הזולות שלהם. בזכותה, גורמים שנבצר מהם עד היום לפרסם את העסק שלהם יכולים כעת לעשות זאת. המספרה השכונתית אינה יכולה להרשות לעצמה הדפסת עלונים, אבל היא יכולה להרשות לעצמה שליחת דואר אלקטרוני פרסומי. אם נסתכל על הכלי הפרסומי של דואר אלקטרוני (או על כל אחד מהכלים השיווקיים החדשים), נראה שאנחנו רוצים בקיומו כדי לאפשר לעסקים קטנים דרכי פרסום שלא היו להם עד היום.¹³⁸ הפחתת עלויות הפרסום מאפשרת לעסקים הקטנים להתחרות בצורה טובה יותר אפילו עם המונופולים הגדולים. כפי שכבר אמרנו, ראוי שהמחוקק ייצור תשתית משפטית למסחר אלקטרוני מכיוון שהדבר עשוי לתרום רבות לכלכלה.¹³⁹ במקום אחר אמרנו על כך את הדברים הללו:¹⁴⁰

135 ייתכן שיש להתמודד גם עם טכנולוגיות ישנות. בהצעת-החוק הישנה של המועצה, לעיל הערה 12, קיימת התייחסות מפורשת לדואר-זבל "רגיל" שמופיע בתיבות הדואר הביתיות שלנו. זאת, מכיוון שחקיקה מעין זו הינה הודמנות-פז ליצור הסדר כולל יותר לתחום השיווק הישיר כולו, ולא רק הטכנולוגי.

136 בהערת-אגב נציין כי לדעתנו אין זה הפתרון הרצוי. על המחוקק מוטלת החובה ליצור איזון בין ההגנה על הפרט לבין זרימת המסחר והיכולת לפרסם. פתרון אחד אינו מביא לידי ביטוי את כלל השיקולים הראויים שעל המחוקק לשקול בבואו לקבוע את מנגנוני השיווק המותרים. נראה כי יש אמצעי שיווק מסוימים שהיינו רוצים להתאים להם מודל שונה, אשר יאפשר, למשל, פנייה גם ללא הסכמה מראש. שילוב זה של מודלים יאפשר ליצור תשתית שיווקית כוללת ומאוזנת בראייה רחבה.

137 בהערת-אגב נציין כי נראה לנו כי ראוי להוציא את נושא השיווק הישיר – או "הדיור הישיר", כפי שהוא נקרא כיום – מתוך חוק הגנת הפרטיות. ניתן לייחד לנושא זה חוק נפרד או להכניסו לחוקים אחרים, דוגמת חוק הגנת הצרכן, לעיל הערה 103. יש להפריד בין נושאים של השגת מידע על אדם, שאכן צריכים להיות מוסדרים בחוק הגנת הפרטיות, לבין שיווק ישיר, בעיקר באמצעים כגון הדואר האלקטרוני או SMS, שבו כל מה שהמשווק זקוק לו הוא פרט מידע אחד על האדם (הווה אומר, כתובת או מספר טלפון סולרי), פרט שאינו מהווה כשלעצמו פגיעה בפרטיות מכיוון שהוא אינו מוביל לזיהויו של האדם עצמו.

138 בהתעלם מנושא הרמאויות, שאליו נתייחס להלן בתת-פרק ד7.

139 לעניין זה ראו לעיל הערה 130 והטקסט הנלווה אליה.

140 ראו שרף, לעיל הערה 11. וראו שם גם הרחבה על נושא מונופול הפרסום בדואר האלקטרוני.

"...יש אנשים שמגיבים לדרך הפרסום הזאת, קונים ומפעילים את הכלכלה. הפרסומות של גנס אינן רמייה. הן אינן מפרסמות מוצרים גרועים שאיש אינו צריך (כמו תרופות פלא) או אפילו שירותים שיכולים להיחשב כמפוקפקים (כמו אתרי פורנו). הוא מפרסם את המספרה של השכן, או פרויקטי בנייה, או חופשות זולות לחו"ל, מוצרים שכולנו צריכים, ואתם יודעים מה, לפעמים אפילו שמחים לקבל דרך הדואר האלקטרוני. חלק מהעסקים שמפרסמים דרכו לא יוכלו להרשות לעצמם לפרסם בשום דרך אחרת. אמיר גנס מאפשר להם להמשיך להתקיים."

4. התמקדות בהגדרה מסחרית

הגדרת דואר-זבל הינה משימה קשה, וניתן למצוא בספרות המשפטית הגדרות רבות.¹⁴¹ בסופו של דבר השאלה באיזו הגדרה לבחור הינה לטעמנו שאלה של מדיניות משפטית. כדברי דרוקמן:¹⁴²

"הקושי בהגדרה אינו רק עניין טכני. הוא משקף את האינטרסים היריבים בשאלת ההסדרה של הדואר האלקטרוני שלא נתבקש על ידי הנמען. לנמענים אינטרס שלא להיות מוטורדים... לשולח דואר הזבל, מנגד, יש זכות לחופש ביטוי... כמו גם זכות לחופש עיסוק... ההגדרות השונות ערות לשיקולים אילו, ומבקשות - במידה זו או אחרת של הצלחה - להפנימן לתוך ההגדרה."

אנו מאמינים, כי לפחות בשלב הראשון, עד שיהיה ניתן לבדוק את ההשפעות של קיום הגדרה מסחרית בלבד על דואר-זבל לא-מסחרי,¹⁴³ כדאי להתמקד בהגדרה המסחרית.¹⁴⁴

141 למשל: UCE – Unsolicited Commercial Email, או לחלופין, UBE – Unsolicited Bulk Email. ההגדרות השונות משפיעות כמובן על השאלה מהי הפרה של החוקים השונים ומתי שליחת הודעה נהפכת לעוולה. לסקירת ההגדרות השונות ראו: Sorkin, *supra* note 20, at pp. 327–336.

142 דרוקמן ואח', לעיל הערה 21, בעמ' 21. ראו גם את הדיוגמות שהמחברים מביאים שם. 143 בעיקר דואר-זבל בעל פן פוליטי, שעליו קיימת הגנה מוגברת של חופש הביטוי. בארצות-הברית, למשל, בתחילת שנת 2000, כלל המועמד לנשיאות סטיב פורבס בהודעת פרסום פוליטית שלו קובץ מולטימדיה שגודלו הגיע ל-1 מגה-בייט כמעט.

144 עם זאת, עולים חששות כי כל הגדרה תתחם למעשה את הנושא ותפתח גל של SPAM שיהפך ללגיטימי. ראו: Trussell, *supra* note 51: "Another potential obstacle to the CAN-SPAM Act's effectiveness is addressing legitimate spam. By regulating spam, the CAN-SPAM Act legitimizes certain types of spam. Many fear that a

עם זאת, עצם המטלה של יצירת הגדרה מסחרית אינה פשוטה כלל. מה יהיו אמות-המידה שעל-פיהן ייקבע כי הודעה הינה מסחרית? מהו קו הגבול בין הודעה מסחרית לגיטימית לבין הודעה מסחרית שהינה "דואר-זבל"?¹⁴⁵

"Commercial' is surprisingly tricky to define; one economics professor who had developed a new statistical method send unsolicited email to his colleagues at other universities letting them know about his methods and offering his text for sale; was this 'commercial' or scholarly content?"

חשוב שההגדרה תהיה מפורשת ותכלול את מאפייניה העיקריים של הודעה מסחרית. נראה כי לא יהיה ניתן למנוע התדיינויות משפטיות שיעסקו בפירוש ההגדרה, לפחות בשלב הראשון, אך לדעתנו, בטווח הארוך יהיה ניתן להגיע להגדרות ברורות ומדויקות. בחירת הגדרה מסחרית תאפשר גם פתרון מידתי יותר וממוקד יותר לבעיה. נראה גם כי העובדה שרוב דואר-הזבל האלקטרוני כיום הוא על רקע מסחרי מחזקת את מסקנתנו בדבר התמקדות בהגדרה זו. עם זאת, מעקרון-העל שהוגדר לעיל, הקובע כי החקיקה חייבת להיות גמישה וורסטילית, נובע כי חשוב לבחון את ההשפעה של הגדרה מסוימת על התפשטותו של דואר-הזבל הלא-מסחרי (בעיקר הפוליטי), ולהתאים בהמשך את החקיקה להתפתחות זו.

5. עוולה אזרחית, ולא עבירה פלילית

חלק מהמדינות, כמו גם הצעת-החוק של משרד התקשורת, בחרו להפוך את שליחת דואר-הזבל לעבירה פלילית. שולח דואר-הזבל במדינות אלה חשוף לקנסות ואפילו לעונשי מאסר.¹⁴⁶ עם זאת, ראינו את חוסר השלמות בחלק ממנגנוני האכיפה האזרחיים במדינות השונות. כדוגמות ניתן לציין את אי-קיומו של פיצוי סטוטורי באנגליה ואת חוסר האפשרות של צרכנים פרטיים לתבוע על-פי החוק הפדרלי החדש בארצות-הברית.

wave of legitimate spam will be unleashed from companies that previously feared being labeled as spammers. The result would be the continued increase in the amount of spam sent daily. Thus, the legitimization of some spam could defeat one of the main purposes of anti-spam legislation, namely a decrease in the costs and burdens associated with the exponential increase in spam"

ראו: Metchis & Singleton, *supra* note 85.

146 ראו "ארה"ב: ספאמרים ישלמו פיצויים בסך מיליארד דולר" (דצמבר 2004) נגיש ב-<http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3020536,00.html>

לטעמנו, הגישה בישראל צריכה להיות שונה. כשלונן של רשויות האכיפה בתחומים שונים בישראל, הנטל הבטחוני הרב שמוטל עליהן ובעיות תקציב מוליכים אותנו למסקנה כי אין מקום להטיל על רשויות אכיפת החוק את נטל החקירה והאכיפה של חוקי דואר-זבל.¹⁴⁷ זמיר מתייחס במאמרו לתופעה זו:¹⁴⁸

"מצב שבו הכנסת מקבלת חוק ואחר כך אין משאבים מספיקים ליישמו או לאכיפתו הינו תופעה שחוזרת על עצמה בהקשרים שונים. הכנסת יודעת על כך ומשלימה עם כך, ולא-פעם נראה שהיא אפילו אינה מתעניינת בכך. ככלל, דומה שהכנסת אינה מייחסת חשיבות מספקת לשאלה מה יקרה בפועל לחוק שיצא מתחת ידיה, ואילו הממשלה מקצה את המשאבים המוגבלים לאו דווקא לפי סדר העדיפויות של שלטון החוק. לדוגמה, בעת הדיון בכנסת בהצעת חוק המתווכים במקרקעין... בקריאות השנייה והשלישית, אמר חבר-הכנסת דן מרידור, שכיהן כשר המשפטים בשעה שההצעה הוגשה לכנסת כארבע שנים קודם לכן: 'שאלנו את משרד המשפטים: יש לכם תקציב לאכוף את זה? יש לכם תקנים? אמרו: אין לנו.' ראו דברי הכנסת התשנ"ו, מיום 9.1.1996, עמ' 3048. אף-על-פי-כן, לא היה בכך כדי לעכב את המשך הדיון או למנוע את קבלת החוק. יש להתחשב במציאות זאת בעת הדיון בהצעה לחוק חוק פיקוח, משום שחוק פיקוח ללא מנגנון אכיפה כמוהו כמכונית ללא מנוע."

147 ראו לעניין זה יצחק זמיר "פיקוח ציבורי על פעילות פרטית" משפט ועסקים ב (תשס"ו), הערת-שוליים 59 בעמ' 23, 51-53 ו-78-79, שם הוא כותב: "בהתחשב במספרם העצום של הסדרי הפיקוח בתחומים רבים, וכן בהיקפם ובעוצמתם, אפשר להניח כי במקרים רבים יש יסוד לנקוט הליכים פליליים בגין הפרת ההסדרים. אולם נראה כי בפועל המקרים שבהם נפתחים הליכים פליליים בגין הפרת הסדרי פיקוח הינם מעטים באופן יחסי. הסיבות לכך הן, כנראה, המשאבים הרבים הנדרשים לניהול הליך פלילי, והעומס הכבד המוטל על המשטרה, פרקליטות המדינה ובתי-המשפט בשל ריבוי ההליכים הפליליים בעברות חמורות. הרושם הכללי הוא שרמת האכיפה של רבים מחוקי הפיקוח הינה נמוכה." ראוי לציין לעניין זה את דבריו של השופט חשין בבג"ץ 53/96 תשלוכת ח. אלוני בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר, פ"ד נב(2) 1: "ועדיין לא דיברנו - ויכולנו להוסיף ולדבר ארוכות - על המכה האנושה שמחדלי-אכיפה עלולים להביא על עצם קיומו של שלטון החוק. חוק שהרשויות אינן עושות לאכיפתו כהילכתו, יפה היה לו שלא נחקק משנחקק. חוק שאינו נאכף מוטב לו שלא ייחקק, משייחקק ולא ייאכף. חוקים לא נועדו לצדיקים גמורים. ומי שאינו צדיק גמור, אל נביאנו לידי ניסיון שמא יחטא. חוק המבוזה בשער בת-רבים יביא לרפיון גם מעבר לתחומיו, ובית-המשפט לא ישלים עם תופעה זו." ראו גם שלומי דונר "חוקים לייט" (דצמבר 2004) נגיש ב-<http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3022761,00.html> (2.3.2005).

148 שם, בהערת-שוליים 98, וראו גם הטקסט הנלווה להערת-שוליים זו.

אך זו אינה הסיבה היחידה. לטעמנו, האינטרס המרכזי שצריך להנחות את המחוקק הוא הגנה על הצרכן הפרטי (ובהקשר זה גם חברות מסחריות הינן צרכן פרטי).¹⁴⁹ עם כל הכבוד לנזק שנגרם לספקי התקשורת, הוא מועבר בדרך-כלל, כפי שכבר ראינו, אל הצרכנים הפרטיים. כמו-כן, נראה שפתרון בעייתו של הצרכן הקטן יוביל בעקיפין גם לפתרון בעיותיהם של ספקי התקשורת.¹⁵⁰

מכל אלה נובע כי הפתרון צריך להתמקד במתן מגוון רחב של אפשרויות לצרכן הפרטי. השלב הראשון הוא קביעת פיצוי סטטוטורי על שליחת דואר-זבל.¹⁵¹ קביעת פיצוי כזה תעודד צרכנים פרטיים לתבוע בגין שליחת דואר-זבל.¹⁵² בהקשר זה חשוב שהחוק יאפשר לתבוע לא רק את שולחי דואר-הזבל, אלא גם את החברה שאת מוצרה הם

149 שם, בעמ' 23, אומר המחבר: "בהקשר זה יש להביא בחשבון שאף בהעדר פיקוח ציבורי קיימים הסדרים משפטיים שמיועדים למנוע פגיעה בזכויות ולפצות על פגיעה כזאת, ויש בהם כדי להחליש את הצורך בפיקוח. כאלה הם, בין היתר, דיני החוזים, דיני הנזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט. דינים אלה מאפשרים במובן מסוים פיקוח פרטי. פיקוח כזה עשוי להיות יעיל כלפי הגוף המפוקח משום שהוא נתון בידי גורם מעוניין באופן אישי וישיר, כלומר, בידי מי שעלול להיפגע או נפגע בפועל מן הגוף המפוקח, ומבקש להגן על עצמו. למשל, החשש של גוף עסקי מפני תביעת נזיקין בגין רשלנות או בגין הפרת חובה חקוקה עשוי להיות, בנסיבות מסוימות, יעיל לא פחות ממחלקה של מפקחים."

150 איננו מציעים לשלול מספקי התקשורת את הסעדים. עם זאת, לטעמנו, ובניגוד לפתרון בארצות-הברית, איננו חושבים שצריך לתת לספקים את מירב הכוח, אלא להפקיד את הכוח גם בידיהם של הצרכנים. ייתכן שבהקשר זה ניתן להשאיר על כנה את העברה הפלילית, אך לאפשר לאזרח להגיש עליה קובלנה פלילית לפי סעיף 68 והתוספת השנייה לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982, ס"ח 43, אם כי לא בטוח שזו עברה שמתאימה לקובלנה פלילית. ראו שלום-ק"פ 105/02 (י"ם) אלון ניר נ' מסע אחר בע"מ, דינים שלום כד 290, תחת הכותרת "אכיפת נורמות בתחום הכלכלי באמצעות הליכים פליליים". ראו לעניין זה גם את סעיף ד לעיקרי ההסדר המוצע בהצעת-החוק של משרד התקשורת.

151 פיצוי סטטוטורי מעורר לא-אחת התנגדות רבה משום שהוא נוגד את רוח דיני הנזיקין, אשר גורסים כי יש לפצות את הנזוק על נזקו בלבד. עם זאת, אנו חושבים שנושא זה, שאינו נכנס לגדר "דיני הנזיקין הקלסיים", מחייב התייחסות שונה, כלכלית. אם נקודת-ההנחה של הדיון היא בעיה של העברת עלויות, קביעת פיצוי סטטוטורי יכולה להביא לידי שבירת המשוואה ללא צורך בעלויות אכיפה יקרות של המערכת הפלילית, וללא צורך בהתדיינות ארוכה בקשר להוכחת הנזקים הנובעים מדואר-הזבל. מעל כל, הוראה כזו תאפשר לפרט להגן על האינטרסים שלו, ותוכל להוות מנגנון משלים למנגנון התובענה הייצוגית.

152 בהקשר זה ראוי לציין כי החוק הפדרלי האמריקאי מעניק פרסים לאזרחים המדווחים על שולחי דואר-זבל, ומאפשר להם לזכות בנתח מהקנסות שיוטלו על השולחים.

מפרסמים.¹⁵³ חיקוק כזה יפתח לפני הצרכן כיסים נוספים להיפרע מהם. נוסף על כך, איתור החברות המפרסמות הינו קל בדרך-כלל יותר מאשר איתורו של שולח דואר-הזבל. כך ייווצר תמריץ שלילי לחברות לפרסם באמצעות כלי פרסום זה. השלב השני הוא הקמת גוף מרכזי לטיפול בנושא דואר-הזבל, שיקבל לידיו סמכויות מנהליות רחבות.¹⁵⁴ גוף זה – שיכול להיות הממונה על הגנת הצרכן (בתוספת מסוימת של כוח-אדם ותקציב) או כל גוף סטטוטורי אחר – יתמקד בהעלאת המודעות לזכויותיהם של הפרטים, בטיפול בפניות של פרטים שאין להם האמצעים או הזמן לתבוע, ובנקיטת פעולות משלו.¹⁵⁵ נוסף על כך יש מקום להסדרה ספציפית של תובענה ייצוגית על עוולות מתחום השיווק הישיר. ככלל, השיווק הישיר מתאפיין בפגיעות של מה-בכך באורחים, ולפיכך אין להם תמריץ לתבוע עליהן או שהם אינם יכולים להוכיח נזק בגינן. מכאן שניתן להתאים לסוג זה של עוולות מנגנון של תובענה ייצוגית.¹⁵⁶ ניתן גם לחשוב על אפשרות לראות

153 כלומר, האחריות צריכה לחול לא רק על משגר ההודעה, אלא גם על מי שעניינו מקודמים בהודעה. עם זאת, אין צורך או היגיון להטיל אחריות על מי שאפשר את העברת המסר כשירות בוק מכות רישיון כללי או מיוחד.

154 אף אם משאירים זאת בגדר עברה פלילית, יש מקום לעשות שימוש בחוק העבירות המינהליות, התשמ"ו-1985, ס"ח 31. לעניין הפרות מתחום השיווק הישיר ניתן להקים ועדה מעין-שיפוטית, בראשות הממונה על הגנת הצרכן, אשר תאפשר סדרי דין מהירים ותתיר ערעור למערכת בתי-המשפט על טעויות שיפוטיות בלבד. ראו, לדוגמה, את מנגנון ועדות הערר הקבוע בסעיף 12 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, ס"ח 307.

155 לכאורה ישאל השואל: "מדוע אתם עוסקים בגוף מנהלי אם כרגע ציינתם את חוסר יכולתן של רשויות האכיפה לטפל בנושא?" על זאת נשיב כי גוף מנהלי הנהנה מסמכויות אחרות מלבד תביעה, בדומה לסמכויות המוענקות לממונה על הגנת הצרכן (ראו סעיף 21 לחוק הגנת הצרכן, לעיל הערה 103), יכול להיות כלי אפקטיבי באכיפה. ברי כי דרוש שלגוף זה יהיו "שיניים", ושהוא יפעיל אותן באופן תדיר (בניגוד לממונה על הגנת הצרכן, שאינו מפעיל כמעט את סמכותו). לעניין זה ראו: *supra* note 2, at p. 15: "Generally speaking, judicial redress is not considered as sufficient enforcement... Compared to judicial remedies, administrative sanctions seem to be particularly adequate for such a dynamic sector. DPAs, CPAs and NRAs often avail themselves of complementary tools for enforcement. Administrative procedures can be both affordable and speedy (e.g. reportedly within fifty days by the Italian DPA)"

156 ראו לעניין זה את הדברים שנאמרו על התביעה הייצוגית בחוק למניעת מפגעים סביבתיים (תביעות אזרחיות), התשנ"ב-1992, ס"ח 184, במחוזי-בר"ע 928/99 (ב"ש) החברה לשירותי איכות סביבה (רמת חובב) בע"מ נ' עמותת מדעי הדרום, פ"מ תש"ס (1) 57: "בפנינו חקיקה יצירתית, לא רק מפני שהיא מתירה הגשת תובענה ייצוגית, אלא, היא מגבילה את ההיתר למטרה מסוימת. בכך מתווה המחוקק מדיניות במתן כלי לאזרח ולגוף פרטי להלחם כנגד מפגעים סביבתיים." ראו גם ענת רואה "תביעת פיצויים ראשונה בעקבות שליחת דואר זבל – בגין עוגמת נפש וגזילת זמן" הארץ 13.12.2004, ג, 6,

הסכמה לקבלת שיווק ישיר בחוזה אחד כתניה מקפחת.¹⁵⁷ כלים אלה של תביעה אזרחית מגוונת וממוקדת, בתוספת ממונה בעל כלים מנהליים רחבים של חקירות והטלת קנסות, אמורים למנוע את הצורך בהטלת עונשים פליליים. ניתן לחזק כלים אלה באמצעים נוספים שייעלו את תהליך ההתדיינות המשפטית, דוגמת חוקות ראייתיות לטובת הנפגעים ועוד.¹⁵⁸

6. פעילות בין-לאומית ותחולה אקסטרטוריאלי

כאמור, חלק מהבעיות עם דואר-הזבל נובעות מכך שהוא מגיע פעמים רבות מחוץ למדינה שבה קיים חוק נגדו. עובדה זו בעייתית במיוחד בישראל, שהינה מדינה קטנה שרוב דואר-הזבל מגיע מחוץ לכתליה.¹⁵⁹ גם האיחוד האירופי וגם המחוקק האמריקאי הכירו בחשיבות הרבה של שיתוף-פעולה בין-לאומי בעניין זה.¹⁶⁰ לכן על המחוקק לכוון חלק מפעולותיו לכיוון זה, ובעיקר לאמץ אמנות שונות בנושא דואר-זבל כאשר אלה יצוצו. על-ידי חקיקה מפורשת ניתן ליצור תחולה אקסטרטוריאלי של חוקים ישראליים גם על גורמים מחוץ למדינה, ולאפשר המצאה גם אל מחוץ לשטח השיפוט של מדינת-ישראל. מובן שהחלה כזאת של סמכותה של ישראל אל מחוץ לתחום צריך שתיעשה בזהירות, אך עם זאת היא אפשרית, כאמור. כדוגמה לפתרון מעניין לסוגיה זו ניתן לפנות לחקיקה האוסטרלית החדשה אשר נכנסה לתוקף באפריל 2004.¹⁶¹ סעיף 7 לחוק זה מחיל את סמכותה של אוסטרליה על כל הודעת דואר שמקורה באוסטרליה או שהגישה אליה נעשת מאוסטרליה.

אנו מוצאים מקום לציין כי לדעתנו, אף אם נניח שיותר מ-90% מדואר-הזבל

המדווחת כי התובע אינו מעוניין להגיש תביעה ייצוגית אך מבקש מבית-המשפט לפסוק פסיקה עקרונית שתגן על זכויות היצרנים. איננו מוצאים מקום לחרוץ באופן חדי-משמעי שתובענה ייצוגית הינה פתרון ראוי במקרה של דואר-זבל או במקרה של שיווק ישיר ככלל. עם זאת, זהו אמצעי שחשוב לשקול שימוש בו.

157 ראו סעיף 4 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982, ס"ח 8.

158 דוגמה לחוקה ראייתית היא החוקה המופיעה בהצעה הפרטית, לעיל הערה 12, בסעיף 9ה17. הסעיף קובע: "נשלחה פניה באמצעות דיור ישיר חזקה, כי הנמען קיבל אותה, זולת אם הוכיח הפונה כי הפניה לא הגיעה לתעודתו."

159 באופן כללי, רוב דואר-הזבל מגיע כיום מארצות-הברית. ראו: Dan Ilett "U.S. leads the dirty dozen spammers" (December 2004) available at http://news.com.com/U.S.+leads+the+dirty+dozen+spammers/2100-7349_3-5503344.html?tag=sas.emai (7.3.2005).

160 לדרכי התמודדות מעניינות של בית-המשפט באריונה עם נושא זה ראו: Alongi, *supra*, note 51, at pp. 281-283.

161 ראו: Spam Act of 2003, *supra* note 48.

האלקטרוני מגיע מחוץ לישראל, קיים עדיין טעם בהתערבות חקיקתית. הסיבה הראשונה היא שעל ישראל להעמיד את עצמה בשורה הראשונה עם שאר מדינות העולם במלחמה נגד דואר-הזבל. מעבר לכך, כפי שכבר ציינו, יש טעם בעצם ההסדרה של התחום על-ידי קביעת כללי התנהגות ראויים בתחום הסחר האלקטרוני בישראל.

7. איסור רמאות ואפשרות הורדה מרשימת תפוצה

כמעט כל החקיקות העולמיות מכילות פרט אחד דומה – איסור הונאה.¹⁶² מובן שיש לאסור כותרות נושא שקריות, קישור להורדה מרשימת תפוצה שאינו פועל ועוד. כפי שראינו, חלק מהאיסורים הללו כבר קיימים בחקיקה הישראלית, אך למען הסדר הטוב, חשוב למקם אותם בהקשר החקיקתי של דואר-הזבל האלקטרוני (וכך אכן עושות הצעת-החוק של משרד התקשורת וההצעה המאוחדת).¹⁶³

נוסף על איסור ההונאה, כל דואר-זבל וכל הודעה מסחרית ללא הזמנה – ובהקשר זה לא משנה כיצד השיג השולח את הכתובת – חייבת לכלול אפשרות להסרה מרשימת התפוצה. זהו רכיב מרכזי שאינו תלוי בשאלה המהותית יותר, שנדון בה מייד – מנגנון opt-in או מנגנון opt-out.

8. opt-in מול opt-out – מהו המשטר הרצוי בישראל?

הדיון החשוב והמשמעותי ביותר שנותר לערוך הוא הדיון לגבי המשטר הרצוי. האם משטר דואר-הזבל שיקום בישראל צריך להיות משטר מסוג של אפשרות סירוב (opt-out), כפי שמוצע בהצעת-החוק של המועצה, או מנגנון שמבוסס על הסכמה מוקדמת (opt-in), כפי שמוצע בהצעת-החוק של משרד התקשורת. בסקירת המשפט המשווה ראינו כי שני סוגי המשטר קיימים, הראשון בארצות-הברית והשני באיחוד האירופי, וכן סקרנו חלק מהבעיות

162 עם זאת, באופן עקרוני, ההתמודדות עם רמאים אינה צריכה להיות לדעתנו במישור של דואר-הזבל. רמאים היו תמיד ויהיו תמיד, ונראה כי החוקים הקיימים מספיקים להתמודדות עימם. עם זאת, איננו פוסלים קיום סעיף כזה בתוך ההסדר הנוגע בדואר-הזבל לשם השלמות וההיגיון.

163 בהקשר זה עולה השאלה אם יש מקום להיזקק לחובת הוספת הכיתוב בשורת הנושא. החקיקה בחלק מהמדינות מחייבת כל דואר-זבל פרסומי לשאת את הכתובת "ADV" בתחילת שורת הנושא (ולעיתים כיתוב שונה לפרסומות שתוכנן מיועד למבוגרים בלבד). לטעמנו אין צורך בהגדרה זו, אם כי איננו קובעים עמדה חד-משמעית בנושא. איננו נדרשים גם לנושא של סימון דואר-זבל למבוגרים בלבד, שטומן בחובו שאלות סבוכות של ערכים ואמונות, שחורגות מרוחב היריעה של מאמר זה. עם זאת, חשוב להתייחס לנושא זה במסגרת החקיקה בהתאם לערכים ולאמונות שייקבעו על-ידי המחוקק.

הנובעות משטרים אלה. ראינו, אם כן, כי הן למשטר ה־opt-out והן למשטר ה־opt-in יש חסרונות ובעיות. מהו אם כן המשטר הרצוי בישראל?

לטעמנו, המשטר הרצוי הוא משטר ה־opt-in. טעמים אחדים לקביעתנו זו. ראשית, נראה כי ישראל דומה יותר במשטר הפרטיות שלה לאיחוד האירופי, בהינתן שהזכות לפרטיות הינה זכות יסוד חוקתית בישראל. מקביעה זו לא נובעת בהכרח המסקנה שהפגיעה בפרטיות היא לב־ליבה של בעיית דואר-הזבל, אך נקודת המוצא של מסענו צריכה להיות גישה שיסודותיה בנויים על משטר של פרטיות והגנה על הקניין.¹⁶⁴ כפועל יוצא מכך, איננו יכולים לקבל את הרשות הכוללנית שמשטר ה־opt-out נותן לכל החפץ בכך לפרוץ לכתובת הדואר האלקטרוני של הפרט. רשימת סירוב יכולה להוות פתרון, אך גם מתנגדיו הגדולים ביותר של דואר-הזבל מסכימים כי יש פעמים רבות דואר פרסומי שאנו רוצים דווקא לקבל. לכן פתרון דיכוטומי, בבחינת "הכל או לא־כלום", אינו יכול להתקבל גם־כן. מעבר לכך, נראה לנו כי כל פתרון משפטי צריך להתחשב באקלים החברתי שאליו הוא נולד. כיום, בגלל נפישות דואר-הזבל והרמאויות הרבות, אנשים פשוט אינם לוחצים על כפתורי ה"הסר אותי מרשימת התפוצה", בשל הפחד שהדבר רק יוביל להצפתם בדואר-זבל נוסף. ייתכן שפתרון כזה היה יכול להיות טוב ex-ante אילו חוקק לפני התפשטות התופעה, אך התעלמות מהאקלים החברתי וההתנהגותי הקיים תוליד לטעמנו פתרון לא־ישים.

אם כך, ניתן לכאורה לסבור שפתרון שיאפשר לעשות התאמות אישיות ברשימה המרכזית¹⁶⁵ יהווה פתרון ראוי. אולם אם אחת הטענות נגד משטר ה־opt-in היא טענה של אדישות רציונלית, כלומר, חוסר רצונם של אנשים להשקיע בהרשמות לרשימות תפוצה שמעניינות אותם, האם לא יסבול גם פתרון כזה מבעיה של אדישות רציונלית? האם אנשים לא יעדיפו לא להירשם או להירשם רק לאפשרות הכללית מאשר לפרט את העדפותיהם?

לכן נראה לנו שיש להעביר את הנטל של יצירת ההתקשרות אל הצד האחר. כאמור, הדבר עלול לגרום להופעה של דרכים פולשניות להשגת ההסכמה.¹⁶⁶ אך כבר טענו

164 סעיפים 3 ו־7 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס"ח התשנ"ב 150.

165 ראו לעיל הערה 119.

166 ראו גם את חששו של יושב־ראש ועדת־המשנה לענייני אינטרנט, חבר־הכנסת מיכאל איתן, בפרוטוקול מס' 5, לעיל הערה 69, בעמ' 6: "היור" מיכאל איתן: איך הוא מקבל הסכמה? דינה עבריי־עומר: אם זה אתר אינטרנט, הוא יכול לבקש את ההסכמה שלך דרך האתר. היור" מיכאל איתן: אז הוא מבקש את ההסכמה בדוא"ל. נאמר שאני מפיץ של נעליים, ואני רוצה לשלוח לך חוברת דיגיטלית על הנעליים שלי. אני כותב לך: זה הנעליים, ואני רוצה לעדכן אותך כל פעם. אם את לא רוצה, תגידי לי: לא, אתה צריך לקבל את רשותי. דינה עבריי־עומר: זאת הבעיה שזיהינו. תיבת האימייל שלי מפוצצת מאותם מוכרי נעליים וכו' שרצו לפחות פעם אחת ל[ה]ראות. היור" מיכאל איתן: אז מה נעשה? הוא יצטרך לצלצל אליו בטלפון, לומר: עכשיו אני שולח לך אימייל? בטלפון

שהמענה לבעיית דואר-הזבל צריך למצוא את מקומו בתוך מערך כולל של חקיקה בתחום השיווק הישיר. חקיקה זו תערוך את האיזון הראוי, ותותיר דרכים מסוימות פתוחות, כך שהמשווקים יוכלו להשיג את הסכמתם של הפרטים. מעבר לכך, למשווק יש כיום דרכים רבות לפרסם את מרכולתו, כך שהמשווקים הטובים וההגונים שבאמתחתם מוצרים יעילים ימצאו את הדרך לאתר את המתעניינים.¹⁶⁷ נכון, מוצרים מסוימים ייעלמו מהשוק,¹⁶⁸ אך רבים מהמוצרים שמקודמים כיום באמצעות דואר-הזבל הינם מוצרים שמציעים תרופות-פלא שאינן פועלות, משחקי פירמידה ושאר רמאויות.¹⁶⁹ אין ספק שהיעלמותם של אלה מן השוק רק תגדיל את התועלת החברתית. השאלה, אם כן, היא מה מגדיל את התועלת החברתית במידה רבה יותר – קיומם של אותם מוצרים בשוק או פתרון הבעיה של דואר-הזבל האלקטרוני. לטעמנו, פתרון הבעיה של דואר-הזבל האלקטרוני הינו אינטרס חזק יותר. קיימות אומנם בעיות בהגדרת מנגנון ההסכמה, כפי שצינו לעיל, אך בעיות אלה ניתנות לפתרון.

הבעיה המרכזית של דואר-הזבל היא החצנת העלויות. שולח דואר-הזבל אינו נדרש להפנים את העלויות ששליחת דואר-הזבל מייצרת. למעשה, אנו רואים כאן מצב קלסי של "טרגדיית המרעה המשותף", ועל דרך מחשבה זו אפשר אולי אפילו לראות ברשת האינטרנט מעין "משאב טבע".¹⁷⁰ כל פרט, במקרה זה שולחי דואר-הזבל, מסתכל רק על תועלתו האישית. לכן פרט זה משיא את תועלתו על-ידי שימוש מלא במשאבים – במקרה זה שליחת דואר-הזבל. אותו משתמש יחיד עושה שימוש לא-מבוקר במשאב (במקרה זה הדואר האלקטרוני או האינטרנט), ומחציץ את העלויות על כלל החברה. שימוש כזה מדלל את המשאב אל מתחת ל"מסה הקריטית" הדרושה לשימורו (במקרה הנוכחי – גורם לקריסת שירות הדואר האלקטרוני).

הוא מטריד אותו פי אלף. דינה עברי-עומר: פה אנו קובעים חריג בחקיקה, והוא קיים כבר היום בחוק, שפנייה חד פעמית של בית עסק לצורך קבלת ההסכמה לא תיחשב. היו"ר מיכאל איתן: ומה עם אדם פרטי? דינה עברי-עומר: לגביו חשבנו שראוי לקבל את הסכמתו. היו"ר מיכאל איתן: איך אקבל את הסכמתך? דינה עברי-עומר: אם הייתי באותה חנות נעליים ואני מכירה את הספק, אני יכולה לתת לו את הסכמתי. היו"ר מיכאל איתן: איך אקבל את הסכמתך? דינה עברי-עומר: לא באמצעות הדוא"ל שלי. דרך הטלפון אפשר. היו"ר מיכאל איתן: מתי אני מטריד אותך יותר – בטלפון או באימייל? איזה היגיון יש בזה? זה אבסורד."

167 ראו, לדוגמה, את האתר של חברת Adnoodle, אשר מאפשרת ללקוחות לקבל כסף תמורת שמיעת פרסום או קבלת דואר פרסומי. הרעיון הוא שחברות כאלה יקומו כמתווכים בין האנשים האדישים רציונלית לבין המפרסמים. ראו: <http://www.adnoodle.com/index.html> (13.3.2004).

168 ראו אלקיים, לעיל הערה 114, שם.

169 דבר זה נכון בעיקר לגבי דואר-הזבל בעולם. בדואר-הזבל "ישראלי" תופעה זו נפוצה פחות.

170 ראו: Garrett Hardin "The tragedy of the commons" 162 *Science* (1968) 1243.

אך הנזק שנגרם לכלל החברה אינו מסתכם בנזק הקולקטיבי של פגיעה באמצעי הייצור הכללי ודילולו אל מתחת למסה הקריטית הנדרשת. הנזק מתרחש גם ברמת הפרט.¹⁷¹ זהו נזק שעומד בזכות עצמו, נזק שברצוננו למונעו. לכן עלינו לשאול מיהו מונע הנזק הטוב ביותר.

ננסה לשאול את עצמנו מה צריך לקרות במצב היעיל, מהו ההסדר שאנשים יבחרו מאחורי מסך הבערות הרולטיאני. נראה כי המצב היעיל מבחינת הפרטים יתרחש כאשר כל אדם יקבל הודעות מסחריות בכמות שהוא רוצה ובנושאים שהוא רוצה. מן הצד האחר, המצב היעיל מבחינת השולחים הוא לשלוח הודעות בכמות מעטה, ורק לאנשים המעוניינים בנושאים שהם מפרסמים, כך שאחוז התגובה יהיה הגבוה ביותר. כלומר, שני ממדים יש לאיזון הראוי: מימד הכמות והמימד של נושא ההודעה. לכן כל כמות הודעות שחורגת מעל או מתחת לנקודת האיזון הרצויה יוצרת נזק. כמות הודעות מתחת לנקודת האיזון יוצרת נזק בדמות עסקות שאינן מתרחשות, ואילו כמות הודעות מעל לנקודת האיזון יוצרת לפרטים את הנזק שעליו עמדנו במהלך מאמר זה. ניתוח דומה ניתן לערוך לגבי המימד של נושא ההודעה.

במציאות ההגעה אל נקודת האיזון אינה אפשרית. לכן השאלה המרכזית היא איזה נזק נתפס בעינינו כגדול יותר – נזק שנוצר כתוצאה מהימצאות מעל נקודת האיזון או נזק שנוצר כתוצאה מהימצאות מתחת לנקודה. לטעמנו, הנזק שנוצר כאשר אנו נמצאים מעל נקודת האיזון, כאשר כל אדם מקבל הודעות רבות מכפי שהוא רוצה ובמגוון נושאים רחב מכפי שהוא רוצה, הוא הנזק המשמעותי יותר. לכן, את השאלה מיהו מונע הנזק הזול ביותר צריך לנסח כך: מיהו הגורם שיכול לקרב אותנו אל נקודת האיזון בצורה הטובה ביותר מצידה התחתון של נקודת האיזון?

לדעתנו, אלה הם הפרטים, מקבלי דואר-הזבל, תחת משטר של opt-in. מצב של opt-out נקי¹⁷² מביא לידי כך שברגע הגעת ההודעה הנזק כבר נגרם. כלומר, במשטר כזה מונע הנזק הזול ביותר הוא שולח ההודעה עצמו. כאמור, העלות האפסית מביאה לידי כך שלמפרסם לא יהיה שום אינטרס לנצל את המשאבים שעומדים לרשותו ביעילות, ולכן

171 ניתן לטעון כי פגיעה זו – שליחת דואר לא רצוי לתא הדואר של פלוני – הינה פגיעה בקניינו. זאת, כמובן, בהנחה (הלא-מבוססת, אשר מסיבות ברורות לא אערוך בה דיון במסגרת מאמר זה) שתיבת הדואר האלקטרוני של אדם הינה אכן קניינו הפרטי (השוו לעניין זה את הדיונים המתנהלים כיום בארצות-הברית סביב שאלת הירושה של תיבת הדואר: "מי יירש את הדואר האלקטרוני שלנו אחרי שנמות?" (דצמבר 2004) נגיש ב-<http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-3025311,00.html> (2.3.2004). עם טיעון כזה אנו יכולים לנמק טוב יותר את השימוש שעשה בית-המשפט האמריקאי בעוולה של הסגת גבול במיטלטלין (ואולי אפילו את השימוש בעוולת המטרד). אך גם אם נצא מנקודת-הנחה שכתובת הדואר האלקטרוני של אדם אינה קניינו הפרטי של האדם, בוודאי לא נרצה להחזיר את המשטר הנוהג ל"מצב הטבע" ההובסיאני שבו כל דאלים גבר.

172 ללא מנגנון מרכזי שמאפשר רישום ומניעת הודעות מראש, דוגמת רשימת סירוב מרכזית.

במקרה זה הנוק לא יימנע. על הבעייתיות של מנגנון opt-out מרכזי כבר עמדנו. ייתכן שמנגנון opt-out מרכזי אשר יאפשר לצרכן ליצור אפיונים ספציפיים יכול להיות פתרון, אך הוא בעייתי ליישום בשלב זה.¹⁷³ לכן המשטר הראוי כעת,¹⁷⁴ שיאפשר למנוע את הנוק בצורה הזולה ביותר, הוא משטר של opt-in. במשטר כזה הפרט עצמו, אשר מכיר את הכמות ואת הנושאים שבהם הוא מעוניין, יכול לקרב אותנו בצורה המיטבית אל נקודת האיזון.¹⁷⁵ משטר של opt-in יחייב את המפרסמים להגיע להסכם עם הפרטים או לחלופין לקנות מהם את הזכות לשלוח אליהם דואר-הזבל. הרי אם הבעיה המרכזית היא החצנת העלויות, אזי פתרון זה יביא לידי כך ששולחי דואר-הזבל יפנימו את העלויות שהם יוצרים על-ידי שליחתו. למעשה, משטר ה-opt-in מאפשר את פתרון הבעיה, בהא הידיעה, של דואר-הזבל – החצנת העלויות.¹⁷⁶ חשוב לשים לב לעובדה שכל הפתרונות הטכנולוגיים מכוונים למעשה למצב של opt-in, שבו הפרט יקבל דואר רק ממי שהוא מבקש, כך שנראה כי מודל כזה יתרום לעיצוב תפיסה משפטית שתתאים לאמצעים המשמשים את הפרטים כיום.

173 אנו מאמינים שקיימות בעיות טכנולוגיות לא-פשוטות ביצירת מנגנון כזה. אלקיים שולל אומנם במאמרו, לעיל הערה 114, בעמ' 403, הערת-שוליים 25, את מסקנתה של ועדת הסחר הפדרלית, וטוען כי הפתרון אפשרי מבחינה טכנולוגית. יתר על כן, הוא אף מציע הצעה שונה מבחינה טכנולוגית. אולם נראה לנו כי גישתו זו של אלקיים הינה תמימה מעט. מבט מהיר על רשימת המומחים שראיינה הוועדה מלמד אותנו כי הנושא לא נבחן בקלות-ראש, ונראה כי יש אכן בעיות טכנולוגיות ביישומן, למרות השוני הטכנולוגי בהצעתו, שאותה איני מוסמך ומיומן לבקר.

174 על עקרון הגמישות של הפתרון כבר עמדנו לעיל בתת-פרק 2.

175 תחת משטר זה נוצר מצב של מעין קניין פרטי על הזכות לקבל דואר פרסומי. בהקשר זה יפים, בשינויים המתאימים, דבריו של Demsetz בתארו את המצב שנוצר לאחר יצירת הקניין הפרטי בקרקעות: "These owners now negotiate among themselves to internalize any remaining externalities. Two market options are open to the negotiators. The first is simply to try to reach a contractual agreement among owners that directly deals with the external effects at issue. The second option is for some owners to buy out others..." Harold Demsetz "Toward a Theory of Property Rights" 57 *Am. Econ. Rev. Pap. & Proc.* (1967) 347, 357.

176 Dennis W.K. Khong "An Economic Analysis of Spam Law" 1 *Erasmus Law and Economics Review* (2004), 23, esp. at p. 42: "By far, the opt-in approach is better than the rest... Revocable opt-in spam induces recipients to internalize the social cost of spam, which can be offset by the expected benefit of spam" אצל דרוקמן ואח', לעיל הערה 21, בעמ' 48, ובמיוחד בדברים הבאים: "המודל אותו אנו ממליצים לאמץ בישראל הוא מודל ה-opt-in באמצעות חקיקה, בדומה למודל האירופי. מודל זה הוא לא רק המודל הנכון להפחתת כמות דואר הזבל האלקטרוני, אלא הוא גם המודל הנכון עבור כל מי שמעוניין לפרסם באמצעות דואר אלקטרוני."

אנו מודעים לעובדה כי המודל שאנו מציעים אינו מושלם וכי ניתן למתוח עליו ביקורת. הסיבה לכך היא שהמודל המוצע, המאמץ את אסטרטגיית ה-opt-in, יסבול מאותן בעיות המאפיינות את משטרי ה-opt-in בכללותם, שאת חלקן ציינו לעיל. בעיקר ראוי לציין את בעיית ההסכמה ואת בעיית היעלמותם של מוצרים מהשוק. איננו מתעלמים משני טיעונים אלה ומן הפגיעה הפוטנציאלית שלהם במודל שאנו מציעים. כמו-כן לא נתיימר לפתור ברשימה זו את בעיית ההסכמה בכלל ואת בעיית ההסכמה בחוזים אינטרנטיים בפרט, שכן בעיה זו רחבה וסבוכה מאין כמוה. נציין רק כי לדעתנו ניתן למצוא פתרון במסגרת החוק להסכמה הדרושה על-מנת לקבל דואר אלקטרוני פרסומי. לגבי הטענה כי מוצרים שהעלות השולית בייצורם תגדל ייעלמו מן השוק, נציין כמה דברים קצרים שכבר עמדנו עליהם לעיל. ראשית, כאמור, המוצרים שייעלמו, אם אכן ייעלמו, יהיו לדעתנו אותם מוצרים לא-רצויים שנמכרים כיום באמצעות דואר-הזבל, קרי, מוצרים שהמודל העסקי העומד בבסיסם אינו איתן דיו להצליח בשוק ללא העלות הנמוכה של הפרסום – "גלולות-פלא", "אתרי מיץ" ו"תרגילי פירמידה". אם מתרכזים בדואר-הזבל ה"ישראלי", שאינו מקדם כמעט מוצרים כאלה, דואר זה לא ייפגע כלל לדעתנו מגישה זו של opt-in, וכאמור לעיל, המוצרים שאכן יש להם שוק ישרדו. חשוב להוסיף כי חקיקה ראויה בתחום תיצור תשתית מתאימה לפריחה של שיווק באמצעות אינטרנט מכיוון שיש לתחום זה שוק.¹⁷⁷ שנית, חלק מהפתרון לסוגיה טמון לדעתנו בעיקרון שציינו לעיל – שילוב של פתרון דואר-הזבל בתוך המסגרת הכללית של חקיקה בנושא השיווק הישיר. שילוב כזה יאפשר לאזן בין דרכי השיווק השונות ויאפשר דרכי פרסום זולות במסגרת פתרון חקיקתי מאוזן ומידתי, ובכך יצמצם את הפגיעה במוצרים ה"רצויים" או במתחרים ראויים למונופולים אשר מתקשים לפרסם ואשר דואר-הזבל הינו דרך הפרסום האולטימטיבית לגביהם.

מסיבות אלה נראה לנו כי אימוץ של משטר opt-in רך, בדומה לזה שקיים בדירקטיבה האירופית, הינו פתרון טוב וגמיש, ומהווה את הפתרון הנכון לשיטת המשפט הישראלית הן מבחינת תפיסת-העולם, שמתבססת על זכות של פרטיות, והן משום שהוא מביא לידי הפנמת העלויות החברתיות על-ידי שולחי דואר-הזבל.

177 ראו: Oxman, *supra* note 118 and accompanying text.

פרק ה: סיכום

"Spam, like beauty, is in the eye of the beholder".¹⁷⁸

שנת 2005 מסתמנת כשנת-מבחן לתעשיית דואר-הזבל. כניסתם לתוקף והבשלתם של חוקים חדשים האוסרים שליחת דואר-זבל במדינות רבות בעולם, ביניהן ארצות-הברית, מדינות האיחוד האירופי ואוסטרליה, מהווה נקודת מפנה אפשרית בתחום. הכתיבה המשפטית, הטכנית, החברתית והכלכלית המלווה את הנושא גדלה מיום ליום, ומציעה דרכים חדשות וגישות נוספות להתמודדות עם הבעיה. על רקע זה, ועל רקע הגידול שחל בתקופה האחרונה בכמות דואר-הזבל האלקטרוני ה"ישראלי", חשוב שישראל לא תישאר מאחור. נראה כי כיום, למרות נסיונות רבים לפתור את הבעיה באמצעות כוחות שוק ובאמצעות טכנולוגיה, הכדור נמצא במגרשו של המחוקק. גם המחוקק מתחיל להבין כי דרוש שינוי. מדברי הסיכום בפרוטוקול מס' 3 של ועדת-המשנה לענייני אינטרנט הסתמן כי המחוקק אכן נטל את הכדור לידי אף הכריז: "אין משחק".¹⁷⁹ אולם בפרוטוקול מס' 180⁵ אנו רואים כבר התקדמות בגישה, ואכן התקבלו הצעות-חוק בקריאה טרומית.

כאמור, הפתרון אינו ברור מאליו. ניסוחו קשה עוד יותר, אך עובדה זו אינה אמורה למנוע את המעשים. הבעיה הסבוכה דורשת פתרון יצירתי וחדשני שיאפשר להתמודד עם התחום המתפתח וההמקני של דואר-הזבל בפרט, ועם תחום השיווק הישיר בכלל. במאמר זה ניסינו לסקור את התופעה, בעיקר מהפן המשפטי שלה, תוך איתור הבעיות המרכזיות שהיא מעוררת ותוך ניסיון ללמוד מהפתרונות השונים המוצעים לה ומהתפתחותם. המסקנה המרכזית, שעוברת כחוט-השני בהתייחסותם של המחוקקים השונים בעולם לתופעה, היא שהפתרון אינו טמון במאמץ יחיד או ב"כדור כסף" אחד, אלא במאמץ

178 ראו: 4 p. at note 85, *supra* Metchis & Singleton.

179 חבר-הכנסת מיכאל איתן סיכם את הדיון שנערך בוועדה כדלקמן: "דבר ראשון אנחנו נבחנו את הצעת החוק שהכינה המועצה לצרכנות שמבוססת על החקיקה האמריקאית... נקודה שניה זה לגבי אכיפת החוק כפי שזה עלה כאן. בנושא החקיקה אנחנו נמשיך לעקוב אחר התפתחות החקיקה גם בארצות הברית וגם באירופה, נראה מה מונח כרגע, מה הן ההצעות. אני אומר את זה מתוך זה שאני לא הולך מחר לדחוף במהירות חקיקה אלא אני רוצה להיות מוכן עם העניין של החקיקה. יכול להיות שנתחיל, נגיש את זה, אבל זה לא עניין שאנחנו שמים אותו כרגע כדבר שיתבצע תוך שנה מהיום. אנחנו מחכים, בעיקר לעקוב אחרי מה שקורה במקומות אחרים, כשיהיו חוקים במקומות אחרים שבהם נמצאים עיקר מאגרי המידע." פרוטוקול מס' 3, לעיל הערה 69.

180 לעיל הערה 69.

רחב-היקף, חובק עולם ומרובה כלים. העוגן המרכזי למאמץ זה צריך להיות מסופק על-ידי המחוקק.

אין משמעות הדבר שהפתרון בטווח הארוך יהיה דווקא פתרון החקיקה. ההפך הוא הנכון. לדעתנו, בטווח הארוך, כוחות השוק והטכנולוגיה יפתרו את הבעיה, אם כי נראה לנו שלשם כך יהיה צורך בחקיקה שונה, שתפקידה יהיה לעגן את התשתית לפתרונות אלה. ברם, עובדה זו אינה צריכה למנוע את המחוקק מלפעול עכשיו ובמלוא הכוח. פעולתו צריכה להיות שקולה, מידתית וממוקדת, אבל היא צריכה לבוא. העיקרון המרכזי שעל המחוקק לאמץ בבואו להתמודד עם הסוגיה הוא לטעמנו עקרון החקיקה הגמישה והורסטילית. כל פתרון צריך להיות זמני, ובדומה לפתרון שבחר המחוקק הפדרלי האמריקאי, עליו להיות כפוף לבחינה מחודשת לאחר פרק-זמן קבוע מראש. עיקרון זה יוביל לבחירה בפתרון המידתי ביותר אך גם היעיל ביותר אמפירית, ויאפשר שילוב של מנגנוני שוק בפתרון התופעה בטווח הארוך. מטרתו של החוק צריכה להיות יצירת הפנמה של עלויות דואר-הזבל על-ידי המפרסמים. לטעמנו, הצבת מטרה זו בראש הרשימה בעת גיבוש הפתרון תאפשר לטפל בסוגיה בצורה האפקטיבית ביותר. כפי שניסינו להציג, נראה כי יצירת משטר opt-in, אשר יגובה במנגנון שוק, יוציא את העוקץ מהכדאיות הכלכלית של אמצעי הפרסום הפולשני.

גם המטלה הביתית של הורדת הזבל הינה מטלה לא-אהובה, ולעיתים אף סבוכה וחובקת בתוכה אינטרסים וזכויות. עם זאת, ללא ספק, אנו חושבים שקריאת מאמר זה מוליכה אותנו למסקנה כי במקרה של דואר-הזבל האלקטרוני יש תשובה לשאלה "תור מי להוריד את הזבל?". אולי בדרך החוצה מהמשכן, בדרך לפגרה נוספת, תנסה כנסת ישראל לעשות זאת.