آليات حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشروط التعسفية

جامع مليكة
أستاذ محاضر قسم أ
المركز الجامعي علي كافي تندوف
malika_dja@hotmail.fr

حمودي محمد
أستاذ محاضر قسم أ
المركز الجامعي علي كافي تندوف
tasfaout01@yahoo.fr

المستخلص:

يتم إبرام العقود -غالبا- بعد مفاوضات عدة بين الأطراف المتعاقدة، ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة بحسب الأصل هو السائد في إبرام العقود، فالمتعاقد لا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختارا.

تأسيسا لذلك متى ارتضى المتعاقد التزاما بإراداته الحرة فعليه أن ينفذه طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية في جميع مراحل العملية العقدية بدء من مرحلة إبرامه إلى غاية تنفيذه.

فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون (المادة 166 ق م)، إلا أن تطبيق هذه القاعدة يفترض أن يكون كلا المتعاقدين على قدم المساواة وقت التفاوض وإبرام العقد.

لكن الواقع العملي أثبت اختلال التوازن بين المتعاقدين في العديد من المجالات، ذلك أن أحدها يكون في مركز قوة تمكنه من إملاء إرادته على المتعاقد الآخر الذي لا يمكن التسليم بأنه قد رضي بالعقد بناءً على إرادة حرة. فعقد الاستهلاك الإلكتروني يتم بين مهني له خبرة ودراية وقوة اقتصادية تخوله تضمين العقد شروطا تعسفية وإملاءها على المتعاقد الآخر وهو المستهلك الذي يكون في مركز ضعف يدفعه جهله وافتقاره للمعلومات وانجذابه نحو الإعلانات الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت إلى إبرام العقد.

بناء على ذلك وجب توفير الحماية للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف لمواجهة الشروط التعسفية التي تضمنها عقد الاستهلاك الإلكتروني، فما هي الوسائل التي تمكنه من ذلك؟.

الكلمات المفتاحية: المستهلك الإلكتروني، التوازن العقدي، الإذعان، الشروط التعسفية، المورد الإلكتروني

المقدمة Introduction

الأصل في إبرام العقود أنها تتم بعد مفاوضات بين الأطراف المتعاقدة، فمبدأ سلطان الإرادة بحسب الأصل هو السائد في إبرام العقود، ذلك أن "الإرادة الحرة هي التي تهيمن على العقد، فالمتعاقدين لا يلتزمان إلا بإرادتيهما، ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفا فيه، كما لا يكسب حقا من عقد لم يشترك فيه" (السنهوري، بدون سنة نشر، صفحة 144).

ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حرية المتعاقد وإرادته، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من الأفراد أساسها الإرادة الحرة، فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختارا (السنهوري، بدون سنة نشر، صفحة 141).

ومتى ارتضى المتعاقد التزاما في ذمته فإنه يكون صحيحا ومنتجا لأثره، لأن التزامه هذا بني على إرادته، ولا يصح له بعد ذلك أن يقيد من أثر العقد بتمسكه بأن غبنا قد لحقه ما دام أنه رضي عند تعاقده بهذا الغبن، "فالعامل الذي يتعاقد مع رب العمل حرا

ومختارا يجب عليه أن ينفذ ما التزم به، ولا يحتج بأن الشروط التي ارتضاها جائرة" (السنهوري، بدون سنة نشر، صفحة 145).

وكما أن العقد ينشأ عن إرادة حرة فإن ذلك يمتد إلى آثاره، حيث تقضي القاعدة العامة أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون" (المادة 166 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم)، إلا أن تطبيق هذه القاعدة يفترض أن يكون الطرفان على قدم المساواة وقت التفاوض وإبرام العقد. ولقد أثبت التطبيق العملي للعلاقات العقدية منذ أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين اختلال التوازن بين المتعاقدين في كثير من المجالات، حيث يلاحظ أن أحد الطرفين يتمتع بقوة لا يتمتع بها الطرف الآخر مما ييسر للأول أن يفرض على الثاني إرادته، وفي هذه الحالة لا يمكن أن يقال أن الطرف الضعيف قد أراد بحرية كاملة، بل كان عليه جبرا أن يقبل ما يفرضه الطرف القوي (خالد، 2012، صفحة 492). فلا يوجد ضابط موضوعي يحد من إرادة الطرف القوي في العقد أو يدفع به إلى العمل على إيجاد توازن موضوعي بين مصالحه ومصالح الطرف الضعيف، فواقع العقود الدولية في الوقت الحالي يؤكد بما لا يدع مجالا للشك أن جوهر ومحتوى سلطان الإرادة في نطاقها لا يعدو أن يكون سوى إرادة الطرف القوي (خالد، 2012، صفحة 493).

تبعا لما تقدم يمكن القول أن العقود التي يبرمها المهنيين بالنظر إلى ما يتمتعون به من قوة ونفوذ اقتصاديين في مواجهة المستهلكين، أن هؤلاء المهنيين دأبوا على أن يدرجوا في عقودهم شروطا وضعوها مسبقا من جانب واحد، فهذه الشروط تعتبر مجحفة في حق المستهلك الذي لم يتسنى له مناقشتها ولا التفاوض بشأنها وهذا ما يؤدي إلى اختلال التوازن بين طرفي العقد، "وبالتالي فهذه الشروط تعتبر شروطا تعسفية لأنها توفر مزايا فاحشة للمهنيين على حساب المستهلكين" (أمين، 2007-2008، صفحة 09).

وتزداد المشكلة في عقود التجارة الإلكترونية إذ أن أهم ما تتسم به هذه العقود هو عدم التوازن بين طرفي العقد لصالح التاجر المحترف، ومن ثم فإن هذه العقود ستكون مجالا رحبا لشروط تعسفية قد يفرضها التاجر المحترف على المستهلك، مما ينبغي معه الوقوف بوجه هذه الشروط لحماية الطرف الضعيف (موفق، 2011، صفحة 246) (المحور الأول).

ووفقا للقواعد العامة، فإن العقود التي يختل فيها التوازن العقدي لا تخرج عن كونها عقود إذعان، فهل الأمر نفسه ينطبق على عقود التجارة الإلكترونية، بعبارة أخرى ما مدى توفر الإذعان في عقود التجارة الإلكترونية (المحور الثاني).

من جهة أخرى وقصد ضمان حماية فعالة للمستهلك في مجال التعاقد الإلكتروني، فما هي السبل التي تكفل إعادة التوازن العقدي ومقاومة الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان (المحور الثالث).

المحور الأول: مفهوم الشروط التعسفية The concept of arbitrary terms

طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية، فالأصل أنه يجوز للمتعاقدين أن يضمنا عقدهما ما يشاءان من الشروط ما دامت غير ممنوعة قانونا، سواء كان المنع بنص خاص أو لمخالفته النظام العام والآداب، بيد أن الأطراف قد تضمن العقد شروطا تعسفية وهنا يثار

التساؤل عن معرفة الصفة التعسفية في الشرط (موفق، 2011، صفحة 247)، لذلك سنحاول من خلال هذا المحور التعريف بأطراف العلاقة التعاقدية أولا، ثم نقف عند مدلول الشرط التعسفي ونبين عناصره.

أولا: التعريف بأطراف العلاقة التعاقدية Definition of the parties to the contractual relationship

تجمع العلاقة التعاقدية في عقد الاستهلاك الإلكتروني بين طرفين أحدهما مهني له خبرة ودراية وقوة اقتصادية تخوله تضمين العقد شروطا تعسفية وإملاءها على المتعاقد الآخر وهو المستهلك الذي يكون في مركز ضعف يدفعه جهله وافتقاره للمعلومات وانجذابه نحو الإعلانات الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت إلى إبرام العقد.

1/ تعريف المستهلك الإلكتروني Defining the electronic consumer

بالرجوع إلى نص المادة 3 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش (القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (ج. ر. ع. 15)، 2009) المعدل والمتمم (القانون رقم 18-09 المعدل والمتمم للقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (ج. ر.ع. 35)، 2018) بالقانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 يونيو 2018، نجدها تنص على أنه "المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجات شخص آخر أو حيوان يتكفل به"، وهو نفس التعريف الذي تبناه المشرع في المادة 9/02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش (المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش الصادر بج. ر. ع. 05، 1990) التي تنص على أنه "المستهلك كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة، معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي لسد حاجتـــه الشخصيـــة أو حاجـــة شخـــص آخـــر أو حيوان يتكفل به".

من خلال ما تقدم يتضح أن المشرع الجزائري حاول تفادي النقـد الموجه للمعيارين الضيق والواسع في تعريف المستهلك، فعرّف المستهلك ولم يترك المجال للفقه في تعريفه، وباستقراء نص المادة 03 أعلاه يتبين أن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك والدليل على ذلك قوله "موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية".

وما يؤكد موقف المشرع الجزائري هو التعريف الوارد في المادة 2/3 من قانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم (قانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الصادر بج. ر. ع. 41، 2004)، حيث عرف المستهلك بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني.

ولا يخرج مفهوم المستهلك الإلكتروني عن مفهوم المستهلك التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي يتعاقد بها، لذلك نجد أن المشرع الجزائري عرف المستهلك الإلكتروني بموجب القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية (القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، (ج. ر. ع. 28)، 2018)، حيث نصت المادة 3/06 منه المستهلك الإلكتروني بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

2/ تعريف المورد الإلكتروني Definition of electronic supplier

تعددت التسميات التي قيلت بشأن مقدم السلعة أو الخدمة بين مورد وحائز، مجهز ومتدخل أو محترف تبعا لاختلاف التشريعات الخاصة بحماية المستهلك في الجزائر وفي الأنظمة المقارنة. ويمكن أن نعرف مقدم السلعة أو الخدمة بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يعمل من أجل حاجات مهنته ويسعى إلى الربح وهذا هو المعيار الذي يميزه على المستهلك، ففي حين أن هذا الأخير يهدف من خلال تعاقده إلى إشباع حاجاته الشخصية والعائلية فإن مقدم السلعة أو الخدمة يتعاقد من أجل الحصول على أوفى قدر ممكن من الربح، وذلك من خلال استعماله لكل الأساليب والطرق من أجل الترويج لسلعته أو خدمته وإجبار الطرف الآخر على التعاقد حتى ولو لم تكن له رغبة في ذلك، وعليه فمقدم السلعة أو الخدمة "هو من يتصرف لتلبية حاجة حرفته أو مهنته" (موفق، 2011، صفحة 17).

وبالرجوع إلى القانون المصري المتعلق بحماية المستهلك نجده تبنى اسم المورد في المادة 01 منه حيث عرفه بأنه "كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو بإنتاج أو استيراد أو توزيع أو عرض أو تداول أو لاتجار في احد المنتجات أو التعامل عليها، وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعاقد أو التعامل معه عليها بأية طريقة من الطرق".

أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه التسميات نلاحظ أنه تبنى اسم المتدخل في نص المادة 03 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، حيث عرفه بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك"، كما عرف عرض المنتوج للاستهلاك بأنه "مجموع مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة". كما عرف المشرع الجزائري مقدم السلعة أو الخدمة في المادة 3/1 من القانون رقم 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر، عرفه تحت اسم عون اقتصادي 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". وبرجوعنا لقانون التجارة الإلكترونية نجد المشرع الجزائري عرّف بمقتضاه المورد الإلكترونية بموجب المادة 06/4 منه بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

مما تقدم نخلص إلى القول أن المورد أو المتدخل أو المحترف هو ذلك "الشخص الذي يعلم دقائق السلعة أو الخدمة التي يتعاقد بشأنها مع المستهلك الذي يجهل خصائص تلك السلعة أو الخدمة ومكوناتها، والمحترف هو صاحب القوة -غالبا- من الناحية الاقتصادية أو من ناحية ما يتوفر لديه من معلومات، وهو المدين بإعلام المستهلك لتنوير رضائه بما سيتعاقد عليه" (فاتن، 2012، صفحة 39).

ثانيا: تعريف الشرط التعسفي Define an arbitrary condition

يعرف الشرط التعسفي بأنه الشرط الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه وقد أملى إرادته على الطرف الآخر تحقيقا لمنفعة ذاتية غير مألوفة ومفرطة، منقصا من حقوق الطرف الآخر الذي رضخ له وذلك لتسلط من فرض البند (الشرط) على العقد (فاتن، 2012، صفحة 87).

وقد عرف بعض الفقه الشرط التعسفي بأنه شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، وبما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقا من طرف واحد بواسطة المهني، ويقتصر دور المستهلك على القبول أو الرفض، وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثرا من آثاره (خالد، 2012، صفحة 518).

أما التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المؤرخ في 05 أبريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، عرفت المادة 03/1 منه الشرط التعسفي كما يلي "يعتبر الشرط الذي لم يكن محلا للتفاوض شرطا تعسفيا متى كان من شأنه أن يحدث إخلالا في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة مما يؤدي إلى تفاوت جلي خلافا لما يقتضيه مبدأ حسن النية ومضرا بذلك بمصلحة المستهلك" (Clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 1993, p. L.03/1 .DIRECTIVE 93/13/CEE)

كما عرف المشرع الفرنسي بموجب المادة 212-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي الشرط التعسفي على أنه: "تعتبر شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من آثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد".

وإن كان المشرع الفرنسي من خلال تعريفه للشروط التعسفية قد قصرها على عقد الاستهلاك المبرم بين المهني والمستهلك أو غير المهني، وبالتالي أخرج من نطاقها العقود المبرمة بين مهني ومهني، وخلافا لذلك عرّف المشرع الجزائري الشروط التعسفية في المادة 5/3 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم (القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، 2004) بأنها "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد". ويلاحظ على هذا التعريف أن المشرع شمل به حتى العقود المبرمة بين المهنيين أنفسهم، المهم في كل ذلك وفقا للتشريع الجزائري أن المتعاقد قد أذعن في تعاقده، وما يؤكد هذا الطرح هو موقفه الذي تبناه في المادة 03/4 من القانون 04-02 المعدل والمتمم، والذي أعاده بموجب المادة 2/01 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 (المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل، 2006)، حيث عرف العقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 03 الحالة الرابعة من القانون 04-02 المعدل والمتمم 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 هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه". وبتبني المشرع الجزائري لهذا المفهوم يكون قد وسع مجال الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص لتشمل المهنيين والمستهلكين على حد سواء، إذ نصت المادة المادة 01 من القانون 04-02 المعدل والمتمم على أنه "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلام". أما من حيث نوع العقد فحصرها في عقود

الإذعان وذلك عكس المشرع الفرنسي الذي حصر الحماية من الشروط التعسفية في شخص المستهلكين دون المهنيين.

ومن جهة أخرى عرّف المشرع المصري الشرط التعسفي في المادة 2/17 من مشروع قانون تنظيم أحكام التجارة الإلكترونية المصري بأنه "يعد شرطا تعسفيا كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد وكل شرط يتضمن حكما لم يجر به العرف".

ويؤخذ على هذا التعريف أنّه قصر الشرط التعسفي في الشرط الذي يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي، في حين أنّ هناك شروطا لا تخل بالتوازن المالي للعقد ومع ذلك تعتبر تعسفية مثل شرط حرمان المستهلك من حقه في اللجوء إلى القضاء أو شرط حرمانه من حقه في الضمان...

هذا ويتضح من التعاريف السابقة للشروط التعسفية أنها تكون في شكل مكتوب، دون أن يشترط القانون طابع الرسمية في هذه الكتابة، المهم أن يتم إدراج الشروط العامة للتعاقد في الوثيقة التي تصدر من المحترف في شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أية وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها (المادة 4/03 البند 2 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم).

من جهة أخرى نستنتج من التعريف الذي تبناه المشرع الجزائري للشرط التعسفي أن المادة 5/03 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم السالفة الذكر يلاحظ من خلالها أن المشرع أخذ بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد حتى يعتبر الشرط تعسفيا، متأثرا في ذلك بما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 212-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي السالفة الذكر.

ثانيا: عناصر الشرط التعسفي Elements of an arbitrary condition

من خلال التعاريف السابقة يتضح أن هناك عنصرين إذا اجتمعا في الشرط اعتبر تعسفيا وهما:

1/ تعسف المحترف في استعمال قوته أو سلطته الاقتصادية The professional's abuse of his economic power or power

يقصد بتعسف النفوذ الاقتصادي للمحترف أن يسيء هذا الأخير في استعمال مركزه الاقتصادي المتفوق ليفرض على المستهلك شروطا تخل بتوازن العقد.

لذلك يرى بعض الفقهاء بأن القوة الاقتصادية هي مقدرة السيطرة الفنية والتقنية الحديثة أكثر منها القوة الاقتصادية، وإن هذا التفوق الفني يمكن المحترف من فرض شروطه التعسفية، بينما يرى بعضهم الآخر أن التقنية الحديثة والقوة الاقتصادية تكمل إحداها الأخرى، لأن من يكون متفوقا اقتصاديا يكون كفأً فنيا أيضا، أي أن التفوق الاقتصادي دليل على الكفاءة الفنية (أزغيب، 2016، صفحة 105).

2/ المزايا المفرطة التي يحصل عليها المحترف بمناسبة التعاقد Excessive advantages that the professional obtains when contracting

إن المزايا المفرطة التي يحصل عليها المحترف بفضل التعسف في استعمال نفوذه الاقتصادي والفني تؤدي إلى اختلال التوازن بين الالتزامات والحقوق الناشة عن العقد، وهذه المزايا لا تكون نقدية فقط، ذلك أنه وتحقيقا لحماية أشمل للمستهلكين أراد الفقه ألا يحصر هذه المزايا المفرطة في هذا المجال، فنظر إليها بحسب الأثر الذي تخلفه في العقد وهو عدم التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف (موفق، 2011، صفحة 250).

ولتقدير الاختلال في العلاقة التعاقدية نعتقد بضرورة النظر إلى مجموع شروط العقد، وليس النظر إلى كل شرط على حدا، فقد يبدو الشرط تعسفيا ولكن يكون مبررا إذا نظرنا إليه في ضوء العمليات التي ظهر بمناسبتها (المادة 5/03 من القانون 04-02 المعدل والمتمم)، فمثلا قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المحترف تخفيض ثمن السلعة المعروضة على المستهلكين (موفق، 2011، صفحة 251).

المحور الثاني: علاقة عقد الاستهلاك الإلكتروني بعقود الإذعان

The relationship of the electronic consumption contract to the compliance contracts

تحرر عقود الاستهلاك الإلكتروني في شكل عقود نموذجية (محمود، 2012، صفحة 128) معدة مسبقاً من جانب واحد وهو المحترف أو المهني مذعنا بذلك المستهلك الذي لا تتاح له أية فرصة في مناقشته لبنود العقد أو إدخال تعديلات عليها (YVES & HELENE, 2005, p. 139) . وما دام أن عقد الاستهلاك يتم بهذه الطريقة، فالأمر يدفعنا إلى التساؤل حول مدى توفر الإذعان في عقد الاستهلاك الإلكتروني؟ لكن قبل الإجابة على هذا التساؤل فإن الأهمية بمكان أن نحدد مفهوما لعقد الإذعان.

أولا: تعريف عقد الإذعان Defining of compliance contract:

تتم العقود عادة بطريقة المساومة فيتناقش المتعاقدان فيها ويضع كل منهما ما يحقق مصلحته من شروط، وتكون الإرادتان فيها غالبا متساويتين ومتكافئتين (سليمان، 1993، صفحة 26).

لكن هناك نوعا من العقود ينفرد فيه أحد الطرفين بوضع شروط العقد، ولا يكون للطرف الآخر إلا رفض العقد أو قبوله دون مناقشته ولهذا سميت هذه العقود بعقود الإذعان، أو عقود الانضمام كما سميت في فرنسا.

ويمكن تعريف عقد الإذعان بأنه العقد الذي سلم فيه القابل بشروط مقررة وضعها الموجب ولا يقبل مناقشته فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي (عبد القادر و ملكاوي، 2014، صفحة 55).

وعرف جانب من الفقه عقد الإذعان بأنه الانضمام لعقد نموذجي يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر دون إمكانية حقيقية لتعديله (بشير، 2014-2015، صفحة 160).

ويتضح من التعاريف السابقة أن عقد الإذعان يتميز بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي (فيلالي، 2001، صفحة 60).

فالإرادتان في هذه العقود ليستا متساويتين، بل أن إحداهما تملي والأخرى تذعن، ولذلك فقد أنكرت طائفة من الفقهاء وخصوصا فقهاء القانون العام (سليمان، 1993، صفحة 26) أنكرت عليه الطبيعة العقدية واعتبرته مركزا قانونيا منظما، وحجتهم في ذلك أن وضع الطرف المذعن مماثل تماما لمستعمل المرفق العمومي (فيلالي، 2001، صفحة 60)، لكن غالبية فقهاء القانون المدني سموها عقودا ولو لم تتكافأ فيهما الإرادتان (سليمان، 1993، صفحة 26).

وباستقراء نص المادة 70 ق م يتضح أن المشرع الجزائري لا ينكر على عقد الإذعان طبيعته العقدية، وإن كان يختلف على عقد المساومة في المسائل التالية (فيلالي، 2001، صفحة 61):

– يعد القبول في عقد الإذعان مجرد تسليم بشروط العقد، أي قبول اضطراري بسبب التفاوت الاقتصادي بين المتعاقدين، بينما يكون القبول في عقد المساومة مطابقا تماما للإيجاب وناتجا عن حرية تامة.

– يمكن للقاضي في عقد الإذعان –دون المساومة- تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء المذعن من تنفيذه.

– يعد قبول الإيجاب مع إضافة أو إنقاص شرط في عقود المساومة إيجابا جديدا، في حين يعتبر مثل هذا التعديل رفضا في عقد الإذعان.

– يؤول الشك لصالح المدين في حين يكون تأويل العبارة الغامضة غير ضار بمصلحة الطرف المذعن دائنا أو مدينا.

والجدير بالذكر أن المبادئ التقليدية تشترط ليعتبر العقد إذعانا الشروط التالية (الصبري، 2012، صفحة 123):

– أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية للجمهور بحيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها في حياتهم كما هي الحال في توريد المياه والكهرباء وكذلك الانتقال.

– أن يكون أحد العاقدين محتكرا للسلعة أو الخدمة سواء أكان احتكاره قانونيا أو فعليا.

– أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط مقررة سلفا ولا يقبل نقاشا فيها، والغالب تكون الشروط مطبوعة وهي في مصلحة الموجب فهي تخفف من مسؤوليته العقدية وتشدد المسؤولية على الطرف الآخر.

وإن كان الفقه التقليدي يعرف عقد الإذعان معتمدا على هذه الشروط، إلا أن المبادئ القانونية المعاصرة غيرت من مفهوم عقد الإذعان، حيث عرفه "الفقه الحديث بأنه عقد يحدد محتواه كليا أو جزئيا وبطريقة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية" (خالد، 2012، صفحة 498).

فقد قلصت المبادئ القانونية الحديثة الشروط اللازم توافرها ليعتبر العقد إذعانا إلى شرط واحد فقط، وهو أن الطرف القوي في العقد يقوم مسبقا بإعداد شروطه ويحدد التزامات الأطراف وحقوقهم، ولا يكون أمام الطرف الآخر (المستهلك) إلا توقيع هذه العقود دون الحق في مناقشتها أو تعديلها (محمود، 2012، صفحة 118).

فلا يشترط بحسب المبادئ الحديثة حتى يعتبر العقد من عقود الإذعان أن يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة، وأن تكون هذه السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك، فالمفهوم الحديث لعقود الإذعان أتاح التوسع الملحوظ في تعدد العقود التي تصنف من قبيل عقود الإذعان، وبالتالي يحظى المستهلك بحماية خاصة مثل الشك في أمر العقد يؤول لمصلحته –أي مصلحة المستهلك-، والطرف القوي في العقد يتحمل المسؤولية عن غموض أي نص فيه، ضف إلى ذلك أن القاضي يستطيع التدخل في شروط العقد بالتعديل أو الإبقاء بهدف حماية المستهلك (محمود، 2012، صفحة 119).

ثانيا: مدى توفر الإذعان في عقد الاستهلاك الإلكتروني The extent of compliance with the electronic consumption contract

أبرز ما يتسم به عقد التجارة الإلكتروني المبرم مع المستهلك هو عدم التوازن بين طرفيه لصالح التاجر المحترف، ومن تم فإن هذا العقد سيكون ميدانا خصبا لشروط تعسفية قد يفرضها المحترف لتحقيق مصالحه (موفق، 2011، صفحة 272)، ولا يكون أمام المستهلك إذا أراد التعاقد إلا الإذعان لهذه الشروط دون مناقشة أو تفاوض.

لذلك اختلف الفقه بخصوص عقد الاستهلاك المبرم عبر الإنترنت، فهناك من اعتبر عقود التجارة الإلكترونية من عقود الإذعان وذهب آخر إلى اعتبارها عقود مساومة تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، في حين ذهب اتجاه ثالث إلى ضرورة التفرقة بين وسائل إبرام العقد الإلكتروني.

1/ عقد الاستهلاك الإلكتروني من عقود الإذعان Electronic consumption contract is a contract of compliance

تبنى أنصار هذا الاتجاه المفهوم الموسع لعقد الإذعان الذي يرمي إلى حماية الطرف الضعيف في العقد، واعتبر أن "العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت عقود إذعان إلكترونية، لا يملك المتعاقد مناقشة بنودها أو حتى الوقوف على كافة جوانبها، حيث يتم التعبير عن الرضا بصورة شبه ميكانيكية دون تروٍ أو تفكير، فبمجرد النقر على زر الجهاز يقبل المتعاقد بصورة تلقائية العقد المقترح من قبل التاجر صاحب الموقع الإلكتروني، إذ يذعن المستهلك للشروط العامة للموقع، وهذه الشروط يمكن أن يكون لها محل أو أثر في إنشاء عدم توازن كبير بين الحقوق والالتزامات للأطراف في العقد على حساب المستهلك" (خالد، 2012، صفحة 502).

2/ عقد الاستهلاك الإلكتروني من عقود المساومة Electronic consumption contract is a contract of bargaining

اعتبر هذا الاتجاه أن العقود الإلكترونية ليست عقود إذعان وإنما هي من قبيل عقود المساومة، فالمستهلك ليس مذعنا في تعاقده نظرا لكثرة المواقع على شبكة الإنترنت والتي توفر نفس السلعة أو الخدمة مما يتيح له فرصة الاختيار والمفاضلة بين هذه المواقع وبالتالي لا وجود لمسألة الاحتكار.

3/ التفرقة بين وسائل إبرام العقد الإلكتروني Distinguish between the means of concluding an electronic contract

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه لتكييف عقود التجارة الإلكترونية هل هي من قبيل عقود الإذعان أم لا لا بد من التفرقة بين وسائل إبرام العقد الالكتروني (البريد الالكتروني، غرف المحادثة، المواقع الالكترونية). فحسب أنصار هذا الاتجاه فالعقد المبرم عبر الموقع الإلكتروني في الغالب يكون عقدا نموذجيا متضمنا شروطا نمطية عامة معدة سلفا وموجهة للجمهور، ومع على المتلقي إلا أن يقبل بكافة الشروط المقررة بالنقر على أيقونة (Iaccept) أو يرفضها جملة بالخروج من هذه الصفحة أو بالنقر على أيقونة التجاهل (Iignore) مما يجعل لفكرة الإذعان محلا متصورا في هذا الأسلوب، أما في تبادل الرسائل عبر البريد الإلكتروني نجد أن كلا الطرفان يتفاوضان على بنود العقد وشروطه بحرية تامة مما لا يجعل لفكرة الإذعان محلا متصورا (خالد، 2012، صفحة 509).

ونحن نرى أن هذا الاتجاه هو الأجدر بالإتباع، فلتكييف عقد الاستهلاك الالكتروني لا بد من النظر إلى الوسيلة المستخدمة في إبرامه، فإذا كانت هذه الوسيلة تمكن المستهلك من التفاوض حول بنوده مع المحترف أعتبر العقد رضائي (مساومة)، أما إذا انعدم التفاوض واقتصر دور المستهلك الالكتروني على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفا من قبل المحترف فالعقد لا يخرج عن كونه عقد إذعان.

4/ موقف المشرِّع الجزائري The position of the Algerian legislator

من خلال استقرائنا لنصوص قانون التجارة الإلكترونية نجد أن المشرع الجزائري لم ينظم بمقتضاه عقود الإذعان كما أنه أغفل الحديث عن الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك الإلكتروني، تبعا لذلك لا نجد أمامنا سوى الرجوع للقواعد العامة، وفي هذا المجال نصت المادة 70 ق م ج على أنه "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

يتضح من نص المادة أن شروط الإذعان موضوعة مسبقا من أحد المتعاقدين الذي ينفرد بوضع بنوده، ولا يملك المتعاقد الآخر مساومتها أو مناقشتها أو على الأقل مناقشة الشروط الرئيسية، بحيث لا يكون له إلا أن يقبل الشروط كلها أو يرفضها كلها وهو بذلك يذعن (أي: يرضخ أو ينضم) لمشيئة الطرف القوي (العربي، 2011، صفحة 57).

تبعا لما تقدم فإنه كلما كانت شروط العقد محددة مسبقا من قبل الموجب دون أن يتيح للقابل مناقشتها فإن العقد أعتبر عقد إذعان.

ولما كان عقد الإذعان وفقا للقواعد العامة يتطلب شروطا لإعماله تتمثل في:

- ✓ ضرورية السلعة للمستهلك.
- ✓ أن يعرض الموجب السلعة أو الخدمة على الجمهور كافة بشروط واحدة معدة سلفا من دون إمكانية مناقشتها.
- ✓ أن يكون مقدم السلعة أو الخدمة محتكرا لها.

وبإعمال هذه الشروط على عقد التجارة الإلكترونية، فإنه يمكن تصور انطباق الشرطين الأول والثاني على عقد الاستهلاك الالكتروني، أما الشرط الثالث والمتعلق باحتكار الموجب سواءاً كان فردا أم شركة للسلعة أو الخدمة "فهو شرط لا ينطبق على عقد التجارة الالكترونية في الأعم الغالب من الأحوال لوجود شركات كبيرة يعثر عليها المستهلك على الشبكة تعرض هذا المنتج، لكن تبقى الخطورة في عقد التجارة الإلكترونية أن المستهلك لا يملك فرصة كافية لمعاينة ذلك المنتج ومواصفاته أو مواصفات الخدمة المطلوبة مما يعرضه للغش أو الاحتيال، كذلك لا يملك إمكانية التفاوض مع البائع أو المورد بحرية كافية، وإن توافرت له هذه الفرصة فسوف تكون مكلفة بالنسبة له" (حجازي، 2008، صفحة 47).

ولهذا ذهب الفقه القانوني إلى اعتبار عقد التجارة الإلكترونية عقد إذعان بالنسبة للمستهلك، نظرا لظروفه الاقتصادية بوصفه الطرف الأضعف في هذه العلاقة أمام الطرف الآخر والذي يكون غالبا شركات قوية وعملاقة من الناحية الاقتصادية ولها قدرة هائلة على الإعلان والتسويق، لذلك فإن اعتبارات العدالة تقتضي النظر إلى المستهلك بوصفه طرفا مذعنا في عقد التجارة الإلكترونية (حجازي، 2008، صفحة 48).

ونحن نرى أن هذا الرأي يتماشى مع أحكام المادة 70 ق م، حيث أن المشرع لم يشترط أن يكون أحد المتعاقدين محتكرا للسلعة أو الخدمة، الأمر الذي نستنتج منه أن المشرع تبنى المفهوم الموسع لعقد الإذعان واعتبر أنه كلما انفرد أحد المتعاقدين بوضع شروط التعاقد وقبلها المتعاقد الآخر دون أن تتاح له فرصة لمناقشتها اعتبر العقد عقد إذعان، وهذا ما يتفق مع العقد الإلكتروني الذي يتم إبرامه بمقتضى عقود نموذجية موجودة على المواقع الإلكترونية، حيث لا يكون أمام المستهلك إذا ما رغب في السلعة محل العقد إلا قبولها والتسليم لشروط العقد دون مناقشة أو مفاوضة.

والجدير بالذكر أن المشرع المصري وبمقتضى مشروع قانون التجارة الإلكترونية حسم هذا الأمر بموجب المادة 17 منه، حيث اعتبر أن العقود النمطية المبرمة إلكترونيا من عقود الإذعان في مفهوم القانون المدني من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية.

ويتضح أن المشرع المصري اعتبر العقود النموذجية المبرمة على شبكة الإنترنت عقود إذعان، وأخذ بمفهوم الإذعان الوارد في القانون المدني المصري (القانون القانون المدني المصري رقم 131، 1948) لاسيما نص المادة 100 التي تنص على أنّه "القبول في عقد الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، وهذا هو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 70 ق م السالفة الذكر.

المحور الثالث: مواجهة الشروط التعسفية في العقد الإلكتروني

Encountering arbitrary terms in the electronic contract

من أجل تمكين المستهلك من مقاومة الشروط التعسفية التي تضمنها العقد الإلكتروني والتي أدّت إلى اختلال التوازن العقدي، فإنه لا بد أن نبين مجال حماية المستهلك من هذه الشروط في ظل القواعد التقليدية ثم نتعرض إلى الحماية الواردة في القوانين المعاصرة.

أولا: حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشروط التعسفية في ظل القواعد التقليدية

Protection of the electronic consumer in the face of arbitrary conditions under traditional rules

تحقيقا للتوازن العقدي الذي اختل بسبب الشروط التعسفية التي ضمنها المحترف مسبقا في العقد الإلكتروني وأدت إلى اختلال التوازن بين التزامات الطرفين نظرا لعدم قدرة الطرف الضعيف على مناقشة بنود العقد، فضلا عن عدم خبرته الفنية والقانونية، لذلك برزت الحاجة إلى امتداد صفة الإذعان إلى العقود الإلكترونية المبرمة على شبكة الإنترنت تمهيدا لاستفادة المستهلك من الأحكام المتعلقة بعقد الإذعان والتي أوردها المشرع في القانون المدني وتتمثل في:

1/ تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها Editing or canceling arbitrary terms

تنص المادة 110 ق م على أنه "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

يستفاد من نص المادة أن المشرع المدني أعطى للقاضي السلطة التقديرية في تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد إذعان أو إلغائها، ولا شك أن للقاضي في هذه الصورة

دورا إيجابيا في إعادة التوازن العقدي الذي اختل بفعل الشروط التعسفية إلى وضعه الطبيعي.

وسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية تعني الإبقاء على الشرط مع رفع التعسف الذي شابه إلى الحـــــــد الذي يعيد التوازن إلى العلاقة التعاقدية، أما إلغاء الشرط فيعني إعفاء الطرف المذعن منه نهائيا واعتباره كأن لم يكن (موفق، 2011، صفحة 269).

ونرى أن موقف المشرع الجزائري الذي سلكه بمقتضى المادة 110 ق م السالفة الذكر، "يتفق ومصلحة المستهلك التي تكمن في تعديل الشرط التعسفي أو إبطاله مع بقاء العقد صحيحا حتى يستطيع الاستفادة من السلعة أو الخدمة" (موفق، 2011، صفحة 270).

هذا وتدعيما لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، جعل المشرع الجزائري نص المادة 110 ق م نصا آمرا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفته، وهذا لا يعني أن للقاضي سلطة إعادة التوازن العقدي من تلقاء نفسه بل لا بد أن يتم ذلك بطلب الطرف المذعن، إلا أنه كان لا بد من الاعتراف للقضـاء بسلطـــة إثارة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه بمناسبة نظره في دعوى التعديل أو فسخ العقد الأصلي على غرار بعض التشريعات الأوروبية لأن من شأن ذلك يسهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشروط التعسفية (بشير، 2014-2015، صفحة 177).

2/ تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن Interpretation of doubt in favor of the submissive party

الأصل العام أنه إذا كانت عبارات العقد غامضة أو مبهمة أو متناقضة فالشك في تفسيرها يؤول لمصلحة المدين، وفي هذا تقضي المادة 112/1 ق م بأنه "يؤول الشك في مصلحة المدين"، إلا أنه فيما يتعلق بعقود الإذعان والتي ينفرد الطرف القوي في وضع شروطه بصورة مستقلة دون تدخل المتعاقد الآخر، فمن مقتضيات العدالة أن يتحمل هذا الطرف القوي تبعة الغموض أو التناقض في صياغة شروط العقد (Code de la consommation Français, pp. v.art 211-1/1) التي أدت إلى اختلال التوازن العقدي، وبذلك فإن الشك في هذه الحالة يفسر في مصلحة الطرف المذعن (الضعيف) سواءٌ كان دائنا أو مدينا، وهـذا ما أكـده المشرع في المادة 2/112 ق م التي تنص على أنه "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن"، وهو نفس الحكم الذي تبناه المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 211-1/1 من قانون الاستهلاك حين نص على أن تفسر عبارات العقد بالمعنى الأكثر ملاءمة للمستهلك (Code de la consommation Français, pp. v.art 211-1/2).

3/ مراعاة مبدأ حسن النية Observance of the principle of good faith

نشأ مبدأ حسن النية منذ ظهور القانون الروماني، واعتبر مصدرا من مصادر القاعدة القانونية في تلك الفترة، وبموجبه كان بإمكان القاضي التدخل لفرض التزامات تعاقدية على طرفي العقد للوصول إلى حالة التوازن العقدي فيما بينهما متى اختل نتيجة عدم تعادل المركز القانوني لطرفي العقد (بشير، 2014-2015، صفحة 75).

وحسـن النيـة كمصـطلح يمكـن تحليلـه علـى أن النيـة هـي القصـد والعـزم، أي عـزم القلـب علـى شـيء معـين، أمـا السـوء أو الحسـن فهـي أحكـام اجتماعيـة تـرتبط بـالقيم الاجتماعيـة السـائدة فـي وقـت معـين، هـذه القـيم تنبـع مـن القواعـد والنـواميس التـي تسـود المجتمع (إبراهيم، 2007، صفحة 359).

وقد نص المشرع الجزائري على هذا المبدأ في المادة 107 ق م، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على إدراك المشرع لأهمية هذا المبدأ باعتباره الأداة القانونية التي يستطيع القاضي من خلالها التدخل لفرض رقابته على العقد وضمان تحقيق العدالة التعاقدية حفاظا على التوازن العقدي بين طرفي العقد.

ويجمع خبراء القانون المقارن على أهمية هذا المبدأ في تحقيق الأهداف التالية (إبراهيم، 2007، صفحة 78):

- تمكين الطرف المتضرر من الحد –قدر المستطاع- من الخسائر التي قد تصيبه نتيجة اختلال التوازن العقدي بينه وبين الطرف المقابل في العلاقة التعاقدية، وفرض معايير النزاهة والأمانة في العلاقات التعاقدية.
- التغلب على الإشكالات التي قد تعتري التنفيذ الدقيق لبعض المبادئ القانونية، مثل مبدأ سلطان الإرادة والحرية في التعاقد.
- الحد من استخدام الشروط التعسفية التي قد تظهر في العديد من العقود مثل عقود الاستهلاك.

نظرا لما تقدم أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد طبقا لما يوجبه حسن النية، ذلك أن حسن النية هو الذي يسود في تنفيذ جميع العقود، ولم يعد هناك كما كان الأمر في القانون الروماني عقود حرفية التنفيذ وعقود رائدها حسن النية، بل أن العقود جميعها في القانون الحديث قوامها في التنفيذ حسن النية (السنهوري، بدون سنة نشر، صفحة 627). فوفقا لهذا المبدأ فإنه لو التزم متعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء في دار، وجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقصر طريق ممكن، و أن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة إلى صاحبها (بوكرزازة، 2013-2014، صفحة 82).

ومبدأ حسن النية الذي "يُعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير" (أمين، 2007-2008، صفحة 56) يفرض على المحترف أن يعلم المستهلك ويزوده بكل التفاصيل المتعلقة بمحل العقد، وذلك بتمكينه من معاينة السلعة، أي أن يتم الاطلاع على المبيع إطلاعا يمكن من معرفة حقيقته وفقا لطبيعته، وتتحقق معاينة المبيع بإبصاره إذا كان من المرئيات وبسماع صوته إذا كان من الصوتيات أو بلمسه إذا كان من الأشياء التي تلمس، إلا أن اللمس يتعذر حصوله في عقود الاستهلاك الإلكترونية إذ لا تظهر على شاشة الحاسوب إلا صورة المبيع أو رسم مجسم له (محمود، 2012، صفحة 142).

وقد تثور مشكلة معاينة المبيع في عقد الاستهلاك الإلكتروني، حيث أن المستهلك لا يتمكن من معاينة المبيع معاينة حقيقية كما في التعاقد التقليدي حيث تتم المعاينة من خلال شاشة الحاسوب، لذلك يرى البعض أنه في حالة عقد البيع الالكتروني إذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة فإنه يجب إبطال العقد للغش (محمود، 2012، صفحة 143).

خلاصة ما تقدم يمكن القول أنه من مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد أن يتوفر لدى المستهلك العلم الكافي بحقيقة المبيع، وهذا الأمر يتحقق بمعاينته في مرحلة إبرام العقد.

ثانيا: حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشروط التعسفية في ظل القواعد المعاصرة

Protecting the electronic consumer in the face of arbitrary conditions under contemporary rules

تتجلى هذه الحماية المعترف بها للمستهلك فيما يلي:

1/ تحديد الشروط التعسفية Determine arbitrary terms

أسوة بالمشرع الفرنسي (Code de la consommation Français, pp. v.art 211-1/4) أورد المشرع الجزائري قائمة تتضمن الشروط التي تعتبر تعسفية، غير أن الإحاطة بهذه الشروط كافة ليس بالأمر اليسير، ذلك أنه طبقا لمبدأ استقلال الإرادة فإنه يمكن لطرفي العقد تحديد آثار هذا العقد ما دام هذا التحديد لا يخالف النظام العام والآداب العامة أو النصوص القانونية الآمرة، هذا فضلا على أن أغلب الأحكام القانونية التشريعية سواء ما تعلق بنظرية العقد أم ما تعلق بالعقود المسماة هي أحكام غير آمرة يمكن استبعادها من التطبيق والاتفاق على مخالفتها، الأمر الذي يؤدي إلى اتساع الشروط التعاقدية ومن تم الشروط التعسفية، مما ينجر عنه صعوبة حصرها.

لذلك فإن القوانين التي عالجت إلغاء الشروط التعسفية أعدت قوائم بتلك الشروط (قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659، 2005، صفحة المادة(3/26))، وإزاء عدم إمكانية الإحاطة بتلك الشروط وحصرها أعطت للقضاء سلطة تقديرية في إمكانية إلغاء أي شرط يمكن وصفه بالتعسف في حالة انطباق المعايير التي حددتها للشرط التعسفي (موفق، 2011، صفحة 254).

وفي هذا الصدد عددت المادة 29 من القانون 04-02 المعدل والمتمم الشروط التعسفية على سبيل المثال بدليل مصطلح "لاسيما" المدرج في نص المادة، حيث نصت على أنه "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح 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 المنتوج 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 نفســـــه بها، 6/ رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل بالإلتزام أو عدة التزامات في ذمته، 7/ التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة، 8/ تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفضه الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

هذا وتطبيقا لأحكام المادة 30 من القانون 04-02 المعدل والمتمم السالف الذكر (القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، 2004، صفحة المادة(30)) ذكر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 بموجب المادة 05 منه بدوره قائمة تتضمن البنود أو الشروط التعسفية.

والحقيقة أن تحديد مثل هذه الشروط وإن كان من شأنها أن تلعب دوراً وقائياً في تعزيز حماية المستهلك من خلال تعريفه بها قبل إبرام العقد، إلا أنه في مجال عقود التجارة

الإلكترونية التي تبرم بين طرفين لا يجمعهما مجلس واحد، "ومن المحتمل أن يكون مثل هذا العقد عابرا للحدود لكون الطرفين في دولتين مختلفتين لكل منهما قانونها الخاص، وما قد يعد تعسفيا من الشروط بموجب أحد القوانين قد لا يكون كذلك بموجب قانون الدولة الأخرى، وأكثر من ذلك قد يختلف حكم الشرط التعسفي في القانونين كأن يعده أحد القانونين باطلا بطلانا مطلقا فيما يعده القانون الآخر باطلا بطلانا نسبيا.

من أجل هذا فإن حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية من الشروط التعسفية تتطلب وجود قواعد موحدة بين الدول، وهذا لم يغفله الاتحاد الأوروبي حيث أصدر التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية رقم 13-1993 في 05 نيسان 1993، ولعل أهم ما جاء به التوجيه أنه لم يحدد الشروط التعسفية على سبيل الحصر بل أورد تعريفا عاما لها، فالشرط التعسفي هو كل شرط عقدي لم يتم التفاوض عليه بمعزل عن الشروط الأخرى يهدف إلى منح التاجر مزايا على حساب المستهلك" (موفق، 2011، صفحة 292).

إلا أن هذا التوجيه يتميز بأنه ترك للقضاء سلطة واسعة في استخلاص الصفة التعسفية في الشرط، ويعد مثل هذا الحكم منسجما مع طبيعة عقود التجارة الإلكترونية، فهي عقود متنوعة وليست بالضرورة عقودا لبيع السلع فلا يمكن والحالة هذه حصر ما يمكن أن يرد فيها من شروط تعسفية، والقضاء ليس مطلق السلطة في تحديد ما يعد تعسفيا من الشروط إذ يحدد التوجيه عددا من المعايير يتعين على القضاء الأخذ بها (موفق، 2011، صفحة 293).

2/ تشكيل لجنة الشروط التعسفية Form a committee of arbitrary conditions

أنشأ المشرع الجزائري بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 06-306 لجنة البنود التعسفية تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة، وقد حددت المادة 07 من المرسوم مهام اللجنة حيث نصت على أنه "تكلف اللجنة لاسيما بالمهام الآتية:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين، والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية
- يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين
- يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها"

والجدير بالذكر أن هذه اللجنة لها طابعا استشاريا فقط (المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06-306)، أي أن توصياتها ليست لها أية صفة إلزامية، إلا أنه ومع ذلك "فإنها تشكل ضغطا نفسيا على المحترفين، كما أنها تساعد القاضي في الاسترشاد على هداها لتقدير الطابع التعسفي لشرط معين" (أمين، 2007-2008، صفحة 129).

3/ جزاء الشرط التعسفي Penalty of arbitrary condition

ألزمت المادة 1/06 من التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المتعلق بالشروط التعسفية الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بالنص في تشريعاتها الداخلية على أن الشروط التعسفية الواردة في العقد المبرم بين المهني والمستهلك لا تلزم المستهلك وتعتبر باطلة مع إمكانية الإبقاء على هذا العقد إذا كان ذلك ممكنا بعد إبطال تلك الشروط (Clauses abusives

dans les contrats conclus avec les consommateurs, 1993, p. L.06/1 .DIRECTIVE 93/13)

وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي حيث نص في المادة 241-1/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أن الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة (Code de la consommation Français, pp. v.art.241-1/1).

وقد اتفق الفقه على أن عبارة "غير مكتوبة" تعني باطلة، ونوع البطلان المقرر في نص المادة 241-1/1 السالفة الذكر هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة المستهلك ومتعلق بالنظام العام. فالبطلان النسبي للشروط التعسفية هو الذي يتلاءم ومصلحة المستهلك، ذلك أن البطلان المطلق ينقلب ضده لأنه يؤدي إلى حرمانه من الاستفادة من السلعة أو الخدمة موضوع العقد الباطل والتي لا غنى له عنها، في حين أن إعمال البطلان النسبي يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائما وبالتالي يستفيد المستهلك من السلعة أو الخدمة (أمين، 2007-2008، صفحة 152).

ومن جهة أخرى ذهب مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري في مادته 18 إلى جواز إبطال الشروط التعسفية الواردة في العقود النموذجية الإلكترونية، وهو نفس الحكم الذي تبناه المشرع المغربي بمقتضى المادة 19 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلكين (القانون رقم 08-31 المغربي القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، 2011) حيث اعتبر أن الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك باطلاً ولاغياً، وقرر بقاء العقد قائماً بدون تلك الشروط إذا كان ذلك ممكناً.

وأسوة بالقوانين المقارنة السالفة الذكر ننبه المشرع الجزائري بضرورة النص على الجزاء المدني للشرط التعسفي بإيراده لمادة صريحة ضمن نصوص القانون 04-02 المعدل والمتمم ينص فيها على إبطال الشرط التعسفي مع بقاء العقد صحيحا منتجا لآثاره متى كان ذلك ممكنا. وإن كان المشرع الجزائري أغفل النص على الجزاء المدني الذي يلحق بالشرط التعسفي، فإنه خلافا لذلك نص على الجزاء الجنائي للشرط التعسفي حيث نصت المادة 38 من القانون 04-02 المعدل والمتمم على أنه "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)". وبتقرير المشرع الجزائري لهذا الجزاء يكون قد حدا حدو نظيره الفرنسي الذي بدوره أقر هذا الجزاء في المادة 241-2 من قانون حماية المستهلك الفرنسي حيث عاقب بغرامة لا تتجاوز 3.000 دولار بالنسبة للشخص الطبيعي و15.000 دولار بالنسبة للشخص المعنوي على المهنيين الذين أدرجوا في عقودهم مع المستهلكين أو غير المهنيين شرطا أو أكثر من الشروط التعسفية (Code de la consommation Français, pp. v. art. L.241-2).

الخاتمة Conclusion

إن عقود الاستهلاك الإلكتروني تتم بين مورد أو مهني يكون في مركز قوة ونفوذ اقتصاديين، يؤهله هذا المركز إلى وضع عقود نموذجية أو نمطية موجودة على المواقع الإلكترونية، يملي فيها مسبقا شروط التعاقد ولا يكون أمام المستهلك الإلكتروني إلا قبول العقد كله أو رفضه كله، فلا يملك فيه المستهلك أية صلاحية لمناقشة بنود العقد، لذلك نوصي المشرع الجزائري بضرورة تعديل أحكام القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية

وإدراج عقود الاستهلاك الإلكتروني في أحكامه باعتبارها عقود إذعان حتى نوسع من نطاق الحماية المقررة له طالما أنه أقدم على إبرام عقد دون أن تتسنى له مناقشة بنوده.
وحسنا فعل المشرع الجزائري بإيراده نص المادة 110 ق م ج والتي سمحت للقاضي بإعادة التوازن العقدي وتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها إذا طلبه الطرف المذعن، إلا أنه ونظرا لخصوصية عقد الاستهلاك الإلكتروني فنحن نعتقد بضرورة الاعتراف للقضاء بسلطـــة إثارة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه. ومن جهتها تبنت المادة 112 ق م ج موقفا صريحا لتدعيم الحماية للمستهلك في عقد الإذعان عندما صرحت أن الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن.
ومن جهة أخرى نؤيد موقف المشرع الجزائري عندما نص على الجزاء الجنائي للشرط التعسفي بمقتضى المادة 38 من القانون 04-02 المعدل والمتمم، ولكنه أغفل الحديث عن الجزاء المدني، لذلك ننبه المشرع الجزائري أن يحدو حدو القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي والمغربي والمصري، وينص على الجزاء المدني للشرط التعسفي بإيراده لمادة صريحة ضمن نصوص القانون 04-02 المعدل والمتمم ينص فيها على إبطال الشرط التعسفي مع بقاء العقد صحيحا منتجا لآثاره متى كان ذلك ممكنا.

قائمة المراجع References

أولا: قائمة الكتب

1/ الفار عبد القادر، و بشار عدنان ملكاوي. (2014). مصادر الالتزام (مصادر الحق الشخصي في القانون المدني) (المجلد الطبعة الخامسة). الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
2/ بلحاج العربي. (2011). مشكلات المرحلة السابقة عن التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري–دراسة مقارنة-. بن عكنون، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
3/ حسين حوى فاتن. (2012). الوجيز في قانون حماية المستهلك (المجلد الطبعة الأولى). بيروت، لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
4/ حماد عبد موفق. (2011). الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) (المجلد الطبعة الأولى). بيروت: منشورات زين الحقوقية.
5/ عبد الرزاق السنهوري. (بدون سنة نشر). الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول (نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام). بيروت، لبنان: دار إحياء التراث العربي.
6/ عبد الفتاح بيومي حجازي. (2008). حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت. مصر: دار الكتب القانونية.
7/ عبد الله ذيب محمود. (2012). حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) (المجلد الطبعة الأولى). الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
8/ عبد المنعم موسى إبراهيم. (2007). حماية المستهلك (دراسة مقارنة) (المجلد الطبعة الأولى). لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
9/ علي علي سليمان. (1993). النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري) (المجلد الطبعة الثالثة). الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية.
10/ علي فيلالي. (2001). الإلتزامات النظرية العامة للعقد. الجزائر: موفم للنشر والتوزيع.

11/ كوثر سعيد عدنان خالد. (2012). حماية المستهلك الإلكتروني. الأزاريطة (الإسكندرية): دار الجامعة الجديدة.
12/ محمد سعدي الصبري. (2012). الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام- العقد والإرادة المنفردة). الجزائر: دار الهدى.
13/ YVES, p., & HELENE, D. (2005). Droit de la consommation. paris: Dalloz.

ثانيا: الرسائل الجامعية

1/ أحمد بوكرزازة. (2013-2014). المسؤولية المدنية للقاصر -دراسة مقارنة- (أطروحة دكتوراه). كلية الحقوق: جامعة قسنطينة 1.
2/ أحمد شهاب أزغيب. (2016). حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية (أطروحة دكتوراه). كلية الحقوق، مصر: جامعة عين شمس.
3/ دالي بشير. (2014-2015). دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد-دراسة مقارنة- (أطروحة دكتوراه). تلمسان، كلية الحقوق: جامعة أبو بكر بلقايد.
4/ سي الطيب محمد أمين. (2007-2008). الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك دراسة مقارنة (مذكرة ماجستير). كلية الحقوق، تلمسان: جامعة أبو بكر بلقايد.

ثالثا: النصوص القانونية:

1- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني (ج. ر. ع. 78)، المعدل والمتمم.
[2]- القانون 04-02 المؤرخ في 03 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم (ج. ر. ع. 41)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 غشت 2010 ج. ر. ع. 46.
[3]- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، (ج. ر. ع. 28).
4- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (ج. ر. ع. 15)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 يونيو 2018 (ج. ر.ع. 35).
[5]- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش الصادر بج. ر. ع. 05، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-315 المؤرخ في 16 أكتوبر 2001، ج. ر. ع. 61.
[6]- قانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الصادر بج. ر. ع. 41، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 غشت 2010 ج. ر. ع. 46.
[7]- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، (ج. ر. ع. 28).
[8]- المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في2006/09/10 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية الصادر بالجريدة الرسمية العدد 56.
9- القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك تم تنفيذه بمقتضى ظهير شريف رقم 03.11.1 صادر في 18 فبراير 2011، ج. ر. ع. 5932.

10- مشروع قانون تنظيم أحكام التجارة الإلكترونية المصري.
11- القانون 131 لسنة 1948 المؤرخ في 16 يوليو 1948 المتضمن إصدار القانون المدني المصري.
12- القانون رقم 659 المؤرخ في 04 شباط 2005 يتعلق بحماية المستهلك اللبناني.
13- DIRECTIVE 93/13/CEE DU CONSEIL du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,
14- code consommation Français Code de la consommation française, Dernière modification du texte le 03 août 2020.

Electronic consumer protection mechanisms in the face of arbitrary conditions

Abstract:

Contracts are usually concluded after several negotiations between the contracting parties, because the principle of the power of the will as a general principle prevails in concluding contracts, so the contractor is not subject to duties unless he has voluntarily accepted it.

When the contractor is willing to commit himself to his free will, he must implement it according to what it contains and in good faith throughout all stages of the contractual process, starting from the stage of its conclusion to the end of its implementation.

The contract is the Shari'a of the contractors. It is not permissible to revoke it or amend it except with the agreement of the parties or for the reasons determined by the law (Article 166 civil law).

However, the practical reality has proven the imbalance between the contracting parties in many areas, as one of them is in a position of power that enables him to dictate his will to the other contractor who cannot be assured that he has accepted the contract on the basis of free will. Whereas, the electronic consumption contract is between a professional with experience, know-how and economic strength that allows him to include the contract abusive clauses and dictate them to the other contractor, who is the consumer who is in a weak position due to his ignorance, lack of information, and his attraction to electronic advertisements via the Internet, which forces him to conclude the contract.

Accordingly, protection must be provided to the consumer as the weak party to face the arbitrary conditions included in the electronic consumption contract. What are the means that enable him to do so?

Keywords: electronic consumer, contract balance, adhesion contract, abusive clauses, electronic resource.