

تقييم الحماية التشريعية للمستهلك الإلكتروني في القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية

Evaluation of the legislative protection of electronic consumer through Law No. 18-05 on e-commerce

الطبيب جربوع*، مخبر الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي - الأغواط-

t.djerboua@lagh-univ.dz

عمر بن الزويعر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي - الأغواط-

a.benzoubir@lagh-univ.dz

تاريخ إرسال المقال: 2021/08/07 تاريخ قبول المقال: 2021/12/23 تاريخ نشر المقال: 2022/05/12

الملخص:

جاء القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري لحماية المستهلك الإلكتروني في علاقته التعاقدية مع المورد الإلكتروني، وتضمن هذا القانون مجموع من الآليات الحمائية. هي في الحقيقة امتداد لقواعد كلاسيكية معروفة في القانون المدني، وبعض القواعد الحديثة المستمدة من التشريعات الخاصة بحماية المستهلك التقليدي.

إن مراعاة خصوصية العقد الاستهلاكي الإلكتروني، دفع بالمشروع إلى حماية المستهلك الإلكتروني من خلال حصر مجال العقد الإلكتروني من حيث الموضوع، والأشخاص. كذلك اعتبار هذا العقد من قبيل عقود الإذعان، لكن دون معالجة مباشرة للشروط التعسفية التي يمكن أن تتضمنها العقود الإلكترونية، كما أقر المشروع بصفة عرضية حق المستهلك الإلكتروني في العدول.

الكلمات المفتاحية: المستهلك الإلكتروني، عقد الإذعان، الشرط التعسفي، حق العدول.

Abstract:

The Law No. 18-05 of Algerian e-commerce came to protect the electronic consumer in its contractual relationship with the electronic supplier, and this law contains of many of protectionism. It is really an extension of classical rules known in civil law, and its taken from the special legislation of traditional consumer.

The regard privacy of the consumer contract, push the legislator to protect the electronic consumer by limiting the field of electronic contract in terms of subject and persons. This contract is also considered as the adhesion contracts, but without direct treatment for adhesion

terms that can be included in electronic contracts, and the legislator has adopted the electronic consumer his right of the withdraw from contract.

Key words: the electronic consumer, the adhesion contract, the adhesion term, the withdraw right.

المقدمة:

تتجه مختلف التشريعات الحديثة لوضع أطر قانونية متميزة لحماية المستهلك الذي يعتبر طرف ضعيف في العلاقات العقدية المعاصرة، ويزداد الأمر أهمية إذا ما تعلق الأمر بالمستهلك الذي يتعاقد بواسطة وسائل الاتصال الحديث، ألا وهو المستهلك الإلكتروني. هذا الأخير لا يختلف عن المستهلك التقليدي إلا من حيث طريقة التعاقد، إلا أنه يحتاج إلى حماية مضاعفة مقارنة به.

وعليه تبدو ضرورة حماية المستهلك الإلكتروني لخاصية الضعف واختلال التوازن العقدي التي يشترك فيها مع المستهلك التقليدي، وكذا ما يميز التعاقد الإلكتروني من مخاطر بسبب عدم إمكانية المعاينة المادية لمحل العقد، ومعرفة هوية الطرف الآخر المتعاقد معه، وعليه كان لزاما على المشرع الجزائري مساندة هذه التطورات التشريعية الحمائية بإصدار القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية¹، بهدف حماية المستهلك الإلكتروني الجزائري، والذي تضمن مجموعة من النصوص القانونية تيسر في هذا الاتجاه الحمائي. تشكل إضافة للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري و القواعد الخاصة ضمن تشريعات حماية المستهلك عموما.

مما سبق تظهر أهمية هذا الموضوع من خلال الحاجة الملحة لحماية المستهلك الإلكتروني، الذي يتميز بالضعف الاقتصادي والفني والمعرفي، خاصة بالنظر لطبيعة العقود الإلكترونية، مما يستوجب استحداث نصوص قانونية تراعي خصوصية العلاقة الاستهلاكية في البيئة الإلكترونية.

ونهدف من خلال هذه الدراسة إلى بيان بعض وسائل وآليات حماية المستهلك الإلكتروني، من خلال القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ومدى مساهمتها في تحقيق الأهداف الحمائية المنشودة. هذا ما يدفعنا لطرح الإشكالية الآتية: هل وفق المشرع الجزائري في حماية المستهلك الإلكتروني من خلال القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية، اتبعنا المنهج التحليلي لملائمته لعرض وتمحيص النصوص القانونية والآراء الفقهية، من خلال تقسيم ثنائي للبحث، بداية نحدد نطاق حماية المتعاقد الإلكتروني (مبحث أول)، ثم نبين قصور حماية المتعاقد الإلكتروني في القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية (مبحث ثاني).

المبحث الأول: نطاق حماية المتعاقد الإلكتروني

يظهر من خلال قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، أن المشرع يستوجب لحماية المستهلك الإلكتروني أن يتم التعاقد عن طريق الإذعان (مطلب أول)، كما ضيق من مجال الحماية للمستهلك الإلكتروني (مطلب ثاني).

المطلب الأول: ربط حماية المستهلك الإلكتروني بطريقة التعاقد (الإذعان):

المستهلك الإلكتروني حسب القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، هو طرف مذعن في العقد الإلكتروني (فرع أول)، وتتأكد خاصية الإذعان من خلال تقنية العرض المسبق (فرع ثاني) حسب ذات القانون.

الفرع الأول: العقد الإلكتروني عقد إذعان:

العقد الإلكتروني هو الاتفاق الحاصل بواسطة شبكة الأنترنت أو شبكات الاتصال الحديثة المفتوحة باستخدام وسائل تقنية مسموعة أو مرئية، حيث يلتقي إيجاب وقبول العاقدین بشكل متزامن، ويرتب التزامات وحقوقا على عاتقهما، تبعا لنوع العقد وشروطه².

يختلف الفقه في اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان، حيث ذهب رأي إلى أنه عقد إذعان بالمعنى الدقيق لأن المستهلك الإلكتروني لا يمكنه التفاوض على العقد، بينما يذهب رأي آخر إلى أن العقد الإلكتروني ليس عقد إذعان، لأن شرط الاحتكار - هو شرط أساسي في عقد الإذعان - غير متوفر في العقود الإلكترونية، ويذهب رأي ثالث إلى أن اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان أو عقد مساومة يكون بالاعتماد على معيار إمكانية التفاوض لدى المستهلك الإلكتروني من عدمه³. ويذهب رأي آخر إلى أن جميع شروط عقد الإذعان، من انعدام التفاوض وضرورة السلعة وشرط الاحتكار متوفرة في العقد الإلكتروني⁴، ويرى بعض الفقه⁵ ترك تقدير صفة الإذعان في القعد الإلكتروني إلى قاضي الموضوع إذا ما توفرت الشروط الإذعان القانونية المتطلبة حسب القواعد العامة، ويجزم البعض الآخر⁶ بأن العقد الإلكتروني هو عقد مساومة، لا تتوافر فيه شروط عقد الإذعان، معللا ذلك بإمكانية مناقشة بنوده وإجراء مفاوضات حوله، كما أن شرط ضرورة السلعة بالنسبة للمستهلك الإلكتروني غير متوفر في معظم عقود الاستهلاك الإلكترونية، وشرط الاحتكار على شبكة الأنترنت أمر نادر جدا.

ونرجع هذا الخلاف إلى التباين حول مفهوم عقد الإذعان بين المفهوم التقليدي والمفهوم الحديث. فالمفهوم التقليدي يشمل شرط الاحتكار وضرورة السلعة، بينما يقتصر المفهوم الحديث على وضع الشروط التعاقدية من قبل أحد المتعاقدين مع عدم إمكانية مناقشتها من طرف المتعاقد الآخر⁷، وهو ما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي من حيث اعتمد معيار التحديد المسبق وعدم التفاوض⁸، هذا المفهوم الحديث تجاوز المعايير التقليدية المتمثلة في أهمية السلعة وعنصر الاحتكار إلى معايير حديثة هي التفاوت الاقتصادي، التقني، والمعرفي، مع عدم إهمال عنصر المفاوضة كمعيار قانوني⁹.

إن المشرع الجزائري بصدد تعريفه للعقد الإلكتروني في القانون رقم: 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية أحال إلى القانون رقم: 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية¹⁰. حسب المادة: 06 التي تنص على: "العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم: 04-02.... الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي المتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني"، نلاحظ أن هذه المادة تبين طريقة إبرام العقد الإلكتروني، فهو الذي يتم عن طريق تقنيات الاتصال الإلكترونية، وتعريف العقد الإلكتروني توضحه المادة: 04 المحال إليها في القانون رقم: 04-02 الخاص بالممارسات التجارية. التي تنص على: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلع أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه....".

وباستقراء نص الماديتين السالفتين، يتأكد لنا أن العقد الإلكتروني حسب المشرع الجزائري هو عقد إذعان بالمعنى الدقيق، وهو ما ذهب إليه مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري في المادة: 17. فاعتبر العقد الإلكتروني عقد نمطي أي عقد إذعان¹¹.

هنا نتساءل هل كان على المشرع الجزائري تعريف العقد الإلكتروني بخاصية الإذعان؟ الإجابة تكون: إنه بالنظر إلى ضرورة حماية المستهلك الإلكتروني يجب اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان بالمفهوم الحديث، يستوجب الطرف المذعن فيه وهو المستهلك الإلكتروني الحماية اللازمة، خاصة وأن الطرف الآخر وهو المورد الإلكتروني لا يضار من اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان. يظهر مما سبق، أن المشرع الجزائري قد استثنى عقود المساومة¹² الإلكترونية من الحماية حتى لو كان أحد أطرافها مستهلكا، وغني عن البيان عن مسألة تقسيم العقود إلى عقود إذعان وعقود مساومة يثار بمناسبة الشروط التعسفية، والتي قد يتضمنها العقد الإلكتروني، فيرى بعض الفقه¹³ أن المشرع قد أحسن بحصر الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، لأن عقود المساومة تخضع للمفاوضات بين أطرافها، فلا مبرر للحماية. لكن من غير المنطقي حصر الشرط التعسفي في عقد الإذعان¹⁴، فيرى جانب آخر من الفقه¹⁵ بضرورة توسيع الحماية من الشروط التعسفية لتشمل عقود المساومة إلى جانب عقود الإذعان.

ونخلص إلى أن الشروط التعسفية ليست مربوطة بالضرورة بعقود الإذعان¹⁶، فبالرغم من تأكيد المشرع الجزائري لخاصية إذعان المستهلك الإلكتروني، وعدم إشارته إلى عقود المساومة الإلكترونية في القانون رقم: 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، إلا أنه في اعتقادنا يجب عدم ربط حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية بعقود الإذعان فقط. فالتفاوض حول العقد الإلكتروني لا يرفع عن المستهلك الإلكتروني حالة الضعف المعرفي والفني التي يتميز بها، ولا يخفف من مخاطر التعاقد الإلكتروني.

الفرع الثاني: العرض المسبق تأكيد لإذعان المستهلك الإلكتروني

إن العقد الإلكتروني المبرم بين المستهلك الإلكتروني والمورد الإلكتروني، حسب المشرع الجزائري يتم عن طريق تقنية العرض التجاري الإلكتروني المسبق، الذي يلتزم بتقديمه المورد الإلكتروني حسب نص المادة: 10 من القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية والتي تنص على: "يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني"، يتضمن هذا العرض شروطا موضوعة سلفا من قبل المورد الإلكتروني.

وعليه لا يمكن تصور أن تكون هذه الشروط التي يقرها المورد الإلكتروني في عرضه التجاري المسبق محلا للمناقشة، أو التفاوض بين أطراف العقد الإلكتروني، مادامت محددة سلفا وموجهة لجميع من يرغب في التعاقد، ولا يملك المستهلك الإلكتروني سوى الإذعان والقبول بالشروط التي يتضمنها العرض الإلكتروني المسبق، أو رفضها. فالموجب الذي يفرض شروطا مقررة مسبقا مع عدم إمكانية مناقشتها بغض النظر عن احتكاره للسلعة أو الخدمة، يعد العقد في هذه الحالة من عقود الإذعان.

إن الغرض من العرض التجاري الإلكتروني المسبق هو إعلام المستهلك ببند العقد، لذلك أوجب المشرع أن يكون بطريقة واضحة، ويتضمن الشروط العامة للبيع، شروط الضمان التجاري، شرط فسخ العقد عند الاقتضاء، شروط وآجال العدول عند الاقتضاء¹⁷.

والملاحظ أن العرض التجاري الإلكتروني يكون في شكل قالب نموذجي يتضمن مسائل فنية دقيقة غالبا ما تكون غير واضحة، على الموقع الإلكتروني للمورد، ولا يملك المستهلك الإلكتروني سوى الضغط على أيقونة القبول أو أيقونة التجاهل، مما يستتبع انعقاد العقد أو رفضه¹⁸.

إن إذعان المستهلك الإلكتروني لمحتوى العرض التجاري الإلكتروني المسبق، المفروض عليه من قبل المورد الإلكتروني، دفع بالمشرع إلى التدخل لتحديد الحد الأدنى لمضمون العرض الإلكتروني، من خلال نص المادة: 11 من القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، كما أكد الأمر من خلال تحديد مضمون العقد الإلكتروني من خلال المادة: 13 من نفس القانون، والذي يجب أن يشمل: شروط وكيفيات التسليم، شروط الضمان، شروط فسخ العقد، شروط وكيفيات الدفع¹⁹.

في نفس السياق تنص المادة: 12 من نفس القانون على: "...التحقق من تفاصيل الطلبية من قبل المستهلك الإلكتروني، لاسيما فيما يخص ماهية المنتجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الإجمالي والوحدى والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية، وإلغاءها أو تصحيح الأخطاء...". ونلاحظ أن إمكانية تعديل الطلبية أو إلغاءها، أو تصحيح الأخطاء من قبل المستهلك الإلكتروني، لا يعد من قبيل مناقشة شروط العقد الإلكتروني، فهو تغيير طفيف لا يرفع عن العقد الإلكتروني خاصية الإذعان.

وعليه يمكن بالاعتماد على تقنية العرض الإلكتروني المسبق، نفي خاصية المساومة والتفاوض على العقد الإلكتروني، وبالتالي تأكيد إذعان المستهلك الإلكتروني مما يستوجب حمايته.

نشير إلى أن المشرع الجزائري في القانون رقم: 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية لم يتطرق إلى باقي طرق إبرام العقد الإلكتروني، مثل التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني، أو المحادثة الإلكترونية، أين يتم التفاوض حول بنود العقد بين طرفيه، واقتصر المشرع على إبرام العقد الإلكتروني عن طريق العرض التجاري الإلكتروني المسبق، الذي يفتقر إلى خاصية المناقشة والتفاوض. ما دفع بعض الفقه²⁰ إلى نقد المشرع الجزائري بخصوص إغفاله تنظيم مرحلة التفاوض على العقد الإلكتروني.

نخلص في الأخير، إلى أنه بهدف حماية المستهلك الإلكتروني، اعتبر المشرع الجزائري في القانون رقم: 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، العقد الإلكتروني عقد إذعان، هذه النتيجة تخدم مصلحة المستهلك الإلكتروني متى تعاقد وفق تقنية العرض المسبق، أما إذا تعاقد عن طريق المحادثة الإلكترونية أو عن طريق البريد الإلكتروني فهو خارج مجال الحماية.

المطلب الثاني: تضيق مجال حماية للمستهلك الإلكتروني:

تتميز حماية المستهلك الإلكتروني من خلال القانون رقم: 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية أنها محصورة المجال من حيث صفة الأطراف (فرع أول) و تقتصر على الطرف المتعاقد (فرع ثاني).

الفرع الأول: حصر نطاق حماية المستهلك الإلكتروني من حيث الأطراف

أعطى المشرع الجزائري للمستهلك الإلكتروني مفهوما خاصا²¹ صراحة ودون إحالة، في المادة: 3/06 من القانون رقم: 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والتي تنص على: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طرق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد اعتمد على التعريف الضيق للمستهلك الوارد في القانون رقم: 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش²²، والذي أخذت به أغلب أحكام القضاء الفرنسي والتوجيهات الأوروبية²³، مع إضافة طريقة التعاقد الإلكترونية، دون الإحالة إلى تعريف المستهلك التقليدي مثل ما فعل بصدد تعريف العقد الإلكتروني. ونرجع ذلك إلى محاولة المشرع إظهار خصوصية المستهلك الإلكتروني التي يمتاز بها على المستهلك التقليدي، وهي طريقة التعاقد بالاتصالات الإلكترونية.

إن المفهوم الضيق للمستهلك الإلكتروني لا يوفر حماية كافية فهو يستثني الطائفة التي تتعاقد خارج نشاطها المهني²⁴، مما يظهر قصور في حماية المتعاقد الإلكتروني من خلال تضيق مجال الحماية، رغم أن المشرع وسع من نطاق الحماية في القانون رقم: 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، لتشمل كل من الشخص الطبيعي والمعنوي على حد سواء، مثله مثل القانون رقم: 09-03 المتعلق بحماية المستهلك، إلا أنه اشترك مع قانون الاستهلاك في إقصاء المهني من الحماية وتضييق مجالها، حيث ربط الغرض من التعاقد بالاستخدام النهائي الذي يعد قرينة تنفي الاستخدام المهني، وفي هذا إقصاء للعقود المبرمة بين المحترفين أو الموردين فيما بينهم بتقنيات الاتصال إلكترونية، رغم اعتراف المشرع بأن التعاقد بهذه الطريقة

ينطوي على إذعان أحد أطراف العقد، كما أن الحماية في العقد الإلكتروني ترجع إلى طبيعة إبرام العقد أين يتم عن بعد، حيث لا يمكن المتعاقد الإلكتروني من معاينة محل العقد، ومعرفة هوية الطرف الآخر. لذلك وجب التوسع في مفهوم المستهلك الإلكتروني ليشمل من يتعاقد لإشباع حاجاته المهنية خارج تخصصه إلى جانب من يتعاقد لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، لأن المهني لا يمكنه متابعة التطور المستمرة الذي تشهده التجارة الإلكترونية، ما يجعله في مركز الضعف المعرفي خارج اختصاصه، وبالتالي يحتاج للحماية. فالمستهلك الإلكتروني هو كل شخص طبيعي أو اعتباري يتعاقد بأحد الوسائل الإلكترونية من أجل الحصول على السلع والخدمات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو احتياجاته المهنية خارج نطاق تخصصه²⁵.

نشير إلى أن بعض الفقه²⁶ ينظر إلى المفهوم الضيق والواسع للمستهلك من زاوية مغايرة، بالنظر إلى مدى شمول المفهوم للشخص المعنوي، فيكون المفهوم الواسع بإدخال الشخص المعنوي ضمن دائرة المستهلكين، والعكس بالنسبة للمفهوم الضيق، وحسب ذات الفقه يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك في المادة: 03 من القانون رقم: 09-03 المتعلق بحماية المستهلك. ما يستتبع القول أن المشرع الجزائري اعتمد المفهوم الواسع للمستهلك الإلكتروني في القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

إضافة لما سبق، ومن خلال تعريف المورد الإلكتروني نجد أن المشرع في القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، حصر حماية المستهلك الإلكتروني في العقد المبرم مع المورد الإلكتروني، وعرف هذا الأخير في المادة: 06 منه، حيث تنص على: "المورد الإلكتروني: كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح أو توفير السلع والخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية"، رغم أن صفة المورد تقابلها صفة المتدخل حسب قانون الاستهلاك، التي تشمل المنتج والموزع والمستورد ومقدم الخدمات²⁷، فمصطلح "المورد" الذي استعمله المشرع، لا يتسع إلا لعملية التسويق والاقتراح، لذلك كان على المشرع استعمال مصطلح "المتدخل" أو "المحترف"، الذي يعد أوسع مجالا بالمقارنة مع مصطلح المورد، وذلك بهدف توفير أكثر حماية للمستهلك الإلكتروني في كل العمليات التعاقدية، ويفضل بعض الفقه²⁸ مصطلح "التاجر الإلكتروني"، أي من يمارس الأعمال التجارية باستعمال وسائل الاتصال التكنولوجية الحديثة، بدلا من مصطلح المورد الإلكتروني.

يظهر من التعريف السابق الوارد في المادة: 06 أن المورد الإلكتروني قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، وفي هذا توسيع لمجال حماية المستهلك الإلكتروني، مسايرا لقانون الاستهلاك الذي يعرف المتدخل في المادة: 03 منه بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي..."، إلا أن هذا الحكم منطقي ولا يضيف أي جديد لحماية المستهلك الإلكتروني، فغالبا ما يكون المورد الإلكتروني شخصا معنويا يقابله المستهلك الإلكتروني كشخص طبيعي.

الفرع الثاني: حصر الحماية في الطرف المتعاقد

إن تعريف المشرع الجزائري للمستهلك الإلكتروني في القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية يُظهر أنه حصر الحماية في فعل الاقتناء دون فعل الاستعمال، أي المستهلك الإلكتروني المقتني للسلعة أو الخدمة دون المستهلك الإلكتروني المستعمل لها، حيث تنص المادة: 06 في فقرتها الثالثة منه على: "المستهلك الإلكتروني: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة ..."، مسائرا في ذلك تعريف المستهلك الوارد في النص العربي للمادة: 03 من القانون رقم: 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، التي تنص على: "مستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا..."، رغم أن مصطلح "يستعمل" سقط سهوا من هذا النص، حيث تضمنه النص باللغة الفرنسية²⁹، والاقتصار على مصطلح "الاقتناء" دون "الاستعمال"، يوحي بأن المقصود هو المشتري وليس المستهلك.

بالمقابل نلاحظ أن المشرع وسع من حماية للمستهلك التقليدي من المقتني إلى المستعمل في القانون رقم: 09-03 المتعلق بحماية المستهلك، حيث تنص المادة: 03 منه على: "المستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا... من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"، رغم أن بعض الفقه³⁰ ينازع في ذلك، ويرى أن هذا النص يشوبه القصور، لأنه حصر حماية المستهلك في من يقتني السلعة أو الخدمة. ونقول ردا على هذا الرأي عبارة "تلبية حاجة شخص آخر" الواردة في نفس النص تتصرف إلى المستهلك المستعمل.

هنا نتساءل عن سبب تضييف المشرع لمجال حماية المستهلك الإلكتروني في القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية؟.

كان يفترض على المشرع مد الحماية في قانون التجارة الإلكترونية إلى المستهلك الإلكتروني الذي يستعمل السلع على غرار من يقتنيها، ويتقاضي بذلك النقد الفقهي³¹ الموجه لمصطلح "يقتني" دون مصطلح "يستعمل". حتى إن عبارة "يقتني... بصفة مجانية" منتقدة، لأن الاقتناء لا يكون إلا بمقابل³².

إضافة لما سبق، استثنى المشرع الجزائري من حماية المستهلك الإلكتروني بعض العقود الإلكترونية عن طريق منع التعامل فيها، وذلك لعدة اعتبارات ترجع إلى المساس بالنظام العام أو الأمن العمومي، كالعتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم³³، كما حظر المشرع من مجال التعاقد الإلكتروني: لعب القمار والرهان واليانصيب والمتاجرة بالمشروبات الكحولية، أو الصيدلانية والمنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية، أو الصناعية أو التجارية، وكل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع، يضاف إلى ذلك كل سلعة تستوجب إعداد عقد رسمي³⁴ تحت طائلة عقوبات منصوص عليها في المواد: 37 و 38 من القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية³⁵. وهذا التضييق نشنه لأن الهدف منه حماية المصلحة العامة.

المبحث الثاني: قصور حماية المتعاقد الإلكتروني في القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية

يعتبر القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية قاصرا من حيث تنظيم بعض الآليات الحمائية للمستهلك الإلكتروني، مثل مكافحة الشروط التعسفية حيث يحال بصدها إلى تشريعات أخرى (مطلب أول)، كما اكتفى ذات القانون بتنظيم هزيل لأهم آلية حمائية للمستهلك الإلكتروني وهي حق العدول (مطلب ثاني).
المطلب الأول: آليات محالة على قوانين أخرى: الشرط التعسفي³⁶

في ظل سكوت المشرع في قانون التجارة الإلكترونية عن مكافحة الشروط التعسفية رغم اعتبار العقد الإلكتروني عقد اذعان، يمكن الرجوع إلى أحكام القواعد العامة (فرع أول)، أو الاستناد إلى القواعد الخاصة (فرع ثاني) المقررة لمكافحة الشروط التعسفية.

الفرع الأول: مكافحة الشروط التعسفية في القواعد العامة:

لقد جاء القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، خاليا من تنظيم الشروط التعسفية، وأمام هذا الفراغ التشريعي رأى بعض الفقه³⁷ الرجوع إلى القانون المدني بصفته الشريعة العامة للعقود، حيث يجيز للطرف المذعن اللجوء للقضاء لإعفائه من الشروط التعسفية، خاصة مع اعتراف المشرع للمستهلك الإلكتروني بخاصية الإذعان.

تنص المادة: 110 من القانون المدني الجزائري³⁸ على: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، وتضيف المادة: 112 من نفس القانون: "...لا يجوز تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

فحسب القواعد العامة، يمكن تعديل الشروط التعسفية، أو إعفاء المستهلك الإلكتروني منها، كما يمكن تفسير العبارات الغامضة لمصلحته باعتباره طرفا مذعنا في العقد الإلكتروني.

غير أنه لا يمكن التعويل كثيرا على أحكام عقد الإذعان الواردة في القانون المدني لحماية المستهلك الإلكتروني، لأن هذا الأخير مطالب بإثبات الطابع التعسفي للشرط الذي يتضمنه العقد الإلكتروني المبرم بينه وبين المورد الإلكتروني. هذا الإثبات قد لا يكون بالأمر اليسير نظرا لخبرة المورد الإلكتروني في صياغة شروط تعاقدية مضللة تخدم مصلحته، ولا يظهر طابعها التعسفي.

إن حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في القواعد العامة هي حماية بعدية³⁹، وغير كافية⁴⁰ تعالج الضعف الاقتصادي دون باقي مظاهر الضعف التعاقدي⁴¹ و مربوطة أساسا بعقود الإذعان⁴² ويرجع هذا الحصر إلى أن القواعد العامة تكتفي بمبدأ المساواة لتحقيق التوازن بين أطراف العلاقة العقدية، وكذا عدم الاعتداد بالغبن وحده كعيب في الرضا⁴³.

من جهة أخرى يظهر قصور القواعد العامة عن حماية المستهلك الإلكتروني، من خلال عدم إمكانية إثارة الطابع التعسفي للشرط تلقائيا من قبل القاضي، خاصة مع الطابع العالمي للعقود الإلكترونية، حيث لا

يمكن القاضي الوطني من حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الموردين الأجانب، عن طريق التدخل مباشرة في حالة وجود شروط تعسفية في العقد الإلكتروني المبرم بين المستهلك الوطني والمورد الأجنبي.

الفرع الثاني: مكافحة الشروط التعسفية في القواعد الخاصة:

يرى بعض الفقه⁴⁴ -بحق- أن القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية لم يشر إلى مسألة الشروط التعسفية، لكنه أحال إلى القانون رقم: 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية بصدد تعريف العقد الإلكتروني، وبالتالي يمكن تطبيق أحكام الشروط التعسفية الواردة فيه على المستهلك الإلكتروني. حيث اعتمد المشرع الجزائري على نظام القوائم في هذا القانون وفي مرسومه التنفيذي رقم: 06-306 المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية⁴⁵ هذه القوائم واردة على سبيل المثال لا الحصر⁴⁶.

وتظهر فعالية حماية المستهلك الإلكتروني في القواعد الخاصة من خلال إعفائه من إثبات الطابع التعسفي، حيث يعتبر الشرط التعسفي باطلا بقوة القانون، ويكتفى ببطلان الشرط دون بطلان العقد الإلكتروني⁴⁷.

لكن ورغم الإحالة في مسألة حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية إلى القانون رقم: 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، والمرسوم التنفيذي رقم: 06-306 المتعلق بالبنود التعسفية، إلا أنها تبقى حماية قاصرة. فالأخذ بنظام القوائم المحددة للشروط التعسفية، قد يفسح للمورد الإلكتروني فرض شروط تعسفية خارج القائمة، كما يجب على المشرع تحيين القائمة كلما ظهرت شروط تعسفية جديدة، زيادة على ذلك يحد نظام القوائم المحددة للشروط التعسفية من السلطة التقديرية للقاضي. وبعض البنود في القوائم يصعب تقدير الإخلال الظاهر فيها⁴⁸ الذي يعتبر معيار للتعسف.

وبخصوص التشريع الجزائري نجد أن نظام القوائم يتعارض مع تعريف الشرط التعسفي الوارد في المادة: 03 من القانون رقم: 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية الذي يأخذ بمعيار الإخلال الظاهر⁴⁹ بين الحقوق والالتزامات بنظره كلية لجميع بنود العقد، هذا المعيار الأخير يخدم المستهلك الإلكتروني لأنه يتماشى مع طبيعة التجارة الإلكترونية التي تتسم بطابعها العالمي، أكثر من نظام القوائم الذي قد يصطدم بتنظيمات قانونية مختلفة لمسألة الشروط التعسفية تخدم مصلحة المورد الإلكتروني الأجنبي على حساب مصلحة المستهلك الإلكتروني الوطني.

إن معيار الإخلال الظاهر يوفر أكثر حماية مع استقرار العقد⁵⁰، ومن ثم كان هذا المعيار، أكثر ملائمة لحماية المستهلك الإلكتروني، لأنه يخضع تحكيم الشروط التعسفية للسلطة التقديرية للقاضي الوطني مما ضمن حماية كافية للمستهلك الإلكتروني، على حساب المورد الإلكتروني الأجنبي.

كذلك يظهر قصور حماية المستهلك الإلكتروني من خلال عدم النص على جزاء مدني لإيراد المورد الإلكتروني لشروط تعسفية، على خلاف المشرع الفرنسي الذي اعتبرها شروط باطلة وغير مكتوبة بموجب

المادة: 1171 من القانون المدني⁵¹، خاصة وأن جزاء بطلان الشرط التعسفي وبقاء العقد قائما يكون في مصلحة المستهلك الإلكتروني، عكس الجزاء الجنائي المنصوص عليه في المادة: 38⁵² من القانون رقم: 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية، رغم أن بعض الفقه⁵³ تحويرا لنص المادة: 30 نفس القانون يرى أنها تتضمن جزاء مدني غير واضح، يتمثل في اعتبار الشرط التعسفي باطل.

من جهة أخرى يؤخذ على المشرع الجزائري عدم بسط الحماية للمحترفين بخصوص الشروط التعسفية في القانون رقم: 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية، حيث قصرها في علاقة المستهلك بالبائع، ويظهر ذلك من خلال حرفية نص المادة: 29 والتي تنص على: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك البائع..."، وبتطبيقها على العقود الإلكترونية تكون الحماية مقصورة في العلاقة بين المستهلك الإلكتروني والمورد الإلكتروني، هذا التحديد يظهر أثره السلبي العقود المبرمة بين الموردين الإلكترونيين في بينهم، ألا يستحقون الحماية؟. أم أن لهم نفس الإمكانات الفنية والاقتصادية مما يمكنهم من المحافظة على حقوقهم، فلا تثار مسألة الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترفين باستعمال وسائل الاتصال الإلكترونية.

يذهب بعض الفقه⁵⁴ إلى رأي مخالف، وهو أن المشرع وسع نطاق الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص لتشمل المحترفين فيما بينهم، بالاستناد إلى نص المادة: 01 من نفس القانون والتي تنص على: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين وكذا حماية المستهلك".

نخلص إلى إن مكافحة الشروط التعسفية لم تعد محصورة أساسا على حماية المستهلك فقط، بل كل متدخل في العجلة الاقتصادية⁵⁵، حتى إن الفقه الفرنسي بعد قرار (chronoposet) الشهير، أصبح يؤكد على ضرورة توسيع مجال الحماية من الشروط التعسفية ليشمل العقود المبرمة بين المحترفين⁵⁶. ويقع الإجماع على بطلان هذه الشرط في كافة العقود، وهذا ينطبق على جانب كبير من المعاملات الإلكترونية⁵⁷. لأن الهدف من مكافحة الشروط التعسفية هو الحفاظ على التوازن العقدي.

المطلب الثاني: تنظيم هزيل لحق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد الإلكتروني

إن استقصاء موقف المشرع الجزائري من خلال القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، يُظهر أن تقرير حق العدول كان بصفة عرضية (الفرع الأول)، كما منح المستهلك الإلكتروني حق إرجاع السلعة، الذي يعد مجرد تطبيق للقواعد العامة (فرع ثاني).

الفرع الأول: تقرير عرضي لحق العدول

إن من خصوصيات العقد الإلكتروني ارتباطه بحق العدول⁵⁸، هذا الأخير له دور فعال في حماية المستهلك عامة، و المستهلك الإلكتروني خاصة إذ تزيد أهميته في العقد الإلكتروني، إلا أنه لم يقابل بالاهتمام من قبل المشرع الجزائري، وقد تباينت الآراء الفقهية حول حق المستهلك الإلكتروني في العدول

حسب القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، هذا الأخير يعتبره بعض الفقه⁵⁹ أول تكريس للمفهوم القانوني المعاصر لحق العدول، معلا ذلك من خلال المادة: 10 التي تنص على: "تكون كل معاملة إلكترونية مسبقة بعرض تجاري إلكتروني، وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني" و المادة: 11 التي تنص على: "...شروط وأجال العدول عند الاقتضاء..." فيكون وفق هذا المفهوم حق العدول مقررا لكلا طرفي العقد. خلافا للقانون رقم: 09-03 المتعلق بحماية المستهلك الذي حاول تكريس حق العدول إلا أنه لم يرق إلى المفهوم القانوني الدقيق بعد.

وحسب رأينا أن إقرار حق العدول للمستهلك الإلكتروني كان عرضيا بمناسبة إلزام المورد الإلكتروني بجملة من البيانات في عرضه التجاري الإلكتروني حسب المادة: 11 من القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، التي تنص على: "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة ويجب أن يتضمن على الأقل وليس على سبيل الحصر المعلومات الآتية: ... شروط وأجال العدول عند الاقتضاء..."، والملاحظ أن المشرع لم يحدد المدة الزمنية للعدول عن العقد الإلكتروني، رغم أنها جوهر هذا الحق.

إن المشرع قد ترك تحديد أحكام العدول من شروط وأجال لإرادة المتعاقدين مخالفا للتشريعات الاستهلاكية التي تقرر حق العدول للطرف الضعيف في العقد وهو المستهلك⁶⁰، لأن نفس المادة السالفة تشير إلى إمكانية الفسخ، "...شروط فسخ العقد عند الاقتضاء..."، فترك المشرع لإرادة الأطراف تحديد شروط فسخ العقد الإلكتروني، و شروط وأجال العدول. هذا الموقف السلبي من المشرع، نتج عنه قصور في حماية المستهلك الإلكتروني، لأن المورد الإلكتروني سينفرد حتما بتقرير حق العدول وتحديد شروطه وأجاله، بمناسبة انفراده بتقديم العرض التجاري الإلكتروني للمستهلك الإلكتروني، ما يدفعنا للقول بأن حق العدول يخضع للإرادة المنفردة للمورد الإلكتروني.

تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه⁶¹ يعيب على المشرع استعمال مصطلح "حق العدول"، ويفضل مصطلح "حق التراجع"، لأن حق العدول يكون بالاتفاق بين طرفي العقد ويثبت لكليهما، أما حق التراجع يتمتع به المستهلك فقط، ويكون مقررا بنص القانون.

الفرع الثاني: حق إرجاع السعلة تطبيق للقواعد العامة

يرى جانب من الفقه⁶² أن المادة: 22 من القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية والتي تنص على: "في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتج على حالته في أجل أقصاه أربعة (04) أيام عمل..."، تتضمن حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد، غير أن هذا النص في الحقيقة يتعلق بجزء عدم احترام آجال التسليم من قبل المورد الإلكتروني، حيث يمكن للمستهلك الإلكتروني إرجاع المنتج بشرطين، على حالته، وفي غضون 04 أيام عمل من تاريخ تسلمه، وعليه يكون هذا الحكم التشريعي تطبيق للقواعد العامة، فعدم احترام آجال التسليم من قبل المورد

الإلكتروني هو بمثابة شرط فاسخ للعقد الإلكتروني، يخضع لتقدير المستهلك الإلكتروني، وينتج عنه إرجاع السلعة والمبالغ المدفوعة، أي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، مع تعويض المستهلك الإلكتروني إن لزم الأمر.

ما يؤكد هذا الطرح أن المورد الإلكتروني هو من يلتزم بتحديد موعد التسليم في العرض التجاري الإلكتروني المسبق، حسب المادة: 11 من نفس القانون. التي تنص على: "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني.... ويجب أن يتضمن على الأقل.... موعد التسليم...."، وعليه يجب احترام هذا الأجل، وإلا يكون الجزاء هو فسخ العقد الإلكتروني لمصلحة المستهلك الإلكتروني.

ويذهب فريق آخر⁶³ إلى أن المادة: 23 من القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والتي تنص على: "يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته في حالة تسليم غرض غير مطابق أو في حالة ما إذا كان المنتج معيبا... يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي خلال مدة أقصاها أربعة (04) أيام عمل..."، تقرر شروط ممارسة حق العدول المتمثلة في احترام مهلة 04 أيام وإرجاع المنتج في غلافه الأصلي، وعليه تكون مدة العدول هي أربعة (04) أيام، غير أن هذه المدة مقررة لإرجاع المنتج أو السلعة للمورد الإلكتروني⁶⁴. وإرجاع السلعة يختلف عن حق العدول. فهو مجرد تطبيق للقواعد العامة لضمان العيب الخفي⁶⁵، حتى إن مدة 04 أيام تعتبر غير كافية لاكتشاف مدى معيوبية المنتج⁶⁶.

إن المادة: 23 من القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية تتضمن إرجاع السلعة في أجل 04 أيام مع التبرير المقيد بسببين: إما طلبية غير موافقة، أو منتج معيب، ويظهر من هذا النص أن الخيارات هي على الترتيب⁶⁷: تسليم مطابق، إصلاح المنتج، استبدال المنتج، إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ، هذه الحالة الأخيرة قد تقوت على المستهلك الإلكتروني فرصة التعاقد مع مورد آخر، كما أن عملية إرجاع المنتج لاستبداله، إصلاحه، أو تسليم مطابق، الغرض منها الحفاظ على عقد الاستهلاك، لكنها قد تتطلب مدة زمنية طويلة وهو ما لا يخدم مصلحة المستهلك الإلكتروني.

في المقابل نجد في التشريع الفرنسي إرجاع المبيع واسترداد الثمن ثم إمكانية استبداله⁶⁸، فخير إرجاع المبيع يسبق خيار الاستبدال، ويلتزم المستهلك الإلكتروني وفق القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بإرجاع المنتج في غلافه الأصلي، والمؤكد أن هذا الشرط يؤثر على المستهلك الإلكتروني فلا يتمكن من معاينة المنتج، أو قد يحجم عن ممارسة حقه في إرجاع السلعة بسبب هذا الشرط.

إضافة لما سبق تستثني التشريعات المقارنة بعض العقود من العدول الإلكتروني، ويرجع ذلك إلى طبيعة محل العقد، مثل التي يمكن للمستهلك الإلكتروني نسخها كالبرامج الإلكترونية والتسجيلات الصوتية والمرئية، وهو ما أغفل تنظيمه المشرع الجزائري، رغم ذلك يمكن القول أن المادة: 11 من القانون رقم: 18-

05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية توعي بوجود بعض العقود المستتناة من حق العدول ويفهم ذلك من عبارة "...شروط وأجال العدول عند الاقتضاء...".

نلاحظ أنه ورغم هشاشة تنظيم حق المستهلك الإلكتروني في العدول في القانون رقم: 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، حيث اكتفي المشرع بالإشارة إليه في البند 10 من المادة: 11، زاد من تمييزه عن طريق منح المستهلك الإلكتروني خيارات أخرى. تم تكييفها على أنها صور للعدول⁶⁹، كاستبدال المنتج أو إصلاحه، هذه الخيارات قد لا تخدم المستهلك الإلكتروني، فقد يكون المنتج لا يلائم مصلحة، أو تعاقد عليه بإغراء من المورد الإلكتروني، فما فائدة استبداله أو إصلاحه؟ إضافة لذلك يجب على المستهلك الإلكتروني إثبات خطأ المورد الإلكتروني (تسليم متأخر أو غير مطابق، منتج معيب).

نخلص في الأخير إلى أن المواد: 22 و 23 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري لا تتضمن حق المستهلك الإلكتروني في العدول، خاصة أنها لم تشر إلى العدول عن الخدمات، التي تضمنها تعريف المستهلك الإلكتروني، فهل يحق للمستهلك الإلكتروني إرجاع المنتج، ولا يحق له رفض الخدمة؟ كذلك إذا اعتبرنا-تجاوزا- أن مدة 04 أيام المنصوص عليها في هذه المواد هي مدة عدول، فتكون قصيرة جدا وغير كافية لحماية المستهلك الإلكتروني.

إن مقارنة بسيطة بين القانون رقم: 09-18 المتعلق بحماية المستهلك الذي جعل ممارسة المستهلك التقليدي لحق العدول مطلقا وحدد مدته بثمانية (08) أيام في المادة: 19 مكرر⁷⁰، والقانون رقم: 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، يُظهر قصور هذا الأخير في تنظيم أحكام حق العدول وبالتالي قصور في حماية المستهلك الإلكتروني.

الخاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع الحماية التبرعية للمستهلك الإلكتروني في ظل القانون رقم: 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية توصلنا إلى جملة من النتائج:

إن المشرع الجزائري يعتبر العقد الإلكتروني عقد إذعان بالمفهوم الحديث من خلال تعريفه في المادة: 06 من قانون التجارة الإلكترونية، و يؤكد على صفة إذعان المستهلك الإلكتروني من خلال اقرار تقنية العرض التجاري المسبق في المادة: 10 من نفس القانون.

إن مجال تطبيق القانون رقم: 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية هو عقود الإذعان التي تتم حصريا وفق العرض الإلكتروني المسبق، دون عقود المساومة الإلكترونية التي تتم عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة الإلكترونية عبر وسائل الاتصال الحديثة، هذا يؤثر سلبا على حماية المستهلك الإلكتروني فيما يتعلق بالشروط التعسفية.

تضييق المشرع الجزائري مجال حماية المستهلك الإلكتروني حين اعتمد على المفهوم الضيق للمستهلك الإلكتروني، كما حصر مجال الحماية في الطرف الذي يتعاقد على السلعة أو الخدمة دون من يستعملها. يفقر القانون رقم: 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية إلى تنظيم مكافحة الشروط التعسفية التي تعتبر العقود الإلكترونية مجال خصب لها، رغم أنه يعتبر العقد الإلكتروني من قبيل عقود الاذعان، خاصة أمام عزز القواعد العامة في القانون المدني، والقواعد الخاصة في تشريعات حماية المستهلك عن حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية.

جاء القانون رقم: 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بتنظيم هزيل لحق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد الإلكتروني، بين إقرار عرضي له في المادة: 11 و منح المستهلك الإلكتروني حق إرجاع السلعة في المواد: 22 و 23 الذي يعتبر مجرد تطبيق للقواعد العامة، رغم جوهرية هذا الحق في التعاقد الإلكتروني ودوره الفعال في حماية المستهلك الإلكتروني. بناء على النتائج السابقة، نقترح التوصيات التالية:

01- عدم حصر طريق التعاقد الإلكتروني في العرض التجاري المسبق والأخذ بعين الاعتبار التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة الإلكترونية، من أجل توسيع نطاق حماية المستهلك الإلكتروني، لتشمل عقود المساومة الإلكترونية.

02- نهيب بالمشرع الجزائري تعديل المادة: 06 بتوسيع مفهوم المستهلك ليشمل من يتعاقد خارج اختصاصه، ما يتلاءم مع طبيعة التجارة الإلكترونية، كما يجب أن يشمل التعريف المستهلك المستعمل على غرار المستهلك المقتني.

03- ضرورة تنظيم أحكام الشروط التعسفية في العقود الإلكترونية، خاصة مع اعتماد المشرع الجزائري لآلية العرض التجاري الإلكتروني كآلية وحيدة لإبرام العقد الإلكتروني، مع الأخذ بعين الاعتبار معيار الإخلال الظاهر بين التزامات أطراف العقد الإلكتروني عند تقدير الشرط التعسفي، وإقرار جزاء مدني يتمثل في بطلان الشرط دون العقد، على أن يتم مكافحة الشروط التعسفية في جميع العقود الإلكترونية، من أجل توفير حماية كافية للمستهلك الإلكتروني.

04- إعادة النظر في أحكام حق العدول عن العقد الإلكتروني من خلال:

- استحداث نص صريح يتضمن حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد، ونرجح إستعمال مصطلح "التراجع" بدلا من مصطلح "العدول".
- ضرورة التحديد التشريعي لمدة ممارسة حق التراجع، ونقترح أن تكون بين ثمانية (08) أيام أو خمسة عشر (15).

- إقرار حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد الإلكتروني بصفة مطلقة، غير مشروطة أو غير مبررة.

- إمكانية استثناء بعض العقود الإلكترونية من ممارسة حق التراجع، بالنظر إلى طبيعة السلعة أو الخدمة محل التعاقد.

الهوامش:

¹ الأمر رقم: 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439، الموافق 10 مايو سنة 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية عدد 28، المؤرخة في 16 مايو 2018.

² عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الأنترنت، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2010، ص: 42.

³ جليل الساعدي، مشكلات التعاقد عبر شبكة الأنترنت، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد العراق، 2011، ص ص: 80، 81- عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص ص: 51، 52.

⁴ كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2012، ص: 501.

⁵ الفواعير علاء محمد، العقود الإلكترونية، التراضي التعبير عن الإرادة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2014، ص: 64.

⁶ بن سعيد لزهر، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار هومة، بوزريعة الجزائر، 2014، ص ص: 48-51 - النية بشرى، العقد المبرم بطريقة إلكترونية، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال الرباط، 2011/2012، ص: 78.

⁷ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007، ص: 458 - كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص ص: 496-499.

⁸ **Mona Jamal**, Le contrat d'adhésion (étude comparée des droits français et koweïtien) doctorant en Droit privé, Université de Strasbourg, Soutenue le : 24 Octobre 2017, p:42.

- Art 1110: "le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties" (L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations publiée au Journal officiel le 11 février 2016, en vigueur le 1er octobre.2016).

⁹ إبراهيم عبد العزيز داوود، عدم التوازن المعرفي في العقود (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2014، ص: 26.

¹⁰ القانون رقم: 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق لـ 23 يونيو سنة 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية عدد 41، المؤرخة في 27 يونيو 2004.

¹¹ الفواعير علاء محمد، المرجع السابق، ص: 63.

¹² في عقود المساومة يكون لكل متعاقد حرية وضع شروط العقد ومناقشتها، حيث يعد ذلك من الأمور الجوهرية في التعاقد. (فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، 2013، ص: 81).

¹³ بناسي شوقي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2015/2016، ص: 398.

- ¹⁴ زامل غالب زينب، حماية الدائن في نطاق العلاقات التعاقدية، مذكرة ماجستير، كلية القانون والعلوم السياسية قسم القانون الخاص، الجامعة العراقية، العراق، 2020، ص: 38.
- ¹⁵ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، دار هومة، الجزائر، 2007، ص: 82.
- ¹⁶ التميمي أكرم محمد حسين، التنظيم القانوني للمهني (دراسة مقارنة في نطاق الأعمال التجارية)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2010، ص: 70.
- ¹⁷ ينظر: المادة: 11 من القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.
- ¹⁸ النية بشرى، المرجع السابق، ص: 74.
- ¹⁹ ينظر: المادة: 13 من القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.
- ²⁰ معزوز دليلة، التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد (دراسة مقارنة)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد: 05، العدد: 01، السنة: 2020، ص: 286.
- ²¹ لحلو خيار غنية، نظرية العقد، بيت الأفكار للنشر والتوزيع، الدار البيضاء الجزائر، 2018، ص: 23.
- ²² القانون رقم: 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430، الموافق 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية عدد 15، المؤرخة في 08 مارس 2009.
- ²³ فراس جبار كريم الروازق، الحماية القانونية من الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، المركز العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2017، ص ص: 81، 82- سي يوسف زاهية حورية، دراسة تحليلية للقانون رقم: 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والمتمم، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2019، ص: 11.
- ²⁴ جريفي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد (دراسة مقارنة)، دكتوراه في الحقوق تخصص قانون خاص معمم، كلية الحقوق جامعة أحمد دراية أدرار، 2017/2018، ص: 43- فراس جبار كريم الروازق، المرجع السابق، ص: 83.
- ²⁵ كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص ص: 80، 81- المزيني غازي بن فهد بن غازي، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجامعي للنشر والتوزيع، 2018، ص: 115.
- ²⁶ حوحو يمينه، عقد البيع في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء الجزائر، 2021، ص ص: 23، 24.
- ²⁷ بعجي أحمد، فعالية حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد: 04، العدد: 01، جوان 2019، ص: 156.
- ²⁸ كوثر سعيد عدنان، المرجع السابق، ص: 82.
- ²⁹ Art 03: " Consommateur: toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise..."
- ³⁰ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص: 12.
- ³¹ هدى زوزو، آليات حماية المستهلك من مخاطر التعاقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، العدد: 04، افريل 2017، ص: 321.
- ³² سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص: 13.
- ³³ ينظر المادة: 03 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.
- ³⁴ ينظر: المادة 05 من القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.
- ³⁵ ينظر: المواد 37 و 38 من القانون رقم: 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

³⁶ الشرط التعسفي هو الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدى لصالح المهني أو المحترف في مواجهة المستهلك الذي لا تتوفر لديه الخبرة أو الدراية الفنية أو الاقتصادية. (خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2011، ص: 459).

-La clause contractuelle qui comporte un avantage excessif tiré par un seul contractant. (Laurent Bruneau, contribution a l'étude des fondements de la protection du contractant, Thèse de doctorant en droit, Université science sociales Toulouse, soutenue le 02 septembre 2005, p:420,421).

³⁷ عدو حسين، الحماية المدنية لرضا المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري)، مجلة القانون، المجلد: 07، العدد: 01، السنة: 2018، معهد العلوم القانونية والإدارية المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان، ص: 224.

³⁸ الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد: 78 المؤرخة في 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم.

³⁹ بناسي شوقي، المرجع السابق، ص: 21.

⁴⁰ محمود علي رحمه، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، 2018، ص 94- خليفة كرفة محمد، الجزء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد وتشريعات الاستهلاك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد: 06، العدد: 01، السنة: 2020، ص: 279.

⁴¹ فراس جبار كريم الروزاق، المرجع السابق، ص: 145.

⁴² زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1،

2013/2014، ص: 164.

-Les dispositions du Code civil du Québec limitent le contrôle des clauses abusives aux contrats d'adhésion et de consommation... Les adhérents ou les consommateurs n'ont pas la possibilité de négocier le contenu, les probabilités pour que l'on retrouve des clauses abusives dans leurs contrats sont grandes. (Joelle Manekeng Tawali, Op.Cit. p 200.

⁴³ التميمي أكرم محد حسين، المرجع السابق، ص: 63- فراس جبار كريم الروزاق، المرجع السابق، ص: 142.

⁴⁴ بججي أحمد، المرجع السابق، ص: 157.

⁴⁵ المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 المؤرخ في 17 شعبان 1427، الموافق 10 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية عدد 56، المؤرخة في: 11 سبتمبر 2006.

⁴⁶ ينظر: المادة 29 من القانون رقم: 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

⁴⁷ ينظر: المادة: 06 و 03 من التوجيه الأوروبي رقم: 93-13 الصادر في 05 افريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين.

⁴⁸ مكّي فلة، حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1،

2015/2016، ص: 347.

⁴⁹ تنص المادة: 03 من القانون رقم: 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية بخصوص الشروط التعسفية على: "شروط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

⁵⁰ بودالي محمد، المرجع السابق، ص: 23-26.

⁵¹ Art.1171: "dans un contrat d'adhésion toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite". L'ordonnance n° 2016-131.

⁵² ينظر: المادة 83 من القانون رقم: 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية.

⁵³ بوروح منال، النظام العام والعقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية

الحقوق جامعة الجزائر 1، نوقشت بتاريخ: 05 ماي 2019، ص: 365.

⁵⁴ مكي فلة، المرجع السابق، ص: 344.

⁵⁵ زمام جمعة، المرجع السابق، ص: 263.

⁵⁶ ريماء فرج مكي، تصحيح العقد (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، 2011، ص: 61.

⁵⁷ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2007، ص: 65.

⁵⁸ المزيني غازي بن فهد بن غازي، المرجع السابق، ص: 67.

⁵⁹ أديمين محمد الطاهر، حق العدول عن العقود الاستهلاكية عن بعد كآلية قانونية لضمان حماية المستهلك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد: 57، العدد: 01، السنة: 2020، ص: 29.

⁶⁰ أديمين محمد الطاهر، نفس المرجع، ص: 30.

⁶¹ فيلال علي، العقود الخاصة، البيع، موفم للنشر، الرغاية الجزائر، 2018، ص: 119.

⁶² حوحو يمين، المرجع السابق، ص: 25. - مديحة بن زكري بن علو، فكنوس سميرة، الضمانات الخاصة بحماية المستهلك في مجال العقود الموجهة إلكترونيا تطبيقا لأحكام القانون 05/18، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد: 04، العدد: 02، السنة: 2020، ص: 585. - أوثن حنان، صهيب ياسر محمد شاهين، العدول بين الضمانة وقواعد حماية المستهلك الإلكتروني (دراسة قانونية)، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، المجلد: 03، العدد: 04، السنة: 2020، ص: 152.

⁶³ لعمر صالحة، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن التعاقد في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد: 13، عدد خاص (العدد التسلسلي 25)، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، جانفي 2021، ص: 138. - عبدلي حبيبة، عبدلي وفاء، حق المستهلك الإلكتروني في الرجوع عن التعاقد بين قصور النص القانوني وواقع الممارسات العملية في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد: 05، العدد: 02، السنة: 2020، ص: 224. - أوثن حنان، صهيب ياسر محمد شاهين، المرجع السابق، ص: 159.

⁶⁴ بوخروبة حمزة، حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد: 04، العدد: 02، السنة: 2019، ص: 1400.

⁶⁵ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2008، ص: 236. - غربي أحسن، قصور التشريعات العامة والخاصة في حماية المستهلك الإلكتروني، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد: 06، العدد: 02، السنة: 2020، ص: 118، 119.

- ⁶⁶ جعفر الزهرة، شريط وسيلة، الحماية المدنية للمستهلك الإلكتروني في ظل القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 03 (عدد خاص)، 2020، ص: 195.
- ⁶⁷ قالية فيروز، التزامات المورد الإلكتروني في ظل القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مجلة القانون والمجتمع، المجلد: 08 العدد: 02، السنة: 2020، ص: 394.
- ⁶⁸ ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2016، ص: 183.
- ⁶⁹ معزوز دليلة، المرجع السابق، ص: 16.
- ⁷⁰ ينظر: المادة 19 من القانون رقم: 09-18 المتعلق بحماية المستهلك.