حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية

The protection of the electronic consumer from arbitrary conditions

أمال بوهنتالة

جامعة باتنة1، الجزائر، amelunivdroit@yahoo.fr

تاريخ الإرسال: 2021/01/11 **تاريخ القبول:** 2021/03/14 **تاريخ النشر:** 2021/07/10

ملخص:

تطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية يجوز للمتعاقدين أن يضمنا تعاقدهما أي شرط طالما أن هذا الشرط غير ممنوع قانونا، إلا أنه في ظل التطور في مجال التكنولوجيا والمعلومات، وفي ظل الممارسات الاحتكارية في ظل الاقتصاد الحر، انتشرت العقود النموذجية حيث ينفرد العون الاقتصادي بصياغتها بعيدا عن الرقابة، فيقوم بوضع شروط تعسفية مجحفة لتحقيق مصالحه، غير مهتم بالأضرار التي قد تقع على الطرف الآخر، مما استوجب وضع آليات تؤدي إلى توفير حد أدنى من الحماية للمستهلكين في الفترة التي تسبق التعاقد عبر الانترنت، ومن بين هذه الآليات حقه في مكافحة الشروط التعسفية.

الكلمات المفتاحية: *المستهلك الإلكتروني؛ الشروط التعسفية؛ وسائل الاتصال الحديثة؛ التكنولوجيا والمعلومات، العقد الالكتروني.*

Abstract:

Applying the principle of contractual freedom, the contracting parties may include any condition in their contract as long as it is not legally prohibited, except that in light of the development in the field of technology and information, and with the monopolistic practices under the light of a free economy, model contracts have spread where the economic agent exclusively formulates it away from any supervision, setting arbitrary unfair conditions to achieve his own interests, without caring whatsoever about the damages that may occur on the other party, which necessitated the establishment of mechanisms that lead to providing a minimum level of protection for consumers in the period right before contracting via the Internet, and among these mechanisms falls the right to combat arbitrary condition

Keywords: *Electronic consumer; Arbitrary conditions; Contemporary means of communication; Technology and Information; Electronic contract.*

* **المؤلف المرسل: أمال بوهنتالة، amelunivdroit@yahoo.fr**

مقدمة:

بعد التحولات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر وتبنيها لنمط اقتصاد السوق وجراء التنافس الشديد بين الأعوان الاقتصاديين الذي هدفه الأساسي تحقيق الربح، حيث يلجأ الكثير من المتنافسين إلى ممارسات تعسفية مخالفة للقوانين مما ينعكس سلبا على المستهلك، ولتفادي الإضرار بهذا الأخير ظهرت الحاجة إلى ضرورة حماية المستهلك.

فتطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية، يجوز للمتعاقدين أن يضمنا تعاقدهما أي شرط يرتضيانه، طالما أن هذا الشرط غير ممنوع قانونا، سواء كان هذا المنع بنص خاص، أم كان كذلك لمخالفته النظام العام والآداب وهذا هو الأصل **(عبد الباقي 2008، ص. 399)**.

إلا أنه في ظل المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية الحديثة، وفي ظل الممارسات الاحتكارية في ظل الاقتصاد الحر، انتشرت العقود النموذجية حيث ينفرد العون الاقتصادي بصياغتها بعيدا عن الرقابة، فيقوم بوضع شروط تعسفية مجحفة لتحقيق مصالحه، غير مهتم بالأضرار التي قد تقع على الطرف الآخر، هذه الشروط تؤدي إلى عدم التوازن العقدي فالمستهلك لا يتمتع بالحرية الكافية لإبرام عقد متكافئ.

لقد أصبح المستهلك يقدم على إشباع حاجاته اليومية دون أدنى تفكير أو روية فالسرعة الفائقة في التعامل في حياتنا اليومية جعل التوقيع على العقود يتم تلقائيا وآليا دون أي فحص أو دراسة لبنود العقد وشروطه، ولذلك فإن هذا الإقبال الذي يتسم بعدم التفحص وعدم التبصر جعل الطرف القوي يستفيد من هذا الموقف بتضمين العقود بعض الشروط التعسفية الأمر الذي يستوجب توفير حماية تشريعية فعالة للمستهلك **(داود 2014، ص.09)**.

وتزداد هذه 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 مثل هذه العقود ستكون مجالا رحبا لشروط تعسفية قد يفرضها التاجر المحترف على المستهلك مما ينبغي معه الوقوف بوجه هذه الشروط لحماية الطرف الضعيف **(موفق2011، ص.246)**.

لهذه الأسباب كان لزاما على الفقه و القضاء و التشريع التصدي و مواجهة هذه الشروط التعسفية في العقود التي يفرضها العون الاقتصادي على المستهلك الذي لا يمكنه إلا قبولها أو رفض التعاقد و ليس لديه إمكانية مناقشتها، فالعلاقة التعاقدية بين المتدخل والمستهلك تتميز بعدم التوازن العقدي، لذلك حاولت تشريعات حماية المستهلك إقرار حماية للمستهلك بالرغم من وجود القواعد العامة في هذا الإطار، وتعتبر الشروط التعسفية مصدرا لتعسف العون الاقتصادي في علاقاته التعاقدية بين المتدخل والمستهلك الذي يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة وأمام هذا الوضع حاولت التشريعات حماية المستهلك في مجال عقود الإذعان في مجال العقود الاستهلاكية ووضع آليات تشريعية أهمها الدور الإيجابي للقاضي الذي يتدخل لإعادة التوازن العقدي.

فهذه العقود جاهزة ومنتشرة بأشكال مختلفة كعقد القرض، البيع بالتقسيط، عقود الخدمات، الكهرباء، المياه، الاتصالات، التأمين، الإيجار، النقل، شراء السيارات... فهي عقود إذعان تراعي طرف على حساب الطرف الآخر تحوي شروط تعسفية.

والشريعة الإسلامية كان لها السبق تحريم أكل أموال الغير بالباطل بأي نوع من أنواع المكاسب غير المشروعة، إلا التجارة المشروعة التي تكون عن تراض من البائع والمشتري يقول سبحانه وتعالى في سورة النساء آية 29: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا(29)

فالمستهلك الإلكتروني يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ويحتاج للحماية في مواجهة المحترف الطرف القوي الذي يتمتع بالخبرة والنفوذ الاقتصادي، ومن ثم يجب البحث في كيفية تحقيق التوازن في العلاقة التعاقدية وذلك من خلال البحث في الإشكالية التي تتمثل في: ما هي سبل حماية المستهلك الالكتروني من الشروط التعسفية التي يدرجها العون الاقتصادي في عقود الاستهلاك؟ وسنحاول الإجابة عليها من خلال ما يلي:

أولا. تحديد مفاهيم الدراسة:

قبل التطرق للحماية التي أقرها المشرع الجزائري للمستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وجب علينا أولا تحديد مفاهيم الدراسة، وذلك من خلال تعريف المستهلك الالكتروني، العقد الإلكتروني والشرط التعسفي وذلك على النحو الآتي:

1. تعريف المستهلك الإلكتروني:

المقصود بالمستهلك الإلكتروني أو المستهلك المتعاقد عن بعد هو المستهلك الذي يبرم عقدا مع مورد بشأن سلع وخدمات في إطار نظام بيع أو تقديم خدمات عن بعد من قبل المورد، الذي يستعمل تقنية الاتصال عن بعد لغاية إبرام العقد بما في ذلك إنشاء العقد ذاته. والمستهلك في هذا الإطار أي في نطاق التعامل عن بعد هو ذاته المستهلك في عملية التعاقد التقليدية، لكنه فقط يتعامل عبر وسائط إلكترونية **(حوى2012، ص.129).**

ويترتب على تطابق مفهوم المستهلك الإلكتروني مع نظيره التقليدي أن يثبت للمستهلك في ظل المعاملات الإلكترونية المبرمة عن بعد كافة الحقوق التي يتمتع بها المستهلك وفقا لقواعد حماية المستهلك، إلى جانب قواعد خاصة تتماشى مع الاستهلاك عن بعد، وكذا استعمال وسائل الاتصال الإلكترونية، فالمستهلك الإلكتروني يصطلح على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم باقتناء المنتوج أو استعماله خارج نطاق اختصاصه المهني **(عيلام2018، ص.44).**

وقد عرف المشرع الجزائري المستهلك الإلكتروني في المادة 3/6 من قانون التجارة الالكترونية على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية من المورد الالكتروني بغرض الاستخدام النهائي"، وفي المقابل عرفت المادة 4/6 من قانون التجارة الالكترونية الجزائري المورد الالكتروني على أنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الالكترونية"، وبالرجوع إلى قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 يونيو 2018 في المادة 1/3 منه عرف المستهلك على أنه :" كل شخص طبيعي

أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"، وبالمقارنة بين المادتين نجد أن المستهلك الالكتروني هو نفسه المستهلك التقليدي، فقط الالكتروني يتعامل من خلال وسائط إلكترونية، وله كافة الحقوق التي يتمتع بها المستهلك التقليدي مع مراعاة الخصوصية أنه يتعامل بوسائل إلكترونية.

2. تعريف العقد الالكتروني:

يشترك العقد الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت والعقود المبرمة عن بعد في كونهما تطورا لمفهوم العقد بين غائبين، أين يتم استبدال الوسائل التقليدية على غرار البرقية أو الرسائل المعتمدة في التعاقد بين أشخاص لا يتواجدون في مجلس عقد موحد بوسائل تكنولوجيا حديثة تمكن من التواصل عن بعد، والتعاقد دون ضرورة التواجد في نفس المكان، فوسائل الاتصال عن بعد تمثل الكل ويعتبر الأنترنت جزء من الكل. ويعتبر الانترنت أساس ظهور التجارة الإلكترونية، وقيام الاستهلاك الإلكتروني دون باقي وسائل الاتصال عن بعد **(عيلام2018، ص.122).**

وقد عرف المشرع الجزائري العقد الإلكتروني في المادة 2/06 من القانون رقم 05/18 يتعلق بالتجارة الإلكترونية بأنه:" العقد بمفهوم القانون 04-02 المؤرخ في 5 جمادي الأولى 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم ابرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني"، وحسب المادة 3/ 4 من القانون 02/04 المعدل والمتمم فإنها عرفت العقد على أنه:" 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..."، أي أنه جعل عقود التجارة الالكترونية من قبيل عقود الإذعان.

3. مفهوم الشرط التعسفي:

سنقوم من خلال هذا العنصر تعريف الشرط التعسفي وتحديد عناصره وفق ما يلي:

أ. تعريف الشرط التعسفي:

تعتبر ألمانيا من أوائل الدول الأوربية التي سارعت إلى إصدار قانون في مجال الشروط التعسفية، حيث أصدرت بتاريخ: 09 ديسمبر1976 القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود، وبدأ العمل به في أول أبريل 1977، وقد تبنى فيه المشرع الألماني النظام التشريعي حيث وضع قائمة بالشروط الباطلة، كما اعترف في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير بعض هذه الشروط ومن ثم الحكم ببطلانها، وكانت غاية المشرع الألماني في ذلك كما يقول الأستاذ: B.Stauder تحقيق التوازن العقدي الذي قد تخل به الشروط العامة، والتي عرفتها المادة الأولى من القانون السابق بأنها تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، وكما قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد فإنها قد تكون مندمجة في نصوصه دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه**(بودالي2010، ص. 17).**

وقد تناول الفقه القانوني الشرط التعسفي من خلال العديد من الزوايا، فمن حيث المصدر الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بوقوع هذا التعسف، ومن حيث الطبيعة هو الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية، والذي يتنافى أيضا مع روح العدالة والحق، أما من حيث الآثار هو التصرف الذي يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما يؤدي إليه من وجود اختلال في توازنه **(عبد الباقي 2008، ص. 401)**

واعتبره بعض الفقه شرطا في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمترتبة على عقد الاستهلاك، تمثل في مكافأة هذا المهنى بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه وهو المستهلك، وبمعنى آخر هو الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه بطرقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة **(عبد الباقي 2008، ص. 402).**

والشرط التعسفي له خصائص وهي كونه شرط يترتب عليه عدم التكافؤ بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن العلاقة التعاقدية، وأنه شرط غير خاضع للمفاوضات الفردية بين المزود والمستهلك، كذلك يختص بكونه شرط مكتوب بصفة مسبقة ودون أن يكون للمستهلك أي تأثير في محتوى العقد الالكتروني **(ذيب محمود2012، ص.121).**

فأمام الاختلال في التوازن العقدي بين المستهلك كطرف ضعيف و العون الاقتصادي كطرف قوي ظهرت الحاجة إلى ضرورة حماية المستهلك، تدخل المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، وهو يهدف إلى تحديد قواعد و مبادئ شفافية و نزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و كذا حماية المستهلك و إعلامه فوضع أحكاما تمنع التعاقد بالشروط التعسفية، ويعتبر هذا القانون هو الأول الذي أدخل مفهوم الشروط التعسفية على التشريع الجزائري.

وقد عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي في المادة 3 فقرة 5 الشرط التعسفي بأنه:" 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 ." ووفقا لهذا التعريف المشرع وسع من نطاق الحماية من الشروط التعسفية فيما يتعلق بأطراف العقد.

ب. عناصر الشرط التعسفي:

يتحقق وجود الشرط التعسفي في إطار العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين من خلال المعايير التالية:

- تعسف المهني في استخدام نفوذه الاقتصادي

يتلخص مفهوم هذا العنصر في استغلال المحترف في العالم المادي أو الإلكتروني لخبرته الفنية ونفوذه الاقتصادي من أجل تحقيق مصالحه، على حساب حاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة، أين يتم ذلك من خلال شروط تعسفية يفرضها الأول على الثاني، دون إمكانية قيام هذا الأخير -المستهلك- بمناقشة أو تعديل لها، ومع ذلك فالمستهلك يجد نفسه مجبرا للتعاقد نظرا لحاجته للمنتوج **(عيلام2018، ص.254)**

حيث يجب أن يكون الاختلال في الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد ناشئا عن تعسف النفوذ الاقتصادي للمحترف، وذلك بأن يسيء استعمال مركزه الاقتصادي المتفوق ليفرض على المستهلك شروطا تخل بتوازن العقد، بمعنى آخر لو لم يتعسف المحترف في ممارسة تفوقه الاقتصادي لما وجد الشرط التعسفي الذي يخل بتوازن العقد **(موفق 2011، ص.251).**

ويقصد بذلك أن الضابط المعتمد لتحديد الطابع التعسفي لشرط من الشروط التعاقدية هو مدى إخلاله أو عدم إخلاله بالتوازن العقدي إخلال ظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد، وذلك حينما يستخدم المهني على المستهلك نفوذه الاقتصادي، وهو معيار يبحث في النتائج المترتبة على تضمين الشرط التعسفي ضمن عقود الاستهلاك دون البحث في الدواعي والأسباب التي أدت إلى تلك النتائج، ويسمى هذا المعيار بالمعيار الشخصي لأنه يتم استنتاجه من القوة الاقتصادية للمهني إلى حجم المشروع الذي يستغله، وكذلك الوسائل التي يستخدمها في ممارسة نشاطه وقدر الاحتكار الذي ينعم به مما يجعل الطرف المستهلك في مرتبة أقل منه**(الصادق 2019، ص.43)**

إن التعسف في إطار العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين هو تعسف الموقف، لأن انفراد المهني بوضع شروط العقد ليس بحق شخصي وإنما ممارسة لسلطة الواقع (أحمد، 2010، ص209)، وقد يبدوا الأمر أكثر غموضا إذا اعتبرنا أن القوة الاقتصادية للمهني تقاس في ضوء حجم المشروع الذي يستغله والوسائل التي يملكها في ممارسة نشاطه، إلا أن الرأي يذهب إلى أن ضخامة المشروع لا تعني دائما القوة الاقتصادية، فقد يتمتع تاجر صغير باحتكار محلي يجعله يتمتع بقوة تشبه قوة مشروع قومي، كما أنه يصعب تحديد حصة المهني ومدى انتشاره في السوق **(عبد الباقي 2008، ص. 405).**

- الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني:

إن المزايا المفرطة التي يحصل عليها المحترف بفضل التعسف في استعمال نفوذه الاقتصادي والفني تؤدي إلى اختلال التوازن بين الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد. وهذه المزايا لا تكون نقدية فقط، ذلك أنه وتحقيقا لحماية أشمل للمستهلكين أراد الفقه أن لا يحصر هذه المزايا المفرطة في هذا المجال الضيق، فنظر إليها بحسب الأثر الذي تخلفه في العقد وهو عدم التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد **(موفق2011، ص.250).**

فلابد أن يكون الشرط الذي تم فرضه من جانب المهني من خلال استخدام نفوذه الاقتصادي حقق ميزة فاحشة للمهني على حساب المستهلك، والميزة الفاحشة تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي في مجال حقوق والتزامات طرفيه وبهذا يقترب من الغبن، لكن الاختلاف يظهر بينهما في المحل الذي يقع عليه التعسف، حيث ينصب في الغبن على الثمن بينما ينصب في الشروط التعسفية على شروط العقد. فإذا تعلقت الميزة الفاحشة بالشرط المعني بمبلغ الثمن في العقد فهنا تكون الميزة ذات طابع مالي بشكل مباشر ولكن هناك شروط التنفيذ، وهذه الشروط ليس لها طابع مالي بشكل مباشر بالضرورة في جميع الأحوال **(آمانج2010، ص. 211).**

ثانيا. الشروط التعسفية في العقد الإلكتروني:

يتسم عقد التجارة الإلكتروني المبرم مع المستهلك بعدم التوازن بين طرفيه لما قد يحتويه من شروط تعسفية، وقبل الحديث عن الشروط التعسفية في العقد الإلكتروني يجب أولا تحديد ماهي العناصر التي يجب أن يحتويها العقد الإلكتروني لنتطرق بعد ذلك إلى الشروط التعسفية في هذا العقد..

1. عناصر العقد الإلكتروني:

أغلبية العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت تتم عادة من خلال عقود نموذجية تظهر في الموقع الإلكتروني للبائع على شكل استمارة نموذجية إلكترونية تتضمن تفاصيل التعاقد وتتوجه بشروط مماثلة إلى الجمهور على وجه الدوام ولا تقبل المناقشة أو التعديل. وهنا يظهر ضعف الطرف المستهلك بمجرد إعداد العقد مسبقا من قبل المحترف الذي عادة يكون متمتعا بالخبرة الكافية في تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد بالصورة التي تحقق مصلحته، حيث غالبا ما يتضمن العقد شروطا تعسفية لا يسمح للطرف المستهلك بالمناقشة فيها من زاوية أن الطرف المحترف هو الطرف الأقوى الذي يملك آليات إدارة السوق الالكترونية وبما يتمتع به من مركز اقتصادي ومعلوماتي قوي يسهل عليه التوجه بالمستهلك إلى التعاقد **(آمانج 2010، ص. 58).**

في العقود التقليدية تطبيقا لأحكام المادة 30 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010 صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 حدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فيفري 2008، و قبل أن نتكلم عن الشروط التعسفية في العقد الالكتروني أولا يجب أن نحدد ماهي العناصر والمعلومات الأساسية التي يجب توافرها في العقد الالكتروني.

وقد بينت المادة 3 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم وكذلك المادة الأولى الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم طبيعة العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين المستهلك والعون الاقتصادي: " العقد هو 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".

فحماية المستهلك من الشروط التعسفية تمتد إلى كل العقود عقود خدمات أو عقود منتجات وقد حدد المشرع الجزائري بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 العناصر الأساسية والجوهرية التي يجب أن تحتويها العقود المطبقة من طرف الأعوان لاقتصاديين على المستهلكين، و وهي عناصر مرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك و التي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك، و نزاهة و شفافية العمليات التجارية، و أمن و مطابقة السلع أو الخدمات و كذا الضمان و الخدمة ما بعد البيع، فيجب على العون الاقتصادي أن يلتزم بالشفافية في محتوى العقد الذي يبرمه مع المستهلك إذ يجب أن يحتوي على:

- خصوصيات السلع أو الخدمات وطبيعتها.
- الأسعار والتعويضات.
- كيفيات الدفع.
- شروط التسليم وآجاله.
- عقوبات التأخير عن الدفع أو التسليم.

- كيفيات الضمان ومطابقة السلع أو الخدمات.
- شروط تعديل البنود التعاقدية.
- شروط تسوية النزاعات.
- إجراءات فسخ العقد.

تضح من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري حدد العناصر الواجب توافرها في العقد المبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك والتي هدفها إعلام المستهلك، كما أنه منح المستهلك مدة كافية لفحص العقد وإبرامه وهو ما نصت عليه المادة 04 من المرسوم التنفيذي 306/06 المعدل والمتمم المشار إليه سابقا، للتأكد من مدى مطابقة البنود الواردة في العقد مع العناصر الأساسية للعقد المنصوص عليها في القانون، وذلك لحماية المستهلك وتأكده من عدم وجود شروط تعسفية وبالتالي إمكانية الحق في العدول قبل التوقيع على العقد.

هذا في العقود التقليدية وبالرجوع إلى قانون التجارة الالكترونية نجد أنه حدد أهم المعلومات التي يجب أن يتضمنها العقد الالكتروني:

- الخصائص التفصيلية للسلع والخدمات
- شروط وكيفيات التسليم
- شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع
- شرط فسخ العقد الالكتروني
- شروط وكيفيات الدفع.
- شروط وكيفيات إعادة المنتوج
- كيفيات معالجة الشكاوى
- شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عند الاقتضاء
- الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الاقتضاء
- الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع
- مدة العقد حسب الحالة

2. صور الشروط التعسفية:

اعتبر المشرع الجزائري الشروط المتضمنة في العقود التي يبرمها العون الاقتصادي مع المستهلك والتي يكون محتواها الشروط المنصوص عليها في المادة 29 من القانون رقم 04-02 والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 شروطا تعسفية، حماية للمستهلك حتى يكون المستهلك على علم بها.

وبالرجوع إلى المادة 29 من القانون رقم 04-02 حدد الشروط التعسفية والمتمثلة في:

- أخذ حقوق أو امتيازات لا تقابلها حقوق أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.
- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته
- التفرد بتغيير أجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة.
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة، وفي ذلك نصت المادة 1/88 على أنه: "يجوز إبطال العقد للإكراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق..."

إن هذه الشروط التعسفية مذكورة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، حيث أضافت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 تطبيقا للمادة 30 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم البنود التعسفية المتمثلة في:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 02، 03 أعلاه.
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض.
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على التخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذ امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد، أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.
- -. تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.
- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤولياته.

ثالثا. دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من الشروط التعسفية:

ذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يوجد تعريف قانوني محدد للجنة مقاومة الشروط التعسفية، إلا أنه يمكن تعريف هذه اللجنة بأنها: "عبارة عن تنظيم قانوني أوجده المشرع الفرنسي- بالإضافة إلى الأنظمة القانونية الأخرى، القضاء – لدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للاعتداء من جانب المهنيين الذين يرتبطون مع الأولين بعقود استهلاك يغلب عليها طابع عقود الإذعان" **(داود 2014، ص 145).**

فالمشرع الفرنسي حظر في قانون 1978/1/10 التعسف معتمدا على ضعف المستهلك اقتصاديا وفنيا لأن ذلك يفسد التعاقد، وعمل على الحد من هذه الشروط اعتمادا على المساواة الفعلية بدلا من المساواة القانونية المكرسة في القانون المدني، ومن هنا كانت المادة 35 من القانون المذكور أعلاه والتي خولت مجلس الدولة الفرنسي إعداد اللوائح المتعلقة بالشروط المجحفة أو التعسفية بعد أن تأخذ رأي لجنة خاصة تسمى لجنة الشروط التعسفية، شريطة أن تظهر هذه الشروط تعسفية وعلى حساب غير المهنيين والمستهلكين، والمشرع حدد مهام هذه اللجنة بالبحث من خلال نماذج الاتفاقات التي تقترح من قبل المهنيين على المستهلكين عن الشروط لتي تتصف بالتعسف ورفع توصية بها بهدف إلغائها أو تعديلها، إعطاء رأيها في شأن مشروعات اللوائح أيا كان موضوعها، تحريم، تحديد أو تنظيم الشروط التعسفية، على اللجنة أن تصدر تعليقا عاما سنويا بنشاطها مقترحة التعديلات التشريعية أو التنظيمية المحتملة، وتتكون هذه اللجنة من خمسة عشر عضوا ممثلين عن القضاء والإدارة والمهنيين والمستهلكين، ودور هذه اللجنة استشاري وفني يساعد على كشف وتنظيم الشروط التعسفية(موسى ابراهيم2007، ص453) .

وقد حدد المشرع الجزائري النظام القانوني للجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فيفري 2008 و الذي بموجبه تم تعديل تشكيلة لجنة البنود التعسفية، حيث كانت لجنة البنود التعسفية وفقا للمادة 08 من المرسوم التنفيذي 06-306 تتشكل من 07 أعضاء وأصبحت بعد التعديل بمقتضى المرسوم 08-44 تتشكل من 10 أعضاء 5 أعضاء دائمين و05 أعضاء مستخلفين، وتنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة و هي ذات طابع استشاري، و يتمثل دورها في البحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين عن البنود التعسفية، وتقدم توصيات لوزير التجارة الذي يقوم بإدراج هذه الشروط التعسفية في إطار مراسيم تنفيذية، وبذلك تظهر أهمية الدور الذي تلعبه لجنة البنود التعسفية التي تهدف إلى تحقيق التوازن العقدي.

لكن البعض يرى أن هذا الدور لا يعكس سوى قيمة أدبية لتوصيات لجنة البنود التعسفية التي لا تتصف بأي طابع إلزامي يفرض على المهنيين احترامها، أي أن هؤلاء يرون أن هذه اللجنة تفتقر للصفة الإلزامية التي تضمن فرض آرائها على التجار، كما أنها ذات تشكيلة وطبيعة إدارية لا تتمتع بأي دور تشريعي أو قضائي إلا إذا تم تطبيقها بإصدار مراسيم تنفيذية **(داود 2014، ص. 149).**

رابعا. دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

لقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة بناء على طلبه، ومثل هذه المسألة تخضع لتقديره الشخصي بتقريره ما إذا كانت هذه الشروط المعروضة عليه هي شروط تعسفية.

إن اتجاه المشرع في ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان لا شك أنه يؤدي بالقاضي إلى رفض وجود الشروط التعسفية خارج هذا الصنف من العقود، حتى ولو كانت هذه الشروط فعلا هي شروط تعسفية وفي الوقت ذاته يشكل اتجاه المشرع هذا قيدا على استعمال القاضي لسلطته التقديرية. كما أن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان يؤدي بالقاضي إلى بذل جهد إضافي وهو ضرورة التحقق من أن العقد يتصف بالإذعان أو لا قبل مباشرة عملية تقدير الطابع التعسفي للشرط، بخلاف عدم اشتراط المشرع أن يكون الشرط واردا بعقد الإذعان، فالقاضي في هذه الحالة يتعامل مباشرة مع الشرط وما إذا كان ينطبق عليه معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات، ولا شك أن هذا يساعد القاضي كثيرا في أداء مهامه(كرفة محمد2017، ص62).

ويرى الدكتور بودالي ضرورة الاعتراف للقضاء بسلطة إثارة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه، بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي على غرار بعض التشريعات الأوربية لأن من شأن ذلك أن يسهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشروط التعسفية

كما يرى بعض الفقهاء العرب أن القاضي يملك كامل الحق لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره، مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذ به. فإذا تبين له شرطا تعسفيا في عقد إذعان يكون له أن يعدله إذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف وإلا فيكون له أن يلغيه، وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة **(بودالي 2010، ص59).**

وإضافة إلى ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني الجزائري حول سلطة القاضي في تعديل أو إعفاء المستهلك من الشروط التعسفية فقد حدد وفقا للمادة 38 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الشروط التعسفية الجزاءات المترتبة على ادراج الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك والمتمثلة في غرامة من خمسين ألف دينار(50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار(5.000.000دج).

خاتمة:

في ختام هذه الورقة البحثية يمكن القول أنه بالإضافة إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني التي تضمنت نصوصا يمكن أن تساهم في محاربة عدم التوازن العقدي استحدث المشرع الجزائري نظام خاص لحماية المستهلك من الشروط التعسفية و تحقيق التوازن العقدي بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلك الجزائر وذلك بموجب القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 06-366 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم، وتوصلت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات أهمها:

النتائج

- إن القوانين التي استحدثها المشرع في مجال حماية المستهلك طورت الوسائل الوقائية التي تهدف إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وبالتالي نظرية عقود الاستهلاك قد جمعت بين الوسائل العلاجية المنصوص عليها في القانون المدني والوسائل الوقائية التي تعمل على تحقيق التوازن بين

الضرورات الاقتصادية التي تمنح للتجار العديد من السلطات وبين الضرورات الاجتماعية التي تستوجب حماية المستهلك.

- إن لجنة البنود التعسفية تلعب دورا كبيرا في ضمان تفعيل الرقابة على الشروط التعسفية
- إن البحث عن الشروط التعسفية يقتضي التركيز على أهم العناصر الموضوعية التي تدخل في تكوين هذه الشروط.

- لقد وسع المشرع الجزائري نطاق الحماية من الشروط التعسفية لتشمل كل العقود التي يستغل فيها العون الاقتصادي ضعف المستهلك.

- إن المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية لا يدرك حقوقه، ويعتقد أن الشروط التي يفرضها عليه العون الاقتصادي ملزمة ومشروعة.

التوصيات

- على الدولة أن تقوم بتحرير عقود نموذجية لحماية المستهلك ووضع حد لتعسف العون الاقتصادي.
- إن العقوبة المقررة في حالة إدراج الشروط التعسفية لا تحقق الردع وعليه يجب إعادة النظر فيها.
- تفعيل حماية فعالة وكافية للمستهلك من خلال جمعيات حماية المستهلك التي تلعب دورا فعالا في توعية المستهلك لذلك يجب تدعيمها لتقوم بدورها، وضرورة إشراك وسائل الإعلام باعتبارها أهم عامل في تفعيل قوانين حماية المستهلك، لأن المستهلك عاجز عن الدفاع عن مصالحه في غياب آليات فعالة.
- أهم شيء يجب على المستهلك أن يتحلى بثقافة استهلاكية وأن يكون واعيا يدرك حقوقه ليتجنب تعسف العون الاقتصادي ويحمي نفسه بنفسه.

قائمة المراجع

1. آمانج رحيم أحمد. (2010). حماية المستهلك في نطاق العقد. لبنان: شركة المطبوعات للتوزيع والنشر.
2. ابراهيم عبد العزيز داود. (2014). حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
3. الصادق عبد القادر. (2019). حماية المستهلك من الشروط التعسفية دراسة مقارنة. الجلفة: مجلة آفاق علمية.
4. بودالي محمد. (2010). الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري. الجزائر: دار هومة للنشر والتوزيع.
5. بودالي محمد. (2006). حماية المستهلك في القانون المقارن. الجزائر: دار الكتاب الحديث.
6. خليفة كرفة محمد. (2017). ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك. الشلف: مجلة الدراسات القانونية المقارنة.
7. عمر محمد عبد الباقي. (2008). الحماية العقدية للمستهلك. الإسكندرية: منشأة المعارف
8. عبد الله ذيب محمود. (2012). حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني. الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
9. عبد المنعم موسى ابراهيم (2007). حماية المستهلك (دراسة مقارنة). لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
10. عيلام رشيدة (2018). المركز القانوني للمستهلك الالكتروني (أطروحة دكتوراه). تيزي وزو: كلية الحقوق والعلوم السياسية.
11. فاتن حسين حوى. (2012). الوجيز في قانون حماية المستهلك. لبنان: منشورات الحلبي الحقوقية.
12. موفق حماد عبد. (2011). الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية. بغداد: مكتبة السنهوري