



جامعة قاصدي مرباح ورقلة
كلية: الحقوق و العلوم الإقتصادية
قسم: العلوم القانونية و الإدارية
مذكرة

رقم الترتيب:.....
رقم التسلسل:.....

مقدمة لنيل شهادة الماجستير

الفرع: الحقوق

التخصص: القانون الخاص

من طرف الطالب: عياض محمد عماد الدين

تحت عنوان

حماية المدنية للمستهلك من خلال قواعد

الممارسات التجارية

دراسة على ضوء القانون 02/04

نوقشت يوم: 19 / 09 / 2006

أمام لجنة المناقشة المكونة من :

رئيسا	أستاذ محاضر بجامعة البليدة	الدكتور: العيد حداد
عضوا	أستاذ محاضر بجامعة البليدة	الدكتور: رشيد بن شويخ
عضوا	أستاذ محاضر بجامعة سطيف	الدكتور: عمر بلمامي
مقررا	أستاذ محاضر بجامعة جيجل	الدكتور: نصر الدين سمار

السنة الجامعية 2005 / 2006

مقدمة

ما إن بدأت الجزائر تتوجه نحو نظام اقتصاد السوق حتى فرض موضوع حماية المستهلك نفسه باعتباره أحد متطلبات الواقع الاقتصادي والاجتماعي الجديد. فنظام اقتصاد السوق بما يعنيه من انفتاح اقتصادي وتحرير للتجارة أفضى إلى ظهور ممارسات اقتصادية طغت فيها المادة على حساب القيم والمبادئ في ظل منافسة شرسة لا يتوانى خلالها البعض عن استخدام أي وسيلة لبلوغ غايته وهي "جيب المستهلك". وما يزيد من حساسية الوضع أن المستهلك -المستهدف الأول من هذه الممارسات- لا تؤهله قدراته الفنية والخبرائية على إدراك ما يقدم عليه من تعاملات مما يجعله فريسة سهلة للتضليل والخداع في عصر تميزه التقنية المتطورة ووسائل الإغراء والدعاية المبهرة. كما لا يسمح له نفوذه الاقتصادي بالصمود أمام العون الاقتصادي ذي المركز القوي الذي لا يتوانى عن استغلال هذا المركز لفرض وإعلاء إرادته عند التعاقد، خصوصا إذا ما تعلق الأمر بسلع وخدمات ضرورية للمستهلك أو بعون اقتصادي محتكر.

ومع هذا الوضع الذي يكشف اختلالا واضحا في ميزان القوى الاقتصادية والفنية بين العون الاقتصادي والمستهلك يظهر فيه هذا الأخير إما هائما منقادا أو محصورا في الزاوية، تبرز ضرورة حماية المستهلك تجاه ما يقنتيه من سلع وخدمات وقاية له من الوقوع ضحية نزعته الاستهلاكية، وهو ما تصدى له المشرع الجزائري من خلال جملة من النصوص يتقدمها القانون رقم 02/89 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك¹. ويعد القانون رقم 02/04 المؤرخ في 25 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية² من أحدث النصوص القانونية التي اهتمت بحماية المستهلك، حيث جاء هذا القانون في وقت تركز فيه الجزائر توجهها نحو اقتصاد السوق من خلال الانفتاح المشهود والمرتقب للاقتصاد الجزائري على خلفية إبرام الجزائر لاتفاق الشراكة الأوروبية وعزمها الانضمام للمنظمة العالمية للتجارة، ومن ثم دخول العولمة الاقتصادية من أوسع أبوابها، وهو ما يستدعي تهيئة نظام قانوني كفيل باستيعاب هذه التحولات الهامة.

و يستمد القانون 02/04 بعض أحكامه من القانون 12/89 المؤرخ في 05 جويلية 1989 المتعلق بالأسعار³ الذي تم إلغائه، وقصد تدارك الفراغ القانوني نتيجة ذلك الإلغاء تقرر آنذاك إدراج هذه الأحكام بصفة انتقالية في الأمر رقم 06/95 المؤرخ في 25 جويلية 1995 المتعلق بالمنافسة⁴ رغم أنها لا تتطابق مع موضوعه، حيث تمحور هذا الأمر حول قسمين: القسم الأول: يحدد قواعد ومبادئ المنافسة وكذا الممارسات المنافية للمنافسة (البابان 2.3).

القسم الثاني: يحدد قواعد شفافية ونزاهة الممارسات التجارية (الأبواب 6.5.4). إلا أنه وبعد سبع سنوات من تطبيق الأمر 06/95 بدا من الضروري تعديل هذا النص بهدف مطابقته مع المتطلبات الاقتصادية والاجتماعية التي اقتضتها العولمة وكذا استندراك العراقيل والنقائص المترتبة عن تطبيقه⁵.

¹ - نشر بالجريدة الرسمية عدد 06 الصادرة بتاريخ 08 فيفري 1989.

² - نشر بالجريدة الرسمية عدد 41 الصادرة بتاريخ 27 يونيو 2004.

³ - نشر بالجريدة الرسمية عدد 29 الصادرة بتاريخ 19 يوليو 1989.

⁴ - نشر بالجريدة الرسمية عدد 09 الصادرة بتاريخ 22 فيفري 1995.

⁵ - وزارة التجارة، مذكرة عرض الأسباب الخاصة بمشروع القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أكتوبر 2003، ص.1.

وعلى ذلك وقصد التكفل بهذه الانشغالات تم تقسيم الأمر 06/95 إلى مشروعين قانونيين، تجسدا لاحقا في تشريعيين منفصلين :

- الأول: الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة⁶، الذي تضمن مبادئ المنافسة وتنظيم مجلس المنافسة.

- الثاني: القانون رقم 02/04 محل الدراسة، الذي كرس قواعد الشفافية والنزاهة في الممارسات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين وبينهم وبين المستهلكين.

ولقد سعى المشرع في القانون 02/04 إلى الأخذ بعين الاعتبار تحليلات ونتائج تطبيق الأمر 06/95 في القسم الخاص بالممارسات التجارية، التي كشفت عن قصور فاعلية هذا الأخير بسبب عراقيل بعضها يتعلق بمضمونه وأخرى خارجة عنه، حيث بينت هذه النتائج بعض النقائص في محتوى النص وشروط تطبيقه أدت إلى صعوبات في تطبيق بعض أحكامه، كما بينت عجز قواعده عن معالجة بعض الممارسات غير النزيهة التي ظهرت بسبب تحرير اقتصادنا، وهو ما حدا بالمشرع إلى اعتماد حلول جديدة في هذا القانون قصد تجاوز ذلك القصور⁷.

أهمية البحث:

تتجلى أهمية هذا البحث من ثلاث جوانب أساسية:

- الجانب الأول يتمثل في كون موضوع حماية المستهلك هو موضوع المجتمع بأسره باعتبارنا جميعا مستهلكون على حد تعبير الرئيس الأمريكي الأسبق "كنيدي"، فالحديث عن الاستهلاك هو حديث عن عملية روتينية نمارسها جميعا طوال حياتنا، وهو ما يعطي الموضوع بعدا واقعا يضعه في مصاف المواضيع الحيوية الجديرة بالدراسة سيما في ظل الواقع الاقتصادي والاجتماعي الذي تشهده الجزائر.

- الجانب الثاني يتعلق بالقانون 02/04 محل الدراسة، فهذا القانون باعتباره نصا حديثا جاء لتدارك فراغات ونقائص نصوص سابقة ولمسايرة واقع جديد يفترض فيه أنه يتضمن حولا جديدة ومتطورة تقتضي تسليط الضوء عليها للوقوف على مدى نجاعتها وخصوصيتها في مجال حماية المستهلك.

وحتى الأحكام المتعلقة بحماية المستهلك التي ورثها القانون 02/04 عن الأمر 06/95 لم تحض بالقدر الكافي من البحث بسبب ورودها ضمن تشريع لا يناسبها من الناحية الموضوعية وهو قانون المنافسة، مما جعل جل البحوث التي انصبت على قانون المنافسة تناولت هذا الجانب بشكل هامشي كونه ليس من صميم تنظيم المنافسة، في الوقت الذي ركزت فيه جل البحوث التي اهتمت بحماية المستهلك على أحكام القانون 02/89.

- الجانب الثالث يتعلق بالزاوية التي نتولى من خلالها دراسة هذا القانون ألا وهي الحماية المدنية للمستهلك، فالقانون 02/04 رغم طابعه العقابي وكونه يدخل ضمن ما صار يعرف بالقانون الاقتصادي، إلا أن له ميزة هامة وهي كونه أوغل في تنظيم العلاقة التعاقدية بين العون الاقتصادي والمستهلك، وهو ما جعله يحتك بصفة مباشرة مع الأحكام العامة لنظرية الالتزام، مما يعطيه بعدا آخر يقتضي دراسته على ضوء الوسائل الفنية للقانون المدني للوقوف على خصوصية تنظيم المشرع لهذه العلاقة مقارنة بالقواعد العامة.

⁶- نشر بالجريدة الرسمية عدد 43 الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003.

⁷- وزارة التجارة، المرجع السابق، ص.3.

بل إن الحماية المدنية قد تبدو أهم للمستهلك الذي يهيمه في نهاية المطاف ما يترتب عن هذا القانون من آثار مدنية كونها تحقق مصلحته المباشرة في علاقته التعاقدية، أما الحماية الجزائية وإن كانت تمثل رادعا للوعن الاقتصادي إلا أن المستهلك قد لا يلمس أثرها المباشر. فالمستهلك لا يهيمه بالدرجة الأولى ما يتعرض له الوعن الاقتصادي من عقوبة نتيجة إشهار تضليلي مثلا بقدر ما تهمة السبل التي تمكنه من الحصول على سلعة مطابقة لما ورد في الإشهار، وهو ما لا يتم إلا عبر وسائل القانون المدني، خصوصا وأن القانون 02/04 قد ركز في عقوباته على الغرامة وهي عقوبة قد لا تشكل رادعا فعالا للوعن الاقتصادي ذي المركز المالي القوي.

ولا نخفي كون هذه الميزة الأخيرة هي التي دفعتنا للبحث في هذا الموضوع، ذلك لأن القانون 02/04 اقتصر كأصل عام على الحماية الجزائية للمستهلك، مما يشجع البحث في الحماية المدنية التي يمكن تأسيسها على ما تضمنه من أحكام تنظم علاقة الوعن الاقتصادي بالمستهلك وذلك بإسنادها إلى القواعد العامة.

إشكالية البحث:

يتعين علينا في إطار البحث في الحماية المدنية للمستهلك من خلال القانون 02/04 بيان ما مدى فاعلية أحكام هذا القانون في إضفاء التوازن العقدي المفقود في علاقة الوعن الاقتصادي بالمستهلك ؟

فمن جهة إذا كان هذا القانون هو حلقة في سلسلة من النصوص الرامية إلى حماية المستهلك في التشريع الجزائري فما هي خصوصيته في هذا المجال ؟
ومن جهة أخرى ما دام هذا القانون يتولى أساسا تنظيم علاقة تعاقدية فالى أي مدى شد في أحكامه عن القواعد العامة ؟

منهج البحث:

في سبيل البحث في هذه الإشكالية يتعين علينا بداية استنباط النصوص المتعلقة بحماية المستهلك في القانون 02/04 وتحليلها ومناقشتها على نحو يبرز ما تتضمنه من شروط وعناصر، ومن ثم إسقاطها ومقارنتها بالقواعد العامة بغية تحديد الأحكام المدنية التي يمكن للمستهلك أن يستند لها لتعزيز مركزه التعاقدية من جهة، ومن جهة أخرى للوقوف على مدى شذوذ هذه النصوص عن الأحكام العامة.

ونظرا لأن طبيعة البحث تتطلب اعتماد التفسير فإننا اعتمدنا منهج الشرح على المتن كمنهج ملائم للبحوث المؤسسة بشكل مباشر على نصوص قانونية، وذلك بالتزام النص وإعمال الطرق الداخلية في تفسير النصوص قدر الإمكان، خصوصا وأن القانون 02/04 ذو طابع عقابي مما يقتضي هذا المنهج في التفسير. إلا أن ذلك لم يمنعنا من تدعيم دراستنا بالرجوع إلى القانون المقارن، سيما قانون الاستهلاك الفرنسي الذي يعتبر المصدر المادي لكثير من نصوص هذا القانون.

خطة البحث:

لقد انطلقنا في اختيارنا لخطة البحث من المبدئين الرئيسيين الذين أسس عليهما القانون 02/04 تنظيمه للممارسات التجارية وهما شفافية الممارسات التجارية (الباب الثاني) ونزاهة

الممارسات التجارية (الباب الثالث)، لذا فإن صلب بحثنا يركز على دراسة الحماية المدنية للمستهلك من خلال هذين المبدأين.

ولما كان القانون 02/04 يعد انعكاسا للتطور الذي تشهده قواعد حماية المستهلك في التشريع الجزائري ارتأينا افتتاح البحث بتمهيد نتناول فيه هذا التطور للوقوف على موقع وخصوصية هذا القانون ضمن ما يمكن تسميته "قانون الاستهلاك الجزائري".
وعليه قسمنا البحث على النحو التالي:
فصل تمهيدي: تطور حماية المستهلك في التشريع الجزائري.
الفصل الأول: حماية المستهلك من خلال شفافية الممارسات التجارية.
الفصل الثاني: حماية المستهلك من خلال نزاهة الممارسات التجارية.

فصل تمهيدي تطور حماية المستهلك في التشريع الجزائري

نتعرض في هذا الفصل إلى التطور الذي شهدته حماية المستهلك في التشريع الجزائري، وذلك حتى يتسنى لنا رصد موقع القانون 02/04 ضمن سلسلة النصوص التي اهتمت بحماية المستهلك في الجزائر.

و"الحماية" كلمة تعني درء الخطر، وعندما تضاف لها كلمة "المستهلك" فإن ذلك يعنى درء الخطر عن المستهلك، والمخاطر الاستهلاكية متعددة منها ما يتعلق بصحة وسلامة المستهلك ومنها ما يتعلق بمصالحه الاقتصادية، لذا فإن المقصود بحماية المستهلك هو مجموعة القواعد والسياسات التي تهدف إلى منع الضرر والأذى عن المستهلك وكذا ضمان حصوله على حقوقه قبل المهنيين بكافة صورهم⁸.

وكغيرها من الدول شهدت الجزائر تطورات اقتصادية واجتماعية هامة تعاضمت معها الحاجة لحماية المستهلك، وهو ما استدعى إصدار تشريعات خاصة تعنى مباشرة بحماية المستهلك بداية بالقانون 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك والتشريعات التنظيمية له وصولاً للقانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، دون أن نهمل القواعد العامة في القانون المدني التي لعبت دوراً هاماً في هذا المجال قبل أن تتبلور فكرة حماية المستهلك في التشريع الجزائري.

لذا سوف نتناول تطور حماية المستهلك في التشريع الجزائري في المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول: حماية المستهلك من خلال القواعد العامة في القانون المدني.

⁸ - عادل قورة (وآخرون)، الحماية التشريعية للمستهلك في مصر، المركز الإقليمي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، 1999، ص.67.

المبحث الثاني: تطور حماية المستهلك في ظل القانون 02/89.
المبحث الثالث: تكريس حماية المستهلك في ظل القانون 02/04.

المبحث الأول حماية المستهلك من خلال القواعد العامة في القانون المدني

إن الحماية القانونية للمستهلك تعد من المواضيع الحديثة نسبيا التي اهتم بها المشرع الجزائري باعتبارها من متطلبات واقع اقتصادي جديد انعكس على العلاقات التعاقدية على نحو تطلب تدخل المشرع لتنظيمها بما يحفظ التوازن بين أطرافها. ومع ذلك فإن معضلة التوازن العقدي كانت محل اهتمام النظم القانونية التقليدية التي سعت بدورها إلى حماية أطراف العقد من خلال القواعد التي تضمنتها جل التشريعات المدنية في العالم ومن بينها القانون المدني الجزائري، إلا أن التطور الاقتصادي المشهود بما استتبعه من آثار كرس التباين الاقتصادي والفني بين أطراف العقد ومن ثم زاد التوازن العقدي اختلالا بشكل جعل تلك القواعد قاصرة عن تحقيق حماية كافية للمستهلك. وعموما فمن هذه القواعد ما يحمي المستهلك أثناء تكوين العقد (المطلب الأول) ومنها ما يحميه أثناء تنفيذه (المطلب الثاني)، وفيما يلي نتولى عرض أهم هذه القواعد مركزين على أوجه وأسباب القصور فيها.

المطلب الأول

حماية المستهلك أثناء تكوين العقد

من أهم مظاهر الحماية التي يمكن أن يستند لها المستهلك أثناء تكوين العقد باعتباره متعاقدا نظرية عيوب الإرادة (أولا)، ونظرية العلم الكافي بالمبيع (ثانيا).

أولا- نظرية عيوب الإرادة

يقوم العقد أساسا على التراضي، وهو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين. إلا أن وجود الرضا لا يكفي لإنشاء العقد صحيحا إذ لا بد أن يكون الرضا سليما من العيوب التي تفسد العقد وتجعله مهددا بالزوال، والعيوب التي تفسد الرضا في القانون المدني الجزائري أربعة: الغلط، التدليس، الإكراه، الاستغلال.

1-الغلط: تنص المادة 81 ق.م.ج: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله". والغلط هو وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيدفعه إلى التعاقد⁹، وبذلك يكون العقد قابلا للإبطال.

وحسب المادة 81 ق.م.ج فإنه يلزم لإبطال العقد بسبب الغلط أن يكون هذا الغلط جوهريا، وذلك بأن يبلغ حدا من الجسامه تجعل منه الدافع الرئيسي للتعاقد، ويحدد ذلك وفق معيار ذاتي ينطلق من العوامل الذاتية والشخصية للمتعاقد الذي وقع في الغلط. ولقد أوردت المادة 82 فقرة 2 ق.م.ج صور الغلط الجوهري، وهي إن يقع في صفة للشيء تكون جوهريه في اعتبار أحد المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك على ضوء ظروف العقد وما ينبغي في التعامل من حسن نية، أو إذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي للتعاقد. ويرى بعض الفقه أن نظرية الغلط قاصرة عن تحقيق التوازن العقدي الكافي انطلاقا من الجزاء المترتب عن التمسك بها وهو بطلان العقد، إذ أن هذا الجزاء يكون ذا جدوى إذا ما تعلق الغلط بطبيعة العقد أو الشيء محل العقد ذاته، أما إذا كان الشخص قد أقدم على التعاقد مدعنا بسبب عدم وجود بديل في الأسواق للسلعة أو للخدمة، أو لأن مقدمو مثل هذه السلع والخدمات يفرضون عقودا متشابهة في مضمونها وشروطها فلا جدوى من تمسكه بالبطلان، لذا فإن المستهلك في هذه الحالة ما عليه إلا قبول السلعة على حالها دون أن يستعمل حقه في الإبطال مخافة حرمانه كليا من السلعة أو الخدمة نتيجة هذا الجزاء¹⁰.

ويرى هؤلاء أن هذا الحل على الرغم من عدم عدالته إلا أنه يوافق شروط التمسك بالغلط وما يترتب عن هذا التمسك من جزاء، فإما أن يكون الغلط مؤثرا على رغبة الشخص في التعاقد فيكون الجزاء هو إبطال العقد، أو أن الغلط لم يكن ذو تأثير على رغبة الشخص في التعاقد فيكون بذلك غلط غير مؤثر لا يجوز التمسك به، وبذلك فإن نظرية الغلط على الرغم من جدواها في بعض الحالات فإنها قاصرة عن تحقيق حماية فعالة للمستهلك¹¹.

2- التدليس: تناول المشرع أحكام التدليس في المادتين 86 و87 ق.م.ج غير أنه لم يعرفه، في حين عرفه الفقهاء بأنه "إيهام الشخص بغير الحقيقة عن طريق الحيل والخداع لحمله على التعاقد"، وبذلك يقترب التدليس بالغلط، فإذا كان الغلط وهما تلقائيا فإن التدليس وهم بفعل شخص آخر لذا يسمى التخليط أي الإيقاع في الغلط، فهو يعيب الرضا لأنه يجعله مشوبا بالغلط، لذا يكون العقد قابلا للإبطال ليس بسبب التدليس في حد ذاته وإنما للغلط الذي أوقع فيه المتعاقد¹².

والتدليس يقوم على عنصرين:

- عنصر مادي (موضوعي): يتمثل في الوسائل المختلفة التي تستعمل لتضليل المتعاقد

ودفعه لإبرام العقد، وهي لا تقتصر على الحيل المختلفة والكذب بل تشمل السكوت العمدي (الكتمان) أيضا.

- عنصر معنوي (نفسى): يتمثل في نية التضليل والخداع لدى المدلس قصد دفع الطرف

الأخر للتعاقد.

⁹ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، ج.1 (العقد والإرادة المنفردة)، ط.2، دار الهدى، عين مليلة (الجزائر)، 2004، ص.165.

¹⁰ - حسن عيد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص.70.

¹¹ - نفس المرجع.

¹² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.180.

بالإضافة إلى هذين العنصرين يشترط حتى يكون العقد قابلا للإبطال بسبب التدليس:

- أن يكون التدليس دافعا للتعاقد: أي مؤثرا على رضا المتعاقد لدرجة تحمله على التعاقد.
- إتصال التدليس بالمتعاقد الآخر: أي يجب أن تكون الطرق الاحتمالية صادرة من متعاقد أو نائبه أو أن يكون على الأقل عالما بها أو يفترض حتما علمه بها .

ولقد نصت المادة 86 فقرة 2 ق.م.ج على اعتباره تدليسا "السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملاحظة". فهذا الحكم المستلهم من القضاء الفرنسي غاية في الأهمية بالنسبة للمستهلك لأنه يرتب التزاما عاما بالإفشاء كلما كانت الواقعة أو الملاحظة التي يجهلها المتعاقد مؤثرة¹³، أي كلما كان السكوت في معرض الحاجة إلى بيان، وبالتالي يمكن اعتبار المادة 86 أساسا للالتزام بالإفشاء في ظل القواعد العامة، وهو التزام صارت تفرضه جل تشريعات حماية المستهلك على المهني في مواجهة المستهلك بما في ذلك المشرع الجزائري في القانون 02/04، باعتباره يمثل وسيلة هامة تعمل على تنبيه المستهلك وتوجيهه.

ومع ذلك فعلى الرغم من أن عيب التدليس يبدوا أكثر عيوب الإرادة تحقيقا للحماية المنشودة للطرف الأقل كفاءة أو خبرة، إلا أنه لا يحقق تلك الحماية إلا في الأحوال الاستثنائية التي يتعدى فيها أحد المتعاقدين على الآخر بوسيلة من وسائل التدليس أو يثبت سكوته عمدا عند الحاجة إلى بيان، وهذا بحد ذاته يعني عدم كفاية هذه الوسيلة في مواجهة عدم التوازن العقدي الذي كاد يصبح ظاهرة عامة¹⁴.

3- الإكراه: وهو ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يدفعه لإبرام عقد لا يرغب فيه، فهذه الرهبة أو الخوف التي تقوم في نفس المتعاقد المكروه هي التي تعيب رضاه وتجعل العقد قابلا للإبطال¹⁵.

وبذلك فإن الإكراه المعيب للرضا يقوم على شروط وهي¹⁶:

- إجراء المتعاقد التصرف تحت سلطان رهبة تولدت في نفسه دون وجه حق.
 - أن تكون الرهبة هي الدافع إلى التعاقد.
 - أن تكون الرهبة وليدة فعل المتعاقد الآخر أو كان يعلم بها أو يفترض علمه بها حتما.
- و الواقع أنه في مجال ترويج السلع والخدمات فإنه لا يكاد يوجد عقد تحت ضغط الإكراه كما أوردته نصوص القانون المدني، إلا أن الحاصل هو أن المتعاقد قد تصادفه ظروف معينة تضطره إلى التعاقد، مما يثير التساؤل حول مدى اعتبار هذه الظروف إكراها يفسد رضا المستهلك؟

فقد يتصور البعض أن المستهلك الذي يضطر لقبول التعاقد بالشروط التي يفرضها مقدم السلعة أو الخدمة تحت ضغط حاجته إلى تلك السلعة أو الخدمة يمكن تكييفه على أنه إكراه معيب للإرادة، خصوصا إذا لم يكن للطرف الأضعف اقتصاديا مفر من قبول العرض لأن رفضه سيحرمه من إشباع حاجياته سيما إذا كان الطرف المسيطر محتكرا في هذا المجال. إلا أن مثل هذه الضغوط الواقعية والعملية التي يتعرض لها المستهلكون حال تلبية حاجاتهم الملحة لا يمكن اعتبارها من قبيل الإكراه الذي يجعل العقد قابلا للإبطال، ذلك أن

¹³ - علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص.130.

¹⁴ - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.83.

¹⁵ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص.134. وهو يفرق بين الإكراه المعنوي الذي أورده المشرع في المادة 88، والإكراه المعتمد للرضا (الإكراه المادي) لأن هذا الأخير يعدم الاختيار والرضا معا وبذلك يكون العقد منعقدا تماما مصيره البطلان المطلق وليس النسبي.

¹⁶ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.193.

تكيف مثل هذه الضغوط الواقعية على أنها نوع من أنواع الإكراه يؤدي إلى اضطراب السوق و انهيار كافة العقود التي تتم على هذا النحو وما أكثرها، فالإبقاء على هذه العقود -بما فيها عقد الإذعان- يمثل ضرورة اقتصادية تستجيب لاحتياجات التعامل المتكرر والنمطي لاسيما في ظل مستحدثات الحياة المعاصرة، من هنا فإن نظرية الإكراه هي أيضا لا تخدم قضية حماية المستهلك كما ينبغي¹⁷.

- 4- الاستغلال: هو أمر نفسي يعد الغبن مظهرا ماديا له، وحسب المادة 90 ق.م.ج فإن الاستغلال الذي يعتد به كعيب للرضا ويجعل العقد قابلا للإبطال يلزمه عنصران :
- عنصر مادي: يتمثل في التفاوت الكبير بين التزامات المتعاقد وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد من جهة وبين ما التزم به المتعاقد الآخر من جهة أخرى، أي أن يكون ثمة غبن فادح يلحق بأحد المتعاقدين لصالح الآخر.
 - عنصر معنوي: يتمثل في كون الغبن يجب أن يكون نتيجة استغلال المتعاقد طيشا بينا أو هوى جامحا لدى الطرف المغبون، إذ لا يكفي مجرد التفاوت في الالتزامات، وهذا العنصر هو الذي جعل الاستغلال يصنف ضمن عيوب الإرادة.
- فإذا توفر هذان العنصران جاز للطرف المستغل أن يطلب إبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف الآخر خلال سنة من إبرام العقد، ويجوز للطرف الآخر أن يتوقى الإبطال إذا عرض على الطرف المغبون ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.
- وعلى الرغم من وجود قدر من استغلال ضعف إرادة المتعاقدين في بعض العقود غير المتكافئة -ومنها عقود الاستهلاك- مما يبرر القول بإمكانية تطبيق نظرية الاستغلال، إلا أن هذه الوسيلة لا تخدم المستهلك في كل الحالات.
- فقد يبدو للبعض أن موقف المستهلك هو ذاته موقف "المستغل"، وموقف الطرف الآخر (المهني) هو موقف "المستغل" الذي يدفع الأول إلى التعاقد بينود وشروط مجحفة تؤدي إلى اختلال في الالتزامات التعاقدية وبالتالي إمكانية تعميم مفهوم الاستغلال على هذا النوع من العقود، إلا أن هذا التقدير يصطدم بالعوائق التالية¹⁸:
- فمن ناحية أولى يشترط المشرع في المادة 90 ق.م.ج أن يكون التفاوت كبيرا بين التزامات المتعاقدين أي أن يكون عدم التعادل فادحا، وبالرغم من ترك تقدير مدى فداحة الغبن لسلطة القاضي التقديرية إلا أن ذلك يعني استبعاد نظرية الاستغلال من كافة العقود التي يرى القاضي عدم فداحة التفاوت بين التزاماتها حتى وإن حصل في هذه العقود استغلال لطيش بين أو هوى جامح.
 - ومن ناحية ثانية فإن نظرية الاستغلال -وحتى في النطاق الضيق لتطبيقها- تتطلب إثبات استغلال الطرف القوي لعيب أو ضعف في إرادة الطرف المغبون¹⁹، وهو ما يعجز عنه هذا الأخير غالبا، فضلا عن أن الطرف الأقوى اقتصاديا أو الأكثر خبرة أو كفاءة في العقد لا يهدف بالضرورة إلى استغلال عيب في إرادة من يتعاقد معه، وإنما هو يهدف في العادة إلى الحصول على أكبر المكاسب من العقد في ضوء ما يسمح به القانون من مفاوضات تعاقدية وما يفترضه من تساوي بين أطراف العقد في القدرة على التعاقد ولو من الناحية النظرية.

17 - عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، ط.1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص.19.

18 - أنظر: عامر أحمد القيسي، المرجع السابق، ص.31-32. حسن عيد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.87-89.

19 - يستثنى من ذلك حالة الغبن في بيع العقار (المادة 358 ق.م.ج) والغبن في القسمة الرضائية (المادة 732 ق.م.ج) إذا زاد الغبن عن الخمس، حيث اكتفى المشرع بالغبن المجرد عن الاستغلال.

- ومن ناحية ثالثة فليس الطيش أو الهوى أو عدم الخبرة أو ضعف الإدراك أو الحاجة دليلاً في حد ذاته على وجود ضعف نفسي، فضلاً عن أن الفقه قد اتفق تقريباً في تحديده لهذه الأوصاف وهو ما يجعل أسباب الدفع بهذا العيب تنحصر في نطاق ضيق. ويرى البعض أن هذا الموقف الذي تبنته جل التشريعات بشأن نظرية الاستغلال أمر منطقي متوافق مع سيطرة مبدأ سلطان الإرادة الذي يقتضي عدم تقييد حرية المتعاقدين بحجة عدم التوازن المادي بين التزامات العقد، وما نظرية الاستغلال إلا استثناء عن هذه المبدأ لذا يجب حصرها في أضيق مجال ممكن عملاً بقاعدة عدم التوسع في الاستثناء إلا عند وجود المقتضى وهي قاعدة تنطبق على جميع عيوب الإرادة²⁰.

هذه باختصار العيوب التي قد تطرأ على الرضا فتجعل العقد قابلاً للإبطال، ولقد نصت المادة 101 ق.م.ج على أنه يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات يبدأ سريانها في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط والتدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد.

ثانياً- نظرية العلم الكافي بالمبيع

لم يكتف المشرع في عقد البيع بعيوب الرضا بل خصه المشرع بحكم خاص مفاده ضرورة علم المشتري بالمبيع علماً كافياً، إذ تنص المادة 352 ق.م.ج "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه. وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالماً بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع". ويرجع أساس هذا الحكم إلى أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية استناداً لقوله صلى الله عليه وسلم "من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه"²¹، ولقد خص المشرع المشتري وحده دون البائع بخيار الرؤية على نحو ما ذهب إليه جمهور الحنفية، لذا لا عبرة بعدم علم البائع بالمبيع.

ويتحقق علم المشتري بالمبيع بكل وسيلة تناسب طبيعة المبيع كالرؤية أو الشم أو الذوق وتكفي المعاينة ولو لم يتحقق العلم فعلاً ما دامت المعاينة قد تمت بطريقة وافية من شأنها أن تمكن الرجل العادي من العلم، وإذا كان البيع بالمعينة وجب توافر العلم بالمعينة ذاتها.

وبذلك يختلف العلم بالمبيع عن تعيينه من حيث الوسيلة كما أنهما يختلفان من حيث الهدف، فتعيين المبيع هو شرط أساسي يقصد منه تعيين المبيع تعييناً كافياً بحيث يمكن تمييزه عن غيره وانتقائه يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، أما العلم بالمبيع فيقصد به جعل رضا المشتري صادراً عن بيئة نحو ما يشتريه وتخلفه يجعل العقد قابلاً للإبطال، لذا فلا يغني أحدهما على الآخر فقد يكون المبيع معيناً دون أن يعلم به المشتري علماً كافياً²².

ولقد اعتبر المشرع اشتمال العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن التعرف عليه كافياً لاعتبار المشتري عالماً بالمبيع، وبذلك يكون المشرع قد توسع في معنى العلم الكافي بالمبيع بأن جعل الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤية موافقاً للمذاهب الثلاثة مخالفاً المذهب الحنفي.

20 - حسن عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص.89.

21 - أنظر: رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، إدار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص.142.

22 - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة (عقد البيع)، ط.2، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص.112.

ويسقط حق المشتري في طلب إبطال العقد لعدم العلم الكافي بالمبيع إذا ذكر المشتري في العقد أنه عالم بالمبيع (المادة 352 فقرة 2 ق.م.ج)، لأن إقراره هذا إما يتوافق مع الواقع فيتحقق العلم فعلا، أو يخالفه فيفيد أن المشتري لا يعلق أهمية على علمه بالمبيع أو أنه يتنازل عن حقه في إبطال العقد²³.

كما يسقط خيار الرؤية طبقا للقواعد العامة إذا لم يتمسك به المشتري خلال 5 سنوات من يوم العلم أو خلال 10 سنوات من يوم العقد (المادة 101 ق.م.ج)، وكذلك بإجازة المشتري للعقد إما صراحة أو ضمنا بأن تصرف في المبيع بعد رؤيته أو انتفع به أو عرضه للبيع (المادة 100 ق.م.ج)، وأورد فقهاء الشريعة حالات أخرى كتعيب المبيع في يد المشتري أو وفاة المشتري لأن خيار الرؤية لا يورث²⁴.

ومن الضروري أن نشير ونحن بصدد خيار الرؤية إلى أن أسلوب "الخيارات العقدية" يعتبر من أهم الوسائل التي صارت تتخذها أحدث التشريعات كوسيلة ناجعة لحماية المستهلك، حيث تمنح بعض التشريعات للمستهلك الخيار في الرجوع عن العقود في بعض صور التعاقد.

ففي فرنسا مثلا شملت هذه الخيارات عقود بيع المنتجات للمستهلكين في منازلهم (Vente à domicile) بموجب قانون 22 ديسمبر 1976، وكذا عقود البيع عن بعد (Vente à distance) بموجب قانون 06 جانفي 1988 حيث منحت هذه النصوص للمستهلك مدة سبعة أيام لممارسة حقه في الرجوع، قبل أن تدمج أحكامها ضمن قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993²⁵.

وتبرير هذه الخيارات التي تناقض مبدأ القوة الملزمة للعقد يكمن في ضرورة مد الحماية القانونية لإرادة المستهلك إلى المرحلة اللاحقة لإبرام العقد وعدم قصرها على المراحل السابقة لذلك، سيما في ظل القدرات التسويقية والإغراءات التي ينتهجها المهنيون، وهو ما تطلب منح مهلة للمستهلكين للتروي والتفكير في العقد الذي ارتضوه على عجلة تحت ضغط إغراءات بل وتضليل الطرف الآخر أحيانا²⁶.

ويمكننا القول أنه رغم اختلاف أحكام خيار الرؤية عن الخيارات الممنوحة للمستهلك في القانون المقارن ومع ذلك فإن خيار الرؤية يمكنه أن يلعب جانبا من الدور الحمائي الذي تلعبه تلك الخيارات سيما وأن المشرع الجزائري لم يعتمد عليها بعد في نصوص حماية المستهلك. كما أن حق المشتري في العلم الكافي بالمبيع من شأنه أن يجعل البائع حريصا على إعلام المشتري بالمبيع، مما يبرر القول بأن نظرية العلم الكافي تعد مظهرا تقليديا لما صار يعرف في التشريعات الخاصة بحماية المستهلك بـ"التزام المحترف بالإعلام أو الإخبار"، وهو التزام تبناه المشرع الجزائري في القانون 02/04 كما سوف نرى.

المطلب الثاني حماية المستهلك أثناء تنفيذ العقد

²³ - نفس المرجع، ص.114.

²⁴ - رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.247.

²⁵ - Voir : Jack Bussy, Droit des affaires, Presses de Sciences Po et Dalloz, 1998, p. 392-395.

²⁶ - جمال النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 13، عدد 2، ص.105.

إضافة للنصوص التي استهدفت حماية المتعاقد عند تكوين العقد فإن القواعد العامة اهتمت بحماية المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، يتجلى ذلك في نظرية ضمان العيوب الخفية (أولا) وحماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان (ثانيا) وكذا أحكام المسؤولية المدنية (ثالثا).

أولا- نظرية ضمان العيوب الخفية

أصبحت العيوب الخفية تحتل مكانة بارزة في وقت يشهد تقدما تكنولوجيا هائلا تزايد معه الإقبال على مختلف الأدوات والأجهزة المتطورة والمعقدة مما انعكس على أهمية ضمان العيوب الخفية بالنسبة للمستهلك، ولذلك فإن نظرية العيوب الخفية تعد من أهم الوسائل التقليدية التي تضمن حصول هذا الأخير على منتوجات صالحة كفيلة بتلبية رغباته الاستهلاكية.

ولقد جرت معظم التشريعات ومنها المشرع الجزائري في المادة 379 ق.م.ج على التمييز بين العيوب الظاهرة والعيوب الخفية، فالعيب الظاهر هو الذي يمكن للمشتري كشفه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد وبما يتفق مع طبيعته، وهذا العيب لا يقع ضمانه على البائع إذ يفترض أن المشتري قد قبل المبيع بما فيه من عيب. أما العيب الخفي فهو الذي لا يمكن للمشتري كشفه عن طريق فحص المبيع بعناية الشخص المعتاد وهو الذي يقع على البائع ضمانه.

وبذلك فإن اعتبار العيب خفيا موجبا للضمان يتطلب جملة من الشروط:

- يجب أن يكون العيب قديما أي سابقا على البيع.
 - يجب أن يكون العيب مؤثرا أي من شأنه الإنقاص من قيمة الشيء المبيع أو من نفعه المادي، ويكفي تخلف الصفات التي تعهد البائع بوجودها في المبيع وقت التسليم لقيام التزامه بالضمان حتى وإن لم يكن تخلف تلك الصفات مؤثرا.
 - يجب أن يكون العيب خفيا ويعتبر كذلك إذا لم يستطع المشتري تبينه عن طريق فحص المبيع بعناية الرجل العادي.
 - يجب أن يكون العيب غير معلوم للمشتري وقت البيع لأن علمه بالعيوب وسكوته يعد قبولا منه ونزولا عن حقه في الضمان.
- فإذا توفرت هذه الشروط على المشتري أن يخطر البائع في الوقت الملائم²⁷ ومن ثم يرجع على البائع بدعوى ضمان العيب على نحو ما بينته المادة 376 ق.م.ج²⁸، التي تفرق بين فرضين:

- الفرض الأول إذا كان العيب جسيما: بمعنى أن تكون خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد وعندئذ يكون المشتري مخيرا بين رد المبيع المعيب وما أفاد منه إلى البائع والمطالبة بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة الاستحقاق الكلي²⁹، وبين استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب.
- الفرض الثاني إذا كان العيب غير جسيم: أي أن الخسارة لم تبلغ إلى الحد السابق فلا يكون حينئذ للمشتري سوى أن يطالب البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب وفقا للقواعد العامة.

²⁷- أنظر بخصوص الإخطار المادتين 380 و381 مدني جزائري.

²⁸- حيث أحالت المادة 381 ق.م.ج المتعلقة بضمان العيوب الخفية على المادة 376 ق.م.ج المتعلقة بالرجوع في حالة ضمان الاستحقاق الجزئي.

²⁹- حيث أحالت المادة 376 ق.م.ج بدورها في هذه الحالة على المادة 375 ق.م.ج المتعلقة بما يرجع به المشتري على البائع في حالة الاستحقاق الكلي للمبيع من طرف الغير.

وتتقادم دعوى الضمان حسب المادة 383 ق.م.ج بانقضاء سنة من يوم تسليم المبيع ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل، ما لم يلتزم البائع بمدة أطول على أنه لا يجوز للبائع التمسك بسنة التقادم إذا أخفى العيب غشا منه.

هذه باختصار أهم أحكام ضمان العيوب الخفية، إلا أن السؤال يثور عما إذا كانت القواعد المنظمة لهذا الضمان كفيلة بتوفير حماية كافية وفعالة للمستهلك؟ يرى جانب من الفقه أن أحكام الضمان هذه كما وردت في التشريعات المدنية لا تكفي لتوفير حماية فاعلة للمستهلك مبررين موقفهم من عدة جوانب.

فمن حيث الأضرار الموجبة للتعويض يرى أغلب الفقهاء أنه من الصعوبة بمكان الادعاء بأن التشريعات المدنية وعلى رأسها التقنين المدني الفرنسي قد قصد أن تكون نصوصه الخاصة بضمان العيوب الخفية في عقد البيع أساساً تهدف لتعويض ما يلحق المشتري من أضرار في جسده أو في أمواله، فبساطة المنتجات التي كانت معروفة وقت وضع هذا التقنين كانت تجعل أثر العيب يقتصر على إنقاص قيمة المبيع أو فائدته ولم يكن باستطاعة واضعوا التقنين أن يتصوروا ما سيسفر عنه التطور الصناعي في المستقبل من منتجات تجمع بين الفعالية والخطورة في آن واحد³⁰.

من هنا جاءت نصوص التقنين المدني الخاصة بضمان العيوب الخفية مستهدفة بالدرجة الأولى ضمان الجدوى الاقتصادية للمبيع "L'utilité économique de la chose vendue" فلم تمنح للمشتري حال ثبوت العيب سوى إحدى الدعويين: إما دعوى الفسخ يتخلص بها المشتري من المبيع ويسترد الثمن في حال العيب الجسيم، وإما دعوى إنقاص الثمن يطلب بمقتضاها المشتري إعادة التوازن بين المبيع بعيبه وبين الثمن في حال العيب البسيط. أما حق المشتري في التعويض فلم يتعرض له واضعوا المجموعة المدنية إلا بمناسبة التفرقة بين البائع حسن النية والبائع سيئ النية، ذلك أن نصوص القانون المدني الفرنسي - وكذا القانون المدني الجزائري³¹ - تفرق بين البائع سيئ النية والبائع حسن النية، فالأول يعلم بالعيب ولم يكشف عنه للمشتري لذلك يلتزم بكافة التعويضات للمشتري فضلاً عن رد الثمن، أما الثاني فهو يجهل وجود العيب ومن ثم لا يكون مسؤولاً إلا عن رد الثمن الذي تلقاه بالإضافة إلى النفقات التي تكبدها المشتري بسبب البيع³².

ويرى هؤلاء الفقهاء أنه رغم عموم العبارة التي وردت في المادة 1645 مدني فرنسي والتي تلزم البائع سيئ النية "بجميع التعويضات" للمشتري، فإن إرادة واضعيها لم تنصرف إلا إلى الأضرار التجارية، فهي وحدها التي كانت معروفة وقت تقنين "نابليون". ذلك لأن السلعة التي يعثر عليها عيب خفي يمكن أن تكون مصدراً لنوعين من الأضرار³³:

- الأولى: الأضرار التجارية أو الأضرار الناجمة عن البيع، وهي الأضرار التي تتمثل في عدم صلاحية المبيع للغرض المخصص له أو في نقصان فائدته، كأن تكون البذور المشتراة غير صالحة للاستنبات أو تكون السيارة المشتراة غير صالحة للقيادة، فالضرر التجاري أيا كان

30 - أنظر: علي السيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص.38.
- أنظر: جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة (القسم الأول)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 20، عدد 3، ص.215-219.

31 - أنظر المادة 182 فقرة 2 مدني جزائري التي لا تلزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. بمفهوم المخالفة إذا كان المدني سيئ النية فإنه يضمن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة وهذا ينطبق على ضمان العيوب الخفية، كما أن إزام المدين سيئ النية بكافة التعويضات مبدأ سار عليه القانون المدني في نصوص عديدة كالمادة 541 فقرة 2 المتعلقة بضمان العيب في عقد العارية.

32 - أنظر المادة 375 مدني جزائري.

33 - جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص.217.

شكله وأهميته يتم تعويضه وفقا للقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية فهو يخول المشتري تبعا لجسامة العيب أحد الخيارين إما أن يستبقي المبيع مع إنقاص الثمن بما يوازي العيب، وإما أن يرد المبيع ويسترد المصروفات التي تكبدها في سبيل إتمام البيع، ويستطيع المشتري إذا كان ذا مهنة أن يطلب التعويض عن الكسب الذي فاتته نتيجة تضييع أسواق أو التأخر في تلبية بعض الطلبات.

- الثانية: الأضرار التي تنجم عن عيب المبيع أي التي يحدثها المبيع بسبب ما به من عيب و تصيب المشتري أو الغير، كأن يلقي المشتري حتفه أو يصاب بجروح أو كسور نتيجة انفجار السلعة التي اشتراها، أو يصاب المشتري بتسمم نتيجة فساد المادة الغذائية، وقد بدأت هذه الأضرار في الظهور مع تقدم الصناعة وتنوع المنتجات وتعدد أشكالها ووظائفها، وهي في زيادة مطردة سواء من حيث كثرتها أو جسامتها، ثم هي فوق ذلك تصيب الأشخاص من المشترين أو الغير وتمتد كذلك إلى الأموال.

ولأن هذه الطائفة الثانية من الأضرار هي إحدى ثمار التقدم الصناعي الذي نعيشه فإن مسألة تعويضها لم تلتفت الأنظار عند وضع القانون الفرنسي، ولم يكن مقصودا أن ينصرف إليها نص المادة 1645 مدني فرنسي، ولذلك عندما طلب من القضاء الفرنسي تعويض هذه الأضرار أدرك عجز النصوص الخاصة بضمان العيوب الخفية عن النهوض بهذه المهمة، لأن تعويض المشتري عنها يستلزم وفقا لنص المادة 1645 إثبات سوء نية البائع أي علمه بعيب المبيع وعدم تشبيه المشتري إليه وهو إثبات يتعذر النهوض بعينه في أغلب الحالات خصوصا إذا تعلق الأمر بإثبات سوء نية الوسيط بين المنتج والمستهلك الذين لا يتدخلون بأي وجه كان في تصميم السلعة أو تصنيعها³⁴.

وبالتالي ظلت نظرية العيوب الخفية بمفهومها التقليدي قاصرة عن تعويض هذا النوع الأخير من الأضرار، وهو ما دفع بالقضاء الفرنسي إلى البحث عن السبل التي تكفل حصول المضرور (المستهلك) على التعويض دون أن يقع عليه عبء إثبات خطأ البائع المحترف وسوء نيته، فكان من نتائج ذلك تشبيه البائع المحترف بالبائع سيئ النية وهو ما عرف بـ"مبدأ التشبيه" الذي تبناه المشرع الجزائري كما سوف نرى.

إضافة إلى مسألة التعويض فإن قصور النظرية التقليدية لضمان العيوب الخفية تتجلى في المدة القصيرة التي يجب أن ترفع فيها دعوى الضمان، وهي سنة تحسب من وقت التسليم ولو اكتشف العيب بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يقبل البائع إطالة هذه المدة وهو أمر يصعب تحققه عمليا نظرا للمركز الاقتصادي القوي الذي يتمتع به البائع عادة.

كما أن العدالة تقتضي أن يجعل المشرع مدة التقادم تبدأ من وقت اكتشاف المشتري للعيب لا من وقت التسليم، وذلك طبقا للمبدأ القاضي بأن "مدة تقادم الدعوى لا تبدأ إلا من وقت نشوء الحق فيها: Action non natae non curu"، والحق في دعوى ضمان العيب لا ينشأ إلا من وقت اكتشاف العيب³⁵.

بالإضافة إلى ما سبق فإن نطاق ضمان العيوب الخفية يقتصر على عقد البيع والعقود الناقلة للملكية وكذا العقود المتعلقة بالشيء بما يتناسب وطبيعتها³⁶، في حين أن المستهلك في

³⁴- نفس المرجع، ص.219.

³⁵- إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص.321.

³⁶- أنظر: المادة 415 ق.م.ج المتعلقة بعقد المقايضة، المادة 442 ق.م.ج المتعلقة بعقد الشركة، المادة 443 ق.م.ج المتعلقة بعقد القرض، المادتين 489،488 ق.م.ج بالنسبة لعقد الإيجار، المادتين 554،555 ق.م.ج بالنسبة لعقد المقاولة، المادة 541 فقرة 2 ق.م.ج بالنسبة لعقد العارية.

حاجة إلى توسيع نطاق هذا الضمان إلى جميع العقود التي يحصل بموجبها على منتج أو خدمة.

هذه أهم أوجه القصور في النظرية التقليدية لضمان العيوب الخفية، ولقد كان للقضاء الفرنسي قصب السبق في تطويع أحكام هذه النظرية بما يحقق حماية كافية للمستهلك، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري في نصوص خاصة كما سنوضح لاحقاً.

ثانياً - حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان

لم يعرف المشرع عقد الإذعان كما لم يتفق الفقه في ذلك، إلا أن بعضهم عرفه بأنه: "العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطاً محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة يوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة قصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبه سلعة أو خدمة معينة"³⁷.

فالأصل هو احترام القاضي لقانون العقد ولا يملك تعديله وإلا تعرض حكمه للنقض إعمالاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يجعل من العقد شريعة للمتعاقدين³⁸، وذلك تأسيساً على مبدأ سلطان الإرادة الذي كرس فكرة حرية التعاقد دون دخل لأي عنصر خارجي بما في ذلك القاضي. لكن بمرور الزمن ونظراً لاعتبارات اجتماعية وتلبية لما تقتضيه العدالة أعطت معظم التشريعات للقاضي سلطة التدخل لتعديل عقد الإذعان.

وأساس هذه السلطة مبني في التشريع الجزائري على المادة 110 ق.م.ج التي تنص: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

فالمادة 110 تعتبر من أهم الأحكام التي تستهدف حماية الطرف الضعيف، وهي بمثابة حكم شاذ خص به المشرع عقود الإذعان، فإذا بان للقاضي أن عقد الإذعان يشتمل على شرط تعسفي كان له أن يعدل الشرط ليزيل ما به من تعسف، بل له أن يعفي الطرف المذعن منه إعفاء تاماً، وليس هناك من حدود لما يراه القاضي في هذا الشأن إلا ما تقتضيه العدالة. في حين أنه وفقاً للقواعد العامة فإن دور القاضي في العقود يقتصر على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون فيها، وبهذا يصبح هذا الحكم أداة فعالة يستطيع بها القاضي أن يحمي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه المحتكر، وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً مسألة واقع، يتبينها القاضي على ضوء ما يحيط بالعقد من ظروف ليوقف على مدى جور الشرط وشدته.

ولكي يضمن المشرع توفير هذه الحماية للطرف المذعن نصت المادة 110 على أنه "يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، أي لا يجوز الاتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل أو إلغاء بعض الشروط التي يراها تعسفية، فلو جاز مثل هذا الاتفاق لما تأخر الطرف القوي في جعله من شروط العقد، وبالتالي تتعطل الحماية القانونية التي رصدت للطرف المذعن في هذا الحكم. كما نصت المادة 112 ق.م.ج: "يؤول الشك في مصلحة المدين. غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن"، وهذا وجه آخر للحماية كفله المشرع للطرف الضعيف في عقد الإذعان، فإذا كان الأصل في قواعد التفسير أن يفسر الشك لمصلحة المدين، فإن تفسير غموض الشرط أو الشك فيه يكون لصالح الطرف المذعن في عقد الإذعان ولو كان دائناً، فالعدل يقتضي أن يفسر الشك لمصلحة الطرف

37 - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص.31.

38 - أنظر: المادة 106 مدني جزائري.

الضعيف ما دامت لا توجد نية مشتركة بين الطرفين تتخذ مرجعا للتفسير، لأن عقد الإذعان هو وليد إرادة الموجب الذي يتفرد بتحرير العقد لذا يجب أن يتحمل وحده تبعه أي غموض تسبب فيه³⁹.

لكن بالرغم من هذه الحماية التي كفلتها القواعد العامة للطرف المدعن في عقد الإذعان، فإن ثمة من يرى أنها غير كافية لمواجهة مشكلة حماية المستهلك وذلك من عدة نواح⁴⁰:

- فمن ناحية لا يمكن القول أن كل تفوق للمهني على المستهلك في العقد يجعله من قبيل الإذعان الذي يببرر الحماية التي قررها المشرع بصدد هذه العقود، وإنما قد يتم التعاقد في ظل اختلال في التوازن بين الالتزامات مع غياب الاحتكار أو في ظل إمكانية نظرية لمناقشة بنود العقد، فالذي يحدث عمليا هو أن عدم كفاءة المستهلك فنيا وقانونيا لا تمكنه من مناقشة بنود العقد، كما لا تسمح له بتقدير آثار هذه البنود على مركزه القانوني أو الاقتصادي.

- ومن ناحية أخرى فإن صفة الشروط التعسفية لا ترادف الشروط غير المشروعة، فالشروط التي تترك للبائع تحديد موعد أو مكان تسليم المبيع أو الشروط التي تعفي البائع من المسؤولية عند عدم تنفيذه للالتزامات التعاقدية أو عن التأخير في تنفيذها ليست من الشروط غير المشروعة على الرغم من أنها بطبيعتها من الشروط التعسفية، فإذا كانت الشروط غير المشروعة باطلة بطلانا مطلقا فإن الشروط المشروعة تثير صراعا بين من قام باشتراطها ومن يقع عليه الضرر بسبب التزامه بها، فالمهني يتمسك بها إعمالا لمبدأ الحرية التعاقدية في حين يرغب المستهلك في استبعادها تحقيقا للعدالة التي تقتضي التوازن في الالتزامات المترتبة على العقد.

- وأخيرا فإن مبدأ تفسير الشك في مصلحة المدين يقصر الحماية من الشروط التعسفية على الأوضاع الاستثنائية التي تكون فيها هاته الشروط مكتوبة بطريقة تدعو إلى الشك في دلالتها والمقصود منها، كما أنه يقصر الحماية على الحالات التي يكون فيها المتعاقد الخاضع للشروط التعسفية مدينا أو مدعنا.

ثالثا- أحكام المسؤولية المدنية

تعتبر أحكام المسؤولية المدنية من أهم أوجه الحماية التي يمكن أن يتمسك بها المستهلك إذ يمكنه بموجبها المطالبة بالتعويض عما يلحقه من أضرار بسبب ما يقترفه المهنيون تجاهه من أخطاء.

ولما كان المستهلك يدخل مع المحترف في علاقة تعاقدية فإن أحكام المسؤولية العقدية هي التي تهمنا عند الحديث عن حماية المستهلك، ومع ذلك فإن القانون المدني قد أقر مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تحدثها منتجاته المعيبة حتى ولو لم تربطه بالمضروب أي علاقة تعاقدية.

1- المسؤولية العقدية: يقتضي قيام المسؤولية العقدية توافر أركانها الثلاث، الخطأ

والضرر وعلاقة السببية بينهما، فالخطأ يقصد به الخطأ العقدي المتمثل في إخلال المدين بالتزامه المترتب عن العقد الذي ينشأ في ذمته بصفته طرفا في العقد، ولا يكفي مجرد الخطأ لقيام المسؤولية بل يجب أن يحصل ضرر بسبب هذا الإخلال سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا، وهو ما يخول الدائن الحق في طلب التعويض.

³⁹- انظر: لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص.145.

⁴⁰- أنظر: عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص.98.

وتتجلى أهمية المسؤولية العقدية بالنسبة للمستهلك في أن قواعد حماية المستهلك قد وسعت من نطاق الالتزامات المفروضة على المحترف بموجب عقود الاستهلاك، وهو ما يوسع بدوره من فرص أعمال المستهلك لقواعد المسؤولية العقدية كلما أصابه ضرر نتيجة إخلال المحترف بأي من هذه الالتزامات.

ومع ذلك فإن أحكام المسؤولية العقدية لا تخلوا هي أيضا من القصور بالنسبة للمستهلك:

- فمن ناحية يجب على الدائن (المستهلك) إثبات إخلال المدين (المحترف) بالتزامه العقدي وهو أمر ليس بالهين في ظل ما صار يميز المنتجات الحديثة من تطور وتعقيد يعجز معه المستهلك في الوقوف على مدى إخلال المحترف بالتزاماته، فالمستهلك مثلا لا يمكنه في أحيان كثيرة الوقوف على مدى صلاحية بعض المنتجات للغرض الذي أعدت من أجله، كما لا يمكنه بالنسبة لكثير من الخدمات الوقوف على مدى بذل المحترف للعناية اللازمة في تقديمها.
- ومن ناحية أخرى فإن أحكام المسؤولية العقدية تقصر التعويض على الأضرار المتوقعة فقط أما غير المتوقعة فلا تعوض إلا إذا ثبت غش المدين⁴¹ وهذا لا يخدم المستهلك نظرا للأخطار المتفاقمة التي صارت تميز بعض المنتجات والخدمات مما يجعل أضرارها تفوق التوقعات.
- كما أن أحكام المسؤولية العقدية تقتضي أن يقتصر التمسك بها إلا في مواجهة الطرف المتعاقد الآخر، ولا يمكن التمسك بها ضد شخص لا تربطه بالمتضرر أي علاقة تعاقدية طبقا لمبدأ الأثر النسبي للعقد، وبالتالي لا يمكن للمستهلك مساءلة باقي المتدخلين في عملية التداول من مستوردين وموزعين ووسطاء من حيث المبدأ.

2- مسؤولية المنتج: إن إقرار المشرع بموجب المادة 140 مكرر ق.م.ج⁴² مسؤولية

المنتج عن الضرر الناتج عن عيب في المنتج ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية، من شأنه أن يعزز موقف المستهلك في مواجهة المنتج بحيث صار هذا الأخير مسؤولا عن عيوب منتوجه مباشرة أمام المستهلك الذي لم يعد ملزما بالرجوع على بائعه المباشر وإنما يمكنه أن يتخطاه مباشرة إلى المنتج، وحينئذ يكون ذلك طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، ومن ثم يكون المنتج مسؤولا عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة، كما أن هذا الحكم يعطي للمستهلك فرصة اختيار الأكثر ملاءمة بين البائع والمنتج، فضلا عن تخلصه من الشروط والمواعيد الصارمة لدعوى الضمان إن اختار الرجوع على المنتج. ومع ذلك فإن هذا الحكم يبقى هو الآخر قاصرا على المنتج دون باقي المتدخلين في عملية عرض المنتج للاستهلاك.

نخلص من كل ما سبق أن القواعد العامة في القانون المدني لم تعد تكفي لحل معضلة الضعف التعاقدية الذي يعانيه المستهلك، ويبرر بعض الفقهاء هذا القصور انطلاقا من المبادئ التقليدية التي قامت عليها النظرية العامة للعقد في مقدمتها مبدأ سلطان الإرادة. فلقد ظل ينظر لمبدأ سلطان الإرادة على أنه أساس العدالة في التعاقد، لأن إرادة الإنسان لا يمكن أن تتوجه إلا لما فيه مصلحته، لذا فالالتزامات التي تنشأ عن تلك الإرادة أيا كانت

41 - أنظر: المادة 182 فقرة 2 مدني جزائري.

42 - لم يتضمن القانون المدني الجزائري هذا الحكم إلا بعد التعديل والتميم الذي شاهده بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 الذي أضاف المادة 140 مكرر التي تنص فقرتها الأولى: "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية"

ومهما كان أثرها لا يمكن إلا أن تكون عادلة، ومادامت العقود تنشأ بالتراضي فيفترض أنها تحقق العدل لأطرافها، ومن ثم فإن مبدأ سلطان الإرادة يتعارض مع أي محاولة للتدخل بداعي تعديل التزامات غير متكافئة في العقود غير المتوازنة ما دامت الإرادة هي أساس هذه الالتزامات، وهذه الالتزامات لا تقيد المتعاقدين فقط بل تعتبر قانون التعاقد الذي يلتزم به الجميع بما في ذلك القاضي⁴³.

إلا أن العدالة التي لازمت فلسفياً مبدأ سلطان الإرادة لم يعد مسلماً بها في أرض الواقع، وهو ما جعل جانباً من الفقه يرى أن المسألة أخذت منحى معاكساً حيث صار مبدأ سلطان الإرادة يعد أهم أسباب قصور القواعد التقليدية عن تحقيق التوازن العقدي الذي تتشده العدالة ذاتها⁴⁴.

يؤكد ذلك تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام بعض المتطلبات الاجتماعية والاقتصادية التي اقتضت بسط المشرع سلطانه لحماية بعض الفئات في بعض الظروف تحقيقاً للعدالة، تجلى ذلك في نظرية عيوب الإرادة وكذا منح القاضي سلطة التدخل لإعادة التوازن العقدي في حالة الظرف الطارئ وتدخله لتعديل الشرط الجزائي، وتعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها في عقود الإذعان على نحو ما سبق بيانه.

إن تلك المتطلبات التي اقتضت كبح جماح مبدأ سلطان الإرادة ضمن القواعد العامة نجدها تحيط كذلك بعقود الاستهلاك نظراً لما تتميز به من تفاوت فني واقتصادي بين طرفيها تركز في ظل التطور العلمي والصناعي والانفتاح الاقتصادي المشهود، وهو ما شكل أزمة ضعف تعاقدية لدى المستهلك من شأنها الإخلال بعدالة التعاقد في هذا الصنف من العقود . في هذا الوضع ليس من المنطقي إعمال مبدأ سلطان الإرادة ولا التسليم بأن العقد شريعة المتعاقدين، لأن عقد الاستهلاك هو عقد اختل التوازن بين طرفيه فلم يعد مثلاً للعدالة الذاتية التي اقترنت فلسفياً بمبدأ سلطان الإرادة، فإعمال هذا المبدأ في هذا النوع من العقود معناه ظاهرياً تقييد إرادة طرفاً عقد الاستهلاك معاً، لكنه في الواقع تقييد يكرس خضوع الطرف الضعيف وهو المستهلك، لذلك فإن إضعاف النتائج المترتبة عن الإرادة عن طريق إضعاف مبدأ سلطان الإرادة هو في الحقيقة حماية لإرادة المستهلك في مواجهة هذه الإرادة ذاتها، وذلك بحمايته من أن يقيد نفسه بعقد يخضعه لإرادة الطرف القوي وهو المحترف⁴⁵.

إلا أن الحماية التقليدية مجسدة في القواعد العامة للقانون المدني على نحو ما سبق بيانها لم تراع هذه المتطلبات التي فرضتها طبيعة عقد الاستهلاك كونها لم تكن مطروحة أصلاً، لذا ظل مبدأ سلطان الإرادة باسطاً سلطانه مشكلاً بذلك أهم أسباب قصورها عن توفير حماية كافية للمستهلك، إلى أن تولت النصوص الخاصة بحماية المستهلك الحد من هيمنة هذا المبدأ وما ترتب عنه من قوة ملزمة للعقد فضلاً عن الحد من مبادئ أخرى كالأثر النسبي للعقد كما سوف نرى.

لكن على الرغم من أوجه القصور التي رصدها الفقهاء، إلا أن هذه الحماية التقليدية تبقى ذات أهمية من وجهين أساسيين:

- الأول: إن جل القواعد الخاصة بحماية المستهلك هي امتداد للقواعد العامة، حيث أن أغلبها ما هو إلا تطوير وتوسيع للوسائل التقليدية في القانون المدني، فمثلاً نجد قوانين حماية المستهلك تستعمل شرط التجربة ونظرية ضمان العيوب الخفية ونظرية الشروط التعسفية

43 - أنظر: حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 9-12.

44 - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 101.

45 - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 103.

كوسائل لحماية المستهلك، وهذه ما هي إلا وسائل القانون المدني تم تكييفها مع متطلبات حماية المستهلك، ولو رجعنا للتطور الذي شهدته قواعد حماية المستهلك خصوصا في فرنسا لوجدنا أن القضاء لعب دورا أساسيا في تكوينها من خلال تطويعه للقواعد العامة وفق ما تقتضيه حماية المستهلك، كتوسيعه في أحكام المسؤولية واعتبارات سوء النية لدى المحترف، لذا فإن تطبيق قواعد حماية المستهلك كثيرا ما يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة خصوصا إذا تعلق الأمر بالجزاءات المدنية المترتبة عن مخالفتها وهو ما سرنا عليه في هذا البحث.

- الثاني: إن هذه المبادئ التقليدية لا تزال هي وسيلة الحماية الوحيدة للمستهلك في كثير من الدول التي لم ترق تشريعاتها بعد لدرجة سن نصوص خاصة بحماية المستهلك، كما أنها تبقى الوسيلة التي يلجأ لها غير المستهلكين من تجار ومنتجين ووسطاء (المهنيين) باعتبارهم غير مشمولين بالقواعد الخاصة بحماية المستهلك، إذ أن هؤلاء هم أيضا في حاجة للحماية تجاه ما يفتنونه من منتجات وخدمات تتعلق بنشاطهم المهني.

المبحث الثاني

تطور حماية المستهلك في ظل القانون رقم 02/89

نظرا لقصور القواعد العامة عن توفير حماية كافية للمستهلك مع ضرورة التكفل بهذه الحماية، بات من الضروري إيجاد نظام قانوني مستقل لحماية المستهلك، فكانت البداية في الجزائر سنة 1989 حيث بدأت تتبلور ملامح ما يمكن تسميته "بقانون الاستهلاك الجزائري". وقانون الاستهلاك هو مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على العلاقات بين المهنيين والمستهلكين، أو هو مجموعة القواعد التي تهدف إلى حماية المستهلكين، وإن كان ثمة من يفضل التعريف الأول نظرا لعدم تحديد معيار الغاية حتى يمكن إتباعه⁴⁶.

وتقوم فلسفة قانون الاستهلاك على مبادئ الإنصاف والعدالة، فعلى الرغم من أن هذه المبادئ ليس لهما وجود في اقتصاد السوق والمعاملات والصفقات إلا أن مختلف التشريعات تتبناها، لأن المستهلك طرف يفتقد المقدره المالية والبيانات الضرورية مما يبرر تدخل الدولة لضمان تحقيق العدل والإنصاف وهو ما يطلق عليه بالتدخل الإيجابي⁴⁷.

ولقد سعى المشرع الجزائري بدوره إلى تحقيق العدل والإنصاف في علاقة المستهلك بالمحترف من خلال القانون 02/89 المؤرخ في 07 فيفري 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك وما تبعه من نصوص تنظيمية وتطبيقية⁴⁸، حيث فرض هذا القانون مجموعة من الالتزامات على عاتق المحترف تهدف إلى حماية المستهلكين، كما منحهم تسهيلات إجرائية خاصة من شأنها صيانة حقوقهم وتسهيل المطالبة بها. لذا يمكن تصنيف الحماية التي تضمنها هذا القانون إلى حماية موضوعية (المطلب الأول) وحماية إجرائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحماية الموضوعية للمستهلك

⁴⁶ - Jean Calais -Auloy et Frank Steinmetz, Droit de la consommation, 5^e édition, Dalloz, 2002, p.15.

⁴⁷ - محمود احمد الكندري، دور القانون التجاري في حماية المستهلك في الكويت (دراسة مقارنة في التشريع الإنجليزي- الأمريكي- الفرنسي)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 22، العدد 01، ص.381.

⁴⁸ - توجد عدة نصوص سبقت قانون 02/89 تخدم المستهلك عموما كقانون العقوبات الذي يعاقب على الغش في بيع السلع (المادة 429 وما بعدها) وقانون البيئة (03/83) وقانون الصحة (05/85) وقانون الصحة النباتية (17/87)، لكن هذه النصوص لم تتبلور من خلالها طائفة المستهلكين كطائفة متميزة عن غيرها، وهو ما جسده القانون 02/89.

تتجلى هذه الحماية في مجموعة من الالتزامات فرضها المشرع على المحترفين تتمثل في الالتزام بالسلامة، الالتزام بالمطابقة، الالتزام بالتجربة، الالتزام بالضمان.

أولاً- الالتزام بضمان السلامة

يجد هذا الالتزام أساسه القانوني في المادة 2 من قانون 02/89 التي تنص على أن "كل منتج سواء كان شيئاً مادياً أو خدمة مهما كانت طبيعته يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية". ولقد ظلت حماية صحة وسلامة المستهلك إحدى أسس النظام العام التقليدي⁴⁹ الذي حرص عليه المشرع في هذا القانون وغيره من القوانين التي تخدم صحة وسلامة وأمن المستهلك كالقوانين المتعلقة بالصحة والبيئة.

والذي يهمننا في هذا المقام هو كيف أن الالتزام بضمان السلامة انتقل إلى عقد البيع -باعتباره الصورة الشائعة لعقود الاستهلاك- بعد أن ظل مرتبطاً أساساً بالعقود التي بمقتضاها يعهد أحد المتعاقدين إلى الآخر برعايته والمحافظة على شخصه تبعاً للالتزام آخر رئيس كما هو الحال في عقد النقل الذي يلتزم فيه الناقل بإيصال الراكب مقابل أجر -وهذا هو الالتزام الرئيس- ولكن الراكب فضلاً عن ذلك يعهد إلى الناقل أمر المحافظة على سلامته حتى مكان الوصول وهذا ما لا يوجد في عقد البيع لأن شخص المستهلك لا يكون تحت رعاية البائع ورقابته⁵⁰.

ومع ذلك فقد انتقل هذا الالتزام إلى عقد البيع، فلقد أكد الفقه منذ مدة وجود التزام بضمان السلامة في عقد البيع لكنه ظل يخضعه في البداية لقواعد ضمان العيوب الخفية، إلا أن القضاء الفرنسي كان سباقاً إلى تأكيد استقلال الالتزام بضمان السلامة عن ضمان العيوب الخفية في عقد البيع ومن ثم فإن دعوى التعويض المترتبة عن الإخلال به تفلتت عن قواعد ضمان العيب الخفي وما تتضمنه من قيود.

ولقد استند الشراح في تأييد وجود الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع إلى أن عقد البيع صار يستجمع الشروط والسمات التي يكاد يجمع الفقه على ضرورة توفرها للاعتراف بوجود هذا الالتزام في عقد ما، وهي ثلاث شروط⁵¹:

- أن يوجد خطر يهدد سلامة أحد المتعاقدين.

- أن يعهد أحد المتعاقدين بنفسه للآخر.

- أن يكون المدين بالالتزام بضمان السلامة مديناً محترفاً.

فبالنسبة لأول هذه الشروط وأهمها وهو وجود خطر يهدد سلامة أحد المتعاقدين الجسدية، فنجد عقد البيع قد أصبح في ظل التقدم الصناعي وتعقيد الأجهزة الحديثة يسبق غيره من العقود في هذا المضمار، فالعقود التي اعترف بوجود التزام بضمان السلامة فيها كعقد النقل والفندقة تتضاءلت خطورتها على سلامة الإنسان إذا ما قيست بالمخاطر العديدة التي باتت تهدد جمهور المستهلكين، فهذه أغذية مسمومة تؤدي بحياة العشرات وهذه أجهزة تنفجر أثناء الاستعمال إلى غير ذلك من صور الأخطار التي لا حصر لها.

⁴⁹ - Bouaiche Mohamed, Qualité des aliments et protection de la santé du consommateur, Revue Algérienne Des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques, Faculté de Droit de l' Université d'Alger, Vol. 36- n° 4-1998, p.11.

⁵⁰ - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص.90.

⁵¹ - أنظر: علي سيد حسن، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص.66-68.

- سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بضمان السلامة في عقد العمل، ط.1، بدون دار النشر والسنة، ص.34-38.

أما الشرط الثاني وهو أن يعهد أحد المتعاقدين أمر الحفاظ على سلامته للمتعاقد الآخر، فلا يقصد به أن يكون المتعاقد في حالة خضوع كلي بحيث يفقد سيطرته تماما على سلامته الجسدية كما هو الحال بالنسبة للمريض الذي يعهد بسلامته للطبيب أثناء العملية الجراحية، بل يقصد به الخضوع الاقتصادي وهو ما ينطبق على عقود الإذعان التي يكون فيها أحد المتعاقدين يحتكر سلعة أو خدمة معينة فيكون في مركز اقتصادي قوى يتيح له إملاء شروطه دون أن يكون باستطاعة الطرف الآخر مناقشة هذه الشروط أو التغيير فيها.

إضافة للهيمنة الاقتصادية فإن خضوع المستهلك يكرسه عدم قدرته على الاستغناء عن المنتجات والخدمات وعجزه عن كشف ما تتضمنه من قصور أو عيوب، ذلك أن التقدم الصناعي الهائل وما استتبعه من غزو لمنتجات صناعية مختلفة ومعقدة في شتى مناحي الحياة جعل الاستغناء عنها أمرا مستحيلا والتعرف على مكوناتها وخصائصها أمرا بالغ الصعوبة على أغلب المستهلكين، فمشتري الحاسوب مثلا لا يمكنه فحص أجزائه للوقوف على مدى صلاحيته، وهذا كله يؤكد أن المستهلك في مثل هذه المنتجات هو دائما يعاني خضوعا من الناحية الفنية.

أما ثالث هذه الشروط وهو أن يكون المدين بالالتزام بضمان السلامة محترفا فيبره أن المستهلكين يقدمون على التعامل مع المحترف بثقة ودون حذر نظرا لخبرته ودرايته بأصول مهنته، ولذلك يتعين عليه أن لا يمارس نشاطه إلا إذا كان محيطا بالأصول العلمية و الفنية التي تمكنه من ممارسته على أكمل وجه حتى يكون جديرا بالثقة التي يوليها له عملاؤه فإذا أخل بهذه الثقة تحمل مسؤولية ذلك.

بالإضافة إلى أن أساليب الدعاية والإعلان التي يستخدمها المهنيون لترويج منتجاتهم غالبا ما تساعد على بث الثقة في نفوس المستهلكين وتدفعهم إلى الشراء وهو مطمئنون إلى جودة تلك المنتجات وسلامتها وهذا بحد ذاته يبرر إلقاء عبء الأضرار التي تنجم عن عيوبها على عاتق من سعى إلى ترويجها.

وهكذا نرى أن جميع هذه الشروط والاعتبارات تتوافر بالنسبة للبائع المحترف مما يستوجب إقبال كاهله بهذا الالتزام شأنه في ذلك شأن سائر المهنيين.

وحرصا على سلامة المستهلك دائما فرضت الفقرة الأخيرة من المادة 3 من قانون 02/89 على المحترف تبين مصدر المنتج وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله والاحتياطات الواجب اتخاذها من أجل ذلك وعمليات المراقبة التي أجريت عليه، وذلك حسب الخصوصيات التي تميز المنتج والتي يجب أن يعلم بها المستهلك حسبما تتطلبه البضاعة المعنية، أي يجب على المحترف أن يخبر المستهلك بكل ما قد يشكل خطرا على سلامته، وهو ما يجسد لنا ما صار يعرف بالالتزام المحترف بالإخبار الذي يعد امتدادا للالتزام المحترف بضمان السلامة، وهو التزام كرسه القانون 02/04 كما سوف نرى.

هذا ويذهب الفقه إلى أن التزام البائع المحترف بضمان سلامة المستهلك محله التزام بتحقيق نتيجة، ومن ثم فلا يجديه نفعاً أن يثبت أنه بذل العناية اللازمة للتأكد من خلو المبيع من العيوب، فالمسؤولية تقوم متى ثبت وجود عيب بالمبيع وأنه كان سببا للضرر الذي لحق بالمستهلك بصرف النظر عن علم البائع بالعيب أو جهله به أو حتى ثبوت استحالة علمه به، من هنا يعتبر بعض الشراح أن الالتزام بضمان السلامة هو أساس "مبدأ التشبيه" الذي تبناه القضاء الفرنسي وله تطبيقات في التشريع الجزائي، والذي مفاده تشبيه البائع المحترف بالبائع سيئ

النية الذي يعلم بعيوب المبيع، أي التزام المحترف بالعلم بعيوب المبيع وإزالتها حتى يتحقق فيه الأمان الذي توقعه المشتري عند استعماله⁵².

وتجدر بنا الإشارة أخيرا إلى أن الاهتمام بسلامة المستهلك صار مطلباً ملحا مع الانفتاح الذي تشهده الأسواق الجزائرية، والذي سيكرس بانضمام الجزائر للمنظمة العالمية للتجارة مستقبلا، وسعيها منها لمواكبة هذه التطورات أنشأت الجزائر "اللجنة الوطنية للمدونة الغذائية" بموجب المرسوم التنفيذي 67/05⁵³ التي تتمثل مهمتها حسب المادة 2 من هذا المرسوم في تنسيق الأعمال وإبداء الآراء والتوصيات المتعلقة بجودة المواد الغذائية المرتبطة بحماية المستهلك وتسهيل التجارة الدولية للمواد الغذائية.

ومن بين المهام التي تتولاها هذه اللجنة طبقا للمادة 3 من نفس المرسوم ما يلي:

- إبداء رأيها في اقتراحات هيئة الدستور الغذائي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة للأغذية والزراعة ومنظمة الصحة العالمية وكذا الأجهزة التابعة لها، وفي أثر هذه الاقتراحات على صحة المستهلك وأمنه، وعلى حماية البيئة، وعلى النشاطات الوطنية في مجال الفلاحة، وتربية الحيوانات، والإنتاج الصناعي، والتصدير والاستيراد.
- المبادرة على المستوى الوطني بكل عمل يهدف إلى تحسين فعالية مراقبة الأغذية استنادا إلى المؤشرات التي توصي بها هيئة الدستور الغذائي حول تقييم الأمن الصحي للمواد الغذائية.

- تحسيس المحترفين بتطبيق التنظيمات التقنية المعتمدة وبالمسائل المتعلقة بالأمن الصحي للمواد الغذائية من أجل ترقية الجودة وتنافسية المنتوجات الوطنية.
- المساهمة في إعلام المستهلك وإرشاده في ميدان الجودة والأمن الصحي للمواد الغذائية.

ثانيا - الإلتزام بالمطابقة

يعتبر من إيجابيات اقتصاد السوق أنه يوفر كما كبيرا من المنتجات والخدمات للمستهلكين تحقق لهم المتعة والرفاهية سيما في ظل ما يشهده العالم من تطور صناعي وتكنولوجي متواصل صارت معه الكماليات من قبيل الضروريات التي لا يستغني الناس عنها في حياتهم اليومية، إلا أن تنوع هذه المنتجات واختلاف مستوى جودتها وسلامتها إضافة إلى بعض الأساليب غير المشروعة التي يلجأ لها بعض المحترفين وجهل المستهلك عادة بهذا المجال، كل ذلك جعل من غير الواقعي التسليم بأن المستهلك في ظل نظام اقتصاد السوق يحصل على أفضل المنتجات والخدمات من حيث النوعية والأسعار، وهو ما استدعى تدخل المشرع لفرض إجراءات تهدف إلى ضمان مطابقة المنتجات والخدمات الاستهلاكية لمقاييس ومعايير محددة تؤمن فاعليتها وتلبي الحاجات المشروعة للمستهلكين.

وهو ما يتجلى من خلال المادة 3 من قانون 02/89 التي يمكننا أن نستشف منها وجهين للمطابقة: الأول هو مطابقة المنتج أو الخدمة للمقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية. أما الثاني فهو مطابقة المنتج أو السلعة للرغبات المشروعة للاستهلاك والمستهلكين.

⁵² - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص.87.

⁵³ - المرسوم التنفيذي 67/05 المؤرخ في 30 يناير 2005 يتضمن إنشاء اللجنة الوطنية للمدونة الغذائية (جريدة رسمية عدد 2005/10).

1- مطابقة المنتج أو الخدمة للمقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية:

تنص المادة 3 فقرة 1 من القانون 02/89 على أنه "يجب أن يتوفر في المنتج أو الخدمة التي تعرض للاستهلاك المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمة وتميزه". ولتحديد النظام القانوني لعملية مطابقة المنتج أو الخدمة للمقاييس والمواصفات القانونية والتنظيمية المعتمدة صدر قانون التقييس رقم 23/89 الذي ألغي بموجب القانون 04/04 المتعلق بالتقييس الذي أعاد تنظيم نشاط التقييس في الجزائر⁵⁴.

والتقييس (la normalisation) يقصد به النشاط الخاص المتعلق بوضع أحكام ذات استعمال موحد ومتكرر في مواجهة مشاكل حقيقية أو محتملة يكون الغرض منها تحقيق الدرجة المثلى من التنظيم في إطار معين، ويقدم وثائق مرجعية تحتوي على حلول لمشاكل تقنية وتجارية تخص المنتجات والسلع والخدمات التي تطرح بصفة متكررة في العلاقات بين الشركاء الاقتصاديين والعلميين والتقنيين والاجتماعيين⁵⁵، وبالتالي فإن لنظام التقييس دورا مهما ومنتاميا في تحديد صفات وخصائص المنتجات والخدمات الموجودة في السوق.

ومن بين أهداف التقييس -حسب المادة 3 من القانون 04/04- تحسين جودة السلع والخدمات ونقل التكنولوجيا، وكذا تحقيق الأهداف المشروعة، وهي الأهداف المتعلقة بالأمن الوطني وحماية المستهلكين والنزاهة في المعاملات التجارية وحماية صحة الأشخاص أو أمنهم وحياة الحيوانات وصحتها والحفاظ على النباتات وحماية البيئة وكل هدف آخر من الطبيعة ذاتها⁵⁶.

ولقد تناول القانون 04/04 مراحل إجراء المطابقة التي يمكننا اختصارها فيما يلي:

أ- إعداد اللوائح الفنية والمواصفات: إذ اللوائح الفنية والمواصفات هي المعايير التي يتم من خلالها إجراء المطابقة.

فالألحة الفنية هي وثيقة تعدها القطاعات المعنية، تنص على خصائص منتج ما، أو العمليات وطرق الإنتاج المرتبطة به، بما في ذلك النظام المطبق عليها، ويكون احترامها إجباريا. كما يمكن أن تتناول جزئيا أو كليا المصطلح و الرموز والشروط الواجبة في مجال التغليف، والسمات المميزة أو اللصقات لمنتج، أو عملية أو طريقة إنتاج معينة⁵⁷. أما المواصفة فهي وثيقة غير إلزامية توافق عليها هيئة تقييس معترف بها، تقدم من أجل الاستخدام العام المتكرر، القواعد والإشارات، أو الخصائص المتضمنة لشروط في مجال التعليق والسمات المميزة أو اللصقات لمنتج أو عملية أو طريقة إنتاج معينة⁵⁸.

ب- تقييم المطابقة: يقصد به كل الإجراءات المستخدمة بشكل مباشر أو غير مباشر لتحديد مدى احترام الشروط ذات الصلة باللوائح الفنية أو المواصفات، من ذلك إجراءات أخذ العينات وإجراء التجارب والتفتيش، وإجراءات التقييم والتحقيق، وضمان المطابقة، وإجراءات التسجيل والاعتماد، والمصادقة والمزج بينهما⁵⁹. وبالتالي فإن تقييم المطابقة هو إجراء يتم من خلاله الوقوف على مدى مطابقة المنتج المعد للاستهلاك للوائح الفنية والمواصفات المتعلقة به.

⁵⁴ - القانون 04/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يتعلق بالتقييس، (جريدة رسمية عدد 2004/41)

⁵⁵ - انظر المادة 2 بند 1 من نفس القانون.

⁵⁶ - انظر المادة 2 بند 4 من نفس القانون.

⁵⁷ - انظر المادة 2 بند 7 من نفس القانون.

⁵⁸ - انظر المادة 2 بند 3 من القانون 04/04.

⁵⁹ - انظر المادة 2 بند 5 من نفس القانون.

ج- الإشهاد على المطابقة: هو العملية التي يعترف بها بأن منتج ما يطابق المواصفات أو اللوائح الفنية، حيث يتم الإشهاد على مطابقة منتج ما للمواصفات واللوائح الفنية الوطنية بتسليم "شهادة المطابقة" أو بواسطة وضع "علامة المطابقة" على المنتج⁶⁰. ونظرا لأهمية نظام التقييس، أولت معظم الدول اهتماما بالغاً به إذ أصبح لكل دولة هيئة أو أكثر تختص بأعمال التقييس، ثم انتقل هذا الاهتمام إلى المستوى الدولي بهدف التعاون بين مختلف الدول في تنسيق أسس التوحيد القياسي ووسائله. ففي الجزائر يتولى مهمة التقييس "المعهد الجزائري للتقييس" وهو هيئة وطنية مؤهلة بأن تصبح عضوا وطنيا لدى المنظمات الدولية والجهوية المماثلة، كما يمكن أن تسند مهمة التقييس إلى هيئات ذات نشاطات تقييسية معترف بها⁶¹.

أما على الصعيد الدولي فتعتبر المنظمة العالمية للتقييس "International Standard Organisation" (ISO) هي الرائدة في هذا المجال، وهي اتحاد عالمي يضم هيئات التقييس الوطنية في دول العالم (المعهد الجزائري للتقييس بالنسبة للجزائر)، تأسست عام 1947 ومقرها "جنيف" بسويسرا، رسالتها تشجيع وتطوير وتوحيد المواصفات العالمية وجميع الأنشطة ذات العلاقة التي ترمي إلى تقويم المطابقة، وذلك بهدف تسهيل التبادل التجاري الدولي للسلع والخدمات فضلا عن تطوير التعاون في مجال الأنشطة العلمية والتكنولوجية والاقتصادية، ويستثنى من عمل هذه المنظمة المواصفات الفنية للمنتجات الكهربائية والهندسية والإلكترونية التي هي من اختصاص منظمة أخرى هي اللجنة العالمية للإلكترونيات التقنية (EIC) التي تأسست عام 1906.⁶²

أما في أوروبا فهناك اللجنة الأوروبية للتوحيد (CEN) التي تهدف إلى التوفيق والتنسيق بين المعايير المختلفة الموجودة في الدول الأعضاء بالمجموعة الاقتصادية الأوروبية (CEE)⁶³ حيث صار الدخول إلى السوق الأوروبية المشتركة مرهون بحصول الشركات التي تخضع منتجاتها لتعليمات المجموعة الأوروبية على شهادة المطابقة⁶⁴. وعموما فإن السعي نحو توحيد المقاييس الدولية وتشديد العديد من المنظمات الدولية على ضرورة احترام هذه المقاييس كالمجموعة العالمية للتغذية (FAO) والمنظمة العالمية للصحة (OMS) والمنظمة العالمية للتجارة (OMC)، فضلا عن الاهتمام الذي توليه المواثيق الدولية لهذا الموضوع كالميثاق العالمي لحقوق الإنسان والميثاق الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كل ذلك يؤكد انتقال موضوع حماية المستهلك من التشريعات الوطنية إلى القانون الدولي وبالتالي بؤادر التأسيس إلى قانون دولي للاستهلاك⁶⁵.

2- مطابقة المنتج للرغبات المشروعة للاستهلاك والمستهلكين: إن الوجه الأول

الذي بيناه للمطابقة يبدوا سهل التحقيق والرقابة نظرا لارتباطه بمعيار موضوعي يتحدد بمقاييس ومعايير قانونية وتنظيمية محددة تتمثل في اللوائح الفنية والمواصفات، إذ يكفي حصول المهني على شهادة أو علامة المطابقة لإثبات التزامه. إلا أن هذه المقاييس والمواصفات لا يمكن

⁶⁰ - انظر المادة 2 بند 9 من نفس القانون.

⁶¹ - انظر المواد 2 بند 10، 4، 12، 13، 22 من نفس القانون.

⁶² - محمد عبد الوهاب العزاوي، أنظمة إدارة الجودة والبيئة (iso 9000, iso14000)، ط.1، دار وائل للنشر، عمان، 2002، ص.29.

⁶³ - J. Calais -Auloy et F. Steinmetz. op. cit., p.228.

⁶⁴ - محمد عبد الوهاب العزاوي، المرجع السابق ص.60.

⁶⁵ - Abdallah Benhamou, La protection des consommateurs Dans les règle de commerce international, Revue IDARA, L'Ecole Nationale d'Administration, Vol. 11- n° 02- 2001, p. 87-101.

تعميمها على جميع المنتجات والخدمات، وذلك يرجع من جهة لكم غير المحدود من المنتجات والخدمات واختلاف طبيعتها مما يجعل ضبطها بمعايير محددة أمرا مستحيل، ومن جهة أخرى خوفا من عرقلة النشاط الاقتصادي الداخلي والخارجي نتيجة الإفراط في اعتماد اللوائح والمواصفات.

من هنا لجأ المشرع إلى فرض التزام عام وواسع من خلال المادة 3 من القانون 02/89 مفاده "وجوب استجابة المنتج أو الخدمة في جميع الحالات للطلبات المشروعة للاستهلاك" (المادة 3 فقرة 2)، وكذا "وجوب استجابة المنتج أو الخدمة للطلبات المشروعة للمستهلك فيما يخص النتائج المرجوة منه" (المادة 3 فقرة 3).

ويشير هذا الوجه من المطابقة إشكالية تحديد المعيار الذي يحدد من خلاله مدى استجابة المنتج للطلبات المشروعة للاستهلاك والمستهلك، سيما وأن رغبة المستهلك لا يمكن ضبطها نظرا لارتباطها بمعيار شخصي يختلف باختلاف الأهواء والطلبات، وهذا إشكال لا يطرح بالنسبة للمنتجات والخدمات المقيسة التي يفترض أنها تراعي هذه الطلبات -خصوصا المتعلقة منها بالاستهلاك- متى كانت مطابقة للمقاييس والمواصفات الخاصة بها.

فبالنسبة لوجوب استجابة المنتج أو الخدمة للطلبات المشروعة للاستهلاك فإن المادة 3 فقرة 2 ذاتها قد حددت العوامل التي يقدر على ضوءها مدى هذه الاستجابة، وهي طبيعة المنتج وصفته ومنشأه ومميزاته الأساسية وتركيبه ونسبة المقومات اللازمة له وهويته وكمياته. وبالتالي يمكن تحديد مدى المطابقة في هذه الحالة بمعيار موضوعي انطلاقا من هذه العوامل التي يمكن التأكد منها عن طريق الخبرة.

أما بالنسبة لوجوب استجابة المنتج أو الخدمة للطلبات المشروعة للمستهلك فيما يخص النتائج المرجوة منه، فإن جانبا من الفقه يرى أن الرغبة أو الحاجة المشروعة أو المتوقعة هي أمر من شأن المستهلكين أنفسهم، إذ ليس من حق المهنيين أن يحددوا ما هو حسن أو رديء لعملائهم، ولكن ليس من حق المستهلك أيضا أن ينتظر أو يتوقع إلا ما هو معقول في ظل الظروف الاقتصادية والحالة التقنية القائمة⁶⁶.

وما يكون جائزا أن يتوقعه المستهلكون يمكن تقديره بطريقتين: إما بشكل مجرد (in abstracto) أي بالنظر إلى المستهلك المتوسط الحال، وإما بشكل واقعي (in concreto) أي بالأخذ في الاعتبار ظروف ذلك الذي حصل على السلعة أو الخدمة، والمعيار المجرد هو الذي يجب التقدير على أساسه إذ لا يمكن أن يطلب من المهنيين أن يضعوا في اعتبارهم الطلبات أو الحاجات أو الأذواق التي تخص أو تتوافق مع كل فرد على حدة، وهو ما توحى به عبارة "الرغبة المشروعة" التي استعملها المشرع، ومع ذلك قد يكون التقدير وفق معيار واقعي في حالة ما إذا تم الاتفاق في العقد على خصائص معينة للمنتج أو الخدمة بين المهني والمستهلك⁶⁷.

وللوقوف على مدى استجابة المنتج أو الخدمة للطلبات المشروعة للمستهلك فيما يخص النتائج المرجوة منه فقد منحت المادة 9 من القانون 02/89 للمستهلك حق اشتراط تجربة المنتج المقتنى⁶⁸.

وعلى الرغم من أن المادة 14 من القانون 02/89 أو كلت مهمة القيام بالتحريات لمراقبة المطابقة إلى السلطات الإدارية المختصة، فإن المادة 5 منه وضعت واجبا بالمراقبة

⁶⁶- J. Calais -Auloy et F. Steinmetz. op. cit. p.219.

⁶⁷- Ibidem.

الذاتية على كل منتج أو وسيط أو موزع أو متدخل في عملية العرض للاستهلاك وذلك بأن يقوم هؤلاء بأنفسهم أو عن طريق الغير بالتحريات اللازمة للتأكد من مطابقة المنتج أو الخدمة للقواعد الخاصة به والمميزة له، وذلك بما يناسب نوع العمليات التي يقوم بها المتدخل وكذا حجم وصنف المنتج أو الخدمة المعروضة للاستهلاك والإمكانيات التي يجب أن يتوفر عليها اعتباراً لتخصصه والقواعد المعمول بها عادة في هذا الميدان، لذا يجب على المهني أن يقيم الدليل على أنه قام بالمراقبة والتحقق المطلوب في حالة النزاع، وبذلك تكون المادة 5 قد قلبت عبء الإثبات، إلا أن واجب الرقابة الذاتية لا يترتب على إهماله جزاء خاصاً إلا في حالة ثبوت عدم المطابقة⁶⁹، ومع ذلك فإن تخلف الرقابة الذاتية من طرف المهني قد يجعله ساء النية وبالتالي يعتبر مرتكباً لجريمة الغش⁷⁰.

هذان هما الوجهان اللذان يجسدان التزام المحترف بالمطابقة حسب المادة 3 من القانون 02/89، وعموماً فإن إخلال المهني بالتزامه بالمطابقة بوجهيه يترتب مسؤوليته الجزائية⁷¹، فضلاً عن مسؤوليته المدنية عما يحدث للمستهلك من أضرار نتيجة عدم المطابقة. ولقد اتجه القضاء في فرنسا -حرصاً على مصالح المستهلك- إلى اعتبار عدم المطابقة إخلالاً بالتزام البائع بالتسليم حيث صار يضيف شرط المطابقة إلى الالتزام بالتسليم (التسليم المطابق)، وقرر بناءً على ذلك أنه لا يكفي أن يقوم البائع بتسليم المبيع، وإنما يجب أن يسلم شيئاً مطابقاً لما تم الاتفاق عليه، بل أضاف القضاء إلى ذلك ضرورة أن يكون المبيع مطابقاً للاستعمال المخصص له، وبالتالي فإن الإخلال بالمطابقة يعد إخلالاً بالالتزام بالتسليم يجوز معه للمستهلك أن يرفع دعوى المسؤولية العقدية نتيجة هذا الإخلال⁷².

ثالثاً - الالتزام بالضمان

يعتبر الضمان من أهم الوسائل التي تدعم التعامل بين الأفراد، حيث يستخدم كوسيلة لتنشيط وترويج المبيعات، كونه يدعم المركز الاقتصادي للمحترف، ويبعث لدى المستهلك الثقة في الإقبال على اقتناء السلع والخدمات. وكما سبق البيان فإن القانون المدني ينشأ التزاماً بضمان العيوب الخفية على البائع في عقد البيع إلا أن هذا الضمان لم يعد كافياً لتحقيق حماية فعالة للمستهلك وذلك من عدة نواح سبق بيانها، لذا تدخل المشرع بنصوص خاصة بالمستهلكين تتعلق بضمان المنتجات والخدمات تداركاً من خلالها قصور نظرية ضمان العيوب الخفية في القانون المدني، وفي ما يلي سوف نتناول أهم مميزات الضمان الخاص بالمستهلك مقارنة بالقواعد العامة للضمان :

1- من حيث نطاق تطبيق الضمان الخاص بالمستهلك: إذا كان ضمان العيوب الخفية

يقصر على عقد البيع والعقود الناقلة للملكية وكذا العقود المتعلقة بالشيء بما يتناسب وطبيعتها، فإن الضمان الخاص بالمستهلك يطبق على كافة عقود الاستهلاك، وهي العقود التي تتم بين المحترف والمستهلك يقتني بموجبها هذا الأخير منتجاً أو خدمة، وهذا ما يفهم من المادة 6 من

69 - انظر المادة 28 من قانون 02/89 التي يفهم منها أنه لا يعاقب على مخالفة أحكام المادة 5 المتعلقة بالرقابة الذاتية على المطابقة إلا إذا تم الإخلال أيضاً بالفقرتين 1 و 3 من المادة 3 المتعلقة بالالتزام بالمطابقة.

70 - أنظر المواد من 429 إلى 435 من قانون العقوبات.

71 - أنظر المواد من 25 إلى 29 من القانون 02/89.

72 - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 79.

قانون 02/89 التي نصت على أن "كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عدة أو تجهيزات أخرى يستفيد بحكم القانون من ضمان تدوم صلاحيته حسب طبيعة المنتج.. ويمكن أن يمتد هذا الضمان إلى أداء الخدمات".

وعلى الرغم من أن نص المادة 6 يوحى بأن هذا الضمان يقتصر على التجهيزات فقط، فإن استخدامها عبارة "كل مقتن لأي منتج..". يدل على خلاف ذلك، إذ المنتج حسب المادة 1 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 266/90 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات⁷³ هو "كل ما يقتنيه المستهلك من منتج مادي أو خدمة"، وبالتالي فإن نطاق هذا الضمان يشمل مختلف المنتجات المادية وكذلك الخدمات، وهو ما يكفل حماية أوسع للمستهلك تستغرق جميع عقود الاستهلاك.

2- من حيث تنفيذ الضمان: سبق القول أن نصوص القانون المدني الخاصة بضمان

العيوب الخفية جاءت مستهدفة بالدرجة الأولى ضمان الجدوى الاقتصادية للمبيع، فلم تمنح للمشتري حال ثبوت العيب الخفي سوى التخلص من المبيع إذا كان العيب جسيما، أو الاحتفاظ بالمبيع إذا كان العيب غير جسيم مع تعويض المشتري في كلتا الحالتين عما يصيبه من أضرار بسبب العيب.

إلا أن قواعد حماية المستهلك وسعت من الخيارات الممنوحة للمستهلك عند تنفيذ الضمان

حيث صارت تستهدف إشباع الحاجات الاستهلاكية للمستهلك بالدرجة الأولى، فنجد المادة 8 فقرة 2 من قانون 02/89 تنص على "أن المتنازل يجب عليه... أن يقوم بما يأتي: إما باستبدال المنتج، أو تصليح المنتج على نفقته وكلفته في الأجل المعمول بها عادة، أو رد ثمن الشيء مع الاحتفاظ بحق المستهلك في التعويض عن الأضرار التي قد لحقته". وتطبيقا لهذا القانون نصت المادة 5 من المرسوم 266/90 على "أن تنفيذ إلزامية الضمان يكون بأحد الوجوه الثلاثة الآتية: - إصلاح المنتج - استبداله - رد ثمنه".

ولكن هل هذه الصور الثلاثة للتنفيذ وردت على سبيل الترتيب أي يجب على المحترف والمستهلك التقيد بهذا الترتيب حال تنفيذ الضمان أم على سبيل التخيير أي لهما أن يختارا طريقة التنفيذ، وإذا قلنا بالتخيير فمن يثبت له حق الخيار؟

بالرجوع إلى نص المادة 8 من القانون 02/89 نجد أنها وردت على سبيل التخيير

لاستخدامها ألفاظ "إما.. أو.. أو.." على أن هذا الخيار يثبت لصالح المحترف فهو مخير بين استبدال المنتج أو إصلاحه أو رد ثمنه مع التعويض.

أما المادة 5 من المرسوم 266/90 فيبدو أنها أوردت صور تنفيذ الضمان على سبيل الترتيب وهو ما تؤكدته المواد 9.8.7.6 من هذا المرسوم، إذ تنص المادة 7: "يجب على المحترف أن يقوم باستبدال المنتج إذا بلغ عيبه درجة خطيرة تجعله غير قابل للاستعمال جزئيا أو كليا على الرغم من إصلاحه"، ثم تنص المادة 9: "إذا تعذر على المحترف إصلاح المنتج أو استبداله فإنه يجب عليه أن يرد ثمنه دون تأخير، حيث يرد جزء من الثمن إذا كان المنتج غير قابل للاستعمال جزئيا وفضل المستهلك الاحتفاظ به، ويرد الثمن كاملا إذا كان المنتج غير قابل للاستعمال كلية مع رد المستهلك للمنتج المعيب".

وبالتالي إذا لم يتفق المستهلك والمحترف على خلاف ذلك فإن المحترف يلزم بإصلاح المنتج أو استبداله على نفقته⁷⁴ ولا يتم اللجوء إلى رد الثمن إلا إذا تعذر الإصلاح أو الاستبدال، وهذا دليل على أن الضمان الخاص بالمستهلك يستهدف أساسا إشباع حاجاته الاستهلاكية، لأن المستهلك لا يهيمه مجرد فسخ العقد ورده للمبيع واسترجاعه للثمن، بل إن ما يهيمه بالدرجة الأولى هو الحصول على منتج أو خدمة لسد حاجته الملحة، وهو مالا يوفره له الفسخ في كل مرة.

وتزداد أهمية وجوب إصلاح المبيع أو استبداله قبل اللجوء إلى رد الثمن بالنسبة للمستهلك عندما يكون المحترف محتكرا للمنتج أو الخدمة، إذ يتحتم على المستهلك قبول المبيع معيبا دون أن يتجرأ على رده للبائع نظرا لندرته في السوق، لكن في ظل أحكام الضمان الخاص بالمستهلك فإن هذا الأخير يمكنه أن يجبر البائع على إصلاح المنتج أو استبداله وليس لهذا الأخير أن يمتنع ألا إذا أثبت تعذر ذلك، وقد يكون في هذا الحكم فائدة للمحترف أيضا إذ من مصلحته أحيانا التخلص من مبيعاته عن طريق إصلاحها أو استبدالها بدل رده الثمن واسترداده للمبيع.

3- من حيث التعويض: الأصل أن التعويض عن الأضرار التي تحدث بسبب العيب تدخل ضمن تنفيذ الضمان لكن نظرا لدقة هذه المسألة ارتأينا الحديث عنها في عنصر خاص.
فطبقا لنصوص القانون المدني فإن للمشتري في حال ثبوت العيب الخفي إما التخلص من المبيع واسترداد الثمن إذا كان العيب جسيما، أو الاحتفاظ بالمبيع إذا كان العيب غير جسيم، مع حق المشتري في كلتا الحالتين في التعويض عما يصيبه من أضرار بسبب هذا العيب⁷⁵.
إلا أن هذا التعويض طبقا للقواعد العامة⁷⁶ يختلف بحسب سوء وحسن نية البائع، فإذا كان حسن النية (أي لا يعلم بالعيب) فلا يعرض المشتري إلا عن الأضرار المتوقعة أما إذا كان البائع سيء النية أي يعلم بالعيب فإن التعويض يشمل الأضرار غير المتوقعة.
فالأضرار التي يحدثها المبيع بسبب ما به من عيب قد تصيب المشتري أو الغير في النفس أو المال، كأن يلقى المشتري حتفه أو يصاب بجروح أو كسور نتيجة انفجار السلعة أو يحترق مسكنه أو يصاب ذوهه بسبب حريق شب في السلعة أو يصدم أحد المارة نتيجة عيب في كوابح السيارة المشتراة أو تسمم أحد الضيوف نتيجة عيب في الغذاء المشتري... إلخ، فتعويض المشتري عن هذه الأضرار يستلزم حسب القواعد العامة إثباته سوء نية البائع أي علمه بالعيب وعدم تنبيه المشتري إليه لكونها أضرارا غير متوقعة، وهو إثبات يتعذر النهوض به في أغلب الحالات سيما إذا تعلق الأمر بإثبات مسؤولية الوسطاء والموزعين الذين لا دخل لهم في تصميم السلعة أو تصنيعها⁷⁷.

وينظر إلى هذه الأضرار على أنها إحدى ثمار التقدم الحضاري الذي نعيشه نتيجة التقدم الصناعي المطرد، وما لازمة من تنوع في المنتجات وتعدد أشكالها وتركيباتها ووظائفها وتفاقم خطرها على الأشخاص والأموال، وهو ما جعل مسألة التعويض عن هذه الأضرار أمرا ملحا يستلزم تجاوز النصوص الخاصة بضمان العيوب الخفية التي تعجز عن النهوض بهذه المسألة نظرا لما تتطلبه من إثبات لسوء نية البائع⁷⁸.

74 - أنظر المادة 8 من المرسوم التنفيذي 266/90.

75 - أنظر المادة 376 مدني جزائري.

76 - أنظر المادة 182 مدني جزائري.

77 - جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص. 219.

78 - نفس المرجع.

من هنا اتجهت المحاكم الفرنسية إلى تفسير نصوص القانون المدني على وجه يزيل التفرقة بين البائع الحسن النية والبائع سيء النية، بحيث يكون البائع المحترف ملزماً في جميع الحالات بتعويض الضرر الذي يحدثه المبيع بعيبه، حيث تدرج القضاء في سبيل بلوغ هذه الغاية، فاستعمل أولاً نص المادة 1646 مدني فرنسي عن طريق التوسّع في مفهوم عبارة "المصرفات التي يسببها البيع" الواردة في هذا النص فجعلها تشمل التعويض عن الأضرار التي يحدثها المبيع بعيبه، ولكن ما لبث أن عدل عن هذا التفسير الواسع واستند إلى المادة 1645 مدني فرنسي وذلك عن طريق تشبيه البائع المحترف بالبائع سيء النية على افتراض علم المحترف بعيوب ما يصنع أو يبيع، فتأسس بذلك ما صار يعرف "بمبدأ التشبيه"⁷⁹.

وعلى خطى القضاء الفرنسي سار المشرع الجزائري، إذ تنص المادة 6 من المرسوم 266/90: "يجب على المحترف في جميع الحالات أن يصلح الضرر الذي يصيب الأشخاص أو الأملاك بسبب العيب وفق ما يقتضيه مفهوم المادة 3 أعلاه". حيث تلزم المادة 3 من المرسوم 266/90 المحترف بأن يضمن سلامة المنتج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له أو من أي خطر ينطوي عليه.

وبالتالي فقد تبنى المشرع مبدأ التشبيه إذ شبه البائع المحترف بالبائع سيء النية في وجوب إصلاح أي ضرر - ولو لم يكن متوقعا - يسببه العيب للأشخاص والأموال مطلقاً سواء تعلق الأمر بالمشتريين أو الغير، وبذلك يعفى المستهلك من إثبات سوء نية البائع المحترف للتعويض عن الأضرار غير المتوقعة التي يسببها المبيع المعيب، ولا شك أنه امتياز خاص للمستهلك لم يتوفر له في ظل القواعد العامة في القانون المدني من شأنه أن يجعل المحترف يحرص كل الحرص على سلامة منتجاته من أي عيب قد يرتب ضرراً للأشخاص أو الأملاك.

4- من حيث تأثير فحص المستهلك للمبيع على حقه في الضمان: طبقاً للقواعد العامة

فإنه يشترط لضمان البائع للعيب أن يكون هذا العيب خفياً وقت البيع أي لا يستطيع المشتري أن يتبينه إذا فحص المبيع بعناية الرجل العادي، فإذا كان العيب ظاهراً أو كان باستطاعة المشتري الإطلاع عليه لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي سقط حق المشتري في الضمان إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أخفاه غشاً منه⁸⁰.

كما يجب على المشتري إذا تسلّم المبيع أن يتحقق من حالته عن طريق الفحص المعتاد حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كان ثمة عيب مما يمكن كشفه بالاستعمال العادي وجب على المشتري إخبار البائع به في أجل مقبول عادة وإلا اعتبر راضياً به⁸¹.

وبالتالي فإن مدى خفاء العيب يحدد بمعيار موضوعي هو معيار الرجل العادي فإذا كان سبب خفاء العيب على المشتري هو ضعف إدراكه عن مستوى الرجل العادي سقط حقه في الضمان، على أن الأشياء التي يحتاج التأكد منها إلى رجل خبرة في ذلك كالمهندس العقاري

79 - ولقد اختلف الفقه بشأن الأساس القانوني لمبدأ التشبيه فرأى بعضهم أن التشبيه يقوم على فكرة القرينة، على خلاف بين هؤلاء حيث رأى بعضهم أنها قرينة سوء النية في حين رأى آخرون أنها قرينة العلم بالعيوب، إلا أن فكرة القرينة بصورتها كانت محل انتقادات شديدة من جانب الفقه. لذا اتجه أغلب الشراح إلى أن أساس مبدأ التشبيه ليس قاعدة إثبات وإنما قاعدة موضوعية مؤداها أن القضاء يلقي على عاتق المحترف التزاماً محدداً بتحقيق نتيجة، إلا أن هؤلاء أيضاً اختلفوا في مضمون هذا الالتزام فمنهم من اعتبره التزام بضمان السلامة وهو الاتجاه الغالب، ومنهم من اعتبره التزام بتسليم شيء صالح للاستعمال الذي يبيع من أجله. أنظر: جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص. 232-240.

80 - المادة 379 فقرة 2 مدني جزائري.

81 - المادة 380 مدني جزائري.

بالنسبة للعقارات مثلا، فإن العيب لا يعتبر خفيا إلا إذا عجز عن اكتشافه رجل الخبرة العادي، فالمعيار هنا إذا هو رجل الخبرة العادي⁸².

إلا أن قواعد حماية المستهلك قد خرجت عن القواعد العامة في هذا الشأن إذ نجد المادة 4 من المرسوم التنفيذي 266/90 تنص: "يمكن للمستهلك أن يطالب بتجريب المنتجات والخدمات...دون أن يعفي ذلك المحترف من إلزامية الضمان"، فتجربة المبيع (منتوجا أو خدمة) هو في الأصل من قبيل الفحص الذي يسقط معه حق المشتري في الضمان إذا كان العيب مما يمكن الإطلاع عليه بعناية الرجل العادي، إلا أن المشرع حماية منه للمستهلك قد خرج عن هذا الأصل وأبقى للمستهلك حقه في الضمان مطلقا سواء كان العيب مما يكشف بالفحص المعتاد أولا، وكأن المشرع في قانون حماية المستهلك يعتبر كل العيوب التي تلحق المنتج أو الخدمة هي من قبيل العيب الذي لا يمكن كشفه بالفحص والاستعمال المعتاد، نظرا للتعقيد الذي صار يميز مختلف المنتجات حتى غدا من الصعب على المستهلك التحقق من سلامتها ولو بذل عناية الرجل العادي، فضلا عن أساليب الدعاية والعرض التي قد تضلله.

ولعل تفسير ذلك أن العيب لو كان ظاهرا -أي يمكن كشفه بعناية الرجل العادي- لكان من الأولى أن يكتشفه البائع المحترف بحكم خبرته وهو الذي يقع عليه التزام بتقديم منتجات أو خدمات سليمة مطابقة للمقاييس وتلبي رغبات المستهلكين، فإذا عجز البائع المحترف عن كشف العيب فبديهي أن يعجز عن كشفه الرجل العادي (المستهلك) وهذا كاف لاعتباره عيبا خفيا، أما إذا اكتشف المحترف العيب فإنه يكون بذلك سيئ النية متعمدا إخفاء العيب غشا منه، وفي هذه الحالة يبقى حق المشتري في الضمان قائما حتى وإن كان العيب مما يمكن كشفه بعناية الرجل العادي، ويبدو أن هذا الحكم يتناسب مع ما ذكرناه سلفا من أن قانون حماية المستهلك يشبه البائع المحترف بالبائع سيئ النية الذي يعلم بعيوب ما يبيع، لذا فهو مسؤول عن أي عيب بالمبيع حتى وإن كان ظاهرا يمكن كشفه بالفحص المعتاد. وبالتالي يمكن القول أنه لا معنى لشروط خفاء العيب لاستحقاق الضمان الخاص بالمستهلك، إذ المحترف مسؤولا عن كل عيب حتى وإن كان ظاهرا انطلاقا من افتراض علمه به.

5- من حيث مواعيد الضمان: لقد جعل المشرع مدة التقادم في دعوى ضمان العيوب الخفية مدة قصيرة وهي سنة تبدأ من وقت التسليم ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك⁸³، وجعل إطالة هذه المدة متوقفة على قبول البائع وهذا أمر يصعب تحقيقه عمليا نظرا للمركز الاقتصادي القوي الذي يتمتع به البائع عادة.

وكما سبق القول فإن هذه المدة انتقدت من حيث قصرها من جهة، ومن جهة أخرى فمن وجهة نظر العدالة كان على المشرع أن يجعل مدة التقادم تبدأ من وقت اكتشاف المشتري للعيب لا من وقت التسليم وذلك طبقا لمبدأ "أن مدة تقادم الدعوى لا تبدأ إلا من وقت نشوء الحق فيها" والحق في دعوى ضمان العيب لا ينشأ إلا من وقت اكتشاف هذا العيب⁸⁴.

إلا أن المشرع قد تلافى هذه الانتقادات في تنظيمه لدعوى الضمان الخاص بالمستهلك، فنجد المادة 18 من المرسوم التنفيذي 266/90 تنص: "يجب على المستهلك أن يقدم للمحترف طلبه بتنفيذ الضمان بمجرد ظهور العيب ما لم يكن هناك اتفاق يخالف ذلك..، يجب على المستهلك في حالة عدم تنفيذ إلزامية الضمان في أجل يطابق الأعراف المهنية أن ينذر المحترف

82- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.300.

83- المادة 383 مدني جزائري.

84- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.321.

برسالة مسجلة مع إشعار بالاستلام أو ينذره بأي وسيلة تطابق التشريع المعمول به، وإذا لم يستجب له، يمكنه أن يرفع دعوى الضمان عليه إلى المحكمة المختصة في أجل أقصاه عام واحد ابتداء من يوم الإنذار".

وبالتالي فإن إجراءات دعوى الضمان الخاص بالمستهلك تمر بثلاث خطوات:
أ- اكتشاف العيب: حيث مادام المشرع لم يحصره بمدة محددة فيعني أن حق المستهلك في الضمان باق ولو اكتشف العيب بعد أكثر من سنة منذ التسليم.
ب- الإنذار: وذلك بأن ينذر المستهلك المحترف بضرورة تنفيذ إلتزامه بالضمان ويكون ذلك في مدة معقولة عرفا، وطبقا لوسائل التبليغ المعمول بها قانونا.
ج- دعوى الضمان: ويرفعها المستهلك خلال عام من يوم الإنذار إذا لم يستجب المحترف.

وبهذا يكون المشرع قد ساير قواعد العدالة وحقق التكامل في الإجراءات في إطار تحقيق فلسفة دعوى الضمان وهي حماية المستهلك، كما راعى جانب البائع حين حافظ على المدة القصيرة لكل من الإخطار ودعوى الضمان وهو ما يحقق استقرار المعاملات، وكان على المشرع أن يتبنى هذا الحل في النصوص الخاصة بضمان العيوب الخفية في القانون المدني نظرا لما وجه لها من انتقادات.

هذا ونشير إلى أن القضاء في فرنسا تفاديا منه للمدة القصيرة لدعوى الضمان جعل بدأ سريان المدة القصيرة لا يحسب من يوم البيع أو من يوم ظهور العيب ولكن من اليوم الذي عرف فيه المشتري حقيقة العيب بالشيء، كما اعترفت محكمة النقض الفرنسية لقضاة الموضوع بسلطة تقديرية تامة في تحديد المدة حسب ظروف الحال إذ يمكن للقضاة على وجه الخصوص بغية إطالة المدة أن يأخذوا بعين الاعتبار محاولات التسوية الودية التي قد تضيع الوقت على المستهلك⁸⁵.

6- من حيث الاتفاق على تعديل أحكام الضمان: إن أحكام ضمان العيب الخفي في القانون المدني لا تتعلق بالنظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على تعديلها إما بالزيادة أو النقصان أو الإسقاط، غير أن إسقاط الضمان أو إنقاصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه⁸⁶.

لكن من الناحية العملية يصعب أن يكون التعديل لصالح المشتري نظرا للمركز الاقتصادي الأقوى الذي يتمتع به البائع مقابل حاجة المشتري التي تجعله يذعن لما يمليه عليه البائع من شروط تعفيه جزئيا أو كليا من التزامه بالضمان، مما يجعل التعديل إن حصل عادة ما يكون لصالح البائع.

ودرءا منه لما قد يتعرض له المستهلك من إملاءات نتيجة سلطان البائع وهيمنته على بنود العقد، حرص المشرع على أن يكون التعديل -إن حصل- لصالح المستهلك فنجد الفقرة الأخيرة من المادة 6 من قانون 02/89 تنص على اعتباره "لاغيا كل شرط يقضي بعدم الضمان"، وتليها المادة 7 التي تنص على "أن الضمان في القانون 02/89 هو حق للمستهلك دون مصاريف إضافية وكل شرط مخالف يكون باطلا بطلانا مطلقا".

وهو ما أكدته المادة 10 من المرسوم التنفيذي 266/90 بنصها: "يبطل كل شرط بعدم الضمان ويبطل مفعوله، والمراد بشرط عدم الضمان كل شرط يحد من التزامات المحترف

⁸⁵ - J. Calais -Auloy et F. Steinmetz. op. cit. p.255 .

⁸⁶ - أنظر المادة 384 مدني جزائري.

القانونية أو يستبعدها"، بل إن المادة 12 من نفس المرسوم تنص على أنه "لا يجوز للمحترف أن يجعل تنفيذ الضمان متوقفا على أية خدمة يؤديها للمستهلك إلا إذا كانت تأدية هذه الخدمة مجانا أو كانت ضرورية لاستعمال المنتج استعمالا عاديا".

وفي مقابل إبطال المشرع لأي تعديل يحد أو يستبعد التزام المحترف بالضمان نجده قد أجاز تعديل أحكام الضمان لصالح المستهلك، إذ تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 266/90 "يمكن للمحترف أن يمنح المستهلك مجانا ضمانا إتفاقيا أنفع من الضمان الخاضع للأحكام القانونية المعمول بها". كما حملت المادة 13 من نفس المرسوم المحترف مسؤولية كل ضمان ينقل إلى المستهلك بأي وسيلة من الوسائل لاسيما الخطاب الإشهاري أو علامات الوسم أو العنونة.

وبهذا يكون المشرع قد حرص على حماية المستهلك من أي ضغط أو ابتزاز ينتج عن ضعف مركزه التعاقدية من خلال تقييده لحرية المحترف في إملاء شروطه العقدية التي كفلتها له القواعد العامة انطلاقا من مبدأ سلطان الإرادة.

7- من حيث ضمان صلاحية المبيع: مع ظهور الأشياء التقنية الحديثة من آلات وأجهزة

شاع التعامل بما يعرف بـ"مدة ضمان صلاحية المبيع"، وذلك بأن يتم الاتفاق على أن يضمن البائع صلاحية المبيع مدة معينة، وعلى المشتري إذا ظهر عيب خلال هذه المدة أن يعلم البائع في أجل شهر أو أن يرفع دعواه خلال 06 أشهر من يوم الإعلام ما لم يتفق على خلاف ذلك⁸⁷. ونظرا لأهمية هذا التعامل بالنسبة للمستهلك في ظل التعقيد الذي يميز مختلف الأجهزة والآلات التي تغزوا الأسواق، فقد فرض المشرع على المحترف التزاما بضمان صلاحية المبيع مدة معينة إذ تنص المادة 6 من القانون 02/89 على أن "كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عدة أو أي تجهيزات أخرى يستفيد بحكم القانون من ضمان تدوم صلاحيته حسب طبيعة المنتج ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ويمكن أن يمتد هذا الضمان إلى أداء الخدمات...". ثم جاءت المادة 16 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي 266/90 لتنص على أنه "لا يمكن أن تقل مدة الضمان عن ستة 06 أشهر ابتداء من يوم تسليم المنتج ما لم يكن ثمة تنظيم يخالف ذلك"

ويتم إثبات هذا النوع من الضمان بواسطة شهادة ضمان يتحدد فيها ضمان صلاحية المنتج للاستهلاك خلال مدة معينة، وتتضمن شروطا وبيانات⁸⁸ مطبوعة ومعدة سلفا وهي خاصة بكل السلع المنتجة من نفس النوع، إذ الأمر يتعلق بتصريف قانوني يتضمن زيادة في الضمان القانوني يقدم للمستهلك كميزة استثنائية، على أن شهادة الضمان تكون إجبارية في بعض المنتجات التي تحدد قائمتها بقرار وزاري مشترك⁸⁹.

وتتجلى أهمية الالتزام بضمان صلاحية المبيع عند مجرد خلو المبيع من العيوب وإنما يمتد ليشمل صلاحية المبيع للعمل بعيدا عما إذا كان به عيب أو لم يكن، أي

87 - أنظر المادة 386 مدني جزائري.

88 - أنظر البيانات الواجب توفرها في شهادة الضمان المادة 14 من المرسوم التنفيذي 266/90.

89 - وبالفعل فقد صدر القرار المؤرخ في 10 ماي 1994 المتضمن كليات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 266/90 (جريدة رسمية عدد 1994/35). حيث حدد في الملحق الأول منه قائمة المنتجات الخاضعة لإجبارية تسليم شهادة الضمان ومدة الضمان الخاصة بكل منها.

أن البائع يضمن كل خلل يطرأ على المبيع يكون من شأنه أن يجعل المبيع غير صالح للعمل، وهذا النظام يعمل إلى جانب ضمان العيب الخفي إذا توفرت شروطه⁹⁰. وما دام قانون الاستهلاك لم يقصر هذا الالتزام على حالة الاتفاق - بخلاف القواعد العامة- بل فرضه على المحترف، يكون بذلك قد منح المستهلك حماية استثنائية كفيلة بحماية مصالحه الاقتصادية وتلبية رغباته الاستهلاكية. وصفوة القول من هذه المقارنة أن المشرع قد وفر حماية فعالة للمستهلك من خلال قواعد الضمان الخاص بالمستهلك متداركا بذلك القصور الذي ميز نظرية ضمان العيوب الخفية في القانون المدني.

رابعاً- حق المستهلك في التجربة

يجد هذا الحق أساسه القانوني في المادة 9 من القانون 02/89 التي تنص: "كل متقن لإحدى المنتجات المذكورة في المادة 6 من هذا القانون له الحق طبقاً للتنظيم المعمول به أن يشترط تجربة المنتج المقنتى" وهو ما أكدته المادة 4 من المرسوم التنفيذي 266/90 التي تنص: "يمكن للمستهلك أن يطلب تجربة المنتجات والخدمات المذكورة بالمادة 6 من قانون 02/89 دون أن يعفي ذلك المحترف من الضمان...". ولتحديد المنتجات التي يحق للمستهلك تجربتها بحكم القانون يجب الرجوع للمادة 6 التي نجدها تنص: "كل مقنت لأي منتج سواء كان جهازاً أو أداة أو آلة أو عدة أو أي تجهيزات أخرى...". وعلى الرغم من أن المادة 6 تتعلق بجميع المنتجات دون استثناء انطلاقاً من عبارة "كل مقنت لأي منتج"، لكن يبدو أن حق المستهلك في التجربة يقتصر على المنتجات التي خصت بالذكر في هذه المادة وهي الأجهزة والآلات والأدوات والعدة، ذلك لأن المشرع لو أراد أن يشمل هذا الحق جميع المنتجات لعبر مباشرة في المادة 9 بـ "كل مقنت لأي منتج له الحق..". ولما احتاج للإحالة على المادة 6، ومن جهة أخرى فإن هذا النوع من المنتجات نظراً لطبيعتها المعقدة لا يمكن تقدير صلاحيتها من عدمها إلا بعد تجربتها كالمحركات بمختلف أنواعها والآلات والأجهزة الكهربائية، أما باقي المنتجات فإذا احتاج المشتري إلى تجربتها فيمكنه أن يشترط ذلك بالاتفاق مع البائع طبقاً للقواعد العامة وليس بحكم القانون، على أن بعض المنتجات الأخرى يتم التأكد من مطابقتها عن طريق البيع بالمذاق كالأطعمة مثلاً التي يفترض معها أصلاً شرط المذاق⁹¹.

ووجه الخصوصية في ما جاء به القانون 02/89 هو أنه جعل تجربة المبيع حق للمستهلك، أي يقع على المحترف التزام قانوني بأن يمكن المستهلك من تجربة المبيع إذا طلب المستهلك ذلك، مخالفاً بذلك القواعد العامة التي لا ينشأ فيها حق المشتري في تجربة المبيع بحكم القانون، بل يجب الاتفاق عليه صراحة أو يستخلص مما جرت به العادة في بعض الأشياء التي تحتاج بطبيعتها إلى تجربة⁹².

90 - إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص.324.

- انظر الفرق بين البيع بالتجربة والبيع بالمذاق: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج.4 (عقد البيع)، ط.3، 91 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص.142.

92 - إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص.77.

لكن على المستهلك إذا أراد إعمال حقه في التجربة أن يبين ذلك للمحترف، وذلك مهم لأن العقد يتحول من عقد نافذ إلى عقد موصوف يتعلق نفاذه على تحقق الشرط وهو قبول المستهلك للمنتوج في الميعاد المعقول.

وبالرجوع للقواعد العامة نجد المادة 355 ق.م.ج قد بينت نوع الشرط الذي يعلق عليه البيع بالتجربة بقولها: "يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول" وهذا الشرط هو قبول المشتري للمبيع، فإذا تحقق الشرط اعتبر الشيء مملوكا للمشتري لا من وقت إيداء القبول وإنما من وقت إبرام العقد عملا بالأثر الرجعي للشرط، ومن ثم إذا هلك المبيع قبل التجربة أو أثنائها بسبب أجنبي تحمل البائع تبعه هذا الهلاك باعتباره لا يزال مالكا للمبيع⁹³. وعلى المستهلك أن يعلن قبوله أو رفضه خلال المدة المعقولة عرفا للتحقق من المبيع، على أن سكوته وقتا طويلا دون إعلان موقفه يفسر قبولاً منه للشيء المبيع يترتب عليه زوال جميع الحقوق التي يكون البائع قد رتبها للخير أثناء التجربة مقابل بقاء الحقوق التي رتبها المشتري أثناء التجربة للغير، أما في حالة رفض المشتري للمبيع يترتب على ذلك بقاء جميع الحقوق التي رتبها البائع على المبيع أثناء التجربة نظرا لزوال العقد بأثر رجعي، وبالتالي زوال ملكية المشتري التي كانت معلقة على شرط واقف، ومن ثم زوال جميع الحقوق التي رتبها المشتري أثناء التجربة⁹⁴.

لكن هل المستهلك حر في رفض المنتج بعد تجربته؟ الأصل أنه حر في ذلك، إلا أن الفقهاء يفرقون بين ما إذا كان الغرض من التجربة هو الوقوف على صلاحية المبيع للغرض المقصود منه أو الوقوف على مدى استجابته لحاجة المشتري الشخصية، ففي الحالة الأولى حيث تكون التجربة مبنية على اعتبارات موضوعية فلا يمكن للمشتري رفض المبيع إذا تبين صلاحه للغرض المقصود منه حيث يمكن حسم الخلاف عن طريق الخبرة، أما في الحالة الثانية فإن المشتري حر في القبول أو الرفض لأنه هو الذي يتحكم في نتيجة التجربة انطلاقا من رغبته الشخصية⁹⁵.

وتبدو أهمية شرط التجربة بالنسبة للمستهلك في أنه يمكنه من الوقوف على مدى صلاحية المنتج وخلوه من العيوب ومدى استجابته لرغبته قبل نفاذ العقد، وبالتالي يتجنب كل الإجراءات والمصاريف وعبء الإثبات الذي يقع على المستهلك إذا ما أراد فسخ العقد أو إبطاله أو التعويض بعد نفاذ العقد، كما أن تجربة المنتج المقتنى لا تؤثر على حقوق المستهلك في العقد بما في ذلك حقه في الضمان، فضلا عن أن كفالة القانون لحق المستهلك في التجربة خفف عنه وطأة الصفة الإتفاقية لشروط العقد التي تحول دون حصول المستهلك على ما يناسبه من شروط إلا بموافقة الطرف الآخر في العقد وهو المحترف.

المطلب الثاني الحماية الإجرائية للمستهلك

تتجلى الحماية الإجرائية التي كفلها القانون 02/89 للمستهلك في وجهين هما حق المستهلك في الرجوع المباشر على أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتج للاستهلاك (أولا) وكذا حق جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين (ثانيا).

93 - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص.74.

94 - نفس المرجع.

95 - السنهوري، ج.4، المرجع السابق، ص.131.

أولاً- حق المستهلك في الرجوع المباشر على أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتج للاستهلاك

الأصل أن يعتبر المستهلك غريباً بالنسبة للمتدخلين في عملية عرض المنتج للاستهلاك الذين لم يرتبط معهم بأي علاقة تعاقدية مباشرة كالمنتج أو الوسيط أو الموزع كتاجر الجملة مثلاً، فالعقد الذي يحصل بموجبه المستهلك على السلعة أو الخدمة إنما يربطه ببائعه المباشر دون أن يكون لباقي المتدخلين في عملية عرض المنتج للاستهلاك من منتجين ووسطاء أي علاقة مباشرة بالمستهلك، ومن ثم فإن رجوع المستهلك للمطالبة بحقوقه المترتبة عن العقد إنما يكون في مواجهة بائعه المباشر دون المنتج أو الوسيط وذلك إعمالاً لمبدأ "الأثر النسبي للعقد".

فمثلاً لو أصيب المستهلك بضرر نتيجة عيب في السلعة فإنه يستطيع أن يرجع على البائع ليطالبه بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية بعد أن يثبت وجود العيب في السلعة، وما على البائع إلا الرجوع على البائع السابق له وهكذا تباعاً وصولاً إلى المنتج، وهو ما من شأنه أن يقلل من فرص المستهلك في الحصول على التعويض المناسب عما لحقه من أضرار كأن يكون البائع غير مليء⁹⁶.

ولتجنيب المستهلك مثل هذه الصعوبات التي قد تحول دون تحصيله لحقوقه لجأ المشرع إلى الحد من مبدأ الأثر النسبي للعقد عن طريق فتح المجال أمام المستهلك للرجوع مباشرة على أي من المتدخلين في عملية عرض المنتج للاستهلاك، حيث تنص المادة 12 فقرة 1 من قانون 02/89: "إن إلزام المطابقة... ووجوب الضمان والتجربة من أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتج للاستهلاك حق للمستهلك، ويكون للمتابع الحق في إتباع الطرق القانونية ضد كل المتدخلين أو بعضهم كل حسب مسؤوليته الخاصة وفي حدود فعله"، وهو ما أكدته المادة 20 من المرسوم 266/90 بنصها: "يمكن للمستهلك وفقاً للمادة 12 من قانون 02/89 أن يتابع المحترف المتعاقد معه، وكل متدخل في عرض المنتج للاستهلاك".

وعليه فكل متدخل في عرض المنتج للاستهلاك من منتجين أو صناع أو وسطاء أو موزعين هم مسؤولون أمام المستهلك -كل حسب مسؤوليته الخاصة- تجاه أي إخلال بحقه في المطابقة أو التجربة أو الضمان رغم كونه لا يرتبط معهم بأي علاقة مباشرة، حيث يمكنه مطالبة أي منهم مباشرة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه نتيجة لعدم المطابقة أو العيب الذي يلحق المنتج دون اللجوء إلى إجراءات الدعوى غير المباشرة⁹⁷.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد سائر القضاء الفرنسي الذي يجيز للمشتري الأخير الرجوع مباشرة على أي من البائعين المتعاقبين وصولاً إلى الصانع⁹⁸، مستنداً في تأسيس هذه الدعوى المباشرة على أحكام المسؤولية التقصيرية، على اعتبار أن المنتج أو الصانع قد أحدث بخطئه ضرراً فهو مسؤول عنه.

96 - جمال النكاس، المرجع السابق، ص. 112.

97 - يمكن للمشتري الأخير (المستهلك) اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة التي يرفعها المشتري باسم مدينه على مدين مدينه (المادتين: 190، 189 ق.م.ج)، كأن يرفعها باسم تاجر التجزئة على تاجر الجملة أو المنتج، لكنه في هذه الحالة يتعرض لمزاحمة جميع دائني مدينه، وتسري مدة تقادمها من وقت تسلم مدينه للمبيع، لذا فهي لا توفر حماية كافية لحقوق المستهلك. كما يمكن للمشتري الرجوع مباشرة على مدين مدينه (تاجر الجملة أو المنتج) شريطة عدم انقضاء مدة التقادم التي تحسب من وقت تسلم مدينه المبيع، وأن يكون العيب موجوداً عند إبرام كل عقد من هذه العقود المتوالية. أنظر: إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص. 312.

98 - J. Calais -Auloy et F. Steinmetz. op. cit. p.255.

أما القضاء الإنجليزي فقد أسس هذه الدعوى على خطأ مفترض من قبل المنتج بناء على افتراض علمه بعيوب السلع التي ينتجها، فيرتكب بذلك نوعاً من الغش في التعامل بتسويقه لتلك السلعة، ومن ثم فهو مسؤول أمام الجميع عن نتائج ما ارتكبه من أعمال غير مشروعة⁹⁹. وليس في تقرير مثل هذا الحق للمستهلك ما يتعارض مع مقتضيات العدالة، فمنتج السلعة مثلاً هو المسؤول الأول والأخير عما ينجم عنها من أضرار جراء عيب في صناعتها، في الوقت الذي يقتصر دور البائع على تسويقها من دون أن تتوفر لديه المقدرة الفنية للوقوف على حقيقتها¹⁰⁰.

ومما لا شك فيه أن هذا الحكم -الذي خرج فيه المشرع عن مبدأ الأثر النسبي للعقد- يوفر حماية هامة للمستهلك إذ يمكن لهذا الأخير أن يختار من بين المتدخلين في عملية عرض المنتج للاستهلاك أكثرهم ملاءمة، كما يزيد من فرص المستهلك في استنفاء حقوقه نظراً لتعدد المدنيين تجاهه بهذه الحقوق، فضلاً عن تخليص المستهلك من إجراءات وقيود الدعوى غير المباشرة التي كان عليه أن يسلكها ضد المنتج أو الوسيط في ظل القواعد العامة. **تنبيه:** إن هذا الامتياز الذي خص به القانون 02/89 المستهلك لم يعد حكراً على هذا الأخير بعد التعديل والتنظيم الذي شهدته القانون المدني الجزائري بموجب القانون 10/05 حيث تنص المادة 140 مكرر: "يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية"، وبذلك فإن حق الرجوع المباشر على المنتج لم يعد حكراً على طائفة المستهلكين إذ يمكن لأي مقتن لمنتج معين -ولو كان شخصاً محترفاً- أن يطالب المنتج مباشرة بالتعويض عن أي ضرر لحقه نتيجة عيب في هذا المنتج. ومع ذلك تبقى الخصوصية بالنسبة للمستهلك في كون القانون 02/89 وكذا المرسوم 266/90 يضمنان الرجوع المباشر للمستهلك ليس على المنتج فحسب، وإنما على أي من المتدخلين في عملية عرض المنتج للاستهلاك وهو ما لم يرد في المادة 140 مكرر من القانون المدني.

ثانياً - حق جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين
إذا وقع اعتداء على الحق المدعى -أي نشأت المصلحة في رفع الدعوى- فإن مباشرة الدعوى يجب أن تتم بمعرفة صاحب هذا الحق قبل الشخص الذي اعتدى على حقه، ويعبر عن هذا بأنه يجب أن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة. وهذا يتحقق في المستهلك الذي يقع اعتداء على حقه من قبل المحترف حيث يمكنه اللجوء إلى القضاء طالبا حماية حقه¹⁰¹.
إلا أن حق المستهلك في اللجوء للقضاء يواجهه -عملياً- جملة من المشاكل، فالمستهلك عادة ما يشعر أنه وحيد أعزل في مواجهة مهنيين مجهزين بوسائل على قدر كبير من الأهمية، كما أن الفائدة التي سيحصل عليها من رفع دعواه لا تعادل ما يتحمل من نفقات باهضة ووقت ضائع بين إجراءات طويلة معقدة من أجل الحصول على نتيجة ضئيلة لا تتناسب الجهد المبذول، كما أن المستهلك قد يجهل وسائل حمايته القانونية أو تكون هذه الوسائل على قدر من الصعوبة تدفعه للعزوف عن مباشرة الدعوى¹⁰².

99 - جمال النكاس، المرجع السابق، ص.112.

100 - نفس المرجع، ص.113.

101 - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص.146.

102 - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص.147.

الأثر النسبي للعقد"، ذلك لأن العلاقة التي تربط المحترفين بالمستهلكين هي علاقة تعاقدية في الغالب، وهو ما يجعل تدخل هذه الجمعيات استثناء عن المبدأ المذكور¹⁰⁶.

إضافة إلى دورها القضائي، فإن جمعيات حماية المستهلك في الجزائر تساهم في وضع السياسة العامة للاستهلاك وتشارك في هذا الإطار كعضو استشاري عن طريق ممثليها¹⁰⁷، فالمرسوم التنفيذي رقم 272/92 الذي يحدد تكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين يجعل من بين الأعضاء الذين يتكون منهم المجلس عشر (10) ممثلين لجمعيات حماية المستهلك، وكذا المرسوم التنفيذي 67/05 المتعلق بإنشاء اللجنة الوطنية للمدونة الغذائية الذي نص على عضوية ممثل عن جمعيات حماية المستهلك ذات الطابع الوطني في هذه اللجنة، كما أن المرسوم التنفيذي 192/91 المتعلق بمخابر تحليل النوعية نص على تمثيل جمعيات حماية المستهلك في مجلس التوجيه العلمي والتقني للمركز الجزائري لمراقبة النوعية والرزم وهذا عندما تقوم مفتشية المركز بالنظر في ملفات طلب فتح مخابر تحليل النوعية، كما نجد المرسوم التنفيذي 355/96 المتضمن إنشاء شبكة مخابر التجارب وتحليل النوعية يكلف جمعيات حماية المستهلك بإخطار شبكة مخابر التجارب وتحليل النوعية عندما تتولى القيام بمراقبة نوعية المنتجات المستوردة أو المحلية، حيث يمكنها بموجب المادة 23 من قانون 02/89 أن تقوم بدراسات وإجراء خبرات مرتبطة بالاستهلاك ونشرها على نفقتها ومسؤوليتها.

وتبقى الحماية الفعلية أو الواقعية للمستهلك من أهم الوسائل التي تلجأ إليها جمعيات حماية المستهلك من خلال دورها التحسيبي والإعلامي سيما في ظل بعض المعوقات التي قد تواجه دورها القضائي، وتقوم الحماية الفعلية على توعية المواطنين بالمخاطر التي تتهدد سلامتهم وأموالهم، ولها في سبيل القيام بهذا الدور استعمال مختلف وسائل الإعلام المكتوبة والمرئية والمسموعة¹⁰⁸، وتعتبر الدعاية المضادة والمقاطعة من أهم مظاهر الحماية الواقعية التي تلجأ لها عادة جمعيات حماية المستهلك.

فالدعاية المضادة هي مظهر لحرية التعبير، تقوم على نشر أو توزيع انتقادات لمنتجات أو خدمات بعينها موجودة في السوق نظرا لما تحمله من أخطار على صحة المستهلك أو أمنه أو لإضرارها بمصالحه المادية، وذلك عن طريق استعمال وسائل مماثلة لتلك الخاصة بالدعاية من جانب المهنيين (الصحف، المطبوعات، الملصقات، المذياع، التلفزيون...) ¹⁰⁹.

أما المقاطعة فهي دعوة المستهلكين إلى امتناع عن اقتناء سلعة أو خدمة معينة أو عدم التعامل مع منتج أو مشروع معين لأخطار تتهدد المستهلكين، فالمقاطعة أشد من الدعاية المضادة إذ لا تقتصر على مجرد نشر معلومات وإنما هي أوامر توجه لجمهور المستهلكين¹¹⁰.

لكن يجب على جمعيات حماية المستهلك أن تتوخى الحذر والدقة في نشاطها الفعلي الذي قد يرتب مسؤوليتها المدنية وحتى الجزائية في حال قرر المهنيون مقاضاتها، وفي هذا الصدد

¹⁰⁶ - جمال النكاس، المرجع السابق، ص.113.

¹⁰⁷ - بختة موالك، المرجع السابق، ص.63.

- أنظر: علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة¹⁰⁸ (الجزائر)، 2000، ص.66.

¹⁰⁹ - J. Calais -Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p. 584.

¹¹⁰ - Ibid., p. 585.

نصت المادة 23 من قانون 02/89 صراحة على مسؤولية جمعيات حماية المستهلك عما تقوم به وتنتشره من دراسات وخبرات مرتبطة بالاستهلاك.

فالمسؤولية المدنية لجمعيات حماية المستهلك تتطلب إثبات اقترافها لخطأ تسبب في وقوع ضرر للمحترف، وهو ما يثير التساؤل حول مدى اعتبار استخدامها لإحدى وسائل الدفاع كالدعاية المضادة أو المقاطعة خطأ يرتب مسؤوليتها؟ وعلى الرغم من أن المسألة تتوقف على ظروف كل حالة على حدة، إلا أن ثمة من ضبط استخدام الجمعيات لهذه الطرق بالشروط التالية¹¹¹:

- أن يكون الهدف من الالتجاء إلى الدفاع هو تحقيق مصلحة المستهلكين.
 - أن تكون الإجراءات القانونية غير موجودة أو غير فعالة.
 - أن تكون الجمعية قد أعلمت المهني بالإجراءات التي تنوي استخدامها.
 - أن تكون هذه الإجراءات الدفاعية متفقة مع الهدف المرجو تحقيقه.
- وبالتالي فإذا ثبت خطأ الجمعية أو تعسفها فيمكن مقاضاتها لطلب التعويض عن الأضرار التي أصابت المهني كنفص قيمة الأرباح بسبب الدعاية المضادة أو المقاطعة.
- بل إن مسؤولية الجمعية قد ترقى لدرجة المسؤولية الجزائية¹¹²، وذلك إذا وصلت الدعاية المضادة لدرجة القذف¹¹³ مثلا، الذي يقوم في حالة الادعاء بوقائع تمس شرف أو اعتبار الشخص طبيعيا كان أو معنويا وسواء تعلق الأمر بالحياة الخاصة أو بالأنشطة المهنية مادام هناك مساس بالشرف أو الاعتبار.

ويمكن للمحكمة إذا ما ثبتت مسؤولية الجمعية أن تأمر بنشر الحكم الصادر بالإدانة ويعتبر هذا الإجراء هو الأنسب لإصلاح آثار الدعاية المضادة والمقاطعة¹¹⁴.

وأخيرا فعلى الرغم من الدور الذي يرجى من جمعيات حماية المستهلك، فإن أداءها في الجزائر لا يزال ضعيفا نظرا لافتقارها إلى الوسائل المادية الكفيلة بتمكينها من المساهمة الفعالة في تحقيق الحماية المنشودة للمستهلك¹¹⁵، وهو ما يستدعي دعم الدولة لهذه الجمعيات ماديا وفنيا لتكون مؤهلة لمتابعة مختلف الممارسات الخطيرة التي استفحل أثرها مع الانفتاح الذي يشهده الاقتصاد الجزائري، وبهذا تضمن الدولة عون الحركة الجمعوية لها في هذا المضمار.

¹¹¹ - J. Calais -Auloy et F. Steinmetz. op. cit., p.586.

¹¹² - Ibidem.

¹¹³ - أنظر المواد من 296 إلى 299 من قانون العقوبات.

¹¹⁴ - أنظر المادة 18 مكرر من قانون العقوبات.

¹¹⁵ -B. Filali F. Fettat, A.Boucenda, Concurrence et protection du consommateur dans les domaine alimentaire en Algérie, Revue IDARA, Vol. 8- n° 1- 1998, p.193.

المبحث الثالث

تكريس حماية المستهلك في ظل القانون 02/04

بعد أن تناولنا بصورة مفصلة بعض الشيء مظاهر حماية المستهلك في التشريع الجزائري من خلال القواعد العامة في القانون المدني ثم القانون 02/89، نواصل رصدنا لتطور هذه الحماية بإلقاء نظرة عامة حول القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث نتناول نطاق تطبيق هذا القانون (المطلب الأول) ثم نتعرض لأهم المميزات التي تطبعه في مجال حماية المستهلك بوجه عام (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نطاق تطبيق القانون 02/04

تنص المادة 2 من القانون 02/04 : "يطبق هذا القانون على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات التي يمارسها أي عون اقتصادي مهما كانت طبيعته القانونية"، في حين تنص المادة الأولى: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين وكذا حماية المستهلك وإعلامه". وعليه يتضح أن قواعد القانون 02/04 تستهدف نوعين من الممارسات:

- الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين: حيث خص هذا القانون بعض قواعده¹¹⁶ لتنظيم علاقات الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم على أساس الشفافية والنزاهة وهو ما يكرس ضوابط المنافسة في السوق. وعلى الرغم من اختفاء المستهلك من هذه العلاقة إلا أن تنظيمها على نحو شفاف ونزيه من شأنه أن ينعكس إيجابا على المستهلك.

- الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين: وهي التي تهمننا في هذا البحث باعتبارها تجسد العلاقة التي تدخل المشرع لإضفاء التوازن عليها من خلال القواعد التي رصدت لحماية المستهلك في هذا القانون.

ومادامت هذه القواعد يناط بها تنظيم علاقة العون الاقتصادي بالمستهلك فإن نطاق تطبيقها يتوقف على تحديد صفة أطراف هذه العلاقة، وهو ما نتناوله فيما يلي حيث نبين تعريف القانون 02/04 لكل من المستهلك (أولا) والعون الاقتصادي (ثانيا) لنقف بعدها على مدى مطابقة عنوان هذا القانون لنطاق تطبيقه (ثالثا).

أولا- مفهوم المستهلك (Le Consommateur)

لقد ارتبط مصطلح "المستهلك" بعلم الاقتصاد، بيد أنه صار اليوم مصطلحا قانونيا هاما، يستدعي وضع تعريف قانوني له، لما لذلك من أثر في تحديد النطاق الشخصي لتطبيق النصوص الخاصة بحماية المستهلك وكذا فهم فلسفة قانون الاستهلاك في حد ذاتها.

فالاستهلاك في علم الاقتصاد يمثل المرحلة الأخيرة من التطور الاقتصادي وهو يختلف عن الإنتاج والتوزيع اللذان يقعان في مراحل متقدمة تتضمن تجميع وتوزيع الثروات، فالاستهلاك هو "استخدام ناتج العمل لإشباع الحاجات". وعليه فالمستهلك عند رجال الاقتصاد هو "الذي يحصل على السلع والخدمات لإشباع حاجاته ورغباته الشخصية، وليس من أجل

- أنظر من بين القواعد الخاصة بتنظيم علاقات الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم المواد: 7. 9. 10. 18. 26. 27 من القانون 02/04. ¹¹⁶

التصنيع، أو هو آخر من يحوز ملكية السلعة¹¹⁷، فهو بذلك يحتل المركز الأخير في العملية الاقتصادية وعنده تنتهي عملية التداول.

استنادا لهذه المفاهيم الاقتصادية حاول رجال القانون إيجاد مفهوم دقيق للمستهلك يتماشى مع تخصصهم، إلا أن هذا المفهوم ظل محل خلاف، حيث برز اتجاهان رئيسيان أحدهما مضيق يرى أن المستهلك هو كل شخص يقتني أو يستعمل الأموال أو الخدمات لغرض غير مهني، أي لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية. وآخر موسع يرى أن المستهلك هو كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك، أي بغرض استعمال مال أو خدمة مطلقا¹¹⁸.

أما المشرع الجزائري فقد عرف المستهلك بداية في المرسوم التنفيذي 39/90 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش¹¹⁹ الذي نصت المادة 2 بند 9 منه "المستهلك كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به"، إلا أن هذا التعريف لقي انتقادات عديدة خصوصا من حيث صياغته الركيكة وتوسعه في المفهوم¹²⁰.

ولعل هذه الانتقادات هي التي دفعت المشرع لتعريف المستهلك مجددا بموجب المادة 3 بند 2 من القانون 02/04 بنصها: "المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني"¹²¹.

من خلال هذا التعريف يمكننا رصد العناصر التي تقوم عليها صفة المستهلك :

1- المستهلك قد يكون شخصا طبيعيا وقد يكون شخصا معنويا: في الغالب ما يكون المستهلك شخص طبيعي، لأن الغرض غير المهني الذي تبناه هذا التعريف يفترض في الواقع وجود حاجات شخصية هي في الأصل حاجات الشخص الطبيعي، ومع ذلك يحدث أن يباشر أشخاص معنويون أنشطة غير مهنية كالجمعيات التي لا تهدف إلى تحقيق الربح، وقد ذهب القضاء في فرنسا إلى حد اعتبار حزبا سياسيا مستهلكا¹²².

2- يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت: فالسلع والخدمات هما محل الاستهلاك.

أ- السلعة محلا للاستهلاك: لم يحدد القانون 02/04 مفهوما للسلعة، إلا أن الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات¹²³ عرفها في المادة 2 بند 3 منه بأنها "كل منتوج طبيعي أو زراعي أو تقليدي أو صناعي، خاما كان أو مصنعا"

والمنتوج طبقا للمادة 2 بند 1 من المرسوم التنفيذي 39/90 هو "كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية". في حين عرفته الفقرة 2 من المادة 140 مكرر ق.م.ج بنصها "يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لا سيما المنتوج الزراعي

¹¹⁷ - السيد خليل هيكل، نحو القانون الإداري للاستهلاك في سبيل حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص.8.
- لمزيد من التفصيل حول الاتجاهان المضيق والموسع لمفهوم المستهلك أنظر: العيد حداد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد¹¹⁸ السوق، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 2002، ص.37-43.

¹¹⁹ - المرسوم التنفيذي 39/09 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش (جريدة رسمية عدد 1990/50)
¹²⁰ - أنظر: محمد بودالي، مدى خضوع الإدارة ومرتقيها لقانون حماية المستهلك، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، عدد 24-2002، ص.43-51.

¹²¹ - Consommateur: "tout personne physique ou morale qui acquiert ou utilise, à des fins excluant tout caractère professionnel, des biens ou des services mis en vente ou offerts".

¹²² - محمد بودالي، المرجع السابق، ص.45.

¹²³ - الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات (جريدة رسمية عدد 44 /2003).

والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية، وبذلك فإن مفهوم الاستهلاك لا يقتصر على الأشياء التي تهلك بأول استعمال لها كالأغذية مثلا بل يشمل الأموال المستديمة ذات الاستعمال الطويل المدى كالسيارات والآلات المنزلية¹²⁴.

إلا أن اقتصار مفهوم المنتج على المنقولات يدل على استثناء العقارات من أن تكون محلا للاستهلاك بمعناه القانوني. ومن ثم فإن الذي يقتني عقارا لا يعتبر مستهلكا ولا تشملته قواعد حماية المستهلك.

ولعل استثناء العقار يرجع لكون القواعد التي تنظمه في التشريع الجزائري بها من الحماية للمشتري ما يغييه عن قواعد حماية المستهلك، فمثلا نجد المشرع قد خص العقار بأحكام الضمان العشري بموجب المادة 554 ق.م.ج¹²⁵، كما نجد المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري وفر حماية خاصة لمشتري العقار من خلال الالتزامات الصارمة التي فرضها على المرقى العقاري¹²⁶.

كما أن الشكلية التي اشترطها المشرع لانتقال الملكية العقارية¹²⁷ من بين أهدافها هو تنبيه المتعاقد لخطورة التصرف الذي يقبل على إبرامه¹²⁸ لكون العقار يمثل أساس الثروة وهو ما يمنح المشتري فرصة التروي والتبصر قبل إبرام العقد.

بل نجد المشرع نظرا لأهمية الملكية العقارية لم يقصر الحماية على المشتري بل مدها إلى البائع كما هو الحال في نظرية الغبن في بيع العقار¹²⁹ حيث أخذ المشرع استثناء بالغبن المجرد عن الاستغلال، وكذلك الحال بالنسبة للتصرف في الأموال العقارية للقصر¹³⁰، وهو ما يوضح أن المشرع بخصوص الملكية العقارية قد اهتم بحماية الطرف الضعيف سواء كان بائعا أو مشتريا.

أما العقارات بالتخصيص فهي تعتبر منتوجا إذا تم التعامل فيها منفردة ومستقلة عن العقار الذي وضعت لخدمته¹³¹.

ومادام المشرع لم يركز على عنصر الجدية في السلعة فإنه يعتبر مستهلكا من يقتني أشياء مستعملة، وهذا مهم في ظل الإقبال الواسع عليها في السوق الجزائرية. ولقد استخدم المشرع في تعريفه للمستهلك عبارة "كل من يقتني سلعا قدمت للبيع" وليس "كل من يشتري سلعا" وهذا يفيد أنه لو كان الاقتناء بوسيلة غير الشراء مهما كانت كالتنازل المجاني أو المقايضة فإن هذا المقتني يعتبر مستهلكا مادامت السلعة قد قدمت للبيع في الأصل. كما يفهم من عبارة "سلعا قدمت للبيع" أن المشرع يشترط أن تكون السلع مقدمة ومعروضة للبيع، وبالتالي من يشتري سلعة لم تقدم للبيع فلا يعتبر مستهلكا، وكذلك إذا كانت السلعة مقدمة لغير البيع كأن تكون للمقايضة أو وفاء لدين أو أي تصرف غير البيع فلا يعتبر مقتنيها مستهلكا.

124 - العيد حداد، المرجع السابق، ص.39.

125 - حيث بعد صدور المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري صار المشتري يستفيد من الضمان العشري إضافة إلى رب العمل وكذا المالكون المشتركون في البناء. أنظر : عباسي شعبان، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 42- رقم 02 - 2000، ص.96-100.

126 - أنظر: الطيب زيروتي، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 42- رقم 02 - 2000، ص.65.

127 - أنظر المادة 324 مكرر 1 مدني جزائري.

128 - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2000، ص.102.

129 - أنظر المادة 385 مدني جزائري.

130 - أنظر المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري.

131 - بختة موالك، المرجع السابق، ص.33.

ب- **الخدمة محلا للاستهلاك**: إضافة إلى السلع فإن الخدمات هي الأخرى تكون محلا للاستهلاك، وقد عرف الأمر 06/03 السالف الذكر في المادة 2 بند 4 منه الخدمة بأنها "كل أداء له قيمة اقتصادية"¹³².

وعليه فإن مفهوم الخدمة يشمل كل أداء قابلا لتقويمه بالنقود، سواء كانت هذه الأداءات ذات طابع مادي كالإصلاح والتنظيف، أو ذات طابع مالي كالتأمين والائتمان، أو ذات طابع ذهني أو فكري كالعناية الطبية والاستشارات القانونية¹³³.

ولقد تبنى المشرع في القانون 02/04 بوجه عام فكرة "بيع الخدمة"¹³⁴ وهي فكرة غير مألوفة في لغة القانون لأن الأداءات يقابلها "الأجر" وليس "الثمن"، فعمل أو نشاط المقاول يختلف عن عمل أو نشاط البائع، فالنشاطات المتعلقة بالخدمات لا يكون موضوعها المال فلا يمكن أن تباع. إلا أن هذا المفهوم الأخير للخدمة قد انتقد حيث يقول الفقيه "Renie Savatier" معرفا للخدمة ومبينا قابليتها للبيع: "إن مصطلح بيع الخدمة مصطلح مألوف في الاقتصاد السياسي لأن أغلب الخدمات تعتبر كالسلع لها ثمن وسوق تعرض فيه...، كما أن كلمة بيع تستعمل في حالة مبادلة مال اقتصادي مقابل ثمن معين يكون من طرف متبادل مستقل (Un Echangiste

indépendant)، فبالرغم من هذا المفهوم الواسع الذي يتضمنه مصطلح "البيع" إلا أن مصطلح "بيع الخدمة" لم يعمل به في لغة القانون بعد، ولكن في واقع الأمر مع تنوع الخدمات واتساعها يمكن للبعض منها أن يكون محلا للبيع، مثل خدمات النقل والبنوك والبريد فمثل هذه الخدمات تعتبر ثروة مالية وبالتالي يمكن أن تدخل في إطار العمليات التجارية"¹³⁵.

يفهم مما سبق أن الخدمة تشمل كل العقود التي يكون موضوعها الرئيسي التزام بعمل، ويمكن أن تسري عليها أحكام عقد البيع باعتبار البعض منها قابل للبيع تماما كالمنتجات المادية، فمكتب الدراسات مثلا يبيع خدمات بحيث يلتزم بدراسة المشاريع التقنية أو الاقتصادية وبالتالي تخضع لأحكام عقد البيع كما هو الحال بالنسبة للمنتجات المادية"¹³⁶.

وإذا كان المشرع اشترط تقديم السلعة للبيع فقد اشترط أيضا عرض الخدمة أي أن يكون مؤدي الخدمة يعرض أداؤها للجمهور، وبالتالي إذا كانت الخدمة من شخص لا يعرض أداؤها وإنما جاءت بطلب من المستفيد مثلا فلا يعتبر هذا الأخير مستهلكا.

ويبدو أن المشرع ركز على عنصرى التقديم والعرض للسلع والخدمات لأنها أكثر دلالة على صفة الاحتراف التي يجب توفرها في صاحب السلعة أو الخدمة حتى تطبق قواعد حماية المستهلك، ومن جهة أخرى لأن القانون 02/04 اهتم في بعض أحكامه بمرحلة تقديم وعرض السلع والخدمات.

3- **التجرد من كل طابع مهني**: اشترط المشرع أن تكون السلعة المقتناة أو الخدمة

المستفاد منها مجردة من كل طابع مهني بالنسبة للمقتني أو المستفيد، فإذا كانت لها علاقة بالطابع المهني للمقتني أو المستفيد فلا يعتبر مستهلكا، وبالتالي فإن المشرع قد حسم بوضوح في هذا التعريف بوجود أن يكون الغرض من التصرف غير مهني محض، ويكون بذلك قد واكب

- وقد عرفت المادة 2 بند 4 من مرسوم 39/90 المتعلق برقابة النوعية وقمع الغش الخدمة بأنها "كل مجهود يقدم ما عدا تسليم منتج ولو"¹³² كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له" إلا أننا نختار التعريف الذي أورده الأمر 06/03 نظرا لوروده ضمن مقتضيات القانون 02/04.

¹³³ - J. Calais Auloy et f. Steinmetz , op. cit. p. 8 .

¹³⁴ - حيث استعمل القانون 02/04 مصطلح "البائع" للدلالة على بائع السلع أو مقدم الخدمات على حد سواء. أنظر مثلا المواد 4، 8، 29.

¹³⁵ - حلبي ربيعة، ضمان الإنتاج والخدمات، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2002، ص. 56 .

¹³⁶ - نفس المرجع، ص. 56 .

أغلب التشريعات التي تتبنى المفهوم الضيق للمستهلك، واستدرك الغموض الذي أثاره تعريف المستهلك في المرسوم 39/90 والذي فهم منه أن المشرع قد تبني حينها مفهوما واسعا للمستهلك من خلال إدماجه "الاستعمال الوسيط" كسبب لاكتساب صفة المستهلك، مما جعل البعض يرى أن ذلك التعريف يضفي صفة المستهلك حتى على المحترف الذي يتصرف لأغراض مهنية استثمارية¹³⁷.

فالنظرية الاقتصادية تفرق بين نوعين من المستهلكين، المستهلك النهائي وهو الذي يستعمل السلع والخدمات لإشباع حاجات شخصية فردية أو جماعية، والمستهلك الوسيط الذي يستعمل السلع والخدمات لإعادة التصنيع والإنتاج أي لحاجاته المهنية، وقانون الاستهلاك لا يضع هذان النوعان من المستهلكين على قدم المساواة حيث يعطي للأول فقط حق الاستفادة غير المشروطة من الحماية المقررة في أحكام هذا القانون، على خلاف الثاني الذي يحرم من هذه الحماية كأصل عام¹³⁸.

ويترتب على ضرورة تجرد التصرف من الطابع المهني أنه لا يكتسب صفة المستهلك من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه كإيجار محل تجاري أو شراء سلع قصد إعادة بيعها أو شراء معدات وآلات لمصنعه. كما لا يعتبر مستهلكا من يقتني مالا أو خدمة لغرض مزدوج (مهني وآخر غير مهني) كأن يشتري مقاول مثلا سيارة يستعملها لمشاريعه و يستعملها أيضا لنقل عائلته، وهذا ما يعرف بالاستعمال المختلط¹³⁹.

ومع ذلك فإن معيار التجرد من كل طابع مهني يثير التساؤل حول مدى اعتبار الشخص المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه مستهلكا؟ فالطبيب الذي يقتني مكيفا هوائيا لعيادته لا يعتبر حسب هذا المعيار مستهلكا، في حين إذا اقتنى هذا الطبيب مكيفا لمنزله يعتبر مستهلكا، وهو ما يجعل صفة المقتني تختلف رغم كونه في نفس الوضع التعاقدية في الحالتين، لذا نرى ضرورة مد الحماية إلى المهنيين الذين يتصرفون لأغراض مهنية لكن خارج نطاق تخصصهم تفاديا لهذا الموقف المتناقض، وهذا ما دعا له جانب من الفقه الفرنسي وأيده القضاء في بعض أحكامه مبررا ذلك بأن المهني غير المختص إذا وجد نفسه في مواجهة متعاقد محترف فإنه يكون في وضعية لا تختلف عن وضعية المستهلك العادي لذا فهو جدير بأن تشملته قواعد الحماية المقررة للمستهلك¹⁴⁰.

بل إن البعض ذهب إلى حد المناداة بتوسيع نطاق الحماية لتشمل جميع المتعاقدين "الأضعف اقتصاديا" على أساس أن قرينة الضعف التي يتحدد بناء عليها مفهوم المستهلك هي قرينة بسيطة مما يحتم دراسة كل حالة على حدة لتحديد من هو المستهلك¹⁴¹، وبالتالي تصير الثنائية "طرف ضعيف/طرف قوي" أو "غير مختص/مختص" هي معيار تطبيق قواعد الحماية بدل الثنائية "مستهلك/مهني". ومن ثم نادى البعض بمد نطاق قواعد حماية المستهلك إضافة للمهني الذي يتعاقد خارج تخصصه إلى المدخر والبائع أو مقدم الخدمة غير المحترف. فبالنسبة للمدخر فإنه على الرغم من أن الإدخار عكس الاستهلاك مما يبرر للوهلة الأولى القول أن لا علاقة له بقانون الاستهلاك. إلا أن لكل من المدخرين والمستهلكين صفة

¹³⁷ -M. Kahloula et G. Mekamcha, La protection du consommateur en droit Algérien, Revue IDARA, Vol. 5- n° 2-1995, p.15 .

¹³⁸ - Marie -Stéphane Payet, droit de la concurrence et droit de la consommation, Dalloz, 2001, p.26.

¹³⁹ - للتخفيف من مغالاة التصديق في مفهوم المستهلك يقترح البعض في هذه الحالة تطبيق قاعدة "الفرع يتبع الأصل" (Le principal L'emport sur l'accessoire) أي اعتماد الغرض الأصلي من شراء السيارة والاستعمال الغالب لها في المثال المذكور. انظر:

- J. Calais -Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p. 9.

¹⁴⁰ - Ibid., p.10.

¹⁴¹ - محمد بودالي، المرجع السابق، ص.36.

مشتركة وهي كونهم ليسوا من المهنيين، بل يتعاقدون معهم كمن يدخر أمواله عن طريق شراء أسهم في البورصة، لذا فإن حماية المدخرين في نظر البعض تحتاج إلى قواعد تتشابه مع التي يتضمنها قانون الاستهلاك تستهدف جميع من لا ينتمي إلى طائفة المهنيين دون تمييز بين ما إذا كانوا مستهلكين أم مدخرين¹⁴².

وكذلك الحال بالنسبة للبائع أو مقدم الخدمة غير المحترف الذي يكون معرضا للوقوع ضحية جهله عندما يكون في مواجهة متعاقد محترف، كأن يبيع شخص عادي سيارته لميكانيكي مختص بالسيارات أو يبيع منزلا لخبير عقاري فهنا أيضا ينشأ خطر عدم التوازن الفني بين الطرفين، وقد يستغله المشتري المحترف لتظليل هذا البائع الذي يجهل أصول هذا النشاط، ففي هذه الحالة تتوفر جميع متطلبات الحماية التي جاء لأجلها قانون الاستهلاك كل ما في الأمر أن موازين الضعف والقوة قد انقلبت لصالح المشتري المحترف بدل البائع الذي صار ذو مركز ضعيف، لذا هناك من يرى أن هذا البائع هو الآخر جديرا بقواعد الحماية التي حضي بها المستهلك¹⁴³.

إلا أن هذا التوسيع في نطاق الحماية قوبل برفض جانب من الفقه الذي ظل يتمسك بإقصاء حتى المهني الذي يتعاقد خارج تخصصه من الحماية، مبررا توجهه¹⁴⁴ بأن هذا الأخير لا يكون بالضرورة في موقف ضعيف كالمستهلك البسيط، لأن من يتعاقد لحاجات مهنته يكون بوجه عام أكثر خبرة وحرصا من ذلك الذي يتعاقد لحاجاته الخاصة وبالتالي يستطيع أن يدافع عن مصالحه بشكل أفضل.

كما أن هذا التوسيع سيجعل نطاق قانون الاستهلاك غير محدد، لأن اعتماد التخصص كمعيار لتطبيق قواعد الحماية يستلزم البحث في كل حالة على حدة لمعرفة ما إذا كان هذا المهني أو ذلك يعمل داخل تخصصه أو خارجه وستكون النتيجة ظنية غالبا، في حين أن المتعاقدين في حاجة ماسة لمعرفة القانون الذي ينطبق على علاقاتهم التعاقدية مسبقا، لذا فالمعنى الضيق للمستهلك ينشئ أمانا قانونيا لا يتحقق في ظل تبني المعنى الواسع. ويشير أنصار التضييق أن ثمة أوجه أخرى للحماية يمكن لغير المستهلكين اللجوء إليها إذا صادفهم ضعف تعاقدية، وذلك من خلال تمسكهم بقواعد الحماية التي لا تقتصر على طائفة المستهلكين وخدمهم بل تمتد لغيرهم ممثلة في القواعد التقليدية في القانون المدني التي سبقت مرحلة تبلور فكرة المستهلك كأحكام عيوب الإرادة والعيوب الخفية وحماية الطرف المدعن. وعموما فإن المشرع في هذا التعريف قد تبني مفهوما ضيقا للمستهلك مسائرا الاتجاه الغالب فقها وقضاء وتشريعا، حيث ركز بوضوح على ضرورة تجريد التصرف من كل طابع مهني لاستحقاق صفة المستهلك، كما لم ينص هذا التعريف على الاقتناء المجاني ولا على الاستعمال الوسيط اللذان وسعا التعريف السابق للمستهلك، وبالتالي فإن قواعد حماية المستهلك الواردة في القانون 02/04 يضيق نطاق تطبيقها تبعا لضيق مفهوم المستهلك في هذا القانون. واستصحابا للأصل وهو الاقتناء لسد الحاجات الذاتية، نرى افتراض صفة المستهلك في المقنتي خصوصا إذا كان شخصا طبيعيا، أي افتراض أن الاقتناء يتم للأغراض غير مهنية، وبالتالي يقع على العون الاقتصادي عبء نقض هذه القرينة بأن يثبت الطابع المهني لعملية الاقتناء إذا ما أراد الإفلات من قواعد حماية المستهلك.

¹⁴² - J. Calais -Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p.13.

¹⁴³ - Ibid., p.14 .

¹⁴⁴ - Voir : J. Calais -Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p.12.

ثانيا- مفهوم العون الاقتصادي (L'Agent économique)

يعتبر وصف العون الاقتصادي هو المقابل لوصف المستهلك في القانون 02/04 وهو الطرف الثاني في العلاقة التي تدخل هذا القانون لتنظيمها، فإذا كان المستهلك يتصرف لتلبية احتياجات الشخصية أو العائلية، فإن العون الاقتصادي يتصرف لتلبية حاجاته المهنية.

ولقد عرفت المادة 2 بند 1 من القانون 02/04 العون الاقتصادي بأنه "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها"¹⁴⁵.

وبذلك فإن المشرع قد تفادى مصطلح "المحترف" الذي عرفته المادة 2 بند 1 من المرسوم التنفيذي 266/90 بأنه "كل منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل في إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك كما هو محدد في المادة 1 من قانون 02/89".

كما يتضح أن المشرع قد ضيق مفهوم العون الاقتصادي مقارنة بمفهوم المحترف، حيث اقتصر على المنتج والتاجر والحرفي ومقدم الخدمة، واستبعد الصانع والوسيط والمستورد والموزع، كما استبعد التعميم المتعلق بإضفاء صفة المحترف على كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك، ومع ذلك يمكن إدماج الصانع في مفهوم المنتج كما أن أعمال الاستيراد والتوزيع والوساطة هي في الغالب أعمال تجارية يزاولها أشخاص مهنيون ينطبق عليهم وصف العون الاقتصادي.

و يمكننا من خلال هذا التعريف استخراج عناصر صفة العون الاقتصادي التالية:

1- العون الاقتصادي هو كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات: فالمنتج هو كل

من يقوم بعمليات الإنتاج المتمثلة في تربية المواشي، والمحصول الفلاحي، والجني، والصيد البحري، وذبح المواشي، وصنع منتج ما، وتحويله و توبيبه، ومن ذلك خزنه في أثناء صنعه، وقبل أول تسويق له¹⁴⁶.

أما التاجر فهو كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذ مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك¹⁴⁷.

أما الحرفي فهو كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعة التقليدية والحرف يمارس نشاط إنتاج أو إبداع أو تحويل أو ترميم فني أو صيانة أو تصليح أو أداء خدمة يطغى عليه العمل اليدوي ويمارس بصفة رئيسية ودائمة في شكل مستقر أو متنقل أو عرضي في مجالات نشاط معينة وحسب كفاءات محددة¹⁴⁸.

أما مقدم الخدمة فهو كل من يقوم نشاطه على تقديم أداءات ذات قيمة اقتصادية، كالتبيب والمحامي والمهندس المعماري.

وبالتالي فإن صفة العون الاقتصادي تلحق كل شخص طبيعي أو معنوي يتولى نشاطا منظما بغرض الإنتاج أو التوزيع أو تقديم الخدمات، سواء كان هذا النشاط تجاريا أم مدنيا.

¹⁴⁵ - Agent économique: "tout producteur, commerçant, artisan ou prestataire de service, quel que soit son statut juridique qui exerce dans le cadre de son activité professionnelle habituelle ou en vue de la réalisation de son objet statutaire".

¹⁴⁶ - المادة 2 بند 5 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش.

¹⁴⁷ - المادة 1 مكرر من القانون التجاري الجزائري.

¹⁴⁸ - أنظر المادتين 5 و 10 من القانون 01/96 المؤرخ في 10 يناير 1996 الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعات التقليدية والحرف، (جريدة رسمية عدد 1996/03).

2- مهما كانت صفته القانونية: يفهم من هذا العنصر أن صفة العون الاقتصادي لا تقتصر على أشخاص القانون الخاص بل تمتد إلى أشخاص القانون العام، وبالتالي يمكن اعتبار المنتفعون من خدماتها مستهلكون.

فالمؤسسات العمومية خصوصا ذات الطابع التجاري والصناعي منها صارت حاليا في ظل اقتصاد السوق في علاقة تجارية بحتة مع المنتفعين، حيث اضطرت للدخول في معترك المنافسة مع الأفراد والمجموعات الخاصة لاستقطاب الزبائن بعد أن كان توفرهم مضمونا في وقت سابق، مستعملة في ذلك أساليب التسويق الحديثة كالأشهارات وغيرها، وبذلك أصبح المرفق العام الاقتصادي لا يقدم أداء عاما يهدف إلى تحقيق النفع العام، بل صار يقدم خدمة أو منتوجا أكثر فردية ويهدف أساسا إلى إرضاء المنتفع¹⁴⁹، يضاف إلى ذلك اعتبار المشرع المؤسسات العمومية الاقتصادية شركات تجارية¹⁵⁰ مما يبرر دخولها ضمن طائفة الأعوان الاقتصاديين واعتبار المنتفعين منها مستهلكون يستفيدون من الحماية التي يتضمنها القانون 02/04.

وإذا كان الأمر يبدو محسوما بشأن المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري فإن السؤال يطرح بصدد الخدمات التي تقدمها المرافق العمومية الإدارية فهل يعتبر المنتفعون منها مستهلكون تشملهم قواعد حماية المستهلك خصوصا وأنهم في وضعية ضعف أمام سلطة المرافق العامة مما يبرر حاجتهم للحماية كالمستهلكين ؟

لقد استقر الفقه على أن المرافق العمومية الإدارية التي تقدم خدمات مجانية (بدون مقابل) لا تخضع لقواعد قانون الاستهلاك كمرافق العدالة والشرطة، ولا يمكن اعتبار المستفيدين من خدماتها مستهلكون. إلا أن ثمة مرافق عامة إدارية تقدم خدمات بمقابل مثل المستشفيات، لذا فإن الاتجاه الفقهي السائد في فرنسا يذهب إلى اعتبار المنتفعين منها مستهلكون يمكنهم إثارة قواعد قانون الاستهلاك، وهو ما مال إليه المشرع الفرنسي في الأمر الصادر بتاريخ 1986/12/10 المتعلق بإعلام الأسعار، وكذا التوجيه الأوروبي لـ 1993/04/05 المتعلق بالشروط التعسفية¹⁵¹.

3- ممارسة النشاط ضمن الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها: إن هذا العنصر هو الذي يميز العون الاقتصادي عن المستهلك، فإذا كان المشرع يشترط لثبوت صفة المستهلك أن يكون التصرف مجردا من كل طابع مهني، فإنه يشترط لثبوت صفة العون الاقتصادي أن يكون التصرف الحاصل من طرف التاجر أو المنتج أو الحرفي أو مقدم الخدمة يدخل في إطار نشاطه المهني العادي إذا كان شخصا طبيعيا، أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها إذا كان شخصا معنويا. وبالتالي فإن التصرفات التي يقوم بها العون الاقتصادي لكن خارج نشاطه المهني العادي أو دون قصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها لا يعامل فيها بصفته عونا اقتصاديا بل بصفته شخصا عاديا، لذا يمكن اعتباره مستهلكا إذا توفرت باقي عناصر صفة المستهلك، بل يمكننا من خلال هذا العنصر أن نستنتج نفي صفة العون الاقتصادي على من يتصرف لأغراض تتعلق بنشاطه المهني لكن خارج تخصصه كالطبيب

¹⁴⁹ - محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 55 .

¹⁵⁰ - أنظر المادة 2 من الأمر 04/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصائصها، (جريدة رسمية عدد 2001/47).

¹⁵¹ - J. Calais -Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p.6 .

الذي يفتني مكيفا لعيادته باعتباره يتصرف خارج الإطار المهني العادي وهو العلاج بما يتطلبه من مستلزمات، لذا يمكن أن يحظى بالحماية المقررة للمستهلك بخصوص هذه التصرفات. إن اعتبار الشخص مهنيا لا يحول دون اعتباره مستهلكا في حالات أخرى، فالتاجر عندما يشتري ما يحتاجه من أغذية له أو لعائلته فهو يعتبر مستهلكا، بل لا يمكن لأي شخص أن يستغني عن صفته كمستهلك نظرا لانحصار المهنة أو الحرفة في حدود معينة، وفي هذا المعنى مقولة شهيرة للرئيس الأمريكي الأسبق "كيندي" عام 1962 "نحن جميعا مستهلكون"، لذا فإن نطاق قانون الاستهلاك مرتبط بطبيعة العمل الممارس وليس بطائفة من الأشخاص بحد ذاتهم¹⁵².

وتتجلى أهمية تحديد صفة العون الاقتصادي في أن قواعد حماية المستهلك التي أوردها القانون 02/04 لا تثبت للمستهلك إلا إذا كان في علاقة مع شخص تثبت له صفة العون الاقتصادي، فإذا كان المستهلك في مواجهة شخص لا تثبت له هذه الصفة كالشخص الذي يبيع سيارته الشخصية (البائع العرضي)، أو يكون المستهلك في مواجهة عون اقتصادي لكن خارج نشاطه المهني العادي أو خارج الغاية التي تأسس من أجلها، فإنه لا يستفيد من قواعد حماية المستهلك الواردة في هذا القانون رغم اعتباره مستهلكا¹⁵³، لأن فلسفة قانون حماية المستهلك تقوم على أساس إعادة التوازن للعلاقة بين العون الاقتصادي (الطرف القوي) والمستهلك (الطرف الضعيف) التي تميل أساسا لصالح الأول، فإذا كان التوازن محققا منذ البداية لكون طرفا العقد غير مهنيين فإن القواعد العامة في القانون المدني كفيلة بحماية الطرفين معا، ولا مبرر لحماية خاصة لطرف على حساب الآخر.

وهذا يقودنا إلى نتيجة هامة وهي أن صفة المستهلك لا تكفي وحدها مناطا لثبوت حماية المستهلك بل يجب أن تقابلها صفة العون الاقتصادي، وبذلك تصير هذه الصفة الأخيرة عنصرا أساسيا لتطبيق قواعد حماية المستهلك.

مع الإشارة هاهنا إلى أن القانون 02/04 استخدم في بعض نصوصه لفظ "البائع" وليس "العون الاقتصادي"¹⁵⁴، ويبدو أن المقصود بالبائع هنا هو العون الاقتصادي حال كونه بائعا تميزا لعقد البيع عن باقي العقود التي قد يبرمها العون الاقتصادي، وهذا التفسير ينطلق من المادتين الأولى والثانية من القانون 02/04 اللتان حددتا نطاق تطبيق هذا القانون، ولا يمكن حمل لفظ "البائع" على البائع العرضي للمبررات السالف ذكرها، حيث تخضع علاقته العرضية بالمستهلك للقواعد العامة.

وبناء على ما سبق يمكننا تحديد ملامح "عقد الاستهلاك" في ظل القانون 02/04، حيث أدى دخول مصطلحي الاستهلاك والمستهلك في القاموس القانوني إلى ظهور مصطلح جديد هو "عقد الاستهلاك" الذي يمكن تعريفه بناء على تعريف كل من العون الاقتصادي والمستهلك بأنه: "كل عقد بين عون اقتصادي ومستهلك يفتني بموجبه هذا الأخير سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

فتنظيم القانون 02/04 للممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين ما هو في الحقيقة إلا تنظيم لما صار يعرف "بعقد الاستهلاك" الذي تبنت ملامحه بوضوح في هذا القانون لكونه حدد أطرافه ومحلّه وتنظيمه القانوني الخاص:

152 - حمد الله محمد حمد الله، مختارات من كتاب قانون الاستهلاك الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.10.

153 - أنظر في هذا المعنى: نفس المرجع، ص.9.

154 - مثال ذلك المواد 4، 8، 29 من القانون 02/04.

- فطرفاه هما المستهلك والعمول الاقصادي.

- أما محله فيشمل السلع والخدمات.

- أما تنظيمه القانوني فتحكمه هذه القواعد التي خصها المشرع في هذا القانون لتنظم الممارسات التجارية بين الأعوان الاقصاديين والمستهلكين بهدف حماية المستهلك، وذلك من خلال التزامات وأحكام خاصة فرضها المشرع على العمول الاقصادي تحد من هيمنته على هذه العلاقة وتوفر قدرا من التوازن بين طرفيها. لذا فإن عقد الاستهلاك ليس عقدا خاصا، وإنما يمتد مفهومه ليشمل عددا من العقود الخاصة المختلفة متى توفرت هاته العناصر.

وعليه فإن تميز أطراف هذه العلاقة وهما العمول الاقصادي والمستهلك، وكذا تميز النظام القانوني الذي يحكمها مجسدا في القواعد الخاصة بحماية المستهلك كاف لتبلور صنف جديد من العقود في التشريع الجزائري هي "عقود الاستهلاك" على غرار تميز صنف "العقود الإدارية" نتيجة خصوصية الإدارة كطرف فيها وامتيازات السلطة العامة التي تستعملها، وكذا تميز صنف "العقود التجارية" نتيجة خصوصية العمل التجاري والنظام القانوني الذي يحكمه.

ثالثا- مصطلح "الممارسات التجارية" ونطاق تطبيق القانون 02/04

من الوهلة الأولى يبدو واضحا أن قواعد القانون 02/04 تطبق من حيث الموضوع على الممارسات التجارية، يتجلى ذلك من عنوان هذا القانون وهو "القواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، الذي أكدته المادة الأولى منه بنصها أن هذا القانون يهدف إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية الممارسات التجارية، وكذا عنواني البابين الثاني والثالث على التوالي "شفافية الممارسات التجارية" و"نزاهة الممارسات التجارية"، كل ذلك يدل في ظاهره أن الممارسات التجارية هي الموضوع الذي تولى المشرع تنظيمه في هذا القانون.

إلا أن القانون 02/04 لم يحدد مفهوم "الممارسات التجارية" لكن بالرجوع للقواعد العامة في القانون التجاري يمكننا القول أن الممارسات التجارية -في أوسع تفسير لها- هي تلك الممارسات التي يكون محلها عملا تجاريا سواء كان هذا العمل تجاريا بحسب موضوعه أو بحسب شكله أو بالتبعية على نحو ما هو مبين في المواد 2 ، 3 ، 4 من القانون التجاري الجزائري.

لكن بالرجوع إلى المادة 2 والمادة 3 بند 1 من القانون 02/04 يتبين لنا أن هذا المفهوم قد اختلف، حيث تنص المادة 2: "يطبق هذا القانون على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات التي يمارسها أي عمول اقصادي مهما كانت طبيعته القانونية" ثم عرفت المادة 3 في بندها الأول العمول الاقصادي بأنه "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيأ كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

فإذا جمعنا بين النصين نستنتج أن القانون 02/04 "يطبق على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات التي يمارسها كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيأ كانت طبيعته وصفته القانونية في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".
والمحصلة هي أن هذه النشاطات ليست بالضرورة تجارية، وبالتالي لا ينطبق عليها جميعا وصف "الممارسات التجارية".

فمثلا: عمليات الإنتاج الفلاحي هي بمثابة نشاط إنتاج يمارسه الفلاح (منتج) في الإطار المهني العادي له (الفلاحة) ومع ذلك لا يعد نشاط الإنتاج الفلاحي عملا تجاريا إلا إذا كان في شكل مقولة إنتاج. وكذلك الأمر بالنسبة للإنتاج الذهني والإبداعي الذي هو ثمرة لإعمال الفكر والعقل والمهارات كتأليف الكتب ونشر البحوث والدراسات وتنشيط المشاهد العامة كالمسرح

والسرك والرقص والعزف والغناء فهذه بمثابة إنتاجات قابلة للتوزيع يمارسها أصحابها في الإطار المهني العادي لهم ومع ذلك لا تعد أعمالاً تجارية بل مدنية إلا إذا كانت في صورة مقاولات استغلال الملاهي العمومية والإنتاج الفكري. والأمر ذاته بالنسبة للخدمات التي يقدمها أصحاب المهن الحرة من أطباء ومحامين ومهندسين ومحاسبين فهذه الخدمات لا تعتبر أعمالاً تجارية لأنها تقوم على استثمار واستغلال المكتسبات العلمية والفنية والخبراتية. كما لا تعد نشاطات تجارية عمليات الإنتاج والتوزيع والخدمات التي يقوم بها الحرفي ذلك أن عمل الحرفي يطغى عليه العمل اليدوي والمهارات الفنية والإبداعية ويحكمه نظام قانوني خاص¹⁵⁵. كما لا تعتبر ممارسات تجارية عمليات الإنتاج والخدمات التي تقدمها الشركات المدنية في إطار الغاية التي تأسست من أجلها وكذا التعاونيات التي لا تهدف للربح على الرغم من انطباق وصف العون الاقتصادي عليها باعتبارها منتج أو مقدم خدمات.

ويؤكد عدم تجارية هذه النشاطات استثناءً من الخضوع للقانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية الذي تنص المادة 7 منه: "يستبعد من مجال تطبيق أحكام هذا القانون الأنشطة الفلاحية، والحرفيون حسب مفهوم الأمر 01/96، والشركات المدنية والتعاونيات التي لا يكون هدفها الربح، والمهن المدنية الحرة التي يمارسها أشخاص طبيعيين، والمؤسسات العمومية المكلفة بتسيير الخدمات العمومية باستثناء المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري".

فهذه الأنشطة كلها ليست تجارية وبالتالي لا تعد ممارسات تجارية رغم أنها تدخل ضمن نطاق تطبيق القانون 02/04 على نحو ما سبق بيانه، حيث أن الممارسات التجارية هي جزء من نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات التي يمارسها الأعوان الاقتصاديون والتي يمكننا تسميتها "بالممارسات الاقتصادية".

وبالتالي فإن التباين واضح بين مصطلح "الممارسات التجارية" الذي يوحى باقتصار نطاق تطبيق قواعد القانون 02/04 على الممارسات التجارية، وبين مضمونه الذي يدل على شمول هذا النطاق لجميع الممارسات التي يقوم بها الأعوان الاقتصاديون وإن لم تكن تجارية، وهذا النطاق الأخير هو المعول عليه في هذا القانون إعمالاً لقواعد تفسير النصوص التي تقضي بأن عنوان القانون ليس له قوة نصه الصريح وما يقتضيه منطوق ألفاظ هذا النص، ولا يجوز التحدي بالعنوان بل المعول عليه هو نصوص القوانين ذاتها¹⁵⁶. لذا لا يمكن القول أن هذا القانون يقتصر تطبيقه على الأعمال التجارية التي يمارسها الأعوان الاقتصاديون لأن هذا التفسير يناقض النص الصريح للمادة 2 أعلاه وكذا التعريف الذي أورده المشرع للعون الاقتصادي.

ويبدو أن هذا التباين وجد صداه في أرض الواقع حيث يرى بعض الحرفيين وأصحاب المهن الحرة أنهم غير مخاطبين بأحكام هذا القانون من منطلق كونهم لا يمارسون أنشطة تجارية رغم كونهم أعواناً اقتصاديون في مفهوم هذا القانون، كالمحامين والأطباء والمهندسين المعماريين، بل إن الواقع يبين تردد الأعوان المكلفون بضبط مخالفات هذا القانون في متابعة الأعوان الاقتصاديين من غير التجار.

لذا كان حرياً بالمشرع أن يستخدم في هذا القانون مصطلح "الممارسات الاقتصادية" بدل مصطلح "الممارسات التجارية".

¹⁵⁵ - القانون 01/96 المتعلق بالقواعد التي تحكم الصناعات التقليدية والحرف سالف الذكر.

¹⁵⁶ - قرار الغرفة الجنائية بمحكمة النقض المصرية في 1963/10/23. أشار له: محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص. 423.

المطلب الثاني

أهم مميزات القانون 02/04 في مجال حماية المستهلك بوجه عام

بوجه عام يمكن من خلال ما تضمنه القانون 02/04 رصد بعض الخصائص والمميزات العامة التي تطبعه في مجال حماية المستهلك. من بينها تعدد مظاهر هذه الحماية (أولا) وكذا تطور مضمونها (ثانيا)، فضلا عن تكريسه لما صار يعرف بالنظام العام الاقتصادي (ثالثا).

أولا- تعدد مظاهر الحماية

يتميز القانون 02/04 بتعدد مظاهر الحماية التي حظي بها المستهلك، حيث بالإضافة إلى الحماية المدنية التي يمكن أن تأسس على أحكامه (موضوع بحثنا) فقد تناول هذا القانون حماية المستهلك في مظهرها الجزائي والإداري والإجرائي.

1- الحماية الجزائية للمستهلك: لقد أدى تدخل الدولة للتكفل بحماية المستهلكين بصفة خاصة والاقتصاد بصفة عامة إلى ظهور فرع جديد من قانون العقوبات يسمى "قانون العقوبات الاقتصادي" يتولى العقاب على ما صار يعرف بـ"الجرائم الاقتصادية" التي عرفتها محكمة النقض الفرنسية بأنها "كل عمل أو امتناع يقع مخالفة لنصوص يجرمها القانون الاقتصادي، ويدخل في القانون الاقتصادي كل نص ينظم إنتاج وتوزيع واستهلاك السلع والخدمات"¹⁵⁷ والقانون 02/04 يدخل ضمن قانون العقوبات الاقتصادي كونه جرم جملة من الممارسات الضارة بمصالح المستهلك وفرض جزاءات على مرتكبيها. فلقد حدد الباب الرابع من القانون 02/04 المخالفات والعقوبات المتعلقة بأحكامه، وبمقارنة هذه العقوبات بتلك التي نص عليها القانون 06/95 المتعلق بالمنافسة (الملغى) نجد أن المشرع قد ألغى العقوبات السالبة للحرية المطبقة على بعض المخالفات كانهدام الفوترة أو ممارسة أسعار غير شرعية أو رفض البيع، في مقابل ذلك رفع المشرع من قيمة الغرامات المالية لهذه المخالفات¹⁵⁸، باستثناء إذا تعلق الأمر بمخالفة "معارضة المراقبة" أو في حالة العود حيث نص المشرع على عقوبة الحبس لخطورتهما¹⁵⁹. كما نص المشرع على عقوبات أخرى كحجز البضائع موضوع بعض المخالفات ومصادرتها¹⁶⁰. والملاحظ أن جل الجرائم المتعلقة بالمستهلك في هذا القانون هي جرائم مادية لا تتطلب قصدا جنائيا، كما أن معظمها جرائم سلوكية لا تتطلب وقوع النتيجة، وفي ذلك تكريس لحماية المستهلك في هذا القانون. ومع ذلك فقد أبقى المشرع على إمكانية إنهاء المتابعات القضائية ضد الأعوان الاقتصاديين المخالفين إذا قبلوا غرامة المصالحة التي يحددها الوزير المكلف بالتجارة أو المدير الولائي المكلف بالتجارة بحسب غرامة المخالفة المرتكبة¹⁶¹.

157 - أحمد محمد محمود علي خلف، المرجع السابق، ص. 9.

158 - أنظر المواد من 31 إلى 38 من القانون 02/04 مقارنة مع المواد من 61 إلى 67 من الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة (الملغى).

159 - انظر المادتين 54،53 بالنسبة لمعارضة المراقبة، والمادة 47 بالنسبة لحالة العود.

160 - انظر المواد من 39 إلى 45 التي حددت طريقة الحجز وإجراءاته ومصير المواد المحجوزة.

161 - يلاحظ أن المشرع في هذا القانون خلافا للأمر 06/95 قد حدد اختصاص كلا من الوزير المكلف بالتجارة والمدير الولائي المكلف بالتجارة وذلك انطلاقا من قيمة الغرامة المحددة للمخالفة. كما أن المشرع قد تعامل بمرونة بخصوص غرامة المصالحة حيث سمح لمرتكب المخالفة رفض غرامة المصالحة ورخص للوزير المكلف بالتجارة تعديل مبلغ الغرامة المقترحة. أنظر المواد من 60 إلى 62 من القانون 02/04 مقارنة بالمادة 91 من الأمر 06/95 (الملغى).

كما حدد القانون 02/04 الموظفين المؤهلون للتحقيق ومعاينة مخالفات أحكامه وإجراءات عملهم وهم¹⁶²:

- ضباط وأعاون الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية.
- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة.
- الأعاون المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية.
- أعاون الإدارة المكلفة بالتجارة المرتبون في الصنف 14 على الأقل المعنيون لهذا الغرض.

وعموما فإن القانون 02/04 حاول تدارك نقائص الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة(الملغى) من حيث فاعلية بعض العقوبات وإجراءاتها كذلك المتعلقة بحفظ السلع المحجوزة والبيع أو التنازل عن السلع سريعة التلف المحجوزة، إتلاف السلع المستوردة أو المصنعة المغشوشة، إجراءات المصالحة... وغيرها من الأحكام.

2- الحماية الإدارية للمستهلك: يوجد اتجاه ملحوظ في التشريعات المقارنة يدعم دور الجهات الإدارية في توقيف مجموعة من التدابير والجزاءات على المخالفين في الجرائم المضرة بالمستهلك أو التي تعرض مصالحه للخطر، ومن بين هذه الجزاءات ما يحمل معنى العقاب ومنها ما يحمل معنى التدبير والإجراء الوقائي، وهو ما نادى به الحلقة العربية الأولى للدفاع الاجتماعي المنعقدة بالقاهرة سنة 1966 حين دعت إلى أعمال الجزاءات الإدارية في ما يتعلق بالجرائم الاقتصادية بما في ذلك التي تتعلق بالمستهلك¹⁶³.

وهو ما تبناه القانون 02/04 الذي نصت المادة 46 منه على أنه يمكن للوالي المختص إقليميا بناء على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالتجارة أن يتخذ بواسطة قرار، إجراءات غلق إدارية للمحلات التجارية لمدة لا تتجاوز 30 يوما في حال مخالفة أحكام بعض مواد هذا القانون¹⁶⁴، على أن يكون قرار الغلق قابلا للطعن فيه أمام العدالة، وفي حالة إلغائه يمكن للعون الاقتصادي المتضرر المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه أمام الجهة القضائية المختصة.

في حين نصت المادة 47 على أن يتخذ إجراء الغلق الإداري المنصوص عليه في المادة 46 وفق نفس الشروط في حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون.

كما يمكن للوالي المختص إقليميا وكذا القاضي -طبقا للمادة 48- أن يأمر على نفقة مرتكب المخالفة أو المحكوم عليه نهائيا بنشر قراراتهما كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحددها. ورغم ما لهذه الإجراءات من أهمية في الوقاية من الأضرار والمخاطر المحذقة بالمستهلك، إلا أن ثمة من يرى أن لها عيوباً أهمها أن جزاء الغلق يمتد إلى الغير كعمال المنشأة وحتى الزبائن إذا تعلق الأمر بمخالفات بين الأعاون الاقتصاديين، لذلك يرى هؤلاء ضرورة أن

¹⁶² - انظر المواد من 49 إلى 59 التي تحدد الأعضاء المؤهلين للتحقيق والمعاينة وصلاحياتهم وإجراءات عملهم.

¹⁶³ - أحمد محمد محمود علي خلف، المرجع السابق، ص. 485.

¹⁶⁴ - وبالتحديد هي المواد 10، 11، 13، 14، 20، 23، 24، 25، 26، 27، 28، 53 من القانون 02/04.

يقتصر حق إصدار قرار الغلق على السلطة القضائية حماية للحريات والحقوق الفردية، أو على الأقل تضيق نطاق سلطة الغلق ومدته¹⁶⁵.

3- الحماية الإجرائية للمستهلك: سبق لنا القول أن منح جمعيات حماية المستهلك حق

التقاضي يعد مظهرا هاما لحماية المستهلك، لكونه يمثل حلا للصعوبات الفعلية التي تواجه المستهلك إذا ما أراد الدفاع عن حقوقه منفردا. وهو ما جسده القانون 02/04 من خلال المادة 65 منه التي مكنت جمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة من القيام برفع الدعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون، والتأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم.

وبالتالي فإن المشرع قد منح هذه الجمعيات حق التقاضي دفاعا على مصالح المستهلكين خارجا بذلك عن المبادئ العامة للتقاضي من حيث شرط الصفة في الدعوى ومتجاهلا مبدأ الأثر النسبي للعقد¹⁶⁶.

وخروجا أيضا عن القواعد الإجرائية المألوفة، مكنت المادة 63 ممثل الوزير المكلف بالتجارة المؤهل قانونا -حتى ولو لم تكن الإدارة المكلفة بالتجارة طرفا في الدعوى- أن يقدم أمام الجهات القضائية المعنية طلبات كتابية أو شفوية في إطار المتابعات القضائية الناشئة عن هذا القانون¹⁶⁷.

هذه نبذة مختصرة حول الأوجه المختلفة للحماية التي حظي بها المستهلك في هذا القانون، وهي تعكس ثراءه في هذا المجال.

أما بالنسبة للحماية المدنية، فباستثناء ما نصت عليه المادة 65 فقرة 2 من إمكانية أن يتأسس كل متضرر من مخالفة أحكام هذا القانون كطرف مدني للمطالبة بالتعويض، الذي ما هو إلا تطبيق للقواعد الإجرائية العامة المتعلقة بالدعوى المدنية التبعية¹⁶⁸، فإن القانون 02/04 لم يتطرق للجزاءات المدنية الأخرى المترتبة عن مخالفة أحكامه، وهو ما سنتولى تبيانها في هذا البحث من خلال القواعد العامة.

ثانيا- تطور مضمون الحماية

على إثر دراستنا للقانون 02/89 يتبين أن حماية المستهلك في ظلّه ترتكز أساسا على حفظ سلامة وأمن المستهلك واحترام رغباته الاستهلاكية، وذلك من خلال تركيز هذا القانون على محل الاستهلاك وهو المنتج بحيث أوجب أن يكون محصنا من المخاطر مطابقا للمقاييس المعتمدة خاليا من العيوب مستجيبا للرغبات المشروعة للمستهلك. ورغم أهمية هذه الحماية إلا أن الواقع يثبت أن المخاطر التي تهدد المستهلك لا تتوقف عند محل الاستهلاك وإنما ترجع لعوامل متعددة أهمها:

¹⁶⁵ - أنظر: أحمد محمد محمود علي خلف، المرجع السابق، ص.485.

¹⁶⁶ - لمزيد من التفصيل انظر ما سبق بيانه بخصوص الحماية الإجرائية للمستهلك في القانون 02/89 من خلال دور جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين، ص.30.

¹⁶⁷ - تطبيق أحكام المادة 63 بشأن كل الدعاوى سواء كانت مدنية أم جزائية، وهذا ما أكدت عليه المذكرة الصادرة عن وزارة العدل تحت رقم 97/028 المؤرخة في 08/12/1997 المتعلقة بكيفيات تطبيق المادة 94 من الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة وهي نفسها المادة 63 من القانون 02/04.

¹⁶⁸ - أنظر المادتين 2 و 3 من قانون الإجراءات الجزائية.

- تكريس التوجه الجزائري نحو الاقتصاد الحر مع ما يحمله من مخاطر على المستهلك بقدر ما يحمل من إيجابيات.

- مركز القوة الذي يتمتع به العون الاقتصادي الذي يجعله يهيمن على العقد وبنوده.
- أساليب التسويق المتطورة التي تعتمد على الدعاية والإغراء فتجعل المستهلك يفتني لأكثر من حاجته أو أحيانا بلا حاجة أصلا جريا وراء المزايا والإغراءات المزعومة المضللة.
- التعقيد القانوني والفني الذي صارت تتميز به العلاقات التعاقدية التي يبرمها المستهلك، مما يجعله عاجزا عن إدراك الأبعاد القانونية والفنية التي تنشأ عنها.
إن هذه العوامل تستدعي معالجة مشكلة حماية المستهلك من جميع أبعادها بنظرة أكثر عمقا وشمولية تعدو مجرد رعاية صحة وأمن المستهلك ورغباته الاستهلاكية، إلى معالجة كل ما من شأنه الإخلال بالتوازن النسبي بين طرفي العقد عن طريق مقاومة كل ما قد يؤثر على إرادة المستهلك وحرية اختياره.

بهذه الرؤيا المعمقة تناول المشرع مسألة حماية المستهلك في القانون 02/04 بأن حدد قواعد ترمي في مجملها إلى تدارك الضعف الذي يعانيه المستهلك بشتى صورته سواء قبل أو أثناء أو بعد التعاقد.

ويكفي للدلالة على تطور الحماية التي حظي بها المستهلك في القانون 02/04 أن هذا القانون قد تناول -ولو بصفة عامة- أهم مظاهر الحماية التي توصل إليها التشريع المقارن الحديث خلال عقود من الزمن.

فلو نظرنا في قانون الاستهلاك الفرنسي مثلا، نجد المشرع الفرنسي قد نظم البيوع في المنازل في قانون 22 ديسمبر 1972، والدعاية المضللة بقانون 27 ديسمبر 1973 (Loi Royer) الذي منح جمعيات حماية المستهلك حق الادعاء للدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين قبل أن تنظم هذه الجمعيات لاحقا بموجب قانون 05 جانفي 1988، كما نظم الشروط التعسفية بالقانون رقم 78/23 الصادر في 10 جانفي 1978، كما نظم وضع البطاقات والبيانات على المنتجات بموجب مرسوم 07 ديسمبر 1984، ونظم حرية الأسعار والمنافسة وإعلام المستهلك بالأسعار بالأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986 ثم بقرار 03 ديسمبر 1987 الخاص بكيفية إعلام المستهلكين بالأسعار، وقد تم تجميع هذه النصوص في مدونة قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949/93 الصادر في 26 جويلية 1993¹⁶⁹.

فالمواضيع التي تناولتها هذه التشريعات وغيرها قد تطرق لها القانون 02/04 سواء بصفة مباشرة أو عن طريق إحالتها على التنظيم، وهو ما يدل على أهمية وتطور الحماية التي أوردها هذا القانون والتي يفترض أن تتكسر بصدور النصوص التنظيمية المتعلقة به¹⁷⁰.

ثالثا- تكريس النظام العام الاقتصادي على حساب المبادئ العامة لنظرية العقد

يتميز القانون 02/04 أيضا بأنه قد جسد بوضوح تكريس النظام العام الاقتصادي على المبادئ التقليدية التي ظلت تهيمن على نظرية العقد، مراعيًا في ذلك التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي تشهدها البلاد، هذه التطورات التي انعكست على اتساع نطاق النظام العام الاقتصادي الذي يتجلى في وجهين¹⁷¹:

¹⁶⁹ - Voir : J. Calais -Autloy et F. Steinmetz. op. cit. p. 29-30.

¹⁷⁰ - انظر الإحالات التي وردت في المادة 5 فقرة 4 المتعلقة بإعلام الأسعار، والمادة 21 التي أحالت على التنظيم تحديد شروط وكيفيات البيع خارج المحال التجارية، والمادة 30 التي أحالت هذا التنظيم إمكانية تحديد العناصر الأساسية للعقود وكذا منع بعض الشروط التي تعتبر تعسفية.

¹⁷¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص.221.

- الأول: تطور وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي وتتحكم في تسييره وتوجيهه عن طريق قواعد قانونية جسدت ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي (Ordre public économique de direction).

- الثاني: تكفل الدولة بحماية الفئات الضعيفة اقتصاديا واجتماعيا بواسطة قواعد قانونية جسدت ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي الحمائي أو الاجتماعي (Ordre public économique de protection).

إن هذه المهام الجديدة للدولة أثرت في نظرية العقد، فاهتمام الدولة بالميدان الاقتصادي عن طريق تسييره وتوجيهه جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد وذلك بتقييد إرادتهم من عدة جوانب، وعبر الفقه عن هذه الظاهرة بـ "عيمة العقد" (Publicisation du contra) أي أن إرادة المشرع صارت تشارك إرادة الطرفين على نحو أمر في تكوين العقد وتحديد مضمونه بل قد يحل القانون محل إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه.

أما تكفل الدولة بحماية المتعاقد الضعيف اقتصاديا أو اجتماعيا فقد جعل العقد يخرج من نزعة الفردية إلى نزعة جماعية، حيث أصبح العقد الذي كان يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين دون غيرهم يهم المجتمع باعتباره وسيلة من وسائل الحياة الاجتماعية وأداة لتحقيق النفع العام، وعبر الفقهاء عن هذه الظاهرة بـ "اجتماعية العقد" (Socialisation du contrat)¹⁷².

إن هذه التطورات ترجمتها بوضوح القانون 02/04 إذ نجده يتناول بالتفصيل والدقة معظم جوانب العلاقة التي تربط العون الاقتصادي بالمستهلك (عقد الاستهلاك) من حيث الدعاية لها وطريقة عرض السلع والخدمات وكيفية الإعلام بالأسعار..، كما قيد حرية العون الاقتصادي في إبرام العقد بأن حظر عليه رفض التعاقد والبيع بالمكافئة والبيع المشروط، كما نجده حدد الشروط التعسفية وحظرها، بل وأحال على التنظيم إمكانية تحديد العناصر الأساسية للعقود وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية، فضلا عن الالتزامات الجديدة التي فرضت على العون الاقتصادي كالالتزام بالإخبار والالتزام بتبرير المعاملة.. وهي التزامات غير معهودة في النظرية العامة للعقد، ناهيك عن الوصف الجزائي لمخالفة أحكام هذا القانون باعتباره مظهرا للنظام العام الاقتصادي، مما أضفى على نصوصه طابعا أمرا لم يترك مجالاً للطابع التكميلي الذي يميز القواعد التي تنظم العقد في ظل النظرية العامة.

وبذلك فإن القانون 02/04 قد تجاوز المبادئ التقليدية التي ميزت النظرية العامة للعقد، فهذا التنظيم القانوني لعقد الاستهلاك ينال من سلطان إرادة الأطراف وحرية العقدية التي ظلت تلازم هذه النظرية، يضاف إلى ذلك ما سبق ذكره من تراجع لمبدأ الأثر النسبي للعقد وقوته الملزمة¹⁷³، مما يجعل هذه العلاقة أقرب للمركز القانوني المنظم منه للعقد.

نخلص في ختام هذا الفصل إلى أن حماية المستهلك في التشريع الجزائري شهدت

تطورا متلاحقا يتجلى من ناحيتين:

- الناحية الأولى تتمثل في تميّز طائفة المستهلكين كفئة تحتاج إلى حماية قانونية خاصة، تجسد ذلك في ظهور نصوص رصدت لحماية المستهلك بوجه خاص مشكلة ما يمكن تسميته

172 - نفس المرجع، ص.41.

173 - سبقت الإشارة إلى أن دعاوى جمعيات حماية المستهلك دافعا عن مصالح المستهلكين، وكذا حق المستهلك في الرجوع المباشر على المتدخلين في عرض المنتج للاستهلاك الذين لا تربطه بهم أي علاقة تعاقدية يعد خروجاً عن مبدأ الأثر النسبي للعقد (انظر: ص.28-32 من البحث). كما أن خيارات الرجوع عن العقد التي تمنحها قوانين الاستهلاك المقارنة للمستهلك تناقض مبدأ القوة الملزمة للعقد (انظر: ص.6 من البحث).

"قانون الاستهلاك الجزائري"، وهو تطور يعكس اعتراف المشرع بعجز القواعد العامة عن حماية هذه الفئة.

- الناحية الثانية تتجلى في التطور الذي شهده قانون الاستهلاك في حد ذاته، حيث تعكس نصوصه توجهها متزايدا نحو تكريس حماية المستهلك بدء بالقانون 02/89 وصولا للقانون 02/04، وهو ما يعكس بدوره حرص المشرع على مسايرة التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي تشهدها البلاد.

ولئن حكما بتطور حماية المستهلك في ظل القانون 02/04 من خلال مميزاته في هذا المجال بوجه عام، فإننا سوف نحاول فيما يلي رصد مدى هذا التطور من خلال الغوص في تفاصيل الحماية المدنية التي كفلها هذا القانون للمستهلك، وذلك في الفصلين المواليين.

الفصل الأول حماية المستهلك من خلال شفافية الممارسات التجارية

من مصلحة المستهلك أن تكون الممارسات التجارية شفافة، نظرا لما للشفافية من أثر في تبصير المستهلك وتثويره على نحو يمكنه من اخذ صورة مسبقة حول ما يقدم عليه من تعاملات، وهو ما من شأنه تعزيز ثقة المستهلك وحسن اختياره. ونظرا لكون الشفافية من أهم العوامل التي ترصد لمواجهة السلبيات المحتملة لاقتصاد السوق، فقد حرص القانون 02/04 في الباب الثاني منه على إرساء قواعد تستهدف شفافية الممارسات التجارية وذلك بأن ألقى على عاتق العون الاقتصادي واجب الإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع كما ألقى على عاتقه واجب الفوترة. ولئن كان الباب الثاني من القانون 02/04 قد تناول شفافية الممارسات التجارية في مظهرين أساسيين هما الإعلام والفوترة ، فإننا نفضل -توخيا للتدقيق فيما تعلق بحماية المستهلك من هذا الباب- أن نقسم فصلنا هذا إلى ثلاث مباحث :

- المبحث الأول: التزام البائع بإعلام الأسعار والتعريفات.
- المبحث الثاني: التزام البائع بالإخبار.
- المبحث الثالث: التزام البائع بالفوترة.

المبحث الأول إلتزام البائع بإعلام الأسعار والتعريفات

يجد هذا الإلتزام أساسه في المواد 4 ، 5 ، 6 من القانون 02/04، حيث تنص المادة 4 على أن "يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات، وبشروط البيع". أما المادة 5 فتتص على أنه "يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة. يجب أن تبين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة. يجب أن تعد أو توزن أو تكال السلع المعروضة للبيع سواء كانت بالوحدة أو بالوزن أو بالكيل أمام المشتري وعندما تكون هذه السلع مغلفة ومعدودة أو موزونة أو مكيلة، يجب وضع علامات على الغلاف تسمح بمعرفة الوزن أو الكمية أو عدد الأشياء المقابلة للسعر المعلن."

في حين نصت المادة 6 على أنه "يجب أن توافق الأسعار والتعريفات المعلنة المبلغ الإجمالي الذي يدفعه الزبون مقابل اقتناء سلعة أو الحصول على خدمة". فالسعر و التعريفه هما المقابل النقدي الذي يدفعه المستهلك للعون الاقتصادي نظير ما يقتنيه من سلع أو خدمات في عقد الاستهلاك، لذا فإن عقد الاستهلاك -كعقد البيع- يتميز بأن أحد المحلين المتبادلين فيه يجب أن يكون مبلغا من النقود. وعموما فإن دراسة التزام البائع بإعلام أسعار وتعريفات السلع والخدمات على ضوء هذه النصوص يتطلب منا التعرض أولا إلى نظام الأسعار في الجزائر لنقف بعدها على طريقة تنفيذ العون الاقتصادي لالتزامه بإعلام الأسعار والتعريفات لننتهي إلى تحديد جزاء مخالفة العون الاقتصادي لهذا الإلتزام.

وعليه نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب:
المطلب الأول: نظام الأسعار في الجزائر.
المطلب الثاني: تنفيذ الإلتزام بإعلام الأسعار والتعريفات.
المطلب الثالث: أثر مخالفة الإلتزام بإعلام الأسعار والتعريفات.

المطلب الأول

نظام الأسعار في الجزائر

لقد تبنى المشرع من خلال الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة مبدأ حرية الأسعار كأصل عام، غير أنه منح للدولة إمكانية تقنين أسعار بعض السلع والخدمات أو الحد من ارتفاع سعرها في حالات خاصة. لذا سوف نتعرض (أولا) إلى نظام حرية الأسعار وهو الأصل، ثم (ثانيا) إلى نظام تقنين الأسعار وهو الاستثناء.

أولا- نظام حرية الأسعار

يعتبر تحرير الأسعار من المبادئ التي يقوم عليها اقتصاد السوق الذي اتجهت نحوه الجزائر شيئا فشيئا منذ مطلع التسعينات من القرن الماضي. ولقد تبنت الجزائر مبدأ حرية الأسعار منذ الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة الذي ألغى أحكام القانون 12/89 المتعلق بالأسعار، ثم تكرر هذا المبدأ بموجب الأمر 03/03 الذي تنص

المادة 4 منه في فقرتها الأولى: "تحدد بصفة حرة أسعار السلع والخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة"¹⁷⁴.

وحرية الأسعار معناه أن العون الاقتصادي له الحرية في تحديد أسعار السلع والخدمات، وعادة ما يتحدد السعر المعلن للجمهور على ضوء جملة من العناصر¹⁷⁵:

- قيمة الشيء التي تحدد طبقا لقانون العرض والطلب.
- هامش الربح الذي يعود على العون الاقتصادي، وهو المحرك الرئيسي للنشاط الاقتصادي ويتوقف نطاقه على عوامل كثيرة منها الظروف ومهارة البائع وقوته وضعفه من الناحية الاقتصادية.

- المصاريف المختلفة مثل الرسوم والضرائب ونفقات التعبئة والتخزين..، وهي تأخذ حكم الثمن فتقع على عاتق المشتري ما لم يوجد اتفاق مخالف.

وإذا كان اقتصاد السوق يقوم على أساس حرية الأسعار، فإن ذلك لا يمنع من تدخل الدولة بطريقة غير مباشرة في تنظيم الأسعار وذلك عن طريق تنظيم قواعد المنافسة نظرا لاعتبارات منها:

- إن مبدأ حرية تحديد الأسعار هو أساس "نظام المنافسة الحرة" التي يقوم عليها اقتصاد السوق، والمنافسة الحرة تقتضي أن يحتفظ كل عون اقتصادي بحريته في تحديد أسعاره على نحو يختلف مع منافسيه، وهذه الحرية تتلشى كلما قيدت إرادة العون الاقتصادي في تحديد السعر¹⁷⁶، كأن يكون في وضعية تبعية لمؤسسة أخرى تملّي عليه شروطها، وهو ما يتطلب قواعد تحول دون هذه الممارسات المقيدة للمنافسة ليأخذ نظام اقتصاد السوق مجراه الطبيعي.

- إن حرية العون الاقتصادي في تحديد الأسعار قد تفضي إلى خطر بالمستهلك باعتباره طرفا ضعيفا ينضم إلى عقد ينفرد الطرف القوي بتحديد سعره¹⁷⁷. وهو ما يتطلب منافسة حرة حقيقية باعتبارها هي التي تدرأ عن المستهلك هذا الخطر كونها توفر له البدائل والاختيارات. وبالتالي فإن المنافسة الفعلية هي الضمانة الأساسية التي توفر للمستهلك سلعا وخدمات بأفضل المواصفات والأسعار، لذا حرص المشرع على تنظيمها على نحو يضمن منافعها في السوق، وهو ما جسده الأمر 03/03 الذي حظر جملة من الممارسات منها:

- الممارسات والأعمال المدبرة والاتفاقيات والاتفاقات الصريحة أو الضمنية الهادفة أو التي يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه، من هذه الممارسات عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها¹⁷⁸.

¹⁷⁴ - وهي نفسها المادة 4 من الأمر 05/96 المتعلق بالمنافسة (الملغى).

¹⁷⁵ - "إن هذه العناصر تمثل مشتزمات الثمن من الناحية الاقتصادية، أما الثمن من الناحية القانونية فهو يشمل كل العناصر التي تعود بالفائدة على البائع والتي تقابل في ذمته المالية قيمة الشيء المبّيع، ولذلك يكون الثمن في المعتاد مبلغا من النقود يعطى للبائع بالإضافة إلى المصاريف المختلفة. لكن ليس هناك ما يمنع أن يكون الثمن على شكل مقاصة بين ديون البائع للمشتري وحقوق المشتري على البائع، أو أن يكون في شكل دفع دين للغير على البائع وهذا يمكن تكييفه على أنه تعيين لجهة الدفع إذا لم يقبل الدائن صراحة أن يكون المشتري مدينا له، أو إنابة في حال قبوله". أنظر التمييز بين الثمن من الناحية الاقتصادية والناحية القانونية: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 149 (الهامش).

¹⁷⁶ - J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op.cit, p. 328.

¹⁷⁷ - Ibid., p. 331.

¹⁷⁸ - المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة.

- كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها قصد عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها¹⁷⁹.

- كل عقد شراء استثنائي يسمح لصاحبه باحتكار التوزيع في السوق¹⁸⁰.

- كل تعسف للمؤسسات في استغلال وضعية التبعية لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة، من ذلك الإلزام بإعادة البيع بسعر أدنى¹⁸¹.

- عرض الأسعار أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق¹⁸².

وعليه فإن المشرع قد اهتم بمحاربة الممارسات التي من شأنها إحداث ظروف أو أوضاع قد تؤدي إلى تقييد وعرقلة المنافسة ومن ثم التحكم في الأسعار على نحو يخالف السير الطبيعي لقانون العرض والطلب، بمعنى أن حرية الأسعار حتى في ظل اقتصاد السوق هي حرية مراقبة، وهذا هو حال الدولة الليبرالية الحديثة (L'Etat néo-libéral)¹⁸³.

لذا فإن قواعد المنافسة التي جاء بها المشرع باسم النظام العام الاقتصادي الجديد القائم على أساس الحرية الاقتصادية ترمي إلى تحقيق الفعالية الاقتصادية وتحسين معيشة المستهلكين¹⁸⁴. فالمستهلك معني بالدرجة الأولى بالعملية التنافسية بما توفره له من اختيار حر بين عدد كبير من السلع والخدمات وبما تحققه من معقولية في الأسعار تساعد على رفع قدراته الشرائية¹⁸⁵.

ثانيا- نظام تقنين الأسعار

تنص المادة 4 فقرة 2 من الأمر 03/03: "غير أنه يمكن أن تقيد الدولة المبدأ العام لحرية الأسعار وفق الشروط المحددة في المادة 5".

وعليه فإن المشرع منح الدولة إمكانية تقييد حرية الأسعار لكن وفق ضوابط حددتها المادة 5، هته الأخيرة تضمنت وجهين لتدخل الدولة في تقنين الأسعار (التسعير). الأول يتمثل في إمكانية الدولة تقنين أسعار بعض السلع والخدمات ذات الطابع الاستراتيجي، والثاني إمكانية اتخاذ الدولة لتدابير استثنائية في بعض الظروف.

1- تقنين أسعار السلع والخدمات ذات الطابع الاستراتيجي: تنص الفقرة الأولى من المادة 5: "يمكن تقنين أسعار السلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي بموجب مرسوم بعد أخذ رأي مجلس المنافسة".

179 - المادة 7 من نفس الأمر. ويقصد بـ"وضعية الهيمنة" الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني من شأنها عرقلة قيام سوق فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيها. (المادة 3 بند ج).

180 - المادة 10 من نفس الأمر.

181 - المادة 11 من نفس الأمر. ويقصد بـ"وضعية التبعية الاقتصادية" هي العلاقة التجارية التي لا تكون فيها لمؤسسة ما بديل مقارن إذا أرادت رفض التعاقد بالشروط التي تفرضها عليه مؤسسة أخرى سواء كانت زبونا أو ممونا. (المادة 3 بند د).

182 - المادة 12 من الأمر 03/03.

183 - J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, op.cit, p. 335.

184 - وهو ما صرحت به المادة الأولى من الأمر 03/03 بنصها: "يهدف هذا الأمر إلى تحديد شروط ممارسة المنافسة في السوق وتفاذي كل ممارسات مقيدة للمنافسة ومراقبة التجميعات الاقتصادية قصد زيادة الفعالية الاقتصادية وتحسين ظروف معيشة المستهلكين".

- محمد الشريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة إدارة، عدد 23، 2000، ص.53.185

وعليه فإن دور الدولة لا يقف عند مجرد تنظيم قواعد المنافسة في ظل نظام حرية الأسعار بل يتعدى ذلك إلى تدخلها مباشرة في تحديد أسعار بعض السلع والخدمات لكن وفق الشروط التالية:

أ- أن يتعلق الأمر بسلع وخدمات ذات طابع استراتيجي: وهي السلع والخدمات الأساسية التي تقوم عليه المعيشة والحياة اليومية للمجتمع كالكخبز والحليب والأدوية والمصادر الأساسية للطاقة، وخدمة النقل. ويبقى تحديد مدى اعتبار السلعة أو الخدمة ذات طبيعة استراتيجية خاضع لتقدير الدولة بحسب الظروف الاجتماعية والاقتصادية للبلاد.

ب- أن يتم التقنين بموجب مراسيم: حيث كان المرسوم التنفيذي رقم 119/95 المتضمن تصنيف السلع والخدمات الخاضعة لنظام الأسعار المقننة¹⁸⁶ ينص على أن يتم تحديد الأسعار بموجب قرارات وزارية أو بقرار من الوالي بالنسبة للنقل الحضري بالحافلات، ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 31/95 المتضمن كليات تحديد أسعار بعض السلع والخدمات الاستراتيجية¹⁸⁷، الذي أكد في مادته الثانية على أن يتم تحديد أسعار و/أو حدود الربح القصوى لبعض السلع والخدمات الاستراتيجية بمرسوم استنادا إلى المادة 5 من الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة (الملغى).

ج- استشارة مجلس المنافسة: وهو إجراء اشترطه المشرع في عملية تقنين الأسعار. حيث نظم الأمر 03/03 تشكيل وتسيير وصلاحيات مجلس المنافسة¹⁸⁸. وهو سلطة أنشئت لدى رئيس الحكومة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي مقره مدينة الجزائر¹⁸⁹، يتمتع بسلطة اتخاذ القرار والاقتراح وإبداء الرأي بمبادرة منه أو كلما طلب منه ذلك في أي مسألة أو أي عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة وتشجيعها مستعينا في ذلك بأي خبير أو شخص يمكنه الإفادة في هذا المجال، كما يمكنه أن يطلب من المصالح المكلفة بالتحقيقات الاقتصادية إجراء أي مراقبة أو تحقيق أو خبرة حول المسائل المتعلقة بالقضايا التي تدرج ضمن اختصاصه¹⁹⁰. وتكون قراراته قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر الذي يفصل في المواد التجارية¹⁹¹.

ولقد نصت المادة 36 من الأمر 03/03 على أن "يستشار مجلس المنافسة في كل مشروع نص تنظيمي له صلة بالمنافسة أو يدرج تدابير من شأنها على الخصوص:..- تحديد ممارسات موحدة في شروط البيع". ويدخل في هذا الإطار المراسيم المتضمنة تحديد أسعار السلع والخدمات.

ويبقى التساؤل حول مدى إلزامية رأي مجلس المنافسة، فمن ناحية فإن اشترط المشرع مجرد رأي مجلس المنافسة وليس موافقته على مشروع النص التنظيمي يوحى بعدم إلزامية هذا الرأي للحكومة، ومن ناحية أخرى فإن إلزام المشرع استشارة مجلس المنافسة كإجراء قانوني في عملية تقنين الأسعار يضيف على رأيه نوعا من الإلزام.

ولقد صدرت عدة مراسيم تحدد أسعار بعض السلع والخدمات نذكر منها:

- المرسوم التنفيذي رقم 39/96 المؤرخ في 15 جانفي 1996 يتضمن تعريفه نقل

الركاب برا.

186 - المرسوم التنفيذي رقم 119/95 المؤرخ في 28 أبريل 1995 (جريدة رسمية عدد 1995/25).

187 - المرسوم التنفيذي رقم 31/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 (جريدة رسمية عدد 1996/04).

188 - حيث سبق وأن نظم مجلس المنافسة بالأمر 06/95، ثم أعيد تنظيمه بموجب الأمر 03/03 في الباب الثالث منه.

189 - أنظر المادة 23 من الأمر 03/03.

190 - أنظر المادة 34 من نفس الأمر.

191 - أنظر المادة 63 من نفس الأمر.

- المرسوم التنفيذي رقم 132/96 المؤرخ في 13 أبريل 1996 يتضمن تحديد أسعار الدقيق والخبز في مختلف مراحل التوزيع.
- المرسوم التنفيذي رقم 44/98 المؤرخ في 1 فيفري 1998 يتعلق بحدود الربح القصوى عند الإنتاج والتوزيع والتوضيب التي تطبق على الأدوية المستعملة في الطب البشري.
- المرسوم التنفيذي رقم 50/01 المؤرخ في 12 فيفري 2001 يتضمن تحديد أسعار الحليب المبستر والموضب في الأكياس عند الإنتاج وفي مختلف مراحل التوزيع.
- المرسوم التنفيذي رقم 448/02 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 يتعلق بالتعريفات القصوى لنقل الركاب في سيارات الأجرة (طاكسي).
- المرسوم التنفيذي رقم 17/05 المؤرخ في 12 يناير 2005 يتضمن تحديد أسعار البيع عند دخول النفط الخام المصفاة وحدود الربح عند التوزيع وأسعار بيع المنتجات البترولية الموجهة للاستهلاك في السوق الوطنية.
- المرسوم التنفيذي رقم 13/05 المؤرخ في 09 يناير 2005 يحدد قواعد تسعير الخدمات العمومية للتزويد بالماء الصالح للشرب والتطهير وكذا التعريفات المتعلقة به.
- المرسوم التنفيذي رقم 14/05 المؤرخ في 09 يناير 2005 يحدد كفيات تسعير الماء المستعمل في الفلاحة وكذا التعريفات المتعلقة به.
- هذه بعض المراسيم التي تولت الدولة من خلالها تقنين بعض الأسعار والتعريفات وهي تعكس لنا رؤية الدولة للسلع والخدمات ذات الطابع الاستراتيجي في الوقت الحالي. كما يتضح من هذه المراسيم أن عملية تقنين الأسعار تتم بإحدى الطريقتين:
 - بصفة مباشرة عن طريق تحديد سعر أو تعريف السلعة أو الخدمة، أو حدودها القصوى.
 - بصفة غير مباشرة عن طريق تحديد الحدود القصوى للربح والذي على أساسه يتم تحديد سعر البيع وذلك بناء على سعر التكلفة أو سعر البيع بالجملة بالنسبة لسعر البيع بالتجزئة وغيرها من الأسس التي حددتها هذه النصوص¹⁹².

2- اتخاذ تدابير استثنائية: تنص المادة 5 من الأمر 03/03 في فقرتيها الأخيرتين: "كما يمكن اتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار أو تحديد الأسعار في حالة ارتفاعها المفرط بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو في حالات الاحتكارات الطبيعية. تتخذ هذه التدابير الاستثنائية بموجب مرسوم لمدة أقصاها (06) أشهر بعد أخذ رأي مجلس المنافسة".

فعلى خلاف الحالة السابقة حيث تتدخل الدولة في تحديد الأسعار في الظروف العادية وبصفة دائمة، فإن تدخل الدولة في هذه الحالة مرده ظروف عارضة تقتضي تدابير استثنائية مؤقتة لمواجهة، تتمثل في الحد من ارتفاع الأسعار أو تحديدها، لذا فإن تدخل الدولة في هذه الحالة مرهون بالشروط التالية:

-أ- حدوث اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو منطقة جغرافية معينة، أو حدوث احتكارات طبيعية، أي بوجه عام حدوث

¹⁹²- وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية أنه "متى كان القانون قد حدد للسلعة ربحا لا يجوز لتاجر التجزئة أن يتجاوزته منسوبا إلى سعر الشراء، وهو سعر يتحدد في كل حالة على أصول ثابتة في القانون، فإن هذه السلعة تعتبر من السلع المسعرة". وبالتالي تشملها أحكام التسعير. نقض في 20 ديسمبر 1948. أشار إليه: أحمد محمد محمود علي خلف، المرجع السابق، ص.113.

ظرف عارض يؤثر على وفرة السلع والخدمات كالحروب والكوارث الطبيعية أو الأزمات الاقتصادية.

- ب- ارتفاع مفرط في الأسعار بسبب تلك الظروف.
- ج- يجب أن تتخذ هذه التدابير الاستثنائية بموجب مرسوم.
- د- أخذ رأي مجلس المنافسة.
- هـ- يجب أن تتخذ هذه التدابير الاستثنائية لمدة أقصاها ستة (06) أشهر، أي أنها تدابير مؤقتة تتخذ لمواجهة ظروف عارضة، كما أنها تدابير مقيدة للمنافسة لذا يجب أن لا تطول. لكن يثور التساؤل عما إذا استمر الظرف لأكثر من (06) أشهر فهل يمكن تمديد العمل بهذه التدابير؟ بالرجوع إلى الأمر 03/03 نجده لا ينص على إمكانية تمديد هذه التدابير وهو ما يفهم منه ضرورة التأقلم مع هذا الوضع باعتباره واقعا جديدا وليس ظرفا عارضا.

هذان هما الوجهان اللذان يعكسان تدخل الدولة في تحديد الأسعار خروجاً على نظام حرية الأسعار أحدهما عادي والآخر استثنائي. وحينئذ يجب على الأعوان الاقتصاديين احترام هذه الأسعار تحت طائلة العقاب طبقاً للمادتين 22 و 23 من القانون 02/04. فعلى الرغم من أن الأمر 03/03 هو الذي تضمن نظام الأسعار إلا أن الجرائم المتعلقة بمخالفة نظام الأسعار تضمنها القانون 02/04 في الفصل الرابع من الباب الثالث منه تحت عنوان "ممارسة أسعار غير شرعية".

حيث نصت المادة 22 منه "كل بيع سلع أو تأدية خدمات لا تخضع لنظام حرية الأسعار، لا يمكن أن تتم إلا ضمن احترام نظام الأسعار المقننة طبقاً للتشريع المعمول به". والملاحظ أن هذه المادة أوردت لفظ "البيع" مطلقاً، فلم تفرق بين التجاري أو المدني، كما لم تستثن حالة البيع بالمزاد العلني ولا بالجزاف، ومع ذلك فإن البائع العرضي الذي ليست له صفة العون الاقتصادي لا يخضع لحكم هذه المادة باعتباره خارجاً عن نطاق تطبيق القانون 02/04.

كما منعت المادة 23 الممارسات الرامية إلى مايلي:

- "القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على أسعار السلع والخدمات غير الخاضعة لنظام الأسعار". لأن التسعير قد يتم على أساس سعر التكلفة مضافاً إليه هامشاً محدداً للربح¹⁹³، لذا يلجأ البعض إلى تضخيم سعر التكلفة لزيادة سعر البيع.
- "القيام بكل ممارسة أو مناورة ترمي إلى إخفاء زيادات غير شرعية في الأسعار". وذلك درءاً للتحايل على أحكام التسعير حيث يقوم البعض بإعلان أسعار تتماشى مع الأسعار المقننة لكنهم يحصلون على زيادات بطرق ملتوية.

ولقد اعتبرت المادة 36 من القانون 02/04 مخالفة أحكام المادتين 22 و 23 بمثابة ممارسات لأسعار غير شرعية يعاقب عليها بغرامة من (20,000 د.ج) إلى (200,000 د.ج).

هذا وقد تولى بعض الفقهاء تقييم نظام تقنين الأسعار حيث رصدوا له بعض المزايا والعيوب نوجزها فيما يلي¹⁹⁴:

أ- المزايا: من بين المزايا التي ترجى من سياسة تقنين الأسعار:

¹⁹³ - أنظر على سبيل المثال المادتين 2 و 3 من المرسوم التنفيذي 44/98 المؤرخ في 1998/02/01 المتعلق بحدود الربح القصوى عند الإنتاج والتوزيع والتوزيع التي تطبق على الأدوية المستعملة في الطب البشري (جريدة رسمية عدد 1998/05).

¹⁹⁴ - أحمد محمد محمود علي خلف، المرجع السابق، ص.115.

- أن تقنين الأسعار يحد من جشع الأعوان الاقتصاديين واستغلالهم لاحتياجات المستهلكين جريا وراء الربح.
- أن تقنين الأسعار يوفر الثبات والاستقرار لأسعار السلع والخدمات، وهو ما يمكن المستهلك من تخطيط إنفاقه في حدود دخله.
- أن تقنين سعر السلعة أو الخدمة يجعل سعرها معلوما لدى كافة ومن ثم يمكن للمستهلك مواجهة العون الاقتصادي والاحتجاج عليه بالسعر المعلوم، وإن كان التسعير عن طريق تحديد الربح يتطلب الرجوع للفواتير.
- أن تقنين سعر السلع والخدمات يسهل عملية الرقابة من طرف الهيئات المختصة وكذا المستهلكين وجمعيات حماية المستهلك.
- أن تقنين أسعار السلع والخدمات عن طريق الدولة يمكنها من ترشيد الاستهلاك عن طريق التحكم في أسعار السلع والخدمات الاستراتيجية.
- أن تقنين الأسعار وسيلة ناجعة لمواجهة وتسيير الأزمات الاقتصادية والظروف الاستثنائية بما يحقق المصلحة العامة.
- ب- العيوب: مما يعاب على سياسة تقنين الأسعار ما يلي:
 - أن تقنين الأسعار يخالف نظرية العرض والطلب وهو ما قد يؤدي إلى اختلال في توازن العرض والطلب.
 - أن تقنين الأسعار يؤدي في بعض الأوقات التي يقل فيها العرض إلى ظهور السوق السوداء واختفاء بعض السلع من السوق مما يصعب على المستهلك الحصول عليها ولو بأعلى من ثمنها.
 - إن التسعير عن طريق تحديد الأرباح القصوى قد يجعل الأعوان الاقتصاديين يتلاعبون في تكاليف الإنتاج والاستيراد خصوصا مع صعوبة الرقابة على هذه المعطيات.

وصفوة القول من دراستنا لنظام الأسعار في الجزائر هو أن اعتماد الجزائر لنظام اقتصاد السوق القائم أساسا على مبدأ حرية الأسعار لم يحل دون تدخل الدولة في هذا المجال، إما بطريقة غير مباشرة عن طريق تنظيم قواعد المنافسة وإما بطريقة مباشرة عن طريق تقنين الأسعار سواء في الظروف العادية بالنسبة للسلع والخدمات الاستراتيجية، أو باتخاذ تدابير استثنائية إذا اقتضى الحال، ولا شك أن هذا الازدواج يتمشى مع حداثة توجه الجزائر نحو اقتصاد السوق، كما يحقق مصلحة المستهلك بطبيعة الحال.

المطلب الثاني

تنفيذ الالتزام بإعلام الأسعار والتعريفات

بداية لا بد أن نشير إلى أن المواد المتعلقة بإعلام الأسعار والتعريفات لم تفرق بين السلع والخدمات المسعرة وغير المسعرة لذا فإن العون الاقتصادي ملزم بإعلام الأسعار والتعريفات سواء حددها هو أو حددت بمقتضى القانون، وهذه إحدى المغالطات التي يقع فيها بعض التجار ظنا منهم أن حريتهم في تحديد الأسعار وتغييرها تعفيهم من إعلان سعر محدد للجمهور. وعموما فمن خلال المادتين 5 و 6 من القانون 02/04 نجد تنفيذ الالتزام بالإعلام يقوم على ثلاث جوانب: طريقة الإعلام (أولا)، تحديد مقدار السلعة المقابل للسعر المعلن (ثانيا)، موافقة الأسعار والتعريفات المعلنة للمبلغ الإجمالي المدفوع مقابل السلعة أو الخدمة المقناة (ثالثا).

أولاً- طريقة الإعلام بالأسعار والتعريفات

تناولت الفقرتان الأوليان من المادة 5 من القانون 02/04 الطريقة التي يتم بها إعلام المستهلكين بالأسعار والتعريفات بنصها: "يجب أن يكون إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة. يجب أن تبين الأسعار بصفة مرئية ومقروءة".

فلما كان الهدف من الإعلام بالأسعار والتعريفات هو إضفاء الشفافية على الممارسات التجارية على نحو يستطيع معه المستهلك استقراء السوق وتحديد خياراته من بين مختلف السلع والخدمات المنافسة على ضوء قدراته ومتطلباته، لذا أوجب المشرع أن تبين هذه الأسعار بصفة مرئية ومقروءة حتى يتم الكشف التام عن رضا المستهلك بشأن الاتفاق الذي يتهيأ لإبرامه. ولقد أوردت المادة 5 بعض الطرق التي يتم بها الإعلام بالأسعار والتعريفات، كأن يضع العون الاقتصادي علامات تدل على سعر السلعة المعروضة، أو عن طريق الوسم¹⁹⁵ خصوصاً بالنسبة للسلع المعلبة أو المغلفة، أو عن طريق معلقات إذا تعلق الإعلام بسعر السلع المتماثلة في صنفها ونوعها ووزنها حتى ولو تعددت الأمكنة التي تعرض فيها السلعة داخل المحل. وفي هذا الصدد أوجب المشرع أن تعلق التعريفات التي تطبق على الخدمات التي يقدمها أصحاب سيارات الأجرة الفردية أو الجماعية بشكل واضح داخل السيارات¹⁹⁶.

ونظراً لاختلاف السلع والخدمات من حيث طبيعتها فإن المشرع أعطى الحرية في اختيار الوسيلة الأنسب للإعلام في كل مرة، لكن في كل الأحوال يشترط أن تبين الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة حتى تؤدي الوسيلة المستعملة وظيفتها في إعلام المستهلك. ويبقى تقدير مدى كفاية وسيلة الإعلام ووضوحها من مسائل الواقع التي يختص بها قاضي الموضوع. فمثلاً قضت محكمة النقض المصرية أن تعليق لافتة أو وجود كتلوج لا يكفي لامتناع مسؤولية التاجر فلا يصح القول بأن الكتلوج الخاص بالأسعار من شأنه أن يوفر للعملاء العلم بأسعار البضاعة الموجود على أساس أن اللافتة أو الكتلوج يغنيان عما استلزمه القانون في شكل ظاهر تحديد السعر والنوع والصنف¹⁹⁷.

وقد يحدث عملياً عدم بقاء البطاقة الموضوعية على السلعة في مكانها إما لحركة التاجر أو كثرة أيدي المستهلكين التي تتناول السلع، فيكون من التكاليف بالمستحيل تكليف البائع بملاحظة بطاقات الأسعار بصفة دائمة وإلا أدى ذلك إلى تعطيل عمله التجاري¹⁹⁸. وبالنتيجة فمادام المشرع يلزم البائع بأن يعلم المستهلك بالسعر أو التعريفه فهو في الحقيقة إنما يلزمه بلغة القانون المدني- بتحديد "ثمن" السلعة أو الخدمة وإعلانه للجمهور، ومن ثم فيجب أن يتحقق في السعر المعلن شروط الثمن، وهي أن يكون مبلغاً من النقود ولا يغني عن النقود شيء آخر في العقد، كما يجب أن يكون السعر (الثمن) جدياً ولا يكون كذلك إذا كان تافهاً أو صورياً، أما شرط تقدير السعر أو قابليته للتقدير فهو تحصيل حاصل مادام التزام البائع

¹⁹⁵ - عرف المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش "الوسم" في المادة 2 منه بأنه: "جميع العلامات والبيانات وعناوين المصنع أو التجارة والصور والشواهد أو الرموز التي تتعلق بمنتوج ما والتي توجد في أي تغليف أو وثيقة أو كتابة أو سمة أو خاتم أو طوق يرافق منتوجاً ما أو خدمة أو يرتبط بهما".

¹⁹⁶ - أنظر المادة 7 من المرسوم التنفيذي 448/02 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بالتعريفات القصوى لنقل الركاب في سيارات الأجرة "طاكسي". (جريدة رسمية عدد 2002/58).

¹⁹⁷ - نقض في 19/12/1967. حيث حدد المشرع المصري طريقة الإعلام بالأسعار بموجب المادة 19 من القرار رقم 180 لسنة 1950 المعدلة بالقرار رقم 138 لسنة 1952. أنظر: أحمد محمد محمود علي خلف، المرجع السابق، ص. 117-119.

¹⁹⁸ - نفس المرجع، ص. 120.

بالإعلام لا بد أن يسبق بمرحلة التقدير، ومن باب أولى إذا كانت السلعة مسعرة فلا خيار للبائع إلا الالتزام بالسعر الذي حدده القانون.

مع الإشارة أخيراً إلى أن إلزام العون الاقتصادي (البائع) بالإعلام على النحو الذي سبق بيانه هو قاصر على علاقته بالمستهلك أما علاقته بنظرائه من الأعوان الاقتصاديين كعلاقة تاجر التجزئة بتاجر الجملة أو المنتج بالتاجر فإن المادة 7 من القانون 02/04 تناولت طريقة الإعلام بالأسعار والتعريفات في هذه الحالة بنصها: "يلزم البائع في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين بإعلام الزبون بالأسعار والتعريفات عند طلبها، ويكون هذا الإعلام بواسطة جداول الأسعار أو النشرات البيانية أو دليل الأسعار أو بأية وسيلة أخرى ملائمة ومقبولة بصفة عامة في المهنة".

يتبين من ذلك أن العون الاقتصادي غير ملزم بإعلام الأسعار والتعريفات إلى باقي الأعوان الاقتصاديين إلا إذا طلب منه ذلك، وحينئذ يكون الإعلام بجداول الأسعار أو النشرات البيانية أو دليل الأسعار، وهي وسائل يقتصر دورها على إعلام من يطلع عليها فقط بخلاف الوسائل التي يتم بها إعلام المستهلك كالعلامات والوسم والمعلقات التي يجب أن تظهر وتوجه للجميع.

ثانياً- تحديد مقدار السلعة المقابل للسعر المعلن

إن تحديد العون الاقتصادي لسعر البيع وإعلانه للجمهور يقتضي بالضرورة تحديد مقدار السلعة الذي يقابل السعر المعلن عنه، وإلا فلا جدوى من تبين السعر للمستهلكين إذا لم يحدد لهم مقدار المبيع المقابل لهذا السعر حتى يتسنى لهم الإعلام الذي يتوخاه المشرع. لذا نصت المادة 5 في فقرتها الثالثة بأنه: "يجب أن توزن أو تعد أو تكال السلع المعروضة للبيع سواء كانت بالوحدة أو بالوزن أو بالكيل أمام المشتري. وعند ما تكون هذه السلع مغلفة أو معدودة أو موزونة أو مكيّلة يجب وضع علامات على الغلاف تسمح بمعرفة الوزن أو الكمية أو عدد الأشياء المقابلة للسعر المعلن".

يتضح من هذه الفقرة أنها تخص السلع التي تباع بالمقادير سواء عن طريق العد كقوالب الإسمنت أو الأجر مثلاً، أو عن طريق الوزن كالخضر والفواكه والحبوب، أو عن طريق الكيل بالنسبة للسوائل أو عن طريق المقاس كالقماش والخيوط والأنابيب.

فإذا تعلق البيع بهذا الصنف من السلع نكون بصدد "البيع بالتقدير" وهو "البيع الذي يستلزم لتعيين المبيع فيه عد أو وزن أو كيل أو مقاس، ويترتب على هذا التقدير انتقال الملكية لأن به يتم تعيين المبيع"¹⁹⁹.

وفي هذه الحالة أوجب المشرع من خلال المادة 5 أن يتم التقدير (الفرز) أمام المشتري، أو من ينوب عنه طبقاً للقواعد العامة، وذلك حرصاً على الشفافية في المعاملات وتسهيلاً للرقابة، وعليه فإن التقدير يجب أن يتم عند البيع أو عند تسليم المبيع للمشتري²⁰⁰.

لكن تسهيلاً للعمل يقوم بعض التجار بالتقدير مسبقاً خارج أوقات البيع ثم يتم عرض السلعة محددة المقدار على الجمهور لبيعها، وهناك سلع تسوق محددة المقدار منذ إنتاجها كالمشروبات والمياه المعدنية والمواد المصبرة كالطماطم المعلبة مثلاً، ففي هذه الحالة يجب

¹⁹⁹ - إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص. 125. ومع أن المادة 5 فقرة 3 لم تنص على حالة التقدير عن طريق المقاس إلا أنه يدخل في فحواها.

²⁰⁰ - سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ص. 81.

على التاجر أو المنتج أو المصنع طبقا للمادة 5 وضع علامة على الغلاف أو العبوة تسمح بمعرفة الوزن أو الكمية أو عدد الأشياء المقابلة للسعر المعلن.

وطبقا للمادة 365 ق.م.ج، فإنه يترتب على تبيان مقدار المبيع المقابل للسعر المعلن أنه إذا وجد نقص في مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عن هذا النقص في حدود ما يقضي به العرف، أما إذا كان النقص جسيما في مقدار المبيع بحيث لو علمه المستهلك لم أتم البيع فحينئذ يجوز لهذا الأخير أن يطلب فسخ العقد.

أما إذا تبين أن مقدار السلعة يزيد على ما تم تحديده في الغلاف وكان السعر مقدرا بحسب الوحدة مع كون السلعة غير قابلة للتقسيم أصلا أو في تقسيمها ضرر للبائع، ففي هذه الحالة يجب على المستهلك إكمال الثمن ما لم تكن هذه الزيادة جسيمة بحيث لو علم بها عند الشراء لما أتم العقد حيث يجوز له عندئذ طلب فسخ العقد. أما إذا كانت السلعة قابلة للتقسيم كما لو بيع كيس من السكر على أنه يتضمن 20 كلغ وتبين أنه 30 كلغ، فيأخذ المستهلك القدر المبين على الكيس ويترك الباقي للبائع ولا يجوز للمستهلك إلزام البائع بتسليم كل الكمية الموجودة في الكيس مقابل زيادة السعر، كما لا يجوز أيضا للعون الاقتصادي إلزام المستهلك بذلك مع الزيادة²⁰¹. لذا فإن إلزام المشرع تحديد مقدار المبيع المقابل للسعر المعلن فيه حماية للمستهلك والعون الاقتصادي البائع أيضا.

لكن ماذا لو تم وضع علامة السعر على السلعة لكن دون تحديد مقدارها؟: إن عدم تحديد مقدار السلعة لا يؤثر في انعقاد العقد إذا كان المبيع محددًا بذاتيته دون تحديد مقداره، إذ نكون حينئذ بصدد "البيع بالجزاف". وهو بيع ينصب على أشياء مثلية قابلة للتقدير لكنه لا يتم بتقدير هذه الأشياء وإنما يتم جزافا بحسب ما هو موجود منها في مكان أو حيز مكاني معين بالذات مقابل ثمن واحد بقطع النظر عن العدد أو الكيل أو الوزن، مثال ذلك ما يفعله بعض تجار الخضر والفواكه من بيعها في شكل أكوام محددة بذاتها لا بمقاديرها مقابل سعر محدد. ففي هذه الحالة بالرغم من أن الشيء محل البيع مما يوزن أو يعد أو يكال أو يقاس إلا أنه مع ذلك لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير أو إفراز بل هو معين بالذات انطلاقا من تعيين الحيز المكاني الذي يوجد فيه²⁰²، لذا تنتقل الملكية في بيع الجزاف من وقت البيع دون حاجة للإفراز طبقا للمادة 362 ق.م.ج.

ويظل البيع جزافا بهذا المعنى حتى ولو انصب على جزء شائع من الأشياء الموجودة في مكان معين، كالربع أو النصف مثلا، وحتى لو اقتضى تسليم المبيع أن تقدر الأشياء الموجودة في هذا المكان لمعرفة مقدار المبيع، وهو الربع أو النصف، لأن التقدير في هذه الحالة لازم للتسليم وليس للبيع ذاته²⁰³.

لكن إذا جاز بيع الجزاف في ظل القواعد العامة فإن المادة 5 فقرة 3 من القانون 02/04 حينما فرضت على العون الاقتصادي تقدير السلعة المعروضة للبيع وتبيين المقدار المقابل للسعر المعلن، تكون بذلك قد استبعدت صيغة البيع بالجزاف من نطاق عقود الاستهلاك، وهذه إحدى نتائج الشفافية التي تبناها المشرع في القانون 02/04، وفي ذلك حماية للمستهلك نظرا

201- إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص.217.

202- سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص.81.

203- نفس المرجع، ص.82.

لكون طريقة البيع بالجزاف قد تضلل وتغرر المستهلك البسيط، بل إن فقهاء الشريعة الإسلامية شددوا في شروط البيع بالجزاف نظراً لاقترابه من دائرة الغرر المحظور²⁰⁴.

وأخيراً يجب التركيز على أن حكم الفقرة 3 من المادة 5 يخص السلع المثلية التي تباع عن طريق التقدير، أما غيرها من السلع التي تباع بذاتها كالأجهزة والآلات مثلاً فإن وضع علامة السعر عليها دليل على ثمنها باعتبارها كلاً لا يتجزأ.

بالإضافة لذلك فإن هذه الفقرة ركزت على السلع دون الخدمات على الرغم من أن الخدمات هي الأخرى يخضع مقدمها للالتزام بإعلام أسعارها وتعريفاتها، وذلك لأن مضمون هذه الفقرة يتنافى مع طبيعة الخدمة باعتبارها أداء وليس شيئاً. على أنه لا بد من تحديد الخدمة باعتبارها محلاً للعقد يجب تعيينه، بل إن بعض الخدمات تقتضي تحديد المقدار المقابل للسعر المعلن، فمثلاً سائق سيارة الأجرة يجب أن يحدد الوحدة المقابلة للسعر المعلن (مثلاً 10,5 د.ج للكيلومتر الواحد).

ومع ذلك فإن إلزام مقدم الخدمة بإعلام الأسعار أو التعريفات في بعض الخدمات قد يثير إشكالات عملية خصوصاً بالنسبة للخدمات التي يختلف الأداء والجهد المبذول فيها بحسب الظروف، حيث لا يمكن تحديد مقابل الخدمة إلا بعد تقديمها وتقدير الجهد المبذول فيها، ومن ثم لا يمكن تحديد سعر وإعلانه للمستهلكين منذ البداية، ولعل ذلك ما استدركه المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 5 التي أحالت على التنظيم تحديد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات.

ثالثاً- موافقة الأسعار والتعريفات المعلنه للمبلغ الإجمالي المدفوع مقابل اقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة

إضافة إلى طريقة الإعلام فإن المادة 6 من القانون 02/04 أضافت عنصراً موضوعياً تتوقف عليه شرعية الإعلام بنصها: "يجب أن توافق الأسعار والتعريفات المعلنه للمبلغ الإجمالي الذي يدفعه الزبون مقابل اقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة".

حيث يقع أحياناً أن يتم إعلان أسعار أو تعريفات بعض السلع والخدمات ثم يفاجأ المستهلك عند مباشرته للعقد بإضافة مبالغ نظير بعض الملحقات أو مقابل أشياء أو أداءات ترتبط بتسليم السلعة أو تنفيذ الخدمة محل العقد، وعادة ما تظهر هذه الإضافات عند تنفيذ العقد مما يوقع المستهلك في إحراج، مثال ذلك حساب قيمة الأكياس أو الأغلفة التي يوضع فيها المبيع، أو أن يطلب من المسافر دفع مقابل لحمل أمتعته العادية فوق تذكرة السفر المعلن عنها، أو أن يطلب الجراح قيمة الأدوية المستعملة في العملية الجراحية فوق الثمن المعلن لتأدية هذه العملية. ففي هذه الأمثلة وغيرها يجد المستهلك نفسه في إحراج حيث يصعب عليه التراجع عن العقد إما لاعتبارات أدبية أو واقعية.

ولا شك أن هذا الأسلوب مخادع لأن الأسعار والتعريفات المعلنه تبدو للمستهلك مناسبة لكنه يدفع في نهاية المطاف أكثر مما أعلن لاقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة المعلن عنها، فضلاً عن كونه أسلوباً للتحايل على أحكام التسعير، حيث يظهر السعر المعلن للجمهور وهيئات الرقابة موافقاً لما يحدده التشريع إلا أن العون الاقتصادي يحصل في الحقيقة على ما يفوق السعر المعلن عنه.

²⁰⁴ - أنظر شروط البيع بالجزاف في المذهب المالكي: شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص.20.

تفاديا لذلك أوجب المشرع من خلال المادة 6 أعلاه، أن تكون الأسعار والتعريفات المعلن عنها تشمل قيمة كل ما يتطلبه اقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة من طرف المستهلك، أي أن السعر المعلن أو التعريفات تشمل قيمة السلعة وملحقاتها وما يلزم لاقتنائها من أكياس وأغلفة...، وكذلك قيمة الخدمة وما يرتبط بها، وما يتطلبه أداؤها من أدوات ومواد لازمة للحصول عليها.

ويترتب على ذلك أن العون الاقتصادي ملزم بأن يمكن المستهلك من اقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة مقابل السعر أو التعريفات المعلنة إذا أقدم المستهلك على التعاقد أي أبدي قبوله للإيجاب المعلن وفي ذلك حماية لرضا المستهلك.

لكن بالرجوع إلى القواعد العامة نجدها تتضمن فحوى الحماية التي توفرها المادة 6 من القانون 02/04 للمستهلك، ذلك أن إعلان العون الاقتصادي للأسعار والتعريفات على السلع والخدمات المعروضة هو بمثابة إيجاب متى صادفه قبول مطابق من طرف المستهلك انعقد العقد، وحينئذ يجب على العون الاقتصادي طبقا للمادة 107 ق.م.ج تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام العون الاقتصادي بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

كما أن العون الاقتصادي حال كونه بائعا ملزما طبقا للمادتين 364 و367 ق.م.ج بتسليم السلعة للمستهلك وذلك بأن يضعها تحت تصرفه على نحو يمكنه من حيازتها والانفصال بها دون عائق حسبما يتفق وطبيعة الشيء المبيع، والتسليم يشمل أصل المبيع وملحقاته، والملحقات تشمل بدورها "كل ما يعتبر من المستلزمات الضرورية لاستعمال الشيء المبيع بحيث لا يكتمل انتفاع المشتري بالمبيع من دونها"²⁰⁵.

لذا فإن تمكين المستهلك من اقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة بالسعر المعلن عنه مضمون بموجب القواعد العامة انطلاقا من اعتبار عرض السلعة أو الخدمة مع إعلان سعرها يعد إيجابا ينعقد به العقد متى صادفه قبول مطابق من طرف الجمهور، وحينئذ يجب على العون الاقتصادي تنفيذ العقد على النحو الذي سبق بيانه، دون أن يلزم المستهلك بأي زيادة بداعي أن السعر أو التعريفات المعلنة لا توافق المبلغ الحقيقي اللازم لاقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة.

وقد يثور نزاع بين المستهلك والعون الاقتصادي حول مدى اعتبار شيء أو أداء معين يدخل ضمن مستلزمات اقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة فيتمسك به المستهلك باعتباره مشمولاً بالسعر المعلن، في حين يشترط العون الاقتصادي إضافة قيمته باعتباره ليس كذلك، فحينئذ يجب الرجوع للعرف الجاري والمعتاد في التعامل حسب السلعة أو الخدمة محل العقد وللقاضي سلطة التقدير في ذلك.

هذه هي العناصر الثلاثة التي يقوم عليها تنفيذ التزام البائع بإعلام الأسعار والتعريفات حسبما يستشف من المادتين 5 و6 من القانون 02/04 وهي تقودنا إلى نتيجة هامة مفادها أن هذا القانون حينما ألزم العون الاقتصادي بإعلام الأسعار والتعريفات على النحو المبين إنما هو يفرض عليه اتخاذ مركز "الموجب"، ذلك لأن تنفيذ الالتزام بالإعلام عن طريق وضع علامات تبين أسعار وتعريفات ومقدار السلع أو الخدمات المعروضة من شأنه أن يجعل عرض السلعة أو الخدمة على هذا النحو بمثابة إيجاب موجه للجمهور²⁰⁶، لكونه عرضا باتا محددا ودقيقا يعبر

²⁰⁵ - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.218.

²⁰⁶ - أنظر: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.72. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.110.

عن الإرادة الجازمة في التعاقد، وعليه إذا أبدى المستهلك رغبته في التعاقد أي أبدى قبوله انعقد العقد، وعلى العون الاقتصادي أن يلتزم بتنفيذه. "ولا يؤثر في اعتباره إيجاباً كونه موجه لشخص غير معين لأن توجيه الإيجاب لأشخاص غير معينين بالذات لا يؤثر في تكييفه طالما ينعقد العقد بمجرد صدور القبول من أي شخص كان"²⁰⁷.

ويترتب على ذلك أنه لم يعد ثمة مجال في عقود الاستهلاك لما يعرف بالدعوة للتعاقد أو التفاوض التي يباح فيها للداعي لها رفض التعاقد باعتبارها ليست عرضاً باتاً وإنما مجرد مرحلة استطلاع للآراء، وهذا في حد ذاته وجه آخر لحماية المستهلك، الذي يمكنه إلزام العون الاقتصادي بالتعاقد متى أصدر المستهلك قبوله.

وعليه فإذا كان الإيجاب والقبول في ظل النظرية التقليدية للعقد يتصفان بالتجرد²⁰⁸ أي أن كلا من المتعاقدين يمكن أن يكون موجبا أو قابلا حسب المفاوضات الجارية بينهما، أو أن يكون أحدهما موجبا ثم يتحول إلى قابل حسب العروض المتبادلة، فإن خصوصية القانون 02/04 تكمن في كونه فرض على العون مركز الموجب وترك للمستهلك من الجهة الأخرى صلاحية إصدار القبول أي أن ينضم إلى العقد برمته دون تفاوض، وإن كان إعلان البائع للأسعار والتعريفات لا يعني بالضرورة عدم قابليتها للمناقشة من طرف المستهلكين.

المطلب الثالث

أثر مخالفة الالتزام بإعلام الأسعار والتعريفات

إن المخالفات المرتبطة بإعلام الأسعار والتعريفات تتجلى في أحد الوجهين، إما عدم الإعلام من أساسه (أولاً)، وإما من خلال الإعلام بأسعار وتعريفات غير شرعية (ثانياً).

أولاً- عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات

لقد ركز القانون 02/04 على الجزاءات العقابية المترتبة عن مخالفة الالتزام بالأسعار والتعريفات حيث تنص المادة 31 منه: "يعتبر عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات مخالفة لأحكام المواد 7.6.4 من هذا القانون، ويعاقب عليه بالغرامة من خمسة آلاف دينار (5,000 د.ج) إلى مائة ألف دينار (100,000 د.ج)".

وتعتبر جريمة عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات من الجرائم السلبية التي تقع بطريقة الترك كما تعد أيضاً من الجرائم السلوكية، فلا يشترط لتمامها تحقق نتيجة معينة²⁰⁹. والملاحظ أن المادة 31 أعلاه لم تعاقب على مخالفة أحكام المادة 5 التي تبين كيفية تنفيذ الالتزام بالإعلام وذلك لأن مخالفة المادة 5 يجسد في الحقيقة الركن المادي لجريمة عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات مخالفة لأحكام المادة 4، لذا اكتفى المشرع بالمعاقبة على مخالفة المادة 4 دون المادة 5 مادام مخالفة الأولى يفترض بالضرورة مخالفة الثانية، وإن كان يبدو الأصح هو أن تذكر المادة 5 بدل المادة 4 في نص المادة 31.

أما عقاب المشرع على مخالفة حكم المادة 6 علاوة على المادة 4 يرجع لكون العون الاقتصادي قد يلتزم بالمادة 4 لكن دون التزامه بالمادة 6 وذلك بأن يلتزم بطريقة إعلان الأسعار والتعريفات طبقاً للمادة 5 دون أن تكون هذه الأسعار والتعريفات المعلنة موافقة للمبلغ الإجمالي

²⁰⁷ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 91.

²⁰⁸ - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 104.

²⁰⁹ - أحمد محمد محمود علي خلف، المرجع السابق، ص. 118.

الذي يدفعه الزبون مقابل اقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة، لذا خصت المادة 6 بالعقاب لأن مخالفتها لا يقتضي بالضرورة مخالفة المادة 4.

في حين تشكل مخالفة أحكام المادة 7 جريمة عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات بين الأعران الاقتصاديين التي يختلف ركنها المادي عنه في علاقة هؤلاء بالمستهلكين. هذا بخصوص الآثار الجزائية لمخالفة البائع للالتزام بإعلام الأسعار والتعريفات، أما الآثار المدنية لمخالفة هذا الالتزام فنقتضي منا الرجوع إلى القواعد العامة. إن الأثر المباشر لمخالفة الالتزام بإعلام الأسعار والتعريفات هو أن يكيف عرض السلعة أو الخدمة على الجمهور مجرد دعوة للتعاقد أو التفاوض وليس إيجاباً، ذلك أن الأسعار والتعريفات (الثن) عنصر أساسي في عقد الاستهلاك يفقد التعبير عن الإرادة جزمه ودقته من دونه، ومن ثم لا يصلح لإنشاء التزامات في ذمة العون الاقتصادي. ويترتب على ذلك أن يصير المستهلك إما في موقع الموجب إذا قدم عرضاً محدداً ودقيقاً، أو في موقع المفاوض وحينئذ يكون عرضة لاستغلال العون الاقتصادي نظراً لاختلال القدرات الفنية والاقتصادية بين الطرفين التي تلعب دوراً هاماً في نتيجة التفاوض.

كما أن اعتبار عرض السلعة أو الخدمة في هذه الحالة مجرد دعوة للتعاقد يمنح العون الاقتصادي طبقاً للقواعد العامة حرية التعاقد من عدمه دون أي مسؤولية، إلا إذا ارتكب خطأ سبب ضرراً للطرف الآخر²¹⁰. وهو ما سيضعف مركز المستهلك الذي لا مناص له من تلبية حاجاته مهما كان الثمن. لكن القانون 02/04 قاوم هذه الوضعية في المادة 15 منه التي اعتبرت كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع، ومنعت على العون الاقتصادي رفض التعاقد، وهذا أحد أوجه الحماية التي كفلها هذا القانون للمستهلك كما سوف نبين لاحقاً²¹¹. وفي كل الأحوال فإنه يمكن للمستهلك وبوجه عام كل متضرر من عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات أن يتأسس كطرف مدني في الدعوى للمطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار جراء ذلك طبقاً للمادة 65 من القانون 02/04.

ثانياً- ممارسة أسعار غير شرعية

لقد تناول القانون 02/04 ممارسة الأسعار غير الشرعية في الفصل الثاني من الباب الثالث منه المتعلق بنزاهة الممارسات التجارية إلا أننا سنتعرض لهذه الممارسات في هذا المقام نظراً لارتباطها الوثيق بالالتزام الاقتصادي بإعلام الأسعار والتعريفات.

فمن خلال المادتين 23.22 من القانون 02/04 فإنه يعتبر ممارسة لأسعار غير شرعية

ما يلي:

- عدم احترام نظام الأسعار المقننة بالنسبة للسلع والخدمات غير الخاضعة لنظام حرية الأسعار (المادة 22).

- القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على أسعار السلع والخدمات غير الخاضعة لنظام حرية الأسعار (المادة 23 فقرة 1).

- القيام بكل ممارسة أو مناورة ترمي إلى إخفاء زيادات غير شرعية في الأسعار (المادة

23 فقرة 2).

²¹⁰ - رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط.3، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص.69.

²¹¹ - أنظر المبحث الأول من الفصل الثاني المتعلق بحماية المستهلك تجاه رفض التعاقد، ص.97.

ولقد عاقبت المادة 36 على هذه الممارسات بالغرامة من عشرين ألف دينار (20,000 د.ج) إلى مائتي ألف دينار (200,000 د.ج).

أما الآثار المدنية المترتبة عن هذه الممارسات فإنه فضلا عن حق المستهلك في التأسيس كطرف مدني في الدعوى الجزائية لطلب التعويض عما لحقه من أضرار نتيجة هذه الممارسات، طبقا للمادة 65 من القانون 02/04، فإنه وبالرجوع إلى القواعد العامة يمكن للمستهلك أن يستند إلى دعوى استرداد غير المستحق كما يمكنه طلب الإبطال للتدليس.

1- دعوى استرداد غير المستحق: إذا لم يحترم العون الاقتصادي نظام الأسعار المقننة وذلك بأن باع سلع أو قدم خدمات خاضعة لنظام تقنين الأسعار بسعر أو ربح يتجاوز السعر أو الربح المحدد قانونا، فإن هذه الزيادات تعتبر من قبيل الدفع غير المستحق طبقا للفقرة الأولى من المادة 143 ق.م.ج التي تنص: "كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده".

فالزيادة التي يحصل عليها العون الاقتصادي فوق السعر أو الربح المحدد قانونا هي بمثابة تسلم منه لمبلغ من المال على سبيل الوفاء غير مستحق له قانونا، لذا فهو ملزم برده إلى المستهلك شريطة أن لا يكون المستهلك يعلم أنه غير ملزم بما دفعه إلا أن يكون ناقص أهلية أو أكره على هذا الوفاء²¹².

وطبقا للمادة 147 ق.م.ج، فإنه إذا كان من تسلم غير المستحق سيئ النية فإنه يلتزم أيضا برد الأرباح التي جناها من الشيء الذي تسلمه بغير حق، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيئ النية. وفي الحالة التي نحن بصددنا فإن سوء نية العون الاقتصادي ثابت حيث يفترض علمه بالسلع والخدمات الخاضعة لنظام تقنين الأسعار وكذا الأسعار والأرباح المحددة لها، كونها تحدد بموجب مراسيم يتم نشرها في الجريدة الرسمية وهو ما يقيم عليه قرينة العلم بها باعتباره شخصا مهنيا مخاطبا بهذه الأسعار، وبالتالي فهو ملزم بأن يرد للمستهلك - علاوة على المبلغ الزائد عن السعر أو الربح القانوني - الفرق الناجم عن تغيير سعر العملة²¹³ باعتباره من فوائد وأرباح المبلغ الذي تسلمه بغير حق.

وتسقط دعوى المستهلك في استرداد ما دفعه بغير وجه حق طبقا للمادة 149 ق.م.ج بانقضاء عشر سنوات من يوم علمه بحقه في الاسترداد أو بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق في جميع الأحوال.

لذا فإن للمستهلك الخيار في حال دفعه لمبلغ يفوق السعر المحدد قانونا بين دعوى التعويض طبقا للمادة 65 من القانون 02/04، أو دعوى استرداد غير المستحق مراعيًا في اختياره قيمة ما يعود عليه من فائدة في كل مرة وما تتطلبه كل دعوى من إثبات بالإضافة إلى عامل الوقت.

2- دعوى الإبطال للتدليس: إن ممارسة العون الاقتصادي لأسعار غير شرعية سواء عن طريق القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على أسعار السلع والخدمات غير الخاضعة لنظام حرية الأسعار، أو عن طريق القيام بمناورات ترمي إلى إخفاء زيادات

²¹² - أنظر المادة 143 فقرة 2 مدني جزائري .

²¹³ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.471.

غير شرعية في الأسعار هو من قبيل التدليس الذي يخول للمستهلك طلب الإبطال إذا تعرض لهذه الممارسات.

فطبقاً للمادة 86 ق.م. ج فإن التدليس يقوم على عنصرين مادي ومعنوي²¹⁴:
فالعنصر المادي يتمثل في الوسائل والحيل المستعملة من طرف العون الاقتصادي قصد تضليل المستهلك وإيهامه بأن السعر أو الربح الممارس معقول وقانوني. فالكذب المتمثل في التصريح المزيف بأسعار التكلفة وكذا المناورات التي يخفي من خلالها العون الاقتصادي الزيادة غير الشرعية في السعر هي بمثابة أعمال إيجابية لا لبس فيها تؤسس الركن المادي للتدليس.
أما العنصر المعنوي فيتمثل في نية التضليل والخداع عند المدلس، أي أن تكون الحيل المستعملة تهدف إلى خداع المدلس عليه وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد. وهذا هو ما يهدف إليه العون الاقتصادي من تصريحاته المزيفة بسعر التكلفة أو مناوراته لإخفاء الزيادة غير الشرعية للسعر، وذلك قصد إيهام المستهلك أن السعر الممارس شرعي ومن ثم دفعه إلى التعاقد وفق هذا السعر.

وعليه إذا أثبت المستهلك أن تلك التصريحات المزيفة أو المناورات هي التي دفعته للتعاقد بهذا السعر، جاز له أن يطلب إبطال العقد خلال خمس سنوات من اكتشافه للتدليس الذي تعرض له، على أن لا تتجاوز المدة عشر سنوات من وقت تمام العقد طبقاً للمادة 101 ق.م. ج.

ويترتب على إبطال العقد إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإن كان ذلك مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل²¹⁵. بالإضافة إلى ذلك فإن إبطال العقد للتدليس يعطي للمستهلك (المدلس عليه) حق التعويض عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التدليس.
إذا هذه أوجه الحماية المدنية التي نرى إمكانية استناد المستهلك إليها في حال سقوطه ضحية أسعار غير شرعية من خلال القواعد العامة. حيث وإن جاز للمستهلك أن يتأسس كطرف مدني في الدعوى الجزائية لطلب التعويض فإنه قد يرى مصلحته في اللجوء إلى هذه السبل في حالات معينة.

وأخيراً فإنه إذا كان يحظر على العون الاقتصادي تجاوز السعر المقنن، فهل هو حر في التخفيض؟ من الواضح أن جريمة ممارسة أسعار غير شرعية تستهدف الزيادة غير القانونية للأسعار أما التخفيض عن السعر أو هامش الربح المقنن فهو خارج عن هذا الحظر، بمعنى جواز المنافسة في حدود السعر المقنن وهذا يخدم بلا شك مصلحة المستهلك. لكن هذه المنافسة تبقى دائماً منوطة باحترام قواعد المنافسة التي تحظر من جهتها بموجب المادة 12 من الأمر 03/03 "عرض أو ممارسة أسعار بيع مخفضة بشكل تعسفي للمستهلكين مقارنة بتكاليف الإنتاج والتحويل والتسويق إذا كانت هذه العروض أو الممارسات تهدف أو يمكن أن تؤدي إلى إبعاد مؤسسة أو عرقلة أحد منتوجاتها من الدخول إلى السوق". ففي هذه الحالة يكون التخفيض محظوراً باعتباره يدخل ضمن الممارسات المقيدة للمنافسة المعاقب عليها²¹⁶.

²¹⁴ - علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 127.

²¹⁵ - أنظر المادة 103 ق.م.ج، مع الإشارة إلى أن الفقرة الأخيرة من هذه المادة بعد تعديلها صارت تنص على أنه "يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالماً به". إلا أن هذا الحكم لا ينطبق على المدلس كون العقد في هذه الحالة مصيره الإبطال وليس البطلان، خصوصاً وأن المادة 103 قد حرصت في فقرتها الأولى على التفرقة بين الحالتين.

² - أنظر المادة 56 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، التي تعاقب على الممارسات المقيدة للمنافسة بغرامة لا تتفوق 7% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم، المحقق في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختتمة. وإذا كان مرتكب المخالفة شخصاً طبيعياً أو معنوياً أو منظمة مهنية لا تملك رقم أعمال محدد، فالغرامة لا تتجاوز ثلاثة ملايين دينار (3000,000 د.ج).

المبحث الثاني إلتزام البائع بالإخبار

يجد هذا الإلتزام أساسه في المادة 8 من القانون 02/04 التي تنص: "يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة"
فالمشروع لم يكتف بإلزام البائع بضرورة إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات بل تجاوز ذلك إلى ضرورة إخباره بالمعلومات النزيهة الصادقة التي تبصره بحقيقة العقد الذي يقدم عليه.

فالتقدم الصناعي والتقني الذي صار يطبع مختلف المنتوجات والخدمات وما واكبه من تطور لفن التعاقد بما رتب من تعقيدات قانونية باعد الهوة بين العون الاقتصادي صاحب الخبرة والاحتراف وبين المستهلك البسيط فلم يعد بمقدور هذا الأخير إدراك ما يجري حوله من تطورات. ولتدارك هذه الفجوة ألزم المشروع العون الاقتصادي بمصارحة المستهلك بالمعلومات التي تبصره وتجعله على بينة من أمره عند اتخاذ قراره بالتعاقد.

وعلى الرغم من أن المادة 8 أعلاه وردت ضمن الباب الثاني المتعلق بإعلام الأسعار والتعريفات وشروط البيع، إلا أن الجوانب الفنية والقانونية التي تميز مضمون هذه المادة جسدت لنا التزاما متميزا اصطلاحنا عليه "الإلتزام بالإخبار"، الذي - وإن عد مظهرا لإعلام المستهلك - فإنه يختلف من حيث مضمونه وآثاره القانونية عن الإلتزام بإعلام الأسعار والتعريفات على النحو الذي بيناه، وهو ما استدعى منا أفراد مبحث خاص به نقسمه إلى ثلاث مطالب:

المطلب الأول: ماهية الإلتزام بالإخبار.

المطلب الثاني: تنفيذ الإلتزام بالإخبار.

المطلب الثالث: جزاء الإخلال بالإلتزام بالإخبار.

المطلب الأول

ماهية الالتزام بالإخبار

لم يكن من اليسير على الفقهاء تحديد المعنى الدقيق لهذا الالتزام وذلك يرجع لحدائته نسبيًا واختلاف المصطلحات المستخدمة للدلالة عليه، مما جعل مفهوم هذا الالتزام يتغير بحسب المصطلح المستخدم في كل مرة. وللوقوف على ماهية الالتزام بالإخبار سوف نتعرض لبعض تعريفاته الفقهية ومقاربتها بما تضمنته المادة 8 أعلاه (أولاً) ، لنقف بعدها على أهم الخصائص التي يمكن رصدها لهذا الالتزام (ثانياً).

أولاً- تعريف الالتزام بالإخبار

لقد اخترنا مصطلح "الإخبار" انطلاقاً من المادة 8 من القانون 02/04 التي استخدمت هذا المصطلح بنصها "يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك..".

فاقد تعددت الألفاظ التي استعملها شراح القانون للدلالة على ما يقدمه أحد المتعاقدين لآخر من معلومات، فبالإضافة إلى "الإخبار" نجد الإفشاء، التبصير، الإعلام، النصح، في حين اختار بعضهم عبارات دالة على ذلك مثل الإدلاء بالبيانات، تقديم المعلومات²¹⁷. وكذلك الحال بالنسبة للمصطلحات التي استعملها الشراح الفرنسيون: "Information"، "Renseignement" أي البيانات والمعلومات التي تعرف بشخص أو شيء ما، "Conseil" بمعنى النصيحة²¹⁸.

وعلى الرغم من تمييز بعض الشراح بين هذه الألفاظ سواء من حيث أثرها على تشديد هذا الالتزام وطبيعته (إيجابي أو سلبي) ومعياره (موضوعي أو شخصي) وغيرها من أوجه الاختلاف²¹⁹، إلا أن البعض الآخر يرى أن هذه الألفاظ ما هي إلا مترادفات لبعضها والخلاف بينها لغوي فقط أو نظري، لا يرقى لدرجة التمييز بينها نظراً لما بينها من تداخل وترايط. من هنا رأى جانب من الفقه أن هذه العبارات والألفاظ لا تفضي إلى التزامات متعددة وإنما هناك التزام واحد يستهدف تحقيق هدف واحد هو أن يتعاقد الشخص عن بصر وبصيرة تجعل رضاه حراً مستتراً على نحو أفضل، وتجعل التعاقد قائماً على مزيد من الثقة المشروعة بين الأطراف²²⁰.

²¹⁷ - فمن بين الذين استعملوا هذه الألفاظ:

- "الإخبار": محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج، ط.1، دار الفكر العربي، 1983، ص.22.
- "الإفشاء": حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للمبيع، المكتب الفني للإصدارات القانونية 1999.
- "التبصير": سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية 1990. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.222.
- "الإعلام"، "النصح": نعيم مغيب، قانون الأعمال، مكتبة الحلبي الحقوقية، 2000، ص.203. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.224. - "الإدلاء بالبيانات": نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات، ط.2، دار النهضة العربية، 1990.
- "تقديم المعلومات": حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون الكويتي (دراسة مقارنة)، 1989، ص.436.

²¹⁸ - Jack Bussy, op. cit., p.387.

²¹⁹ - Ibidem.

²²⁰ - حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للمبيع، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 1999، ص.43.

ومع ذلك فإن هذا التعدد الاصطلاحي قد ألقى بضلاله على تعريف الفقهاء لهذا الالتزام فضلا عن تباين الجوانب التي ينظر إليه من خلالها²²¹:

فهناك من تأثر بأصل هذا الالتزام متمسكا بالتفرقة اللفظية بين الإخبار (Information) والإعلام (Renseignement) على أساس أن الأول ذو أصل قانوني والثاني ذو أصل قضائي، ومن ثم يعرف الإخبار بأنه "واجب فرضه القانون لاسيما على بعض البائعين المهنيين أو المؤسسات بتقديم معلومات عن موضوع العقد أو العملية العقدية التي سيواجهونها بوسائل مناسبة وبيانات إخبارية أو إعلانية"، في حين يعرف هؤلاء الإعلام بأنه "الواجب الضمني الذي أوجده القضاء والذي بمقتضاه يلتزم الطرف الأكثر تخصصا والأفضل معرفة بإبلاغ الطرف الآخر بالبيانات المتعلقة بموضوع العقد".

إلا أن هذا التمييز -الذي تبناه بعض الشراح في فرنسا- كان محلا للنقد من حيث أن هذا التأسيس ليس دقيقا، بل الالتزامين لهما نفس الأصل ومضمونهما متماثل إلى حد كبير إذ المقصود من كل منهما إبلاغ الطرف الآخر بعنصر موضوعي يتمثل في معلومات مجردة. في حين ركزت تعريفات أخرى على صفات وخصائص الشيء محل التعاقد يتجلى ذلك خصوصا بالنسبة للمنتجات الخطرة التي تتطلب تنبيه المتعاقد إلى كل المخاطر التي قد تتجم عنها وذلك ببيان كيفية استعمالها والتحذير من كافة مخاطرها، ومن ثم يعرف هؤلاء الإفضاء بهذه البيانات بأنه "واجب قانوني يقع على عاتق منتجي وبائعي المنتجات الصناعية الخطرة بالإدلاء للمشتري بكافة بياناتها وخاصة تلك المتعلقة بكيفية استخدامها والتحذير مما قد ينجم عنها من أضرار أثناء استعمالها أو الاحتفاظ بها". إلا أن التركيز على المواد الخطرة فيه تضيق لنطاق الالتزام بالإخبار الذي يتسع مداه لأبعد من ذلك.

وهناك من ينطلق في تعريفه لهذا الالتزام من كونه يهدف أساسا إلى سلامة الإرادة وجعلها حرة مستتيرة بحيث يقبل المتعاقد على إبرام العقد وهو على بينة من أمره، لذا يعرف بعضهم الالتزام بإعلام المستهلك بأنه "التزام عام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك ويتعلق بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك".

وفي نفس المعنى يعرف البعض الالتزام بالتبصير بأنه "تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما، أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع، حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسبا في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد".

وبهذا المعنى أيضا أخذ الدكتور "نزيه المهدي" الذي يرى أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو "التزام سابق على التعاقد محله قيام المدين به بإخطار الطرف الآخر (الدائن) بكافة البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه سواء من ناحية شروطه أو أوصاف الشيء محله، أو مدى سعة التعهدات المتبادلة الناشئة عنه"²²².

ونحن نرى أن تعريف الدكتور نزيه المصري هو أقرب التعريفات الفقهية للالتزام بالإخبار على نحو ما أورده المادة 8 من القانون 02/04 وإن لم يركز على صفة أطراف هذا الالتزام. وعليه يمكننا تعريف الالتزام بالإخبار انطلاقا من النص الحرفي للمادة 8 بأنه "التزام قانوني يسبق اختتام عملية البيع، يقوم بموجبه العون الاقتصادي البائع (المدين) بإخبار المستهلك (الدائن) حسب طبيعة المنتج أو الخدمة محل البيع بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة

²²¹ - أنظر هذه التعريفات وأصحابها: نفس المرجع، ص. 43-51..

²²² - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص. 45.

بمميزات هذا المنتج أو الخدمة، وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع".

ومن خلال هذا التعريف ننتقل إلى بيان خصائص الالتزام بالإخبار.

ثانياً- خصائص الالتزام بالإخبار

من خلال المادة 8 يمكننا أن نستخلص عناصر الالتزام بالإخبار التي نخترها فيما

يلي:

1- أطراف الالتزام بالإخبار: نصت المادة 8 على أن "يلتزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك..."، من هنا فإن طرف هذا الالتزام هما البائع المدين بالالتزام بالإخبار والمستهلك الدائن به.

فبالنسبة للدائن وهو المستهلك، فإن إخباره بالمعلومات الصادقة والنزيهة حول العقد المراد إبرامه سواء من حيث محله أو شروطه أو مدى المسؤولية المترتبة عنه، يعد مظهراً من مظاهر حماية المستهلك، فهذا الأخير يفترق للدراية الفنية التي تؤهله لإدراك خصائص المبيع وطريقة استعماله وتجنب مخاطره خصوصاً مع ما صارت تتميز به المنتجات من تقنية عالية ومعقدة يعجز الرجل المتخصص أحياناً عن فهمها فما بالك بالمستهلك البسيط، كما أن هذا الأخير لا يملك الدراية القانونية الكافية التي تؤهله لإدراك الأبعاد القانونية للعقود التي يقدم عليها خصوصاً وأنها غالباً ما تتضمن شروطاً ترتب آثاراً عادة ما تخدم مصلحة البائع الذي يستغل غفلة المستهلك وإقدامه على التعاقد دون تمحيص، من هنا ألزم المشرع البائع إخبار المستهلك وتبصيره بكل هذه التفاصيل حتى يكون على بينة من أمره.

واقتران حق الإخبار على المستهلك دون غيره هو من أوجه الاختلاف التي تميزه عن الالتزام بالإعلام، فهذا الأخير هو حق للمستهلك حسب المادة 5 من القانون 02/04، كما هو حق للعون الاقتصادي إذا طلب ذلك طبقاً للمادة 7 من نفس القانون، والاختلاف هو طريقة الإعلام بالأسعار والتعريفات في كل مرة فقط، أما الحق في الإخبار فهو مقصور على المستهلك وحده دون العون الاقتصادي إذا كان في مركز المشتري.

ومع ذلك فإن ثمة من يرى أن هذا الالتزام لا يقتصر على المستهلك فحسب وإنما يمتد لغيره من الزبائن، كل ما في الأمر أن نطاق هذا الالتزام يتسع ويضيق بحسب صفة هذا الزبون²²³، فينتسج لأقصى حد ممكن له إذا تعلق الأمر بالمستهلك لافتراض جهله المشروع ببيانات العقد ومحلّه، ويلحق بالمستهلك المهني الذي يتعاقد خارج تخصصه فهو وإن كانت لديه بعض المعلومات إلا أنها تظل ناقصة وغير دقيقة لذا على البائع إكمال هذه المعلومات وإزالة هذا الغموض عنها على ضوء ما يتوفر لديه من معلومات أما إذا كان المشتري محترفاً يتعاقد في مجال تخصصه فإن نطاق التزام البائع بالإخبار يتلاشى لافتراض علم هذا المحترف بمختلف جوانب العقد الذي يقدم عليه.

وعلى الرغم من عدالة هذا الرأي إلا أننا نرى وجوب التمسك بصفة المستهلك كما أوردته المادة 3 من القانون 02/04 لتقرير حق المشتري في الإخبار، وذلك لسبب رئيسي يتمثل في تجريم مخالفة هذا الالتزام²²⁴، وهو ما يقتضي التمسك الحرفي بالمادة 8 وعدم اللجوء إلى

²²³ - أنظر: عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 121. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 224-225.

²²⁴ - حيث تعاقب المادة 32 من القانون 02/04 على مخالفة أحكام المادة 8 بالغرامة من عشرة آلاف دينار (10,000 د.ج) إلى مائة ألف دينار (100,000 د.ج).

التأويل، فضلا عن أن المشتري إذا كان مهنيا يمكنه اللجوء إلى القواعد العامة التي قد يجد فيها ضالته كنظرية التدليس أو الغلط أو العلم الكافي بالمبيع إذا توافرت شروطها.

أما بالنسبة للمدين بالالتزام بالإخبار: فنجد المادة 8 عبرت عليه بـ "البائع"، وكما سبق الذكر فإن البائع يقصد به العون الاقتصادي حال كونه بائعا لسلع أو خدمات تميزا لعقد البيع عن باقي العقود التي قد يباشرها العون الاقتصادي، وذلك انطلاقا من النطاق العام لتطبيق القانون 02/04 باعتباره يخص علاقة الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم و علاقة هؤلاء والمستهلكين. كما أن هذا التفسير يتماشى مع كون العون الاقتصادي هو شخص مهني يفترض علمه بالسلع أو الخدمات التي يسوقها من حيث مكوناتها وخصائصها وكيفية استعمالها والأخطار التي تحيط بها خصوصا إذا كان العون الاقتصادي هو المنتج ذاته، كما أن العون الاقتصادي هو الذي يحدد بنود العقد وشروطه وينحصر دور المستهلك على التوقيع على العقد بشكل روتيني، كل ذلك يبرر أفعال كاهله بهذا الالتزام.

أما البائع العرضي الذي لا تثبت له صفة العون الاقتصادي فلا يمكن مساءلته بهذا الالتزام لكونه يفتقر أصلا لهذه المعلومات فضلا عن أن عقود البيع العرضية عادة ما تكون نتيجة تفاوض ومساومة وهو ما ينفي تفرد البائع بإعداد شروط العقد وبنوده، لذا فليس من العدل إتيال كاهله بالالتزام بالإخبار مادام فاقد الشيء لا يعطيه، وحينئذ يمكن للمستهلك أعمال القواعد العامة تجاه هذا البائع العرضي كالتدليس أو الغلط أو عدم العلم الكافي إذا توافرت شروطها طبعاً.

مع الإشارة إلى أن المادة 8 لم تفرق بين كون البائع منتجا أو تاجرا أو حرفيا أو مقدم خدمات، وبالتالي فكل هؤلاء مدينون تجاه المستهلك بالالتزام بالإخبار، وهو ما يستلزم استعلام التاجر عن مواصفات ومميزات السلعة من منتجها حتى يكون قادرا على تنفيذ التزامه بالإخبار، ومع ذلك يرى البعض أن هذا الالتزام يختلف مداه حسب ما إذا كان البائع هو المنتج أو كان مجرد موزع وليس المنتج إذ الأول باعتباره منتجا يكون أعرف بخصائص ومميزات السلعة وهو ما يقتضي إفضاءه بكل ما يعلم فعلا وما يجب أن يعلم من بيانات. أما الموزع فإن التزامه ينحصر في حدود المعلومات التي يعلمها أو يفترض أن يعلمها حسب تخصصه، فهذا الرأي وإن كان منطقيا بل ومتماشيا مع المبررات التي تعفي البائع العرضي من الالتزام بالإخبار، لكن يجب أن لا يتخذ ذريعة على حساب المستهلكين، خصوصا وأن الموزع يمكنه أن يرجع على المنتج تجاه ما يترتب على المبيع من مخاطر وعيوب²²⁵.

2- وقت الالتزام بالإخبار: يتولى البائع تنفيذ التزامه بالإخبار "قبل اختتام عملية البيع" وذلك لأن هذا الالتزام هو خطوة نحو تبصير المستهلك وتعزيز رضاه، لذا يجب أن يكون قبل تمام العقد حتى يتسنى له اتخاذ الموقف المناسب من العقد. ومع ذلك فإن عبارة "قبل اختتام عملية البيع" التي وردت في المادة 8 تبدو غامضة نوعا ما، فما المقصود بها؟ هل قبل تطابق الإيجاب والقبول، أم قبل تنفيذ الالتزامات المترتبة عن عقد البيع، وفي مقدمتها التسليم، بعبارة أخرى ما المقصود بـ "عملية البيع" وما حدودها؟ في الحقيقة لا يمكننا إعطاء إجابة حاسمة ولكن إذا اعتبرنا أن الالتزام بالإخبار يهدف أساسا إلى حماية إرادة المستهلك وتبصير رضاه - كما يرى أغلب الفقه- فإن وقت الإخبار يجب أن يكون قبل تطابق الإيجاب والقبول اللذان ينبرم بهما العقد، لذا كان يستحسن لو استعمل المشرع عبارة أكثر دقة كـ "قبل إبرام العقد" أو "يلتزم

البائع قبل التعاقد" وهي العبارات التي استعملها جل الفقهاء في تعريفهم لهذا الالتزام كما سبق البيان.

وتكمن أهمية توخي الدقة في تحديد الوقت الذي ينفذ فيه الالتزام بالإخبار كونه أحد العناصر التي يقوم عليها الركن المادي لجريمة عدم الإخبار.

3- محل الالتزام بالإخبار: ينصب التزام البائع بالإخبار على جوانب ثلاثة وهي مميزات المنتج أو الخدمة محل البيع، وشروط البيع الممارس، وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع.

ويبدو من خلال المادة 8 أن هذه الثلاثة وردت على سبيل الحصر، لذا فإن البائع غير ملزم بإخبار المستهلك بالمعلومات المتعلقة بجوانب أخرى غير التي ذكرت في المادة 8. وبالتالي فإن الالتزام بالإخبار يتميز من حيث محله عن الالتزام بالإعلام الذي ينصب على أسعار وتعريفات السلع والخدمات وكذا وزن أو كمية أو عدد الأشياء المقابلة للسعر المعلن.

وبذلك فإن القانون 02/04 لم يقتصر بالنسبة لمحل الالتزام بالإخبار على مميزات السلعة أو الخدمة محل البيع وهو ما يركز عليه جل الفقهاء كمحل لهذا الالتزام²²⁶، وإنما وسع من نطاقه ليشمل شروط العقد والحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية وهذا يؤكد ما سبق ذكره من أن القانون 02/04 لم يركز في حمايته للمستهلك على رعاية رغباته الاستهلاكية المشروعة والمحافظة على أمنه وسلامته فقط، وإنما تجاوز ذلك لمراعاة المركز التعاقدى الضعيف للمستهلك بوجه عام، وهذا ما يميزه على القانون 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الذي اقتصر فيه نطاق إعلام المستهلك على بعض المعلومات المتعلقة بالمنتج المعد للاستهلاك فقط²²⁷ دون التركيز على شروط العقد أو الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية.

4- مضمون الالتزام بالإخبار: يتمثل مضمون هذا الالتزام في المعلومات النزوية

والصادقة التي يقدمها البائع للمستهلك.

وطبقا للمادة 8 فإن مضمون الالتزام بالإخبار يختلف باختلاف طبيعة المنتج، فمثلا إذا كان المنتج خطرا فعلى البائع أن يدلي للمستهلك بالبيانات المتعلقة بالاستعمال الصحيح لهذا المنتج كما يجب عليه تحديد مكامن الخطر فيه وتحذير المستهلك منها²²⁸. والملاحظ أن المادة 8 ركزت على طبيعة المنتج، وتجاهلت طبيعة الخدمة في حين أن طبيعة الخدمة لها أثر في تحديد مضمون الالتزام بالإخبار فمثلا التزام الطبيب بتبصير المريض يتغير مداه تبعا لخطورة العملية الجراحية التي يقدم عليها.

²²⁶ - حيث يركز جل الفقهاء عند تطرقهم للالتزام بالإخبار (الإعلام - الإفشاء - التبصير) على المنتجات الخطرة والحديثة باعتبارها محلا لهذا الالتزام، أما شروط العقد أو حدود المسؤولية التعاقدية فلا يلقى لها بال. أنظر على سبيل المثال: عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 115. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص. 21. علي السيد حسن، المرجع السابق، ص. 82. حمدي أحمد سعد، المرجع السابق.

²²⁷ - تنص الفقرة الأخيرة من المادة 3 من القانون 02/89: "يقدم المنتج وفق مقاييس تغليفه، ويذكر مصدره وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله والاحتياطات الواجب اتخاذها من أجل ذلك وعمليات المراقبة التي أجريت عليه".

²²⁸ - أنظر: محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص. 22. علي السيد حسن، المرجع السابق، ص. 87.

كما يلاحظ أن المشرع ضبط هذه المعلومات بالصدق والنزاهة وهو أمر يقتضيه مبدأ حسن النية والثقة المتبادلة بين المتعاقدين، وعليه فإن تنفيذ البائع للالتزامه مرهون بتقديم معلومات تتصف بالصدق والنزاهة، فإذا أخل بأحد هذين الضابطين عد مخلا بالتزامه بالإخبار. وبالرجوع إلى شراح القانون نجدهم مختلفين حول مضمون هذا الالتزام في كل مرة، نتيجة اختلافهم حول المصطلحات الدالة عليه كما سبق الذكر، فبعضهم يرى أن دور البائع سلبي أو موضوعي يقتصر على الإدلاء بالمعلومات التي تهم الدائن (المستهلك) حول الشيء محل التعاقد بما يعرفه به وينير رضاه، في حين يرى آخرون أن دور البائع يتعدى ذلك إذ يجب أن يكون إيجابياً أو شخصياً وذلك بأن يقدم النصح والتحذير للمستهلك، بل إن البعض يفرض على البائع باعتباره ذو خبرة واحتراف واجب الاستعلام وذلك بأن يناقش احتياجات وأغراض المستهلك ويدرسها لاختيار المنتج أو الخدمة الأكثر ملائمة وإشباعاً لهذه الاحتياجات والأغراض²²⁹.

وبالتالي فإن مضمون التزام البائع بالإخبار يتفاوت من حيث شدته بين مجرد الإدلاء ببيانات موضوعية و تقديم النصح والإرشاد، وواجب الاستعلام، وعلى الرغم من أن المادة 8 أنطت مضمون الإخبار بطبيعة المنتج أو الخدمة إلا أنه يستحسن لو أنها كانت أكثر تدقيقاً ليكون البائع على بينة من أمره بخصوص هذا الالتزام.

5- طريقة الإخبار: لم تحدد المادة 8 طريقة محددة ينفذ من خلالها التزام البائع بالإخبار حيث اكتفت بعبارة "...بأية طريقة كانت..". ويفهم من ذلك أن البائع يمكنه أن يقدم هذه المعلومات شفويًا أو كتابياً عن طريق الكتلوج أو النشريات أو بأي طريقة أخرى تفي بالغرض. ولقد حدد المشرع في بعض الحالات وسيلة معينة يتم بها الإخبار، وبالتالي لا تغني عنها وسيلة أخرى، فمثلاً اشترط القانون 02/89 في الفقرة الأخيرة من المادة 3 منه ضرورة ذكر بعض المعلومات في الغلاف كمصدر المنتج وتاريخ صنعه، وبالتالي فهذه المعلومات لا تغني عنها وسيلة أخرى غير الكتابة على غلاف المنتج. كما أوجب المشرع أن تكون السلعة الخاضعة لإجبارية الضمان مرفوعة -إضافة إلى شهادة الضمان- بدليل استعمال يحرق باللغة العربية وعند الاقتضاء بلغة أخرى يفهمها المستهلك²³⁰. وبالتالي لا يغني في هذه الطائفة من المنتجات استعمال وسيلة أخرى لتبيين طريقة الاستعمال، كالشرح مشافهة مثلاً.

وعادة ما يتم الإخبار عن طريق الوسم، والوسم كما عرفته المادة 2 من المرسوم التنفيذي 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش هو "جميع العلامات والبيانات وعناوين المصنع أو التجارة والصور والشواهد والرموز التي تتعلق بمنتج ما والتي توجد في أي تعليق أو وثيقة أو كتابة أو سمة أو خاتم أو طوق يرافق منتجاً ما أو خدمة أو يرتبط بها". ووسيلة الإخبار ترتبط ارتباطاً وثيقاً بأهمية المعلومات محل الإخبار وكذا طبيعة المنتج أو الخدمة ذاتها، فمثلاً إذا كان المنتج خطيراً فإن المعلومات المتعلقة بمخاطره والوقاية منها، أو البيانات المتعلقة بفترة صلاحية المنتج للاستهلاك يجب أن تكون واضحة ومتميزة ولصيقة بالمنتج، ولا يكفي مجرد الإخبار الشفوي بها أو طبعها على وئاق منفصلة على المنتج لأهمية هذه المعلومات وضرورة التذكير المستمر بها.

229 - أنظر: حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص.39.

230 - أنظر المادتين 6،3 من القرار المؤرخ في 10 مايو 1994 المتضمن كليات تنفيذ المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات.

وهنا نتساءل عن الإعلانات الإشهارية هل تكفي على قيام البائع بالإخبار؟ بالرجوع إلى تعريف الإشهار في المادة 3 من القانون 02/04 نجده بمثابة إعلان موجه للجمهور بوجه عام، في حين أن الالتزام بالإخبار هو حق لشخص بذاته وهو المستهلك الذي يتقدم للتعاقد، أي في ذلك انتقال من العموم إلى التخصيص الذي يقتضي التعامل وفق معيار شخصي مع هذا المتعاقد.

ومن ناحية أخرى فإن الإشهار يهدف أساساً إلى الترويج للسلع والخدمات، ووظيفة الترويج تقتضي التركيز على الخصائص والمميزات الإيجابية للسلع أو الخدمات محل الإشهار والمبالغة في تبين محاسنها والتحريض على اقتنائها، مقابل السكوت على سلبياتها، في حين أن التزام البائع بالإخبار لا يهدف للترويج وإنما يهدف إلى تزويد المستهلك بالمعلومات الصادقة والنزيهة التي تبصره بحقيقة العقد المراد إبرامه ومحلّه دون مبالغة ولا تحريض، وهو ما يقتضي الإفضاء بالخصائص الإيجابية والسلبية إن وجدت. وحتى إن افترضنا أن الإشهار قد يتضمن معلومات صادقة ونزيهة حول مميزات المبيع وشروط العقد والحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية، فلا يوجد ما يضمن وصول الإشهار للمستهلك المتعاقد، لذا فإن الإشهار لا يمكن أن يغني عن واجب الإخبار.

6- طبيعة الالتزام بالإخبار: يرى أغلب الفقه أن الالتزام بالإخبار يعتبر التزاماً ببذل عناية²³¹، حيث يقع على العون الاقتصادي البائع أن يقدم للمستهلك المعلومات الصادقة والنزيهة المتعلقة بمميزات المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وغيرها من المعلومات دون ضمان النتيجة المرجوة من الإخبار وهي ملائمة محل العقد وبنوده لرغبات المستهلك أو ضمان سلامته و حسن استعماله للمبيع، ويترتب على ذلك أنه يجب إثبات تقصير البائع وتقاعسه عن الإخبار بالمعلومات الصادقة والنزيهة لثبوت إخلاله بهذا الالتزام.

ويرى آخرون أن هذا الالتزام يتدرج من حيث القوة لدرجة أنه قد يصل إلى حد يصبح فيه التزاماً بتحقيق نتيجة، بحسب عدة عوامل منها خطورة أو حداثة المنتج المباع وصفة المهني والمشتري وهو ما سار عليه القضاء الفرنسي دون أن يلتزم مبدأ واحداً²³².

بل إن البعض يرى أنه إذا ما تعلق الإخبار بمعلومات تتعلق بسلامة المشتري فإن الالتزام بالإخبار لا يمكن أن يكون إلا التزاماً بتحقيق نتيجة، وأن عبء الإثبات لا يقع على المشتري (المستهلك)، بل يكون على البائع إذا ما أراد التنصل من المسؤولية أن يقيم الدليل على أنه قام بواجبه في التحذير كما ينبغي، وذلك تأسيساً على أن الالتزام بالإخبار في هذه الحالة مبني على التزام البائع بضمان السلامة²³³.

هذه أهم الملامح التي يمكن رصدها من خلال المادة 8 من القانون 02/04 بشأن التزام البائع بالإخبار وهي كفيلاً بتمييزه عن التزام البائع بإعلام الأسعار والتعريفات، حيث يتجلى الفرق بين هذين الالتزامين في الأوجه التالية:

- إن الإعلام بالأسعار والتعريفات هو حق للمستهلك وكذلك العون الاقتصادي إذا طلبه، أما الإخبار فهو حق للمستهلك وحده.

- إن محل الالتزام بالإعلام هو أسعار وتعريفات السلع والخدمات وكذا وزن أو كمية أو عدد الأشياء المقابلة للسعر المعلن، وهي معلومات ترتبط أساساً بأركان عقد البيع طبقاً للقواعد العامة. أما محل الالتزام بالإخبار فهو مميزات المنتج أو الخدمة وكذا شروط البيع والحدود

²³¹ - أنظر: محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص.16. علي سيد حسن، المرجع السابق، ص.106.

²³² - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.224.

²³³ - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص.106.

المتعلقة بالمسؤولية التعاقدية وهي معلومات لا يلتزم البائع بتبیینها في ظل القواعد العامة، لذا فالالتزام بالإخبار فيه تعزيز للشفافية في المعاملات.

- لم تحدد المادة 8 طريقة محددة يتم بها الإخبار، في حين يتم الإعلام بالأسعار والتعريفات حسب المادة 5 من القانون 02/04 عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأي وسيلة أخرى شريطة أن تبين الأسعار أو التعريف بصفة مرئية ومقروءة، أي يجب أن يتم الإعلام كتابة.

- وأخيرا فإن المشرع ميز بين الاثنين من حيث العقوبة، حيث عاقبت المادة 31 على مخالفة أحكام المواد 7.6.4 المتعلقة بالتزام البائع بإعلام بالغرامة من (5000د.ج) إلى (100,000د.ج). في حين عاقبت المادة 32 على مخالفة أحكام المادة 8 المتعلقة بالتزام البائع بالإخبار بالغرامة من (10,000د.ج) إلى (100,000د.ج).

إن أوجه الخلاف هاته تبرر ضرورة الفصل بين الالتزامين من الناحية الموضوعية، وذلك على الرغم من أن القانون 02/04 أوردهما تحت عنوان واحد وهو "الإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع"، وعلى الرغم أيضا من شمول مصطلح الإعلام لمصطلح الإخبار.

المطلب الثاني

تنفيذ الالتزام بالإخبار

إن تنفيذ البائع لالتزامه بالإخبار يختلف بحسب ما إذا كان الإخبار يتعلق بمميزات المنتج أو الخدمة (أولا) أو شروط العقد الممارس (ثانيا) أو الحدود المتعلقة بالمسؤولية التعاقدية (ثالثا)، وهو ما سنتناوله تباعا.

أولا- الإخبار بمميزات المنتج أو الخدمة

يجب على البائع أن يخبر المستهلك قبل اختتام عملية البيع بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج²³⁴. ولم تحدد المادة 8 هذه المعلومات بالذات وإنما أناطتها بطبيعة المنتج أو الخدمة، ومع ذلك يمكننا الرجوع إلى القانون 02/89 للوقوف على أهم المعلومات التي يجب أن يتولى البائع إخبار المستهلك بها. حيث تنص المادة 3 منه في فقرتها الأخيرة "ينبغي.. أن يقدم المنتج وفق مقاييس تغليفه وأن يذكر مصدره وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله والاحتياجات الواجب اتخاذها من أجل ذلك وعمليات المراقبة التي أجريت عليه". ثم تلتها المادة 4 التي تنص "تكيف العناصر المنصوص عليها في المادة 3 أعلاه حسب طبيعة وصنف المنتج و/أو الخدمة بالنظر للخصوصيات التي تميزه والتي يجب أن يعلم بها المستهلك حسب ما تتطلبه البضاعة المعنية".

وبالتالي فإن القانون 02/89 قد حدد معلومات بعينها يجب أن يعلم بها المستهلك كتابة على غلاف المنتج وأنطتها هو الآخر بطبيعة المنتج أو الخدمة، وهي:

²³⁴ - لقد نص قانون الاستهلاك الفرنسي على هذا الوجه للإخبار في المادة (L 111-1) المتفرعة عن تشريع 18 جانفي 1992 التي تنص: "Tout professionnel vendeur de Biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contra, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du Bien au du service"
- J. Calais -Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p.55 .

1- مصدر المنتج: على البائع أن يخبر المستهلك بالمعلومات النزيهة والصادقة حول مصدر المنتج، سواء من حيث أصله إن كان طبيعياً أو اصطناعياً وتحديد هذا الأصل بدقة، كأن يذكر أن العصير المباع طبيعي مستخلص من الليمون أو العنب أو التفاح...، كما يجب على البائع أن يعلم المستهلك بالعناصر التي يتكون منها المنتج إذا كان مصنعا، خصوصا إذا كانت محل اعتبار لدى المستهلك كنسبة السكريات، أو الكولسترول أو الكحول، بل إن بعض الجاليات المسلمة في الغرب صار يشغلها طريقة الذبح لأن كل هذه المعلومات تهم المستهلك إما صحيا أو عقائديا، لذا يجب على البائع أن يخبر بها المستهلك بكل صدق ونزاهة.

2- تاريخ الصنع: يجب على البائع أن يخبر المستهلك بتاريخ صنع المنتج المبيع، وذلك نظرا لما يحمله هذا التاريخ من دلالات ترتبط بقيمة المنتج وتطوره وفاعليته.

3- التاريخ الأقصى للاستهلاك: إن هذا البيان يتعلق أساسا بالمنتجات المعدة للاستعمال خلال فترة محددة أو التي لها فترة صلاحية محدد كالمواد الغذائية والأدوية والمستحضرات الصيدلانية وبعض أنواع المبيدات ومواد الدهان وغيرها فهذه المواد تتطلب طبيعتها إخبار المستهلك بالتاريخ الأقصى لاستهلاكها وفترة صلاحيتها، حتى لا تفوت منفعتها وفعاليتها أو تتحول إلى مواد ضارة.

ويجب أن يحدد هذا التاريخ بدقة أي باليوم والشهر والسنة وعادة ما تؤخذ بعض الاحتياطات فيقدم التاريخ المحدد في المنتج على التاريخ الفعلي الذي يتوقع عنده عدم الصلاحية للاستهلاك.

4- كيفية استعمال المنتج: تعتبر البيانات المتعلقة بكيفية استعمال المنتج من أهم البيانات التي حرص الفقه والقضاء المقارنين على إخبار المستهلك بها خصوصا إذا تعلق الأمر بمنتجات خطيرة إما بطبيعتها أو نظرا لطريقة استعمالها، وكذلك الحال بالنسبة للمنتجات التي تتميز بالحدثة لأن عدم شيوع استعمالها يحتم على البائع أن يفضي إلى المستهلك بكيفية استعمالها أو تشغيلها حتى يجنبه أخطارها²³⁵.

وتمثل طريقة الاستعمال الحد الأدنى من المعلومات التي يجب أن يحصل عليها المستهلك، إذ بدونها يتعذر على هذا الأخير الحصول على الفائدة المرجوة من السلعة، فضلا عن ما يمكن أن يتعرض له من مخاطر نتيجة سوء الاستعمال، لذا فإن تقصير البائع في بيان كيفية استعمال المنتج المبيع سواء بالإمساك عن الإخبار مطلقا أو عن طريق الإخبار الناقص أو غير السليم يقيم مسؤوليته عما يصيب المستهلك من أضرار²³⁶.

وتزداد أهمية الإخبار بالمعلومات المتعلقة باستعمال الشيء المبيع إذا تعلق الأمر بالأدوية والمستحضرات الطبية نظرا للخطورة البالغة لهذه المنتجات إذ أن أي خطأ في تناولها سواء بالإسراف أو الإقلال أو الوقت قد يؤدي إلى أضرار جسيمة فضلا عن تفويت الفرصة في العلاج²³⁷. لذا على الصيدلي أن يخبر المريض بكل ما هو ضروري في استعمال الدواء كالتنبيه على تناوله قبل أو بعد الوجبات وعدد الجرعات.. إلخ²³⁸.

235 - أنظر: علي سيد حسن، المرجع السابق، ص. 82-87. عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 115-120.

236 - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص. 193.

237 - نفس المرجع، ص. 195.

238 - فتيحة يوسف، حماية المستهلك في مجال الصيدلة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جزء 39- رقم 1- 2002،

ولقد جرت العادة بالنسبة للمنتوجات المعمرة (التي تطول فترة استعمالها) كالألات الميكانيكية والأجهزة الكهربائية أن يقدم البائع - بالإضافة إلى البيانات المتعلقة بطريقة الاستخدام - نشرة أو كتيباً يتضمن مكونات المنتج وخصائصه وهو ما يسمى بـ "الكتالوج" حتى يتسنى للمشتري الرجوع إليه عند الاقتضاء، بل إن القضاء الفرنسي اعتبره مخلاً بالتزامه بالإخبار البائع المهني الذي يبيع جهاز تدفئة مستعمل (Chauffage d'occasion) دون أن يقدم نشرة استخدام هذا الجهاز للمشتري²³⁹.

أما المشرع الجزائري فقد فرض تقديم "دليل الاستعمال" بالنسبة للمنتوجات الخاضعة لإجبارية تسليم شهادة الضمان المحددة بالملحق الأول من القرار المؤرخ في 10 ماي 1994، بل واشترط أيضاً تحرير الدليل باللغة العربية وعند الاقتضاء بلغة أخرى يفهمها المستهلك²⁴⁰. وفي ذلك تنبيه إلى عنصر مهم أخذه المشرع بعين الاعتبار ألا وهو "لغة الإخبار" باعتبارها أداة التواصل بين البائع والمستهلك وهي التي يتوقف عليها فاعلية الإخبار، حيث يجب أن تراعي أداة التواصل شخص المستهلك المتلقي. خصوصاً في ظل تنامي التبادلات التجارية الدولية الأمر الذي يقتضي كتابة كافة البيانات الهامة باللغات الأساسية الشائعة الانتشار كالإنجليزية والفرنسية إلى جانب لغة البلد المنتج والبلد الذي سيتم التصدير إليه مراعاة للتنوع اللغوي للمستهلكين.

ولقد ذهب الفقه مدعوماً من القضاء في فرنسا إلى أن ثمة أجهزة غاية في التعقيد والتخصص لا يكتفى معها بمجرد إخبار المستهلك بالبيانات المتعلقة باستعمالها كأجهزة الكمبيوتر مثلاً، وإنما يجب على البائع أن يستعلم من المشتري عن الحاجات التي يريد إشباعها والتي أقدم من أجلها على الشراء والعمليات التي يريد أن يستغل الجهاز فيها...، أي دراسة احتياجات المستهلك وأغراض الاستخدام التي يسعى لتحقيقها وذلك لتوجيه اختياره نحو الجهاز الأكثر ملاءمة لإشباع هذه الاحتياجات والأغراض.

ولقد كرس القضاء الفرنسي "واجب الاستعلام" في الكثير من أحكامه، منها ما قضت به محكمة استئناف "Versailles" من أنه يجب على بائع أجهزة المعلوماتية الاستعلام بجدية عن حاجات المشتري حتى يقدم له الجهاز المناسب سيما إن كان الأخير قليل الخبرة في هذا المجال كما هو شأن المستهلك، حيث قررت المحكمة إبطال عقد بيع هذه الأجهزة وإلزام البائع بتعويض المشتري عما لحقه من أضرار بسبب عدم حصوله على النتائج التي كان ينتظرها من شراء هذه الأجهزة نتيجة لعدم استعلام البائع عن حاجته الحقيقية كما ينبغي²⁴¹. وعليه فإن الالتزام بالإخبار قد تطور بحسب طبيعة المنتوجات لدرجة صار معها دور البائع يتسم بالإيجابية عن طريق توجيه المستهلك والتفاعل مع متطلباته وليس مجرد تزويده بمعلومات مجردة.

فإذا قدم البائع المعلومات النزيهة الصادقة حول طريقة استعمال المنتج بحسب طبيعته والغرض المعد لأجله يعتبر قد وفى بالتزامه بالإخبار، ومن ثم لا يسأل عن الضرر الذي يلحق المستهلك الذي يتجاهل طريقة الاستعمال أو الغرض المبين بأن استعمل المنتج بطريقة خاطئة أو لغرض آخر غير مألوف لا يمكن للبائع توقعه مما أدى إلى الإضرار به²⁴².

239 - محكمة استئناف ROUEN بتاريخ 22 جانفي 1992، أشار إليه: حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص.198.
240 - أنظر: المادتين 6،3 من القرار المؤرخ في 10 ماي 1994 المتضمن كليات تنفيذ المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضممان المنتوجات والخدمات.

241 - محكمة استئناف Versailles بتاريخ 07 ديسمبر 1990، أشار إليه: حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص.199.

242 - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص.23.

5- الاحتياطات الواجب اتخاذها (التحذير): إن حماية المستهلك لا تتحقق فقط بصلاحيات

المنتج ومعرفة كيفية استعماله بل يجب على العون الاقتصادي فوق ذلك إخباره بمخاطر المنتج أو الخدمة والاحتياطات التي يجب عليه اتخاذها في حيازته لهذه المنتجات أو استعمالها، وتحذيره بوضوح من عواقب إهمال هذه الاحتياطات، لذا يركز الفقه والقضاء المقارنين على واجب التحذير باعتباره من أهم أوجه التزام البائع بالإخبار.

وحتى يؤدي التحذير ثماره في تبصير المستهلك بالمخاطر وطريقة تجنبها ينبغي أن يستجمع خصائص معينة وهي أن يكون تحذيراً وافياً ومفهوماً وظاهراً ولصيقاً بالمنتجات²⁴³:
- فالتحذير الوافي أو الكامل، يقصد به أن يكون التحذير محيطاً بجميع المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المستهلك في شخصه أو أمواله سواء عند استعماله للشيء أو حيازته له وتبيين الوسائل الكفيلة لتجنبها، فلا يكفي التحذير المقتضب أو الموجز أو الذي يستهدف بعض الأخطار دون البعض الآخر بغية جلب الاطمئنان إلى نفوس المستهلكين وتشجيعهم للإقدام على الشراء، ذلك أن واجب الأمانة ومبدأ حسن النية اللذان يهيمنان على العقد فضلاً عن واجب النزاهة والصدق اللذان كرستهما المادة 8 أعلاه، يمليان على العون الاقتصادي أن يحترم ما يوليه له المستهلكون من ثقة، بأن ينظر إليهم من منظور إنساني وأخلاقي متجرد من الحسابات التجارية الضيقة²⁴⁴.

فإذا كانت المخاطر التي يمكن أن تتجم عن المنتج تختلف في فترة ما قبل استعماله عنها عند فتحه لأول مرة عنها بعد فتحه واستعماله لبعض الوقت وجب على العون الاقتصادي أن يبرر هذه المخاطر جميعها تباعاً وكيفية تجنبها، وإذا كانت المنتجات مما يلائم أنواعاً محددة من الأشياء أو أجواء معينة وجب بيان كل ذلك.

وعلى الرغم من أن مدى كفاية التحذير سوف تختلف بحسب ما إذا كانت المنتجات بطبيعتها مما لا يستخدمه إلا المتخصصون أو كانت مما يعد لاستخدام العامة، ومع ذلك فعلى العون الاقتصادي أن يكون حريصاً بوجه عام من هذه الناحية خصوصاً إذا كانت المنتجات مما يستخدمها المختصون وغيرهم في نفس الوقت²⁴⁵.

- أما أن يكون التحذير مفهوماً فيقصد به أن يكون بإمكان المستهلك إدراك المخاطر التي يمكن أن تتجم عن استعمال أو حيازة المبيع بمجرد الإطلاع على التحذير أو النظر إليه، وهو ما يستدعي البعد عن المصطلحات الفنية المعقدة واستعمال عبارات سهلة يدركها جمهور المستهلكين، ويستحسن أن يرفق التحذير المكتوب برسومات بسيطة توضح المخاطر المحتملة للمنتج مراعاة للمستهلكين الأميين أو الأجانب الذين لا يجيدون لغة التحذير²⁴⁶.

وفي كل الأحوال يجب أن تكون العبارات المستخدمة في التحذير واضحة الدلالة على معنى التحذير لا يشوبها غموض ولا لبس في موضوعها ولا تحتمل أكثر من معنى ولا يمكن فهمها على أنها مجرد بيان أو توصية بالطريقة المثلى لاستعمال السلعة، فمثلاً عبارة "يحفظ في مكان بارد" التي توضع على زجاجات عصير الفواكه قد يفهمها المستهلك على أنها مجرد توصية لبقاء العصير محتفظاً بخصائصه الطبيعية في حين أن المنتج يقصد منها تجنب تخمره بفعل الحرارة ومن ثم انفجار الزجاجاة²⁴⁷.

- أنظر: محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص. 25-30. علي سيد حسن، المرجع السابق، ص. 89-97. حمدي أحمد سعد، المرجع²⁴³ السابق، ص. 202-223.

244 - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص. 90.

245 - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص. 27.

246 - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص. 213.

247 - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص. 28.

- كما يجب أن يكون التحذير ظاهرا، أي يجذب على الفور انتباه المستهلك بمجرد النظر إلى المبيع ولا يكون ذلك إلا بتمييز بيانات التحذير عن باقي البيانات المتعلقة بمكونات المبيع وخصائصه واستعماله، وذلك بأن تطبع بيانات التحذير بلون مختلف ومتميز (الأحمر عادة)، أو أن تكتب بيانات التحذير بنمط مختلف أو بحجم أكبر أو أي طريقة يراها البائع مناسبة لظهور التحذير وتمييزه عن غيره من البيانات²⁴⁸.

- وأخيرا يجب أن يكون التحذير لصيقا بالمنتجات التي أعد لأجلها أي ملازما لها، وذلك حتى يكون بمقدور المستهلك التنبه إلى هذه المخاطر كلما أقدم على استعمال المنتج. فإذا كان المنتج ذو طبيعة تسمح بطبع التحذير عليه كالألات والأجهزة وجب كتابة التحذير عليه مباشرة، أما المنتجات التي تتطلب تعبئتها في عبوات فإن التحذير يكون على هذه العبوات ذاتها كالقارورات مثلا، وكذلك على التغليف الخارجي إن وجد كعلب الكرتون مثلا، ولا يكفي أن يجعل التحذير في ورقة مثنية توضع داخل العبوة التي تحتوي الزجاجاة أو القارورة المعبئة بها السلعة كما يحدث عادة في الأدوية، وذلك لاحتمال عدم ملاحظة المستهلك لها وحاجته المستمرة للتنبيه، ومن باب أولى لا يكفي التحذير بإدراجه في ورقة منفصلة كلية على المنتجات أو عبواتها حتى وإن سلمت هذه الأوراق أو النشرات للمستهلك²⁴⁹.

هذه هي باختصار الأوصاف التي يشترطها الفقه والقضاء لاعتبار المحترف قد وفى بواجب التحذير، وهي أوصاف يمكن للقاضي أن يسترشد بها في تقديره لمدى كفاية ما بذله العون الاقتصادي من عناية في القيام بالتزامه بالإخبار إذا تعلق البيع بمنتج يحتاج بطبيعته إلى تحذير.

6- عمليات الرقابة التي أجريت على المنتج: يجب على العون الاقتصادي أن يخبر بالمعلومات الصادقة والنزيهة حول عمليات الرقابة التي خضع لها المنتج نظرا لما تبثه الرقابة من طمأنينة وثقة لدى المستهلك.

والرقابة قد تكون إجبارية أو اختيارية²⁵⁰، فالرقابة الإلزامية تفرض على العون الاقتصادي قبل عرض المنتج للبيع قصد الوقوف على مدى مطابقته للوائح الفنية والمواصفات التي تخصه، وفي هذا الصدد تنص المادة 22 من القانون 04/04 المتعلق بالتقييس على أن تكون المنتجات التي تمس بأمن وصحة الأشخاص أو الحيوانات أو النباتات محل إشهاد إجباري للمطابقة، على أن يتكفل "المعهد الجزائري للتقييس" بتسليم الإشهاد الإلزامي للمطابقة، ومن المنتجات التي تستوجب الرقابة مواد التجميل والتنظيف واللحوم ومشتقاتها والحليب ومشتقاته حيث تختلف طريقة الإشهاد على الرقابة حسب طبيعة المنتج.

أما الرقابة الاختيارية فيقوم بها العون الاقتصادي بطلب منه وذلك لضمان ثقة إضافية لمنتجاته كعرض المنتج لرقابة مخبر شهير أو هيئة وطنية أو دولية للحصول على شهادة المطابقة أو الجودة.

ولقد حرص المشرع على إنشاء أجهزة مختلفة تتولى عملية الرقابة، على رأسها مصالح مراقبة الجودة وقمع الغش التي تعمل بالتنسيق مع مخابر التجارب وتحاليل النوعية²⁵¹.

248 - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص.118.

249 - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص.29.

250 - أنظر: علي بو لحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص.68.

251 - أنظر مختلف أجهزة الرقابة الخاصة بحماية المستهلك في الجزائر: B.Filali, F. Fettat, A. Boucenda, op. cit., p. 190-194.

هذه بعض المعلومات والبيانات المتعلقة بمميزات المنتج أو الخدمة التي يجب على العون الاقتصادي إخبار المستهلك بها انطلاقاً من القانون 02/89 وهي ذاتها التي يحرص شراح القانون على اعتبارها تدخل ضمن التزام المهني بالإخبار أو الإفشاء. على أن شراح القانون يقصرون هذه البيانات خصوصاً المتعلقة منها باستعمال المبيع والتحذير من مخاطره على المنتجات الخطرة وهو ما لم تصرح به المادتان 4 و 3 من القانون 02/89 ولا المادة 8 من القانون 02/04، ومع ذلك يمكننا استنتاج ذلك من تركيزهما على طبيعة المنتج باعتبارها عنصراً مؤثراً في مضمون التزام البائع بالإخبار، إذ الخطورة تدخل ضمن طبيعة المنتج.

ولقد اكتفت المادة 8 بعبارة "...المعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة.." وهي عبارة مطلقة وعامة إذ لم تحدد مضمون المعلومات التي يلتزم العون الاقتصادي بالإخبار بها، وعلى الرغم من اجتهادنا في تفسيرها انطلاقاً من القانون 02/89 وعلى ضوء ما أورده الفقه والقضاء المقارنين في هذا المجال، إلا أن هذا الإطلاق يثير في الحقيقة إشكالات تتعلق أساساً بحدود التزام البائع بالإخبار، فهل يقف عند المميزات والخصائص الجوهرية للمنتج أو الخدمة أم يتعداها²⁵²، وهل يتوقف التزامه عند المعلومات التي تهم المستهلك فقط أم يجب أن يكون إيجابياً بأن يستعلم من المستهلك ويقدم له النصح والإرشاد، وإلى أي مدى يجب على المستهلك أن يتعاون مع البائع عن طريق وصف ظروفه والسؤال والاستفسار، وهل يتم تقدير مدى كفاية المعلومات محل الإخبار وفق معيار موضوعي قوامه المستهلك العادي، أم يجب على البائع أن يراعي عند الإخبار شخص المستهلك المتقدم للتعاقد في كل مرة؟

ولئن كان القانون 02/89 قد اشترط ذكر هذه المعلومات كتابة على الغلاف فإن المادة 8 من القانون 02/04 لم تحدد طريقة محددة للإخبار "...بأية طريقة كانت..." وهو ما يثير إشكالية مدى تناسب طريقة الإخبار مع أهمية وطبيعة المعلومات محل الإخبار في كل مرة. لذا فإن العمومية التي وردت بها المادة 8 توسع من السلطة التقديرية للقاضي الذي له الكلمة الفصل حول مدى وفاء البائع بالتزامه بالإخبار بالرجوع إلى طبيعة المنتج أو الخدمة ومدى كفاية المعلومات وصدقها ونزاهتها، وفاعلية الطريقة التي تم بها الإخبار.

ثانياً- إخبار المستهلك بشروط البيع الممارس

عادة ما ينضم المستهلك إلى العقود دون الاطلاع على شروطها، خصوصاً إذا كانت عقوداً نموذجية يعدها العون الاقتصادي مسبقاً، وفي حالات عديدة يوقع المستهلك على العقد دون أن يحصل على كافة المستندات التعاقدية، وبفرض حصوله على هذه المستندات ومحاولة قراءة العقد فإن كثرة بنود العقد وكتابتها بأنماط يصعب قراءتها يحول دون علمه واكتمال إرادته حين إبداء رغبته في التعاقد، بل وحتى إذا تمكن المستهلك من قراءة كافة مستندات العقد والإطلاع على كل بنوده فإنه قد لا يستطيع أن يتبين خطورتها أو آثارها وربما لن يتمكن من أن يناقشها أو أن يطالب بتعديلها²⁵³.

فالعقود النموذجية عادة ما يتفنن محرروها في تعقيد أسلوب صياغتها حتى لا يكاد يفهمها غيرهم، أو تحرر بحروف صغيرة يصعب قراءتها، أو يتم كتابة شروط مهمة في أماكن

²⁵² - يلاحظ أن المادة (L.111-1) من قانون الاستهلاك الفرنسي كانت أكثر دقة بأن ركزت على المميزات الجوهرية للمنتج أو الخدمة:

"...Les caractéristiques essentielles du Bien au de service"

²⁵³ - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.155.

هامشية من وثيقة العقد، كل ذلك يؤدي إلى عزوف المستهلك عن قراءة العقد حيث لن يجديه ذلك نفعا²⁵⁴.

والمحصلة هي أن شروط العقد عادة ما لا تقرأ وإن قرأت لا تفهم، وهو ما استدعي تدخل المشرع بأن ألزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بالمعلومات الصادقة والنزيهة المتعلقة بشروط البيع الممارس، ذلك بأن يشرح ويوضح للمستهلك الشروط المتضمنة في العقد وآثارها والمخاطر المحتملة لمخالفتها. وبالتالي فإن أهمية هذا الوجه للإخبار تتجلى في كونها تجعل المستهلك على بينة من أمره قبل التعاقد حول الشروط التي يتضمنها العقد دون أن يفاجأ بها فيما بعد، فضلا عن إدراكه لمداها وآثارها.

ومن جهة أخرى فإن إلزام البائع بالإخبار بشروط البيع من شأنه أن يحقق الشفافية التي تمكن الهيئات المختصة بالتحقيقات ومعاينة مخالفات القانون 02/04²⁵⁵ من أن تتولى رقابة الشروط العقدية التي يتضمنها العقد ذلك أن هذا القانون قد حظر وجرم جملة من الشروط العقدية كالبيع المشروط بكمية مفروضة أو المشروط بسلعة أو خدمة إضافية (المادة 17) كما حظر جملة من الشروط التعسفية (المادة 29)، كما أن القانون 02/89 حظر كل شرط يقضي بعدم الضمان (المادتين 6،7)، وبالتالي فالإزام البائع بالإخبار هو وسيلة للإطلاع على شروط العقد للوقوف على مدى شرعيتها.

والملاحظ أن المادة 8 لم تشترط أن يكون العقد عقد إذعان، كما لم تشترط أن تكون الشروط محل الإخبار تعسفية أو مجحفة وإنما وردت هذه المادة عامة تفيد جميع الشروط بغض النظر عن طبيعة عقد البيع الممارس. ولقد اهتم الفقه والقضاء المقارنين بضرورة تبصير الطرف الأقل خبرة وقدرة بوجه عام بشروط العقد مميزين في ذلك بين الشروط الواردة في الوثائق العقدية الموقعة والشروط غير الواردة بها:

1- الشروط الواردة في الوثائق العقدية الموقعة: وهي الشروط التي ترد في الوثائق الموقعة مباشرة من طرف المتعاقدين، فلهذه الأولى يبدو منطقيا ضرورة إلزام من وقع على وثيقة بما ورد فيها من شروط إذ الشخص العادي مكلفا بالقراءة المتأنية لشروط العقد الذي يوقع عليه ويصبح من الصعب في مثل هذه الحالة أن يثبت أنه لم يوافق أو لم يعلم بالشروط التي وقع عليها بالفعل.

ومع ذلك فإن القضاء الفرنسي صار يفرض رقابته على توافر الرضا ليس فقط على إبرام العقد وإنما أيضا على مضمونه والتفاصيل المرتبطة بالعملية التعاقدية في العقود غير المتكافئة الأطراف لتحقيق حماية كافية للطرف الأقل خبرة، حيث اعتمد ثلاثة معايير لنفاذ الشروط الواردة بالوثائق العقدية في مواجهة الطرف الأقل خبرة وهي: وضوح الشرط بشكل يصبح من الممكن معه قراءته، وأن يكون الشرط واردا في مكان يسمح بالإطلاع عليه بسهولة، ثم أن يكون الشرط غير مغالي فيه أي أن يكون معقولا²⁵⁶.

254 - أحمد عبد الرحمن الملحم، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 16، عدد 2-1، مارس- يونيو 1992. ص.251.

255 - أنظر المادة 49 من القانون 02/04 التي تحدد من يتولى رقابة ومعاينة مخالفات أحكام هذا القانون.

256 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.161.

- فبالنسبة لكتابة الشرط بشكل يمكن معه قراءته ببسر: فإن القضاء الفرنسي قد تصدى للطريقة المعقدة والصعبة التي صارت تميز العقود التي يحررها المحترفون وأصبح يقضي بعدم نفاذ الشروط التي يصعب قراءتها على الطرف الأقل خبرة، إستنادا إلى أن هذا الأخير لم يكن من الممكن أن يقبل بما لم يكن بمقدوره العلم به.

من ذلك مثلا ما قضت به محكمة "BOURGES" من أن "...إعمال الشرط المعدل للاختصاص القضائي المحلي يفترض قبول المدعى عليه به..، ولما كان الشرط قد كتب بشكل هامشي وبخط لا يكاد يقرأ يتعارض مع علم المدعى عليه وموافقته عليه..، فإن مثل هذه الشرط يجب أن لا يعتد به في مواجهة المدعى عليه وبالتالي لا يمكن إلزامه به"²⁵⁷.

- أما أن يكون الشرط واردا في مكان يسمح بالإطلاع عليه بسهولة، أي موضع الشرط بالوثيقة التعاقدية، فإن محكمة باريس قضت بعدم نفاذ الشروط الواردة بعد التوقيع في مواجهة الطرف الأقل خبرة حيث أن: "هذا الشرط قد ورد في ذات الصحيفة الموقع عليها، ولكن في جزء من الصفحة تال على توقيعات الأطراف وبدون أي إشارة مسبقة إلى وروده في هذا الموقع بالذات". وبالتالي فإن المحكمة هنا اعتبرت توقيع الطرف الأقل خبرة قبولا منه على التعاقد بوجه عام دون أن تفترض موافقته على جميع الشروط الواردة في العقد، وعلى القاضي حينئذ أن يتأكد من حقيقة توافر الرضا بصدد كل شرط من شروط العقد على حدة²⁵⁸.

- أما ما يتعلق بمعقولية الشرط²⁵⁹ فإن أحكاما عديدة للقضاء الفرنسي جعلت من عدم معقولية الشرط قرينة على عدم قبول الطرف الأقل خبرة وقدرة بها، وعلى عدم توافق إرادته مع إرادة الطرف الآخر في الامتثال لمثل هذا الشرط، فالشخص الذي ينضم إلى عقد بالتوقيع عليه لا يمكن أن ينسب إليه قبولا للشروط غير المعقولة أو غير المنطقية، وما توقيعه على مثل هذا العقد إلا بسبب عدم علمه الكافي بشروطه أو سوء فهمه لها، ولأنه لا يمكن في مثل هذه الحالات القول بوجود قبول حقيقي بمثل هذه الشروط فإن المحاكم تقضي بعدم نفاذها ما لم يثبت إدراك المتعاقد لها، على أن هذه القرينة منوطة بصفة المتعاقد ومضمون الشرط، لذلك فإن القضاء يفترض بشكل أكثر توسعا ويسرا عدم علم المستهلك بهذه الشروط، بينما يفيد هذه القرينة عندما يكون الطرف الآخر من ذات المهنة أو الحرفة²⁶⁰.

2- الشروط غير الواردة بالوثائق الموقع عليها: وهي الشروط التي لا يحتويها

المحرر الذي يوقع عليه المتعاقدان ولكن المحترف يعترزم الاحتجاج بها في مواجهة من يتعاقد معه، مثالها الشروط المدونة مع الملصقات التي يضعها البائع في محله التجاري، أو التحفظات التي ترد في المخالصات أو فواتير الشراء التي لا يستلمها العميل إلا بعد انعقاد العقد، فهذه الشروط عادة ما تكون محل نزاع بين المحترف الذي يتمسك بتطبيقها والمتعاقد الآخر الذي يتمسك باستبعادها.

فبالنسبة للملصقات الاختيارية التي يضعها المحترف وحده دون أن يلزمه بها تشريع أو لائحة، فإن القضاء الفرنسي يتجه إلى عدم الاعتداد بما تتضمنه من شروط وبيانات في مواجهة جمهور العملاء والمتعاقدين الأقل خبرة، مبررا ذلك بغياب رضا هؤلاء، وقد جاء في حكم لمحكمة "BORDEAUX" أن مجرد تعليق قائمة تحتوي على شروط من بينها شروط الإعفاء

257 - حكم محكمة BOURGES في 4 فيفري 1963. أشار وعلق عليه: نفس المرجع، ص.162.

258 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.163.

259 - أنظر: أحمد عبد الرحمان الملحم، المرجع السابق، ص.306-311.

260 - أنظر: حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.164-166.

من المسؤولية لا يعني افتراض علم المترددين على المحل التجاري بهذه الشروط أو قبولهم لها". وبالتالي فإن القضاء يفترض قرينة عدم العلم بما ورد في الملتصقات إذ لا يوجد أي إلزام يقع على الجمهور بقراءة الملتصقات، لذلك يجب إعادة كتابة الشروط والبيانات الواردة في الملتصقات على الوثائق التعاقدية محل التوقيع وأن تصبح هذه الشروط محلاً لتبادل الرضا بين المتعاقدين لتتحقق لها صفة الإلزام²⁶¹. ومع ذلك فإن الملتصقات تكون ذات أثر قانوني وحنة على المتعاقد إذا استوفت ثلاث شروط، أولها أن يكون المتعاقد الآخر قد علم بها، وثانيها قبوله لها، وثالثها أن يتم القبول قبل إبرام العقد²⁶².

أما بالنسبة لفواتير الشراء²⁶³ فقد جرت العادة أن المشتري لا يعلم بالشروط الواردة في فواتير الشراء قبل إبرام العقد، لذا فهي لا تعد نافذة في مواجهة المشتري لأنها لم ترد في الوثيقة الأصلية للعقد وبالتالي لم يتم التراضي عليها.

ومع ذلك فإن بعض الفقه يرى أن تلقي المشتري للفاتورة وعلمه بشروطها دون أن يعترض عليها هو بمثابة قبول ضمني لما ورد بها من تعديل أو إضافة لبنود الوثيقة الموقع عليها، ولما كانت العقود تقبل التعديل فإن الفاتورة تعتبر حينئذ إحدى الوسائل التي يمكن أن يعدل بها العقد.

وعلى الرغم من مسابرة القضاء الفرنسي لهذا الرأي الأخير في البداية إلا أن الانتقادات الفقهية التي وجهت له جعلته يتخلى عن هذا الموقف واتجه إلى ضرورة قيام البائع بإثبات علم المشتري بالشروط الواردة في الفاتورة وقبوله بها حتى يمكن القول بأن هذه الشروط ذات أثر حقيقي في تعديل الالتزامات التي سبق الاتفاق عليها في وثيقة العقد الموقعة بين الطرفين، وفي هذا الصدد قضت محكمة "RION" بأنه "حيثما يثبت أن المشتري لم يعلم بالشرط المعدل للاختصاص القضائي إلا عندما تسلم فاتورة الشراء- التي ورد الشرط على ظهرها- وبعد إبرام العقد وتوقيعه، فإنه لا يمكن افتراض أن اعتراضه الصريح الذي أنصب فقط على تأخر البائع في تسليم البضاعة يعني في ذات الوقت قبولاً ضمناً بالشروط الواردة في الفاتورة، بل على العكس يجب أن نفترض أن المشتري قد اعترض على الفاتورة بكل ما ورد بها في ذات الوقت الذي اعترض فيه على تأخر البائع في تسليم البضاعة"²⁶⁴.

وهكذا فإن القضاء الفرنسي قد سعى إلى حماية المستهلك باعتباره طرفاً ضعيفاً تنتقصه الخبرة من الشروط الواردة في الوثائق غير التعاقدية كالملتصقات وفواتير الشراء من خلال تكييفه لها بأنها صادرة عن إرادة منفردة ولم تلق قبول الطرف الآخر مما يعني عدم نفاذها في مواجهته، ذلك أن الإرادة المنفردة لا يمكنها قانوناً أن تنشئ التزامات على عاتق الغير، فإذا ما أراد واضع هذا الشرط إلزام المتعاقد الآخر فعليه أن يثبت علم هذا الأخير بها وقبوله بها²⁶⁵، إلى أن تكرست هذه الحماية بموجب الأمر الصادر في 1 ديسمبر 1986 ثم بموجب المادة (L.113-3) من قانون الاستهلاك التي نصت على وجوب إعلام المستهلك بالشروط الخاصة بالبيع²⁶⁶.

وهذا الأساس الذي تبناه القضاء الفرنسي يصلح أن يكون أساساً للالتزام بالإخبار بشروط البيع الممارس الذي تضمنته المادة 8، ذلك أن المشرع حين ألزم البائع بإخبار المستهلك

261 - حكم محكمة BORDEAUX في 1972/01/20 أشار وعلق عليه: نفس المرجع، ص.171.

262 - نفس المرجع، ص.170.

263 - أنظر: حسن عبد الباسط جمبجي، المرجع السابق، ص.177-180.

264 - حكم محكمة RION في 1966/12/16. أشار إليه: نفس المرجع، ص.179.

265 - نفس المرجع، ص.180.

بالمعلومات النزيهة والصادقة حول شروط البيع الممارس دون أن يحدد إن كانت مدونة في وثيقة العقد أو خارجها، فكأنما يفترض عدم علم المستهلك وفهمه وإدراكه لهذه الشروط، لذا أوجب على البائع الإخبار بها عن طريق تبيانها وشرحها بكل صدق ونزاهة.

وإذا كان القضاء الفرنسي قد ناقش المسألة من حيث أثر هذه الشروط ومدى إمكانية الاحتجاج بها في مواجهة الطرف الأقل خبرة أو قدرة، فإن القانون 02/04 لم يتعرض لأثر الشروط التي أحل البائع بالتزام الإخبار بها واكتفى في المادة 32 بتجريم هذا الإخلال والمعاقبة عليه، ومن هنا نتساءل عن مصير الشرط في هذه الحالة، هل هو عديم الأثر في مواجهة المستهلك، أم يبقى سارياً في مواجهة المستهلك مادام مدوناً سواء في وثيقة العقد أو خارجها؟.

يبدو أن إخلال البائع بواجب الإخبار بشرط من شروط البيع الممارس يجعله عديم الأثر في مواجهة المستهلك، لأن المشرع حينما ألزم البائع بالإخبار بشروط البيع الممارس فكأنما هو يفترض جهل المستهلك بها وبالتالي يفترض أنها ليست محلاً لرضا المستهلك مادام لم يخبر بها.

ثالثاً- إخبار المستهلك بالحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة

إضافة إلى مميزات المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس فقد ألزم المشرع العون الاقتصادي بأن يخبر المستهلك بالحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة²⁶⁷.

والمسؤولية التعاقدية (أو العقدية) هي جزء الإخلال بالتزام عقدي يترتب عنها تعويض المتعاقد الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة هذا الإخلال، لذا فهي تقوم على ثلاثة أركان: الخطأ العقدي وهو الإخلال بالتزام عقدي، الضرر، علاقة السببية بين الخطأ والضرر.

ومادامت المسؤولية التعاقدية أساسها الأضرار الناجمة عن الإخلال بالتزام عقدي فإن الإخبار بالحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية يقتضي من العون الاقتصادي أن يبين للمستهلك الحدود المتوقعة للأضرار التي يلتزم بتعويضها.

فمثلاً على العون الاقتصادي أن يخبر المستهلك بأنه مسؤول عن سلامة المنتج من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص أو أي خطر ينطوي عليه خلال فترة الضمان²⁶⁸، وعلى الناقل أن يخبر المسافر أنه غير مسؤول عن الأمتعة اليدوية التي تبقى في حيازة المسافر أثناء النقل.

وتتجلى أهمية هذا الالتزام في كون نطاق التعويض في المسؤولية العقدية يقتصر على الأضرار المتوقعة فقط ما لم يرتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً، حيث تنص الفقرة 2 من المادة 182 ق.م.ج: "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد"، وذلك بخلاف المسؤولية التقصيرية التي تشمل الضرر المتوقع وغير المتوقع.

وتبرير ذلك أن التزام المدين بالتعويض في المسؤولية العقدية ينشأ من العقد ذاته لذا ينبغي أن يتحدد وفقاً لإرادة المتعاقدين وقت العقد، وحيث أنه لا يعرض أمام المتعاقدين في هذا الوقت سوى الأضرار المتوقعة من جانبها فإن غير ذلك من الأضرار يستبعداها العاقدان ضمناً من مجال الالتزام بالتعويض، من هنا فإن العقد ينطوي على إعفاء المدين من الأضرار غير المتوقعة. وحيث لا مجال للإعفاء من المسؤولية في حالة الغش أو الخطأ الجسيم فإن المدين العقدي يسأل في هذه الحالة عن الأضرار غير المتوقعة²⁶⁹.

²⁶⁷ - وهو ما نصت عليه المادة (L.113-3) من قانون الاستهلاك الفرنسي.

²⁶⁸ - أنظر المادة 3 من المرسوم التنفيذي 266/90 والقرار التطبيقي له المؤرخ في 10 ماي 1994.

²⁶⁹ - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص.45.

ويتضح من المادة 182 ق.م.ج أن تحديد الضرر المتوقع ينبني على معيار موضوعي لا ذاتي، إذ العبرة بالضرر الذي كان يمكن توقعه عادة، أي الضرر الذي يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين، لا الضرر الذي يتوقعه هذا المدين بالذات، فإذا أهمل المدين في تبين الظروف التي كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر فإن الضرر يعتبر متوقعا، لأن الشخص المعتاد لا يهمل في تبين هذه الظروف²⁷⁰.

ونرى أن نفس المعيار ينطبق على التزام العون الاقتصادي بالإخبار حيث عليه أن يخبر المستهلك بحدود المسؤولية التعاقدية التي يتوقعها العون الاقتصادي العادي وقت إبرام العقد في ضوء الظروف الخارجية التي تحيط بالعون الاقتصادي المدين بالإخبار.

وعليه إذا نزلت توقعات العون الاقتصادي المدين بالإخبار عن توقعات العون الاقتصادي العادي في نفس الظروف فإن ذلك لا يحول دون مسؤوليته التعاقدية في حدود ما يتوقعه العون الاقتصادي العادي فضلا عن اعتباره مسؤولا جزائيا في هذه الحالة لإخلاله بالتزامه بالإخبار.

أما إذا بالغ العون الاقتصادي في الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية محل الإخبار من باب الدعاية أو الإغراء، فإنه مسؤول في حدود ما أخبر به المستهلك وإن تجاوزت توقعاته المعتاد، حيث يعتبر ذلك بمثابة تشديد منه في مسؤوليته التعاقدية.

وبالتالي فإن الالتزام بالإخبار بالحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية يضمن للمستهلك التعويض في حدود ما تم الإخبار به على أقل تقدير.

المطلب الثالث

جزاء الإخلال بالالتزام بالإخبار

تنص المادة 32 من القانون 02/04: "يعتبر عدم الإعلام بشروط البيع مخالفة لأحكام المادتين 8 و9 من هذا القانون ويعاقب عليه بغرامة من عشرة ألف دينار (10,000 د.ج) إلى مائة ألف دينار (100,000 د.ج)".

والملاحظ أن المادة 32 اعتبرت الإخلال بالمادة 8 يشكل جريمة "عدم الإعلام بشروط البيع" في حين نجد المادة 8 لم تقتصر على إعلام (إخبار) المستهلك بشروط البيع فقط وإنما شملت أيضا ضرورة إعلامه بمميزات محل العقد وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية. لذا فإن الوصف المعبر به عن مخالفة أحكام المادة 8 لا ينطبق تماما على مضمونها، اللهم إلا إذا قصد المشرع معاقبة البائع فقط في حالة عدم إخبار المستهلك بشروط البيع الممارس، وهذا أمر مستبعد.

أما بالنسبة للآثار المدنية المترتبة عن مخالفة البائع لالتزامه بالإخبار، فإنه و من خلال القواعد العامة يمكن للمستهلك طلب إبطال العقد استنادا إلى تدليس البائع بالكتمان (أولا)، فضلا عن مساءلة البائع مدنيا عن جميع الأضرار الحادثة نتيجة لعدم الإخبار (ثانيا).

أولا- حق المستهلك في طلب الإبطال للتدليس

تنص الفقرة الثانية من المادة 86 ق.م.ج: "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا على واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة". فهذا

²⁷⁰ - عبد الرزاق السنهوري، ج.1 (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص.772.

الحكم المستهلك من القضاء الفرنسي يضع حدا للتردد حول مدى إمكانية اعتبار السكوت العمدي (الكتمان) تدليسا²⁷¹.

حيث استقر القضاء الفرنسي لفترات طويلة على اعتبار السكوت وسيلة تؤدي إلى إيقاع الغير في غلط يدفعه إلى التعاقد، فالتدليس من وجهة نظر القضاء كان يقتضي القيام بعمل ما، إلى أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما في 19 ماي 1958 قضت فيه بأن الكتمان يمكن أن يكون فعلا تدليسيا، ومن ثم جرى القضاء على اعتبار السكوت في معرض الحاجة إلى بيان نوع من أنواع التدليس، ويتحقق ذلك -خصوصا- إذا قام على عاتق الساكت واجب بالإخبار إذ يعتبر الإخلال به تدليسا يجوز للمدلس عليه المطالبة بإبطال العقد²⁷².

فالقاعدة إذا هي أن السكوت العمدي يكون تدليسا كلما أخل المتعاقد بالتزام بالإفشاء (الإخبار) رتبته عليه القانون أو الاتفاق²⁷³.

وإذا كان المشرع قد رتب من خلال الفقرة 2 من المادة 86 ق.م.ج التزاما عاما بالإفشاء كلما كانت الواقعة أو الملابس التي يجهلها المتعاقد معه مؤثرة²⁷⁴، فإن المادة 8 من القانون 02/04 قد رتبت التزاما بالإفشاء على عاتق البائع تجاه المستهلك حول مميزات المنتج أو الخدمة وشروط البيع وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة، وعليه فإن إخلال العون الاقتصادي البائع بهذا الالتزام القانوني هو بمثابة تدليس يمكن معه للمستهلك طلب إبطال العقد، مع حقه في التعويض عما لحقه من أضرار نتيجة هذا الكتمان. والمستهلك غير ملزم في هذه الحالة بإثبات قصد التضليل أو سوء النية لدى البائع (الركن المعنوي للتدليس)، بل يكفي وجود إخلال بالالتزام بالإخبار الذي فرضه المشرع للتوصل إلى إبطال العقد²⁷⁵.

والإخلال لا يعني عدم الإخبار من أساسه فقط، بل يكفي أن يقوم البائع بالإخبار بعد انتهاء عملية البيع، ومن باب أولى إذا كانت المعلومات المقدمة غير صادقة و نزيهة إذ نكون في هذه الحالة بصدد التدليس بالكذب الذي يعد عملا إيجابيا يفوق الكتمان الذي هو عمل سلبي. ومع ذلك فإنه إذا كان جزء إبطال البيع يبدو مجديا إذا تخلف البائع عن واجبه بإخبار المستهلك حول مميزات المنتج أو الخدمة أو الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية، فإن جزء الإبطال قد لا يكون مجديا إذا تخلف البائع عن واجبه بالإخبار حول شروط البيع الممارس، إذ أن الحماية الأنسب للمستهلك تقتضي بقاء العقد قائما مع عدم الاحتجاج تجاه المستهلك بالشروط التي لم يزوده البائع بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بها، على اعتبار أن هذه الشروط وحدها هي التي شابها عيب في رضا المستهلك لافتراض عدم علمه وإدراكه لها، وهو ما سار عليه القضاء الفرنسي كما سبق البيان.

ثانيا- مسؤولية البائع عن الأضرار المترتبة عن عدم الإخبار

إضافة إلى إمكانية إبطال العقد فإن العون الاقتصادي البائع يتحمل مسؤولية الأضرار التي تنجم عن إخلاله بالتزامه بالإخبار، بما في ذلك الأضرار التي يحدثها المبيع ولو لم يكن معيبا²⁷⁶ - للمستهلك أو الغير إذا كانت نتيجة لهذا الإخلال.

271 - علي فيلاي، المرجع السابق، ص.129.

272 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.80.

273 - علي فيلاي، المرجع السابق، ص.130.

274 - نفس المرجع.

275 - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص.52.

ويركز الفقه في هذا الصدد على المنتجات الخطرة التي تتطلب إخبار المستهلك بالمعلومات الصادقة والنزيهة حول كيفية استعمالها أو تشغيلها ونواحي خطورتها فإذا أخل البائع بهذا الالتزام كان عليه تحمل جميع النتائج المترتبة على ذلك²⁷⁷.

ويرجع المستهلك على العون الاقتصادي البائع في هذه الحالة استنادا إلى قواعد المسؤولية العقدية باعتبار إخلال البائع حينئذ هو إخلال بالالتزام عقدي فرضته عليه المادة 8 من القانون 02/04 بمناسبة عقد البيع.

ومع ذلك هناك من يرى أن لا مانع من استناد المستهلك لقواعد المسؤولية التقصيرية معلا ذلك أن التزام البائع أو المنتج بالإخبار -خصوصا بالنسبة للمنتجات الخطرة- هو من حيث الدقة ليس التزاما ناتجا عن عقد البيع الذي ربط العون الاقتصادي والمضروب بالذات، وإنما هو بالأولى التزام سابق على إبرام هذا العقد موجه نحو المستهلكين المحتملين في عمومهم²⁷⁸.

ومادام التزم البائع بالإخبار هو مجرد التزام بوسيلة فيتعين على المستهلك أن يقيم الدليل على أن البائع لم يبذل القدر الواجب عليه من العناية في هذا الخصوص²⁷⁹.

أما في حال متابعة البائع جزائيا لعدم الإخبار فإن المستهلك يمكنه التأسيس كطرف مدني لطلب التعويض عما لحقه من أضرار نتيجة ذلك الإخلال إعمالا للمادة 65 من القانون 02/04.

المبحث الثالث

الالتزام البائع بالفوترة

يجد هذا الالتزام أساسه في المادة 10 من القانون 02/04 التي تنص: "يجب أن يكون كل بيع أو تأدية خدمات بين الأعوان الاقتصاديين مصحوبا بفاتورة. يلزم البائع بتسليمها، ويلزم المشتري بطلبها منه، وتسلم عند البيع أو عند تأدية الخدمة. يجب أن يكون البيع للمستهلك محل وصل صندوق أو سند يبرر هذه المعاملة ويجب أن تسلم الفاتورة إذا طلبها الزبون".

فالمشرع من خلال الفقرة الأخيرة من هذه المادة يلزم العون الاقتصادي بأن يبرر المعاملة التي تربطه بالمستهلك بوصل صندوق أو أي سند آخر، كما يلزمه بأن يسلم الفاتورة للمستهلك إذا طلبها هذا الأخير.

ونظرا لعدم وجود تنظيم خاص بوصل الصندوق وقلة أهميته بالنسبة للمستهلك²⁸⁰، فإننا سوف نركز على التزام العون الاقتصادي بالفوترة إذا طلب المستهلك، نظرا لما للفوترة من أهمية في حماية المستهلك وحقوقه ودورها في ضبط النشاط الاقتصادي بوجه عام.

وسوف نتناول التزام العون الاقتصادي بالفوترة في ثلاث مطالب:

المطلب الأول: تنفيذ الإلتزام بالفوترة.

276 - سبق الحديث عن الحالة التي يكون فيها المنتج أو الخدمة محل البيع معيبا، إذ أن المرسوم 266/90 في المادة 6 منه يحمل المحترف مسؤولية إصلاح الأضرار التي تصيب الأشخاص أو الأملاك بسبب العيب، وذلك خروجاً عن القواعد العامة التي لا تحمل البائع المسؤولية عن هذه الأضرار إلا إذا كان سبب النية. أنظر: ص. 22-23 من البحث.

277 - علي السيد حسن، المرجع السابق، ص. 82.

278 - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص. 15.

279 - نفس المرجع، ص. 16.

280 - جرى العمل على استعمال وصل الصندوق في بعض المؤسسات الكبيرة لتنظيم وضبط حساباتها ومراقبة أمناء الصندوق والعمال الذين يتولون عملية البيع. وأحيانا تستعمله المؤسسات والمحلات الكبرى والمعارض لتبرير الزبون مقتنياته داخل المحل أو المؤسسة أو المعرض وقيل الخروج منه تحسبا لتحايل بعض الزبائن عن دفع الثمن، لذا عادة ما يتضمن بيانات رمزية كسعر السلعة وعلامة المؤسسة أو تأشيرها وأحيانا يتضمن أسعارا ثابتة دون أن يتضمن بيانات تفصيلية حول البائع ولا المشتري. لذا فإن أهميته محدودة بالنسبة للمستهلك، بل لا يكاد يوجد في أرض الواقع رغم إلزام المشرع له تحت طائلة العقوبة، وإن كان أعوان الرقابة هم أيضا يغضون الطرف عن مخالفة هذا الإلزام.

المطلب الثاني: أهمية الالتزام بالفوترة.
المطلب الثالث: أثر مخالفة الإلتزام بالفوترة.

المطلب الأول تنفيذ الإلتزام بالفوترة

إن التزام العون الاقتصادي بالفوترة في علاقته مع المستهلك يتوقف على طلب المستهلك (أولاً)، فإذا طلب هذا الأخير الفاتورة وجب على العون الاقتصادي تسليمه إياها مطابقة للشروط والكيفيات التي يتطلبها القانون (ثانياً)، واستثناء فقد رخص المشرع للعون الاقتصادي استعمال وصل التسليم كبديل للفاتورة لكن بشروط (ثالثاً). وهذا ما سنتناوله تباعاً.

أولاً- توقف التزام العون الاقتصادي بالفوترة على طلب المستهلك

طبقاً للفقرة 3 من المادة 10 فإنه يجب على العون الاقتصادي البائع تسليم الفاتورة إذا طلبها الزبون"، والمقصود بالزبون في هذه الفقرة هو المستهلك.

و هو ما أكده المرسوم 486/05 المحدد لشروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك²⁸¹، الذي كان أكثر وضوحاً، حيث نص في الفقرة الأخيرة من مادته الثانية على أنه: "يجب على البائع في علاقته مع المستهلك تسليم الفاتورة إذا طلبها منه". والبائع المقصود هنا هو العون الاقتصادي حال كونه بائعاً لسلع أو خدمات، يؤكد ذلك البيانات الإلزامية المتعلقة بالبائع التي يجب توفرها في الفاتورة حسب هذا المرسوم كما سوف نبينها. أما البائع العرضي فهو غير ملزم بالفوترة ولو طلبها منه المشتري كونه خارجاً عن نطاق تطبيق القانون 02/04 أساساً.

وعليه فإن التزام العون الاقتصادي بتسليم الفاتورة يتوقف في علاقته مع المستهلك على طلب هذا الأخير للفاتورة، أي أنه التزام قانوني معلق على شرط طلب المستهلك. وذلك بخلاف علاقات الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم حيث تكون الفوترة إجبارية للطرفين طبقاً للفقرتين 1 و2 من المادة 10 أعلاه.

ومن جهة أخرى فإن تسليم الفاتورة مادام متوقفاً على طلب المستهلك فهو يختلف عن وصل الصندوق الذي هو إجباري في علاقة العون الاقتصادي بالمستهلك دونما طلب من هذا الأخير، لكن تسليم العون الاقتصادي للفاتورة يعفيه من تقديم وصل الصندوق لكون الفاتورة في هذه الحالة تعتبر سنداً لتبرير المعاملة.

وعادة ما يطلب المستهلك الفاتورة عندما يتعلق الأمر بعقود ذات قيمة معتبرة أو التي يكون شخص البائع أو مقدم الخدمة محل اعتبار، وذلك تحسباً لما قد يطرأ من نزاع بمناسبة المعاملة أو قصد تبرير معاملته أمام الغير كشركات التأمين أو الضمان الاجتماعي أو موكله في التعاقد مثلاً.

وإذا كان طلب الفاتورة يتوقف على طلب المستهلك فإن ذلك لا يمنع من أن يقوم العون الاقتصادي بتسليمها من تلقاء نفسه، وذلك من جهة لاعتبارها سنداً لتبرير المعاملة، ومن جهة أخرى لأن الفاتورة هي وسيلة لحماية العون الاقتصادي ذاته من خلال ما تحتويه من بيانات،

²⁸¹ - المرسوم التنفيذي 468/05 المؤرخ في 10 ديسمبر 2005 يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك (جريدة رسمية عدد 2005/80)، الذي صدر تطبيقاً للمادة 12 من القانون 02/04. وقد ألغى هذا المرسوم في المادة 20 منه المرسوم التنفيذي 305/95 المؤرخ في 07 أكتوبر 1995 الذي كان يحدد كيفيات تحرير الفاتورة (جريدة رسمية عدد 58 / 1995).

فضلا عن أن العون الاقتصادي قد يعتمد كسب ثقة المستهلك ووده من خلال تسليمه الفاتورة تكريسا منه للشفافية في المعاملات.

وطبقا للمادة 10 فقرة 2 من القانون 02/04 فإن الفاتورة يجب أن تسلم عند البيع أو عند تأدية الخدمة، مما يقضي أن عملية الفوترة تتم فور طلب المستهلك وفي المكان المخصص للبيع وتسليم السلع للزبائن²⁸².

ثانيا- شروط وكيفيات تحرير الفاتورة

الفاتورة هي سند يتولى العون الاقتصادي تحريره في أصل يقدم إلى الزبون ونسخة أو أكثر يحتفظ بها، ولقد حدد المرسوم التنفيذي 468/05 السالف الذكر البيانات الواجب توفرها في الفاتورة وكذا شروط صلاحيتها، كما حدد ملامح الفاتورة الإلكترونية.

1- البيانات الواجب توفرها في الفاتورة: طبقا للمواد من 3 إلى 9 من المرسوم 468/05 فإن الفاتورة يجب أن تحتوي على بيانات منها ما يتعلق بالعون الاقتصادي (البائع) ومنها ما يتعلق بالمستهلك:

أ- البيانات المتعلقة بالبائع²⁸³:

- اسمه ولقبه إن كان شخصا طبيعيا.
- تسميته أو عنوانه التجاري إن كان شخصا معنويا.
- العنوان ورقما الهاتف والفاكس وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء.
- الشكل القانوني للعون الاقتصادي وطبيعة النشاط: حيث أن العون الاقتصادي قد يأخذ شكل شركة تضامن أو أسهم أو شركة ذات مسؤولية محدودة أو مؤسسة..، كما قد يكون منتجا أو تاجرا أو حرفي أو مقدم خدمات انطلاقا من تعريف القانون 02/04 للعون الاقتصادي.
- رأسمال الشركة عند الاقتضاء.
- رقم السجل التجاري: وذلك بالنسبة للأشخاص الملزمين بالقيد في السجل التجاري طبقا للقانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، أما المستثنين من هذا القانون بموجب المادة 07 منه ومن بينهم الحرفيون وأصحاب المهن المدنية الحرة، فهؤلاء غير ملزمين بهذا البيان، رغم كونهم أعوان اقتصاديين في مفهوم القانون 02/04 يخضعون للالتزام بالفوترة.

- رقم التعريف الإحصائي.
- طريقة الدفع وتاريخ تسديد الفاتورة.
- تاريخ تحرير الفاتورة ورقم تسلسلها.
- تسمية السلع المباعة وكميتها و/أو تأدية الخدمات المنجزة.
- سعر الوحدة دون الرسوم للسلع المباعة و/أو تأدية الخدمات المنجزة.
- السعر الإجمالي دون احتساب الرسوم للسلع المباعة و/أو تأدية الخدمات المنجزة.

- وزارة التجارة، مذكرة تبين تطبيق المادة 11 من القانون 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات²⁸² التجارية، الجزائر، 14 ماي 2005.

²⁸³- أنظر المادة 3 (1) من المرسوم التنفيذي 468/05.

- طبيعة الرسوم و/أو الحقوق و/أو المساهمات ونسبها المستحقة، حسب طبيعة السلع المباعة و/أو تأدية الخدمات المنجزة، دون ذكر الرسم على القيمة المضافة إذا كان المشتري معفى منه.

- السعر الإجمالي مع احتساب كل الرسوم محررا بالأرقام والأحرف: وهو يشمل عند الاقتضاء جميع التخفيضات أو الاقطاعات والانتقاصات الممنوحة للمشتري والتي تحدد مبالغها عند البيع و/أو تأدية الخدمات مهما يكن تاريخ دفعها²⁸⁴.

- الختم الندي وتوقيع البائع إلا إذا حررت الفاتورة عن طريق النقل الإلكتروني²⁸⁵.

ب- البيانات المتعلقة بالمشتري: الذي يهمننا في بحثنا هو علاقة العون الاقتصادي

بالمستهلك وفي هذا الصدد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 3 من المرسوم التنفيذي 468/05 على أنه: "يجب أن تحتوي الفاتورة على اسم المشتري ولقبه وعنوانه إذا كان مستهلكا". والملاحظ أن هذه البيانات تتناسب مع الشخص الطبيعي في حين طبقا للتعريف الذي أورده القانون 02/04 للمستهلك فإن هذا الأخير قد يكون شخصا معنويا، وفي هذه الحالة يجب أن تحتوي الفاتورة على تسميته أو عنوانه.

أما إذا كان المشتري عونا اقتصاديا فإن البيانات الواجب توفرها في الفاتورة هي:

- اسمه ولقبه إذا كان شخصا طبيعيا.
- تسميته أو عنوانه التجاري إذا كان شخصا معنويا.
- الشكل القانوني وطبيعة النشاط.
- العنوان ورقم الهاتف والفاكس وكذا عنوان البريد الإلكتروني عند الاقتضاء.
- رقم التسجيل التجاري.
- رقم التعريف الإحصائي.

ج- بيانات أخرى: إضافة إلى البيانات المتعلقة بالبائع والمشتري الواردة في المادتين 3

و4 فإن المرسوم التنفيذي 468/05 اشترط بيانات أخرى وهي:

- يجب أن تذكر تكاليف النقل صراحة على هامش الفاتورة إذا لم تكن مفوترة على حدة أو لا تشكل عنصرا من عناصر سعر الوحدة²⁸⁶.

- يجب أن تذكر صراحة في الفاتورة الزيادات في السعر، لا سيما الفوائد المستحقة عند البيع بالأجل والتكاليف التي تشكل عبء استغلال للبائع كأجور الوسطاء والعمولات والسمسرة وأقساط التأمين عندما يدفعها البائع وتكون مفوترة على المشتري²⁸⁷.

²⁸⁴ - أنظر المادة 5 من المرسوم 468/05. وحسب المادة 6 من نفس المرسوم، فإنه يقصد بما يلي:
- التخفيض: كل تنزيل في السعر يمنحه البائع، لا سيما نظرا لأهمية كمية السلع المطلوبة أو المشتراة و/أو للنوعية أو لخصوصيات مهنة المشتري أو مؤدي الخدمات.

- الاقطاع: كل تنزيل في السعر يمنحه البائع من أجل تعويض تأخير في التسليم و/أو عيب في نوعية السلعة أو عدم مطابقتها لتأدية خدمات.

أ - الانتقاص: كل تنزيل تجاري يمنحه البائع لمكافأة وفاء مشتر. وبحسب على أساس رقم الأعمال دون احتساب الرسوم، المنجز مع هذا الأخير خلال مدة معينة.

²⁸⁵ - أنظر المادة 4 من نفس المرسوم.

²⁸⁶ - أنظر المادة 7 من المرسوم التنفيذي 468/05.

²⁸⁷ - أنظر المادة 8 من نفس المرسوم.

- يجب أن تسجل على الفاتورة المبالغ المقبوضة على سبيل إيداع الرزم القابل للاسترجاع وكذلك التكاليف المدفوعة لحساب الغير، عندما تكون غير مفوترة في فاتورة منفصلة²⁸⁸.

هذه هي البيانات الإلزامية التي يجب توافرها في الفاتورة، وللمتعاقدين الحرية في إضافة بيانات اختيارية أخرى، يريانها ذات أهمية تحتاج إلى التوثيق كمكان الوفاء أو الشروط التعاقدية.

2- شروط صلاحية الفاتورة: إن توفر البيانات المذكورة لا يكفي لاعتبار الفاتورة

صالحة من الناحية القانونية بل يجب توافر بعض الشروط طبقاً للمادة 10 من المرسوم 468/05 وهي:

- يجب أن تكون الفاتورة واضحة ولا تحتوي على أي لطخة أو شطب أو حشو: لأن هذه العيوب تمس بأمانة وصدقية البيانات الواردة فيها.

- يجب أن تحرر الفاتورة استناداً إلى دفتر أرومات يدعى "دفتر الفواتير" مهما يكن شكله، أو في شكل غير مادي باللجوء إلى وسيلة الإعلام الآلي.

ودفتر الفواتير هو دفتر أرومات يضم سلسلة متواصلة وتسلسلية من الفواتير التي يجب أن تحتوي على البيانات المتعلقة بالبائع والمشتري (السالف ذكرها) أثناء إنجاز الصفقة. ولا يمكن الشروع في استعمال دفتر فواتير جديد إلا بعد أن يستكمل الدفتر الأول كلية. وعليه فإن الفاتورة العشوائية التي يحررها العون الاقتصادي لا تصلح لاعتبارها فاتورة قانونية ومع ذلك لا تنفي عن المحرر دوره في الإثبات بالنسبة للمستهلك باعتباره محرراً عرفياً يخضع للقواعد العامة في الإثبات.

- بالنسبة للفاتورة الملغاة فيجب أن تتضمن قانوناً عبارة "فاتورة ملغاة" تسجل بوضوح بطول خط زاوية الفاتورة.

هذه هي البيانات والشروط الواجب توافرها في الفاتورة التي يلتزم العون الاقتصادي بتسليمها للمستهلك إذا طلبها هذا الأخير، وإهمالها يترتب مسؤولية الجزائية، وذلك إما باعتبار الفاتورة غير مطابقة أو باعتبار العون الاقتصادي لم يقم بالفوترة من أساسها في حال إهمال بعض البيانات الهامة كما سنبين لاحقاً.

3- الفاتورة الإلكترونية: لقد فرضت التجارة الإلكترونية نفسها لتصبح ثورة جديدة في

أنظمة التجارة التي عرفتها الإنسانية، فبواسطة شبكة الإنترنت أصبح كل شيء قابلاً للشراء ببساطة عن طريق الحاسوب الإلكتروني الكائن في منزل كل واحد منا مادام متصلاً بالشبكة، وبذلك فتحت الإنترنت آفاقاً رحبة لممارسات جديدة للاستهلاك طليقة من القيود لا تعترف بالحدود²⁸⁹.

فالتجارة الإلكترونية أضحت حقيقة واقعة تقتضي تكييف الوسائل التقليدية بما يناسب طبيعة وخصائص هذا الوسيط فظهرت السوق الإلكترونية والعقد الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني ومن ثم عقد الاستهلاك الإلكتروني.

ومن جهته أسس المرسوم التنفيذي 468/05 إلى ما يجوز تسميتها بالفاتورة الإلكترونية حيث تنص المادة 11 فقرة 1 منه : "استثناء لأحكام هذا المرسوم يسمح بتحرير الفاتورة

²⁸⁸ - أنظر المادة 9 من نفس المرسوم.

²⁸⁹ - أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص.20.

وإرسالها عن طريق النقل الإلكتروني الذي يتمثل في نظام إرسال الفواتير المتضمن مجموع التجهيزات والأنظمة المعلوماتية التي تسمح لشخص أو أكثر بتبادل الفواتير عن بعد".
ولقد نصت المادة 10 فقرة 2 من هذا المرسوم على إمكانية تحرير الفاتورة استنادا إلى دفتر فواتير غير مادي باللجوء إلى وسيلة الإعلام الآلي.
كما اشترطت المادة 3 ضمن البيانات الواجب توافرها في الفاتورة العنوان الإلكتروني لكل من البائع والمشتري عند الاقتضاء، أي في حال التعاقد الإلكتروني.
في حين استثنت المادة 4 فقرة 1 الفاتورة المحررة عن طريق النقل الإلكتروني من شرط الاحتواء على الختم الندي وتوقيع البائع، وفي هذه الحالة فإنه يعتد بالتوقيع الإلكتروني متى أمكن التأكد من هوية الموقع وكان التوقيع معدا أو محفوظا في مكان يضمن سلامته²⁹⁰.
إلا أن المادة 4 نفسها نصت على عدم إمكانية استعمال الفاتورة الإلكترونية إذا كان الأمر يتعلق بتسوية النفقات العمومية.
هذه أهم ملامح الفاتورة الإلكترونية من خلال المرسوم 468/05، وينتظر أن يكتمل تنظيمها طبقا للمادة 11 فقرة 2 منه- بصدور قرار مشترك بين الوزراء المكلفين بالتجارة والمالية وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، يبين الكيفيات والإجراءات التي يتم وفقها استعمال الفاتورة الإلكترونية.

ثالثا- الترخيص بوصول التسليم بدل الفاتورة

طبقا للفقرة الأولى من المادة 11 من القانون 02/04 فإنه: "يقبل استعمال وصل التسليم بدل الفاتورة في العمليات التجارية المتكررة والمنتظمة عند بيع منتجات لنفس الزبون، ويجب أن تحرر فاتورة إجمالية شهريا تكون مراجعها وصولات التسليم المعنية".
وإطلاق لفظ "الزبون" في هذه الفقرة يفيد العون الاقتصادي وكذا المستهلك إذا تكرر منه اقتناء سلع معينة وبصفة منتظمة من عند نفس العون الاقتصادي مع طلبه للفاتورة في كل مرة.
وطبقا للمادة 11 أعلاه وكذا المواد 14، 15، 16، 17 من المرسوم التنفيذي 468/05 فإنه يشترط لاستعمال العون الاقتصادي وصل التسليم بدل الفاتورة ما يلي:
- يجب أن يتعلق الأمر بعمليات تجارية متكررة ومنتظمة مع نفس الزبون.
- يجب أن يمنح العون الاقتصادي صراحة رخصة استعمال وصل التسليم بموجب مقرر من الإدارة المكلفة بالتجارة.
- يجب أن يحتوي وصل التسليم زيادة على رقم وتاريخ المقرر الذي يسمح باستعمال وصل التسليم المذكور أعلاه، اسم ولقب وبطاقة تعريف المسلم أو الناقل، بالإضافة إلى البيانات المتعلقة بالبائع والمشتري الواجب توافرها في الفاتورة السالف ذكرها.
- يجب أن يخضع وصل التسليم لنفس شروط صلاحية الفاتورة المنصوص عليها في المادة 10 من المرسوم 486/05، بمعنى أن يكون وصل التسليم خاليا من أي لطخة أو شطب أو حشو، وأن يحزر وصل التسليم استنادا إلى دفتر وصولات التسليم، إضافة إلى ضرورة تضمين وصل التسليم الملغى عبارة "وصل تسليم ملغى" تسجل بوضوح بطول خط زاوية الوصل.

²⁹⁰- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 327 مدني جزائري التي أحالت شروط الإعتداد بالتوقيع الإلكتروني إلى الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 التي تنص: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"

- يجب أن يحزر العون الاقصادى فاتورة إجمالية يقيد عليها المبيعات التى أنجزها مع كل زبون خلال فترة شهر واحد والتى كانت محل وصولات التسليم. ويجب أن تحرر هذه الفاتورة الإجمالية بعد انقضاء مدة الشهر مباشرة وأن تتضمن البيانات الإجمالية المتعلقة بالبائع والمشتري السالفة الذكر، وكذلك أرقام وتواريخ وصولات التسليم المحررة.

المطلب الثانى

أهمية الإلتزام بالفوترة

تتجلى أهمية الإلتزام بالفوترة من خلال البيانات التى تتضمنها الفاتورة أو بدائلها، حيث تعمل هذه البيانات على إضفاء الشفافية فى المعاملات (أولاً)، كما تلعب دوراً مهماً فى مجال بالإثبات (ثانياً).

أولاً- إضفاء الشفافية على المعاملات

تعتبر الشفافية فى المعاملات التجارية من الأسس التى يقوم عليها القانون 02/04 مستهدفاً من خلالها حماية المستهلك والمنافسة بين الأعوان الاقتصاديين. ولا شك أن إلزام المشرع للعون الاقتصادى بالفوترة فى معاملاته مع نظرائه أو مع المستهلك إذا طلبها بما تحتوى الفاتورة من بيانات من شأنه أن يحقق الشفافية المتوخاة، بحيث تظهر وتتجسد المعاملة بكل تفاصيلها فى هذا السند الذى يمسكه الطرفان ويخضع لرقابة الهيئات المعنية.

ويترتب على هذه الشفافية مزايا عديدة نذكر منها:

- أن الفاتورة بما تحتوى من بيانات تعتبر صورة حقيقية للعقد المبرم بين البائع والمستهلك، وهو ما يجعلها وسيلة للوقوف على مدى احترام العون الاقتصادى للإلتزامات المفروضة عليه تجاه المستهلك أو باقى الأعوان الاقتصاديين.
- فمثلاً من خلال البيانات المتعلقة بالسعر فى الفاتورة يمكن الوقوف على مدى احترام العون الاقتصادى لجميع الأحكام المتعلقة بالسعر، كمارسته لأسعار غير شرعية بالتصريح المزيّف بأسعار التكلفة، أو القيام بمناورات ترمي إلى إخفاء زيادات غير شرعية فى الأسعار، أو ممارسة أسعار مقيدة للمنافسة كالتخفيض التعسفى فى الأسعار. كما أن البيانات الواردة فى الفاتورة تمكن من مراقبة مدى احترام العون الاقتصادى لأحكام البيع بالمكافأة والبيع التبعى وغيرها من الأحكام الهادفة لحماية المستهلك، واتخاذ الإجراءات اللازمة لذلك.
- إن الفاتورة بما تحتوى من بيانات تمكن الدولة من مراقبة النشاط التجارى والاقتصادى. فضلاً عن مراقبة احترام قواعد حماية المستهلك والمنافسة فإن الفاتورة تخول لكل من إدارتى الضرائب والجمارك تحديد مستحققاتها، ومراقبة مدى احترام النصوص الجبائية والجمركية. كما أن الفواتير تعتبر من الوسائل الأساسية التى يعتمد عليها فى التحقيقات القضائية أو تجريبها هيئات مختصة كمجلسى المحاسبة والمنافسة.
- إن الفاتورة نظراً لطابعها الإسمى تمكن الهيئات المعنية من تتبع المنتوجات ومصدرها ومواطن توزيعها واستهلاكها وهو ما يسهل إجراء التحقيقات المتعلقة بها أو مصادرتها ومعالجة أثارها إن اقتضى الحال.
- إن نظام الفوترة يمكن الدولة من أخذ صورة واقعية حول حجم المبادلات الاقتصادية وطبيعتها وتوجهاتها، واتخاذ السياسات المناسبة على ضوء تقييم ودراسة ما توفر من معطيات.

- إن الفواتير ووصولات التسليم وسندات التبشير بوجه عام تعتبر من الوسائل المهمة التي تؤخذ بعين الاعتبار عند الحكم بالإفلاس أو التسوية القضائية ومدى اعتبار الإفلاس بسيطاً أو بالتقصير أو بالتدليس، لأن الفواتير ووصولات التسليم تعطي صورة حول الوضع المالي للتاجر وطريقة تسييره لأمواله ومدى احترامه لأصول وأعراف المهنة في مسك الحسابات²⁹¹. هذه بعض المزايا التي توفرها الفاتورة من خلال ما تضيفه من شفافية على المعاملات انطلاقاً مما يجب أن تتضمنه من بيانات من شأنها تكريس قواعد حماية المستهلك وضبط النشاط التجاري والاقتصادي بوجه عام.

ثانياً- الفاتورة وسيلة للإثبات

إن الأهمية المباشرة التي يجنيها المستهلك من التزام العون الاقتصادي بالفاتورة هو استخدام الفاتورة أو وصل التسليم كوسيلة للإثبات.

فطبقاً للمادة 30 من القانون التجاري فإنه يثبت كل عقد تجاري بـ: سندات رسمية، سندات عرفية، فاتورة مقبولة، الرسائل، دفاتر الطرفين، الإثبات بالبينة، أو أية وسيلة أخرى. فالقاعدة إذا هي أن الإثبات في المواد التجارية حيال التاجر يكون بجميع وسائل الإثبات إعمالاً لمبدأ حرية الإثبات، ومن ثم يجوز إثبات العقود التجارية مهما كانت قيمتها بشهادة الشهود والقرائن وكافة وسائل الإثبات الأخرى، كما يقوم الإقرار واليمين مقام الدليل الكتابي، ويجوز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه عقد تجاري مكتوب بشهادة الشهود و القرائن، كما لا تخضع المحررات العرقية المتضمنة لعقود تجارية لقواعد ثبوت التاريخ بحيث يمكن إثبات تاريخها في مواجهة الغير بكافة وسائل الإثبات²⁹².

وعليه يمكن للمستهلك أن يتمسك تجاه العون الاقتصادي التاجر بكافة طرق الإثبات، وفي المقابل لا يمكن للعون الاقتصادي أن يتمسك تجاه المستهلك إلا طبقاً لقواعد الإثبات في المواد المدنية باعتبار العمل مدنيا بالنسبة إليه²⁹³. فلا يجوز إثبات ما تفوق قيمته 100,000 د.ج تجاه المستهلك إلا بالكتابة طبقاً للقواعد العامة للإثبات (المادة 333 ق.م.ج).

وعلى الرغم من إمكانية تمسك المستهلك تجاه العون الاقتصادي التاجر بكافة طرق

الإثبات، ومع ذلك فإن القانون 02/04 ألزم العون الاقتصادي بتسليم الفاتورة متى طلبها المستهلك، وذلك بمثابة إزام للعون الاقتصادي بأن يصطنع دليلاً ضد نفسه، وحينئذ تصير الفاتورة هي وثيقة العقد ومرجعه الأساسي من خلال ما تتضمنه من بيانات. وأهمية الفاتورة في الإثبات تتجلى في كونها تضيف على عقد الاستهلاك الذي حررت بشأنه خاصية العقود ذات الكفاية الذاتية في الإثبات وذلك من خلال البيانات الواردة في وثيقة العقد وهي الفاتورة. ويقصد بالكفاية الذاتية في الإثبات أن الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات أو الشخص الذي يتطوع للإثبات، يقوم بإثبات حقه من خلال البيانات الواردة في وثيقة العقد، فتكون هذه البيانات بمثابة دليل كامل ينشئ الحق ويحميه دون الحاجة للرجوع إلى طرق الإثبات الأخرى التي أقرها القانون، ومن أمثلة العقود التجارية ذات الكفاية الذاتية في الإثبات عقد النقل من خلال وثيقة النقل والإيصال بالنسبة للنقل البري للبضائع، أو تذكرة السفر وإيصال الأمتعة بالنسبة للنقل البري للركاب²⁹⁴.

²⁹¹- أنظر على سبيل المثال المواد 374.371.370.338.337.226 من القانون التجاري الجزائري.

²⁹²- همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص.153.

²⁹³- نفس المرجع، ص.157.

²⁹⁴- عبد الرزاق زوينة، محاضرات في طرق الإثبات، ملقاة على طلبة الماجستير قسم الحقوق، جامعة ورقلة، 2004، (غير منشور).

لكن العون الاقتصادي ليس بالضرورة تاجرا وإنما قد يكون منتجا ليس تاجرا كالفلاح مثلا، وقد يكون حرفيا، وقد يكون مقدم خدمة غير تاجر كالطبيب والخبير، فهؤلاء ليسوا تاجرا وإنما يمارسون أعمالا مدنية، ومع ذلك فهم ملزمون بتسليم الفاتورة إذا طلبها المستهلك منهم باعتبارهم أعوانا اقتصاديون طبقا للتعريف الذي أورده القانون 02/04 للعون الاقتصادي. فمادام هؤلاء يمارسون أعمالا مدنية طبقا لأحكام القانون التجاري والقانون 08/04 المتعلق بالأنشطة التجارية²⁹⁵ فإن علاقتهم بالمستهلك تحكمها قواعد الإثبات في المواد المدنية ومن ثم لا يمكن للمستهلك إثبات ما يفوق 100,000 د.ج تجاه العون الاقتصادي غير التاجر، إلا بدليل كتابي طبقا للمادة 333 ق.م.ج، وفي هذه الحالة تزيد أهمية الفاتورة بالنسبة للمستهلك حيث تعتبر دليلا كتابيا يستند عليه في مواجهة العون الاقتصادي غير التاجر لإثبات حقوقه فيما يزيد عن 100,000 د.ج.

وتأخذ الفاتورة أو وصل التسليم حجية المحررات العرفية كونها تتضمن ختم وتوقيع العون الاقتصادي، ويترتب على ذلك اعتبارها حجة بما تتضمنه من بيانات على العون الاقتصادي الذي تحمل توقيعه وختمه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من ختم وتوقيع²⁹⁶.

فالمشرع أقام قرينة على أن الورقة العرفية منسوبة إلى من تحمل توقيعه كون هذا التوقيع قرينة على تسليم صاحبه بصدق جميع البيانات الواردة فيها، غير أنه لما كانت حجية الورقة العرفية تجاه من تنسب إليه تقوم على توقيعها منه فإنها تفقد أساسها وتتقوض بالإنكار الصريح للتوقيع ممن نسب إليه، حيث أن القرينة السالفة هي قرينة بسيطة يهدمها مجرد إنكار من يحتج تجاهه بالورقة للتوقيع²⁹⁷.

وعليه إذا أنكر العون الاقتصادي الختم والتوقيع المنسوب إليه أو دفع بالجهالة سقطت حجية الفاتورة مؤقتا، ويقع على المستهلك إثبات صحة التوقيع وفقا لإجراءات مضاهاة الخطوط²⁹⁸، مع الاستعانة بدفتر الفواتير.

فإذا أثبت التحقيق ثبوت نسبة الفاتورة للعون الاقتصادي الذي تحمل توقيعه استعادت الفاتورة حجيتها قبله، ولم يعد له سبيل لدحضها إلا بالطعن فيها بالتزوير وفق الإجراءات المقررة قانونا. أما إذا تبين العكس فإن قيمة الفاتورة كدليل للإثبات تنعدم بالنسبة للكافة²⁹⁹. ويبقى للمستهلك الحق في استعمال جميع طرق الإثبات تجاه العون الاقتصادي إذا كان تاجرا، والالتزام بقواعد الإثبات في المواد المدنية إذا لم يكن تاجرا.

أما بالنسبة للفاتورة الإلكترونية فإن المادة 323 مكرر 1 ق.م.ج تعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وكذلك يعتد بالتوقيع الإلكتروني إذا توفرت فيه ذات الشروط بأن أمكن التأكد من هوية الشخص الذي أصدره وكان معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته (المادة 327 فقرة 2).

وعليه فإن المشرع بالزامه للعون الاقتصادي مهما كانت صفته بتسليم الفاتورة للمستهلك إذا طلبها هو في الحقيقة إنما يلزمه بأن يصطنع دليلا ضد نفسه لصالح المستهلك خروجاً عن

²⁹⁵ - أنظر المادة 7 من القانون 08/04 المتعلق بالأنشطة التجارية.

²⁹⁶ - أنظر المادة 327 مدني جزائري.

²⁹⁷ - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص. 149.

²⁹⁸ - أنظر المادة 76 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

²⁹⁹ - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص. 261.

القواعد العامة في الإثبات. وإن كان هذا الإلزام يبدو مناقضا لخصائص المعاملات التجارية التي تتطلب السرعة والثقة والائتمان مما يستدعي اعتماد وسائل مرنة تعمل على دفع النشاط التجاري والبعد عن الشكليات المتشعبة التي تميز باقي المعاملات. وتجدر الإشارة إلى أن الفوترة كما تحقق مصلحة المستهلك فإنها أيضا تحقق مصلحة العون الاقتصادي، حيث أن التزامه بالفوترة يعزز ثقة المستهلك نحوه، فتغدو الفوترة بذلك ميزة تنافسية لصالح العون الاقتصادي.

كما أن الفواتير تساعد العون الاقتصادي في مسك حساباته وتدقيقها وضبط وضعه المالي، وهو ما قد يبرر إفادته في حال توقفه عن الدفع بالصلح أو الإفلاس البسيط ويجنبه الإدانة بالنفليس بالتقصير أو بالتدليس.

إضافة لذلك فإن الفاتورة لها ميزة أخرى وهي كونها محلا لعقد تحويل الفاتورة، وهو طبقا للمادة 543 مكرر 14 من القانون التجاري: "عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى "الوسيط" محل زبونها المسمى المنتمي عندما تسدد فورا لهذا الأخير المبلغ التام لفاتورة لأجل محدد ناتج عن عقد، وتتكفل بتبعية عدم التسديد وذلك مقابل أجر". بمعنى أن العون الاقتصادي يمكنه بموجب هذا العقد أن يحول ما تتضمنه الفاتورة من حقوق له مؤجلة تجاه الزبون (عون اقتصادي أو مستهلك) إلى الشركة الوسيط التي تقوم بأداء قيمة الفاتورة فورا للعون الاقتصادي مقابل أجر، دون أن ترجع الشركة الوسيط على العون الاقتصادي المنتمي في حالة إفسار المستهلك أو إفلاس العون الاقتصادي المدين، فالشركة الوسيط تضمن خطر عدم الوفاء عند الاستحقاق مع تحصيلها لهذه الفواتير لدى المدين، لذا فإن عقد تحويل الفاتورة يوفر للعون الاقتصادي السيولة المالية ويجنبه مشاكل وعناء التحصيل، وهذا كله يتوقف على وجود الفاتورة باعتبارها محلا لهذا العقد.

أما في علاقة الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم فإن التاجر يمكنه بناء على المادة 30 من القانون التجاري أن يتمسك بالفاتورة المقبولة كدليل صادر عنه في مواجهة خصمه التاجر خروجاً عن القواعد العامة في الإثبات، وللخصم أن يدحضها بالدليل العكسي بجميع طرق الإثبات طبقاً لقواعد الإثبات في المواد التجارية³⁰⁰.

المطلب الثالث

أثر مخالفة الإلتزام بالفوترة

للقوف على أثر مخالفة العون الاقتصادي لالتزامه بالفوترة لا بد أن نشير بداية إلى

مسألتين:

- الأولى: تتعلق بدور الكتابة في التصرف القانوني، حيث وباستثناء العقود الشكلية التي تكون فيها الكتابة ركناً في العقد يتوقف عليها انعقاده، فإن الأصل العام أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين وفي هذه الحالة فإن الكتابة ما هي إلا طريق لإثبات الإلتزامات وليس شرطاً لوجودها وقيامها، وهيئة وسائل الإثبات مسبقاً لا يعني أبداً الخروج عن صفة التراضي، وفي حال غياب الكتابة بسبب ما فإن ذلك لا ينفي أن العقد موجود حيث يمكن إثبات مضمونه بطرق أخرى³⁰¹.

³⁰⁰ - عبد الرزاق زوينة، المرجع السابق، (غير منشور).

³⁰¹ - الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، ط.1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001،

وإذا استلزم القانون أو الاتفاق الكتابة بغير الإفصاح عن دلالتها للانعقاد أو الإثبات ولم يمكن التوصل إلى تحديد دلالتها بوسائل التفسير المختلفة، فسر الشك على تقدير استلزامها للإثبات وذلك استصحاباً للأصل المقرر لرضائية التصرف الذي لم يقدّم الدليل على ما يغيره، وعلى أساس أن العبرة في الحكم للغالب الشائع لا للنادر، وأن الأصل في الأمور العارضة³⁰² عدم العدم.

وبناء عليه فإن إلزام المشرع العون الاقتصادي بتبرير المعاملة بوصل صندوق وإلزامه بتسليم الفاتورة إذا طلبها المستهلك لا يعد عنصراً يتوقف عليه انعقاد عقد الاستهلاك، وتخلف هذا الالتزام لا يؤثر في وجود العقد. بمعنى أن وصل الصندوق أو الفاتورة هما للتبرير والإثبات وليس الانعقاد، وكذلك الحال بالنسبة لتكييف الفاتورة بين الأعوان الاقتصاديين.

- أما المسألة الثانية: فهي امتداد للأولى وتتعلق بضرورة التمييز بين التصرف القانوني وأداة إثباته، فالتصرف القانوني هو اتجاه الإرادة لإنتاج أثر قانوني معين وهو عقد الاستهلاك في موضوعنا- بصرف النظر عن وسيلة إثباته والشكل الذي يفرغ فيه.

ويترتب على هذا التمييز بين التصرف القانوني وأداة إثباته أن صحة الورقة (الفاتورة) كأداة إثبات لا يمنع من أن يكون التصرف الثابت بها باطلاً، وفي المقابل فإن بطلان الورقة لا يؤثر في صحة التصرف³⁰³.

انطلاقاً من هذه المقدمة نناقش أثر مخالفة العون الاقتصادي للالتزامه بالفوترة، حيث وبالرجوع إلى المادتين 33 و34 من القانون 02/04 نجدهما تفرقان بين حالتين، حالة عدم الفوترة (أولاً) وحالة الفاتورة غير المطابقة (ثانياً).

أولاً- عدم الفوترة

تنص المادة 33 من القانون 02/04 على أنه: "دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في التشريع الجبائي، تعتبر عدم فوترة مخالفة لأحكام المواد 13.11.10 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة بنسبة 80% من المبلغ الذي كان يجب فوترته مهما بلغت قيمته".

وبذلك يعد العون الاقتصادي مرتكباً لجريمة عدم الفوترة في حال لم يسلم الفاتورة للمستهلك الذي طلبها، أما إذا لم يطلبها المستهلك فلا يسأل العون الاقتصادي لانقضاء شرط التزامه، كما يدخل ضمن جريمة عدم الفوترة عدم التزام العون الاقتصادي بتبرير المعاملة بوصل صندوق أو سند آخر يقوم مقامه في علاقته بالمستهلك باعتبار ذلك إخلالاً بالمادة 10. وبالتالي فإن جريمة عدم الفوترة هي من الجرائم السلبية التي تقوم بالامتناع.

ولقد عاقب المشرع على عدم الفوترة بغرامة تقدر بنسبة 80% من المبلغ الذي كان يجب فوترته، أي السعر الإجمالي مع احتساب كل الرسوم مهما كانت قيمته.

بالإضافة لما سبق فإن العون الاقتصادي يعد مرتكباً لجريمة عدم الفوترة طبقاً للمادة 33 في الحالات الآتية:

- في حالة عدم الفوترة في المعاملات بين الأعوان الاقتصاديين وفي هذه الحالة يعاقب الطرفان لأن المادة 10 تلزم البائع بتسليم الفاتورة كما تلزم المشتري بطلبها منه.

³⁰²- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص.131.

³⁰³- همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص.130. وعلى الرغم من حرص التشريعات والفقه على التمييز بين ورقة الإثبات (المحرر) والتصرف الذي تثبته وانتقاد الفقه لمصطلحي "العقد العرفي" و"العقد الرسمي" كونهما يخلطان بين المحرر والتصرف إذا الأصح هو "المحرر العرفي أو الرسمي"، ومع ذلك فإن المادة 327 ق.م.ج لا تزال تعبر بـ "العقد العرفي" على الرغم من تنميتها وتعديلها بموجب القانون 10/05.

- عدم إرفاق البضائع التي ليست محل معاملات تجارية بسند تحويل يبرر حركتها عند نقلها مخالفة للفقرة الأخيرة من المادة 11.

- في حال عدم احترام شروط استعمال وصل التسليم باعتباره بديلا للفاتورة كأن تكون المعاملة محل وصل التسليم غير متكررة أو منتظمة أو ليست مع نفس الزبون، أو امتناع العون الاقتصادي عن تحرير الفاتورة الإجمالية شهريا، أو في حال استعمال وصل التسليم دون ترخيص صريح من الإدارة المكلفة بالتجارة. فهذه كلها تدخل في مفهوم عدم الفوترة باعتبارها مخالفة لأحكام المادة 11.

- في حال عدم تقديم العون الاقتصادي بصفته بائعا أو مشتريا الفاتورة للموظفين المؤهلين عند أول طلب أو في الأجل الذي تحدده الإدارة المعنية، باعتبار ذلك مخالفة لأحكام المادة 13.

- عدم ذكر بعض البيانات في الفاتورة وهي طبقا للمادة 34 الاسم والعنوان الاجتماعي للبايع أو المشتري، وكذا رقم تعريفه الجبائي وعنوانه، والكمية والاسم الدقيق وسعر الوحدة من غير الرسوم للمنتجات المبيعة أو الخدمات المقدمة. حيث اعتبر المشرع إهمال هذه البيانات بمثابة عدم فوترة كما سوف نرى.

ولقد اصطلح القانون 02/04 على جميع هذه المخالفات بـ"عدم الفوترة" على الرغم من عدم تعلقها جميعا بالفاتورة، وذلك على غرار عنونة الفصل الثاني من الباب الثاني بـ"الفوترة" بالرغم من كونه يتطرق إلى وصل الصندوق ووصل التسليم وسند التحويل. وعطفا على ما سبق ذكره فإن عدم الفوترة لا يؤثر في صحة العقد المبرم بين المستهلك والعون الاقتصادي أو بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم، على اعتبار الفاتورة أداة إثبات لا يتوقف عليها انعقاد العقد. وفي هذه الحالة يجوز للمستهلك إثبات حقوقه حيال العون الاقتصادي التاجر بكافة وسائل الإثبات إعمالا لمبدأ الحرية في الإثبات، أما غير التاجر فطبقا لقواعد الإثبات في المواد المدنية.

ثانيا- الفاتورة غير المطابقة

طبقا للمادة 34 من القانون 02/04 فإنه "تعتبر فاتورة غير مطابقة كل مخالفة لأحكام المادة 12 من هذا القانون، ويعاقب عليها بالغرامة من عشرة آلاف دينار (10,000 د.ج) إلى خمسين ألف دينار (50,000 د.ج)، بشرط ألا تمس عدم المطابقة الاسم أو العنوان الاجتماعي للبايع أو المشتري، وكذا رقم تعريفه الجبائي وعنوانه والكمية والاسم الدقيق وسعر الوحدة من غير الرسوم للمنتجات المبيعة أو الخدمات المقدمة حيث يعتبر عدم ذكرها في الفاتورة عدم فوترة ويعاقب عليها طبقا لأحكام المادة 23 أعلاه".

فالمادة 34 تحيل بشأن الفاتورة غير المطابقة إلى المادة 12 التي تحيلنا بدورها إلى المرسوم التنفيذي 468/05 السالف الذكر. وعليه تعتبر فاتورة غير مطابقة كل فاتورة أو وصل تسليم أو فاتورة إجمالية أو سند تحويل يتم تحريره على نحو يخالف أحكام المرسوم التنفيذي 468/05، وذلك بإهمال البيانات أو الشروط أو الكيفيات التي يتطلبها هذا المرسوم في تلك السندات³⁰⁴.

³⁰⁴ - ارجع لما سبق بيانه بشأن البيانات والشروط التي يجب توفرها في الفاتورة ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية، أما سند التحويل فلم نتطرق له لتعلقه بالبضائع التي ليست محل معاملات تجارية وهي خارجة عن نطاق بحثنا.

وخلافا لعدم الفوترة التي تتحدد فيها الغرامة نسبة، فإن المشرع بخصوص الفاتورة غير المطابقة قد حدد نطاق الغرامة محل العقوبة.

إلا أن المشرع في المادة 34 تشدد بشأن بعض البيانات نظرا لأهميتها واعتبر الإخلال بها يتعدى عدم المطابقة إلى اعتبار الفوترة كأن لم تكن، ومن ثم ألحق عدم ذكرها بجريمة عدم الفوترة وعاقب العون الاقتصادي على هذا الأساس، وذلك في حال عدم ذكر البيانات التالية:

- اسم البائع أو المشتري: لأن إهمال اسم أحدهما يفقد السند أي قيمة في الإثبات، لكون ذلك إهمال لأحد أطراف العلاقة التعاقدية على الأقل.

- العنوان الاجتماعي للبائع أو المشتري: لم يرد في المرسوم 468/05 مصطلح "العنوان الاجتماعي" وإنما مصطلح "العنوان التجاري" بالنسبة للشخص المعنوي.

- رقم التعريف الجبائي للبائع أو المشتري: كذلك لم ينص المرسوم 468/05 على رقم التعريف الجبائي كبيان إلزامي في الفاتورة أو وصل التسليم وإنما نص على رقم التعريف الإحصائي.

- عنوان البائع أو المشتري: ذلك أن العنوان يتحدد به الموطن الذي توجه إليه الأوراق القضائية من تليغات وإعذارات وغيرها من الأوراق ذات الأثر القانوني، كما يتحدد به الاختصاص بنظر بعض الدعاوى ومباشرة بعض الإجراءات. لذا فعدم مطابقته عدده الشرع بمثابة عدم فوترة.

- الكمية والاسم الدقيق وسعر الوحدة من غير الرسوم للمنتجات المباعة أو الخدمات المقدمة: فهذه البيانات يتحدد بها ركن المحل في العقد الذي يتضمن المنتج أو الخدمة (المبيع) والسعر (الثمن)، لذا يجب تحديده وإلا فلا معنى للفاتورة بإهماله.

فإذا أخل العون الاقتصادي بهذه البيانات اعتبر ذلك عدم فوترة لذا يعاقب بغرامة تقدر بنسبة 80% من المبلغ الذي كان يجب فوترته مهما كانت قيمته.

وأخيرا نشير إلى أن فقدان الفاتورة لبعض بياناتها التي تجعل منها فاتورة غير مطابقة أو حتى بعض البيانات التي اعتبر المشرع عدم مطابقتها بمثابة عدم فوترة كرقم التعريف الجبائي والعنوان لا يحول دون احتفاظ "الفاتورة" بصفاتها كمحرر عرفي صالح للإثبات متى ظلت مستوفية لشروط المحرر العرفي المعد للإثبات، وهذه الشروط هي توقيع وختم البائع وكذا البيانات الجوهرية المعينة للتصرف الذي أعدت الفاتورة غير المطابقة لأجله، كتحديد هوية البائع والمشتري والمبيع والسعر. أما بقية البيانات غير الجوهرية في التصرف المبرم فلا يؤثر إهمالها على حجية الفاتورة في الإثبات وان اعتبرها المشرع بيانات إجبارية في الفاتورة تحت طائلة العقاب كعنوان البائع أو المشتري أو رقم تعريفه الجبائي أو طريقة الدفع أو رقم السجل التجاري، لذا يمكن للمستهلك وإن لم يتمسك بها كفاتورة مقبولة للإثبات أن يتمسك بها كمحرر عرفي. في حين لا يمكن للبائع أن يتمسك بها كدليل لصالحه كونها فقدت صفتها كفاتورة مقبولة.

وفي كل الأحوال التي يخالف فيها العون الاقتصادي التزامه بالفوترة سواء كانت المخالفة تمثل عدم فوترة أو فاتورة غير مطابقة، فإن بمقدور المستهلك أن يتأسس كطرف مدني في الدعوى الجزائية المرفوعة ضد العون الاقتصادي للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة هذا الإخلال طبقا للمادة 65 من القانون 02/04.

نخلص في ختام هذا الفصل إلى أن اعتماد المشرع مبدأ الشفافية في الممارسات التجارية قد كرس حماية المستهلك من خلال ما ترتب عنه من التزامات على عاتق العون الاقتصادي لم تألفها القواعد العامة.

فالشفافية اقتضت إلزام البائع بإعلام أسعار وتعريفات السلع والخدمات، وهو ما يعزز اختيار المستهلك ويقيه الدخول في مفاوضات قد تجعله عرضة للاستغلال. كما كفلت الشفافية للمستهلك من خلال الالتزام بالإخبار التزود بالمعلومات الصادقة والنزاهة حول مميزات وخصائص محل العقد وشروطه والحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية، وهي معلومات كفيلة بتخفيف ما يعانيه المستهلك من نقص في الخبرة مقارنة بالعون الاقتصادي.

وأخيرا فرضت الشفافية على العون الاقتصادي تسليم الفاتورة للمستهلك إذا طلبها، مانحة هذا الأخير وسيلة هامة للإثبات.

وبذلك يغدو مبدأ شفافية الممارسات التجارية من أهم الضمانات التي رصدها المشرع لمواجهة نقص الخبرة الفنية للمستهلك وما ترتب عن ذلك من قصور لديه في الاختيار وعجز على التفاوض، متصديا بذلك لأحد أهم مظاهر اختلال التوازن العقدي بين العون الاقتصادي والمستهلك.

الفصل الثاني **حماية المستهلك من خلال نزاهة الممارسات التجارية**

تعد "النزاهة" من المثل العليا التي تعبر عن صفاء السريرة وسمو الأخلاق. لذا ينظر إلى "عدم النزاهة" على أنه انحراف عن المثل العليا تتولى قواعد الدين والأخلاق تقويمه، ومن ثم فإن هذا الانحراف هو خارج -من حيث المبدأ- عن نطاق القانون ما لم يستوجب المشرع النزاهة رعاية منه لمصالح يراها جديرة بالحماية.

ونظرا لكون الممارسات التجارية تعد فضاء مشحونا بالتنافس والتجاذب الحاد بين مختلف المصالح فإن المشرع قد فرض النزاهة في هذه الممارسات من خلال الباب الثالث من القانون 02/04 الذي حظر جملة من الممارسات، استهدف في جانب منها حماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا جديرا بالحماية في هذا المجال.

وهو ما نتعرض إليه في هذا الفصل من خلال أربع مباحث:

- المبحث الأول: حماية المستهلك تجاه رفض التعاقد.
- المبحث الثاني: حماية المستهلك من بعض أنواع البيع.
- المبحث الثالث: حماية المستهلك من الإشهار التضليلي.
- المبحث الرابع: حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

المبحث الأول حماية المستهلك تجاه رفض التعاقد

لقد جسد المشرع حمايته للمستهلك تجاه رفض التعاقد في المادة 15 من القانون 02/04 التي تنص: " تعتبر كل سلعة معروضة للبيع على نظر الجمهور معروضة للبيع. يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة. لا يعني هذا الحكم أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات".

فالنزاهة التي ينشدها المشرع في الممارسات التجارية تحتم على العون الاقتصادي معاملة الأفراد على قدم المساواة دون اعتبار لأي تمييز جنسي أو عرقي أو طائفي أو سياسي أو ديني. ويعد رفض التعاقد من الممارسات التي تعكس سلوكا عنصريا مقبولا، حيث من غير المقبول أن يرغب شخص في اقتناء حاجاته كغيره من الناس فيجد نفسه محروما من شراء ما يعرض للبيع دون مبرر شرعي، وهو ما حذا بالمشرع لحظر هذا النوع من الممارسات متجاهلا بذلك مبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح الشخص حرية التعاقد من عدمه³⁰⁵.

³⁰⁵ - أما المشرع الفرنسي فقد منع رفض التعاقد منذ الأمر الصادر بـ 30 جوان 1945 بموجب المادة 37 منه، ثم بالأمر الصادر قي 01 ديسمبر 1986 بموجب المادة 30 منه التي تحولت إلى المادتين (L. 122-1) و (R.121-13) من قانون الاستهلاك الفرنسي. أنظر: - W. Jeandidier, op. cit., p. 527.

ودرء لأي تهرب من هذا الحظر جعل المشرع عرض السلعة على الجمهور قرينة على عرضها للبيع ومن ثم يمنع رفض بيعها. وعليه سوف نتناول حظر المشرع لرفض التعاقد في ثلاث مطالب: **المطلب الأول:** اعتبار السلعة المعروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع. **المطلب الثاني:** شروط حظر رفض التعاقد. **المطلب الثالث:** أثر رفض التعاقد.

المطلب الأول

اعتبار السلعة المعروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع

لقد اعتبرت الفقرة الأولى من المادة 15 أعلاه "كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع"، لذا سوف نتعرض لأهمية هذا الاعتبار (أولاً)، ثم التكييف القانوني لعرض السلعة على نظر الجمهور (ثانياً).

أولاً- أهمية اعتبار السلعة المعروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع

لقد أسست الفقرة الأولى من المادة 15 "قرينة قانونية" لصالح جمهور المستهلكين مفادها أن عرض السلعة على نظر الجمهور قرينة على عرضها للبيع، فالمشرع قد استدل على واقعة مجهولة وهي قصد البيع من ثبوت واقعة بديلة معلومة وهي عرض السلعة على نظر الجمهور، وهذا هو تركيب القرينة القانونية³⁰⁶.

من هنا تتجلى أهمية اعتبار السلعة المعروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع: فمن ناحية كونها أسست لقرينة قانونية لصالح المستهلك معناه إعفاء المستهلك (المدعي) من عبء إثبات قصد التعاقد (البيع) لدى العون الاقتصادي مادام المشرع يفترض عزم هذا الأخير على البيع لمجرد عرضه للسلعة على نظر الجمهور، ومن ثم لا يمكنه رفض التعاقد بداعي أن السلعة غير معروضة للبيع. وفي ذلك ترجيح لمصلحة المستهلك وتخفيف عليه في الإثبات على أن المستهلك يظل مكلفاً بإقامة الدليل على واقعة عرض السلعة على نظر الجمهور. وبذلك فإن المشرع قد سد بهذه القرينة باب التحايل على الأعوان الاقتصاديين. ومن ناحية أخرى فإن أهمية هذه القرينة لا تقف عند مقاومة رفض التعاقد بل تمتد إلى

باقي أحكام القانون 02/04 بوجه عام، لأن اعتبار السلعة المعروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع يستلزم أن تخضع كل سلعة معروضة على نظر الجمهور لجميع الأحكام المتعلقة بالسلع المعروضة للبيع، ومنها مثلاً ضرورة عدها أو وزنها أو كيلها وإعلام الجمهور بأسعارها، طبقاً للمادة 5 من القانون 02/04، وإهمال ذلك يترتب المسؤولية الجزائية للعون الاقتصادي مادامت السلعة معروضة على نظر الجمهور حتى وإن تذرع البائع بأن السلعة غير معروضة للبيع، وبذلك فإن هذه القرينة تحول دون التهرب من تطبيق الأحكام المتعلقة بعرض السلع للبيع في القانون 02/04 بوجه عام، ويترتب على ذلك سهولة المراقبة والتحقيق حول مخالفة أحكامه من طرف الموظفين المؤهلين لذلك وجمعيات حماية المستهلك وكذا الجمهور. بل إن أثر هذه القرينة يمتد إلى جميع النصوص المتعلقة بالسلع المعروضة للبيع حتى خارج القانون 02/04، فمثلاً نجد القانون 02/89 يفرض أن تتوفر في المنتج المعروض للاستهلاك المقاييس والمواصفات القانونية المعتمدة، وأن يقدم وفق مقاييس تغليفه وأن يذكر

³⁰⁶ - أنظر: همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص.585.

مصدره وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله (المادة 3)، فانطلاقاً من اعتبار كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع أي للاستهلاك يستلزم بالضرورة أن يكون البائع مسؤولاً عن توفر جميع هذه الشروط لمجرد عرض السلعة على نظر الجمهور ولا يمكنه التذرع بكونها غير موجهة للاستهلاك.

وعليه فإن هذه القرينة جعلت من مناطق تطبيق الأحكام المتعلقة بالسلع المعروضة للاستهلاك هو مجرد عرضها على نظر الجمهور، وهذا من شأنه تكريس الشفافية والنزاهة في علاقة العون الاقتصادي والمستهلكين وتضييق سبل التحايل على القانون.

والسؤال الذي يطرح، ما هي طبيعة هذه القرينة أقطاعية هي أم بسيطة؟ يبدو من خلال المادة 15 أنه إذا تعلق الأمر بغير أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات، فإن المشرع يعتبر عرض السلعة على نظر الجمهور دليل قاطع على عرضها للبيع، وبالتالي فإن قرينة "العرض للبيع" تبدو قاطعة لا يمكن للعون الاقتصادي إثبات عكسها بأن يحاول إقامة دليل على أن عرض السلعة على نظر الجمهور في متجره أو محله أو في المعارض التجارية كان لغرض آخر غير البيع أو أن السلع المعروضة قد تم بيعها، بل إن استثناء المشرع صراحة في الفقرة الأخيرة أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات من نطاق تطبيق هذه القرينة يؤكد قطعيتها إذ لو كانت بسيطة لما استلزم إيراد هذا الاستثناء بالتحديد.

مع الإشارة أخيراً إلى ملاحظة هامة وهي أن الفقرة الأولى من المادة 15 ركزت على السلع دون الخدمات، وعليه فإن ضرورة الالتزام بالنص تقضي إلى أن هذه القرينة تخص السلع فقط، بمعنى أن الخدمات المعروضة على نظر الجمهور لا تعتبر بالضرورة معروضة للأداء.

ثانياً- التكييف القانوني لعرض السلعة على نظر الجمهور

إن عرض السلعة على نظر الجمهور إما أن يكون إيجابياً وإما أن يكون مجرد دعوة للتعاقد، ومادام المشرع يعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع معناه أن عرض السلعة على نظر الجمهور لا يقبل أي تكييف آخر غير هذان التكييفان لأنهما الوجهان الوحيدان اللذان تتجسد من خلالهما نية التعاقد.

1- تكييف عرض السلعة على نظر الجمهور بأنه إيجاب: في الحقيقة إن الالتزام بأحكام

القانون 02/04 من شأنه أن يجعل عرض السلعة على نظر الجمهور لا يمكن إلا أن يكون إيجابياً، فالإيجاب هو عرض يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد البيع³⁰⁷.

وعليه حتى نكون بصدد إيجاب في عقد البيع يجب أن يكون التعبير عن الإرادة باتاً وجازماً في دلالة على إرادة التعاقد، وأن يتضمن العرض العناصر الأساسية للعقد فيكفي بالنسبة لعقد البيع أن يعين الشيء المبيع والثمن تعييناً كافياً لاعتبار العرض إيجاباً. بعبارة أخرى حتى يعتبر العرض إيجاباً يجب أن يتوفر على عنصرين، الأول أن يكون عرضاً محدداً ودقيقاً، والثاني أن يكون عرضاً باتاً وجازماً³⁰⁸.

فبالنسبة للعنصر الأول وهو أن يكون العرض محدداً ودقيقاً معناه أن يتضمن العرض العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بحيث يتسنى للمعروض عليه الإطلاع بدقة على مضمون العقد وبذلك يكون العقد قابلاً للانعقاد بمجرد صدور القبول دون إضافة شيء آخر، وهذا الشرط

307 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 108.

308 - أنظر: علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 88-89.

قد كفله القانون 02/04 في مادته الخامسة التي تلزم البائع بأن يعلم المستهلك بأسعار السلع بصفة مقروءة ومرئية كما تلزمه بعد أو وزن أو كيل السلع المعروضة للبيع، ووضع علامات على الغلاف تسمح بمعرفة الوزن أو الكمية أو عدد الأشياء المقابلة للسعر المعلن، وبالتالي فإن القانون 02/04 يلزم البائع بإعلام المستهلكين بالعناصر الأساسية لعقد البيع بالنسبة للسلع المعروضة على نظر الجمهور مادام المشرع يعتبرها معروضة للبيع.

أما العنصر الثاني وهو أن يكون العرض باتاً وجازماً فمعناه أن يعبر هذا العرض عن الإرادة القطعية للموجب في إنجاز العقد المرغوب فيه، وهو تعبير عن إرادة إبرام العقد بصفة لا رجعة فيها، وهذا العنصر قد افترضه القانون 02/04 في المادة 15 فقرة 1 منه التي نحن بصدددها، بأن جعل عرض السلعة على نظر الجمهور هو بمثابة تعبير قاطع وجازم على إرادة البيع، بحيث لم يترك مجالاً أمام البائع للتراجع عن البيع كما سوف نرى.

ولا بد من الإشارة إلى أن العنصر الثاني (الإرادة الجازمة للتعاقد) ظل الفقه والقضاء يفترضه متى توفر العنصر الأول (تحديد العناصر الأساسية للعقد)، لذا اعتبر عرض السلعة بأثمانها قرينة على نية بيعها ومن ثم يعتبر العرض إيجاباً ولو لم يصرح العارض بعزمه على البيع، إلا أن هذه القرينة ظلت قرينة قضائية، والقرائن القضائية كلها بسيطة قابلة لإثبات العكس بجميع الطرق بما فيها البيئة والقرائن³⁰⁹، وبذلك يمكن لعارض السلعة ولو بثمنها أن يثبت خلاف قصد البيع بكافة طرق الإثبات، إلا أن نص الفقرة الأولى من المادة 15 حول هذه القرينة من قرينة قضائية قابلة لإثبات العكس إلى قرينة قانونية قاطعة لا يمكن للعون الاقتصادي البائع إثبات عكسها.

والمحصلة هي أن عرض السلعة على نظر الجمهور إذا تم وفقاً لأحكام القانون 02/04 فإن هذا العرض سوف يكيف بالضرورة على أنه إيجاباً مادام هذا القانون يوجب العنصر الأول للإيجاب ويفترض قطعاً العنصر الثاني. ويترتب على ذلك أن العون الاقتصادي ملزم بالبيع إذا ما صادفه قبول مطابق لعرضه، ويظل الإيجاب قائماً طالما بقيت السلعة معروضة على نظر الجمهور.

2- تكييف عرض السلعة على نظر الجمهور بأنه دعوة للتعاقد: كيف عرض السلعة

على نظر الجمهور بأنه دعوة للتعاقد إذا لم يشتمل هذا العرض على العناصر الأساسية للعقد كعدم تحديد سعر السلعة أو المقدار الموافق للسعر المعلن عنه، وحينئذ يكون عرض السلعة على نظر الجمهور الهدف منه الدخول في مفاوضات واستطلاع الآراء وتقديم اقتراحات تمهيدية، وقد تسفر المفاوضات عن عرض بات من أحد المفاوضين فيعد هذا إيجاباً، وقد لا تسفر عن مثل هذا العرض فلا ينعقد العقد، وإذا كان تكييف عرض السلعة على نظر الجمهور إيجاباً في الصورة السابقة يجعل العون الاقتصادي ملزماً بالبيع طالما استمر العرض، فإن تكييف العرض في هذه الصورة بأنه مجرد دعوة للتعاقد يجعل العون الاقتصادي -طبقاً للقواعد العامة- غير ملزم بقبول ما يتلقاه من عروض من طرف الجمهور، كما له حرية قطع المفاوضات دون أي مسؤولية، ما لم يقترن هذا القطع بخطأ ترتب عنه ضرر للطرف الآخر³¹⁰.

309 - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص. 569.

310 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 69.

والواقع أنه لا يمكن الحديث في ظل القانون 02/04 عن الدعوة للتعاقد إلا على افتراض مخالفة العون الاقتصادي الذي يعرض سلعته على نظر الجمهور للالتزام بالإعلام الذي تفرضه عليه المادة 5 من القانون 02/04 ذلك أن هذا القانون -كما سبق البيان³¹¹- لم يترك مجالاً للدعوة للتعاقد في عقود الاستهلاك حيث أفضى مبدأ الشفافية الذي تبناه إلى ضرورة إعلام المستهلك بجميع العناصر الأساسية للعقد التي تجسد الإيجاب.

إلا أن ذلك لا يحول دون مناقشة هذا الافتراض كونه كثير الحدوث في الواقع³¹² بل إن أهمية اعتبار السلعة المعروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع تتجلى عندما تكون السلعة المعروضة دون أسعار أو تحديد لمقدارها مما يجعلها تبدو في نظر الجمهور غير معروضة للبيع، وهو ما يبرر للعارض رفض بيعها، وحتى إذا كانت السلعة معروضة للبيع فإن اعتبار العرض مجرد دعوة للتعاقد يبرر للعارض رفض البيع باعتباره غير ملزم بقبول إيجاب الطرف الآخر طبقاً للقواعد العامة، وبالتالي فإن جدوى اعتبار المشرع عرض السلعة على نظر الجمهور هو عرض لبيعها وجدوى حظره لرفض التعاقد بناء على ذلك يتجلى في هذه الحالة. أما في الحالة التي يتضمن فيها العرض العناصر الأساسية للبيع على نحو ما تتطلبه المادة 5 من القانون 02/04، فإن العارض (الموجب) ملزم بالبيع طبقاً للقواعد العامة أصلاً دون حاجة لحضر المشرع رفض التعاقد من أساسه.

والذي يهمننا في هذا المقام هو أن عرض السلعة على نظر الجمهور وإن لم تتضمن العناصر الأساسية لعقد البيع تعتبر أيضاً معروضة للبيع، وبالتالي فإن قرينة العرض للبيع تبقى قائمة حتى في هذه الحالة ولا يضحدها كون طريقة العرض لا توحى أنها معروضة للبيع مادام قصد البيع يفترضه المشرع.

وخلاصة القول فإن الفقرة الأولى من المادة 15 حصرت نطاق تكييف عرض السلع على نظر الجمهور في أحد التكييفين، إما إيجاباً وهو الوجه القانوني لعرض السلعة على نظر الجمهور طبقاً لأحكام القانون 02/04، وإما دعوة للتعاقد في حال مخالفة أحكام المادة 5 منه باعتبار العرض في هذه الحالة الأخيرة لم يستوف عناصر الإيجاب، ومن ثم فإن عرض السلعة على نظر الجمهور لا يقبل تكييفاً آخر من طرف العون الاقتصادي العارض غير قصد البيع كالإدعاء بأن الهدف هو مجرد العرض أو التسلية فقط دون البيع أو أن السلع المعروضة قد تم بيعها، والعون الاقتصادي في الحالتين ملزم بالبيع خروجاً عن القواعد العامة.

المطلب الثاني

شروط منع رفض التعاقد

تنص الفقرة الثانية من المادة 15 "يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة". فإذا كان قانون العقد يؤسس على مبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بحرية الشخص في التعاقد أو عدمه، فإن المشرع قيد هذه الحرية بأن حظر على العون الاقتصادي رفض التعاقد مجسداً بذلك قيوداً جديداً على مبدأ سلطان الإرادة الذي لم يعد كوسيلة من وسائل نظرية الالتزام كاف وفعال لحماية المستهلك نظراً لتغير الظروف واختلاف المعطيات واختلال المراكز

³¹¹ - أنظر ما سبق بيانه في التزام البائع بإعلام الأسعار والتعريفات.

³¹² - حيث أن معظم المخالفات المتعلقة بالقانون 02/04 ومن قبله الأمر 06/95 تتعلق بعدم الإعلام بالأسعار وهو ما يجعل العرض في هذه الحالات لا يرقى لدرجة الإيجاب.

القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية بسبب ظهور الاحتكارات الكبرى واتساع الهوة بين الطبقات وتفاوت الأفراد من حيث الطاقة والحاجة³¹³.

ولقد أنط المشرع منعه لرفض التعاقد بشروط وهي: أن يكون الرفض يتعلق بسلعة معروضة أو خدمة متوفرة (أولا)، وأن يكون الرفض بلا مبرر شرعي (ثانيا)، وأن يتعلق الرفض بغير أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات (ثالثا)، وهو ما سوف نناقشه تباعا.

أولا- أن تكون السلعة معروضة للبيع أو تكون الخدمة متوفرة

حتى يكون رفض التعاقد محظورا يجب أن تكون السلعة المرفوض بيعها معروضة للبيع، وإذا تعلق البيع بخدمات فيجب أن تكون الخدمة المرفوض تأديتها متوفرة، وعليه فإن المشرع يفرق بين رفض بيع السلع ورفض تأدية الخدمات.

1- حالة رفض بيع السلعة: لقد اعتد المشرع في هذه الحالة بـ"عرض السلعة للبيع" كأساس لاعتبار العون الاقتصادي رافضا للبيع، لأن استمرار عرض السلعة للبيع دليل على توافرها لدى البائع ومن ثم فامتناعه على البيع يفسر بأنه رفض للبيع، ولا يعفيه من اعتباره رافضا للبيع نفاذ السلعة المعروضة لأن نفاذها كان يستلزم عليه إيقاف عرضها للبيع. وفي هذا الصدد يجب إعمال الفقرة الأولى من المادة 15 التي تعتبر مجرد عرض السلعة على نظر الجمهور دليل على عرضها للبيع، وعليه يحظر على العون الاقتصادي رفض بيع السلعة مادامت معروضة على نظر الجمهور سواء في واجهات المحلات والمتاجر أو في داخلها أو في الأسواق أو المعارض، وفي هذه الحالة يلتزم البائع بتسليم المستهلك سلع مماثلة للسلعة المعروضة على نظره. "ولا يجوز للمستهلك أن يتعسف في استعمال حقه بأن يطلب ذات السلعة الموضوعة في الواجهة خصوصا إذا كان من الصعب سحبها من الواجهة أو إعادة تنظيم الواجهة من جديد"³¹⁴.

ومادامت المادة 15 فقرة 2 قد أوردت عبارة "...إذا كانت السلعة معروضة للبيع..." على إطلاقها فإن حكمها يشمل بالإضافة إلى الحالات التي يتم فيها عرض السلع على نظر الجمهور مباشرة -جميع الصور الأخرى التي يتم بها عرض السلع بما في ذلك وسائل الاتصال عن بعد كالمراسلات والنشرات والكتلوجات والإعلانات في الصحف وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة التي يتم بها عرض السلع للبيع.

لكن قد لا يرفض العون الاقتصادي البيع من أساسه ولكن يرفض البيع إذا تجاوز طلب الشراء حدا معيناً، فهل يعتبر ذلك بمثابة رفض للبيع؟ لو رجعنا إلى المشرع الفرنسي نجده يشترط للعقاب على رفض التعاقد أن لا يكون الطلب غير عادي، أي أنه إذا كان طلب الشراء كبيرا جدا يجوز للبائع رفض البيع بهذا القدر، خصوصا وأن هذا الأسلوب يستعمله أحيانا تجار منافسون عن طريق إرسال أشخاص غير معروفين لشراء مخزون تاجر منافس من سلعة معينة قصد احتكارها وكسب عملائه³¹⁵، أما إذا كان طلب الشراء معقولا فلا يجوز للتاجر رفض البيع.

313 - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص.20.

314 - نفس المرجع، ص.17.

315 - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص.24.

والمحصلة أن السلعة مادامت معروضة للبيع فيمتنع على العارض رفض بيعها ولو كان سبب الرفض هو نفاذها ولا يتحلل العارض من هذا الحظر إلا بإيقاف عرض السلعة للبيع، وفي المقابل إذا لم تكن السلعة معروضة للبيع فمن حق البائع رفض بيعها ولو كانت السلعة متوفرة فعلا لديه.

مع الإشارة إلى أن محكمة النقض المصرية عرفت الامتناع عن البيع بأنه "إنكار وجود السلعة أو رفض بيعها أو إخفائها وحبسها عن التداول"³¹⁶، وبذلك تكون قد توسعت في نطاق الحظر مقارنة بالمشروع الجزائي، حيث لا يقتصر المنع على السلع المعروضة للبيع بل يمتد إلى السلع التي يحوزها البائع حتى وإن كانت مخفية عن الجمهور.

2- حالة رفض تأدية الخدمة: لقد اعتد المشرع في هذه الحالة بـ"توفر الخدمة" كأساس لاعتبار مقدم الخدمة رافضا لتأديتها، وبالتالي فإن المشرع لم يشترط مجرد عرض الخدمة وإنما ضرورة توفرها، ويزترب على ذلك أن استمرار عرض الخدمة على الجمهور لا يحول دون عدم تأديتها إذا لم تكن متوفرة، أي أن عرض الخدمة على الجمهور لا يعني بالضرورة استعداد العارض لتأديتها مطلقا وهذا يفسر لنا اقتصار المشرع في الفقرة الأولى من المادة 15 على السلع دون الخدمات.

ولا شك أن هذا الموقف يتماشى مع طبيعة عروض الخدمات كونها عروضاً تتضمن تحفظاً ضمناً مفاده أن الاستجابة إلى الطلبات تكون في حدود الإمكانيات المتوفرة لدى مقدم هذه الخدمات، لذا اعتبر الإيجاب الصادر من مدير السينما أو المسرح بمثابة إيجاب معلق ضمناً، حيث يتم التعاقد مع من يتقدم أو لا بأول، فإذا انتهت الأماكن فلا ينعقد العقد مع من يأتي بعد ذلك ولا يستطيع أن يحتج بهذا الإيجاب كونه إيجاب معلق ضمناً على شرط عدم نفاذ هذه الأمكنة³¹⁷، وبالتالي فإن امتناع صاحب المسرح أو السينما عن تقديم الخدمة لا يمكن اعتباره رفضاً للتعاقد يترتب مسؤوليته الجزائية وإنما هو بمثابة أعمال لشرط ضمني، بخلاف السلع حيث مادامت معروضة يعني حتماً توفرها في حدود ما هو معروض على الأقل.

ومن جهة أخرى فإن طبيعة نشاط الخدمات لا يقبل من الناحية العملية أن ينافى رفض التعاقد بعرض الخدمة على نظر الجمهور، فمثلاً لا يمكن عملياً أن تطلب من سائق سيارة أجرة أن ينزع اللوحة التي تدل على كونها سيارة للأجرة كلما ركب معه زبون وإرجاعها كلما نزل، كما لا يمكننا أن نطلب من العيادات أو المطاعم أو الفنادق نزع الملصقات التي تعرض خدماتها أو غلق أبوابها في كل مرة يشغلها العملاء.

وعليه فإن اعتبار العون الاقتصادي رافضاً لأداء الخدمة يتوقف على توفر تلك الخدمة فإذا توفرت الخدمة وامتنع عن أدائها بلا مبرر شرعي عد ذلك رفضاً للتعاقد معاقباً عليه.

ثانياً- انعدام المبرر الشرعي

يشترط لاعتبار رفض التعاقد محظوراً أن لا يكون لهذا الرفض مبرر شرعي، فإذا كان له مبرر شرعي سقط هذا الحظر والتجريم.

وعلى الرغم من صعوبة تحديد المبرر الشرعي الذي يجوز معه رفض التعاقد إلا أنه من البدهة أن يعتبر المبرر شرعياً إذا كان منسجماً مع أحكام القانون، مثال ذلك أن يكون طالب

³¹⁶ - نقض 25 أبريل 1966 الطعن رقم 725، و نقض 1 يناير 1986 الطعن رقم 5213 . أشار إليهما: أحمد محمد محمود علي خلف، المرجع السابق، ص123. حيث يحظر المشرع المصري الامتناع عن البيع بموجب المادتين 9 و13 فقرة 1 من المرسوم بقانون رقم 163 لسنة 1950 المتعلق بالتسعير الجبري وتحديد الأرباح المعدل.
³¹⁷ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص.71.

السلعة أو الخدمة ناقص الأهلية أو من في حكمه كالسفيه وذو الغفلة فمن حق العون الاقتصادي أن يرفض البيع أو تأدية الخدمة لكون العقد حينئذ مهتدا بالبطلان، ومن باب أولى إذا كان الطالب فاقدا للأهلية لكون العقد باطلا.

وقد يحدد المشرع سنا معينة كشرط للاستفادة من بعض الخدمات وهو ما يجعل رفض العون الاقتصادي تأدية الخدمة تحت هذا السن مبررا قانونا، فمثلا حدد المشرع سن 18 سنة على الأقل بالنسبة لمستخدمي مؤسسات التسلية وسن 25 سنة على الأقل بالنسبة لمستخدمي مؤسسات الترفيه³¹⁸، ومن ثم يكون رفض هذه المؤسسات تقديم خدماتها تحت هذا السن مبررا قانونا.

وقد يكون المبرر فني وتقني حيث يرى مقدم الخدمة أن إمكاناته التقنية والفنية لا تؤهله لأداء الخدمة على الوجه المطلوب كمؤسسة البناء التي ترفض الخدمة لأن وسائلها أو خبرتها الفنية لا تؤهلها لتشييد البناية المطلوبة منها أو يرى الجراح أن العملية الجراحية معقدة وتحتاج إلى كفاءة عالية تفوق قدراته فلا شك أن الرفض في هذه الحالات يكون مبررا بل واجبا. كما يعتبر مبررا شرعيا كذلك رفض الصيدلي بيع دواء تجب معه وصفة طبية لم يقدمها المشتري، وكذلك رفض العون الاقتصادي بيع بعض المواد التي يشترط المشرع فيها ترخيصا من جهات معينة كبعض المواد السامة أو الكيميائية الخطرة إذا لم يتوفر هذا الترخيص. فهذه أمثلة عن حالات يكون رفض البيع أو تأدية الخدمة مبررا قانونا، إلا أن الإشكال يثور بشأن بعض المبررات الواقعية الأخرى ومدى اعتبارها مبررات شرعية يجوز معها رفض التعاقد:

فمن بين هذه المبررات "الاعتبار الشخصي" في بعض العقود إذ توجد عقود ذات اعتبار شخصي يكون فيها شخص المتعاقد معه محل اعتبار، حيث يعتبر الإيجاب في هذا النوع من العقود ينطوي ضمينا على تحفظ خاص بحق الموجب في اختيار شخص المتعاقد معه، فإذا صدر الإيجاب في هذا الصنف من العقود فإن الموجب غير ملزم بالتعاقد مع أي شخص يتقدم له وإنما له أن يختار من بين المتقدمين³¹⁹.

وعلى الرغم من أن عقد البيع لا يعد من العقود ذات الاعتبار الشخصي، لذا لا يمكن قبول تمسك البائع تجاه المشتري باعتبار شخصي مبرر شرعي يبرر له رفض التعاقد بأي حال من الأحوال، بل إن من بين أهداف حظر رفض التعاقد هو بناء الممارسات التجارية على أسس نزيهة تسمو على الاعتبارات الشخصية التي قد تشوهها.

إلا أن الاعتبارات الشخصية قد تكون محل اهتمام في عقود الخدمات، نظرا لما قد تتطلبه من ثقة متبادلة وإخلاص واطمئنان بين الطرفين، فهل يجوز لمقدم الخدمة في هذه الحالة رفض أداء الخدمة مبررا رفضه باعتبار شخصي؟

هناك من يرى حق مقدم الخدمة في الرفض في مثل هذه الحالات، فمثلا يحق للمحامي رفض الزبون وهذا الأخير لا يمكنه إجباره على القبول، لأن منع المحامي من رفض ملف الزبون لسبب ما سوف يخل بتفانيه وإخلاصه في خدمته في الوقت الذي تستلزم فيه هذه الخدمة الثقة المتبادلة وعلى ذلك لن تكون ثمة منفعة من طلب خدمة المحامي. وكذلك الحال بالنسبة للطبيب فطالما من حق المريض اختيار الطبيب فيكون من سلطة الأخير اختيار عملائه كذلك

³¹⁸ - أنظر المادة 6 من المرسوم التنفيذي 207/05 المؤرخ في 04 يونيو 2005 المحدد لكيفيات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه (جريدة رسمية عدد 39/2005).

³¹⁹ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.71.

في ما عدا حالات الضرورة³²⁰، لأن الامتناع عن تقديم الخدمة في مثل هذه الحالات فيه مراعاة لما تتطلبه الخدمة من رغبة وجدية لها علاقة مباشرة بمدى فاعلية الخدمة المؤداة، وهو ما قد يجعل الرفض حينئذ له مبرر شرعي.

ومن جهة أخرى من الصعب مساءلة سائق سيارة الأجرة أو صاحب الفندق الذي يتوجس خيفة من ملامح أو هيئة أشخاص يطلبون خدمة النقل أو المبيت خصوصا إذا كان ذلك في الليل، أفلا يعد الخوف والتوجس في مثل هذه الحالات مبررا شرعيا يجوز معه للنقل أو صاحب الفندق رفض أداء خدمته.

وقد يبرر مقدم الخدمة رفضه بمانع أدبي كالمحامي الذي يعرض عليه ملف يجد خصمه في القضية أحد أقاربه أو جيرانه أو أصدقائه أو مدرسيه فحينئذ يبدو ذلك مبررا شرعيا لرفضه أداء خدمة الدفاع.

فهذه المبررات وإن بدت شرعية فإنه من غير الممكن الجزم أنها المقصودة في المادة 15-2، ويبقى العمل القضائي كفيل بتفسير المقصود بالمبرر الشرعي الذي يسمح للعون الاقتصادي رفض التعاقد كون تقدير مدى شرعية المبرر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي. مع الإشارة إلى أن المادة (L.121-1) من قانون الاستهلاك الفرنسي هي الأخرى تجيز رفض البيع إذا وجد مبرر شرعي، حيث اعتبر القضاء الفرنسي رفض البيع مبررا في حال نفاذ المخزون من السلعة، أو عندما تكون الكمية المطلوبة كبيرة جدا، أو إذا كان البيع ممنوعا، وبحسب الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية فإن القاضي يجب عليه من تلقاء نفسه التحري عما إذا كان الرفض يستند على مبرر شرعي³²¹.

أما في مصر فقد اعتبرت محكمة النقض المصرية الامتناع عن البيع مبررا إذا كان البيع يتعارض مع العرف التجاري، لذا قضت أن امتناع المتهم (البائع) عن بيع الخبز، والثابت أن المحل ليس مخصصا لبيع الخبز إنما يقوم أساسا ببيع المأكولات الشعبية (الفول والطعمية) حيث يباع الخبز تبعا لهذه المأكولات عرفا، ومن ثم فإن امتناع البائع عن بيع الخبز لوحده له مبرر شرعي يتعين معه تبرئته³²².

ثالثا- أن لا يتعلق الرفض بأدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات

لقد استنتجت الفقرة الأخيرة من المادة 15 صراحة أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات من أحكام الفقرتين الأولى والثانية من نفس المادة بنصها: "... لا يعني هذا الحكم أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات".

ويترتب على هذا الاستثناء أن عرض هذه الأدوات على نظر الجمهور لا يعني عرضها للبيع، ومن ثم يحق للمعارض رفض بيعها.

وعلة استثناء هذه الأدوات هي كون ووجودها في العرض يرجع لوظيفتها العادية وهي التزيين والتجميل والتنظيم لا غير، ومن بين هذه الأدوات أدوات التعليق والدمى البلاستيكية التي تعرض عليها الملابس وكذلك الأضواء التي تزين الواجهات وطاولات العرض والرفوف وغير ذلك مما يستعمل في هذا المجال.

320 - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص.23.

321 - Crim., 14 mai 1990. Voir : Jean Larguier et Philippe Conte, Droit pénal des affaires, 10^e édition, 2001, p. 453.

322 - أحمد محمد محمود علي خلف، المرجع السابق، ص.126.

ولقد ركز المشرع على ضرورة أن تكون هذه الأدوات لتزيين المحلات أو لتزيين المنتجات المعروضة في المعارض والتظاهرات، وبالتالي إذا كانت هذه الأدوات معروضة على نظر الجمهور دون استخدامها في التزيين فإنها تعتبر سلعا معروضة للبيع يحظر على العارض رفض بيعها لأن هذه الأدوات هي في الأصل سلع تعرض على الجمهور وتباع كغيرها من السلع، لذا فإن عرضها على نحو يتنافى مع وظيفتها يعني أنها معروضة للبيع. هذه هي الشروط الثلاثة التي يقوم عليها حظر رفض التعاقد فإذا تخلف أحدها سقط الحظر وجاز الرفض، ويضاف لهذه الشروط ضرورة أن يكون العارض له صفة العون الاقتصادي وقوفا عند نطاق تطبيق القانون 02/04، أما إذا كان بائعا عرضيا كالشخص الذي يعرض سيارته الشخصية للبيع مثلا فإنه يخضع للقواعد العامة المتعلقة بتطابق الإيجاب والقبول فله أن يرفض البيع إذا لم يصدر منه إيجاب ملزم إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الثالث أثر رفض التعاقد

اعتبرت المادة 35 من القانون 02/04 مخالفة أحكام المادة 15 منه المتعلقة بمنع رفض التعاقد بمثابة ممارسات تجارية غير شرعية يعاقب عليها بغرامة من مائة ألف دينار (100,000 د.ج) إلى ثلاثة ملايين دينار (3,000,000 د.ج). أما السبل المدنية التي يمكن أن يثيرها المستهلك جراء رفض التعاقد، فضلا عن حقه في التأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار نتيجة هذا الرفض فإن المستهلك يمكنه طلب التنفيذ العيني مادام العون الاقتصادي ملزما بالتعاقد، لكن ذلك يقتضي التمييز بينما إذا كان عرض السلعة يشكل إيجابا (أولا) أو مجرد دعوة للتعاقد (ثانيا).

أولا- إذا كان عرض السلعة على نظر الجمهور يشكل إيجابا

سبق القول أن عرض السلعة للبيع إذا تم طبقا لأحكام القانون 02/04 فسوف يشكل لا محالة إيجابا، وعليه يمكن للمستهلك أن يتمسك بالقواعد العامة المتعلقة بتطابق الإيجاب والقبول لمقاومة رفض البيع أو أداء الخدمة.

فطبقا للمادة 63 ق.م.ج فإنه "إذا عين ميعادا للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد، وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة". وعليه فإذا كان الموجب قد عين ميعادا يجب أن يقترن خلاله القبول بإيجابه فإنه يصبح ملزما بالبقاء على إيجابه طوال هذه المدة، وقد تستخلص هذه المدة من طبيعة المعاملة كالعروض عن طريق الرسائل حيث يستفاد من ذلك أن الموجب قد ترك للطرف الآخر مدة تبدأ من وصول الرسالة إليه حتى يبيت في هذا العرض ويرسل قبوله للموجب بعد ذلك³²³.

ولا نزاع في أن عرض البائع السلعة على نظر الجمهور مع إعلان أسعارها إلزاما منه بالإعلام يعتبر إيجابا صريحا لأنه يتخذ بذلك موقفا لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على أنه يقصد بيع هذه البضائع بالسعر المعلن عليها، ويبقى هذا الإيجاب قائما صالحا لأن يقترن به قبول أي فرد من الجمهور طالما أنه لم يعدل عنه بسحب البضاعة من واجهة المحل أو المعرض، أو برفع الثمن المكتوب عليها³²⁴.

³²³ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 72.

³²⁴ - أنظر: السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص. 17. نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 72.

واعتبار الإيجاب ملزما في هذه الحالات معناه أنه إذا صادفه قبول مطابق انعقد العقد ولا عبرة بعدول الموجب عن إيجابه، بل يمكن حينئذ مطالبة بالتنفيذ العيني لالتزامه³²⁵، وهذا ينطبق على المستهلك الذي يتقدم لشراء سلعة معروضة للبيع أو الاستفادة من خدمة متوفرة معروضة للأداء حيث لا يؤثر رفض العون الاقتصادي للبيع أو تأدية الخدمة على انعقاد العقد بل يطالب بالتنفيذ العيني لالتزامه مادام ممكنا.

وطبقا للقواعد العامة فإن طريقة التنفيذ العيني تختلف بحسب محل الالتزام وهو ما يقتضي التمييز بينما إذا تعلق الرفض ببيع سلعة أو تقديم خدمة.

فإذا رفض العون الاقتصادي ببيع سلعة معروضة للبيع نكون بصدد امتناع عن تنفيذ التزام بنقل ملكية هذه السلعة، فإذا كانت هذه السلعة معينة بذاتها فإن ملكيتها تنتقل بمجرد العقد تلقائيا وبقوة القانون، وبذلك يستطيع المستهلك مطالبة البائع بالتسليم لأن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بالتسليم³²⁶.

أما إذا كانت السلعة معينة بنوعها ومقدارها لا بذاتها فإن ملكيتها لا تنتقل بمجرد العقد وإنما تحتاج إلى إفراز، فإذا امتنع العون الاقتصادي عن الإفراز اختياريا أمكن للمستهلك بعد استئذان القضاء شراء السلعة ذاتها من السوق على نفقة البائع³²⁷، ويحق للمستهلك فوق ذلك أن يطلب التعويض عما أصابه من ضرر جراء التأخير الحاصل في تنفيذ الالتزام.

أما إذا تعلق الرفض بتأدية خدمة متوفرة فيعتبر ذلك امتناعا عن تنفيذ التزام بعمل، فإذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن دون تدخل المدين كما هو الحال في الالتزام الخاص بكل من الطبيب أو الفنان أو المحامي، يحق حينئذ للمستهلك أن يرفض التنفيذ من غير العون الاقتصادي المدين بأداء الخدمة³²⁸، إلا أنه في نفس الوقت لا يجوز إجبار المدين عن التنفيذ لمساس ذلك بحريته الشخصية، فحينها يمكن للقاضي أن يستعمل الغرامة التهديدية كوسيلة لحثه على الوفاء بالتزامه فإن لم تفلح معه هذه الوسيلة، لم يكن أمام المستهلك سوى طلب التعويض أي التنفيذ بمقابل³²⁹.

أما إذا كان التنفيذ العيني للالتزام ممكنا دون تدخل المدين أي أن الالتزام غير مرتبط بشخص المدين ولا يكون من الضروري أن ينفذه بنفسه كالتزام الناقل مثلا، فإذا رفض العون الاقتصادي تنفيذ التزامه يمكن للمستهلك أن يلجأ إلى القضاء ليطلب ترخيصا في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين³³⁰ أي أن القاضي يحكم بالتنفيذ العيني للالتزام بواسطة شخص آخر غير العون الاقتصادي المدين ولكن على نفقة هذا الأخير.

وفي كل الأحوال متى تعذر على المستهلك إجبار العون الاقتصادي بتنفيذ التزامه بالبيع أو تأدية الخدمة تفيذا عينا مجديا جاز له أن يطلب التنفيذ بمقابل بأن يقتضي تعويضا يقوم مقام التنفيذ العيني، وهو طريق احتياطي لا يلجأ إليه إلا إذا تعذر التنفيذ العيني.

والنزام العون الاقتصادي بالتعويض يعني قيام مسؤوليته المدنية، لذلك فإنه يلزم أن يتوافر في الالتزام بالتعويض شروط المسؤولية المدنية وهي الخطأ ممثلا في رفض العون الاقتصادي البيع أو تأدية الخدمة أو التأخر في ذلك، وكذا الضرر وعلاقة السببية بين الخطأ

³²⁵ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.73.

³²⁶ - أنظر: المادتين 165 و167 مدني جزائري.

³²⁷ - أنظر المادة 166 مدني جزائري.

³²⁸ - أنظر المادة 169 مدني جزائري.

³²⁹ - نبيل إبراهيم سعد و محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.38.

³³⁰ - أنظر المادة 170 مدني جزائري.

والضرر بالإضافة إلى شرط آخر وهو وجوب إعدار المدين³³¹ حتى يثبت في مواجهته التأخير في تنفيذ الالتزام كشرط للالتزام بالتعويض³³².

وصفوة القول فإن رفض العون الاقتصادي للبيع أو تأدية الخدمة يجوز معه للمستهلك طلب التنفيذ العيني فإذا تعذر ذلك يمكنه طلب التعويض، لأن عرض السلعة للبيع وفقا لأحكام القانون 02/04 يجعل البائع ملزم بالبيع طبقا للقواعد العامة من حيث كونه إجبايا ملزما ينعقد به العقد إذا صادفه قبول مطابق له من طرف المستهلك.

ثانيا- إذا كان عرض السلعة على نظر الجمهور يشكل دعوة للتعاقد

قد لا يلتزم العون الاقتصادي بإعلام الأسعار والتعريفات وحينئذ يعتبر عرضه مجرد دعوة للتعاقد أو للتفاوض على النحو الذي سبق بيانه.

وطبقا للقواعد العامة فإنه إذا كان العرض مجرد دعوة للتعاقد فإن هذا العرض لا يعدو كونه رغبة في الحصول على إيجاب من الغير ولذلك فإن الإرادة التي تقبل الدعوة للتعاقد هي التي تكون الإيجاب الذي يحتاج قبولا من الداعي للتعاقد حتى ينعقد العقد، وهذا الأخير حر في قبول الإيجاب أو رفضه³³³. وهنا يثور التساؤل هل العون الاقتصادي البائع مخير في قبول التعاقد أو رفضه إذا لم يرق عرضه لدرجة الإيجاب؟

بالرجوع إلى نص المادة 15 نجد ما تصرح بوضوح أن مجرد عرض السلعة على نظر الجمهور دليل على عرضها للبيع (فقرة 1) ومن ثم يمنع رفض بيعها (فقرة 2)، بمعنى أن عارض السلعة ملزم بالبيع، ومن جهة أخرى فإن عدم التزام البائع بإعلام الأسعار والتعريفات يعد مخالفة للقانون 02/04 ومن ثم لا يمكن لهذا العون الاقتصادي أن يستفيد من مخالفته للإفلات من مخالفة أخرى بأن يبرر رفضه للتعاقد بعدم إشهاره للأسعار.

ومادام العون الاقتصادي ملزما بالبيع حتى لو كان عرضه مجرد دعوة للتعاقد كونه عرضا لسلعة على نظر الجمهور يمتنع رفض بيعها معناه أن المستهلك يمكنه التمسك بهذا الالتزام القانوني لطلب التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل إذا تعذر الأول، على نحو ما سبق بيانه، إلا أن الإشكال يطرح بشأن السعر الذي ينفذ به العقد مادام غير محدد؟ فإذا كانت السلعة مسعرة فإن البائع يلزم بالبيع طبقا للسعر المحدد قانونا أما إذا رفض البائع بيع سلعة خاضعة لنظام حرية الأسعار فإن الإشكال يثور حول مدى حرية البائع في تحديد السعر الذي قد يكون وسيلة غير مباشرة للحيلولة دون البيع.

وخلاصة القول فإن المشرع لم يفرق في المادة 15 بشأن الشكل الذي يتم به عرض السلعة على نظر الجمهور وإنما اعتبرها في كل الأحوال معروضة للبيع يلزم العون الاقتصادي العارض ببيعها، وبالتالي فإن مناط الإلزام بالتعاقد ليس كون العرض يشكل إجبايا ملزما وإنما كون السلعة معروضة على نظر الجمهور، وهو معيار غير مألوف في ظل القواعد العامة.

³³¹ - أنظر المادة 176 مدني جزائري.

³³² - نبيل إبراهيم سعد و محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.54.

³³³ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.69.

المبحث الثاني حماية المستهلك من بعض أنواع البيع

تعتبر الصيغة التي يتم بها العقد جزء لا يتجزأ منه متى حظيت برضا المتعاقدين إحقاقاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يجعل من العقد شريعة للمتعاقدين. ولكن نظراً لما يميز عقود الاستهلاك من تباين في مراكز القوى والخبرة فإن أسلوب التعاقد عادة ما يعكس استغلال العون الاقتصادي لهذا التفاوت بما يخدم مصالحه على حساب مصالح المستهلك.

من هذا المنطلق تدخل المشرع عبر القانون 02/04 وحظر نوعين من البيوع هما: البيع بالمكافأة (المادة 16)، والبيع باشتراط كمية مفروضة أو شراء سلعة أو خدمة، أو اشتراط تأدية خدمة بخدمة أو شراء سلعة، وهو ما يعرف بالبيع المشروط (المادة 17).

لذا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:
المطلب الأول: منع البيع بالمكافأة.
المطلب الثاني: منع البيع المشروط.

المطلب الأول منع البيع بالمكافأة

يجد هذا المنع أساسه في المادة 16 من القانون 02/04 التي تنص: "يمنع كل بيع أو عرض بيع لسلع وكذلك كل أداء لخدمات أو عرضها عاجلاً أو آجلاً مشروطاً بمكافأة مجانية من سلع أو خدمات إلا إذا كانت من نفس السلع أو الخدمات موضوع البيع أو تأدية الخدمة، وكانت قيمتها لا تتجاوز 10% من المبلغ الإجمالي للسلع أو الخدمات المعينة. لا يطبق هذا الحكم على الأشياء الزهيدة والخدمات ضئيلة القيمة وكذلك العينات".

في البداية وقبل الخوض في تحليل هذه المادة نشير إلى ما يبدو أنه خلل ينتاب صياغة هذه المادة يتمثل في إطلاق المشرع وصف "الشرط" على التزام البائع بمنح مكافأة مجانية للمشتري، فعبارة "يمنع كل بيع أو عرض بيع... مشروطاً بمكافأة مجانية" توحى للوهلة الأولى أن المشتري هو الذي يقدم المكافأة للبائع كشرط لقيام هذا الأخير بالبيع، في حين أن العكس هو الصحيح، إذ البائع هو الذي يقدم مكافأة مجانية لمن يقدم على الشراء.

بعبارة أخرى فإن لسان حال هذه المادة هو أن يقول البائع لمن يتقدم للشراء "أبيعك هذه السلعة بشرط أن أمنحك مكافأة مجانية معها"، وهذه صياغة غير دقيقة لأنها توحى بأن البيع حينئذ معلق على شرط قبول المشتري لهذه المكافأة، في حين أن المكافأة هنا هي التزام بإرادة

منفردة من طرف البائع تحقق مصلحة المشتري، وإذا رفض هذا الأخير المكافأة لم يؤثر ذلك على العقد في شيء بل بالعكس يتحقق مبتغى البائع وهو جلب الزبائن دون عناء، وهذا ينافي فلسفة الشرط باعتباره بندا تتجاذب حوله مصالح المتعاقدين يجب أن يكون محلا للتراضي، لذا كان يستحسن لو أن المادة 16 وردت بعبارة أخرى كـ "يمنع كل بيع أو عرض ببيع... مقرونا (أو مصحوبا) بمكافأة مجانية..." باعتبار المكافأة ليست شرطا داخلا في تكوين العقد، لذا اخترنا تسمية العملية بـ "البيع بالمكافأة" بدل "البيع بشرط المكافأة".

وعموما فإن علة منع البيع بالمكافأة ترجع لكونه أسلوبا لتحريض وحث المستهلك على التعاقد³³⁴، ذلك أن إغراء المكافأة يجعل المستهلك كالمتموم مغناطيسيا فيشتري أكثر من حاجته بل بلا حاجة أحيانا، فبدلا من شراء المستهلك قارورة واحدة من مشروب معين فإنه يشتري عشرة لأن عشرة أغطية منها تمكنه من الحصول على ساعة مجانية مثلا، كل ذلك على حساب سلوكه الإنفاقي الرتيب.

كما أن البيع بالمكافأة من شأنه أن يجعل الإغراء هو الدافع للشراء بدل معايير النوعية والجودة والسعر، وهذا توجه خطير كونه يعرقل منافع المنافسة التي يفترض أن تساهم في ترقية جودة السلع والخدمات³³⁵، فضلا عن أن القدرة على ممارسة هذا النوع من البيع يقتصر على فئة معينة من الأعوان الاقتصاديين وهم الذين يتمتعون بمراكز اقتصادية قوية، أما الصغار منهم فلا طاقة لهم بذلك، مما يجعل البيع بالمكافأة وسيلة للقضاء عليهم.

ولا يخفى أن العون الاقتصادي حين يقدم على البيع بالمكافأة يكون قد درس المسألة جيدا، لذا فقد يبدو للمستهلك أن البيع في صالحه في حين أن البائع قد عوض قيمة المكافأة أو أكثر من قيمة مجمل السلع التي تستحق معها المكافأة، لأن الهدف الأول والأخير للعون الاقتصادي هو تحقيق الربح بلا شك.

وقد يبدو للمستهلك أن البيع بالمكافأة في صالحه شأنه في ذلك شأن البيع بالتخفيض والبيع بالخسارة غير أن العون الاقتصادي عادة ما يعتمد مثل هذه الأساليب لدفع منافسيه الضعفاء الذين لا يقوون على مثل هذه الممارسات إلى الخروج من المنافسة ليتسنى له بعد ذلك التفرد بالسوق ومن ثم التحكم في الأسعار حسب رغباته³³⁶.

وإذا كان المشرع قد حظر البيع بالمكافأة فإنه قد استثنى حالات بعينها أجازها فيها، لذا سوف نتطرق (أولا) إلى مضمون البيع بالمكافأة، ثم إلى الاستثناءات الواردة على منع البيع بالمكافأة (ثانيا)، لنختم بالحديث عن جزاء مخالفة هذا المنع (ثالثا)³³⁷.

أولا- مضمون البيع بالمكافأة

من خلال المادة 16 من القانون 02/04 فإن البيع بالمكافأة يقوم على عنصرين أساسيين، الأول أن يكون ثمة بيع لسلعة أو أداء خدمة أو عرضهما لذلك، والثاني أن يقترن البيع عاجلا أم آجلا بمكافأة مجانية من سلع أو خدمات.

334 - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص.67.

335 - J. Larguier et Ph. Conte, op. cit., p. 450.

336 - أنظر في هذا المعنى: محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص.65.

337 - أما المشرع الفرنسي فلقد تصدى للبيع بالمكافأة منذ قانون 20 مارس 1951، ثم بالأمر الصادر بـ 1 ديسمبر 1986 بموجب المادة 29 منه، وأخيرا أدرجت أحكام البيع بالمكافأة في المادة (35-121 L) من قانون الاستهلاك الفرنسي. أنظر: W. Jeandidier, op. cit., p.

1- بيع سلعة أو أداء خدمة أو عرضها لذلك: حتى نكون بصدد البيع بالمكافأة المحظور يجب أن يتعلق الأمر بعقد بيع لسلعة معينة أو عرضها للبيع، وعليه إذا كانت المكافأة مرتبطة بعقد غير البيع أو العرض له كالمقايضة بمكافأة أو الإيجار بمكافأة فلا مانع. ويمتد الحظر لعقود الخدمات أي العقود التي محلها أداءات ذات قيمة اقتصادية كعقود النقل أو النشر أو التطبيب إذا اقترن تقديم الخدمة بمكافأة مجانية، وكذلك كل عرض لأداء الخدمات إذا تضمن العرض مكافآت مجانية للمستفيدين من هذه الخدمات. والملاحظ أن المادة 16 أعلاه وردت مطلقة فلم تحدد صفة مشتري السلعة أو المستفيد من الخدمة لذا فإن حكم هذه المادة يسري سواء كان المشتري أو المستفيد مستهلكا أو عونا اقتصاديا.

أما بالنسبة للبائع أو مقدم الخدمة - وإن لم تصرح بذلك المادة 16- فيجب أن يتوفر فيه صفة العون الاقتصادي انطلاقا من نطاق تطبيق القانون 02/04، وبالتالي إذا كان البائع أو مقدم الخدمة شخصا لا يحترف البيع أو تقديم الخدمات فلا مانع من أن يقدم مكافأة مجانية في بيعه العرضي لكونه خارجا عن نطاق تطبيق القانون 02/04.

2- اقتران البيع آجلا أم عاجلا بمكافأة مجانية من سلع أو خدمات: إن المكافأة المجانية هي علة تحريم هذا النوع من البيوع لما تلعبه من تحريض للمستهلك، وهي محظورة سواء يتم تقديمها عاجلا أي في الحال وبصفة فورية مع عملية البيع، أو يتم تقديمها آجلا بأن تتأخر عن عملية البيع، وسواء يمنحها البائع أو شخص أو جهة أخرى تابعة أو منسقة معه. ومن الصور التي تكون فيها المكافأة المجانية حالا ما يقوم به بعض الأعوان الاقتصاديين من منح مكافأة من السلعة أو الخدمة محل البيع أو الأداء كإرفاق السيارة المبيعة بدراجة هوائية أو جهاز تلفزيون، أو وضع لعبة معينة داخل علبة المنتج في صيغة ما يعرف بالمفاجآت، وقد يكون في شكل بطاقات أو تذاكر تمنح المشتري الدخول مجانا إلى حفل أو معرض معين، أو المشاركة في رحلة سياحية، وأحيانا تكون المكافأة مقترنة بحد معين من السلع المشتراة أو الخدمة المقنتاة، مثال ذلك منح من يشتري دفعة واحدة 5 كراسيات من نوع معين واحدا منها مجانا، أو غسل السيارة مجانا لمن يشتري ما يزيد عن 500 لتر من البنزين دفعة واحدة. لكن لا يدخل ضمن مفهوم المكافأة ملحقات المبيع كالعجلة الخامسة بالنسبة للسيارات، وكذلك خدمات ما بعد البيع كونها تدخل ضمن التزام البائع بالضمان، كما أنها تؤخذ بعين الاعتبار ضمن الثمن بوجه عام.

كما قد تكون المكافأة آجلة وهذه الصورة كثيرة الحدوث في أساليب مختلفة، مثال ذلك أن يعرض البائع مكافأة إذا جمع المستهلك عددا محددًا من الأغذية أو البطاقات أو الأغلفة أو العلامات لمشروب أو منتج معين، أو إذا بلغت مرات الشراء أو الاستفادة من السلع أو الخدمات عددا معينًا، فهذه كلها مكافآت آجلة يكون البيع محظورا إذا اقترن بها.

لكن ماذا عن الألعاب؟ فالألعاب تعد من الطرق الرائجة لكسب الزبائن، يتخذها الأعوان الاقتصاديون لتحفيز المستهلكين على الشراء، وهي عادة ما تكون في شكل يनावيب أو مسابقات، فهل اقترانها بالبيع أو العرض له يجعلنا أمام البيع بالمكافأة المحظور؟
أ- **اليناصيب:** قد تقترن عملية البيع باليناصيب وذلك بعرض السلعة أو الخدمة للبيع مع غرس الأمل لدى المستهلك في الحصول لاحقا على هدية بعد عملية السحب إذا صادفه

الحظ³³⁸. وبالتالي فإن التشابه كبير بين البيع بالمكافأة والبيع باليُناصيب لقيام كل منهما على الهدية أو المنحة المجانية ودورهما التحفيزي للشراء، والفرق بينهما يمكن فقط في كون استحقاق الهدية في اليُناصيب يقوم أساسا على تدخل الحظ³³⁹، كما أن الهدية عادة ما تكون قيمة.

ومن أمثلة البيع باليُناصيب، أن يعلن البائع تقديم هدية إلى من يعثر في علبة المنتج على علامة أو رمز معين، وأحيانا بأن يجعل العون الاقتصادي ضمن نوع معين من السلع قطعاً مبعثرة وموزعة بين وحداتها تشكل في مجملها خريطة الجوائز مثلا أو العلامة أو الاسم التجاري لهذا العون، ويعلن أن تجميعها على هذا النحو من طرف المستهلك يمكنه من هدية معينة، وأحيانا كثيرة يتم البيع باليُناصيب عن طريق السحب أو القرعة حيث يشارك المستهلك في عملية السحب بقسيمة تقدم له مع السلعة أو الخدمة محل البيع والفائزون يستفيدون من الهدايا، فالنجاح في كل هذه الحالات يقوم على عنصر الحظ.

وإذا كان البيع بالمكافأة محظورا صراحة بموجب المادة 16 أعلاه، فإن البيع باليُناصيب هو الآخر يدخل ضمن هذا الحظر³⁴⁰، ذلك أنه يقوم على أساس الهدية المحتملة التي تدخل في مفهوم المكافأة المجانية الآجلة، وتلعب ذات الدور الذي يلعبه البيع بالمكافأة وهو تحفيز المستهلكين على الشراء، بل إن البيع باليُناصيب أخطر على المستهلك لأنه يقوم على مجرد احتمالية المكافأة من جهة، ومن جهة أخرى فهو عادة ما يكون وسيلة للخداع والتضليل لذا فهو أدعى للحظر.

وحتى لو تمسكنا بظاهر المادة 16 وقلنا بعدم جواز أعمال القياس أو التفسير الواسع لحكمها نظرا لطابعها الجزائي وبالتالي عدم دخول اليُناصيب ضمن الحظر الذي تقرره، فإن المادة 612 ق.م.ج تنص على حظر القمار والرهان باستثناء الرهان الخاص بالمسابقات والرهان الرياضي الجزائري، وبالتالي يجوز إدراج اليُناصيب في فحوى هذه المادة نظرا لشموليتها وعموميتها³⁴¹، إذ أن عقد البيع حينئذ يكون عقد غرر يقوم على احتمالية الهدية التي أخذها المستهلك بعين الاعتبار عند التعاقد.

ب- المسابقات: وهي عملية اختبار للذكاء والقدرات المعرفية دون تدخل مباشر للحظ³⁴²، وهي وسيلة قد يستعملها الأعوان الاقتصاديون لاستقطاب الزبائن وذلك بإرفاق السلعة أو الخدمة محل البيع بقسيمات تحتوي على أسئلة موجهة للجمهور، الذي لا يمكنه الحصول على القسيمة أو الإطلاع على أسئلة المسابقة وشروطها إلا بشراء تلك السلع أو الخدمات، ومادامت المسابقة قد تنتهي بجائزة للمشارك فإن العملية تقترب حينئذ من البيع بالمكافأة الآجلة.

وإذا كانت المسابقة مشروعة مبدئيا إذ الجائزة حينئذ ليست مجانية وإنما نظير جهد فكري بذله المستهلك، إلا أن المسابقة قد تلحق بالبيع بالمكافأة إذا تضمنت أسئلة غاية في

³³⁸ - قندوزي خديجة، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2001، ص.120.

³³⁹ - Voir : W. Jeandidier, op. cit., p. 533.

³⁴⁰ - مع الإشارة إلى أن قانون العقوبات تناول أعمال النصب في المواد من 165 إلى 168، حيث عرفت المادة 167 كالاتي: "تعتبر من أعمال النصب العمليات المعروضة على الجمهور تحت أية تسمية مهما كانت، والمعدة لإيجاد الأمل في الربح عن طريق الحظ". إلا أن اليُناصيب المستعملة لترقية المبيعات أو ما يسمى باليُناصيب الإشهاري لا يدخل ضمن الحظر المنصوص عليه في قانون العقوبات الذي يستهدف اليُناصيب بمفهومه الضيق (القمار عن طريق أوراق النصب) لكون قانون العقوبات لا يقبل التفسير الواسع ولا القياس. أنظر: قندوزي خديجة، المرجع السابق، ص.119-121.

³⁴¹ - قندوزي خديجة، المرجع السابق، ص.120.

³⁴² - نفس المرجع، ص.123.

السهولة، على غرار من رئيس الجمهورية؟، أو إذا كان السؤال يحتمل عدة أجوبة صحيحة يكفي أحدها لاستحقاق المكافأة فهذا النوع من الأسئلة لا يعدو كونه تحايلا على حظر البيع بالمكافأة و تحريضا واضح على الشراء لأن سهولة الأسئلة تجعل الجائزة بمثابة مكافأة أو منحة مجانية وليست نظير أي جهد فكري مبدول، و هو ما يحفز المستهلك للمشاركة في المسابقة عن طريق الإقدام على الشراء³⁴³، وبالتالي يصير الحظ هو الفيصل وليس الذكاء والتفوق المعرفي للمشاركين، و حينئذ فلا فرق بين المسابقة على هذا النحو واليُنصَّب³⁴⁴. وإذا كانت السهولة الكبيرة للأسئلة قد تلحق المسابقة بالمكافأة ويحظر البيع باقترانها به، فإن اقتران البيع بالمسابقة قد يحظر ويعاقب عليه على أساس الإشهار المضلل -إذا كان العرض في شكل إشهار- أو على أساس التحايل والنصب وذلك إذا تضمنت هذه المسابقة أسئلة جد صعبة تجعل فرص النجاح فيها مستحيلة، لأن ذلك بمثابة بعث لأمل كاذب بالنجاح³⁴⁵.

وأخيرا يجب التركيز على أن الحظر المنصوص عليه في المادة 16 من القانون 02/04 يقتضي ضرورة ارتباط المكافأة بالبيع، أي أن يتوقف تقديم البائع للمكافأة على إقبال المستهلك على الشراء، وعليه إذا قدم البائع مكافآت مجانية دون أن يقرنها بضرورة الشراء كأن تكون للترويج أو على سبيل البر والإحسان فلا يعد بيعا بالمكافأة³⁴⁶ حتى وإن كانت تلك المكافأة هي التي دفعت المستفيد منها إلى الشراء مادام لم يكن مشروطا عليه ذلك، وعادة ما يتم ذلك في المناسبات وعند افتتاح بعض النشاطات كالمخابز والمطاعم أو دور التسلية والترفيه حيث جرت العادة أن تفتتح نشاطها مجانا.

ثانيا- الاستثناءات الواردة على منع البيع بالمكافأة

إذا كانت المادة 16 منعت البيع بالمكافأة من حيث المبدأ فقد أوردت استثناءات على هذا المبدأ، حيث أجازت البيع بالمكافأة إذا كانت السلع والخدمات محل المكافأة من نفس السلع والخدمات موضوع البيع أو تأدية الخدمة وكانت قيمتها لا تتجاوز 10% من المبلغ الإجمالي للسلع والخدمات المعنية، كما لا يسري المنع على الأشياء الزهيدة أو الخدمات ضئيلة القيمة وكذا العينات.

1- المكافأة المجانية من سلع أو خدمات من نفس السلع أو الخدمات موضوع البيع أو تأدية الخدمة التي لا تتجاوز قيمتها 10% من المبلغ الإجمالي للسلع أو الخدمات المعنية: يتضح أن هذا الاستثناء يقوم على ضرورة توافر شرطان في آن واحد، الأول يتعلق بصفة المكافأة والثاني بقيمتها.

أ- صفة المكافأة : يجب أن تكون المكافأة عبارة عن سلعة من نفس السلعة محل البيع، أو خدمة من نفس الخدمة محل الأداء، فإذا كان البيع محله خبز مثلا فيجب أن تكون المكافأة عبارة عن خبز، وإذا كانت الخدمة المقدمة عبارة عن طبع لكتب أو مجلات فيجب أن تكون

343 - السيد محمد عمران السيد، المرجع السابق، ص.70.

344 - Voir : W. Jeandidier, op. cit., p. 534.

345 - قندوزي خديجة، المرجع السابق، ص.123.

346 - وفي نفس السياق ما قضت به محكمة استئناف "Lion" بتاريخ 06 جوان 1990 بشأن شركة مسيرة لأحد الأسواق قامت بنشر إعلان بالجريدة بأنها ستقوم في يوم معين بمنح 5000 خبزة مجانا دون إلزامية الشراء (تمنح خبزة واحدة لكل شخص) فرفعت ضدها دعوى من طرف بعض المخابز المنافسة على أساس البيع بالمكافأة المحظور، فرفضت دعواهم على أساس أن منح الخبز بهذا الشكل يعد من قبيل الهدية، وهذه الأخيرة مسموح بها مادامت غير مقترنة بالشراء. أنظر: نفس المرجع، ص.115.

المكافأة هي طبع مجاني، والتعامل الشائع في هذا الصدد هو إضافة وحدة مجانية لكل 12 وحدة مشتراة من نفس السلعة وهو ما يعرف في فرنسا بطريقة "treize à la douzaine"³⁴⁷. ويجب أن تكون المكافأة كلها من نفس السلع أو الخدمات محل البيع فإذا كانت المكافأة خليطاً بين ما هو مماثل وما ليس بمماثل لمحل العقد بطل الاستثناء، على أن تعتبر من نفس السلعة قطع الغيار التي تقدم مع السيارة أو الآلة كمكافأة مجانية دون الملحقات كالعجلة الخامسة أو الرافعة بالنسبة للسيارات كونها ليست مكافآت أصلاً.

ومع ذلك فإن عبارة "من نفس السع والخدمات"، قد تثير التساؤل حول ما إذا كان يقصد بها التطابق المطلق بين محل البيع والمكافأة من حيث الصفة والصنف والجودة وغيرها من المواصفات، أم مجرد التماثل في الصفة، لأن نفس السلعة قد تختلف من حيث مواصفاتها.

ب- قيمة المكافأة: يجب أن لا تتجاوز قيمة المكافأة 10% من المبلغ الإجمالي للسلعة أو الخدمة المعنية³⁴⁸ أي أن يكون مبلغ السلعة أو الخدمة يضاعف عشر مرات على الأقل قيمة المكافأة، فإذا كان المبلغ الذي يدفعه المستهلك هو 1000 د.ج لشراء قدر معين من السكر، فيجب أن تكون المكافأة عبارة عن كمية من السكر لا تتجاوز قيمتها 100 د.ج، وإذا كانت المكافأة المجانية هي لترا من البنزين فيجب أن تكون نظير شراء 10 لترا على الأقل من البنزين المماثل له في القيمة، وإذا كانت المكافأة هي 1 كلغ من القمح يجب أن تكون نظير 10 كلغ على الأقل من القمح المماثل له في القيمة، وإذا كانت المكافأة هي قالباً مجانياً من الإسمنت فيجب أن يكون نظير 10 قوالب على الأقل مماثلة له في القيمة، مع التأكيد هنا على أن المادة 16 تجعل العبرة بالقيمة وليس بالوحدات.

والمكافأة قد تأخذ صورة الخصم من السعر كأن يكون العرض هو "خصم 5% من قيمة السلعة أو الخدمة المقنتاة إذا بلغت قيمتها 1000 د.ج" أو إذا كان العرض هو "خصم 10% من السعر عن كل 100 كلغ من السكر" ففي هذه الحالة نكون بصدد بيع بالمكافأة، لأن الخصم في السعر معناه تقديم جزء من المبيع مجاناً، وعليه إذا تجاوزت قيمة الخصم 10% من المبلغ الإجمالي المدفوع اعتبر البيع محظوراً وإذا لم تتجاوز اعتبر جائزاً. والعبرة بمبلغ السلعة أو الخدمة المعنية بالمكافأة وليس المبلغ الإجمالي المدفوع في الصفقة بوجه عام، فإذا اشترى شخص دفعة واحدة 10 أقمصه من نفس القيمة إثنان منها مجاناً كمكافأة، بالإضافة إلى شراء أغراض أخرى في نفس الصفقة، ففي هذه الحالة نكون بصدد بيع بالمكافأة وإن لم تبلغ قيمة المكافأة 10% المبلغ الإجمالي المدفوع للبائع في الصفقة بمجملها لأن العبرة بالمبلغ الإجمالي للسلعة المعنية بالمكافأة.

ولكن ماذا عن العرض الذي يكون مضمونه كالاتي: "إذا تجاوز الشراء 100 أجورة تقدم أجورتين مجاناً عن كل 10 أجورات إضافية؟" نرى أن هذا العرض يدخل ضمن عرض البيع بالمكافأة المحظور لأن قيمة المكافأة سوف تتجاوز 10% من المبلغ الإجمالي إذا تجاوز الشراء حداً معيناً، فمثلاً إذا تم شراء (210) أجورة سوف تكون المكافأة مقدارها 22 أجورة وقيمتها تفوق 10% من المبلغ الإجمالي المدفوع، خصوصاً وأن المشرع يمنع مجرد العرض للبيع بالمكافأة حتى ولو لم يحصل البيع بعد.

ويجب الانتباه إلى أن قيام هذا الاستثناء يقتضي توافر الشرطان المذكوران معاً، بمعنى أنه إذا كانت المكافأة المجانية ليست من نفس السلعة أو الخدمة محل البيع أو الأداء بطل

³⁴⁷ - J. Larguier et Ph. Conte, op. cit., p. 450.

³⁴⁸ - وهذا الشرط استحدثه المشرع حيث لم تنص عليه المادة 59 من الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة التي كانت تنظم البيع بالمكافأة.

الاستثناء ولو لم تتجاوز قيمتها 10% من المبلغ الإجمالي المدفوع، كما يبطل الاستثناء إذا تجاوزت قيمة المكافأة 10% من المبلغ الإجمالي المدفوع ولو كانت من نفس السلعة أو الخدمة محل البيع أو الأداء.

2- الأشياء الزهيدة والخدمات ضئيلة القيمة: كما يستثنى من منع البيع بالمكافأة إذا

كان محل المكافأة أشياء زهيدة أو خدمات ضئيلة القيمة حتى وإن لم تكن من نفس السلعة أو الخدمة محل البيع أو الأداء، نظرا لضعف جاذبيتها لعموم المستهلكين وضآلة خطرهما على نزاهة الممارسات التجارية.

ومع ذلك فإن اعتبار قيمة الشيء أو الخدمة زهيدة أو ضئيلة يختلف من شخص لآخر وحسب ضخامة الصنف، لذا كان يستحسن لو أن المشرع كان أكثر دقة بأن حدد قيمة يجب أن لا تتجاوزها قيمة الشيء أو الخدمة محل المكافأة تفاديا للبس أو الغموض، أسوة بالمشرع الفرنسي الذي حدد قيمة ما يعتبر ضئيل القيمة بنسبة 7% من السعر الصافي لمحل العقد³⁴⁹. ومادام الحال كذلك فإن تقدير قيام هذا الاستثناء من عدمه يبقى خاضعا لسلطة القاضي.

3- العينات: كما لا تعتبر من قبيل المكافأة المجانية العينات التي يقدمها البائع للمشتري

وهي عبارة عن جزء بسيط من المنتج أو الخدمة المعروضة للبيع أو الأداء، الهدف منها تمكين المستهلك من تجربة أو اختبار المبيع والوقوف على مدى مطابقته لرغباته. وبالتالي يشترط أن تكون الكمية صغيرة في حدود القدر اللازم لتجربة المبيع وتقديره وإلا ألحقت بمفهوم المكافأة.

أما المشرع الفرنسي فبالإضافة إلى هذه الاستثناءات نص في المادة (R.121-9) من قانون الاستهلاك على حالات أخرى لا تعتبر من قبيل البيع بالمكافأة وهي³⁵⁰:

- التجهيزات المعتادة للمنتج محل البيع كالعلاف أو الوعاء الذي يحوي المنتج.
- السلع أو الخدمات الضرورية للاستعمال العادي للمبيع.
- السلع والخدمات المرتبطة بغرض المبيع كشفرة الحلاقة بالنسبة لآلة الحلاقة.
- خدمات ما بعد البيع، وتسهيلات مواقف السيارات للعملاء.
- الخدمات المجانية التي عادة ما تصاحب محل العقد دون مقابل كتتنظيف زجاج السيارة عند شراء البنزين.

ثالثا- جزاء مخالفة منع البيع بالمكافأة

لقد اعتبرت المادة 35 من القانون 02/04 مخالفة أحكام المادة 16 منه ممارسات تجارية غير شرعية يعاقب عليها بغرامة من مئة ألف دينار (100,000 د.ج) إلى ثلاثة ملايين دينار (3000,000 د.ج).

وبالتالي فإن المشرع يمنع البيع بالمكافأة ويجرمه، وتبعاً لذلك يحق للمستهلك الذي تضرر نتيجة بيع بالمكافأة أن يتأسس كطرف مدني للمطالبة بتعويض ما لحقه من أضرار طبقاً للمادة 65 من القانون 02/04.

³⁴⁹ - Art : R.121-8 du Code de la consommation.

³⁵⁰ - W. Jeandidier, op. cit., p. 533.

لذا فمن يقتني لأكثر من حاجته في بيع بالمكافأة يمكنه المطالبة بحقه المدني باعتباره ضحية لهذه المخالفة، وبالتالي من يحصل على 100 لتر من البنزين في بيع بالمكافأة ولم يستهلك منها إلا 80 لترا فقط يكون له الحق في المطالبة بالتعويض عن العشرين الأخرى³⁵¹. والواقع أن أهمية البيع بالمكافأة تستهدف بصورة أجلي حماية منافع المنافسة في السوق لذا فإن المتضرر من هذا الأسلوب بصفة مباشرة هم الأعوان الاقتصاديون المنافسون ومن ثم يتوقع أن يكونوا أحرص على ردع البيع بالمكافأة من المستهلكين البسطاء الذين ربما رأوا مصلحتهم في هذا الأسلوب من غير إدراك منهم لمخاطره على المستوى البعيد.

المطلب الثاني منع البيع المشروط

يجد هذا المنع أساسه في المادة 17 من القانون 02/04 التي تنص: "يمنع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات وكذلك اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة. لا يعني هذا الحكم السلع من نفس النوع المباعة على شكل حصة بشرط أن تكون هذه السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة".

وعلة حظر هذا النوع من البيع ترجع لكون البيع المشروط يتخذ وسيلة غير نزيهة لترقية المبيعات، فالبائع خصوصا إذا كان محتكرا لسلعة أو خدمة يفرض من خلال مركزه الاقتصادي القوي على المستهلك شراء قدر من السلع يفوق حاجته أو شراء سلع أو خدمات لا حاجة له فيها أساسا، فيصير هذا الأسلوب في البيع بمثابة ضغط وإخضاع لإرادة المستهلك من خلال استغلال رغباته وحاجاته الملحة التي لا مناص له من تلبيتها، فيتحتم عليه بذلك أن يدفع مبلغا يفوق المنفعة الحقيقية التي يربوها من هذا الشراء.

وإذا كان وصف الشرط لا ينطبق تماما على البيع بالمكافأة فإنه ينطبق على البيع المشروط لأن البائع يضع شرطا يحقق مصلحته ويوقف عليه عملية البيع، حيث يعلق التعاقد على شرط قبول المستهلك للمفروضة أو السلعة أو الخدمة المرتبطة بالسلعة أو الخدمة محل البيع.

وإذا كانت المادة 17 قد حددت في فقرتها الأولى مضمون البيع المشروط (أولا)، فإن الفقرة الثانية منها أوردت استثناء على هذا المنع (ثانيا)، في حين تناولت المادة 35 العقوبات المترتبة عن مخالفة هذا المنع أما الجزاءات المدنية فنرجع بشأنها للقواعد العامة (ثالثا)، وهو ما سنتناوله تباعا.

أولا- مضمون البيع المشروط

من خلال الفقرة الأولى من المادة 17 فإنه يحظر كل شرط يقضي بأن ترتبط عملية البيع بشراء المستهلك لكمية مفروضة من طرف البائع، أو يقضي بأن ترتبط عملية البيع باقتناء المستهلك لسلعة أخرى أو خدمة. والحال كذلك إذا كان محل البيع تأدية خدمة فيحظر كل شرط

يقضى بأن تتوقف تأدية الخدمة محل الأداء على اقتناء المستهلك لخدمة أخرى أو شراء سلعة³⁵².

وبالتالي فإن البيع المشروط يأخذ عدة صور:

1- اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة: فالشرط في هذه الصورة يتعلق بمقدار المبيع حيث يفرض البائع على المستهلك شراء كمية محددة أو يحدد كمية دنيا لا يتم البيع تحتها، مثال ذلك أن يعلق البائع التعاقد على ضرورة اقتناء ما لا يقل عن 5 كلغ من السكر أو فاكهة معينة، أو يشترط أن لا يقل الشراء عن 10 لترات من البنزين فهذا النوع من الشروط ممنوع ويحظر كل بيع علق عليها.

لكن يفترض في هذه الحالة أن يكون المبيع قابلاً للتجزئة بالمقدار أو الوحدة التي يطلبها المشتري³⁵³، فإذا كان الدقيق مثلاً يباع بالأكياس أو الطماطم تباع في علب فمن الطبيعي أن لا يقل البيع عن كيس من الدقيق أو علب من الطماطم، وكذلك أجزاء الكتاب الواحد أو البدلة الواحدة باعتبارها كلا لا يتجزأ، ومن باب أولى السلع التي لا تقبل التجزئة بطبيعتها كالحیوانات الحية والآلات.

وليقوم المنع يجب أن تكون الكمية مفروضة وذلك بأن يتوقف البيع على اقتنائها، أما إذا كانت على سبيل الاختيار أو التفضيل فلا نكون بصدد بيع مشروط.

لكن ماذا عن الصورة التي يشترط فيها البائع كمية قصوى لا تتعداها عملية البيع كأن يجعل البائع كيسين من الحليب هو الحد الأقصى للبيع في كل مرة؟ يبدو أن هذه الصورة لا تدخل ضمن الحظر المنصوص عليه في المادة 17 كون هذه الأخيرة تستهدف الممارسات التي يهدف من خلالها البائع زيادة مبيعاته بهذا الأسلوب وذلك بتحديد حد أدنى، أما في هذه الحالة فإن البائع يجعل حداً أقصى ولا يمتنع عن البيع من أساسه بل يعطي للمستهلك الحق في شراء كمية معتبرة ليفلت من جريمة رفض البيع لكن في حدود قدر معين، وهذا الأسلوب عادة ما يتخذه بعض الباعة مراعاة لحاجة زبائنهم المعتادين مع عدم التفريط في الزبون الجديد.

2- اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات: إذا كان مضمون الشرط في الصور السابقة هو شراء كمية مفروضة من نفس السلعة محل البيع، فإن الحظر أيضاً يلحق كل شرط يفرض على المشتري شراء سلعة أخرى أو خدمة تبعا للسلعة محل البيع، وعادة ما يلجأ لهذا الأسلوب للتخلص من بعض السلع التي توشك على التلف أو السلع المكدسة التي لم تلق رواجاً من خلال فرضها مع سلع أخرى مطلوبة للاستهلاك، مثال ذلك أن يشترط البائع شراء البسكويت مع الشاي محل البيع، أو كيس من الإسمنت مع الأجر محل البيع.

وقد يشترط البائع أداء خدمة معينة مع السلعة محل البيع، كأن يشترط بائع الإسمنت أو الأجر أن يتولى هو نقلها على حساب المشتري، فهذا أيضاً يدخل ضمن البيع المشروط المحظور.

والملاحظ هاهنا أن المشرع لم يستوجب أن يكون البائع قد اشترط أن يتم الشراء من عنده، وعليه فإن الحظر يبقى قائماً حتى لو اشترط الشراء من بائع آخر بالتحديد، أو أن يتم اقتناء الخدمة من مقدم خدمات بعينه، مثال ذلك أن يشترط بائع مواد البناء أن يتولى نقل هذه المواد فلان، أو أن يشترط الصيدلي أن تكون وصفة الدواء من طبيب بعينه، ولعل المشرع

³⁵² - أما المشرع الفرنسي فقد حظر البيع المشروط بموجب المادة 30 من أمر 01 ديسمبر 1986 التي تحوات إلى المادة (L.122-1) من قانون الاستهلاك الفرنسي. أنظر: W. Jeandidier, op. cit., p. 535.

³⁵³ - J. Larguier et Ph. Conte, op. cit., p. 451.

قصد من ذلك سد باب التحايل والتواطؤ بين الأعوان الاقتصاديين خصوصا مع ما نشهده من تكتلات مهنية.

وبداهة لا يدخل في معنى السلعة المشروطة ملحقات المبيع على الرغم من احتسابها في الثمن، فإذا لم يكن للمشتري حاجة بها فلا يمكنه رفضها والمطالبة بخصم قيمتها معتبرا إياها سلعا إضافية مشروطة.

3- اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى³⁵⁴ أو شراء سلعة: في الصورتين السابقتين محل البيع سلعة، أما في هذه الصورة فإن محل العقد هو تأدية خدمة معينة، وحينئذ يحظر كذلك كل شرط يقضي بأن يرتبط أداء الخدمة محل العقد باقتناء المستهلك خدمة أخرى أو شرائه لسلعة، مثال ذلك أن يشترط الناقل على المسافر أن يكون الرجوع معه وذلك بحساب تذكرة الذهاب والإياب في آن واحد لأن كلا منهما في الأصل خدمة مستقلة على الأخرى، أو أن يشترط عارض الأفلام (دور السينما مثلا) شراء شريط للفلم محل العرض إضافة إلى تذكرة حضور العرض، أو يشترط الناشر تولي خدمة الإشهار للكتاب محل النشر، أو يشترط على الزبائن شراء كتب أخرى للناشر، فهذه الصور كلها تدخل ضمن اشتراط تأدية خدمة أو شراء سلعة مع الخدمة محل العقد.

وإذا كان المشرع في المادة 17 قد منع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة من السلعة محل البيع، فإنه لم يمنع اشتراط تأدية الخدمة بقدر مفروض، خصوصا وأن المشرع قد حرص في الفقرة الأولى على التمييز بين ما إذا كان محل العقد سلعة (البيع بمفهومه الضيق) أو تأدية خدمة، ونظرا لضرورة التفسير الضيق للمادة 17 كونها تتضمن نصا معاقبا عليه، فإنه يمكن القول أن اشتراط تأدية الخدمة بقدر مفروض منها أمر جائز، وإذا صح استنتاجنا فإنه لا مانع من أن يشترط سائق سيارة الأجرة مسافة معينة ليقوم بخدمة النقل، أو يشترط الناشر عددا محددا من النسخ ليقوم بخدمة النشر.

وأخيرا وعلى غرار ما سبق ذكره في الصورة السابقة فإن المشرع لم يشترط أيضا أن يكون مقدم الخدمة قد اشترط أن يقوم هو بتقديم الخدمة أو بيع السلعة المشروطة، وعليه حتى وإن كان مضمون الشرط هو اقتناء سلعة أو خدمة من عند شخص محدد بعينه فإن المنع يبقى قائما، مثال ذلك أن يشترط الميكانيكي على صاحب السيارة شراء قطع الغيار من بائع بعينه، أو يشترط الطبيب شراء الدواء من صيدلي بعينه أو القيام بالفحوصات لدى عيادة بعينها فهذه الشروط أيضا تعتبر محظورة إلا إذا كان لهذا التحديد علاقة بنجاح الخدمة المؤداة كأن تكون نتائج الفحوصات عند هذه العيادة أدق مقارنة مع غيرها. هذه هي الصور الثلاثة للبيع المشروط كما أوردتها الفقرة الأولى للمادة 17 ومع ذلك فإن الفقرة الثانية قد أوردت استثناء عليها.

ثانيا- الاستثناء الوارد على منع البيع المشروط

تنص الفقرة الثانية من المادة 17: "لا يعني هذا الحكم (أي المنع) السلع من نفس النوع المباعة على شكل حصة بشرط أن تكون هذه السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة".

³⁵⁴ - نشير هنا إلى أن المادة 17 في هذه الصورة للبيع المرتبط استعملت عبارة "اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى" وكان يستحسن لو استعمل المشرع عبارة "اشتراط تأدية خدمة مع خدمة أخرى" لأن العبارة الأولى قد يفهم منها أن المشرع يمنع أن يشترط مقدم الخدمة على المشتري تقديم خدمة مقابل الخدمة المؤداة، ولا نحسب المشرع أراد هذا المعنى.

فمن خلال هذه الفقرة نجد المشرع قد خفف من حدة الحظر الذي فرضته الفقرة الأولى مراعيًا في ذلك الارتباط الحاصل بين بعض السلع في عملية الاستهلاك، وهو ما يبرر جواز جمعها في شكل حصص تعرض للبيع دفعة واحدة، لكن المشرع ضبط هذا الاستثناء بثلاث شروط:

1- أن تكون هذه السلع من نفس النوع: حيث يشترط أن تكون السلعة محل البيع والسلعة التي ارتبطت بها من نفس النوع أو من نفس الطبيعة³⁵⁵ كأن تكون هذه السلع عبارة عن أدوات مدرسية (كراريس، أقلام، ميراة، محفظة)، أو أواني الطبخ (سكاكين، ملاعق، أشواك)، أو الحبوب أو مواد تنظيف أو أدوات تجميل، فهذه سلع تعتبر من نفس الطبيعة يجوز أن تعرض للبيع مع بعضها، لتكامل الدور الذي تلعبه في العادة.

2- أن تباع هذه السلع في شكل حصة: إضافة لكونها من ذات النوع والطبيعة يجب أن تكون السلع محل البيع في شكل حصة، كل حصة تحتوي على عدد محدد من هذه السلع، حتى يكون محل البيع معينًا وواضحًا للمستهلك بحيث يكون على دراية بالسلع التي تضمها الحصة.

3- أن تكون هذه السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة: يجب أن يكون عرض هذه السلع يدل على أنها تباع بشكل مجتمع أي في شكل حصص، وذلك بأن تفصل في شكل مجموعات أو في أكياس، مع إعلان سعرها، وهذا حتى لا يفاجأ المستهلك الذي يطلب سلعة معينة أنها تباع تبعًا لأخرى، وبالتالي فإذا كان عرض السلع عاديًا فلا يمكن للبائع أن يتمسك بكونها تباع مع غيرها في شكل حصص، مادامت طريقة عرضها لا تدل على ذلك، فضلًا عن أن عرض هذه السلع بشكل منفصل يمكن هيئات الرقابة من الوقوف على مدى جواز الجمع بينها واعتبارها من نفس النوع و الطبيعة.

هذه هي الشروط التي يجب توافرها ليكون البيع المشروط جائزًا واختلال أحدها يجعل البيع محظورًا، مع الإشارة هاهنا إلى أن هذا الاستثناء ينطبق على عقود البيع التي يكون محلها سلعة، أما العقود التي يكون محلها أداء خدمات فيبدو من نص الفقرة الثانية من المادة 17 أنها لا تدخل ضمن هذا الاستثناء.

ثالثًا- جزاء مخالفة منع البيع المشروط

لقد اعتبرت المادة 35 من القانون 02/04 مخالفة أحكام المادة 17 منه بمثابة ممارسات تجارية غير نزيهة، وعاقبت على ذلك بغرامة تتراوح بين مئة ألف دينار (100,000 د.ج) إلى ثلاثة ملايين دينار (3000,000 د.ج).

ولا شك أن هذا المنع والتجريم يؤكد ما سبق ذكره من تراجع لمبدأ الحرية العقدية الذي ظل يهيمن على نظرية العقد وهو الذي يقضي -من بين ما يقضي به- أن الشخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد وأن يشترط لتعاقد ما يشاء، في حين لم تعد هذه الحرية مكفولة للعون الاقتصادي البائع في ظل واقع يتطلب حماية المستهلك باعتباره طرفًا ضعيفًا جديرًا بالحماية. وإذا كان القانون 02/04 قد ركز على الحماية الجزائية بوجه عام، فما هي الحماية المدنية التي يمكن للمستهلك أن يستند لها من خلال الحظر الوارد في المادة 17 أعلاه؟

³⁵⁵ - وهي العبارة التي وردت في الترجمة الفرنسية للمادة 17: "Les biens de même nature" وواضح أن الترجمة غير دقيقة لأن "النوع" لا ينطبق تمامًا على "الطبيعة".

بداية قد يبدو أن اشتراط البائع على المستهلك كمية مفروضة أو شراء سلعة أو خدمة إضافة إلى محل العقد نوع من الإكراه المعيب للإرادة الذي يخول للمستهلك طلب إبطال العقد، خصوصا إذا ما أخذنا بالاعتبار الحاجة الملحة لهذا الأخير واضطراره للتعاقد، إلا أن الفقه يرى أن مجرد اضطرار المستهلك والضغط الواقعية التي تملي عليه التعاقد لا ترقى لتكون نوعا من أنواع الإكراه الذي يفترض معه أن يهيئ شخص وسيلة لانتزاع رضا المكره، أما في حالة الاضطرار فإن ثمة ظروفًا مصادفة قد تهيأت لا تبرر إبطال العقد تماما كما هو الحال في عقود الإذعان³⁵⁶.

لكن بالرجوع إلى المادة 17 نجد المشرع يمنع صراحة اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو اشتراط البيع بشراء سلع أو خدمات، أو اشتراط تأدية خدمة أخرى أو شراء سلعة، ومنع هذه الشروط يستلزم بطلانها وعدم لزومها في مواجهة المستهلك كونها مخالفة للنظام العام ومن ثم فإذا تم البيع واشترى المستهلك كمية مفروضة أو سلعة، أو اقتنى خدمة تبعا للسلعة أو الخدمة محل البيع، جاز له أن يرد الكمية أو السلعة التي فرضت عليه واسترداد قيمتها نظرا لبطلان الشرط الذي ألزمه بها، مع حقه في التعويض عما لحقه من أضرار نتيجة الجرم الذي يمثله هذا الاشتراط.

أما قبل البيع فمادام عرض البائع في هذه الحالة بمثابة إيجاب يتضمن شرطا باطلا معناه سقوط إيجاب البائع، لكون الشرط الذي تضمنه -وقد علقت عليه عملية البيع- صار مختلطا بالبائع الدافع إلى التعاقد³⁵⁷، وهذه النتيجة المستخلصة من القواعد العامة لا تخدم المستهلك الذي يرغب في تلبية رغباته الاستهلاكية. لكن بالرجوع إلى نص المادة 15 من القانون 02/04 التي تقضي بأن كل سلعة معروضة على نظر الجمهور تعتبر معروضة للبيع، وتمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة عرضت للبيع دون مبرر شرعي، فإن البائع يلزم بالبيع ولا يعفيه من ذلك سقوط إيجابه ببطلان الشرط الذي علق عليه عملية البيع، خصوصا وأن هذا البطلان قد قرر لحماية المستهلك ذاته.

وأخيرا نشير إلى أن منع اشتراط كمية مفروضة أو اشتراط شراء سلعة أو أداء خدمة مع السلعة أو الخدمة محل العقد لا يستلزم أن يكون العقد عقد إذعان، وهذا ما يميز هذه الشروط عن الشروط التعسفية الممنوعة بموجب المادة 29 من القانون 02/04 والتي يستلزم منعها أن يتم العقد بطريق الإذعان على نحو ما سنبين لاحقا.

356 - أنظر: حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.62.

357 - أنظر: نبيل إبراهيم سعد و محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.230.

المبحث الثالث حماية المستهلك من الإشهار التضليلي

تتجسد هذه الحماية من خلال المادة 28 من القانون 02/04 التي تنص: "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهارا غير شرعي وممنوعا، كل إشهار تضليلي، لا سيما إذا كان:

- 1- يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته.
- 2- يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتجاته أو خدماته أو نشاطه.

3- يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان تلك الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار".

حيث يكفي أن يفتح أحدنا شاشة تلفازه أو مذياعه أو يتصفح الجرائد أو مواقع الانترنت أو يتجول في الشوارع والساحات حتى يواجهه كم هائل من الإشهارات المروجة لمختلف السلع والخدمات مستهدفة اجتذاب المستهلك واستمالة رغباته.

ولقد صار الإشهار اليوم عاملا رئيسيا في عملية التسويق، هذه العملية التي ارتبطت شيئا فشيئا بعلوم أخرى كعلم الاجتماع والاتصال والرياضيات تنهل من ثمراتها لتصبح علما مستقلا بذاته له ملامحه الخاصة وآلياته المتميزة، حيث صار علم التسويق تخصصا أساسيا في كليات التجارة والاقتصاد.

وإذا كان الإشهار التجاري يمثل مظهرا من مظاهر المنافسة المشروعة ووسيلة ناجعة للترويج والتسويق وأداة فعالة للاتصال بالجمهور وإعلامه بالسلع والخدمات المطروحة في السوق، فإنه أيضا غدا وسيلة للتضليل والخداع مما يؤثر سلبا على نظام المنافسة الحرة، وحق المستهلك في المعلومات الصحيحة حول السلع والخدمات.

ونظرا لانتهاج الجزائر نظام اقتصاد السوق فإن خطر الإعلانات التجارية يظل يهدد المستهلك كلما اشتدت المنافسة بين الأعوان الاقتصاديين، وهو ما استدعى تدخل المشرع لضبط

هذا النشاط من خلال القانون 02/04³⁵⁸ الذي عرف الإشهار وحدد الحالات التي يعتبر فيها تضليلاً غير مشروع وهو ما سنتناوله في ثلاث مطالب:

المطلب الأول: مفهوم الإشهار.

المطلب الثاني: حالات الإشهار التضليلي.

المطلب الثالث: أثر الإشهار التضليلي.

المطلب الأول

مفهوم الإشهار

عرفت المادة الثالثة في بندها الثالث من القانون 02/04 الإشهار بأنه: "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الإتصال المستعملة"³⁵⁹.

من خلال هذا التعريف يتضح أن مفهوم الإشهار يقوم على ثلاث عناصر: الإعلان (أولاً)، استهداف الترويج لبيع السلع والخدمات بصفة مباشرة أو غير مباشرة (ثانياً)، استخدام وسيلة من وسائل الاتصال (ثالثاً).

أولاً- الإعلان

لقد عرف المشرع الإشهار بأنه "إعلان" والحقيقة أن الإشهار والإعلان مصطلحان قريبان من بعضهما إن لم نقل يحملان نفس المعنى، دليل ذلك أن "الإشهارات التجارية" كثيراً ما تسمى "بالإعلانات التجارية" بل ويعبر عنهما بالفرنسية بمصطلح واحد هو "Publicité"³⁶⁰. لكن قواعد تفسير النصوص تقتضي في مثل هذه الحالة إعمال المعنى الاصطلاحي الذي أورده المشرع لـ "الإشهار" باعتباره محل تعريف في هذا القانون، مقابل الالتزام بالمعنى اللغوي الدقيق للفظ "الإعلان" باعتباره جزءاً من التعريف.

فالإعلان في اللغة كل ما ينشره التاجر أو غيره في الصحف السيارة أو في نشرات خاصة، تعلق في الجدران أو توزع على الناس، ويعلن فيه ما يريد إعلانه ترويجاً له³⁶¹، فيقال: علن الأمر علونا أي شاع وظهر خلاف خفي، ويقال أعلنه أي أظهره وجهر به، وأعلنت النيابة فلانا أو المحكمة أي كلفته بالحضور أو أعلمته بالحكم "علنا"، والعلن إعلان الشيء بالنشر عنه

³⁵⁸ - نشير إلى أنه قد سبق وأن طرح على البرلمان مشروع قانون متعلق بالإشهار سنة 1999، حيث تمت المصادقة عليه في الغرفة الأولى، إلا أن الغرفة الثانية (مجلس الأمة) لم تصادق عليه، ومن حينها لم يصدر بشأنه أي جديد ويبدو من خلال ما تضمنه القانون 02/04 أنه قد تم الاستغناء مبدئياً عن هذا المشروع، كما يبدو أنه قد تم مراعاة الاعتراضات المتعددة التي واجهت هذا المشروع من أهمها أنه أورد جملة من القيود على النشاط الإشهاري فاقت ما تقتضيه حماية المستهلك والمنافسة النزهاء، ووصلت لدرجة عرقلة النشاط التجاري والمنافسة الحرة التي هي قوام اقتصاد السوق. ويتكون المشروع من سبعين مادة موزعة على ستة أبواب (مبادئ عامة، تنظيم وممارسة النشاطات الإشهارية، محتوى الإشهار، إشهارات خاصة، هيئة متابعة الإشهار، أحكام خاصة)، أنظر نص المشروع: الجريدة الرسمية لمداولات مجلس الأمة لـ: 29 أوت 1999، المتضمنة محضر الجلسة العلنية العشرين المنعقدة في: 26 جويلية 1999 التي نوقش خلالها المشروع أمام مجلس الأمة.

³⁵⁹ - في حين عرفت المادة 2 من المرسوم التنفيذي 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش الإشهار بأنه: "جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات المعدة لترويج تسويق سلعة أو خدمة بواسطة أسناد بصرية أو سمعية بصرية".

كما عرفت المادة 2 من مشروع القانون المتعلق بالإشهار لسنة 1999 بما يلي: "يقصد بالإشهار الأسلوب الاتصالي الذي يعد ويقدم في الأشكال المحددة في هذا القانون" مهما كانت الدعائم المستعملة قصد تعريف أو ترقية أي منتج أو خدمة أو شعار أو صورة أو علامة تجارية أو سمعة أي شخص طبيعي أو معنوي. كما تشمل العبارة أيضاً الأنشطة شبه الإشهارية. والأنشطة شبه الإشهارية هي حسب المادة 4 من المشروع هي أربعة أنشطة: الرعاية الإشهارية (Sponsoring)، الرعاية (Parrainage)، الرعاية الأدبية والفنية (Mécénat)، الإشراف (Patronage).

³⁶⁰ - يلاحظ أن المشرع في النص الفرنسي للتعريف قد تجنب تكرار نفس المصطلح بالفرنسية. فعبر عن الإشهار بـ "Publicité" وعن الإعلان بـ "Communication" بمعنى "الاتصال" وهو مصطلح لا يرادف "الإعلان".

³⁶¹ - أحمد سعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 19، عدد 04، سبتمبر 1995، ص 148.

بالصحف ونحوها، والعلانية خلاف السر، ويوصف به فيقال رجل علانية أي ظاهر أمره. وباللغة الفرنسية "Publicité" معناها "Action de rendre publique" أي جعل الشيء معروفا لدى الجمهور. أما باللغة الإنجليزية "Advertising" وهي كلمة من أصل فرنسي بمعنى "Avertir" أي جعل الشيء ملاحظا "faire remarquer"³⁶².

وانطلاقا من هذا المعنى اللغوي للإعلان الذي يفيد التعريف والنشر والإعلام الموجه للجمهور، نستنتج أن المشرع يشترط لاعتباره "إشهارا" أن تكون الرسالة التي يرمي إلى إيصالها تستهدف إخبار وإعلام الجمهور بخصائص أو مميزات سلعة أو خدمة ترويجا لها، وبالتالي فإن استعمال المشرع لعبارة "الإعلان" فيه دلالة على صفة وخاصة من الخصائص التي يجب أن تتوفر في الإشهار وهي العلانية والجهر ومخاطبة الجمهور.

وبذلك يكون المشرع قد تخلى عن جميع المصطلحات التي وردت في التعريف الذي جاء به المرسوم التنفيذي 39/90 للإشهار (الاقتراحات، الدعايات، البيانات، العروض، الإعلانات، المنشورات، التعليمات) واستعاض عنها بمصطلح "الإعلان".

ومع ذلك فإن استعمال المشرع لمصطلح "الإشهار" قد يفضي إلى الالتباس مع الإشهار القانوني لبعض التصرفات والوقائع، كالإشهار القانوني الذي تخضع له الشركات التجارية والمؤسسات الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري³⁶³، والإشهار القانوني المتعلق بترويج المنتجات الصيدلانية³⁶⁴، وكذا الإشهار القانوني لبعض التصرفات الواردة على العقار والذي اصطلح عليه المشرع بإجراء الشهر العقاري³⁶⁵. فالإشهار في كل هذه الحالات يستهدف إعلام الجمهور، لذا يفضل لو اصطلح على الإشهار الذي ورد في القانون 02/04 بـ "الإشهار التجاري" تمييزا له عن باقي صور الإشهار الأخرى مادام هذا القانون يتعلق أساسا بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

وأخيرا نشير إلى أن قانون المنافسة 06/95 الذي تمخضت عنه بعض أحكام القانون 02/04 كان يستعمل تعبير "الإشهار" للدلالة على ما اصطلح عليه القانون 02/04 بـ "الإعلام" حيث كان يستعمل عبارة "إشهار أسعار السلع والخدمات وشروط البيع" في حين لم ترد فيه أحكام خاصة بالإشهار الترويجي للسلع والخدمات على نحو ما أورده القانون 02/04، لذا استعمل هذا الأخير مصطلح "الإعلام" للدلالة على إعلان الأسعار والتعريفات وشروط البيع ومصطلح "الإشهار" للدلالة على الإعلانات الترويجية للسلع والخدمات وهو ما يعكس تخبطا في انتقاء المصطلحات.

ثانيا- استهداف الترويج لبيع السلع والخدمات

³⁶² - جديني زكية، الإشهار والمنافسة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2001، ص 09.

³⁶³ - أنظر القسم الثالث من الباب الأول (المواد من 11 إلى 17) من القانون 08/04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية،
³⁶⁴ - أنظر المرسوم التنفيذي رقم 286/92 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المتعلق بالإعلام الطبي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري (جريدة رسمية عدد 1992/53) حيث كان المشرع سابقا لتنظيم الإعلام والترويج للمواد الصيدلانية والطبية نظرا لخطورة هذا المجال. وبالتالي فإن الترويج في هذا المجال لا يخضع للقانون 02/04 وإنما للتشريع الخاص بالمهنة. لكن مادامت للصيدلي صفة التاجر فإنه يخضع أيضا للقانون 02/04 فيما لا يعارض هذا النص الخاص.

³⁶⁵ - أنظر: الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. وكذا المادة 793 من القانون المدني.

حتى نكون بصدد إشهار يجب أن يكون الإعلان يهدف إلى الترويج لبيع السلع والخدمات، سواء كان ذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وواضح أن هذا العنصر يتكون من شقين:

أ- أن يكون ثمة "ترويج" لسلعة أو خدمة، والترويج يقصد به السعي إلى تسويق أكبر قدر ممكن من السلع والخدمات عن طريق التعريف بها وتعداد محاسنها ومزاياها قصد ترغيب المستهلكين وتحفيزهم للإقبال المتزايد عليها، ومن ثم تحقيق المزيد من الأرباح.

ب- أن يستهدف الترويج "البيع" لسلع أو خدمات، وعليه إذا كان مضمون الإعلان هو تقديم سلع أو خدمات مجانية على وجه التبرع كما هو الشأن بالنسبة لبعض الجمعيات والمنظمات الخيرية، فلا يعد هذا الإعلان إشهاريا لأنه لا يستهدف البيع وتحقيق الأرباح. والترويج قد يكون بطريقة مباشرة عن طريق دعوة العملاء وتحريضهم على الشراء، وقد يكون الترويج بصفة غير مباشرة كأن يكون مضمون الإعلان هو التعريف بأرباح الشركة وإنجازاتها أو الثقة التي تحظى بها لدى المشاهير أو سجل علاقاتها العامة، أو يكون مضمون الإعلان هو التعريف بالنشاطات الخيرية أو الإنسانية التي تخصص لها الشركة أو المشروع جزءا من أرباحها. فكل هذه الإعلانات هي بمثابة إشهارات لأنها تستهدف استمالة العملاء وزيادة إقبالهم ولو لم تدعهم صراحة لذلك.

وإذا كان عنصر الترويج لبيع السلع والخدمات عن طريق تحفيز المستهلكين وترغيبهم في الشراء هو الهدف الأساسي للإشهار، فإنه أيضا العنصر الذي يميز الإشهار عن غيره من الإعلانات والنشرات كنقد المنتجات والدعاية المضادة والإعلام.

فنقد المنتجات (Critique des produits) هو بمثابة إعلانات أو نشرات تصدرها الصحف أو جمعيات حماية المستهلك، وقد تكون في شكل تقارير لأبحاث ودراسات³⁶⁶. فهذه الوسيلة وإن كانت مصدر معلومات للمستهلك حول المنتجات والخدمات المطروحة في السوق مثلها مثل الإعلانات التجارية إلا أنها تتميز بتركيزها على مزايا وعيوب السلعة أو خدمة، وتصدر عن هيئات مستقلة ماديا وفنيا عن المنتجين والموزعين. ويتم ذلك غالبا في صورة تجارب مقارنة تهدف أساسا إلى إعلام المستهلك بمزايا وعيوب السلعة موضوع التجربة مقارنة بغيرها من السلع المشابهة حتى يتسنى للمستهلك الخيار الأفضل، لذا فهي مصدر صادق وموضوعي للمعلومات التي يتلقاها المستهلك عن السلع والخدمات لأنها تستهدف حماية المستهلك أساسا³⁶⁷، بخلاف الإعلانات الإشهارية التي تهدف للربح لذا عادة ما تركز على مزايا المنتج وبأسلوب مبالغ فيه.

وتعتبر الدعاية المضادة (Contre Publicité) من أشد صور نقد المنتجات الذي تمارسه جمعيات حماية المستهلك في الدول المتقدمة في مجال حماية المستهلك، وذلك بنشر وتوزيع المنتجات والخدمات الموجودة في السوق عن طريق استعمال وسائل مماثلة لتلك الخاصة بالدعاية من جانب التجار³⁶⁸، فالدعاية المضادة لا تعتبر إعلانا إشهاريا لأنها لا تروج لشراء السلع والخدمات بل بالعكس تبين عيوبها ومخاطرها بهدف تحذير المستهلكين منها، حتى وإن اقترحت هذه الحملات المضادة منتجات بديلة لتلك التي كانت محل الانتقاد.

³⁶⁶ - حيث تنص المادة 23 من القانون 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك: "يمكن جمعيات المستهلكين أن تقوم بدراسات وإجراء خبرات مرتبطة بالاستهلاك على نفقتها وتحت مسؤوليتها وبإمكانها أن تنشر ذلك حسب نفس الشرط"

³⁶⁷ - أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص. 159.

³⁶⁸ - J. Calais Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p. 584.

وكذلك الحال بالنسبة للإعلام، فالإعلام (L'information) شكلا من أشكال الاتصال يضطلع أساسا بنشر الحقائق والمعلومات والإخبار للجمهور قصد نشر الثقافة وتنمية الوعي الثقافي والاجتماعي والسياسي لديه. فإذا كان الإعلان الإشهاري يهدف لترويج السلع والخدمات تحقيقا للربح فإن الإعلام لا يهدف لذلك، على الرغم من أن الإعلانات الإشهارية غدت الممول الرئيسي لمختلف وسائل الإعلام المرئية منها والمسموعة من خلال إيرادات بيع المساحات الإعلانية في الصحف والمجلات، أو الفواصل الإعلانية في الراديو والتلفزيون³⁶⁹.

كما أن الترويج للسلع والخدمات باستخدام وسائل التأثير النفسي تحريضا للمستهلك وترغيبا له في الشراء هو الذي يميز الإعلان الإشهاري عن الغلاف (L'étiquette) الذي يغلف به المنتج أو العبوة، فالبيانات التي تدون على الغلاف الخارجي (الوسم) لا تدخل في معنى الإعلانات الإشهارية، إلا إذا تضمنت هذه البيانات التحريض على الشراء أو الترغيب فيه، فالغلاف وظيفته الأساسية هي حفظ السلعة وصيانتها والبيانات المعلنه عليه يقصد منها أساسا تقديم أو عرض السلعة على المستهلك المرتقب وهي بيانات تنصب على تمييز السلعة على غيرها من السلع المطروحة في السوق، مع إعلام المستهلك بخصائصها الجوهرية وطريقة استعمالها وتاريخ إنتاجها وتاريخ انتهاء صلاحيتها... الخ، فإذا تجاوزت هذه الوظيفة إلى إظهار محاسن السلعة ومزاياها والتركيز على سهولة استعمالها والترغيب في شرائها فإن الغلاف يعتبر حينئذ إعلانا إشهاريا تنطبق عليه جميع أحكامه³⁷⁰.

وكذلك الحال بالنسبة لإلتزام البائع بالإخبار طبقا للمادة 8 من القانون 02/04 فهو لا يعد من قبيل الإشهار كونه يهدف لتزويد المستهلك الذي يتقدم للشراء بمعلومات محددة بكل صدق ونزاهة، فهو لا يستهدف الترويج وإنما تبصير المستهلك وإعلامه، كما أنه يقع في مرحلة تلي مرحلة الترويج كونه يتم قبل اختتام عملية البيع.

ثالثا - استعمال وسيلة من وسائل الإتصال

لم يحدد المشرع في تعريفه للإشهار مكانا أو وسيلة اتصال معنية يتم الترويج من خلالها وإنما ترك التعريف مفتوحا ليستوعب جميع الأمكنة ووسائل الاتصال التي يمكن أن يروج من خلالها لبيع السلع والخدمات، وهو موقف حكيم من المشرع تجنب من خلاله الدخول في متاهات تحديد طرق الإشهار ووسائله خصوصا مع ثورة الاتصالات التي يشهدها العالم والتي بات معها تحديد وسائل الاتصال أمرا عسيرا، ناهيك عما ينبئ به المستقبل من تطورات في هذا المجال³⁷¹.

فأساليب الإشهار ظلت تتطور بتطور البشرية والظروف البيئية والثقافية التي تسيطر على كل عصر، فبعد أن كان الإعلان في العصور القديمة بادئا يتمثل في النقش على الأحجار وجلود الحيوانات، تطور إلى أسلوب المناداة للإعلان عن أخبار الدولة ووصول السفن والبضائع، ثم استخدم المنادون في الترويج للسلع والخدمات في الأسواق³⁷²، وقد واكب أسلوب

369 - أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.160.

370 - أنظر: نفس المرجع، ص.155-156.

371 - يلاحظ أن تعريف الإشهار الذي ورد في المرسوم التنفيذي 39/90 حدد طبيعة هذه الوسائل "بواسطة إسناد بصرية أو سمعية بصرية" وواضح أن الإسناد السمعية فقط كالتقنوات الإذاعية لا تدخل ضمن هذه الوسائل فهل هذا يعني استثناء الإعلانات الإذاعية من هذا التعريف أم أنه سهو من قبل المشرع.

كما يتضح أنه قد تم التراجع عن تحديد الأشكال التي يعد ويقدم فيها الإشهار على نحو ما ورد في مشروع قانون الإشهار لسنة 1999، وهذا أفضل تحسبا لأي جديد في هذا المجال.

372 - ويعتبر الشعر من أساليب المناداة الإشهارية المتميزة عند العرب وقصة "بائع الخمر السود" التي حدثت في سوق بغداد بالعراق في العصر العباسي خير مثال على ذلك، حيث كانت النساء تتهاقن على شراء الخمر البيض، ولم يبع هو شيئا فلجأ إلى أحد الشعراء لينظم له

المناداة استخدام الرموز فكأن الكأس والثعبان دليل على الصيدلة، والحذاء الخشبي دليل على الإسكافي (صانع الأحذية)، وكان العمود و الخطوط البيضاء والحمراء على التوالي دليلا على محلات الحلاقة³⁷³.

وقد استمرت هذه الأساليب في العصور الوسطى وحتى نهاية القرن السادس عشر (16)، إلى أن جاء القرن السابع عشر (17) الذي شهد نقلة نوعية للإعلانات الإخبارية نتيجة اختراع الطباعة وظهور الصحف، حيث اتخذ الإعلان في أول الأمر شكلا نمطيا استمر لبداية القرن الثامن عشر (18) حين بدأ استخدام أشكال وألوان مختلفة لشد الانتباه وتمييز الإعلانات في الصحف. وامتد زخم الثورة الصناعية في منتصف القرن الثامن عشر (18) ليشمل الإعلان الذي تزايدت أهميته لدرجة كبيرة إزاء مظاهر الإنتاج الضخم، والمنافسة المستعرة لتسويق فائض المنتجات وهو ما حتم ظهور ما يسمى "بالسوق الكبير" الذي اقتضى بدوره اتصال المنتج بملايين المستهلكين من خلال وسائل اتصال ضخمة³⁷⁴.

وهو ما تيسره باكتشاف المذياع والتلفاز، حيث صارت القنوات التلفزيونية والإذاعية الوسيلة الرئيسية للإعلانات الإخبارية بل نشهد اليوم قنوات متخصصة بالإعلانات الإخبارية، وما زاد من غزو الإشهارات التجارية لوسائل الإعلام المسموعة والمرئية هو كونها صارت الممول الرئيسي لها مما جعل وسائل الإعلام هي التي تتنافس أحيانا لتحظى ببث بعض الإشهارات وليس العكس.

كما أن اختراع الهاتف النقال وشيوع استعماله جعله وسيلة مناسبة ومضمونة لإيصال الرسائل الإخبارية للجمهور نظرا للاستعمال الشخصي الذي يتميز به.

أما شبكة الإنترنت -أو شبكة المعلوماتية- فقد كسرت كل الحواجز وفتحت أمام الممارسات التجارية آفاقا رحبة لا تعترف بالحدود، فهي بمثابة سوق مفتوح للبيع والشراء من خلاله يمكن للتاجر عن طريق الإعلانات الإلكترونية عرض سلعته بالصوت والصورة في شتى بقاع العالم، وللمعميل فرصة المقارنة بين كل السلع والخدمات المعروضة في العالم واختيار ما يناسبه حيث تصله السلعة إلى المنزل، بل إن خبراء المعلوماتية يبشرون بما أطلقوا عليه "إعلانات تجارية تفاعلية" تمتاز بالذكاء وقوة الأداء والتركيز من شأنها أن تغير من طبيعة الإعلان، فبدلا من مشاهدة وابل من الإعلانات -كما يحدث في التلفزيون- فإن لكل فرد في المستقبل إعلانا خاصا به تراعى فيه ظروف الفرد وشخصيته وطبيعته، حيث تتطور الإعلانات التجارية من إعلانات تنطلق من وسائل الإعلام إلى إعلانات مفصلة حسب راحة الجمهور وطلبه وكأن الإعلان يخاطب كل شخص وحده، لذا ستكون وسيلة لاقتناص اهتمام الجماهير حتى تقنعهم باختيار إعلان تجاري تفاعلي يطلبه المشاهد بنفسه بمجرد الضغط على زر أو مفتاح معين³⁷⁵.

مع الإشارة هنا إلى أن قوانين التجارة الإلكترونية تتطلب ضرورة اعتبار وثائق الدعاية والإعلان التي تتم عبر شبكة الإنترنت من الوثائق المكتملة للعقود المبرمة لشراء المنتجات. ذلك لأن التعاقد التقليدي يتم بتبادل الوثائق والمستندات بين الأطراف والتي تتضمن عروض السلع والخدمات ومواصفاتها ومميزاتها وهي المرجع عند الخلاف حول تنفيذ العقد. أما التعاقد

شعرا يتغنى به لجلب الزبائن فنظم له القصيدة الشهيرة التي مطلعها: (قل للمليحة في الخمار الأسود * ماذا صنعت بناسك متعبد)، فيقال أن النسوة تهافتن عليه فلم يبق من خمره السود شيئا.

373 - حسين فتحي، حدود مشروعية الإعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، دون الناشر والسنة، ص. 09.

374 - نفس المرجع، ص. 10.

375 - عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية. (البحث الثاني: حماية المستهلك من الغش التجاري والتقليد في عقود التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص. 44.

الإلكتروني فتكون فيه الدعاية والإعلان عن السلعة أو الخدمة عبر وسائط إلكترونية على شبكة الإنترنت أو عن طريق أقراص مدمجة أو شرائط ممغنطة، فإذا انعدمت هذه الوسائط يكون كلا الطرفين قد افتقدا مرجعا هاما لحل خلافهما عند حصول نزاع في شأن تنفيذ بنود العقد، لذلك تنص قوانين التجارة الإلكترونية على ضرورة التحفظ على الوسائط الإلكترونية التي تمت الدعاية أو الإعلان بمقتضاها وذلك بوصفها وثائق مكملة للعقود المتعلقة بالمنتجات التي يرغب المستهلكون في شرائها³⁷⁶.

وفضلا عن وسائل الاتصال المذكورة فإن الإعلانات الإشهارية صارت واقعا يوميا نصادفه في كل مكان وبأشكال مختلفة، في الساحات والطرق ووسائل النقل، وعلى التذاكر بأنواعها، وفي كل مكان وبأي شكل يمكن أن يلفت الإنتباه.

وعموما فإنه يمكن تصنيف الإعلانات الإشهارية بالنظر إلى الوسيلة أو الأداة المستخدمة في ذلك إلى إعلانات صحفية كالتي تصدرها الجرائد والمجلات، وإعلانات سمعية كالتي تبث عبر الأمواج الإذاعية المحلية والوطنية والدولية، وإعلانات بصرية أو سمعية بصرية كإعلانات التلفزيون والإنترنت والهواتف النقالة، وهناك الإعلانات الثابتة من ملصقات ومعلقات وأواح ضوئية التي عادة ما تستخدم على جنبات الطرق والشوارع الرئيسية والساحات العامة. وهناك أيضا الرسائل الإعلانية المطبوعة كخطابات البيع والبطاقات البريدية والكتيبات والكتلوجات والغلاف إذا لعب دور الإعلان التجاري³⁷⁷.

وهناك من يلحق العلامة التجارية بالإعلان الإشهاري نظرا لما لها من دور في جذب العملاء، فالعلامة التجارية باعتبارها رمزا وشعارا يميز منتجات أو خدمات بعينها فهي تلعب دور الدليل على هذه المنتجات والخدمات من حيث مصدرها ونوعها وخصائصها، فالمستهلك عندما يقدم على شراء سلعة ما إنما يربط بين العلامة التجارية وبين خصائص السلعة، فهي بذلك رمزا وعلامة على الجودة الهدف منها جذب وإغراء العملاء، خصوصا إذا تعلق الأمر بعلامات شهيرة تحظى بثقة المستهلكين. كما أن ثمة علامات تتخذ رموزا ذات مغزى كالأسد بالنسبة لشركة "بيجو" دليلا على القوة، والنجمة لشركة "مرسيدس" دليلا على السمو، والحصان لشركة "لادا" دليلا على الأصالة، فهذه العلامات وغيرها لا شك إنما تهدف من المغزى الذي تحمله إلى التسويق والترويج لمنتجاتها شأنها في ذلك شأن الإعلانات الإشهارية³⁷⁸.

هذه هي أهم وسائل وطرق الإشهار التقليدية والحديثة السائدة اليوم ولا شك أن المستقبل كفيل بإظهار الجديد منها، وهو ما يبرر الإطلاق الذي تبناه المشرع في هذا التعريف بشأن الطرق والوسائل التي يمكن أن يتم الترويج من خلالها.

وإذا كان الإشهار يعد من حيث الأساس وسيلة هامة لترقية المبيعات، إلا أن الواقع يثبت استخدامه في حالات كثيرة بما يتنافى والأسس التي تقوم عليها الممارسات التجارية النزيهة، وذلك حينما يتحول من أداة للإعلام والتوجيه إلى أداة للخداع والتضليل وهو ما سنتطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني صور الإشهار التضليلي

376 - نفس المرجع، ص.43.

377 - أنظر: أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.160-166.

378 - نفس المرجع، ص.157.

الإعلان الإشهاري في الأصل هو وسيلة مشروعة للمنافسة يهدف من خلاله العون الاقتصادي إلى الترويج لسلعه أو خدماته عن طريق إرشاد المستهلكين وإعلامهم بخصائص ومزايا هذه السلع والخدمات، إلا أن شدة المنافسة جعلت بعض الأعدان الاقتصاديين يلجأون إلى أساليب ترويجية غير نزيهة تقوم على الخداع والتضليل، وحينئذ يتحول الإشهار من أداة توجيهية شرعية إلى أداة تضليلية محظورة.

ولقد حدد المشرع في المادة 28 من القانون 02/04 ثلاث حالات يعتبر فيها الإشهار تضليلاً غير شرعي. وقبل أن نغوص في تعدادها نورد الملاحظات التالية:

1- من خلال سياق المادة 28 يبدو أن الصور الثلاثة المذكورة للإشهار التضليلي وردت على سبيل الذكر لا على سبيل الحصر، يفهم ذلك من استخدام المشرع عبارة "... لا سيما إذا كان: 1..2..3.." وعليه يمكن للقاضي اعتبار إشهار معين تضليلي ولو خارج هذه الصور الثلاث، وإن كانت هذه الصور تستغرق في الحقيقة كل مظاهر الإشهار التضليلي المستعملة في الوقت الحالي خصوصاً مع الصياغة العامة التي وردت بها هذه الصور.

2- لقد استأنفت المادة 28 نصها بـ: "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان..." وفي هذا إشارة إلى أن المشرع قد نظم موضوع الإشهار في نصوص أخرى نذكر منها المرسوم التنفيذي رقم 286/92 المتعلق بالإعلام الطبي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري الذي حدد ضوابط الإشهار والترويج في هذا المجال، وبما أن الطبيب والصيدلي ينطبق عليهما صفة العون الاقتصادي فإنهما يخضعان بالإضافة إلى أحكام هذا المرسوم للقانون 02/04، وفي حالة التعارض تطبق قاعدة الخاص يقيد العام.

3- إن تحديد حالات الإشهار التضليلي له أهمية بالغة كونها تحدد الركن المادي لجريمة الإشهار التضليلي التي اعتبرها المشرع ممارسات تجارية غير نزيهة وعاقب عليها بموجب المادة 38 من القانون 02/04 وبالتالي فإن هذا التحديد هو تجسيد لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

4- يلاحظ أن المشرع لم يحدد صفة متلقي الإشهار إن كان مستهلكاً أم عون اقتصادي، سواء عند تعريفه للإشهار أو عن تحديده لصور الإشهار التضليلي في المادة 28، وهو ما يفهم منه أن أحكام الإشهار التضليلي تطبق مطلقاً سواء كان موجهاً للمستهلك أو للأعدان الاقتصاديين.

وعموماً فإن المادة 28 ذكرت ثلاث صور للإشهار التضليلي ارتأينا تسميتها على النحو التالي: الإشهار المفضي إلى التضليل (أولاً)، الإشهار المفضي إلى اللبس (ثانياً)، الإشهار المضخم (ثالثاً). وسوف نتعرض إلى هذه الصور بشيء من التفصيل.

أولاً- الإشهار المفضي إلى التضليل

من خلال البند الأول من المادة 28 فإنه يعتبر إشهاراً غير مشروع و ممنوع كل إشهار "يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته".

فمن خلال هذا البند فإنه لا يشترط أن يقع التضليل فعلاً بل يكفي أن يكون الإشهار من شأنه أن يؤدي مستقبلاً إلى تضليل المستهلك لاعتباره غير مشروع، ومن ثم فإن تحديد مدى انطباق هذه الصورة ينطلق من مضمون الإشهار ومحتواه بغض النظر عن النتائج الفعلية للإشهار، وفي ذلك تكريس لحماية المستهلك.

والملاحظ أن المشرع لم يشترط قصد التضليل (الركن المعنوي) لدى صاحب الإشهار وإنما اكتفى بالركن المادي المتمثل في أن يكون الإشهار متضمنا لبيانات أو تشكيلات يمكن أن تفضي إلى التضليل وبالتالي فإن الجريمة التي تجسدها هذه الصورة للإشهار التضليلي هي "جريمة مادية" لا تحتاج إلى ركن معنوي.

كما يلاحظ استعمال المشرع مصطلح التضليل (Tromperie) وليس الكذب (Mensonge). فالتضليل هو أي سلوك من شأنه خداع المتلقي، أما الكذب فهو ادعاء مزاعم مخالفة للحقيقة فهو وإن كان يؤدي إلى نفس النتيجة وهي خداع المتلقي إلا أنه أكثر سوءا من التضليل، لذا فإن الإشهار التضليلي يشمل الإشهار الكاذب، ومن ثم تفادى المشرع استعمال مصطلح "الكذب" لأنه مشمول بالحظر من باب أولى.

وعليه فإن مفهوم التضليل يشمل كل ما من شأنه خداع المتلقي سواء بتصريحات أو بيانات غير حقيقية أو مزيفة، أو بذكر بيانات صحيحة بذاتها ولكنها تصاغ في عبارات أو تشكيلات من شأنه خداع المتلقي³⁷⁹، وسواء تعلق الأمر بتعريف المنتج أو الخدمة أو بكميته أو وفرته أو خصائصه. لذا عادة ما يطلق على هذا النوع من الإشهار بالإشهار الخادع.

ولقد قاوم المشرع تضليل المستهلك في نصوص تشريعية أخرى منها الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات³⁸⁰، حيث نص المشرع في المادة 7 منه على الحالات التي يرفض فيها تسجيل العلامة لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية وهي 9 حالات نذكر منها الحالتين 5 و 6 التي تهمنا في هذا المقام³⁸¹:

- إذا كانت العلامة تتضمن "رموزا تحمل بين عناصرها نقلا أو تقليدا لشعارات رسمية أو أعلام أو شعارات أخرى أو اسم مختصر أو رمزا أو إشارة أو دمغة رسمية تستخدم للرقابة والضمان من طرف دولة أو منظمة مشتركة بين الحكومات أنشأت بموجب اتفاقية دولية إلا إذا رخصت لها السلطة المختصة لهذه الدولة أو المنظمة بذلك". لأن وضع مثل هذه الرموز على المنتج أو الخدمة من شأنه تضليل المستهلك بأن يتوهم أن هذا المنتج أو الخدمة تم إنتاجها في دولة العلم المستخدم، أو قد حظيت برقابة أو مباركة هيئات أو منظمات معينة، إلا إذا حصل الترخيص الذي هو بمثابة دليل على صدقية ما تدل عليه هذه الرموز.

- إذا كانت العلامة تتضمن "رموزا يمكن أن تضلل الجمهور أو الأوساط التجارية فيما يخص طبيعة أو جودة أو مصدر السلع والخدمات والخصائص الأخرى المتصلة بها". فمن الواضح أن المشرع قد استهدف في هاتين الحالتين حماية المستهلك من أي تضليل قد يحدثه الرمز المشكل للعلامة بشأن تعريف أو خصائص المنتج أو خدمة.

والأمثلة على الإشهارات التي قد تفضي إلى التضليل - حسب هذه الصورة - عديدة نتلمسها من خلال أحكام القضاء في الدول التي قطعت أشواطاً في هذا المجال³⁸².

فمثلاً اعتبر إعلاناً مضللاً كتابة عبارة على بطاقات الملابس تفيد أنها أصلية في حين أنها ليست كذلك، والإعلان الذي يظهر بخط واضح وعريض أن البيع يتم بالتقسيط خلال 18 شهراً بدون فوائد، بينما كتب تحت هذه الكتابة بخط صغير جداً عبارة أخرى مفادها أن العرض

379 - أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص. 173.

380 - الأمر 06/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات (جريدة رسمية عدد 2003/44).

381 - يترتب على رفض تسجيل العلامة من قبل المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، عدم إمكانية استعمالها على الإقليم الوطني طبقاً للمادة 04 من الأمر 06/03، وهناك حالات أخرى في المادة 07 من نفس الأمر استهدف من خلالها المشرع حماية المستهلك من التضليل إلا أنها أقرب للصورة الثانية المتعلقة "بالإشهار المفضي للبيس" لذا فضل إيرادها في حينها.

382 - أنظر هذه الأمثلة والأحكام القضائية المتعلقة بها: أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص. 172-175. حسين فتحي، المرجع السابق، ص. 26-33.

يخص الذين يشتررون بضائع تزيد قيمتها عن مبلغ معين وبعد تقديم ملف يتم دراسته من طرف البائع.

كما اعتبر إشهارا مضللا ذلك الذي تدعي فيه شركة معينة أنها تنفرد بإنتاج سلعة ما أو تقديم خدمة معينة ذات مواصفات متميزة ثم تبين أن ثمة منتجون آخرون لهم نفس القدرات. وكذلك الإشهارات التي تستعمل النجوم والمشاهير أو الخبراء والمختصين ليقرروا صحة ما ورد بها حول خصائص المنتج أو الخدمة محل الإشهار انطلاقا من تجربته الشخصية ثم يتبين خلاف ذلك.

كما قد يفضي الإشهار للتضليل إذا استعمل عبارات عامة وفضفاضة أو غامضة أو مختصرة كـ "نحن نحطم الأسعار تحطيمًا" أو "تبيع بأسعار خاصة" أو "بثمن خيالي" أو "سعر الجملة بتخفيض 25%" أو "البيع بسعر يصل إلى النصف" فهذه عبارات قد تفضي إلى التضليل إن لم تكن دقيقة.

وإذا كان التضليل في الأمثلة السابقة يتم بفعل إيجابي فإنه يتحقق كذلك بالترك أي باتخاذ موقف سلبي يؤدي إلى حجب المعلومات اللازمة لإظهار الحقيقة الكاملة للمنتج المعلن عنه. مثال ذلك الإعلان الذي يترك إنطباعا بأن المشتري يمكن أن يستفيد من الضمان مجانا لمدة معينة ثم تبين أن هناك وثيقة ملحقة بعقد البيع يجب توقيعها تتضمن زيادة في الثمن لاستحقاق الضمان مما يجعله ضمانا بمقابل وليس مجانا كما ورد في الإعلان. فهذه أمثلة لإشهارات مختلفة حكم القضاء المقارن بعدم شرعيتها لكونها تضلل المستهلك بشأن تعريف المنتج وخصائصه.

ولقد ثار الجدل حول معيار تقدير التضليل هل هو معيار شخصي ينظر فيه إلى شخص المتلقي في كل حالة على حدة، أم هو معيار موضوعي يعتد فيه بمستوى المتلقي العادي؟ ولقد استقر القضاء في فرنسا على تقدير التضليل بالقياس على مستوى المتلقي العادي، أي أن التضليل في الإشهار لا يتحقق إلا إذا كان من شأنه خداع المتلقي العادي³⁸³. ويبدو أن هذا المعيار يناسب أيضا الموقف الذي تبناه المشرع في هذه الصورة، حيث اعتبر الإشهار غير شرعي بمجرد أنه قد يؤدي في المستقبل إلى التضليل، أي أن الحكم على مدى شرعية الإعلان يمكن أن يتم قبل وقوع التضليل فعلا وقبل معرفة الشخص الذي يقع عليه التضليل، وهو ما يتطلب الأخذ بمعيار موضوعي في تقدير التضليل، لأن التشريعات لا يمكنها أن تحمي كل الجمهور، فكما أن هناك ثاقبي النظر والأذكاء ثمة سُدج ومغفلين.

وانطلاقا من هذا المعيار الموضوعي الذي مناطه المستهلك العادي من حيث الملكات الذهنية والعقلية، يرى جانب من الفقه أنه لا يمكن الحكم بعدم شرعية الإشهار لمجرد انقياد بعض ضعفاء العقول له رغم وضوح أن ما يتضمنه هذا الإشهار هو ضرب من المبالغة لا تصل لحد القول بأنه مضلل، حيث يفرقون بين الكذب والتضليل الممقوت، وبين ما جرى العمل به في الإشهارات من مبالغة وإثارة تدخل ضمن الهامش المسموح به في التسويق والترويج³⁸⁴. والأمثلة الواقعية كثيرة لإشهارات تستهدف بشكل واضح المبالغة والإثارة والفكاهة، مثال ذلك الإشهار الذي تظهر فيه سيارة عائلية تسابق طائرة للدلالة على سرعتها، أو نوعا من الحلوى يرمى في فم أسد نائر فيتحول إلى أليف ومتودد دلالة على حسن المذاق، أو الإشهار الذي تذكر فيه عبارة "تقرب المسافات" أو "تذهب بعيدا لنبقى قريبا" للترويج لإحدى شبكات الهاتف النقال، أو الكريم الذي يسميه منتج "إعادة الشباب" للدلالة على فعاليته في استعادة نظارة

³⁸³ - أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص. 173.

³⁸⁴ - نفس المرجع، ص. 176.

الوجه وإزالة تجاعيده. فهذه الأمثلة لا تدع مجالاً للشك لدى الرجل العادي إنها تستهدف المبالغة والإثارة، إذ لا يمكن أن يتصور الرجل العادي أن سرعة السيارة تفوق سرعة الطائرة، أو أن الأرض تطوى عند استعمال شبكة الهاتف النقال أو أن الشباب يعود يوماً.
ومن أبرز الأحكام القضائية في هذا الصدد الصادر عن محكمة باريس بشرعية الإشهار الذي بثته شركة دلزي (Delsey) لصنع الحقائب الذي تظهر فيه فرقتين من عمال البلدوزرات تتطاحنان على ما يبدو للمشاهد أنها كرة - كما يحدث في لعبة البيسبول الأمريكية - فإذا بهذه الكرة حقيقية لشركة (Delsey) تظهر بعد التطاحن فوقها سليمة لم يصبها أي خدش، وعلت المحكمة حكمها تعليلاً مميّزاً مفاده أن المبالغة في النهاية لا يمكن بإفراطها وتهويلها أن تخذع الشخص العادي³⁸⁵.

ومع ذلك فإنه إذا كان مضمون الإشهار محتمل التصديق في الحاضر من جانب المستهلكين العقلاء رغم عدم تصويره في الماضي نتيجة للتقدم العلمي الحاصل أو لأن مضمون الإشهار معقولا خارج الدولة التي يبيث فيها، فإن الإشهار يعد عندئذ مضللاً، ففي هذا الصدد حكم القضاء البلجيكي بالتضليل على إشهار يعلن من باب المبالغة أن غسولاً للشعر من شأنه "إعادة شعر الرأس بسرعة، وبكل تأكيد، و التوقيف فوري لسقوط الشعر"، حيث وإن كان ما يدعيه الإعلان غير قابل للتصديق داخل الحدود الجغرافية التي يعيش فيها المستهلكون فإن تواتر الحديث في الدول المتقدمة عن بدء إمكانية السيطرة العلمية على إعادة إنبات شعر الرأس أو على الأقل منع تساقطه، من شأنه خداع المستهلك الفطن ويلحق وصف عدم الشرعية بالإعلان³⁸⁶.

ويستخلص مما سبق أنه ينبغي السماح بهامش معقول يقدره القاضي للمبالغة السائغة مسترشداً بالظروف والملابسة ووعي المستهلك وثقافة المجتمع وأثر الإشهار والدور المرسوم له، حيث أن هامش المبالغة في الإعلان التجاري يتسع كلما اتسعت دائرة الوعي لدى جمهور المستهلكين. فالمبالغة والخروج على المؤلف صارت عرفاً تجارياً، بل هي في نظر البعض جوهر الإعلان التجاري، لذا فالتدخل القضائي لتقييد العمل الإشهاري ينبغي أن يراعي المرونة التي يتطلبها نظام حرية التجارة والمنافسة، فلا يكون إلا في الحالات التي تقتضي التدخل الإيجابي لحماية المستهلكين والحفاظ على مبادئ المنافسة الشريفة والمشروعة³⁸⁷.

ثانياً - الإشهار المفضي إلى اللبس

تنص المادة 28 في بندها الثاني على أنه يعتبر إشهاراً تضليلياً غير شرعي وممنوعاً إذا "كان يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو منتجاته أو خدماته أو نشاطاته".

³⁸⁵ - جاء في تعليل المحكمة ما يلي: "إن التقنيات الحديثة لفنون الإعلان أصابها تطور ضخم. وحيث أن الإعلان -بداية- إعلامي وهاذف فإنه بمساريرته لتطور أشكال الاتصال والإعلام في وسائل الثقافة الشعبية قد اكتسب ميزات جديدة. وحيث أن الإعلان يستهدف أن يكون ملفتاً وأكثر جاذبية فقد أصبح غير مباشر ويستخدم الحيل أكثر. وحيث أن الشرح والعرض قد استبدل الآن بصور ذات أثر مذهل وصادم ليس لها غالب سوى علاقة بسيطة مع موضوع الإعلان (تطاحن فرقتي البلدوزرات) لكنها مصممة لتعميق الأثر في عين المشاهد بشكل حاسم وسريع من خلال الإعلان. حيث أنه كان لهذا التطور -بناء على ما سبق- أن يوسع دائرة ما يمكن أن تقتطفه الإعلانات الخادعة من مخالفات قانونية. وحيث أن المبالغة في النهاية لا يمكن بإفراطها وتهويلها أن تخذع الشخص العادي. وحيث أنه لن يكون من الممكن النهي عن التحريف الساخر لطبيعة الأمور أو المغالاة إذ أن القانون لا يرصد لحماية ضعاف العقول. وحيث أن الجمهور لن يمتنع عن بذل أقل مجهود للانتباه أو التفكير. وحيث أن الحقيقة مستخدمة في الإعلان في أمور مخالفة بصورة مطلقة لأغراض استخدامها المألوفة إذ الحقيقة لا تخصص بكل تأكيد لاستخدامها ككرة قدم لفريق من عمال البلدوزرات...". Parai, 12 Avril 1983, Gaz. Pal., 22-23 Juin 1983, p. 14. أشار إليه: حسين فتحي، المرجع السابق، ص. 37.

³⁸⁶ - 91. Prés., Comm. Brux., 25 Oct. 1971, J.C.B., 1972, p. 91. أشار إليه: نفس المرجع، ص. 38.

³⁸⁷ - أنظر: أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص. 177. حسين فتحي، المرجع السابق، ص. 39-40.

يتضح من ذلك أن المشرع في هذه الصورة أيضا لم يستوجب وقوع اللبس فعلا وإنما يكفي إمكانية حدوثه في المستقبل، كما أن المشرع لم يشترط على غرار الصورة السابقة أي قصد للتلبس لدى صاحب الإشهار أي لم يشترط أي عنصر معنوي وبالتالي فإن الإشهار في هذه الصورة أيضا يشكل جريمة مادية.

وعلة حظر هذا النوع من الإشهارات بالنسبة للمستهلك تتجلى في أن اللبس الحاصل نتيجة الإشهار من شأنه توليد الشك والأوهام في ذهن المستهلك فيقدم على اقتناء ما لم يقصد اقتناؤه فعلا من السلع والخدمات أو التعاقد مع من لم يكن ينوي التعاقد معه، فتحميد بذلك إرادته عن منحها الصحيح نتيجة ما لحقها من بلبله وتشويش. ولا يكون ذلك إلا إذا كان هذا الإشهار يتضمن عناصر تقلد أو تحاكي أو تشبه عناصر تميز منتج أو سلعة أو نشاط بائع آخر، وبالتالي فإن المشرع من خلال حظره للإشهار المفضي لللبس يستهدف حماية رضا المستهلك وذلك بأن يكون اختياره حرا ونزيها لا يشوبه أي لبس أو تشويش.

والفرق بين الإشهار المفضي للتضليل والإشهار المفضي لللبس هو أن المشرع في الصورة الأولى ركز على ضرورة أن تكون بيانات الإشهار وتشكيلاته صادقة تدل بدقة على تعريف المنتج أو الخدمة ومميزاته وخصائصه، أي ضرورة أن يلبي المنتج أو الخدمة الرغبات التي يمكن أن يتوقعها المستهلك عند مشاهدته للإشهار من حيث خصائص المنتج أو الخدمة ووظيفته ومنفعته وجدواه. أما بالنسبة للإشهار المفضي لللبس فإن المشرع قد حرص على حرية ونزاهة اختيار المستهلك، وبالتالي حتى وإن كانت البيانات التي وردت في الإشهار صحيحة وتدل على حقيقة المنتج أو الخدمة محل الإشهار فإن الإشهار يعتبر مضللا متى كان من شأنه أن يجعل المستهلك يتعاقد مع بائع لم يكن يقصده أو على سلعة أو خدمة لم يقصد اقتناؤها حتى وإن كانت هذه السلعة أو الخدمة تلبى رغبته. لذا فإن الحماية في هذه الصورة تبدو أرقى وأبعد من التي سبقتها.

ولاشك أن حظر الإشهار المفضي إلى اللبس من شأنه أيضا تكريس نزاهة الممارسات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين التي جسدها المادة 27 من القانون 02/04 خصوصا في بندها الثاني الذي ينص: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في أحكام هذا القانون لا سيما الممارسات التي يقوم من خلالها عون اقتصادي بما يأتي: ... 2- تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس أو تقليد منتوجاته أو خدماته أو الإشهار الذي يقوم به، قصد كسب زبائن هذا العون إليه بزرع شكوك وأوهام في ذهن المستهلك". وهذا يقودنا إلى التساؤل حول الفرق بين الإشهار المفضي إلى اللبس طبقا للمادة 28 بند 2، وبين ما أورده المادة 27 بند 2؟.

بالتعمن في النصين نتضح لنا الفوارق التالية:

1- أن المشرع في المادة 27-2 اشترط أن يكون ثمة "تقليد" لعلامة أو منتج أو خدمة أو إشهار عون اقتصادي منافس، أي اشترط ركنا ماديا يتمثل في "التقليد"³⁸⁸، في حين لم يشترط ذلك في المادة 28-2 وإنما اعتد بكل شيء من شأنه التلبس على المستهلك ولو لم يرق لدرجة التقليد، أي حتى مجرد التشابه أو المحاكاة.

2- لقد اشترطت المادة 27-2 سوء نية العون الاقتصادي (ركن معنوي) وذلك بأن يقصد من التقليد كسب زبائن العون الاقتصادي المنافس بزرع الشك والوهام في ذهن المستهلك،

388 - التقليد: يقصد به "إعادة اصطناع العلامة في جانبها الأساسي والمميز". بيوت نذير، مساهمة القضاء في حماية العلامات التجارية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، 2003، ص.61.

في حين لم تشترط المادة 28-2 أي ركن معنوي بحيث يكفي أن يكون العنصر من شأنه إحداث اللبس سواء قصد البائع التلبيس أم لم يقصد.

3- لقد اشترطت المادة 27-2 أن يكون ضحية التقليد هو عون اقتصادي "منافس" في

حين لم تصرح المادة 28-2 بضرورة أن يكون البائع المُلبس عليه منافسا للبائع الذي بث الإشهار وإنما ذكرت "بائعا آخر".

4- أن المشرع لم يشترط في المادة 27-2 أن يتم "إشهار" العلامة أو المنتج أو الخدمة محل التقليد، إي لم يشترط أن يتم ترويجها للجمهور بل يكفي لاعتبارها ممارسات تجارية غير نزيهة أن يكتشف التقليد حتى قبل الترويج متى توفرت باقي الشروط المذكورة، أما بالنسبة للمادة 28-2 فإنه يشترط أن يكون هناك "إشهار" يروج لسلعة أو منتج يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي للالتباس مع منتج أو خدمة بائع آخر.

نستنتج من هذه المقارنة أن المشرع قد تشدد بشأن الشروط الواجب توافرها لاعتبار الممارسة التجارية غير نزيهة طبقا للمادة 27-2، لكنه لم يشترط أن يصل الأمر إلى حد إشهار العلامة أو المنتج أو الخدمة محل التقليد. في المقابل تساهل في شروط قيام الإشهار المفضي إلى اللبس لكون الأمر وصل في هذه الحالة لدرجة الإشهار. وكأن المشرع اعتبر عملية الإشهار تغني عن الشروط الواردة في المادة 27-2 (التقليد، قصد التلبيس، صفة المنافس في العون الاقتصادي ضحية التقليد)، وهذه الموازنة تبدو منطقية كونها تراعي حساسية عملية الإشهار باعتبارها مرحلة فاصلة يدخل من خلالها المستهلك في المعادلة الاقتصادية التي كانت قبل الإشهار تقتصر على الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم.

وبالتالي فمن البديهي أن يشمل الإشهار المفضي لللبس كل إشهار يتضمن ما ورد في المادة 27-2 أي أنه بالضرورة ومن باب أولى أن يعتبر إشهارا مفضيا لللبس كل إشهار يستهدف فيه العون الاقتصادي عمدا زرع الشك والأوهام في ذهن المستهلك من خلال تقليد علامة أو منتج أو خدمة أو إشهار عون اقتصادي منافس. فالشك والأوهام التي تعمد العون الاقتصادي زرعا لدى المستهلك هي عين اللبس الذي تدخل المشرع لحماية المستهلك منه، بل إننا نكون حينئذ بصدد أشد مظاهر التلبيس والتظليل وعدم النزاهة، حيث يشكل عمل العون الاقتصادي في هذه الحالة جريمتين في آن واحد إشهار تضليلي طبقا للمادة 28 وممارسات تجارية غير نزيهة طبقا للمادة 27، لذا كان حريا بالمشرع أن يضيف فقرة أخرى للمادة 38³⁸⁹ من القانون 02/04 يشدد فيها العقوبة في مثل هذه الحالة.

ومادامت المادة 28-2 لم تشترط صراحة أن يكون البائع الذي وقع التلبيس على منتج أو خدمته أو نشاطه "منافسا" للبائع الذي أصدر الإشهار، معناه أنه حتى إذا كان البائع الآخر يمارس تجارة أو نشاطا يختلف عن تجارة أو نشاط صاحب الإشهار فإن ذلك لا يمنع من اعتباره إشهارا تضليليا. ولو أراد المشرع عكس ذلك لنص صراحة على صفة المنافس في البائع ضحية التلبيس كما فعل في المادة 27-2، ولعل المشرع أراد من وراء ذلك سد باب التواطؤ الذي يحصل من خلال بعض الإشهارات التي تصدر عن بائع غير منافس لكن لمصلحة بائع آخر منافس لمن وقع التلبيس ضده، وعادة ما تستهدف هذه الإشهارات الحط من سمعة البائع الآخر لتحويل زبائنه إلى البائع المنافس الذي يظل خارج الصورة³⁹⁰.

³⁸⁹- لقد اعتبرت المادة 38 مخالفة أحكام المادتين 27 و 28 من القانون 02/04 ممارسات تجارية غير نزيهة وعاقبت عليها بنفس العقوبة وهي الغرامة من (50,000 د.ج) إلى خمسة ملايين دينار (5000,000 د.ج).

³⁹⁰- أنظر في هذا المعنى: حسين فتحي، المرجع السابق، ص.50-53.

وتعتبر العلامات أكثر العناصر تلبسا على المستهلكين، خصوصا وأن الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات قد اعتبر في المادة 3 منه علامة السلعة أو الخدمة إلزامية في كل سلعة أو خدمة مقدمة، بيعت أو عرضت للبيع عبر أنحاء التراب الوطني. وأوجب وضعها على الغلاف، أو على الحاوية إذا لم تسمح طبيعة أو خصائص السلع من وضع العلامة عليها مباشرة، على أن تستثنى من هذا الإلزام السلع والخدمات التي لا تسمح طبيعتها وخصائصها من وضع العلامة عليها وكذا السلع التي تحمل تسمية المنشأ.

ولقد عرفت المادة 2 بند 1 من الأمر 06/03 العلامة بأنها: "كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لا سيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام، والرسومات أو الألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره".

وبالتالي فإن مفهوم العلامة واسع لا يقتصر على مجرد الشعار أو الرمز بل يشمل كل عنصر من شأنه تمييز سلعة أو خدمة العون الاقتصادي عن غيره وهو ما يجعل العلامة هي المثير الغالب للالتباس.

ولقد أورد الأمر 06/03 أحكاما تستهدف حماية الجمهور من اللبس والتضليل وذلك من خلال النص على حالات يرفض فيها تسجيل العلامة من جهة ومعاقبته على جريمة "التقليد".

فبالنسبة لرفض التسجيل: فإن المادة 7 نصت على (9) حالات يرفض فيها تسجيل العلامة من قبل المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية من بينها:

- إذا كانت العلامة تتضمن رموزا يمكن أن تضلل الجمهور أو الأوساط التجارية فيما يخص طبيعة أو جودة أو مصدر السلع والخدمات (المادة 7 بند 6).

- إذا كانت العلامة تتضمن رموزا تشكل حصريا أو جزئيا بيانا قد يحدث لبسا مع المصدر الجغرافي لسلع أو خدمات معينة (المادة 7 بند 7).

- إذا كانت العلامة تتضمن رموزا مماثلة أو مشابهة لعلامة أو اسم تجاري يتميز بالشهرة في الجزائر وتم استخدامه لسلع مماثلة أو مشابهة تنتمي لمؤسسة أخرى إلى درجة إحداث تضليل بينهما، أو الرموز التي هي بمثابة ترجمة للعلامة أو الإسم التجاري (مادة 7 بند 8).

- إذا كانت العلامة تتضمن "رموزا مطابقة أو مشابهة لعلامة كانت محل طلب تسجيل أو تسجيل يشمل سلعا أو خدمات مطابقة أو مشابهة لتلك التي سجلت من أجلها علامة الصنع أو العلامة التجارية إذا كان هذا الاستعمال يحدث لبسا" (المادة 7 بند 9).

يتضح من هذه الحالات التي قرر فيها المشرع رفض تسجيل العلامة أن المشرع استهدف درء التضليل واللبس على المستهلك وكذا حماية مصالح الأعوان الاقتصاديين المنافسين، وهو نفسه ما توخاه المشرع في المادة 28 من القانون 02/04.

بالإضافة إلى رفض التسجيل فقد عاقب الأمر 06/03 على جريمة "التقليد" حيث تنص المادة 26 منه "مع مراعاة أحكام المادة 10 أعلاه يعد جنحة تقليد لعلامة مسجلة كل عمل يمس بالحقوق الاستثنائية لعلامة قام به الغير خرقا لحقوق صاحب العلامة. يعد التقليد جريمة يعاقب عليها بالعقوبات المحددة في المواد من 27 إلى 33 أدناه".

أما المادة 10 من الأمر 06/03 التي أحالت عليها المادة 26 فتتنص: "لا يخول تسجيل العلامة لأصحابها الحق في منع الغير من أن يستخدم تجاريا وعن حسن نية:

1- اسمه وعنوانه واسمه المستعار.

2- البيانات الحقيقية المتصلة بالصنف أو الجودة أو الكمية أو الوجهة أو القيمة أو مكان المنشأ أو فترة إنتاج هذه السلع أو أداء هذه الخدمات، على أن يكون هذا الاستعمال محدودا ومقتصرًا لأغراض التعريف أو الإعلام فقط وفقا للممارسات النزيهة في المجال الصناعي أو التجاري".

ويبدو أن المادة 10 غاية في الأهمية لأنها توضح العناصر التي يمكن للعون الاقتصادي أن يستعملها ولو كانت لها علاقة بعلامة أخرى، أي ولو كان من شأنها أن تؤدي إلى اللبس لكن بشرط حسن نية العون الاقتصادي المستعمل لهذه البيانات، أما إذا كان سيئ النية فإنه يعد مرتكبًا لممارسات تجارية غير نزيهة طبقًا للمادة 27-2 من القانون 02/04 التي سبق تفصيلها. بل إن المادة نصت صراحة على أن يكون الغرض من استعمال البيانات المنصوص عليها في البند 2 محدودا ومقتصرًا على التعريف أو الإعلام فقط مع مراعاة قواعد نزاهة الممارسات التجارية، بمعنى أنها تحيل إلى القانون 02/04، ويفهم من ذلك أن استعمال هذه البيانات يجب ألا يرقى لدرجة الإشهار المفضي إلى اللبس. وبالتالي فإن التنسيق يبدو واضح بين أحكام القانون 02/04 والأمر 06/03 المتعلق بالعلامات.

ونشير إلى أن الأمر 57/66 المتعلق بعلامات الصنع والعلامات التجارية (الملغى) كان ينص بالإضافة إلى جريمة التقليد المذكورة أعلاه على جريمة أخرى وهي "المحاكاة التدلّيسية"³⁹¹.

والفرق بين الاثنين أن جريمة "التقليد" لا تتطلب -في الغالب- إلا ركنًا واحدًا وهو استنساخ العلامة (ركن مادي)، ولا أهمية لحسن النية أو انعدام القصد لدى المصطنع، فالركن المعنوي غير ضروري في قيام الجريمة لأن اصطناع العلامة يكفي لتجسيد جريمة التقليد. أما جريمة المحاكاة التدلّيسية -وهي الأكثر حضورًا في الواقع- فهي تتطلب الركنين المادي والمعنوي، فالركن المادي يتمثل في المحاكاة التي تنصب على الطابع الأساسي الكفيل بخلق اللبس في ذهن المشتري، أما الركن المعنوي فيتمثل في قصد الغش لدى المحاكي، وعلى خلاف التقليد -وهو الاصطناع شبه الكامل- فإن المحاكاة تتم بمجرد إحداث لبس في ذهن المستهلك غير النبه بين المنتجات الممهورة بعلامتين، لذا اشترط المشرع قصد الغش أو إحداث اللبس لدى المحاكي. على أن ثبوت حسن نية المحاكي لا يعفيه من المسؤولية المدنية مادامت المحاكاة قائمة وقام الدليل المادي على أنها كفيلة بإحداث اللبس في ذهن المستهلك³⁹².

أما الأمر 06/03 فلم ينطرق لجريمة "المحاكاة التدلّيسية"، لكن يبدو أن المشرع من خلال القانون 02/04 قد استبدل المحاكاة التدلّيسية بالإشهار المفضي إلى اللبس، حيث أن المادة 28-2 لم تشترط بخصوص الإشهار المفضي إلى اللبس أن يتم التقليد وإنما مجرد إمكانية إحداث اللبس لدى المستهلك تمامًا كالمحاكاة التدلّيسية، في حين استعاضت بالإشهار عن سوء نية المحاكي. وإذا كانت المحاكاة التدلّيسية تتعلق بالعلامات فإن الإشهار المفضي لللبس يتعلق بكل عنصر من شأنه أن يؤدي إلى الالتباس بخدمة أو منتج أو نشاط بائع آخر ولو تعلق الأمر بغير العلامات كطريقة الإشهار إذا كان من شأنها إن تفضي إلى اللبس.

ولقد لعب القضاء في الجزائر دورًا هامًا في مقاومة التلبّيس الذي قد يضلّل المستهلك حتى قبل صدور القانون 02/04، وذلك من خلال حماية العلامات التجارية خصوصًا من خلال جريمة المحاكاة التدلّيسية، بل إن القضاء أخذ بالمستهلك كمعيار لتقدير المحاكاة التدلّيسية إذ

³⁹¹ - المادة 29 من الأمر 57/66 المؤرخ في 19 مارس 1966 المتعلق بعلامات الصنع والعلامات التجارية (الملغى).

³⁹² - أنظر: بيبوت نذير، المرجع السابق، ص. 63-64.

جعل التقدير يتم على ضوء اللبس أو الغلط أو الانخداع الذي قد يقع ضحيته المستهلك ذي الانتباه المتوسط³⁹³. وهو ذات المعيار الذي يقدر من خلاله مدى اعتبار الإشهار مفضيا إلى اللبس.

وبناء على ذلك قضت محكمة الجزائر بوجود تشابه وبالتالي لبس بين علامتي "Selectra" و "Selecto" حيث رفعت الشركة ذات المسؤولية المحدودة "حمود بوعلام" مالكة علامة "Selecto" دعوى قضائية استنادا إلى المحاكاة التدلّيسية ضد السيد "زروقي" مالك مصنع مشروبات "Zerka" الذي أودع لاحقا علامة "Selectra" لتسويق مشروب غازي بطعم التفاح. حيث قضت المحكمة بأن علامة "Selecto" كانت سابقة على علامة "Selectra"، وأن علامة "Selecto" معروفة ولها صيت ذائع ومستعملة منذ مدة طويلة، وأن الطريقة وللتسميتين اللتين يقدم المنتوجان بهما أوجه تشابه بخصوص الطبيعة والاستعمال، وأن تواجد العلامتين معا -الثابت تشابههما- كفيلا بإحداث اللبس في ذهن المستهلكين، وأن هناك بالتالي تشابها ومن ثم احتمال وقوع اللبس بين العلامتين³⁹⁴.

فبالغالبية العظمى من العلامات في الجزائر مكونة من تسميات فرنسية لذا فالمستهلك الجزائري ذو التعبير العربي- أكثر حساسية لتشابه التناغم اللفظي أو الرمزي من التشابه الكتابي، وهو ما أخذت به المحكمة في تقديرها لللبس في الحكم المذكور أعلاه.

وفي قضية مشابهة بين شركة "Singer" المدعية والمتهم الذي تسمى علامته بـ "Sinciere"، حيث حكم القضاء بالمحاكاة التدلّيسية معللا حكمه بما يلي: "إنه يستخلص من جميع عناصر القضية أن المتهم باختياره تسمية Sinciere في الوقت الذي كان يستطيع فيه تسمية علامته في النطاق الوطني تسمية جزائرية محضة فقد اختار عن دراية وعلم تسمية أوروبية، وأن تشابه المقطع الأول في التسميتين يشكل نقطة مشتركة بين العلامتين، وأخيرا فإن اختيار المتهم عند إيداع علامته علامة مشابهة لعلامة شائعة يعني حتما رغبته في الحصول على فائدة من شهرة العلامة المذكورة"³⁹⁵.

في المقابل لم يحكم القضاء بالتشابه المفضي إلى اللبس بين تسميتي "Rêve Désire" و "Rêve D'or" في القضية التي تمسكت بها شركة "Pivert" المدعية بأن المدعى عليهم يستعملون قنينة عطر مشابهة للقنينة التي تحمل علامتها، حيث رفضت المحكمة هذه الدعوى معللة حكمها بأن "القنينات المقدمة للمناقشة لا تبعث على الخلط بين هذه وتلك لوجود اختلاف بينهما، سيما لون وشكل السدادات والبطاقات والكتابات المدونة بها وفي الأخير فإن لون السائل مغاير"³⁹⁶، وبالتالي فإن المحكمة غلبت النواحي الوصفية والشكلية عن التناغم اللفظي للتسميتين، في تقديرها للتلبس.

كما اعتبر القضاء الرموز التصويرية أو رموز الشعارات كفيلا بخلق اللبس لدى المستهلك، حيث حكم بالمحاكاة التدلّيسية في القضية التي تمسكت فيها شركة "Monserat" بأن المتهم قد حاكى الألوان وترتيبات علامتها، وأن الحرفين الخطيين الأحمر والأسود في علامتها قد تم تقليدهما كذلك. حيث عللت المحكمة حكمها: "أن الخطوط العامة المكونة من ترتيبات الألوان المستعملة والزخرفة المختارة، وحروف الكتابة متماثلة، حتى ولو كان شكل الميدالية

393 - نفس المرجع، ص.66.

394 - حكم محكمة الجزائر في 09 ماي 1969، قضية الشركة ذات المسؤولية المحدودة "حمود بوعلام" ضد زروقي. تعليق المستشار بيوت

نذير، المرجع السابق، ص.65.

395 - حكم محكمة الجزائر في 28 أكتوبر 1970، قضية شركة "Singer" ضد عابر عبد الله "Sinciere". نفس المرجع، ص.68.

396 - حكم محكمة الجزائر في 30 جوان 1971، قضية "Privert" ضد شركة "رياض". نفس المرجع، ص.65.

والشخصية المركزية والتسمية مختلفة، وأن استبدال الشخصية المركزية بشخصية أخرى يوحى بتقارب بين العلامتين³⁹⁷.

وعموما فإن هذه الاجتهادات تجسد لنا صورة عن الاعتبارات التي اعتمدها القضاء الجزائري في تقديره لمدى قيام عنصر "المحاكاة"، وهي اعتبارات يمكن إسقاطها على الإشهار المفضي إلى اللبس مادام المعيار هو نفسه في الحالتين وهو اللبس الذي يمكن أن يقع فيه المستهلك، خصوصا وأن المشرع يفرض وضع العلامة على كل منتج أو خدمة بيعت أو مقدمة للبيع على التراب الوطني، بل وكما سبق الذكر فإن جانبا من الفقه يرى أن العلامة لو حدها تجسد إشهارا نظرا للوظيفة الترويجية الذاتية التي تتميز بها.

وأخيرا إذا كان المشرع قد منع الإشهار المفضي إلى اللبس فماذا عن الإشهار المقارن (La Publicité Comparative)؟ يختلف الإشهار المقارن عن الإشهار المفضي لللبس في كونه لا يستخدم اللبس والتشويش وسيلة لجلب العملاء، وإنما يستخدم المقارنة، وذلك بإبراز مزايا ومحاسن السلع والخدمات محل الإشهار مقارنة بعيوب غيرها من السلع والخدمات المنافسة³⁹⁸، كأن تعلن شركة لصنع السيارات أن سياراتها أقل استهلاكاً للطاقة مقارنة مع سيارات شركة منافسة. وبالتالي فإن الإشهار المقارن يتضمن رسالة واضحة للمستهلك تختلف تماما عن إثارة اللبس والتشويش.

ولقد شهد هذا النوع من الإشهار جدلا بين مؤيد له ومعارض، فمن جهة إذا ما قامت المقارنة على عناصر موضوعية وصحيحة فإن الإشهار المقارن يغدو وسيلة هامة تزود المستهلك بمعلومات أكثر حول صفات ومميزات السلع والخدمات بما في ذلك عيوبها مما يمنحه حرية وقدرة أكبر على الاختيار، كما انه يشجع التنافس بين المهنيين من خلال تدارك ما شاع عن منتجاتهم من عيوب، فضلا عن كونه يعمل على إضفاء الشفافية في السوق، في المقابل فإن تركيز المقارنة على عيوب السلع والخدمات المنافسة في حد ذاته لا يخلو من التضليل كونه يصرف انتباه المستهلك عن المزايا التي قد تميز السلع والخدمات المنافسة مقارنة بالسلع أو الخدمات محل الإشهار، ناهيك عما يسببه الإشهار المقارن من أضرار للمنافس الذي كانت سلعه وخدماته محل المقارنة.

ولقد وجد هذا الجدل صداه لدى المشرع الفرنسي الذي لم يكن يجيز الإشهار المقارن إلى غاية صدور قانون 18 جانفي 1992 الذي أجازته بشروط، ثم أعيد تنظيمه بموجب توجيه 06 أكتوبر 1997 لتستقر أحكامه ضمن قانون الاستهلاك الفرنسي (Art: L121-8 à L121-14)، الذي عرفه وحدد ضوابط ممارسته التي من بينها أن تكون المقارنة صادقة وموضوعية ودقيقة ولا يمكن أن تؤدي إلى لبس أو تغليب³⁹⁹.

أما المشرع الجزائري فاكتفى بحظر الإشهار المفضي إلى اللبس دون أن يتعرض للإشهار المقارن، على الرغم من أن مشروع قانون الإشهار لسنة 1999 حظره في المادة 42 منه التي تنص: "يمنع الإشهار المقارن. يعد الإشهار مقارنا إذا ذكر منتجين أو سلعتين أو علامتين أو خدمتين أو إسمين أو تسميتين أو صورتين أو إشارتين، وقارن بينهما بغرض الاستخفاف بأحدهما بصفة مباشرة"⁴⁰⁰. وعليه فإن الإشهار المقارن يظل جائزا ما لم يتضمن معلومات مغلوطة أو بيانات من شأنها أن تفضي لللبس فيلحق حينئذ بالإشهار التضليلي.

³⁹⁷ - جكم محكمة الجزائر في 20 أبريل 1969، قضية النيابة العامة و "Monserat" ضد جقاقن. نفس المرجع، ص.66.

³⁹⁸ - أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.258.

³⁹⁹ - Voir : J. Calais Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p.139-143.

⁴⁰⁰ - خديجة قندوزي، المرجع السابق، ص.74.

ثالثاً- الإشهار المضخم

تنص المادة 28 في بندها الثالث على أنه يعتبر إشهاراً غير شرعي وممنوع، كل إشهار تضليلي "يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار".

فالمشرع في هذه الصورة للإشهار التضليلي يتصدى للأعوان الاقتصاديين الذين يبثون إشهارات تفوق قدراتهم الحقيقية، والملاحظ أن المشرع هنا أيضاً لم يشرط أي قصد جنائي وبالتالي حتى إذا كان الإعلان المضخم سببه سوء في تقدير العون الاقتصادي لقدراته الحقيقية فإن ذلك لا ينفى عن الإشهار صفة التضليل.

والعلة في حظر هذا النوع من الإشهارات ترجع لتأثيرها على الاستقرار والتوازن بين العرض والطلب وما ينجر عنه من تذبذب في الأسعار وهز لثقة المستهلك.

فالإشهار في الأصل هو وسيلة صادقة لإعلام المستهلك الذي يتأثر سلوكه الاستهلاكي لا محالة بمضمون الإشهار، كما أن الإشهار يؤثر على سلوك باقي الأعوان الاقتصاديين. وعليه فإذا كان مضمون الإشهار يضخم من قدرات العون الاقتصادي على نحو يوحي بقدرته على تلبية حاجيات المستهلك من سلعة أو خدمة معينة في حدود ما يستشف صراحة أو ضمناً من الإشهار، فإن هذا سيبعث الثقة في نفس المستهلك من جهة، ومن جهة أخرى يجعل بعض الأعوان الاقتصاديين الآخرين يوجهون نشاطاتهم نحو سلع وخدمات يحتاجها المستهلك نتيجة نقص العرض بشأنها، وبهذا يتوازن العرض والطلب حسب قواعد السوق. فإذا كان الإشهار غير واقعي (مضخماً) بأن كانت قدرات العون الاقتصادي صاحب الإشهار لا تمكنه من تغطية طلبات المستهلكين من سلع وخدمات على النحو الذي يوحي به إشهاره، انعكس ذلك على توازن السوق فيقل العرض مقارنة مع الطلب وهو ما يستتبع عجز السوق عن تلبية حاجات المستهلك وما يرافق ذلك من ارتفاع للأسعار.

بالإضافة إلى هذا فإن الإشهار المضخم يعد من الوسائل التي تستعمل في التخفيض المصطنع للأسعار قصد إلحاق الخسارة بالمنافسين -خصوصاً الصغار منهم- وإقصائهم من السوق، ثم التفرد بالاحتكار فيما بعد، وهذا النوع من الممارسات حظره المشرع في الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة الذي تطرقت المادة 6 منه لبعض الممارسات المحظورة باعتبارها مقيدة للمنافسة من بينها "عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها"⁴⁰¹. لذا فإن حظر الإشهار المضخم فيه تكريس لحرية المنافسة.

ويتضح من خلال المادة 28-3 أن الحكم على إشهار معين بالتضخيم يقتضي توافر شرطان:

1- يجب أن يتضمن الإشهار عرضاً معيناً لسلع أو خدمات: فهذا العرض هو الذي يمكن من خلاله الحكم على مدى التضخيم الذي مارسه العون الاقتصادي بعد الوقوف على قدراته الحقيقية.

والعرض قد يكون محددًا كأن يذكر الإشهار المدة التي تتوفر فيها السلعة أو الخدمة كاستعمال عبارة "متوفر طيلة شهر رمضان" أو "مستعدون طيلة فصل الصيف" أو "نتلقى

⁴⁰¹ - البند 4 من المادة 6 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة.

طلباتكم إلى غاية كذا"، وقد يكون التحديد بناء على كمية أو مقدار معين كـ"هناك مليون سيارة في انتظاركم" أو "20 رحلة في اليوم" أو "1000 وجبة يوميا".

وقد يستشف تقدير العرض من الإشهار ضمنا كأن يستخدم عبارة "فرصة للمواطن الجزائري..." أو عبارات تخاطب منطقة معينة مثل "مكيفات لكل سكان الجنوب"، فهذه العبارات تدل على أن العون الاقتصادي قادر على تغطية كل متطلبات الشعب الجزائري أو سكان الجنوب مثلا من السلعة أو الخدمة التي يروج لها، وكذلك إذا تم تعليق اللوحات الإشهارية في كافة أنحاء الوطن فهذا دليل على أن الإشهار موجه لكافة المواطنين. وكذلك إذا تم الإشهار بالمراسلات فمنطقي أن العون الاقتصادي قادر على تغطية ما يعادل الرسائل التي وزعها على الأقل.

وقد يقدر العرض من خلال طريقة استعراض الوسائل والإمكانيات التي يتوفر عليها العون الاقتصادي كان تذكر شركة النقل مثلا عدد الحافلات التي تملكها أو العمال الذي تستخدمهم والفروع التابعة لها، فهذه الأرقام تترك انطبعا عاما حول مدى قدرات هذا العون الاقتصادي.

وأحيانا تستعمل عبارات عامة ومطلقة مثل "نحن في انتظاركم" أو "كل واحد منكم تنتظره سيارة كذا" أو "نحن في الخدمة"، فهذه العبارات توحي لدى المستمع أن هذا العون الاقتصادي قادر على تلبية أي طلب يوجه إليه مما يعكس ضخامة الإشهار.

فطريقة العرض تجعل المستهلك يتخذ قرارات تتناسب تقديره لهذا الإشهار فيطمئن لتوفر السلعة أو الخدمة خلال فترة محددة أو مقدار معين بحسب ضخامة الإشهار، وقد يؤجل اقتناء السلعة أو الخدمة تبعا لذلك. لذا يفترض أن تكون قدرات صاحب الإشهار مكافئة على الأقل للعرض الذي قدمه في الإشهار.

وتفاديا للوقوع في التضخيم وفقدان ثقة المستهلك يضمن بعض الأعوان الاقتصاديين عروضهم تحفظات معينة مثل "إلى حين نفاذ الكمية" أو "حتى نفاذ التذاكر" أو "العدد محدود".

2- عجز العون الاقتصادي عن توفير السلع أو ضمان الخدمات التي يجب تقديمها

عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار: وهنا يكمن عنصر التضليل في هذه الصورة، حيث يتبين أن العون الاقتصادي لا يملك مخزونا كافيا من السلع يناسب العرض الذي قدمه أو الإشهار الضخم الذي بثه كأن يكون الإشهار موجه لجميع الجزائريين في حين يستحيل تلبية طلباتهم جميعا، أو يكون العدد الضخم الذي أطلقه غير مطابق للحقيقة. كما يكون العجز أيضا إذا تبين أن العون الاقتصادي لن يتمكن من ضمان الخدمات التي يفترض أنه مستعد لتقديمها مقارنة مع ضخامة الإشهار، كأن تعلن شركة النقل عدد الرحلات التي تقدمها ثم تبين أن الحافلات التي تملكها يستحيل أن تغطي هذا العدد من الرحلات، أو يعلن مطعم مقدار الوجبات التي يقدمها وإذا بالوسائل التي يملكها لا يمكن أن تغطي ذلك العدد. فهنا نكون بصدد "التضخيم".

ويلاحظ أن المادة 28-3 لم تشترط أن يكون التضخيم مقصودا وبالتالي يكفي أن يكون سببه سوء تقدير العون الاقتصادي لقدراته الحقيقية، لأن هذا الأخير شخص محترف يفترض دقة تقديره لقدراته المهنية، أما إذا كان التضخيم مقصودا لأغراض معينة فقد يتحول الأمر من جريمة الإشهار التضليلي إلى جريمة أخرى كارتكاب ممارسة مقيدة للمنافسة طبقا للمادة 6 من الأمر 03/03.

كما يلاحظ أيضا أن المادة 28-3 لم تشترط أن يقع عجز العون الاقتصادي فعلا، ولكن يكفي أن يتبين أن القدرات الحقيقية لهذا العون الاقتصادي وقت صدور الإشهار لا تتناسب مع

قدراته التي يوحي بها العرض المقدم في الإشهار، بغض النظر عما سيكون عليه الوضع مستقبلا، ويقدر ذلك إما من خلال مخزون السلع المتوفر لدى العون الاقتصادي أو إمكانياته الخدمية مقارنة مع الإشهار المعلن.

ولقد استعملت المادة 28-3 عبارة "لا يناسب عادة ضخامة الإشهار" وهي تدل على أن التقدير ومن ثم المقارنة بين القدرات الفعلية والدعائية للعون الاقتصادي يجب أن يتم على ضوء الظروف العادية للسوق خصوصا من حيث العرض والطلب، ويترتب على ذلك أنه إذا حدثت ظروف استثنائية غير مألوفة زادت من الطلب على السلعة أو الخدمة مما جعل العون الاقتصادي يعجز عن تلبية الطلبات خلال الفترة التي حددها في إشهاره مثلا فإن الإشهار لا يعد مضخما، كما يترتب عن ذلك أنه إذا حصل للعون الاقتصادي أزمة طارئة بعد الإشهار أضعفت من قدراته مقارنة مع العرض الذي أطلقه في الإشهار كتلف مخزونه من السلع فهنا أيضا لا يعد الإشهار مضخما شريطة أن يتوقف بث الإشهار أو يتغير مضمون العرض الذي يتضمنه بما يناسب الوضع الجديد.

وعموما فإن تقدير مدى تضخيم العون الاقتصادي لقدراته في الإشهار هو رهن السلطة التقديرية للقاضي. ومع ذلك فإن الحكم على التضخيم بمجرد صدور الإشهار بغض النظر عما سيكون عليه حال العون الاقتصادي مستقبلا يبدو متشددا بالنظر إلى طبيعة العمل التجاري، ذلك أن العون الاقتصادي عادة ما يضع في تقديراته مدى توفر السلعة أو الخدمة التي يروج لها في السوق، وكذا القدرات التي يتمتع بها منافسوه وهو ما يجعله يتوقع مدى الإقبال على عرضه، وبالتالي فإنه وإن مارس نوعا من التضخيم فإنه يدرك استحالة عجزه مستقبلا، لاستحالة تركيز الطلب عليه وحده، خصوصا وأن المبالغة أمر لا تخلو منه الإشهارات نظرا لوظيفتها الترويجية.

ومن جهة أخرى فإن العمل التجاري يتميز بالائتمان، فالعون الاقتصادي حينما يطلق عرضا معيناً عادة ما يعتمد على تحسن قدراته خلال فترة وجيزة بعد الإشهار تسبق نفاذ مخزون السلع أو العجز عن تأدية الخدمات، أي أن العون الاقتصادي يأخذ في الحسبان عوامل عديدة في إطار شبكة علاقاته التجارية من شأنها التوفيق بين قدراته المستقبلية والعرض الذي أطلقه في الإشهار على نحو لن يوقعه في العجز. وعليه فمن الواضح تشدد المشرع في هذه الصورة خصوصا وأنه لم يشترط أي ركن معنوي (سوء نية العون الاقتصادي) لقيام الجريمة، وإن كان هذا التشدد يحقق مصلحة المستهلك والأعوان الاقتصاديين المنافسين.

أخيرا نشير إلى أن هذه الصورة الأخيرة للإشهار التضليلي تبدو تطبيقا من تطبيقات الصورة الأولى المتعلقة "بالإشهار الذي يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو خصائصه"، لأن الإشهار المضخم ما هو إلا بيانات أو تصريحات (عرض) تؤدي إلى التضليل بكمية أو وفرة منتج أو خدمة، لذا يبدو لنا أن الصورة الأولى للإشهار المضلل تكفي لاستغراق هذه الصورة.

المطلب الثالث

اثر ممارسة الإشهار التضليلي

لقد اعتبرت المادة 38 من القانون 02/04 كل مخالفة لأحكام المادة 28 بمثابة ممارسات تجارية غير نزيهة، وعاقبت عليها بغرامة من خمسين ألف (50,000 د.ج) إلى خمسة ملايين دينار (5,000,000 د.ج).

وكما سبق الذكر فإن المشرع لم يشترط في صور الإشهار التظليلي الثلاثة أي قصد جنائي واكتفى بالركن المادي لكل صورة منها، مما يجعل الإشهار التظليلي يدخل ضمن طائفة الجرائم المادية.

ومن جهة أخرى فإن المشرع لم يشترط وقوع النتيجة المتمثلة في التظليل وإنما اكتفى بإمكانية حدوثه حسب كل حالة، لذا فإن الإشهار التظليلي يعتبر من قبيل الجرائم السلوكية. أما بالنسبة لأوجه الحماية المدنية التي يمكن للمستهلك أن يتمسك بها، ففضلا عن حقه في التأسيس كطرف مدني لطلب التعويض عما لحقه من ضرر نتيجة الإشهار التظليلي طبقا للمادة 65 من القانون 02/04، فإنه وفقا للقواعد العامة يمكن للمستهلك ضحية التظليل الإشهاري أن يستند إلى أحد الوجهين، إما أن يرفع دعوى تنفيذ الالتزام التعاقدية مطالبا بتسليمه مبيعا مطابقا لما تضمنه الإشهار (أولا)، كما له أن يطلب إبطال العقد للتدليس (ثانيا). وهو ما سنتطرق إليه تباعا.

أولا- دعوى تنفيذ الالتزام التعاقدية

رأينا أن الإشهار هو "إعلان يهدف إلى الترويج لبيع السلع والخدمات" وبالتالي فإن الإشهار يتعلق أساسا بعقود البيع للسلع والخدمات.

وعليه يمكن للمستهلك -المشتري- أن يرفع دعوى تنفيذ الالتزام التعاقدية على العون الاقتصادي الذي أطلق الإشهار، مطالبا إياه بتسليم شيء أو تقديم خدمة مطابقة لما تضمنه الإشهار، استنادا للمادة 164 ق.م.ج التي تنص: "يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 181.180 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا".

فإذا لم يرق العون الاقتصادي (المدين) بتنفيذ التزامه جاز للمستهلك (الدائن) أن يحصل على سلعة من ذات النوع والمواصفات التي وردت في الإشهار على نفقة العون الاقتصادي المعين، بعد استئذان القاضي، كما يجوز له المطالبة بقيمة السلعة من غير إخلال بحقه في التعويض⁴⁰². أما إذا تعلق الإشهار بخدمة ولم تكن شخصية المعين محل اعتبار فيمكن للمستهلك أن يلجأ لعون اقتصادي آخر لأداء الخدمة بالمواصفات المعين عنها على نفقة المعين بعد ترخيص من القاضي⁴⁰³، فإذا كانت شخصية المعين محل اعتبار في أداء الخدمة محل الإشهار فحينئذ يجوز للمستهلك رفض أداءها من غير صاحب الإشهار، فإذا أصر هذا الأخير على عدم التنفيذ بالمواصفات الواردة في الإشهار يلجأ إلى التنفيذ بمقابل عن طريق التعويض⁴⁰⁴ حيث لا يمكن إجباره على التنفيذ طالما اتصل الأداء بحريته الشخصية.

وبالتالي فإن الإعلان الإشهاري بما يتضمنه من بيانات محددة عن السلعة أو الخدمة المروج لها تكون له قيمة تعاقدية (Valeur Contractuelle)، ومن ثم يمكن للمستهلك الذي تلقى الإشهار أن يستند لما ورد في الإشهار من بيانات محددة وواضحة عن السلعة أو الخدمة وإلزام العون الاقتصادي المعين بتوفيرها.

والقيمة التعاقدية للإشهار أمر استقر عليه الفقه وأكده القضاء المقارن في أحكام عديدة، فمثلا حكم القضاء في فرنسا بأنه على مقاولي البناء الالتزام باحترام البيانات التي تتضمنها وثائقهم الإعلانية وإلا كانوا مسؤولين مسؤولية تعاقدية بالتعويض. كما حكم بأن استهلاك السيارة المبيعة للبنزين ينبغي أن يوافق ما ذكر في الرسائل الإعلانية المتعلقة بالسيارة. وحكم

402- أنظر المادة 166 فقرة 2 مدني جزائري.

403 - أنظر المادة 170 مدني جزائري.

404 - أنظر المواد 169، 174، 175 مدني جزائري.

أيضا بأن وكالات السفر والسياحة يقع عليها التزام محدد في مواجهة العملاء باحترام ما ورد في "كتلوج" الرحلة متعلقا ببرنامج الرحلة والمواعيد وحجز الأماكن وتذاكر السفر⁴⁰⁵.

والأساس الذي تقوم عليه المسؤولية التعاقدية للعون الاقتصادي المعلن هو أن الإعلان الإشهاري بمثابة إيجاب موجه للجمهور، وبالتالي يلتزم العون الاقتصادي المعلن بالبقاء على إيجابه خلال المدة المحددة في الإعلان أو المدة المعقولة التي تستخلص من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة أو حتى نفاذ الكمية المعلن عنها.

لكن لا اعتبار الإشهار إيجابا يقتضي ضرورة توافر شروط الإيجاب بوصفه عرضا باتا بنية الارتباط بالعقد، ويتحقق ذلك طالما تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه خصوصا سعر السلعة أو الخدمة محل الإشهار، وإلا اعتبر مجرد دعوة للتعاقد.

وعليه فإن الترويج للسلع والخدمات مع أسعارها عن طريق أي وسيلة من الوسائل الإشهارية السالف ذكرها يتضمن إيجابا صريحا من التاجر ينعقد به العقد إذا اقترن به قبول مطابق وفقا للقواعد العامة في إبرام العقود، ولا يجوز للعون الاقتصادي أن يعدل عما ورد في إعلانه من بيانات خاصة محددة لوصف المبيع أو الأسعار، والقول بغير ذلك يعتبر مساسا بالقوة الملزمة للإيجاب، وإضراراً بمصلحة المستهلك الذي عادة ما يعول على ما يرد في الإشهار من بيانات، فضلا عن كونه يناقض الوظيفة الأساسية للإشهار من حيث أنه وسيلة لإعلام الجمهور بالسلع والخدمات المعروضة للبيع ودوره كأداة اتصال بين العون الاقتصادي والمستهلك⁴⁰⁶.

وبناء عليه فإن إعلان المستهلك عن رغبته في شراء السلعة أو الاستفادة من الخدمة محل الإشهار هو بمثابة قبول ينعقد به العقد طالما صدر واتصل بعلم البائع خلال المدة المحددة أو المعقولة، لكن إذا وصل القبول إلى البائع بعد المدة المحددة في الإشهار أو المدة المعقولة عند عدم تحديد المدة أو بعد نفاذ كمية المنتج المعلن عنه، فإنه يعتبر قبولا متأخرا لا ينعقد به العقد وإنما يمكن أن يعتبر إيجابا جديدا موجه إلى البائع يكون له حرية قبوله أو رفضه⁴⁰⁷.

وبالتالي إذا كان الإشهار قد تضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات تتعلق بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو خصائصه، كأن يتضمن الإشهار مواصفات محددة في السلعة أو الخدمة، أو يتضمن طريقة معينة للوفاء بالثمن كتقسيمه مثلا أو تأجيله كله أو بعضه، وصدر القبول من المشتري وفق ما تضمنه الإشهار من بيانات وتصريحات، فإن العون الاقتصادي المعلن يلتزم بما تضمنه الإشهار ولا يجوز له التنصل منه، وإلا جاز للمستهلك أن يطلب التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل إذا استحال التنفيذ العيني مع حقه في التعويض.

ومع ذلك فإن البعض يرى أن المعلن الموجب متى عدل عما ورد في إشهاره فإن عدوله يمنع انعقاد العقد ولا يكون ثمة محل إلا القضاء بالتعويض إذا توفرت شروطه، إلا أن هذا الرأي منتقد لكونه يجافي القواعد العامة التي تقضي بأن التعويض لا يلجأ إليه متى كان التنفيذ العيني ممكنا. كما يرى آخرون أنه ينبغي التفرقة بالنسبة للإشهارات التي تتم عن طريق "النشر" بين النشرات التي توزع على الجمهور وبين النشرات التي ترسل إلى أشخاص محددين بالاسم والعنوان، وهذه الأخيرة هي وحدها التي تعتبر إيجابا أما الأولى فلا تعدو كونها دعوة للتعاقد، وانتقد هذا الرأي من حيث أن الإشهار متى تضمن بيانات محددة عن المبيع وأوصافه وسعره - أي متى توفرت فيه شروط الإيجاب - اعتبر كذلك ولا فرق في هذا الصدد بين كونه موجها لشخص بعينه أو موجه للجمهور⁴⁰⁸.

405 - أنظر هذه الأحكام: أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.208.

406 - نفس المرجع، ص.210.

407 - إبراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص.73.

408 - أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.213.

ولقد ثار التساؤل حول الوثائق الإشهارية التي ترد بها عبارات مثل "إن هذه الوثائق لا قيمة تعاقدية لها" أو "ليس لها إلا قيمة إرشادية" (Valeur Indicative) فما هو أثر هذه العبارات على القيمة التعاقدية للإشهار وما مدى إلزاميتها بالنسبة للمعلن؟ لقد رفض القضاء الفرنسي في البداية أن يعطي لهذه الوثائق الإشهارية أية قيمة تعاقدية وما يعتبرها جزءاً من العقد ومن ثم لا يجوز للمتعاقد الآخر أن يرفع دعوى تنفيذ الإلزام العقدي استناداً لها، ومع ذلك فإنه نظراً لما للرسالة الإشهارية من دور أساسي في إعلام المستهلك بالسلعة وخصائصها وثمنها وتأثيرها في رضا المستهلك واختياره لتلك السلع دون غيرها خصوصاً إذا كانت تتضمن بيانات محددة ودقيقة، فلا يمكن إلا الاعتراف لها بالقيمة التعاقدية، ومساءلة المعلن تجاهها، حتى وإن نص الإعلان على أن بياناته ذات قيمة إرشادية فقط، وهو ما سارت عليه بعض المحاكم الفرنسية مؤيدة من غالبية الفقهاء ومنهم الفقيه J.Ghestin الذي يرى أن للإعلان قيمة تعاقدية فيما يتضمنه من بيانات محددة وتفصيلية وشارحة، وعندئذ تكون ملزمة للمعلن ولو تضمن الإعلان عبارات تفيد أن بياناته على سبيل الإرشاد فقط⁴⁰⁹.

فإذا خالصنا إلى أن الإشهار ملزم للعلن الاقتصادي فيما يتضمنه من بيانات فإن ذلك من شأنه أن يجعل نظام البيع عن طريق الإشهار يقارب نظام البيع بالعينة⁴¹⁰ المنصوص عليه في المادة 353 ق.م.ج، وذلك بأن يكون محل العقد مطابقاً لما ورد في الإشهار تماماً كما يجب أن يكون المبيع مطابقاً للعينة التي جرى التعاقد عليها.

ومع ذلك فإن دعوى تنفيذ الإلتزام التعاقدية لا تكفي لحماية المستهلك من كل أوجه التضليل وذلك لسببين:

- أنها تتطلب أن يتوفر الإشهار على شروط الإيجاب وهذا أمر ليس مضموناً في كل الإشهارات.

- بالنسبة للإشهار المفضي إلى اللبس (المادة 28-2) فإن التضليل لا يكون نتيجة لعدم مطابقة المنتج أو الخدمة للإشهار وإنما نتيجة الخلط الذي يقع في ذهن المستهلك فيشوش على اختياره، وفي هذه الحالة لا جدوى من دعوى تنفيذ الإلتزام العقدي مادام التنفيذ مطابقاً للإشهار. وفي ظل هذا القصور تبرز نظرية التذليل لعلها تسد هذا الفراغ.

ثانياً - دعوى الإبطال للتذليل

يمكن أن تلعب نظرية التذليل دوراً حائماً فعالاً للمستهلك تجاه ما يتعرض له من تضليل، فالتذليل هو إيهام الشخص بغير الحقيقة قصد تغليطه ودفعه إلى التعاقد، ومن ثم فإن التذليل هو إيقاع في الغلط أي غلط مستثار، وهو بذلك يختلف عن الغلط الذي هو وهم تلقائي⁴¹¹.

و كما سبقت الإشارة فإن التذليل يقوم على عنصرين⁴¹²، عنصر مادي يتمثل في مختلف الوسائل التي تستعمل لتضليل المتعاقد ودفعه لإبرام العقد ويشمل مختلف الحيل التي يستعين بها المدلس لإخفاء الحقيقة بما في ذلك الكذب والكتمان إذا تعلق ببيانات ما كان المتعاقد ليبرم العقد لو علم بها. وعنصر معنوي يتمثل في نية التضليل والخداع لدى المدلس قصد إيقاع الطرف الآخر في غلط يدفعه إلى التعاقد.

409 - أنظر: نفس المرجع، ص. 206-208.

410 - نفس المرجع، ص. 220.

411 - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 181.

412 - أنظر: نفس المرجع، ص. 82-84.

وفوق ذلك يشترط أن يكون التدليس مؤثرا أي هو الدافع للتعاقد، كما يشترط أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد أو من يمثله، أما إذا كان صادرا من الغير فلا يعتد به إلا إذا كان المتعاقد المستفيد عالما به حقيقة وحكما.

فإذا أردنا إسقاط عناصر التدليس وشروطه على الإشهار التضليلي، فلا مناص من القول أن الإشهار الذي يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات قصد بها العون الاقتصادي تضليل المستهلك بتعريف خصائص المنتج أو الخدمة يعد ضربا من الاحتيال والخداع الذي يجسد التدليس، ومادام الإشهار هو أساسا وسيلة للترويج عن طريق إعلام المستهلك بالمبيع وتحريضه على الشراء فهو إذا دافع للتعاقد بمقتضى وظيفته الأساسية.

إلا أن البعض يرى أن المبالغة في مدح المنتج أو الخدمة وتبيان مزاياه إذا كانت في حدود الهامش المتعارف عليه في الإشهارات بما يتماشى ووظيفتها الترويجية، فإنها لا ترقى لدرجة التدليس إلا إذا تجاوزت الحدود المألوفة في الإشهار والمعاملات التجارية⁴¹³، ومع ذلك ثمة من يرى أن مجرد المبالغة البسيطة في وصف البضاعة يعتبر تدليسا إذا كانت صادرة من مهني متخصص يعلم تماما مدى الثقة التي يتمتع بها لدى الجمهور، فضلا عن أن الفاصل بين المبالغة المباحة والتضليل رفيع يصعب تحديده⁴¹⁴.

وكذلك الحال إذا تضمن الإشهار مبالغة مكشوفة لا يعقل تصديقها على نحو ما سبق بيانه، فإن ذلك يدخل ضمن التدليس "المغتر" الذي يمكن للمتعاقد الآخر كشفه باتخاذ القدر اللازم من القدر والحيلة، فإن أهمل ذلك فلا يمكنه الاستفادة من الإبطال نتيجة إهماله، في حين يرى آخرون أن سوء نية المعلن ورغبته في التضليل هو بمثابة خطأ يستغرق خطأ المدلس عليه المتمثل في إهماله وعدم تبصره ومن ثم يجوز له التمسك بالإبطال⁴¹⁵.

كما يعتبر تدليسا إذا تضمن الإشهار عناصر قصد بها العون الاقتصادي للتلبس على المستهلك لدفعه إلى التعاقد معه عن طريق تقليد أو محاكاة منتجات أو خدمات أو نشاط بائع آخر، إذ التقليد أو المحاكاة يعد من قبيل الوسائل الاحتيالية المجسدة للتدليس. ومع ذلك فإن تمسك المستهلك بالتدليس في مواجهة جميع صور الإشهار التضليلي قد تعترضه بعض العوائق القانونية منها:

أ- إن التمسك بالتدليس يقتضي قيام العنصر المعنوي ممثلا في سوء نية المدلس وقصده التضليل، في حين أن العون الاقتصادي قد لا يكون قاصدا للتضليل أو التلبس كأن يكون جاهلا لتمام حقيقة المنتج أو الخدمة، أو لا علم له بوجود سلعة أو خدمة تشبه أو تحاكي السلعة أو الخدمة التي يروج لها أصلا.

إلا أنه يجب التشدد في افتراض سوء نية العون الاقتصادي المعلن، وذلك لكون العون الاقتصادي رجلا مهنيا ذو خبرة فنية يفترض فيه العلم بكل ما يتعلق بالمنتج الذي يروج له، وهذا الاعتبار هو الذي أسس لمبدأ "التشبيه" الذي تبناه القضاء الفرنسي ورصدنا له تطبيقات في التشريع الجزائري⁴¹⁶، وهو مبدأ يقضي بتشبيه البائع المهني بالبائع سيئ النية الذي يدرك جميع خصائص المبيع، وهو ما نجد بعض ملامحه في القانون 02/04 حيث لم يشترط ركنا معنويا لجريمة الإشهار المضلل، وكذا إلزامه العون الاقتصادي بالإخبار.

413 - يفرق البعض بين الكذب المباح وغير المباح على غرار تقسيم القانون الروماني للتدليس إلى حسن (Dolus Bonus) وقبيح (Dolus malus) وهذا الأخير هو وحده الذي من شأنه إبطال العقد. أنظر: علي فيلاي، المرجع السابق، ص.128.

414 - أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق، ص.233.

415 - نفس المرجع، ص.234.

416 - أنظر ما سبق بيانه بخصوص تطبيقات مبدأ التشبيه في ضمان المنتجات والخدمات الخاص بالمستهلك، ص.23.

ومع ذلك يمكن للمستهلك على افتراض حسن نية المعلن أن يتمسك بالغلط الذي لا يشترط معه أي قصد، لكن يجب أن يكون الغلط جوهريا، أي هو الذي دفع المستهلك إلى التعاقد، والغلط قد يتعلق بصفة جوهرية في الشيء كما قد يتعلق بشخص المتعاقد أو صفة من صفاته، وعليه إذا تضمن الإشهار تصريحات أو بيانات غير دقيقة حول تعريف أو خصائص المنتج أو الخدمة دون أن يقصد المعلن تضليل المستهلك جاز لهذا الأخير أن يتمسك ببطلان العقد للغلط إذا كانت هذه البيانات أو التصريحات هي التي دفعته للتعاقد وحينئذ نكون بصدد غلط في صفة جوهرية في الشيء المباع.

وكذلك إذا تضمن الإشهار لبسا أفضى إلى اشتباه المستهلك بين بائع آخر والمعلن فتعاقد مع هذا الأخير نتيجة هذا الالتباس جاز للمستهلك التمسك ببطلان العقد للغلط في شخص المتعاقد معه أو في صفة من صفاته إذا كانت هذه الصفة محل اعتبار لديه.

ب- يشترط للتمسك بالتدليس صدوره من المتعاقد الآخر، أو من الغير لكن شريطة علم المتعاقد المستفيد من التدليس حقيقة أو حكما، في حين أن الإشهار عادة ما يصدره المنتج أو المصنع أما البائع المباشر للمستهلك فعادة ما يكون هو الحلقة الأخيرة في سلسلة طويلة تمر بها عملية التوزيع.

في هذه الحالة أيضا نرى أنه لا يمكن للعون الاقتصادي البائع أن يتذرع بكون التضليل (التدليس) لم يصدر عنه، فمادام يحترف بيع منتج معين ويستفيد بصفة مباشرة من الإشهارات التي تروج لهذا المنتج يفترض علمه لا محالة بهذه الإشهارات ومدى صدقيتها ومطابقتها لحقيقة المنتج الذي يبيع، لذا يحق للمستهلك التمسك في مواجهته بالتدليس انطلاقا من كونه عالما بالتضليل أو التدليس حكما، خصوصا وأن المادة 87 ق.م.ج لا تشترط تواطؤ الغير المدلس مع البائع وإنما يكفي أن يكون من المفروض حتما علم البائع بهذا التدليس.

وبالنتيجة فإنه يمكن للمستهلك ضحية التضليل اللجوء إلى القضاء خلال خمس (5) سنوات من اكتشافه للتضليل أو عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد طالبا بإبطال العقد للتدليس، مع حقه في التعويض عما لحقه من أضرار⁴¹⁷، فضلا عن المتابعة الجزائية التي كفلها القانون 02/04.

وتجدر الإشارة أنه إذا كان تقدير التضليل أو الالتباس -للقوف على مدى قيام الركن المادي لجريمة الإشهار التضليلي- يكون وفق معيار موضوعي قوامه المتلقي العادي، فإن تقدير مدى تأثير الطرق الاحتمالية على المتعاقد يكون وفق معيار ذاتي من خلال الحالة النفسية للمتعاقد وظروفه الخاصة⁴¹⁸، وعليه يمكن أن لا يرقى الإشهار لدرجة التضليل، كأن يتضمن الإشهار مبالغة مكشوفة ومع ذلك يتمسك المتعاقد بالتدليس نتيجة ظروفه الخاصة، وبالعكس فقد يكون الإشهار مضللا لكن لا يمكن للمستهلك التمسك بالتدليس كأن يفضي البائع للمستهلك بالحقيقة قبل الشراء فهنا لا حق له في التمسك بالتدليس رغم متابعة المعلن بجريمة التضليل الإشهاري.

المبحث الثالث

حماية المستهلك من الشروط التعسفية

417 - أنظر المادة 101 مدني جزائري.

418 - علي فيلالي، المرجع السابق، ص.127. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.183.

تجد هذه الحماية أساسها في المادة 29 من القانون 02/04 التي تنص: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنع هذا الأخير:

- 1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
- 2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
- 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.
- 4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
- 5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
- 6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
- 7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة.
- 8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية بمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة."

فالشروط العقدية تعتبر من أكثر الوسائل التي يستخدمها العون الاقتصادي لبيس إرادته على مختلف جوانب العقد من خلال مركزه التعاقدية القوي الذي أفضى إلى المغالاة في هذه الشروط على نحو بلغ حد الإجحاف والتعسف، وهو ما استدعى تدخل المشرع لمعالجة هذا الوضع، وذلك - بداية - عبر القانون المدني بواسطة منح القاضي سلطة تعديل هذه الشروط أو الإعفاء منها، متجاهلا بذلك مبدأ القوة الملزمة للعقد.

إلا أن هذه الحماية التقليدية تجاه الشروط التعسفية لم تعد كافية بالنسبة للمستهلك لكونها تقتصر على طائفة معينة من العقود وهي عقود الإذعان التي لم يعد مفهومها يستغرق كافة أوجه الإذعان التي يعانها المستهلك في وقتنا الحاضر، مما يتطلب توفير حماية خاصة للمستهلك تجاه ما استحدثت من أوجه التعسف العقدي. وهو ما سعى إليه المشرع في الفصل الخامس من الباب الثالث من القانون 02/04 المتعلق بـ"الممارسات التعاقدية التعسفية"⁴¹⁹ الذي سوف نناقشه في المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: ماهية الشرط التعسفي.

المطلب الثاني: نطاق حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية.

المطلب الثالث: جزاء الشروط التعسفية.

المطلب الأول

ماهية الشرط التعسفي

لم يعرف المشرع الشرط التعسفي في القانون المدني وترك تقدير ذلك إلى السلطة التقديرية الواسعة للقاضي مما يجعل موقف القضاء عرضة للتغيير بحسب المؤثرات والظروف

⁴¹⁹ - أما المشرع الفرنسي فقد منع الشروط التعسفية بداية بالقانون رقم 78/23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 الذي أدرجت أحكامه ضمن قانون الاستهلاك الفرنسي (المواد من L.123-1 إلى L.135-1) التي عدلت بدورها بموجب قانون 01 فيفري 1995 . أنظر: - François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit civil - Les obligations, 8^e édition, Dalloz, 2002, p. 322.

في كل مرة وهو ما يؤثر بدوره سلبا على استقرار المعاملات الأمر الذي جعل البعض ينادي منذ مدة بضرورة تحديد المقصود بالشروط التعسفية⁴²⁰.

وهو ما استجاب له القانون 02/04 الذي حدد مفهوم الشرط التعسفي (أولا)، ولم يكتف بذلك بل أورد له جملة من الصور (ثانيا)، وهو ما سنقف عنده تباعا:

أولا- مفهوم الشرط التعسفي

عرف القانون 02/04 في البند 5 من المادة 3 منه الشرط التعسفي بأنه "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو مع عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

فمن خلال هذا التعريف يتضح أن المشرع تبنى تعريفا واسعا و عاما للشرط التعسفي، ولعل ذلك ما استدعى تحديد المشرع لصور الشرط التعسفي في المادة 29 للتخفيف من هذا العموم.

و عموما فإن هذا التعريف يستدعي مناقشته من حيث المعيار الذي تبناه للتعسف من جهة، وكيفية تقدير التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد من جهة أخرى.

1- معيار التعسف: لقد أقام هذا التعريف مفهوم التعسف على معيار مادي (موضوعي)

بحث يتمثل في "الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، وبالتالي فإنه يكفي أن تكون الشروط التي يضعها العون الاقتصادي من شأنها ترجيح كفته على حساب المستهلك من حيث مجموع الحقوق والواجبات لاعتباره متعسفا بغض النظر عن أي اعتبار آخر.

وبذلك يكون المشرع في هذا التعريف قد أغفل العنصر الشخصي الذي تبناه المشرع الفرنسي من قانون 10 جانفي 1978، حيث اشترطت المادة 35 منه لاعتبار المحترف متعسفا -إضافة إلى حصوله على مزايا مبالغ فيها- أن يكون سبب التعسف هو "استخدام المحترف لقوته الاقتصادية"⁴²¹، وهو العنصر الذي قوبل بانتقاد الفقهاء لأنه يعقد مسألة إثبات التعسف من طرف المستهلك بالرغم من أن خضوعه لهذه الشروط أكبر دليل على وجود ضغوط فعلية وعملية تجعله يقبل بها، فضلا عن أن القوة الاقتصادية ليست وحدها هي التي تجعل المحترف يفرض إرادته في العقد، بل إن الواقع يثبت أن التفوق الفني والتقني للمحترف هو الذي يمكنه من فرض شروطه في العقد، لأن احترافه و تعوده على إبرام العقود يجعله يقدر المدى الفعلي للحقوق والالتزامات المترتبة على العقد⁴²².

ولقد وجدت هذه الانتقادات صداها لدى المشرع الفرنسي الذي عدل تعريف الشرط التعسفي بموجب المادة (L132-1) من قانون الاستهلاك الفرنسي⁴²³، حيث أخذ بالاختلال المعنوي (Déséquilibre significatif) بين حقوق وواجبات الأطراف كمعيار

⁴²⁰ - أنظر: حسن عبد الباسط جمبجي، المرجع السابق، ص.248.

⁴²¹ - Voir : M. Stéphane Payet, op. cit., p.131-132.

⁴²² - أنظر: حسن عبد الباسط جمبجي، المرجع السابق، ص.280-281 .

⁴²³ - Art. L.132-1 al. 1 : Clauses abusifs : "ce sont les clauses qui on pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des partis au contrat"

للتعسف في هذا التعريف بدل المعيار السابق المتمثل في الحصول على مزايا مبالغ فيها نتيجة استخدام القوة الاقتصادية⁴²⁴. وهو ما سار عليه القانون 02/04 في تعريفه للشرط التعسفي. ولا شك أن تأسيس التعسف على معيار مادي له إيجابياته بالنسبة للمستهلك من حيث إثباته التعسف، لأن إثبات اختلال التوازن في مجمل حقوق وواجبات الطرفين أمر يسهل مادام هذا الإثبات يتوقف على تقدير وموازنة حقوق وواجبات الطرفين بصرف النظر عن اعتبارات أخرى، خصوصاً عندما يتعلق الأمر بعقود نموذجية حيث تكون الشروط مطبوعة مسبقاً، وبذلك يكون المشرع قد تفادى أسباب القصور التي ميزت نظرية الاستغلال⁴²⁵ المتمثلة أساساً في صعوبة إثبات العنصر المعنوي فيها المتمثل في استغلال الطيش أو الهوى، حيث اكتفى بالغبن المجرّد كمعيار للتعسف⁴²⁶.

ولقد وردت عبارة "الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي" في التعريف عامة ومطلقة، وبالتالي فهي تستغرق جميع أنواع المزايا التي يوفرها الشرط التعسفي مهما كانت طبيعتها مادامت تؤدي إلى اختلال في التوازن العقدي سواء كانت هذه المزايا نقدية أو تتعلق بنظام تنفيذ الالتزامات التعاقدية أو كيفية فسخ العقد أو تسليم المنتج أو تأدية الخدمة..، فكل هذه المزايا تؤخذ بعين الاعتبار في الحكم على مدى اختلال التوازن بين حقوق وواجبات الطرفين وهذا ما تؤكدته المادة 29 التي أوردت صوراً مختلفة لمضمون الشرط التعسفي.

2- كيفية تقدير التوازن بين حقوق وواجبات الطرفين: لقد نثار التساؤل في فرنسا حول

تقدير العنصر المادي الذي تضمنته المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 - ثم كرسه المادة (L.123-1) من قانون الاستهلاك الفرنسي - والذي مقتضاه "توفير مزايا مبالغ فيها للمحترف" لاعتبار الشرط تعسفي، هل يجب أن ينشأ عدم التوازن العقدي من الشرط بشكل مباشر، أم يجب تقدير عدم التوازن والمزايا الناشئة عن الشرط من خلال النظر إلى شروط وبنود العقد جميعها أي بالنظر إلى العقد في مجمله؟ ولقد استقر الأمر على ضرورة النظر إلى بنود وشروط العقد في مجملها للحكم على مدى توازنه⁴²⁷.

وهذا ما تبناه القانون 02/04 صراحة في تعريفه للشرط من خلال عبارة "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه..." فهذه العبارة تدل على ضرورة النظر إلى بنود العقد في مجملها عند تقدير التعسف. وذلك يصب في مصلحة المستهلك إذ أن الشرط بمفرده قد لا يؤدي إلى إخلال ظاهر بالتوازن العقدي لكن باقترانه ببنود أو شروط أخرى في العقد يصير اختلال التوازن في العقد ظاهراً، كما أن هذا الحكم يتصدى لبعض الحيل التي يلجأ لها بعض المحترفين الذين بحكم حنكتهم يتولون صياغة العقود على نحو تبدو معه بنود العقد مقبولة لكن تكامل آثار هذه البنود يكشف عن سيطرة فعلية للمحترف على العقد.

وفي المقابل فإن النظر إلى العقد في مجمله لتقدير التعسف يقتضي أيضاً عدم التسرع في الحكم باختلال التوازن العقدي لمجرد أن شرط معيناً يبدو تعسفياً كونه يوفر بعض المزايا لأحد أطراف التعاقد، حيث أنه من الممكن أن يكون في العقد شرط آخر يوفر للطرف الثاني من المزايا ما يعيد التوازن في العقد، بعبارة أخرى فإن وصف التعسف الذي قد يلحق بأحد شروط

⁴²⁴ - Voir : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., p.325.

⁴²⁵ - أنظر ما سبق ذكره في هذا البحث بشأن قصور نظرية الاستغلال عن توفير حماية فعالة للمستهلك، ص.05.

⁴²⁶ - لقد تبنت تشريعات عديدة فكرة الغبن كمبدأ عام يستهدف التوازن العقدي. أنظر: حسن عبد الباسط جمبجي، المرجع السابق، ص.290-

العقد لا يعني بالضرورة أن يتصف العقد كله بعدم التوازن، فمثلا الشرط الذي يوفر للمنتج الحرية في تغيير آجال تسليم المنتج لا يعد تعسفيا إذا كان المستهلك حرا في أجل دفع الثمن. كما أن الشرط الذي يتيح فسخ العقد بالإرادة المنفردة لا يعد تعسفيا إذا كان الطرف الآخر يملك نفس المكنة، وهذا الطرح تؤكدده الصور التي أوردها المادة 29 للشرط التعسفي، التي تدل على كونها شروطا تفرض في اتجاه واحد من خلال عبارات كـ "تفرد البائع" أو "دون أن يلزم نفسه بها".

فالقاعدة إذا هي أن مجموع الشروط التعاقدية هو الذي يؤدي إلى تمييز أحد المتعاقدين على الآخر بما يسمح بإطلاق وصف التعسف على بعض هذه الشروط، فالعقد وهو يبدو ككيان واحد يلزمنا النظر إلى الالتزامات المتقابلة في مجملها حتى يمكن القول بوجود عدم توازن في الالتزامات العقدية ناجم عن تمتع أحد الطرفين بمزايا مبالغ فيها⁴²⁸. ومع ذلك فإن هذه القاعدة تواجهها صعوبات عملية من بينها كيفية حساب التوازن بين التزامات من طبيعة مختلفة، فمثلا هل يتوازن العقد الذي يتضمن شرطا يقيد من مسؤولية العون الاقتصادي مقابل شرط يقضي بحق المستهلك في فسخ العقد بإرادته المنفردة وكيف يتم حساب التوازن بين هذه الالتزامات يا ترى؟⁴²⁹

ثانيا- صور الشرط التعسفي

نظرا للعمومية التي ورد بها تعريف الشرط التعسفي تولى المشرع في المادة 29 تحديد حالات تمثل شروطا تعسفية بطبيعتها وهو ما درجت عليه جل التشريعات الحديثة التي اهتمت بحماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية⁴³⁰.

بداية لا بد من الإشارة إلى أن عبارة "...لا سيما البنود والشروط..." التي جاءت في مطلع المادة 29 تفيد بأن هذه الصور وردت على سبيل المثال لا الحصر، ويؤكد ذلك حرص القانون 02/04 على تعريف الشرط التعسفي بوجه عام ليكون مرجعا للحكم بالتعسف على مختلف الشروط، فضلا عن إحالته على التنظيم إمكانية منع العمل في بعض الشروط التي تعتبر تعسفية، وبالتالي يمكن للقاضي أعمال سلطته التقديرية للوقوف على مدى اعتبار الشرط تعسفيا في ضوء التعريف المذكور حتى وإن خرج هذا الشرط على الحالات التي حددتها المادة 29.

وتبدو أهمية تحديد صور للشرط التعسفي في كون الطابع التجريمي الذي أضفاه القانون 02/04 على الممارسات التعاقدية التعسفية يقتضي تحديدا دقيقا للركن المادي لهذه الجريمة ممثلا في الشرط التعسفي، وذلك إعمالا لمبدأ شرعية الجرائم و العقوبات.

428 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.269.

429 - نفس المرجع، ص.269.

430 - فالمشرع الفرنسي أورد قائمة ملحقة بقانون الاستهلاك تتكون من 17 شرطا تعسفيا يبدوا أن المادة 29 قد استمدت بعض حالات الشرط التعسفي منها. أنظر: J. Calais- Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p. 192-194. - وفي بلجيكا فقد تولى قانون 04 يوليو 1991 تعريف الشرط التعسفي في المادة 31 منه وألحق بقائمة "سوداء" طويلة حددت شروطا اعتبرها تعسفية.

- أما في ألمانيا فقد نظم قانون 06 ديسمبر 1976 الشروط العامة في العقود، حيث أوردت المادة 19 منه (16) حالة يعتبر فيها الشرط باطلا بطلانا مطلقا، في حين أوردت المادة 10 ثمانية (8) حالات يمارس فيها القاضي سلطة التقديرية في رقابة أثر هذه الشروط على التوازن العقدي ليعمل على إعادته.

- أما في إنجلترا فهناك قانون 1977 المتعلق بـ "الشروط التعاقدية غير العادلة" الذي قام على مبدأ "معقولية شروط العقد".

- في حين نظم المشرع الهولندي الشروط العامة في العقد في قانون 18 يوليو 1987 الذي أورد قائمة سوداء تحدد شروطا تعتبر تعسفية.

أنظر: حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.283-289.

ولقد أوردت المادة 29 من القانون 02/04 ثمان صور للشرط التعسفي نتناولها تباعا:

1- الشروط التي تمنح البائع أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك: لقد أوردت هذه الصورة قاعدة عامة تشمل أي حق أو امتياز يمنحه الشرط للبائع دون أن يتمتع المستهلك بحقوق وامتيازات مماثلة، كأن يتفرد البائع بحق فسخ العقد بإرادته المنفردة دون أن يمنح المستهلك هذا الحق. ولقد اشترط المشرع في هذه الصورة "التماثل" بين الحقوق والامتيازات الممنوحة للطرفين وهو ما يثير التساؤل حول المقصود بالتماثل هل هو التماثل المطلق، أو مجرد التماثل في المنفعة أو الجدوى؟ فمثلا إذا منح الشرط للبائع الحق في تغيير أوصاف المبيع مقابل منح المستهلك حق فسخ العقد بإرادته المنفردة فهل يعتبر هذا الشرط تعسفيا لانقضاء عنصر المماثلة، أم يكفي أن تكون الجدوى الفعلية للحقين متماثلة؟

يبدو أن المقصود بـ"التماثل" هنا ليس التماثل المطلق بأن يكون الحق أو الامتياز الممنوح للبائع هو ذاته الحق أو الامتياز الممنوح للمستهلك، ولكن يكفي التماثل في الجدوى التي يمثلها الامتياز أو الحق، فمثلا إذا كان الشرط يقضي بحرية البائع في تحديد وقت التسليم مقابل حرية المستهلك في تحديد وقت دفع الثمن من الواضح أن هذه الحقوق متماثلة في الجدوى رغم كونها ليست متماثلة في الطبيعة، يؤكد ذلك ما سبق توضيحه من استقرار الفقه على ضرورة النظر إلى العقد بمجمله للحكم على توازن العقد، وهو ما يستتشف من تعريف الشرط التعسفي الذي أوردناه. إضافة إلى هذا فإن ثمة امتيازات ترتبط بصفة الطرف في العقد ولا يقابلها ما يماثلها بالنسبة للطرف الآخر، فمثلا الامتيازات التي تنصب على المبيع بالنسبة للبائع تقابلها الامتيازات التي تنصب على الثمن بالنسبة للمستهلك. أما إذا كان المقصود هو التماثل المطلق فإن ذلك يعد تشددا من شأنه إلحاق وصف التعسف بعدد كبير من العقود. هذا ويتضح من خلال الصياغة العامة التي وردت بها هذه الحالة أنها تجسد مبدأ عاما للشرط التعسفي أكثر من كونها مجرد صورة من صور، بل إن هذه الحالة تكاد بمفردها أن تستغرق جميع الصور الأخرى للشرط التعسفي، كون باقي الصور ما هي في الحقيقة إحقاق أو امتيازات يمنحها الشرط للبائع على حساب المستهلك.

2- الشروط التي تمنح البائع فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد: قد يتجسد التعسف في الشروط التي يضعها البائع لتحكم طريقة تنفيذ التزامات المتعاقدين، كما هو الحال في هذه الصورة التي يفرض فيها البائع على المستهلك التزامات فورية ونهائية أي باطة، في المقابل يتعاقد البائع بشروط يحققها متى أراد، أي أن البائع يعلق التزاماته على شروط يتوقف تحقيقها على إرادته هو، وفي هذا إجحاف بحق المستهلك الذي يهدف من تعاقدته إلى سد حاجاته الشخصية أو العائلية وهي حاجات عادة ما تكون ملحة.

إن هذه الصورة تحيلنا إلى المادة 105 ق.م.ج التي تنص: "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم". فهذه المادة تفيد أن الالتزام المعلق تنفيذه على شرط إرادي محض يعتبر غير قائم أي كأن لم يكن، "لأن ترك زمام الرابطة القانونية في يد المدين وحده يتنافى مع وجود الالتزام ذاته إذ سيكون له أن يلتزم إن شاء أو أن لا يلتزم إن شاء أيضا، بمعنى أنه لم يلتزم في الحقيقة بأي التزام"⁴³¹

وإذا أسقطنا هذا الحكم على هذا الصورة فإن تعاقد البائع بشروط يحققها متى أراد يجعل التزاماته غير قائمة أي كأن لم تكن، وبالتالي لا وجود للعقد من أساسه مادام لا يوجد إلتزام مقابل لالتزام المستهلك، وهذه النتيجة في غير صالح المستهلك الذي يرغب في تلبية حاجاته من وراء العقد ليفاجأ ببطلانه.

إلا أن المادة 29 خرجت عن هذه القاعدة فاعتبرت الشرط الإرادي تعسفياً مآله البطلان إذا ما قوبل بفرض التزامات فورية ونهائية في جانب المستهلك، أما الإلتزام المعلق على هذا الشرط فيبقى قائماً، وبالتالي فإذا تعاقد البائع بشروط يحققها متى أراد فإن هذه الشروط تبطل لتعسفها أما الإلتزامات التي علقها عليها تصير بائنة أي قاطعة وفورية شأنها شأن الإلتزامات المستهلك. وهنا تتجلى أهمية هذه الصورة بالنسبة للمستهلك وخصوصيتها مقارنة بالقواعد العامة، إذ إنها تحافظ على كيان العقد مقابل درء ما لازمه من إجحاف وتعسف.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه يفرق بين الشروط الإرادية البسيطة والشروط الإرادية المحضة⁴³². فالشرط الإرادي البسيط هو الذي يتوقف على إرادة أحد أطراف الإلتزام (وهو البائع في هذه الصورة) مع اقتترانه بعمل معين كأن يقول البائع للمستهلك أسلمك السلعة عندما أجلبها من المخازن أو عندما أجلبها من الميناء، فهذا النوع من الشروط صحيح، ولا يؤثر في صحة الإلتزام رغم كونه معلقاً على شرط يتوقف تحققه على إرادة البائع.

أما الشرط الإرادي المحض فهو الذي يتوقف تحققه على محض إرادة أحد طرفي الإلتزام دون اقتضاء أي شيء آخر⁴³³، كأن يقول مقدم الخدمة للمستهلك ألتزم بأداء خدمتي إذا أردت أو شئت أنا، أو يقول التاجر أسلمك السلعة عندما أقرر ذلك، فهذه الشروط باطلة والإلتزام المعلق عليها كذلك، وهي المقصودة في المادة 105 ق.م.ج. كما يبدو أنها المقصودة أيضاً في عبارة "يتعاقد بشروط يحققها متى أراد" التي استخدمتها المادة 29 في هذه الصورة.

ويجب التنبيه إلى أن المادة 29 اشترطت لاعتبار الشرط تعسفياً وفق هذه الصورة شرطان يجب توافرها في آن واحد، الأول أن تفرض على المستهلك الإلتزامات فورية ونهائية، أما الثاني فهو أن يتعاقد البائع بشروط يحققها متى أراد. وبالتالي إذا اختل أحد هذان الشرطان انتفت صفة التعسف عن الشرط، مثال ذلك أن تكون الإلتزامات المستهلك غير فورية و نهائية التنفيذ، وذلك بأن كان له حق التراخي في تنفيذ الإلتزاماته إلى حين تحقق الشروط الإرادية التي علق البائع التعاقد عليها، فإن ذلك ينفي صفة التعسف عن الشرط وهذا منطقي مادام المستهلك غير ملزم بتنفيذ الإلتزاماته قبل تنفيذ البائع لإلتزامه. كما لا يعتبر الشرط تعسفياً إذا كانت الشروط التي علق عليها البائع تعاقدته لا يتوقف تحققها على إرادته ولو كانت الإلتزامات المستهلك نهائية وفورية، كأن يعلق البائع الإلتزامه بالتسليم على شرط وصول السلعة إليه من المورد.

3- الشروط التي تمنح البائع امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات

المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك: فطبقاً لهذه الصورة يعتبر شرطاً تعسفياً كل شرط يمنح البائع حق تعديل عناصر العقد الأساسية دون موافقة المستهلك. وتبدو عبارة "عناصر العقد الأساسية" فضفاضة، إلا أنها بالتأكيد لا تشمل المبيع والثمن باعتبارهما ركن في العقد. فالمبيع هو محل العقد الذي يجب أن يكون معيناً على الأقل من

⁴³² - نبيل إبراهيم سعد و محمد حسنين منصور، المرجع السابق، ص.228.

⁴³³ - مع الإشارة أنه إذا كان تحقق الشرط يتوقف على محض إرادة الدائن وليس المدين كان صحيح إذا الإلتزام يقدم فإذا شاء الدائن تقاضاه وإذا شاء أهل المدين منه، وهذا الفرض غير مطروح في الحالة التي نحن بصدددها، لأن العون الاقتصادي (البائع) هو المدين بالإلتزام تجاه المستهلك.

حيث النوع والقدر وإلا كان العقد باطلا⁴³⁴، لذا فإن امتلاك البائع حق تعديله معناه عدم تعيينه وبالتالي بطلان العقد مطلقا، كما أن في ذلك إخلال بركن التراضي نظرا لعدم الاتفاق على المحل.

والحال كذلك بالنسبة للثمن الذي يجب أن يكون محددًا أو على الأقل تبيين الأسس التي يحدد بمقتضاها، وامتلاك البائع حرية تعديله يستلزم عدم تعيينه، كما أن ذلك معناه أن الثمن يتعين بإرادة أحد الطرفين وهو ما يعني انعدام التراضي عن الثمن نتيجة عدم تعيينه بالاتفاق، ومن ثم فإن العقد باطل بطلانا مطلقا.

وفي الحالتين ما دام العقد باطلا من أساسه فلا مجال حينئذ للتساؤل عما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا. لذا فالمقصود بالعناصر الأساسية للعقد هي العناصر التي لا يتوقف عليها انعقاد العقد لكنها ذات اعتبار فيه، مثال ذلك مكان تسليم المنتج أو أداء الخدمة أو الطريقة التي يتم بها تنفيذ العقد.

كما يعتبر شرطا تعسفيا حسب هذه الصورة أيضا كل شرط يمنح البائع حق تعديل مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك، فطبقا للقواعد العامة يكفي لانعقاد العقد أن يكون محل العقد معينًا بنوعه، أي أن ركن المحل يتوفر في العقد ولو لم تتحدد كافة الأوصاف التي تميز المنتج أو الخدمة طالما تحدد نوعهما، وبالتالي يجوز من حيث المبدأ تضمين العقد شروطا تسمح للبائع بتعديل أوصاف المبيع طالما أنها لا تؤدي إلى تغيير نوعه. ولما كان امتلاك البائع حق تعديل الشروط الأساسية للعقد أو مميزات المنتج أو الخدمة دون موافقة المستهلك فيه إخضاع وكسر لإرادة هذا الأخير وإخلال بمبدأ نزاهة المعاملات الذي توخاه المشرع، اعتبر كل شرط يكرس هذا الوضع شرطا تعسفيا يتطلب حماية المستهلك تجاهه.

ومن أمثلة هذا النوع من الشروط التعسفية⁴³⁵ شرط يرد ببعض عقود تصنيع السيارات في فرنسا مفاده: "لا يمكن اعتبار ما يرد في الإعلانات أو كتب المواصفات أو الكتالوجات أو حتى السيارات المعروضة إيجابا محددًا للنماذج التي يلزم المنتج بتصنيعها...، والمنتج يحتفظ مقدما بإعلان إمكانية إدخال ما يراه من تعديلات أو تغييرات -سواء كان ذلك في آلات الحركة أو في هياكل السيارات- وفي أي وقت يراه مناسبا، بل ويبيد المنتج تحفظه بإمكان إدخال هذه التعديلات على السيارات التي يجري إنتاجها من ذات الطراز المطروح بالأسواق...".

ومثال آخر لشرط يتعلق بعقد بيع أثاث منزلي مفاده: "أن الأشكال والأحجام المتعلقة بالأثاث المطبوعة في الكتالوجات والنشرات الإعلامية ليست ملزمة، ولا يستطيع المشتري أن يتمسك بعدم مطابقة ما تم تسليمه إليه من بضاعة لأي من هذه النشرات...، وللبائع أن يدخل ما يراه من تعديلات على التصميمات من حيث الحجم أو الشكل بالزيادة أو النقصان دون أن يكون ذلك مرتبا لأي مسؤولية أو منشأ لأي التزام".

وشرط آخر ورد في عقد نموذجي لإحدى شركات السيارات يقضي بأنه: "في حالة تغيير صنف السيارة أو تجهيزاتها أو مكملاتها فإن عقد الشراء بالقطعة لا يتأثر ولا يتعدل في أي شرط من شروطه".

فهذه الشروط تعد تعسفية كونها تترك المستهلك في حالة من القلق وعدم الثقة، فهو لا يستطيع معرفة مواصفات السلعة أو الخدمة كما أنه لا يستطيع أن يعدل عن التعاقد حتى لو خالفت هذه المواصفات توقعاته، لذا تدخل المشرع لحماية المستهلك تجاهها.

⁴³⁴ - أنظر المادة 94 مدني جزائري.

⁴³⁵ - أنظر: حسن عبد الباسط جمبجي، المرجع السابق، ص. 20-21.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع في هذه الصورة للشرط التعسفي يشترط عدم موافقة المستهلك على التعديل الذي يمس عنصرا أساسيا في العقد أو مميزات المنتج أو الخدمة، بمفهوم المخالفة أنه إذا كان الشرط يقضي بضرورة موافقة المستهلك على التعديل فلا يعد شرطا تعسفيا.

4- الشروط التي تمنح البائع التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية: إن هذه الصورة تتضمن نوعين من الشروط التعسفية الأولى هي الشروط التي تقضي بتفرد البائع بتفسير شروط العقد، والثانية هي الشروط التي تقضي بتفرد البائع بتقرير مدى مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

فبالنسبة للتفسير فقد نظم المشرع أحكامه في ظل القواعد العامة بقواعد أمره على نحو يضمن قدرا من الحماية للطرف الضعيف، حيث لا يجوز تأويل عبارات العقد إلا إذا كانت غير واضحة، وإذا كان ثمة محل للتأويل فيجب أن يكون التأويل وفق النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهزاء بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفق ما جرى به العرف في المعاملات⁴³⁶. كما يجب أن يؤول الشك لمصلحة المدين⁴³⁷ تأسيسا على أن الأصل في الإنسان هو براءة الذمة فإذا وجد من يدعي خلافا لهذا الأصل فعليه إثبات ما يدعيه. وانطلاقا من هذا المبدأ فإن الشك في مدى التزام المدين المبني على الشرط محل التفسير يجب أن يفهم باعتبار أن الأصل هو عدم تحمل المدين للالتزام. وبالتالي فإن عبء إثبات ذلك الالتزام يقع على عاتق الدائن⁴³⁸.

ولقد تفهم المشرع عدم قدرة الطرف المذعن على صياغة أي شرط من شروط التعاقد، بما في ذلك الشروط التي يبدو مستفيدا منها بوصفه دائنا، فجعل تأويل تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان يجب أن لا يكون ضارا بمصلحة الطرف المذعن⁴³⁹، على أساس أن التفسير يجب أن لا يكون ضارا بمصلحة الطرف الذي لم يتدخل في صياغة الشرط بغض النظر عن كونه دائنا أو مدينا.

من هنا فإن حماية المستهلك من حيث تفسير العقد مضمونة من خلال القواعد العامة، لأنه حتى وإن تفرد البائع بحق تفسير شروط العقد فإن تفسيره يجب أن يقتصر على حالة الغموض، وإن كان ثمة غموض فيجب أن يكون التفسير في مصلحة الطرف الضعيف وهو المستهلك لأن نطاق حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية في القانون 02/04 يقتصر أيضا على عقود الإذعان كما سوف نرى. وبالتالي حتى وإن تفرد البائع بتفسير الشرط وثار نزاع حول هذا التفسير فإن القضاء سيميل لمصلحة المستهلك.

مع الإشارة إلى أن القضاء المصري مدعوما بجانب من الفقه اتجه إلى جواز تفسير عبارات وبنود العقد حتى وإن كانت واضحة طالما وجدت مبررات تدعو لذلك⁴⁴⁰.

أما بالنسبة للشرط الذي يقضي بتفرد البائع في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية فمن شأنه أن يفوت على المستهلك فرصة التمسك بإخلال البائع بتنفيذ

⁴³⁶ - أنظر المادة 111 مدني جزائري.

⁴³⁷ - أنظر المادة 112 فقرة 1 مدني جزائري.

⁴³⁸ - حسن عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص.126.

⁴³⁹ - أنظر المادة 112 فقرة 2 مدني جزائري.

⁴⁴⁰ - أنظر حسن عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص.146-149.

التزاماته، مادام هذا الشرط يجعل من البائع هو الخصم والحكم، وهو ما يضيف عليه وصف التعسف والإجحاف مما يقتضي حماية المستهلك تجاهه.

مع الإشارة أخيراً أن المشرع في هذه الصورة يستوجب تفرد البائع بالتفسير أو تفرد البابت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية، وبالتالي إذا انتفى عنصر التفرد انتفت صفة التعسف على الشرط.

5- الشروط التي تمنح البائع إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها:

يبدو أن الصياغة التي أوردتها المادة 29 لهذا الشرط ليست دقيقة بل الأصح هو "إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه (أي البائع) بالتزاماته".

وغالبا ما تتجسد هذه الصورة في الشروط المتعلقة بتحديد وقت دفع الثمن، فعلى الرغم من اهتمام التشريعات المدنية بتنظيم الأحكام العامة المتعلقة بالثمن من حيث تحديد زمان ومكان الوفاء به⁴⁴¹، وتوفيرها لضمانات تكفل حق البائع في الحصول على ثمن السلعة أو الخدمة⁴⁴²، ومع ذلك فإن بعض الباعة يستقلون بوضع شروط تنظم طريقة دفع الثمن بما يتيح لهم الحصول عليه قبل شروعهم في تنفيذ التزامهم بتسليم المبيع أو أداء الخدمة محل التعاقد، وبالتالي فإنهم يفرضون بموجب هذه الشروط على المستهلك تنفيذ التزاماته مقابل حريتهم في تنفيذ التزاماتهم، ولا شك أن هذه الشروط غاية في الخطورة لأنها تحرم المستهلك من حقه في إجبار البائع أو مقدم الخدمة على تنفيذ التزامه، كما تفقده فرصة استخدام حقه في الدفع بعدم التنفيذ لحين استيفاء حقوقه، من هنا اعتبرها المشرع شروطا تعسفية.

ومن أمثلة هذه الشروط⁴⁴³ ما ورد في عقد نموذجي لإحدى وكالات السياحة الفرنسية مفاده "حتى يعتبر تسجيل العميل في الرحلة نهائيا فلا بد أن يدفع عربونا لبدء تنفيذ العقد مقداره 20 % من التكلفة الإجمالية لها، بالإضافة إلى مبلغ ثابت كرسوم للتسجيل. ويجب أن يقوم كل مشارك بتسديد قيمة المشاركة قبل قيام الرحلة"، ومع كل هذا فإن المشارك في الرحلة مهدد بإلغاء الرحلة من جانب الشركة ومماطلتها في إعادة هذه المبالغ إليه، ولا شك أنه من التعسف بمكان أن يفرض على المشارك (المستهلك) الوفاء بكل التزاماته قبل قيام الرحلة ثم يفاجئ بإلغائها لسبب أو لآخر.

مع الإشارة هنا إلى أن قيام هذه الصورة يستوجب أن يتضمن الشرط في أن واحد إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته مقابل عدم إلزام البائع بتنفيذ التزاماته، وعليه إذا كان الشرط لا يلزم المستهلك بتنفيذ التزاماته فلا يعد تعسفا ولو منح هذا الشرط للبائع حرية تنفيذ التزاماته، و من باب أولى إذا كان الشرط يلزم الطرفين بالتنفيذ.

6- الشروط التي تمنح البائع رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل البائع

بالإلزام أو عدة التزامات في ذمته: يحاول البائع بشتى الطرق أن يتفادى النتائج المحتملة لإخلاله بتنفيذ التزاماته، لذا يسعى إلى تضمين العقد من الشروط ما يحد من سلطات المستهلك في استخدام حقه في الفسخ⁴⁴⁴. وهو ما يقيد المستهلك حيال البائع كونه يسلبه إحدى أهم

⁴⁴¹ - تنص المادة 387 فقرة 1 ق.م.ج: "يدفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك". كما تنص المادة

388 فقرة 1 ق.م.ج: "يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك".

⁴⁴² - أنظر المادة 390 ق.م.ج التي تعطي للبائع حق حبس المبيع إذا كان كل أو بعض الثمن مستحق الدفع، وكذا المادة 997 المتعلقة بامتياز بائع المنقول فيما يستحقه من الثمن وملحقاته، كما يمكن للبائع التمسك بفسخ العقد إذا أخل المستهلك بإلزامه بدفع الثمن طبقا للقواعد العامة وكلها ضمانات ممنوحة للبائع لتغنيه عن التعسف تجاه المستهلك.

⁴⁴³ - أنظر: حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.28.

⁴⁴⁴ - تنص المادة 119 فقرة 1 ق.م.ج: "في العقود الملزمة لحالتين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

الضمانات الممنوحة للمتعاقد التي من خلالها يمكنه مواجهة عدم أو سوء تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته.

فالتعسف والإجحاف واضح عند حرمان المستهلك من ممارسة حقه في الفسخ في حالة إخلال البائع بالتزاماته، سيما وأن هذا الحرمان يبعث على عدم استقرار التعامل من وجهة نظر المستهلك الذي لا يعرف ما إذا كان البائع سينفذ التزاماته كاملة أو جزئياً وما مدى ملاءمة طريقة التنفيذ لتوقعاته.

والملاحظ أن المشرع استوجب لقيام التعسف وفق هذه الصورة أن يكون مضمون الشرط هو رفض حق المستهلك في طلب الفسخ. واستخدام المشرع عبارة "الرفض" على إطلاقها معناه أن وصف التعسف يلحق أي رفض لحق المستهلك في الفسخ سواء كان رفضاً مطلقاً أو مقيداً، فيدخل في ذلك الشرط الذي يقضي بتقييد حق المستهلك في طلب الفسخ خلال مدة معينة فقط، أو العكس بأن يقتصر حق فسخ العقد بالنسبة للمستهلك على فترة محددة فقط، ومع ذلك يثور التساؤل حول بعض الشروط التي لا تقضي برفض حق المستهلك في الفسخ مطلقاً، وإنما بفقدانه جزء من الثمن إذا استعمل حقه في الفسخ مثلاً، أو الشرط الذي يقضي بتحديد مدة معينة لإعذار البائع بالفسخ بعد إخلاله بالتزامه بانقضائها يسقط حق المستهلك في الفسخ.

7- الشروط التي تمنح البائع التفرد بتغيير آجال تسليم المنتج أو آجال تنفيذ الخدمة:

تنص المادة 281 فقرة 1 ق.م.ج: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك" فمن هذه المادة يتبين أن لأطراف العقد كامل الحرية في تحديد الوقت الذي ينفذ فيه البائع التزامه بالتسليم، وعادة ما يستغل البائع هذا الحكم لصالحه بأن يضع شروطاً يتفرد بموجبها بتغيير آجال تسليم المنتج أو أداء الخدمة. ومن أمثلة هذه الطائفة من الشروط التعسفية⁴⁴⁵ ما ورد في عقد لبيع الأجهزة الكهربائية المنزلية: "لا تعتبر المدة المتفق عليها للتسليم في هذا العقد إلا بمثابة توجيه غير ملزم للبائع، ولا يمكن أن يكون التأخير في التسليم سبباً للمطالبة بفسخ العقد أو المطالبة بالتعويض، والبائع - رغم حرصه على احترام المدة المتفق عليها- لا يمكن أن يعد مسؤولاً بأي حال من الأحوال عن الأضرار الناجمة عن التأخير في التسليم أو عن نقص في البضاعة ينجم عن تقصير الموزع الأصلي".

وشرط آخر ورد في عقود بيع للسيارات مفاده: "...بسبب تغير الظروف التي تؤثر على الإنتاج فإن مهلة التسليم المحددة ليست ملزمة للبائع، وإنما هي مهلة إرشادية،... والبائع يتحفظ مقدماً عن إمكانية التأخر في التسليم لمدة قد تزيد عن 03 أشهر، ويمكن لهذه المدة أن تتمدد لفترة إضافية في حالة القوة القاهرة الناجمة عن توقف الإنتاج أو الحريق أو غير ذلك من حالات القوة القاهرة..."

فهذه الشروط وإن لم تنص صراحة على تفرد البائع بآجال التسليم إلا أن فحواها هو عدم التزامه بمواعيد التسليم المعلنة وإمكانية مخالفتها إذا اقتضت الظروف.

ويتجلى التعسف في هذا النوع من الشروط في كونها تفوت حق المستهلك في طلب التنفيذ أو الفسخ، وكذلك حقه في الدفع بعدم التنفيذ، ذلك لأن التأخر في تنفيذ الالتزام يأخذ حكم

عدم التنفيذ⁴⁴⁶، ولا يملك المستهلك في هذه الأحوال سوى انتظار البائع ليقرر تنفيذ التزامه بالتسليم أو أداء الخدمة، من هنا اعتبرها المشرع شروطاً تعسفية. وأخيراً فإنه يشترط لقيام هذه الصورة تفرد البائع بتغيير الأجل، وعليه إذا كان مضمون الشرط لا يقضي بهذا التفرد كأن يربط التغيير باستشارة المستهلك فلا يعد شرطاً تعسفياً.

8- الشروط التي تمنح البائع تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة: إن هذا النوع من الشروط يناسب أكثر العقود المستمرة التي يتطلب تنفيذها حيناً من الزمن، وهي عادة ما يكون محلها أداء خدمات، كعقد العمل أو التوريد، فتحسباً لما قد يطرأ من ظروف أو تطورات قد لا تخدم مصلحة البائع أو مقدم الخدمة، يضع هذا الأخير شروطاً تتيح له إمكانية تضمين العقد شروطاً جديدة، وحتى يتفادى خطر رفض المستهلك لهذه الشروط يضع البائع أو مقدم الخدمة شرطاً منذ البداية يقضي بإمكانية قطع العلاقة التعاقدية في حال رفض المستهلك لهذه الشروط.

ووجه التعسف في هذا النوع من الشروط جلي لكونها تترك الباب مفتوحاً للبائع لأن يكرس هيمنته على العلاقة التعاقدية دون أن يعترض المستهلك على ذلك في شيء، فيكون المستهلك بذلك عاجزاً على تقدير مركزه في العقد، كما أن قطع العلاقة التعاقدية في حال تجرأ المستهلك على الرفض يعني الرجوع إلى حالة ما قبل التعاقد وهذا الأثر لا يخدم المستهلك الذي يسعى أساساً لتلبية حاجاته من التعاقد.

ولاعتبار الشرط تعسفياً حسب هذه الصورة استوجب المشرع أن يكون مضمون التهديد هو قطع العلاقة التعاقدية، ويفهم من ذلك أنه إذا كان مضمون الشرط هو التهديد بإعادة النظر في شروط العقد الأخرى، أو التهديد بتقليل التزامات البائع فلا يعد الشرط تعسفياً بحسب هذه الحالة.

كما يجب لقيام هذه الصورة أن يتعلق الأمر برفض المستهلك لـ "شروط جديدة وغير متكافئة"، فيفهم من ذلك أنه إذا كان مضمون الشرط هو تهديد البائع بقطع العلاقة التعاقدية إذا رفض المستهلك شرطاً منصوصاً عليه في العقد (أي غير جديد)، أو كانت الشروط جديدة لكنها متكافئة أي تخدم مصلحة الطرفين فإن الشرط لا يعتبر تعسفياً أيضاً، وإن كان مصطلح "الشروط التجارية" الذي ورد في هذه الصورة يثير بعض الغموض.

هذه هي الصور الثمانية التي أوردتها المادة 29 للشرط التعسفي، وعلى الرغم من سعينا لشرحها وتفسيرها إلا أن الغموض لا يزال يكتنف بعضها نظراً لعموم العبارات التي وردت بها بعض هذه الصور، فضلاً عن تداخلها وتشبهها في بعض الحالات.

والتساؤل الذي يثار هل هذه الصور تعتبر شروطاً تعسفية بذاتها وبالتالي تبطل دون حاجة للنظر إلى باقي شروط العقد في مجمله للحكم على مدى توازنه، أم أن بطلانها يقتضي تلازمها مع اختلال في التوازن العام للعقد؟ على الرغم مما سبق ذكره عند التطرق لتعريف الشرط التعسفي من أن القاعدة هي تقدير التعسف من خلال التوازن العام للعقد، لكن يبدو أن هذه القاعدة تنطبق عندما يتعلق الأمر بتقدير التعسف خارج هذه الصور الثمانية، أما إذا تعلق الأمر بإحدى الصور المذكورة للشرط التعسفي فلا مجال للنظر في مجمل توازن العقد، هذا ما يستشف من المادة 29 التي اعتبرتها شروطاً تعسفية لوحدها دون أن تولي اهتماماً لأي اعتبار آخر.

وأخيرا نشير إلى أن المشرع لم يكتف بهذه الصور الثمانية بل ترك الباب مفتوحا أمام إمكانية تحديد المزيد من الشروط التي توصف بالتعسف عن طريق التنظيم، وذلك بموجب المادة 30 من القانون 02/04 التي تنص "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي توصف بأنها تعسفية"، ولا شك أن ذلك من شأنه مسايرة التطورات التي قد تتمخض عنها ممارسات تعسفية تخرج عن الحالات المنصوص عليها في المادة 29.

وبذلك يكون المشرع قد ساير نظيره الفرنسي الذي منح بموجب قانون 10 جانفي 1978 ومن بعده المادة (L.132-1, al.2) من قانون الاستهلاك للسلطة التنفيذية إمكانية إصدار اللوائح الكفيلة بحظر الشروط التي يمكن أن توصف بالتعسف، وذلك عن طريق مجلس الدولة وبعد استشارة لجنة الشروط التعسفية، وهو ما تجسد فعلا من خلال لائحة 24 مارس 1978⁴⁴⁷.

وفي كل الأحوال فإن التوسع في مفهوم الشرط التعسفي وصوره يؤكد حرص المشرع على توسيع نطاق حماية المستهلك من ناحية، ومن ناحية أخرى يؤكد تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام ضرورات كفالة التوازن العقدي.

المطلب الثاني

نطاق حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية

تتجلى أهمية تحديد نطاق حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية في كون هذا النطاق يعد عنصرا يتوقف عليه اعتبار العلاقة التعاقدية بمثابة ممارسة تعاقدية تعسفية معاقبا عليها. ومن جهة أخرى فإن ارتباط حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية بهذا النطاق يميزها عن باقي الشروط التي عاقب عليها القانون 02/04 كالبيع المشروط كونه لا يرتبط بنطاق خاص ضمن عقود الاستهلاك.

فإذا كانت حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في ظل القواعد العامة تنحصر في عقود الإذعان، فما هو نطاق حماية المستهلك تجاهها في هذا القانون؟

بالرجوع إلى المادة 29 من القانون 02/04 نجدها استأنفت حكمها بما يلي: "تعتبر بنودا أو شروطا تعسفية في العقود بين البائع والمستهلك..."، من خلال هذه العبارة نستخلص أن حماية المستهلك تجاه البنود أو الشروط التعسفية يقتضي وجود عقد بينه وبين البائع، ويؤكد هذا القول عنوان الفصل الذي نظم الشروط التعسفية وهو "الممارسات التعاقدية التعسفية".

لكن القانون 02/04 أورد مفهوما خاصا للعقد في البند 4 من المادة 2 من جهة، ومن جهة أخرى لم يرد مصطلح "العقد" في هذا القانون إلا في الفصل الخامس من الباب الثالث المتعلق بالممارسات التعاقدية التعسفية، وهو ما يفيد قطعا أن هذا المفهوم الخاص للعقد أوردته المشرع خصيصا لتحديد نطاق حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية، فما هو هذا التعريف الخاص للعقد يا ترى؟

عرفت المادة 2 من القانون 02/04 في بندها الرابع العقد بأنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق، مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

ولقد ورد هذا التعريف مجردا من صفة أطراف العقد لكن بالتنسيق بينه وبين نص المادة 29 أعلاه نستنتج أن حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية يقتضي أن يتعلق الأمر: "باتفاق أو

⁴⁴⁷- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, op. cit., p.329.

اتفاقية بين البائع والمستهلك تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من طرف البائع، مع إذعان المستهلك بحيث لا يمكنه إحداث تغيير حقيقي فيه".

وبالتالي فإن نطاق حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية يتحدد بثلاث ضوابط هي:

- أولا: وجود اتفاق أو اتفاقية بين البائع أو المستهلك تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة.

- ثانيا: أن يكون الاتفاق محررا مسبقا من طرف البائع.

- ثالثا: إذعان المستهلك.

من خلال هذه العناصر يتضح مبدئيا أن مفهوم العقد هنا يقترب من المفهوم الذي استقر عليه الفقه والقضاء لعقد الإذعان ومع ذلك لا يطابقه تماما فما هو وجه الخلاف يا ترى؟ هذا ما سنحاول رصده من خلال دراسة هذه العناصر تباعا.

أولا- اتفاق أو اتفاقية بين البائع والمستهلك بهدف بيع سلعة أو تأدية خدمة
إن تعريف العقد بأنه "اتفاق" هو أمر درج عليه المشرع الجزائي⁴⁴⁸، ويقصد بالاتفاق توافق إرادتين فأكثر، وهو ما يستلزم وجود شخصين على الأقل مستقلين عن بعضهما - وهما البائع والمستهلك هنا- تميزا للعقد عن التصرف بارادة مفردة، كما أن الاتفاق يستلزم تباين مصالح أطرافه، وهذا التباين لا يعني وجود نزاع بل يكفي أن يكون مبدئيا، تحقيق مصلحة أحد الأطراف مغايرا لمصلحة الطرف الآخر⁴⁴⁹، وهو أمر محقق بلا شك في علاقة المستهلك بالبائع.

إلا أن الخصوصية في هذا التعريف كونه أضفى صفة العقد على "الاتفاقية" (Convention) وهو مصطلح غير مألوف في تعريف العقد، وكأن المشرع أراد سد الطريق أمام بعض الحيل التي تقوم على التلاعب بالمصطلحات، فبدلا من تسمية الاتفاق بالعقد يسميه البعض بالاتفاقية تفاديا للضوابط والآثار المترتبة عن اعتباره عقدا، فضلا عن شيوع استخدام هذا المصطلح في بعض التعاملات التي تكيف قانونا أنها عقود كالاتفاقيات التي يبرمها المحامون مع الشركات والإدارات. وإن كان هذا الحكم مكفول حتى في ظل القواعد العامة لأن الاتفاقية ما دامت تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة فهي بمثابة عقد وإن سميت اتفاقية، فالقاضي بموجب قواعد التفسير يمكنه الاستهداء بطبيعة التعامل للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ طبقا للمادة 111 فقرة 2 من القانون المدني.

ولقد نص هذا التعريف على أن يكون الهدف من الاتفاق أو الاتفاقية هو بيع سلعة أو تأدية خدمة، وهذا أمر طبيعي مادام أحد أطراف العقد له صفة المستهلك باعتباره كل من يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت.

وعلى الرغم من تركيز المادة 29 على مصطلح "البائع" وليس "العون الاقتصادي" إلا أن مفهوم البائع هنا يجب أن يؤخذ ضمن السياق العام للقانون 02/04 الذي ينحصر نطاقه في تنظيم علاقة الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم وعلاقة هؤلاء بالمستهلكين طبقا للمادة الأولى منه، أي أن المقصود هنا هو العون الاقتصادي حينما يكون في مركز البائع، وفي ذلك تمييز لعقد البيع عن باقي العقود التي قد يبرمها العون الاقتصادي كان يكون مقايضا أو واهبا، على أن عقد

448 - تنص المادة 54 ق.م.ج : "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

449 - علي فيلالي، المرجع السابق، ص.34.

البيع هنا يشمل بيع السلع والخدمات على نحو ما سبق بيانه. أما البائع العرضي الذي لا تنطبق عليه صفة العون الاقتصادي، فلا يمكن للمستهلك أن يتمسك في مواجهته إلا بالقواعد العامة المنظمة للشروط التعسفية في القانون المدني.

وعموما فإن هذا العنصر يعكس لنا مفهوم عقد الاستهلاك، باعتباره عقد (اتفاق أو اتفاقية) بين عون اقتصادي ومستهلك يقتني بموجبه هذا الأخير سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت، وبذلك فإن العنصر الأول الذي يتحدد به نطاق حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية هو ضرورة أن يتعلق الأمر بعقد استهلاك.

ثانيا- تحرير العقد مسبقا من طرف البائع

تقتضي حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية أن يتعلق الأمر بعقد محرر مسبقا من طرف البائع وهو ما يعرف بالعقود المطبوعة أو النموذجية.

والعقد المطبوع هو عقد معد مسبقا ليتم التعاقد بموجبه في الظروف الموحدة توفيراً للوقت والنفقات في عمليات التعاقد التي تتميز عادة إما بالإذعان من قبل الطرف المنضم للعقد أو بعدم قدرته على التفاوض في مجال التعاقد لنقص خبرته وقلة كفاءاته⁴⁵⁰. ويرى البعض أن التعامل بالعقود المطبوعة ظهر إبان الثورة الصناعية في أوروبا وما استتبعها من تطور لوسائل الإنتاج وغازارة في السلع والمنتجات، مما خول التجار شراء سلع بكميات كبيرة وبيعها بموجب نماذج عقود وذلك تقاديا للمساومات التي تستغرق وقتا وجهدا، ورغبة في خفض تكلفة الصفقات بالنسبة للتجار، ومن ثم انخفاض أسعار السلع بالنسبة للمستهلك⁴⁵¹.

والعقد المطبوع قد يكون عقدا فرديا أعد مسبقا لحالة بعينها، أو من العقود النموذجية التي تعدها السلطة العامة أو بعض المؤسسات العمومية أو الشركات الوطنية كعقود للكهرباء والغاز والماء.

والتحرير المسبق للعقد ليس عنصرا أساسيا في عقد الإذعان الذي يتحدد من خلاله نطاق حماية المتعاقد تجاه الشروط التعسفية في ظل القواعد العامة، على الرغم من أن أغلب الفقه يرى أن العقود النموذجية هي الصورة الغالبة لعقود الإذعان⁴⁵².

ومن الوهلة الأولى يبدو أن اشترط التحرير المسبق للعقد يضيق في نطاق حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية، لكن بالرجوع إلى الفقرة الثانية من تعريف العقد طبقا للمادة 3 بند 4 من القانون 02/04 نجد أنها توسعت في الحالات التي يعتبر فيها العقد منجزا بنصها: "يمكن أن ينجز العقد في شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا". وبالتالي فكل وثيقة مهما كان شكلها أو سندها تكفي لاعتبار العقد محررا مسبقا متى ما تضمنت الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا، ولا شك أن في ذلك توسيع من نطاق حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية، خصوصا وأن المشرع ألزم البائع بتقديم شهادة الضمان في بعض المنتوجات، كما أن القانون 02/04 ذاته يوجب أن يكون البيع للمستهلك محل وصل صندوق أو سند يبرر المعاملة كما يوجب تسليم

450 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.107.

451 - أحمد عبد الرحمن الملحم، المرجع السابق، ص.259.

452 - أنظر: السنهاوري، ج.1، المرجع السابق، ص.245.

الفاتورة إذا طلبها المستهلك، فهذه السندات كلها يمكن أن تعتبر عقوداً بمفهوم القانون 02/04 إذا تضمنت خصوصيات أو مراجع تطابق شروط البيع المقررة سلفاً.

وعموماً فإن قصر نطاق حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية على طائفة العقود المطبوعة يجد تبريره من جهة في كون هذه العقود تحرر من طرف البائع الذي ينفرد بصياغتها مسبقاً على نحو يتيح له فرض سيطرته وإعلاء مصلحته من خلال ما تضمنته من شروط وبنود، في حين يقتصر دور المستهلك على ملء الفراغات التي تسمح بإظهار شخصيته. ومن جهة أخرى فإن طريقة التعامل بهذا النوع من العقود يكرس هيمنة البائع فيها، فالمستهلك عادة ما يفاجئ بوثيقة العقد في اللحظة التي يبرم فيها العقد مما لا يتيح له فرصة للإطلاع عليها والتعرف على شروطها، كما أن شيوع هذا النوع من العقود وسرعة التعامل بها أدى إلى توقيع العملاء عليها دون تمحيص لفحواها خصوصاً في ظل الشعور السائد بأن كل ما هو مطبوع واجب الاحترام كما لو كان قانوناً، كل هذا مضاف إليه الثقة التقليدية في محررها. وهكذا يتعامل المستهلك من غير بحث في بنود العقد أو إدراك لآثارها ومداهما⁴⁵³. بل أن الواقع يثبت أن العقود النموذجية لا تكاد تقرأ أصلاً، وحتى إن قرأت لا تكاد تفهم في ظل التعقيد المتعمد أحياناً في صياغتها، كل هذه الأسباب بررت تدخل المشرع لحماية المستهلك من خطر الشروط التعسفية في هذا النوع من العقود بالذات.

ومع ذلك فإن العقود المطبوعة والنموذجية وإن اقترنت غالباً بالتعسف واختلال التوازن العقدي إلا أنها صارت ضرورة تفرضها الظروف الاقتصادية الحديثة التي تتميز بالإنتاج الصناعي الكبير واتساع النشاط الاقتصادي والتجاري منه على الخصوص، كما أن طبيعة المعاملات في وقتنا الحاضر وما تتميز به من سرعة ووفرة جعلت العقد النموذجي حلاً مجدياً من حيث توفير الوقت والجهد، إذ تصير المسألة آلية فتنساب العمليات التجارية ويرتقي مستوى أداء المؤسسات المعقدة الإدارة، كما أن استخدام العقود النموذجية يوفر إحساساً بالأمان والثقة لدى المستهلكين نظراً لقوتها الثبوتية مقارنة مع العقود الشفوية⁴⁵⁴.

إن هذه المزايا تقودنا إلى نتيجة هامة وهي أن العقود المطبوعة ليست بالضرورة عقود إذعان وإنما قد تتخذ تلبية لمتطلبات فنية علمية وواقعية، وطباعتها لا تعني بالضرورة عدم مناقشتها إذ يمكن في بعضها للعميل الحريص أن يفاوض حول شروطها وبنودها، كل ما في الأمر أن العمل جرى على قبول التعاقد بموجبها دون مناقشتها⁴⁵⁵. وهذا ما يفسر عدم اكتفاء المشرع في تحديده لنطاق حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية بمجرد أن يكون العقد محرراً مسبقاً من طرف البائع بل اشترط فوق ذلك إذعان المستهلك، وهو ما يحيلنا إلى العنصر الموالي.

ثالثاً- إذعان المستهلك

لا يكفي أن يكون العقد محرراً مسبقاً من طرف البائع لتحقيق حماية المستهلك تجاه ما يتضمنه من شروط تعسفية لأن العقد المطبوع لا يشكل وحده عقد الإذعان بل يجب أن يذعن المستهلك لإرادة البائع.

ولقد حدد هذا التعريف مفهوم الإذعان بقوله: "مع إذعان الطرف الآخر (أي المستهلك) بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"، وبالتالي فإن معيار الإذعان حسب هذا

453 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.110.

454 - أنظر: أحمد عبد الرحمان الملحم، المرجع السابق، ص.259-261.

455 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.108.

التعريف هو عجز المستهلك عن إحداث تغيير حقيقي في العقد. في حين تنص المادة 70 ق.م.ج على أنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، مما يدل على أن الإذعان في ظل القواعد العامة هو وليد عدم المناقشة⁴⁵⁶.

وعليه فإن المشرع في هذا التعريف لم يتطلب عدم إمكانية المستهلك مناقشة شروط العقد لاعتباره مذعنا، وإنما يكفي عجزه عن إحداث "تغيير حقيقي" أي جوهري في العقد خروجاً عن القواعد العامة. وبالتالي حتى وإن ناقش المستهلك بنود العقد المحرر مسبقاً دون أن يتمكن من إحداث تغيير حقيقي فيه بقي على اعتباره مذعناً، على أن تقدير مدى جوهرية التغيير الحاصل يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

ولا يخفى أن اعتماد المشرع عدم التغيير الحقيقي معياراً للإذعان في عقود الاستهلاك -بدل عدم المناقشة- من شأنه أن يوسع من نطاق حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية سيما إذا توسع القضاء في مفهوم التغيير الحقيقي، كما أن ذلك يسد الباب أمام دهاء بعض الأعوان الاقتصاديين الذين ينفردون بصياغة العناصر الجوهرية للعقد ويتركون للمستهلك إمكانية المساومة على بعض العناصر التفصيلية البسيطة التي لا تؤثر في جوهر العقد شيء، سعياً منهم لإضفاء صفة المساومة على العقد بدل صفة الإذعان قصد التخلص من الأحكام التي تحمي الطرف المذعن في هذا الصنف من العقود.

لكن في المقابل فإنه حتى إذا كان العقد محرراً مسبقاً من طرف البائع وانضم المستهلك للعقد دون مناقشة بنوده، فإن ذلك لا يكفي لاعتباره مذعناً إذا كان البائع لا يمانع مناقشة العناصر الجوهرية في العقد. أي مادامت ثمة إمكانية لإحداث تغيير حقيقي في العقد فإن المستهلك لا يعد مذعناً وإن كان العقد محرراً مسبقاً من طرف البائع، لأن عدم إعمال المستهلك لحقه في المساومة لا يعني إذعانه.

إن إذعان المستهلك مجسداً في عدم إمكانية إحداث تغيير حقيقي في الشروط والبنود التي يصيغها البائع مسبقاً هو الذي جعل فريقاً من الفقه ينكر الصبغة التعاقدية لهذا الصنف من التعاملات، ويرون فيها مركزاً قانونياً منظماً تنشئه إرادة مفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تحكم تفسير العملية وتطبيقها، لأن العقد يفترض التساوي بين الأطراف وحرية المفاوضة بينهم⁴⁵⁷.

ومع ذلك فإن أغلب فقهاء القانون المدني لا يستبعدون صفة التعاقد عن العلاقات التي تتم عن طريق الإذعان إذ يرون أنها عقود حقيقية تتم بموافقة إرادتين، إرادة الموجب (البائع) وإرادة المنضم (المستهلك)، وأثارها القانونية أيضاً محددة بإرادة الطرفين، وبالتالي فهي تخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، مبررين موقفهم بأن المساواة بين الطرفين وحرية المناقشة والتفاوض ليست من مقتضيات العقد ولا تكفي معياراً لتمييز علاقات الإذعان عن العقد، وإنما هي اعتبارات تقضي تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي عن طريق تنظيم المشرع لهذا النوع من العقود⁴⁵⁸.

وحماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية تمتد إلى طائفة العقود الإلكترونية، فالواقع الإلكتروني لا يسمح للمستهلك مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية تجعله في مركز متساو مع المهني الذي يتفرد بتحديد شروط العقد، فالإيجاب الصادر بخصوص عقد التجارة الإلكترونية يتضمن شروط العقد ككل ولا يخول المستهلك إلا القبول المذعن إذا ما أراد إتمام العقد،

456 - أنظر: فاطمة نساح، مفهوم عقد الإذعان، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 1998، ص.80.

457 - وهو رأي الفقيه سالي وأغلب فقهاء القانون العام (ديجي، هوريو)، أنظر: لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص.42.

458 - نفس المرجع، ص.35.

فمضمون العقد محدد سلفاً من قبل المهني المتعاقد، ومطروح في الموقع الإلكتروني بشكل جامد، وطبيعة العقد الإلكتروني لا تتيح التواصل المباشر بين المهني والمستهلك وبالتالي لا مجال لفرصة المساومة من أصلها، ويتم التعامل على هذا المضمون بأكمله كوحدة بمجرد النقر على الموقع⁴⁵⁹، وعليه فإذا كان العقد الإلكتروني طرفاه عون الاقتصادى ومستهلك فلا مناص من إفادة هذا الأخير من الحماية المقررة له تجاه الشروط التعسفية التي يتضمنها العقد الإلكتروني.

هذه هي العناصر الثلاثة التي تحدد نطاق حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية انطلاقاً من التعريف الذي أورده القانون 02/04 للعقد، هذا التعريف الذي يجسد لنا في الحقيقة مفهوم عقد الإذعان في عقود الاستهلاك.

وانطلاقاً مما سبق يتضح أن ثمة تفاوت بشأن نطاق الحماية تجاه الشروط التعسفية بين قواعد حماية المستهلك والقواعد العامة، مردّه التفاوت الحاصل بين مفهوم "العقد" في القانون 02/04 والمفهوم التقليدي لـ "عقد الإذعان"، فهذا الأخير وإن لم تعرفه التشريعات المدنية واختلاف الفقه حول تعريفه إلا أن جانباً كبيراً من الفقه والقضاء منفق على ثلاث خصائص تميزه⁴⁶⁰:

أ- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية للجمهور بحيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها.

ب- احتكار الموجب لهذه السلعة أو الخدمة احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو على الأقل

سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

ج- أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط مقررة سلفاً ولا يقبل نقاشاً فيها، وغالباً ما تكون الشروط مطبوعة تصب في مصلحة الموجب.

فإذا توفرت هذه الخصائص اعتبر العقد عقد إذعان، وحينئذ يجوز للقاضي التدخل

لحماية المتعاقد الضعيف عن طريق تعديله للشروط التعسفية التي يتضمنها العقد أو الإغفاء منها وفق ما تقتضيه العدالة⁴⁶¹.

فبمقارنة خصائص عقد الإذعان بمفهوم العقد كما أورده القانون 02/04 نجد ما يلي:

- من ناحية أولى لم يشترط القانون 02/04 أن يتعلق الأمر بسلعة أو خدمة ضرورية،

وبالتالي فمهما كانت السلعة أو الخدمة التي يتعاقد لأجلها المستهلك فإنه يبقى جديراً بالحماية المقررة له تجاه الشروط التعسفية متى توفرت عناصر العقد المذكورة، وفي ذلك توسيع لنطاق حماية المستهلك في هذا المجال، كما يجنب إشكالية تحديد مدى ضرورة السلعة أو الخدمة محل العقد.

- ومن ناحية ثانية لم يشترط القانون 02/04 أن يكون البائع محتكراً للسلعة أو الخدمة،

وبالتالي فإن أحكام الشروط التعسفية تسري على البائع سواء كان محتكراً أو لم يكن مادامت له صفة العون الاقتصادي، وهذا أيضاً من شأنه توسيع نطاق الحماية المقررة للمستهلك، خصوصاً

وأن حرية المنافسة التي يقوم عليها اقتصاد السوق تضيق من فرص الاحتكار، فلو اشترط المشرع احتكار العون الاقتصادي للسلعة أو الخدمة محل العقد لضاق نطاق الحماية، فضلاً عن صعوبة إثبات هذا الاحتكار.

459 - أنظر: أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص.190. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص.33.

460 - أنظر: السنهوري، ج.1 (مصادر الإلتزام)، المرجع السابق، ص.245. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.130.

461 - أنظر المادة 110 مدني جزائري.

- ومن ناحية ثالثة فإنه إذا كان القانون 02/04 يشترط أن يكون العقد محررا مسبقا من طرف البائع فإن الفقه والقضاء لم يشترط التحرير المسبق للعقد لاعتباره عقد إذعان وإن اعتبر العقد المطبوعة هي الصورة الغالبة لعقود الإذعان، ومن هذه الناحية وإن بدا أن القانون 02/04 قد ضيق على المستهلك إلا أنه قد توسع في الأشكال التي يمكن أن ينجز فيها العقد كما سبق البيان.

- وأخيرا فإنه إذا كان إذعان المتعاقد في ظل القواعد العامة هو وليد انتفاء المناقشة والتسليم بالشروط التي بضعها الموجب، فإن إذعان المستهلك معياره هو عدم إمكانية إحداث تغيير حقيقي في العقد، وبالتالي فإن مناقشة المستهلك لما لا يعد جوهريا في العقد لا ينفي عنه وصف الإذعان، ومن ثم لا يزال أهلا للحماية.

هذه أهم أوجه الاختلاف التي يمكن رصدها بشأن نطاق حماية المستهلك تجاه الشروط التعسفية بين القواعد العامة والقانون 02/04، وهي تبرز بجلاء أن هذا الأخير قد وسع في هذا النطاق على نحو يشمل طائفة كبيرة من عقود الاستهلاك في الوقت الحاضر.

المطلب الثالث

جزاء الشرط التعسفي

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة وما تمخض عنه من قوة ملزمة للعقد، إلا أن هذا الأصل ما لبثت تلحقه الاستثناءات في التشريع الجزائي على غرار باقي التشريعات. فمن نظرية الظروف الطارئة إلى عقد الإذعان فالشرط الجزائي. هاهي الممارسات التعاقدية التعسفية تجسد استثناء جديدا يبرر حلول إرادة المشرع محل إرادة المتعاقدين، فما هو وجه تدخل المشرع هذه المرة يا ترى؟.

لقد اعتبرت المادة 38 من القانون 02/04 مخالفة أحكام المادة 29 منه بمثابة ممارسات تعاقدية تعسفية وعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5000.000 دج). فضلا عن حق المستهلك في أن يتأسس كطرف مدني في الدعوى للتعويض عما لحقه من أضرار جراء هذه الممارسات.

إلا أن القانون 02/04 لم ينص صراحة على مصير الشروط التعسفية التي أوردها، وهو ما يثير التساؤل بشأن مصيرها هل هو البطلان على غرار المشرع الفرنسي، أم يفهم من هذا السكوت أن المشرع أراد الإحالة على الأحكام العامة في القانون المدني، التي تقضي بإمكانية تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها؟ وعلى الرغم من ترجيحنا للفرض الأول وهو البطلان، إلا أن الأمر يقتضي مناقشة هذين الفرضين والوقوف على أسس هذا الترجيح.

أولا- الفرض الأول: تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه طبقا للقواعد العامة

من الوهلة الأولى يبدو طبيعيا تفسير سكوت القانون 02/04 في المادة 29 عن تحديد حكم الشرط التعسفي بأنه إحالة ضمنية للقواعد العامة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة وذلك انطلاقا من المبررات التالية:

- أن استعمال القانون 02/04 مصطلح "الشرط التعسفي"، وتعريفه العقد على نحو يقارب المفهوم الفقهي والقضائي لعقد الإذعان، بل وتصريحه بـ "إذعان المستهلك" كشرط لحمايته من الشروط التعسفية، كلها مؤشرات توحى بأن المشرع باستعماله اصطلاحات ذات

مدلول محدد في القانون المدني إنما أراد ترك المسألة للشرعية العامة مادام الأمر يتعلق بعلاقة تعاقدية في نهاية المطاف، سيما وأن المشرع كان بإمكانه أن يورد هذه الشروط دون أن يصفها بالتعسفية مادام لهذا الوصف آثار محددة في القانون المدني.

- لقد أورد القانون 02/04 شروطاً أخرى كالبيع بشرط كمية مفروضة، ونص صراحة على منعها، لذا يبدو سكوته بشأن الشروط التعسفية مقصوداً يراد به الإحالة على القواعد العامة.

بل إننا لو رجعنا إلى الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة نجد المشرع قد نص صراحة في المادة 13 منه على بطلان كل التزام أو اتفاقية أو شرط يتعلق بإحدى الممارسات المحظورة بموجب بعض المواد من بينها المادة 11 التي حظرت صوراً للتعسف في استغلال وضعية التبعية، فالمشرع على الرغم من نصه صراحة في المادة 11 على حظر هذه الممارسات ومعاقبته عليها، ومع ذلك لم يفته تأكيد بطلانها في المادة 13. وهو ما تفاداه المشرع في القانون 02/04 حيث لم يصرح بحظر الشروط التعسفية الواردة في المادة 29 ولا ببطانها. إن هذه المؤشرات إضافة إلى التنظيم الموضوعي الذي أورده القانون 02/04 للشروط التعسفية ونطاق حماية المستهلك تجاهها كلها تجعل هذا الفرض مستساغاً.

فإذا سايرنا هذا الافتراض فإن حكم الشروط التعسفية التي أوردها القانون 02/04 مناطه المادة 110 ق.م.ج التي تنص: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

من هنا فإنه إذا تعلق الأمر بممارسات تعاقدية تعسفية فإن المستهلك يمكنه اللجوء إلى القضاء طالبا تعديل العقد على نحو يعيد التوازن إليه، ودور القاضي لا يقتصر على التعديل بل يمكنه أن يمتد إلى إعفاء المستهلك من الشروط التعسفية أصلاً.

ولقد نصت المادة 110 على بطلان كل اتفاق يحد من حق الطرف المذعن في اللجوء إلى القضاء لطلب تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه، إذ لو أتيح ذلك للمتعاقدين لما تأخر البائع عن اشتراطه ومن ثم تتعطل الحماية التي يسعى إليها المشرع من أساسها. ولقد انتقد بعض الفقه التوسع في حماية الطرف المذعن على هذا النحو، ذلك لأن السلطات الممنوحة للقاضي بموجب المادة 110 تتجاوز السلطة الثابتة للقضاء عند تفسير العقود والتي تقتصر وفقاً للقواعد العامة على مجرد التفسير دون أي تدخل بإجراء التعديلات على الشروط التعاقدية ومن باب أولى التدخل لإهدار الشرط كلية، إلا أن خضوع الطرف المذعن في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبرراً كافياً للخروج عن حكم المبادئ العامة في عقود الإذعان، والمشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقاً للمتغيرات والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك⁴⁶².

ومادام القانون 02/04 اعتبر عدم إمكانية المستهلك إحداث تغيير حقيقي في العقد بمثابة إذعان له، فإن كل عقد يتم بهذا النحو يقتضي تأويل الشك لمصلحة المستهلك عملاً بالمادة 112 ق.م.ج التي تنص: "يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة ضاراً بمصلحة الطرف المذعن". وبالتالي فإذا ما ثار شك حول بند من بنود العقد فإنه يؤول لمصلحة المستهلك حتى وإن كان دائماً به للبائع.

هذه أوجه الحماية التي تحققها القواعد العامة للمستهلك إذا وقع ضحية ممارسات تعاقدية تعسفية، ومن ثم فإن ما أضافه القانون 02/04 بالنسبة للمستهلك هو توسيعه من مفهوم الإذعان والشروط التعسفية على نحو يتسع معه تطبيق المادتين 110 و 112 ق.م.ج. هذا كله على افتراض سكوت المشرع عن تحديد مصير الشرط التعسفي فيه إحالة ضمنية على القواعد العامة.

ثانيا- الفرض الثاني: بطلان الشرط التعسفي

على الرغم من التبريرات التي سبق الإشارة إليها إلا أننا نرجح البطلان المطلق للشروط التعسفية إذا تعلق الأمر بممارسات تعاقدية تعسفية مع استمرار العقد من دونها مستنديين إلى المبررات التالية:

- أن الطابع التجريمي للممارسات التعاقدية التعسفية ينقل هذه الشروط العقدية إلى دائرة النظام العام، أي أن هذه الشروط التعسفية تعتبر مخالفة للنظام العام مادامت قد وردت تحت طائلة العقوبة، وكل شرط مخالف للنظام العام يقع باطلا بطلانا مطلقا.

- لقد وردت عبارة في نهاية المادة 30 من القانون 02/04 يستشف منها بطلان الشروط التعسفية حيث تنص: "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية". فاستعمال عبارة "المنع" في هذه المادة يفيد أن العمل بالشروط التعسفية في "العقود" أمر ممنوع قانونا وهو ما يقتضي بطلانها. ومع ذلك فإن هذا المنع ورد بصفة محتشمة، و في سياق الإحالة على التنظيم وليس من صلب القانون 02/04 بل إن المادة 30 نصت على إمكانية منع العمل ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية، وكان المنع لا يشمل جميع الشروط التعسفية.

فهذه المبررات -خصوصا الأول- ترجح من وجهة نظرنا بطلان الشرط التعسفي مع استمرار العقد من دونه، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي صراحة في قانون 10 جانفي 1978، ومن بعده قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة (L.132-1) منه التي نصت في الفقرة 6 على اعتبار الشروط التعسفية كأن لم تكتب "réputées non écrites...". أي باطلا، في حين نصت الفقرة 8 من نفس المادة على استمرار العقد بجميع بنوده من غير التي اعتبرت تعسفية إذا أمكن استمراره من دون تلك الشروط، وهو حل يخدم مصلحة المستهلك الذي يهمله بقاء العقد مع تصفيته من الشروط التعسفية⁴⁶³.

ونظرا لتعلق حظر الشروط التعسفية بالنظام العام فإن البطلان حينئذ يجب أن يكون بطلانا مطلقا، ومع ذلك يرى الفقيه "GHESTIN" تعليقا منه على قانون 10 جانفي 1978 أن هذا البطلان وإن تعلق بالنظام العام إلا أنه مقرر لحماية المستهلك وبالتالي فالبطلان يجب أن يكون نسبيا. في حين ورد في المشروع المقدم من الحكومة أن البطلان الذي يلحق بالشروط الواردة بالقائمة المشار إليها في هذا القانون هو بطلان مطلق⁴⁶⁴.

والفرق واضح بين كون الشرط التعسفي باطلا بطلانا مطلقا وكونه قابلا للتعديل أو الإعفاء حسب المادة 110 ق.م.ج. ، ففي الحالة الأخيرة يتوقف الأمر على مطالبة

⁴⁶³- J. Calais Auloy et F. Steinmetz, op. cit., p. 200.

المستهلك (الطرف المذعن) بتعديل الشرط أو الإعفاء منه أمام القضاء، في حين يعتبر الشرط كأن لم يكن عند اعتباره باطلا بطلانا مطلقا.

ومن جهة أخرى إذا كان دور القاضي في تعديل الشرط التعاقدى أو الإعفاء منه يتوقف على تحقيق التوازن العقدي وهذا ما قصدته المادة 110 بعبارة "وذلك وفق ما تقضي به العدالة"، فإن الشرط التعسفي إذا ما تعلق بإحدى الصور المنصوص عليها في المادة 29 فإنه يبطل ولو أدى بطلانه إلى رجحان كفة العقد لصالح المستهلك.

وأخيرا إذا كان حكم الشرط التعسفي هو البطلان فإننا نتساءل لماذا يصف المشرع هذه الشروط بالتعسفية حيث كان يستحسن لو قرر منعها منذ البداية تماما كما قرر منع البيع المشروط، وذلك بأن تتم صياغة المادة 29 على النحو التالي: "يمنع في العقود بين المستهلك والبائع كل بند أو شرط يمنح هذا الأخير: .." مع إضافة التعريف الذي أورده المشرع للشرط التعسفي كحالة إضافية عامة في المادة 29، وبهذا يتفادى المشرع تعميم صفة "التعسف" على شروط تختلف من حيث آثارها القانونية. ذلك أن الشروط العقدية في التشريع الجزائري يمكن تصنيفها في ثلاث مراتب:

أ- شروط مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة وجزءها البطلان، وتشمل الشروط التي حظرها أو عاقب عليها القانون 02/04.

ب- شروط تعسفية: وهي التي من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي في عقود الإذعان وهي جائزة لكنها عرضة للتعديل أو الإعفاء طبقا للمادة 110 ق.م.ج.

ج- شروط لا تخالف النظام العام والآداب العامة ولا تخل بالتوازن العقدي في عقود الإذعان، وهي جائزة لا يجوز التدخل لتعديلها ناهيك عن الإعفاء منها أو بطلانها. فالقانون 02/04 حينما وصف هذه الشروط الباطلة بالتعسفية يكون بذلك قد أحدث خطأ في المفاهيم كان يمكن تجاوزه عن طريق حظر هذه الشروط مباشرة لتدخل ضمن الشروط الباطلة، دون حاجة لوصفها بالتعسف.

ويبدو أن مشرّعنا قد سار على درب المشرع الفرنسي الذي سمّاها بنودا تعسفية (Clauses abusives)، لكن هذا الأخير لم ينظم الشروط التعسفية في القانون المدني، وإنما نظمها مباشرة في قانون 10 جانفي 1978 وقرر بطلانها منذ البداية، لذا فإن الالتباس والتضارب بين الأحكام غير مطروح لديه.

ومهما يكن فإن منع المشرع لهذه الشروط يبين مقدار ما حظي به المستهلك من حماية تجاه الشروط العقدية بوجه عام ضمن القانون 02/04، فبعد أن ألزم المشرع البائع بضرورة إعلام المستهلك بشروط العقد وحظره البيع المشروط. هاهو يحظر الشروط التعسفية على نطاق واسع، بل ويفتح الباب على مصراعيه للسلطة التنفيذية لتشريع في هذا المجال، كل ذلك يعكس تراجع دور إرادة المتعاقدين في تحديد مضمون عقد الاستهلاك، مقابل فرض المشرع لإرادته مستهدفا حماية الطرف الضعيف وتحقيق التوازن العقدي، وهو ما جعل مبدأ سلطان الإرادة ينحصر ضمن نطاق ضيق في عقود الاستهلاك.

نخلص في ختام هذا الفصل إلى أن حماية المستهلك في الجزائر قد شهدت نقلة نوعية مع اعتماد المشرع مبدأ نزاهة الممارسات التجارية الذي تجسد في حظر بعض الممارسات لم تكن محظورة في ظل القواعد العامة.

فالنزاهة اقتضت حظر المشرع رفض التعاقد رعاية منه لرغبات المستهلك، وحماية له من الاعتبارات العنصرية التي قد تغذي بعض الممارسات. كما تقتضي النزاهة حماية المستهلك من التحريض المصطنع على التعاقد عبر الإغراء والتضليل، وهو ما جسده منع البيع بالمكافأة والإشهار التضليلي بصوره المختلفة. وأخيرا فإن النزاهة تتنافى واستغلال العون الاقتصادي لقدراته الاقتصادية بشكل مجحف لابتزاز المستهلك وإذعانه عبر ما يفرضه في العقد من شروط، ومن ثم حظر المشرع البيع المشروط والشروط التعسفية. ولما كانت هاته الممارسات تعد انعكاسا للنفوذ الاقتصادي الذي يتمتع به العون الاقتصادي، فإن ذلك يجعل مبدأ نزاهة الممارسات التجارية من أهم الوسائل التي رصدها المشرع لمواجهة ذلك النفوذ الذي ظل يشكل أهم أسباب اختلال التوازن العقدي لصالح العون الاقتصادي على حساب المستهلك.

خاتمة

من خلال دراستنا للحماية التي حظي بها المستهلك ضمن القانون 02/04 في بعدها المدني، نخلص إلى أن هذا القانون قد وفق إلى حد بعيد في تقوية المركز التعاقدى للمستهلك على نحو يضمن لعلاقته بالعون الاقتصادي قدرا معقولا من التوازن كفيلا برعاية مصالح المستهلك وحماية إرادته واختياره، مما يبرر لنا القول أن هذا القانون يعد خطوة متقدمة في مجال حماية المستهلك في الجزائر.

فلا قد بينا (الفصل التمهيدي) كيف أن القواعد العامة عادت لا تفي بالحماية الكافية للمستهلك نتيجة ظروف اقتصادية واجتماعية جديدة جعلتها عاجزة عن استيعاب مختلف جوانب الضعف الذي يعانیه المستهلك، وكيف أن القانون رقم 02/89 رغم أهمية ما تضمنه من حماية إلا أن تلك الحماية أصبحت تمثل المظهر التقليدي لحماية المستهلك كونها تركز على رعاية صحة وسلامة المستهلك وتلبية المنتج لرغباته الاستهلاكية، في وقت صار يحتاج فيه المستهلك لحماية أبعد من هاته.

من هنا تتجلى أهمية القانون 02/04 كونه سعى لمعالجة معضلة الضعف التعاقدى لدى المستهلك من مختلف جوانبها التي تعددت مع الواقع الاقتصادي والاجتماعي الجديد، وذلك من خلال مبدئي الشفافية والنزاهة اللذين أسست عليهما الممارسات التجارية في هذا القانون. فمن خلال مبدأ شفافية الممارسات التجارية (الفصل الأول) كفل المشرع للمستهلك حق الإعلام والتبصير بأهم الجوانب التي تنير اختياره ورضاه. فالمشرع حينما ألزم العون

الاقتصادي بإعلام أسعار وتعريفات السلع والخدمات وألزمه إخبار المستهلك بالمعلومات الصادقة والنزيهة حول مميزات المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس والحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية يكون بذلك قد ألقى على عاتق العون الاقتصادي واجب تدارك التفاوت في الخبرة الفنية بينه وبين المستهلك.

كما أن مبدأ الشفافية كفل للمستهلك الحق في الفوترة، مما أتاح له وسيلة هامة لإثبات الجوانب المختلفة لعلاقته بالعون الاقتصادي على نحو يضمن للمستهلك حقوقه ويحميها. ناهيك عما للشفافية من دور في تفعيل الرقابة حول مدى احترام الأعوان الاقتصاديين للقانون. أما مبدأ نزاهة الممارسات التجارية (الفصل الثاني) فقد جسده حظر هذا القانون لمختلف الممارسات التي تعكس استغلال العون الاقتصادي لقوته الاقتصادية. فالمشرع حينما حظر رفض التعاقد والبيع المشروط والشروط التعسفية بمختلف صورها هو في الحقيقة إنما يحظر كل ما من شأنه إعلاء إرادة العون الاقتصادي على إرادة المستهلك في التعاقد، وفي ذلك حد من استغلال تفاوت القدرات الاقتصادية لإذعان المستهلك أو ابتزازه. كما أن مبدأ النزاهة اقتضى حظر الإشهار التضليلي بصوره المختلفة، تجاوبا مع الواقع الذي يثبت أن الدعاية الإشهارية صارت العمود الفقري لنظام التسويق المعاصر. والمحصلة هي أن المشرع حينما فرض على العون الاقتصادي التزامات من شأنها تضيق تفاوت الخبرات الفنية والقانونية بينه وبين المستهلك وحد من استغلاله لقوته الاقتصادية يكون بذلك قد عالج أهم أسباب اختلال التوازن العقدي بين العون الاقتصادي والمستهلك ممثلة في تفاوت القدرات الفنية والاقتصادية بين الطرفين.

إلا أن هذه الحماية التي حظي بها المستهلك في القانون 02/04 لم تكن لتتم إلا عبر التضحية ببعض المبادئ التي ظلت تلازم النظرية العامة للعقد في مقدمتها مبدأ سلطان الإرادة الذي تراجع بشدة أمام بسط المشرع سلطانه على معظم جوانب العلاقة التي تربط العون الاقتصادي بالمستهلك أو ما اصطلح عليه بـ "عقد الاستهلاك"، حيث صارت إرادة المشرع تشارك بل وتطغى على إرادة الطرفين في تكوين هذا العقد وتحديد مضمونه، وهو ما أهدر جانبا كبيرا من الحرية التعاقدية التي يتمتع بها المتعاقدين في ظل النظرية التقليدية للعقد. كما أن حماية المستهلك اقتضت تجاهل المشرع لمبدأ الأثر النسبي للعقد حين منح جمعيات حماية المستهلك حق التقاضي للدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين. ناهيك عن تفاصيل أخرى منها أن هذا القانون قد قضى على صفة التجرد التي تطبع الإيجاب والقبول في ظل النظرية العامة للعقد وذلك حينما ألزم العون الاقتصادي بإعلام الأسعار والتعريفات مما فرض عليه مركز الموجب، وكذا توسيعه لمفهوم الإذعان وترتيبه البطلان على الشروط التعسفية بدل إمكانية تعديلها أو الإعفاء منها في ظل القواعد العامة. وفوق كل ذلك فإن الوصف الجزائي لمخالفة أحكام هذا القانون باعتباره مظهرا للنظام العام الاقتصادي أضفى على نصوصه طابعا آمرا لم يترك مجالاً للطابع التكميلي الذي ميز قواعد النظرية العامة للعقد، حتى بدت علاقة العون الاقتصادي بالمستهلك أشبه بالمركز القانوني المنظم منه للعقد.

ومع ذلك فإن تهيئة نصوص قانونية لحماية المستهلك لا يكفي وحده لحل المشكلة من جميع أبعادها ما لم تدعم هذه النصوص بخطوات تنظيمية وآليات عملية تضمن فاعليتها، فضلا عن ضرورة تظافر مختلف الجهود في هذا المسعى كون حماية المستهلك هي قضية الجميع، لذلك نوصي بما يلي:

- تعزيز فاعلية هذا القانون بإصدار نصوصه التنظيمية حتى يكون قابلا للتطبيق الأمثل ولسد ما يتخلله من فراغات.

- تدارك ما بدا من خلال البحث أنه لبس أو قصور يكتنف بعض أحكام هذا القانون خصوصا فيما يتعلق بنطاق تطبيقه.

- تأهيل الأعوان المكلفين بالمعاينة والتحقيق في مخالفات هذا القانون على نحو يمكنهم من استيعاب مختلف الجوانب القانونية والفنية التي يتضمنها.

- إضطلاع جمعيات حماية المستهلك بدورها الذي كرسه هذا القانون، وذلك بالدفاع عن مصالح المستهلكين وتوعيتهم وتحسيسهم بحقوقهم، ومراقبة مدى احترام النصوص التي رصدت لحمايتهم.

- ضرورة إدراك المستهلك للأبعاد المدنية التي توفرها أحكام هذا القانون حتى لا يفوته هذا الجانب من الحماية، خصوصا وأن الحماية المدنية يتوقف إعمالها على تدخل المستهلك، بخلاف الحماية الجزائية التي تتولى الدولة متابعتها.

- تفعيل المنهج الوقائي في حماية المستهلك من خلال توعية العون الاقتصادي بواجباته لتجنيبه الوقوع في المحذور، سيما وأنه كثيرا ما يقع في المخالفات لا لشيء غير كونه يجهل القانون.

وفي الختام يجب أن لا يغيب عن أذهاننا ونحن نسعى جهدنا لحماية أنفسنا كمستهلكين ضرورة أن تتصف هذه حماية بالعدالة، وذلك بأن تتوقف عند حدود ما تقتضيه الموازنة بين حقوق وواجبات ومصالح الأطراف، خشية أن تتحول حماية المستهلك إلى حماية جائرة تتجاهل حقوق العون الاقتصادي، بل إن عدالة هذه الحماية تحقق مصلحة المستهلك نفسه، إذ المبالغة في التضييق على العون الاقتصادي قد يؤدي به للعزوف عن النشاط من أساسه، والخاسر بلا شك هو المستهلك. فضلا عن أن هذا التضييق قد يشكل عائقا أمام آليات اقتصاد السوق الذي يقوم أساسا على تحرير التجارة وتشجيع الاستثمار والمنافسة. لذا فإن السعي الحثيث نحو تكريس حماية المستهلك يجب أن يراعي حقوق الأعوان الاقتصاديين وآليات اقتصاد السوق.

قائمة المراجع

أولاً: مراجع باللغة العربية:

1- الكتب:

أ- الكتب العامة:

- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام والإثبات)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- د. الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، ط.1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.
- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2000.
- د. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط.3، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
- الشيخ شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج.3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج.1 (مصادر الالتزام) ج.4 (عقد البيع)، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- د. علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر، الجزائر، 2001.
- د. محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

- د. محمد حسين منصور - نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
- د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، ج. 1 (العقد والإرادة المنفردة)، ط. 2، دار الهدى، عين مليلة (الجزائر)، 2004.
- د. محمد عبد الوهاب العزاوي، أنظمة إدارة الجودة والبيئة (iso 9000, iso1400)، ط. 1، دار وائل للنشر، عمان، 2002.
- د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة (عقد البيع)، ط. 2، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- د. نعيم مغنّب، قانون الأعمال، مكتبة الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.
- د. همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

ب- الكتب المتخصصة:

- د. أحمد محمد محمود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- د. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- د. السيد خليل هيكل، نحو القانون الإداري للاستهلاك في سبيل حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
- د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
- د. حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- د. حسين فتحي، حدود مشروعية الإعلانات التجارية لحماية المتجر والمستهلك، (بدون دار النشر والتاريخ).
- د. حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للمبيع، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 1999.
- د. حمد الله محمد حمد الله، مختارات من كتاب قانون الاستهلاك الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- د. رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2004.
- د. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بضمان السلامة في عقد العمل، ط. 1، (بدون دار النشر والتاريخ).
- د. عادل قورة (وآخرون)، الحماية التشريعية للمستهلك في مصر، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، 1999.
- د. عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، ط. 1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.

- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- د. علي السيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
- أ. علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، 2000.
- د. محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج، ط. 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983.
- أ. لعشيب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

2- الرسائل:

- د. العيد حداد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 2002. (غير منشورة).
- خديجة قندوزي، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية (على ضوء مشروع قانون الإشهار لسنة 1999)، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2001/2000. (غير منشورة).
- ربيعة حليمي، ضمان الإنتاج والخدمات، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2001/2002. (غير منشورة).
- زكية جديني، الإشهار والمنافسة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2001/2000. (غير منشورة).
- فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 1998/1997. (غير منشورة).

3- المقالات:

- د. أحمد عبد الرحمان الملح، نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها، مجلة الحقوق الكويتية، جامعة الكويت، السنة 16، عدد 1-2، مارس ويونيو 1992.
- أ.د. الطيب زيروتي، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، الجزء 42- رقم 02- 2000.
- د. بختة موالك، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، جزء 37- رقم 02- 1999.
- د. جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة (القسم الأول)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 20، عدد 3، سبتمبر 1996.
- د. جمال النكاس، حماية المستهلك وأثره على النظرية العامة في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 13، عدد 2، يونيو 1989.

- عباسي شعبان، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، الجزء 42- رقم 02- 2000.
- فتيحة يوسف، حماية المستهلك في مجال الصيدلة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، الجزء 39- رقم 01- 2002.
- محمد الشريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المنافسة للمنافسة، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، العدد 23، 2002.
- محمد بودالي، مدى خضوع الإدارة ومرتقيها لقانون حماية المستهلك، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، العدد 24، 2002.
- د.محمود أحمد الكندري، دور القانون التجاري في حماية المستهلك في الكويت (دراسة مقارنة في التشريع الإنجليزي-الأمريكي-الفرنسي)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 22، العدد 01، مارس 1998.
- المستشار نذير بيوت، مساهمة القضاء في حماية العلامات التجارية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2- 2003.

4- مراجع أخرى:

- أ.د. عبد الرزاق زوينة، محاضرات في طرق الإثبات، ملقاة على طلبة الماجستير قسم الحقوق، جامعة ورقلة، 2004، (غير منشورة).
- وزارة العدل، مذكرة بخصوص كيفية تطبيق المادة 94 من الأمر 06/95 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالمنافسة، الجزائر في 08 ديسمبر 1997.
- وزارة التجارة، مذكرة عرض أسباب مشروع قانون يحدد قواعد المطابقة على الممارسات التجارية، أكتوبر 2003.
- وزارة التجارة، مذكرة تبين تطبيق المادة 11 من القانون 02/04 المؤرخ في 23/06/2004 المحدد للقواعد المطابقة على الممارسات التجارية، الجزائر في 14 مايو 2005.

ثانيا- مراجع باللغة الفرنسية:

Les ouvrages

1- الكتب:

- François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, **Droit civil - Les obligations**, 8^e édition, Dalloz, 2002.
- Jack Bussy, **Droit des affaires**, Presses de Science PO et Dalloz, 1998.

- Jean Calais –Auloy et Frank Steinmetz, **Droit de la consommation**, 5^e édition, Dalloz, 2002.
- JEAN Larguier, Philippe Conte, **Droit pénal des affaire**, 10^e édition, 2001.
 - Marie - Stéphane Payet, **Droit de la concurrence et droit de la consommation**, Dalloz, 2001.
- Wilfrid Jeandidier, **Droit pénal des affaires**, 4^e édition, Dalloz, 2000.

2 - المقالات - Les articles

- Abdallah Benhamou, **la protection des consommateurs Dans les règle de commerce international**, Revue IDARA, L'Ecole Nationale d'Administration, n° 22 - 2001.
- B. Filali, F. Fettat et A. Boucenda, **Concurrence et protection du consommateur dans les domaine alimentaire en Algérie**, Revue IDARA, L'Ecole Nationale d'Administration, Vol. 8 - n° 1- 1998.
- Bouaiche Mohamed, **Qualité des aliments et protection de la santé du consommateur**, Revue Algérienne Des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques, Faculté de Droit de l'Université d'Alger, Vol. 36 - n° 4 - 1991.
- M. Kahloula et G. Mekamcha, **La protection du consommateur en droit Algérien**, Revue IDARA, L'Ecole Nationale d'Administration, Vol. 5 - n° 2- 1995.

ثالثا- النصوص القانونية:

1- القوانين:

- القانون 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985 يتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم (جريدة رسمية 1985/08).
- القانون 02/89 المؤرخ في 07 فيفري 1989 يحدد القواعد العامة لحماية المستهلك (جريدة رسمية 1989/06).
- القانون 01/96 المؤرخ في 10 يناير 1996 يحدد القواعد التي تحكم الصناعات التقليدية والحرف (جريدة رسمية 1996/03).
- القانون 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (جريدة رسمية عدد 2004/41).
- القانون 04/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يتعلق بالتنقييس (جريدة رسمية 2004/41).
- القانون 08/04 المؤرخ في 14 أوت 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية (جريدة رسمية 2004/52).

2- الأوامر:

- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم (جريدة رسمية 1966/47)
- الأمر رقم 155/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم (جريدة رسمية 1966/48)
- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم (جريدة رسمية 1966/49)
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم (جريدة رسمية 1975/101)
- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم (جريدة رسمية 1975/101)
- الأمر 04/10 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها (جريدة رسمية عدد 2001/47).
- الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة (جريدة رسمية 2003/43).
- الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات (جريدة رسمية 2003/44).

3- المراسيم:

- المرسوم التنفيذي 39/90 المؤرخ في 30 يناير 1990، المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش (جريدة رسمية 1990/05)
- المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 يتعلق بضمان المنتجات والخدمات (جريدة رسمية 1990/40).
- المرسوم التنفيذي 286/92 المؤرخ في 06 يوليو 1992 المتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري (جريدة رسمية 1992/53).
- المرسوم التنفيذي رقم 119/95 المؤرخ في 28 أبريل 1995 يتضمن تصنيف السلع والخدمات الخاضعة لنظام الأسعار المقننة (جريدة رسمية 1995/25).
- المرسوم التنفيذي 31/96 المؤرخ في 15 يناير 1996 يتضمن كيفية تحديد أسعار بعض السلع والخدمات الاستراتيجية (الجريدة الرسمية 1996/04).
- المرسوم التنفيذي رقم 335/96 المؤرخ في 19 أكتوبر 1996 المتعلق بإنشاء شبكة مخابر التجربة وتحاليل النوعية وتنظيمها وسيرها (جريدة رسمية 1996/62).
- المرسوم التنفيذي 44/98 المؤرخ في 01 فيفري 1998 المتعلق بحدود الربح القصوى عند الإنتاج والتوزيع التي تطبق على الأدوية المستعملة في الطب البشري (جريدة رسمية 1998/05).
- المرسوم التنفيذي 448/02 المؤرخ في 17 ديسمبر 2002 المتعلق بالتعريفات القصوى لنقل الركاب في سيارات الأجرة "طاكسي". (جريدة رسمية 2002/58).

- المرسوم التنفيذي 67/05 المؤرخ في 30 يناير 2005 يتعلق بإنشاء اللجنة الوطنية للمدونة الغذائية (جريدة رسمية 2005/10)
- المرسوم التنفيذي رقم 207/05 المؤرخ في 4 يونيو 2005 يحدد شروط وكيفيات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه (جريدة رسمية 2005/39).
- المرسوم التنفيذي 468/05 المؤرخ في 10 ديسمبر 2005 يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفية ذلك (جريدة رسمية 2005/80).

4- القرارات:

- القرار المؤرخ في 10 مايو 1994 المتضمن كيفيات تنفيذ المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 15 ديسمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات (جريدة رسمية 1994/35).

الفهرس

مقدمة

فصل تمهيدى: تطور حماية المستهلك في التشريع الجزائري

4.....

المبحث الأول : حماية المستهلك من خلال القواعد العامة في القانون

المدنى.....5

المطلب الأول: حماية المستهلك أثناء تكوين

العقد..... 5

- أولاً: نظرية عيوب

الإرادة.....5

- ثانياً: نظرية العلم الكافى

بالمبيع.....8 المطلب الثانى: حماية

المستهلك أثناء تنفيذ العقد.....11

- أولاً: نظرية ضمان العيوب

الخفية.....11

- ثانياً: حماية الطرف الضعيف فى عقد

الإذعان.....13

- ثالثاً: أحكام المسؤولية المدنية.....

14

المبحث الثانى: تطور حماية المستهلك فى ظل القانون

رقم 02/89.....17

المطلب الأول: الحماية الموضوعية

للمستهلك.....17

- أولاً: الالتزام

بالسلامة.....17

- ثانياً: الالتزام

بالمطابقة.....20

- ثالثاً: الالتزام

بالضمان.....23

- رابعاً: حق المستهلك فى

التجربة.....29

المطلب الثاني: الحماية الإجرائية

للمستهلك.....31

- أولاً: حق المستهلك في الرجوع المباشر على أي من المتدخلين في عرض المنتج

للاستهلاك.....31

- ثانياً: حق جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن المصالح المشتركة

للمستهلكين.....33

المبحث الثالث: تكريس حماية المستهلك في ظل القانون

02/04.....36

المطلب الأول: نطاق تطبيق القانون 02/04.....

36

- أولاً: مفهوم

المستهلك.....36

- ثانياً: مفهوم العون

الاقتصادي.....41

- ثالثاً: مصطلح "الممارسات التجارية" ونطاق تطبيق القانون

02/04.....46

المطلب الثاني: المميزات القانون 02/04 في مجال حماية المستهلك بوجه

عام.....47

- أولاً: تعدد مظاهر حماية

المستهلك.....47

- ثانياً: تطور مضمون حماية

المستهلك.....49

- ثالثاً: تكريس النظام العام الاقتصادي على حساب المبادئ العامة لنظرية

العقد.....50

الفصل الأول: حماية المستهلك من خلال شفافية الممارسات التجارية

52.....

المبحث الأول: التزام البائع بإعلام الأسعار

والتعريفات.....53

المطلب الأول: نظام الأسعار في

الجزائر.....53

- أولاً: نظام حرية

الأسعار.....53

- ثانياً: نظام تقنين

الأسعار.....55

المطلب الثاني: تنفيذ الالتزام بإعلام الأسعار

والتعريفات.....59

- أولاً: طريقة الإعلام بالأسعار

والتعريفات.....59

- ثانياً: تحديد مقدار السلعة المقابل للسعر

المعلن.....60

	- ثالثا: موافقة الأسعار والتعريفات المعلنه للمبلغ الإجمالي المدفوع مقابل اقتناء السلعة أو الحصول على الخدمة.....	62
	المطلب الثالث: أثر مخالفة الالتزام بإعلام الأسعار والتعريفات.....	64
	- أولا: عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات.....	64
	- ثانيا: ممارسة أسعار غير شرعية.....	65
	المبحث الثاني: التزام البائع بالإخبار.....	68
	المطلب الأول: ماهية الالتزام بالإخبار.....	68
	- أولا: تعريف الالتزام بالإخبار.....	68
	- ثانيا: خصائص الالتزام بالإخبار.....	70
	المطلب الثاني: تنفيذ الالتزام بالإخبار.....	75
	- أولا: الإخبار بمميزات المنتج أو الخدمة.....	75
	- ثانيا: إخبار المستهلك بشروط البيع الممارس.....	81
	- ثالثا: إخبار المستهلك بالحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة.....	84
	المطلب الثالث: جزاء الإخلال بالالتزام بالإخبار.....	85
	- أولا: دعوى الإبطال للتدليس.....	85
	- ثانيا: مسؤولية البائع عن الأضرار المترتبة عن عدم الإخبار.....	86
	المبحث الثالث: التزام البائع بالفوترة.....	87
	المطلب الأول: تنفيذ الإلتزام بالفوترة.....	87
	- أولا: توقف التزام العون الاقتصادي بالفوترة على طلب المستهلك.....	87
	- ثانيا: شروط وكيفيات تحرير الفاتورة.....	88
	- ثالثا: الترخيص بوصول التسليم بدل الفاتورة.....	91

	المطلب الثاني: أهمية
92.....	الفترة.....
	- أولاً: إضفاء الشفافية على
92.....	المعاملات.....
	- ثانياً: الفاتورة وسيلة
93.....	للاثبات.....
	المطلب الثالث: أثر مخالفة الالتزام
95.....	بالفترة.....
	- أولاً: عدم
96.....	الفترة.....
	- ثانياً: الفاتورة غير
97.....	المطابقة.....
	الفصل الثاني: حماية المستهلك من خلال نزاهة الممارسات التجارية
99.....
.....	المبحث الأول: حماية المستهلك تجاه رفض التعاقد.....
100	المطلب الأول: اعتبار السلعة المعروضة على نظر الجمهور معروضة
100.....	للبيع.....
	- أولاً: أهمية اعتبار السلعة المعروضة على نظر الجمهور معروضة
100.....	للبيع.....
	- ثانياً: التكييف القانوني لعرض السلعة على نظر
101.....	الجمهور.....
	المطلب الثاني: شروط حظر رفض
104.....	التعاقد.....
	- أولاً: أن تكون السلعة معروضة للبيع أو تكون الخدمة
104.....	متوفرة.....
	- ثانياً: انعدام المبرر
106.....	الشرعي.....
	- ثالثاً: أن لا يتعلق الرفض بأدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض
.....	التظاهرات.....
107	المطلب الثالث: أثر رفض
108.....	التعاقد.....
	- أولاً: إذا كان عرض السلعة يشكل
108.....	إيجاباً.....
	- ثانياً: إذا كان عرض السلعة يشكل دعوة
110.....	للتعاقد.....

	المبحث الثاني: حماية المستهلك من بعض أنواع
111.....	البيع.....
	المطلب الأول: منع البيع
111.....	بالمكافأة.....
	- أولاً: مضمون البيع
112.....	بالمكافأة.....
	- ثانياً: الاستثناءات الواردة على منع البيع
115.....	بالمكافأة.....
	- ثالثاً: جزاء مخالفة منع البيع
117.....	بالمكافأة.....
	المطلب الثاني: منع البيع
117.....	المشروط.....
	- أولاً: مضمون البيع
118.....	المشروط.....
	- ثانياً: الاستثناء الوارد على منع البيع
119.....	المشروط.....
	- ثالثاً: جزاء مخالفة منع البيع
120.....	المشروط.....
	المبحث الثالث: حماية المستهلك من الإشهار
122.....	التضليلي.....
	المطلب الأول: مفهوم
123.....	الإشهار.....
	- أولاً:
123.....	الإعلان.....
	- ثانياً: استهداف الترويج لبيع السلع
124.....	والخدمات.....
	- ثالثاً: استعمال وسيلة من وسائل
126.....	الاتصال.....
	المطلب الثاني: حالات الإشهار
128.....	التضليلي.....
	- أولاً: الإشهار المفضي إلى
129.....	التضليل.....
	- ثانياً: الإشهار المفضي إلى
131.....	اللبس.....
	- ثالثاً: الإشهار
137.....	المضخم.....
	المطلب الثالث: أثر الإشهار
140.....	التضليلي.....

140.....	التعاقدي	- أولاً: دعوى تنفيذ الالتزام
143.....	للتدليس	- ثانياً: دعوى الإبطال
145.....	التعسفية	المبحث الرابع: حماية المستهلك من الشروط
145.....	التعسفي	المطلب الأول: ماهية الشرط
146.....	التعسفي	- أولاً: مفهوم الشرط
148.....	التعسفي	- ثانياً: صور الشرط
155.....	لتعسفية	المطلب الثاني: نطاق حماية المستهلك تجاه الشروط
156.....	خدمة	- أولاً: اتفاق أو اتفاقية بين البائع والمستهلك بهدف بيع سلعة أو تأدية
157.....	البائع	خدمة
158.....	المستهلك	- ثانياً: تحرير العقد مسبقاً من طرف
161.....	التعسفية	البائع
161.....	العامة	- ثالثاً: إذعان
162.....	التعسفي	المستهلك
165	قائمة	المطلب الثالث: جزاء الشروط
167.....	المراجع	التعسفية
		- أولاً: الفرض الأول: تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه طبقاً للقواعد
		العامة
		161 - ثانياً: الفرض الثاني: بطلان الشرط
		التعسفي
		162
		الخاتمة
		165
		قائمة
		المراجع
		167

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.