

## الباب الأول حماية المستهلك الإلكتروني أثناء تكوين عقد التجارة الإلكترونية

ساهم عصر المعلوماتية والتطور المستمر الذي تشهده تكنولوجيات الإعلام والاتصال مؤخرا في وجود ما يسمى بالعالم الافتراضي، عالم مترابط عبر شبكات الاتصال الدولية، يسمح للأفراد بالتجول في مختلف مواقعها والاطلاع على كل ما هو جديد، مع تمكينهم من القيام بمختلف معاملاتهم عبره، وبالتالي لم تعد وسائله المتنوعة مجرد وسائل للاتصال، بل تعدت ذلك بما تتيحه من سرعة وسهولة إلى وسائل تسمح للأفراد بإنجاز معاملاتهم عبرها.

وحتى الأعمال التجارية، فقد زادت نسبة وجود التعاملات التجارية الإلكترونية وخصوصا منها عقود الاستهلاك الإلكترونية، حيث أضحى المستهلكون عبر العالم يلجئون إلى هذا النوع من التعاقد لما يوفره من مرونة في إجراءات إبرامها، فالمستهلك الآن يقتني حاجياته ويطلب خدماته من بيته أو من العمل دون أن يقوم بالتنقل للقيام بذلك.

إن عقود الاستهلاك الإلكترونية تتمتع بخصوصية أضفتها لها وسائل الاتصال الإلكترونية التي تبرم بواسطتها، فرغم خضوعها للقواعد العامة للعقود، إلا أن صفة المستهلك الإلكتروني التي يتسم بها المتعاقد عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، تجعل منه يواجه أخطار ليست مألوفة بالنسبة لعقود الاستهلاك العادية، وقد سمح هذا النوع من العقود في زيادة الاهتمام بالمرحلة السابقة للتعاقد أو التي يطلق عليها تسمية المفاوضات الإلكترونية.

فالمفاوضات الإلكترونية هي تلك المرحلة التي يتم فيها التفاوض والمناقشة وتبادل الآراء والأفكار والقيام بالمساومة، بوجود تفاعل بين الأطراف بغية الحصول على اتفاق معين بينهم حول مصلحة ما، وتعرف أيضا أنها تلك المرحلة التمهيديّة التي يتم فيها دراسة كل ما يتعلق بالعقد من شروط<sup>(1)</sup>.

(1) أمازور لطيفة، مرحلة التفاوض في العقود الإلكترونية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 04، جامعة الجلفة، 2018، ص 116.

تبرم عقود التجارة الإلكترونية بواسطة تبادل البيانات والمعلومات بين أطرافها، فأول ما يقابل المستهلك الإلكتروني وهو يقوم بالتسوق الإلكتروني<sup>(1)</sup>، هو ما يعرضه المورد الإلكتروني من سلع وخدمات عبر الوسائط الإلكترونية، أي الإشهارات التجارية الإلكترونية التي تعتبر أهم وسيلة تميز المورد الإلكتروني، ولهذه الأخيرة جانب كبير من التأثير على المستهلك الإلكتروني وبالتالي تدفع به الى الاقبال على التعاقد التجاري الإلكتروني لتلبية حاجياته.

تزيد عقود التجارة الإلكترونية من الفجوة المعرفية بين المورد والمستهلك الإلكتروني فعدم قدرة هذا الأخير على معاينة وفحص المنتج بصفة مباشرة، فتجعل منه يعتمد فقط على ما يبرزه الإشهار التجاري الإلكتروني من صفات للسلعة أو مزايا للخدمة المعروضة، وهذا ما يجعله في حاجة إلى التتوير والتبصير ولا يتم ذلك إلا بتقرير حمايته عن طريق الالتزام بالإعلام المفروض قانونا على المورد الإلكتروني.

تعتبر البيئة الافتراضية أهم ما يميز عقد التجارة الإلكترونية عن عقود التجارة الكلاسيكية لكونها تفرض ان يكون التعبير عن الإرادة بشكل غير مادي، أي عبر رسائل إلكترونية بواسطة تقنيات الاتصال الإلكترونية، الأمر الذي يزيد من صعوبة تقصي عيوب الإرادة في هذا النوع من التعاقد، ولأن العلاقة التي تربط بين المستهلك الإلكتروني والتاجر الإلكتروني علاقة غير متوازنة في أغلب الأحيان، بحكم أن هذا الأخير يتمتع بالخبرة والمعرفة بالمجال التجاري الإلكتروني موضوع تخصصه، مما يجعله في مركز أقوى في العلاقة التعاقدية، وبالتالي يجب إعادة التوازن في هذه العلاقة.

لما سبق تستدعي الدراسة التطرق إلى كل المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المستهلك الإلكتروني عند تكوين عقد التجارة الإلكترونية، وكذا تبيان آليات الحماية منها وفق ما أقره القانون، وعلى هذا تم تقسيم هذا الباب إلى فصلين، بحيث يتناول الفصل الأول حماية المستهلك الإلكتروني في المرحلة السابقة لإبرام عقد التجارة الإلكترونية، وفي الفصل الثاني الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرام عقد التجارة الإلكترونية.

(1) التسوق الإلكتروني هو "القيام بالتبضع عبر شبكة الانترنت باستخدام الوسائل الإلكترونية كالهاتف أو جهاز الحاسوب بالتجول في المتاجر الإلكترونية المختصة في عرض السلع والخدمات المتنوعة، وهذا بغرض الشراء أو الإطلاع على مختلف المعلومات الخاصة بالمنتج"؛ راضية بولقرون، زهرة جامع، زينب بوراوي، واقع التسوق الإلكتروني في الجزائر، مجلة أوراق إقتصادية، مج 04، ع2، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، ديسمبر 2020، ص162.

## الفصل الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة المفاوضات الإلكترونية

تماشت التشريعات الحديثة مع متطلبات العصر التكنولوجي الذي فرض نفسه، فأصبحت القواعد التي تتضمنها حماية للمستهلك الإلكتروني، تفر بحماية هذا الأخير في المرحلة السابقة على التعاقد أي قبل حدوث أي واقعة أو تصرف قانوني، وهذا لأن العلاقة بين المستهلك الإلكتروني والمورد الإلكتروني تتسم بعدم التوازن، لعدم خبرة ودراية الأول بالأمور التجارية والقواعد المتعلقة بها، عكس الطرف الثاني الذي يتمتع بالخبرة والعلم بخباياها فأضحت مختلف التشريعات تفر حماية من نوع خاص للمستهلك المتعاقد عن بعد في المرحلة التي يتلقى فيها المعلومات الأساسية الخاصة بالسلعة أو الخدمة التي يقبل على اقتنائها أو الاستفادة منها.

في ظل تزايد متطلبات المستهلك وكثرة التعاملات بالوسائل الإلكترونية، أصبح التجار يقومون بعرض وتسويق منتجاتهم عبر هذه الوسائل وقد يقومون أثناء عرضها باستخدام الكذب والتضليل في محتوى الإشهار التجاري الإلكتروني المقدم بهدف عرض منتجاتهم وخدماتهم إلى جمهور المستهلكين والتأثير عليهم، أو القيام بالإدلاء بمعلومات كاذبة أو غير حقيقية لمنتجاتهم أو خدماتهم أو حتى هويتهم، هذا الأمر الذي قد ينتج عنه عدة أضرار في جانب المستهلك الإلكتروني.

تهدف المرحلة السابقة للتعاقد الإلكتروني بصفة أساسية إلى تنوير بصيرة المستهلك الإلكتروني، بكل ما هو بحاجة إليه، انطلاقاً من رؤيته للسلعة في العرض المقدم من طرف المعلن إلى غاية حصوله على كافة المعلومات المتعلقة بها، إذ أن قوام هذه المرحلة هو حماية المستهلك الإلكتروني من الإشهارات التجارية الإلكترونية المضللة (المبحث الأول) فهو من حقه الحصول على إعلان نزيه وصادق بعيد عن الاحتيال والتضليل، ومن جهة أخرى دراسة الحماية المقررة له من خلال فرض الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق المورد الإلكتروني (المبحث الثاني)، حتى يتعاقد المستهلك بإرادة مستنيرة.

## المبحث الأول: حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الإشهار التجاري الإلكتروني المضلل

إن الإشهارات التجارية التقليدية ليس لديها أدوات الإقناع كإشهارات الإلكترونيات التي تعرض على التلفزيون وشبكة الانترنت والهاتف النقال، التي تجذب نسبة كبيرة من الجمهور<sup>(1)</sup>، وبما أن الإشهارات التجارية تعتبر من أهم مصادر المعلومات بالنسبة للمستهلك الإلكتروني، حيث تسمح بالتأثير على إرادته وخياراته بالنسبة للسلع أو الخدمات المعروضة عليه، فهي تعتبر وسيلة للتاجر الإلكتروني لتسويق منتجاته بهدف إثارة الطلب عليها من قبل جمهور المستهلكين في المرحلة السابقة للعقد<sup>(2)</sup>.

ومما سبق فإن موضوع الدراسة يتطلب التطرق إلى النظام القانوني للإشهار التجاري الإلكتروني (المطلب الأول)، وتبيان آليات الحماية من الإشهارات التي تهدف إلى تضليل المستهلك وتوجيه اختياراته (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: النظام القانوني للإشهار التجاري الإلكتروني

يصادف المستهلك بشكل يومي مجموعة من الإعلانات والإشهارات التجارية الإلكترونية التي تؤثر عليه، ورغم أنها مادة إعلامية موجهة للجمهور يُفترض فيها الصحة والدقة، إلا أنه قد يضاف إليها ما يجذب المستهلكين ويراعي أذواقهم نحو السلعة أو الخدمة<sup>(3)</sup>، ونظرا لما للإعلان التجاري من أهمية ضمن الدراسة، فُسم هذا المطلب إلى فرعين أولهما لتبيان مفهوم الإشهار التجاري الإلكتروني، ويخصص الفرع الثاني إلى التطرق لمتطلبات العملية الإشهارية.

### الفرع الأول: مفهوم الإشهار التجاري الإلكتروني

إن التطرق لمفهوم الإشهار التجاري الإلكتروني، يقتضي بالضرورة تحديد تعريفه فقها وتشريعا (أولا)، بالإضافة إلى تحديد مختلف عناصره (ثانيا)، فضلا عن ذلك فالأمر يقتضي أيضا تحديد طبيعته القانونية (ثالثا).

(1) علاء عمر محمد الجاف، الآليات القانونية لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، ط1، 2017، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ص121.

(2) سارة عزوز، حماية المستهلك من الإشهار المضلل، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة 01، الجزائر 2016/2017، ص14.

(3) محمد عبد حسين، الإعلان التجاري المفاهيم والأهداف، دار الرياء للنشر والتوزيع، ط 1، 2015، عمان الأردن، ص17.

## أولاً: تعريف الإشهار التجاري الإلكتروني

اختلف الفقه وكذا مختلف التشريعات في تحديد تعريف للإشهار التجاري الإلكتروني<sup>(1)</sup> إلا أنها اتفقت معظمها على معيار التفرقة بينه وبين الإشهار العادي، والمتمثل في الوسيلة المستخدمة، لذلك يقتضي تحديد المقصود بالإشهار التجاري الإلكتروني التطرق إلى التعريف الفقهي ثم التعريف التشريعي:

### 1- التعريف الفقهي للإشهار التجاري الإلكتروني

تم تعريف الإعلان من قبل علماء التسويق بأنه هو تلك الجهود غير الشخصية، التي يدفع عنها مقابل لعرض وترويج السلع والأفكار أو الخدمات، ويفصح فيها عن شخصية المعلن فهو عبارة عن اتصال بين المعلن الراغب في ترويج سلعته أو خدماته، وبين جمهور المستهلكين المستهدفين بهذا الإعلان<sup>(2)</sup>.

وقد تناول الأستاذ "Ugo Roux"<sup>(3)</sup> مجموعة تعاريف لعدة مختصين في المجال، حيث استعرض تعريف "Robert Guérin" للإشهار في صورة معبرة بأنه: "من أحد مكونات الهواء نجد الأكسجين والأزوت وكذلك الإشهار"، وكذا تعريف "Haas" في محاولته لتقديم تعريف شامل للإشهار "عندما نتحدث عن الإشهار نلمح دائماً إلى المجهودات التي يبذلها المنتجون والتجار الخواص لصالح السلع والخدمات التي يروجون لها بغرض البيع، وهذا من أقدم أساليب الإشهار والأكثر انتشاراً في الوقت الحالي"، لكن بالمقابل انتقدت التعريفات السابقة على أساس أنها غير كافية، فهي إذن تسمح بإضافات وذلك بسبب أن هذه التعريفات ترجع للنظرة العامة للجمهور إلى الإشهار لذلك وجب الاجتهاد في تحديد تعريف أكثر شمولية للإشهار.

كما عرف الفقه المصري والفرنسي على حد سواء الإعلان التجاري "فن التعريف بالسلعة وطبيعتها وخصائصها، ونشر هذه المعرفة للكافة بغرض تسويق وبيع هذه السلعة" وعرف كذلك

(1) لا يوجد في القانون الجزائري مصطلح موحد بخصوص الإشهار فتارة يستعمل المشرع مصطلح إعلان وتارة أخرى مصطلح الترويج، أما في قانون التجارة الإلكترونية استخدم مصطلح الإشهار.

(2) خالد موسى توني، الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات الخادعة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط1، 2007 القاهرة، مصر، ص19.

(3) Robert Guérin « l'air est composé d'oxygène, d'azote et de publicité », Haas « lorsque on parle de publicité, on fait le plus souvent allusion aux efforts poursuivis par des producteurs et des commerçants privés dans l'intérêt du produit ou du service qu'ils souhaitent vendre c'est effectivement le genre de publicité historiquement le plus ancien et actuellement le plus répondu », UGO ROUX, communication virale dans la publicité au des espaces numériques, approche critique et expérimentale du phénomène, thèse doctorat université de Toulouse, 2016, p26.

على أنه "كافة وسائل الاتصال لجذب العملاء"، ويستبعد من خلال هذه التعريفات الإشهار التجاري الذي يهدف إلى النفع العام كالذي يصدر عن الجمعيات التي هدفها غير ربحي أو الإشهار الصادر عن الهيئات الحكومية<sup>(1)</sup>.

وعرفه (أوكستيلد) بأنه: عملية الاتصال التي تسعى إلى التأثير من طرف البائع على المشتري على أساس غير شخصي<sup>(2)</sup>، كما عرفته (دائرة المعارف الفرنسية) بأنه: "مجموعة الوسائل المستخدمة لتعريف الجمهور بمنشأة تجارية أو صناعية وإقناعه بامتياز منتجاتها والإيعاز إليه بطريقة ما بحاجته إليها"<sup>(3)</sup>، وتناول تعريفه ستانتون (Stanton) بأنه: "كافة الأنشطة التي تقدم كمجموعة بطريقة غير شخصية -مرئية أو شفوية - عن طريق رسالة معلومة المعلن تتعلق بسلعة أو خدمة أو فكرة معينة"<sup>(4)</sup>.

ويعرفه غراووالتر (Grawwalter) على أنه: "أداة لبيع الأفكار أو السلع أو الخدمات لمجموعة من الناس ويستخدم في ذلك مساحات من الملحقات أو الصحف أو المجلات أو أوقات إرسال الراديو أو التلفزيون أو دور العرض السينمائي نظير أجر معين"<sup>(5)</sup>، ويعرفه زيكمود (zikmoud) هو: "وسيلة غير شخصية لتقديم الأفكار والسلع والخدمات وترويجها بواسطة جهة معلومة مقابل أجر مدفوع"<sup>(6)</sup>.

ومن أحسن التعريفات الغربية التي تم وضعها حديثاً، ما جاءت به جمعية التسويق الأمريكية إذ تعرفه: "الإشهار هو مختلف نواحي النشاط التي تؤدي إلى نشر أو إذاعة الرسالة الإشهارية المرئية أو المسموعة على الجمهور بغرض حثه على شراء سلع أو خدمات أو من

(1) شريف محمد غنام، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، ب. ط.، 2001 الإسكندرية، مصر، ص28.

(2) علي السلمي، الإعلان، مكتبة غريب، ب. ط.، 1977، ص10، نقلا عن: زهير عبد اللطيف عابد، مبادئ الإعلان دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، ب. ط.، 2014، عمان الأردن، ص26.

(3) منى الحديدي، الإعلان، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، 1999، ص16، نقلا عن زهير عبد اللطيف عابد، المرجع نفسه، ص26.

(4) محمد فريد الصحن، الإعلان، الدار الجامعية، ب. ط.، 1997، الإسكندرية مصر، 1997، ص14، نقلا عن زهير عبد اللطيف عابد، المرجع نفسه، ص26.

(5) شدوان علي شيبه، الإعلان المدخل والنظرية، دار المعرفة الجامعية، 2005، مصر، ص05، نقلا عن: خالد بن فاتح، حماية المستهلك من الإشهار الكاذب والمظلل، دار الجامعة الجديدة، ب. ط.، 2019، الإسكندرية مصر، ص39.

(6) بشير عباس العلاق، التسويق الحديث (مبادئه، إدارته وبحثه)، الدار الجامعية للنشر والتوزيع والإشهار، د. س. ن.، ص239، نقلا عن: خالد بن فاتح، نفس المرجع، ص39.

أجل استمالاته إلى التقبل الطيب للأفكار أو الأشخاص أو منشآت معن عنها، وقد شمل هذا التعريف الوظيفتين الأساسيتين للإشهار، الأولى حث المستهلك المرتقب إلى تقبل السلع والخدمات، والثانية هي تهيئة المستهلك إلى تقبل المعن عنه<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة للفقهاء العرب فقد عرفوه بأنه: "وسيلة لترويج المنتجات والخدمات هدفه المتاجرة وتحقيق الأرباح"<sup>(2)</sup>، ويعرف الإشهار التجاري كذلك بأنه: عملية اتصالية بغرض تحقيق هدف يتمثل في إقناع الجمهور المستهدف من قبل المعن ودفعه إلى سلوك يقدم فيه على الشراء أو التعامل مع الخدمة المعن عنها"<sup>(3)</sup>، وعرف أيضا بأنه: كل الوسائل المستخدمة من طرف التاجر بغية تحفيز المستهلك على سلته سواء كانت الوسيلة المستخدمة مرئية أو سمعية أو بصرية<sup>(4)</sup>، كما تطرق إليه محمد منير حجاب بوصفه "النشاط الذي يقدم الرسائل الإشهارية المرئية أو المسموعة إلى الجمهور لإغرائه لشراء سلعة أو خدمة مقابل أجر مدفوع"<sup>(5)</sup>.

ويستخلص من هذا التعريف أن الإشهار وسيلة أو أسلوب لإغراء المستهلك وإثارة مشاعره لحمله على اقتناء السلع والخدمات المعن عنها وذلك بالاعتماد على التأثير في نفسه، ولعل أحسن تعريف اصطلاحى عربى للإشهار هو ذلك الذي اعتبره نشاط يؤدي إلى إحداث رضا في عقل الموجه له الإعلان لكي يقدم على الاقتناء أو يقتنع بالأفكار التي تضمنها الإشهار<sup>(6)</sup>. من خلال ما سبق من تعريفات يلاحظ أن مجملها ركز على تعريف الإشهار التقليدي الذي يركز على جذب الجمهور بشتى الطرق إلى موضوعه الذي هو السلعة أو الخدمة المعن عنها والذي هو نفس هدف الإشهار التجاري الإلكتروني محل الدراسة فالاختلاف الوحيد هو الوسائل الإلكترونية التي تستخدم في هذا الأخير.

(1) خالد بن فاتح، نفس المرجع، ص39.

(2) بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني التجاري وأثره على المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1 2011، لبنان، ص21.

(3) خالد بن فاتح، نفس المرجع، ص40.

(4) عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2007، لبنان، ص186

(5) محمد منير حجاب، الإعلان السياحي، دار الفجر، 2002، القاهرة، ص342، أشار له: خالد بن فاتح، المرجع نفسه ص40.

(6) أحمد السعيد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، دار الجامعة الجديدة، 2007، الإسكندرية مصر، ص 09.

## 2-التعريف التشريعي للإشهار الإلكتروني

رغم قدم مصطلح الإشهار إلا أن المشرع الجزائري لم ينظمه على غرار التشريعات الغربية والعربية، والجدير بالذكر أن أول ظهور لمصطلح الإشهار في الجزائر كان عن طريق الأمر رقم 67-279 المؤرخ في 20 ديسمبر 1967<sup>(1)</sup>، أما فيما يتعلق بمجال حماية المستهلك فمصطلح الإشهار ظهر أول مرة ضمن المادة 26 من قانون الإعلام رقم 82-01<sup>(2)</sup>، المعدل بالقانون رقم 90-07<sup>(3)</sup>، والملغى بموجب المادة 132 من القانون رقم 12-05<sup>(4)</sup>، والتي جاء في فحواها "أنه يقصد بالإشهار، كل إعلام ينشر بواسطة الوسائل المنصوص عليها في المادة 4 أعلاه<sup>(5)</sup>، ويكون ذو طابع أو أهداف تجارية"، وقد تم تعريف الإشهار في المادة 2 الفقرة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش الإشهار على أنه: "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"<sup>(6)</sup>.

لم يكن المشرع واضحا في تعريفه للإشهار، فقد اعتبره إقتراحا أو دعاية أو بيان أو عرض أو إعلانا أو منشورا أو تعليمة، وكل هذه المصطلحات ليست من مرادفات الإشهار ورغم أنه تطرق إلى محل الإشهار إلى أنه لم يحدد لا المستهلك ولا العون الاقتصادي، وزيادة على ما سبق فقد حصر وسائل الإشهار في الأسناد البصرية أو السمعية البصرية، بالرغم من عدم إمكانية حصرها وذلك لما تشهده التكنولوجيا الحديثة من تطور وظهور وسائل جديدة علما أن المادة 2 من مشروع قانون الإشهار لسنة 1999، عرفته بأنه: "الأسلوب الاتصالي الذي

(1) الأمر رقم 67-279، المؤرخ في 20 ديسمبر 1967، والمتضمن إحداث شركة وطنية تسمى بـ "الوكالة الوطنية للنشر والإشهار"، والتي كان دورها أي (ANEP) بموجب المادة 3 منه دراسة وتطوير الإشهار بكل الوسائل وبجميع الطرق البصرية والسمعية (كالإعلانات والأفلام والخرائط والنشرات...); نشر المجلات والمؤلفات والأفلام الناطقة، ذات الطابع أو التمويل الإشهاري، وجميع الأشياء المماثلة أو المرتبطة بها والمستعملة لنفس الغرض، ج. ر. ع. 02 لسنة 1968.

(2) القانون رقم 82-01، المؤرخ في 06 فبراير 1982، المتعلق بالإعلام، معدل ومتمم، ج. ر. ع. 05 لسنة 1982.

(3) القانون رقم 90-07، المؤرخ في 08 رمضان عام 1410، الموافق لـ 3 أبريل سنة 1990 المتعلق بالإعلام.

(4) القانون العضوي رقم 12-05 المتعلق بالإعلام المؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق لـ 12 جانفي سنة 2012 ج. ر. ع. 02، الصادرة في 15 جانفي 2012.

(5) تنص المادة 4 من القانون رقم 82-01 المتعلق بالإعلام المعدل والمتمم، على أنه: "مع العمل دوما على استعمال اللغة الوطنية وتعميمها يتم الإعلام من خلال نشرات إخبارية عامة، ونشرية متخصصة، ووسائل سمعية بصرية".

(6) مرسوم تنفيذي رقم 90-39، مؤرخ في 3 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير سنة 1990، ج. ر. ع. 05، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.



يعد ويقدم في الأشكال المحددة في هذا القانون مهما كانت الدعايم المستعملة قصد تعريفه وترقية أي منتج أو خدمة أو شعار أو صور أو علامة أو سمعة أي شخص طبيعي أو معنوي، كما تشمل العبارة كذلك الأنشطة شبه التجارية<sup>(1)</sup>.

وبعد جلاء التوجه الاقتصادي وتطور التجارة وكثرة الاقتراحات والتعديلات، ازداد الاهتمام بالإشهار ومحاولة تنظيمه، فعرفه القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المادة 3 الفقرة 3 بنصها: "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة"<sup>(2)</sup>.

يستنتج من مدلول المادة أن المشرع وضع عناصر خاصة بالإشهار في هذا التعريف فعرفه بالإعلان ولعل ما يفهم من هذا المصطلح أن المشرع قد اشترط أن يكون موجها للجمهور بغرض إخبارهم وإعلامهم بمحل الإشهار (السلعة أو الخدمة) والترويج لها فهنا قد أكد على وجوب تحقق صفة العلنية لكي تعتبر الرسالة الترويجية إشهارا، كما شمل التعريف بيان الطريقة المقدم بها فسواء كانت هذه الطريقة مباشرة كالتعريف بالسلع والخدمات أو كانت بطريقة غير مباشرة كأن يكون موضوع الإشهار التعريف بأرباح الشركة وهذا ما يميز الإشهار التجاري عن غيره، ولم يحدد المشرع وسيلة معينة، فقد ترك المجال مفتوحا للقيام بالإشهار بأية وسيلة كانت، وهنا يجب التنويه إلى أن المشرع لم يتطرق إلى شخص المعلن، وهذا ما يعيب التعريف ويجعله ناقصا، وذلك لأهمية معرفة الجمهور المتلقي لشخصية المعلن وصفته ومركزه القانوني.

تطرقت المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك إلى تعريف الإعلان لكن باستخدام مصطلح "الإدعاء" على أنه "الإدعاء أو الإشهار الذي يبين أو يقترح أو يفهم منه أن للمنتج مميزات خاصة مرتبطة بمنشئه أو خصائصه الغذائية عند الاقتضاء وطبيعته وتحويله ومكوناته أو كل خاصية أخرى"<sup>(3)</sup>.

(1) مشروع قانون الإشهار، الجريدة الرسمية رقم 10 لمداولات مجلس الأمة، الجلسة المنعقدة يوم 1999/07/26 طبعت بمجلس الأمة يوم 1999/08/29.

(2) القانون 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، متعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم، ج. ر. ع. 41 لسنة 2004.

(3) المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج. ر. ع. 58، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 2013، ص 08.

تكملة للقانون 05-12 جاء القانون رقم 14-04<sup>(1)</sup> المتعلق بالقواعد المتعلقة بممارسة نشاط السمعى البصرى وتنظيمه وقد تناول تعريف الإشهار فى الفقرة 25 من المادة 7 على أنه: "هو أى شكل مصمم أو رسالة محررة أو صوتية أو سمعية بصرية تثبت مقابل أجر أو تعويض، سواء من أجل ترقية تقديم سلع أو خدمات فى إطار نشاط تجارى أو صناعى أو حرفى أو مهنة حرة أو من أجل ضمان ترقية تجارية لمؤسسة".

وصولاً للقانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية والذي عرف الإشهار الإلكتروني فى المادة 6 الفقرة السادسة منه بأنه: "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية"، ويتضح من هذه المادة أن المشرع لم يفرق فى مفهوم الإشهار الإلكتروني عن غيره التقليدي إلى من خلال الوسيلة المستعملة والتي تتمثل فى الإتصالات الإلكترونية، وهذه الأخيرة هى ما تميزه عن غيره.

### ثانياً: عناصر الإشهار التجارى الإلكتروني

يقوم الإشهار التجارى الإلكتروني على مجموعة من العناصر المكونة له، فهو يتشكل بوجود هذه العناصر، فإشهار التجارى عنصرين أولهما العنصر المادى والذي يتمثل فى استخدام أدوات معينة لإيصال الرسالة الإشهارية، والثانى هو عنصر معنوى يتجلى فى القصد والنية التي يرمى إلى تحقيقها الشخص صاحب الإشهار الإلكتروني.

#### 1-العنصر المادى للإشهار

من المفترض فى الإشهار استخدام أداة من أدوات التعبير التي يتم اختيارها من بين الوسائل المتاحة أمام المعلن فهذه الأداة تشمل كل وسيلة تستخدم لجذب الجمهور وجعله يقبل على سلعة أو خدمة ما<sup>(2)</sup>، وتتنوع أدوات الإشهار من بين الأدوات المتاحة أمام المعلن، إلى إشهارات تكون عن طريق الكتابة كالصحف والمجلات، وأخرى تكون سمعية ومرئية كالتلفزيون والسينما والراديو، أو ثابتة كالألواح الإشهارية والملصقات الجدارية والألواح الضوئية وواجهات المحلات ومختلف الأساليب لجذب المستهلكين، كما أصبحت الإنترنت من أهم وأبرز طرق الإشهار عن المنتجات والخدمات فى الوقت الحالى، حيث أصبحت مختلف الشركات التجارية

(1) القانون رقم 04-14، المؤرخ فى 24 ربيع الثانى عام 1435 الموافق 24 فبراير 2014، يتعلق بالنشاط السمعى البصرى،

ج. ر. ع. 16، ص 9.

(2) سارة عزوز، مرجع سابق، ص 33.

تستعمل هذه الخدمة (الانترنت) للإشهار عن منتجاتها وخدماتها، كما تعتبر العلامة التجارية من وسائل الإشهار، فرغم أن وظيفتها ودورها ينحصر في الدلالة على مصدر السلع والخدمات ونوعيتها، فذلك هي تفيد البائع في الإشهار<sup>(1)</sup>.

وعليه يمكن القول بأن العنصر المادي للإشهار، هو استخدام مختلف الوسائل بهدف نشر الرسالة الإشهارية وإيصالها إلى الجمهور، وذلك بغرض جذبته ولفت انتباهه إلى السلع والخدمات المقدمة في الإشهار.

## 2-العنصر المعنوي للإشهار

زيادة على العنصر المادي السالف الذكر يجب تحقق العنصر المعنوي في الإشهار وهو القصد في الترويج للسلع والخدمات بغية تحقيق الربح، وذلك هو الهدف من الإشهار بالتأثير على المستهلك وتحفيزه لاقتناء المنتج وطلب الخدمة محل الإشهار، ويتجلى العنصر المعنوي للإشهار في ذلك العامل النفسي الذي يؤثر مباشرة في حرية المستهلك في الاختيار والتفضيل، وهنا يمكن القول بأن صفة المتلقي لاتهم في الرسالة الإشهارية، لأنه وبغض النظر عن كونه مستهلكا أو مت دخلا أو حتى تاجرا للجملة أو التجزئة، فإن تكرار الإشهار يلعب دورا مهما في جعل الرسالة الإشهارية تستقر في ذهن الجمهور المتلقي، وهو من عوامل نجاح الإشهار باعتباره يؤدي إلى ترسيخ وحفظ اسم السلعة أو الخدمة وهذا ما يصنع الرغبة في الشراء<sup>(2)</sup>.

إن تحقيق الربح ليس وحده معيارا لتحقيق العنصر المعنوي للإشهار، فالعنصر المعنوي للإشهار هو التحفيز بغض النظر عن هدف الإشهار، أكان تحقيق الربح أم لا<sup>(3)</sup>، وعليه يمكن استخلاص معنى العنصر المعنوي للإشهار بأنه التأثير على المتلقي ودفعه إلى الإقبال على السلع أو الخدمات محل الإشهار.

## ثالثا: الطبيعة القانونية للإشهار التجاري الإلكتروني

عادة ما يواجه المستهلك الإلكتروني كما هائلا من الإشهارات المتعلقة بسلع أو خدمات معينة، وهذا ما يجعله في حيرة حول الطبيعة القانونية لهذه الإشهارات، إذا ما كانت إيجاب

(1) خالد بن فاتح، مرجع سابق، ص 57.

(2) سارة عزوز، مرجع سابق، ص 36.

(3) خالد بن فاتح، المرجع نفسه، ص 59.

ينتظر قبول لإبرام العقد، أم هي مجرد دعوة للتعاقد، لذلك نجد الفقه قد اختلف في تحديد الطبيعة الخاصة للإشهار التجاري الإلكتروني، فلكل رأي واتجاه في ذلك.

### 1-الإشهار التجاري الإلكتروني دعوة للتعاقد

يقصد بالدعوة للتعاقد ذلك العرض الذي يتقدم به أحد الأشخاص للتعاقد دون أن يحدد عناصر العقد وشروطه<sup>(1)</sup>، كما هي تلك الدعوة التي يوجهها شخص إلى آخر أو إلى الجمهور وذلك لدفعهم للتعاقد معه دون تحديد المسائل الجوهرية في التعاقد، فيكون هذا دعوة للتعاقد وليس إيجاباً، وقد سار جانب من الفقه الجزائري في هذا الاتجاه، واعتبر الإشهار دعوة للتعاقد، خصوصاً إذا خلى الإشهار من بيان السعر والعناصر الجوهرية الأخرى للعقد فهو في هذه الحالة لا يعتبر إيجاباً باتاً، بل مجرد دعوة للتعاقد قد يتبعها إيجاب ثم قبول.

وقد استند هذا الجانب من الفقه في رأيه إلى مجموعة مختلفة من النصوص التشريعية كالمادة 40 من القانون المدني الأردني والتي جاء في مفهومها أن عرض البضائع مع ذكر ثمنها يعتبر إيجاباً، ومن خلال المادة وبمفهوم المخالفة إذا لم يعرض سعر البضائع أو الخدمات في الإشهار اعتبرت مجرد دعوة للتعاقد، إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد، إذ يرى النقاد أن الرسائل الإشهارية أصبحت مع التطور المستمر لها تحتوي على جميع صفات وشروط الإيجاب، وعليه يمكن القول باعتبار الإشهار مرحلة من المراحل السابقة للتعاقد وتخلف المعن عن الوفاء يترتب عليه مسؤولية تستوجب التعويض<sup>(2)</sup>.

### 2-الإشهار التجاري الإلكتروني إيجاباً

يعرف الإيجاب على أنه تعبير الشخص عن رضاه بالتعاقد على أمر ما يعرضه عليه غيره فهو يعتبر الإرادة الأولى في التعاقد<sup>(3)</sup>، هذه الإرادة يجب أن تكون جدية أي عبارة عن عرض جازم ونهائي قاطع الدلالة، ويكون كاملاً متضمناً العناصر الأساسية والجوهرية، حيث يجب أن تتجه إرادة الموجب إلى إحداث أثر قانوني معين، وذلك بأن تكون الإرادة المعبر عنها باتة لإبرام العقد بمجرد اقترانها بالقبول (المادتين 59 و 60 ق. م. ج.)، ومنه إذا تم تحديد أجل لصدور القبول وجب على الموجب أن يتقيد بهذا الإيجاب، فإذا صدر القبول انعقد

(1) سمير عبد السميع الأوزن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، ب. ط.، 2003، الإسكندرية، مصر، ص 36.

(2) خالد بن فاتح، مرجع سابق، ص 109.

(3) بن الشويخ الرشيد، دروس في النظرية العامة للالتزام، ب. ط.، دار الخلدونية، 2012، ص 49.

العقد (المادة 63 ق. م. ج.)<sup>(1)</sup>، ويستند أصحاب هذا الرأي في اعتبار الإشهار التجاري الموجه للمستهلك إيجابا في قيام لحظة إبرام العقد والتي هي اللحظة التي يستقبل فيها المورد القبول. كما أن اعتبار الإشهار إيجابا وإلزام المورد بما أورده من معلومات فيه، فهذا يجعله يتحرى الحيطة والحذر في موضوع رسالته الإشهارية قبل نشرها، وهذا ما يقدم حماية للمستهلك ويترك في نفسيته نوع من الثقة في الإشهارات التي يتلقاها، كما دعموا رأيهم هذا من موقف المشرع المصري من خلال المادة 6 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية والتي جاء في نصها: "تعتبر الإعلانات ووثائق الدعاية المرسلة أو المبنوثة عن طريق وسائط الكترونية ووثائق تعاقدية مكملة للعقود التي يتم إبرامها للحصول على السلع والخدمات المعلن عنها ويلتزم أطراف التعاقد بكل ما ورد فيها، وفي مفهوم نص المادة يعتبر الإشهار إيجابا بصفة ضمنية، بحيث يضيف قيمة تعاقدية للإشهار"<sup>(2)</sup>.

في هذا الصدد يرى الباحث أنه في حالة الإشهار الموجه للجمهور والذي يقوم بوصف سلع أو خدمات معينة، دون بيان أسعارها وشروط التعاقد، فلا يمكن أن يكون إيجابا بل هو مجرد دعوة للتعاقد، أما إذا اشتمل الإشهار على وصف السلعة أو الخدمة مع بيان سعرها وطرق التعاقد والعناصر الجوهرية للعقد، وكان بصفة جازمة وكاملة متناولا جميع الشروط اللازمة، كان هذا الإشهار إيجابا.

يعتبر المشرع الجزائري الإشهار إيجابا بصفة قطعية، إذ يتضح من القانون<sup>(3)</sup> أن العرض التجاري الإلكتروني الموجه للجمهور يجب أن يكون محددا وجازما، وهذا ما يتطلبه الإيجاب من شروط، فقد جاء في نص المادة أنه يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر مجموعة من المعلومات، نذكر منها طبيعة وخصائص وأسعار السلع والخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم.

(1) بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، ج1، ب. ط.، دار هومة، 2015، الجزائر، ص221.

(2) دمانة محمد، يوسف نور الدين، الإشهار التجاري والمستهلك، مجلة المفكر، ع. 17، جامعة بسكرة، ص293.

(3) انظر المادة 11 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السابق الذكر.

## الفرع الثاني: متطلبات عملية الإشهار التجاري الإلكتروني

لما يأخذ الإشهار التجاري الإلكتروني من أهمية في مجال معاملات التجارة الإلكترونية فلم يغفل المشرع في قانون التجارة الإلكترونية عن تنظيمه، وذلك بإلزام المورد الإلكتروني بضرورة احترام مجموعة من الشروط التي يجب أن تستوفيها عملية الإشهار التجاري الإلكتروني (أولا)، بالإضافة إلى تقييده بمنع الاستبيان المباشر (ثانيا).

### أولا: شروط ممارسة الإشهار التجاري الإلكتروني:

يقضي المشرع بموجب المادة 30 من ق. ت. إ. 18-05<sup>(1)</sup> أنه يجب احترام مجموعة من المقتضيات التي يتطلبها الإشهار التجاري الإلكتروني، وقد وردت وفق ما يلي:

#### 1- تحديد نوع الرسالة الإشهارية الإلكترونية

مفاد هذا الشرط أن المورد الإلكتروني ملزم بتحديد نوع الإشهار بين إذا ما كان رسالة إشهارية أم تجارية، ولعل غرض المشرع من هذا الشرط هو تحديد المسؤولية المترتبة بدقة عن العملية الإشهارية، فالمتلقي للإشهار لا يفرق بين الرسالة التي يكون غرضها الإشهار لمنتج معين بغية التعريف به، وبين الرسالة التجارية التي يكون الهدف من الإشهار فيها هو البيع.

#### 2- تحديد الشخص المتلقي للرسالة الإشهارية

يلزم المشرع الجزائري المورد الإلكتروني وهو يباشر عملية الإشهار التجاري الإلكتروني بضرورة تحديد الشخص المستهدف والمخاطب من العملية الإشهارية، وهو المستهلك الإلكتروني، وهذا بهدف تحديد هوية المستهلك باعتباره مستهدفا من الإشهار<sup>(2)</sup>، فتحديد المستهلك المتلقي يأخذ أهميته من خلال الضوابط التي تتعلق بالإشهار التي تمنع تلقي المستهلكين للإشهار إذا كانوا قد عبروا عن رغبتهم في عدم تلقي أي رسالة إشهارية.

(1) جاء في المادة 30 من قانون التجارة الإلكترونية 18-05 أنه: "دون المساس بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال، كل إشهار أو ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية يجب أن يلبي المقتضيات الآتية: أن تكون محددة بوضوح كرسالة تجارية أو إشهارية؛ أن تسمح بتحديد الشخص الذي تم تصميم الرسالة لحسابه؛ ألا تمس بالأداب العامة والنظام العام؛ أن تحدد بوضوح ما إذا كان هذا العرض التجاري يشمل تخفيضا أو مكافئات أو هدايا، في حالة ما إذا كان هذا العرض تجاريا أو تنافسيا أو ترويجيا؛ التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفؤها للاستفادة من العرض التجاري ليست مضللة ولا غامضة".

(2) علاق عبد القادر، بوراس محمد، الإشهار التجاري الإلكتروني على ضوء القانون 18-05، حوليات جامعة الجزائر 01، جامعة الجزائر 01، مج 34، ع04، 2020، ص286.

### 3- عدم مخالفة الرسالة الإشهارية للنظام العام والآداب العامة

هذا الشرط منطقي، فموجبه يلتزم المورد الإلكتروني أثناء عرضه للإشهار الإلكتروني بضرورة احترام النظام العام والآداب العامة عن طريق الامتثال للقيم والمبادئ الأساسية والقواعد المتعارف عليها داخل الدولة، وقد ذكر المشرع الجزائري في هذا الخصوص في المادة 05 من نفس القانون أنه: "تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات و/أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي"<sup>(1)</sup>.

### 4- تحديد مضمون العرض التجاري الإلكتروني بوضوح

يقضي هذا الشرط بضرورة تحديد العرض التجاري بوضوح من خلال تبيان الغرض منه من حيث إذا كان متعلقا بتخفيضات أو مكافئات أو هدايا، وكذلك إذا كان هذا العرض تجاريا أو تنافسيا أو ترويجيا، فالهدف من هذا الشرط هو التقيد بالضوابط العامة لممارسة الإشهار ففي مجال تنظيم الأنشطة التجارية يخضع كل نوع إلى ضوابط محددة قانونا، فقد تتضمن الرسالة الإشهارية عرض مكافأة مجانية، بمعنى تعهد المورد بمنح الزبون بصفة مجانية زيادة على المنتج أو الخدمة محل الإشهار منتج آخر، بينما يمنع القانون المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية هذا الأمر إلا إذا كانت المكافأة المجانية من نفس نوع السلعة أو الخدمة، وكانت قيمتها لا تتجاوز 10% من المبلغ الإجمالي للسلع أو الخدمات المعنية<sup>(2)</sup>.

### 5- عدم وجود أي تضليل أو غموض بشأن العرض التجاري الإلكتروني

يهدف هذا الشرط إلى حماية المستهلك الإلكتروني، حيث أنه يجب أن يكون الإشهار الموضوع للجمهور واضحا وغير غامض، بالإضافة إلى أنه يجب أن يكون نزيها خاليا من أي خداع أو تضليل قد يساهم بالإضرار بالمتلقي له، حيث أن النص على هذا الشرط هدفه ضبط الإشهار التجاري الإلكتروني ومحاولة الوقاية من العروض التي تتضمن تحريفا للحقيقة.

### ثانيا: القيود الواردة على الإشهار التجاري الإلكتروني

بالإضافة للشروط التي يجب أن يتضمنها الإشهار التجاري الإلكتروني، وضع المشرع الجزائري بعض القيود على ممارسة الإشهار الإلكتروني، وتكمن هذه القيود في:

(1) المادة 05 من القانون 18-05 السابق الذكر.

(2) علاق عبد القادر، بوراس محمد، المرجع نفسه، ص 285.

## 1- منع بعض أنواع التعاملات من نطاق التجارة الإلكترونية

منع المشرع الجزائري في مجال التجارة الإلكترونية التعامل في بعض السلع والخدمات، وهذا الحظر يتعلق بأسباب تعود إما لخطورة هذه السلع والخدمات في التداول عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، أو نظرا لطبيعتها الخاصة كونها مخالفة للنظام العام والآداب العامة<sup>(1)</sup>. وتؤكد ذلك المادة 34 من نفس القانون والتي تقضي بأنه: "يمنع نشر أي إشهار أو ترويج عن طريق الاتصالات الإلكترونية لكل منتج أو خدمة ممنوعة من التسويق عن طريق الاتصالات الإلكترونية بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما"<sup>(2)</sup>.

## 2- منع الاستبيان المباشر عن طريق الاتصالات الإلكترونية

الاستبيان المباشر في مجال التجارة الإلكترونية هي تلك الرسائل الإشهارية التي يعمد التجار الإلكترونيين لإرسالها إلى جمهور المستهلكين بغرض ملأ استمارة عن الإجابة عن أسئلة معينة تخص خدمة أو منتج معين، بهدف التعرف على آراء المستهلكين وتوظيفها للترويج للسلع والخدمات، ويحصل الموردون الإلكترونيين على عناوين المستهلكين غالبا عبر ما تم من تعامل سابق بينهم.

منع المشرع الجزائري الاستبيان المباشر عن طريق الاتصالات الإلكترونية باستعمال معلومات شخص طبيعي، إلا إذا كان بناءا على موافقة مسبقة لتلقي استبيانات مباشرة<sup>(3)</sup>.

## 3- وضع منظومة إلكترونية للتعبير عن الرغبة في عدم تلقي أي إشهار إلكتروني

يلتزم المورد الإلكتروني بوضع منظومة إلكترونية تسمح من خلالها للأشخاص بالتعبير عن رغبتهم في عدم تلقي أي إشهار من جانبه عن طريق الاتصالات الإلكترونية، وهذا بصفة مجانية ودون أن يتم تبرير موقفهم، ويهدف هذا الإجراء إلى حماية خصوصية الأشخاص وبناءً على هذا يلزم المورد الإلكتروني بتسليم وصل استلام للشخص المعني عبر الاتصالات

(1) قد وردت على سبيل الحصر في الفقرة الثانية للمادة 03 من قانون التجارة الإلكترونية 18-05 حيث جاء النص عليها كما يلي: "... غير أنه تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يأتي: لعب القمار والرهان واليانصيب؛ المشروبات الكحولية والتبغ؛ المنتجات الصيدلانية؛ المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية؛ كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به؛ كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي"

(2) المادة 34 من نفس القانون.

(3) أنظر المادة 31 من القانون نفسه،



الإلكترونية يؤكد فيه تسجيل طلبه، ويجب عليه أن يتخذ جميع الإجراءات الضرورية لتلبية الطلب المقدم في غضون مدة 24 ساعة<sup>(1)</sup>.

ويضيف المشرع إلى أن أي نزاع يترتب عن عملية الإشهار الإلكتروني، يترتب عليه مسؤولية المورد الإلكتروني، إلا في حالة إثبات هذا الأخير أن إرسال الإشهارات الإلكترونية كان بناء على موافقة مسبقة وإرادة حرة من الشخص المتلقي<sup>(2)</sup>.

### المطلب الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني من الإشهار التجاري الإلكتروني المظلل

بتطور التجارة الإلكترونية وتزايد المنافسة بين الموردين الإلكترونيين أصبحت الإعلانات التجارية يصاحبها بعض الكذب والتظليل رغم وضع المشرع لشروط معينة للإشهار المقدم إلى الجمهور حتى يكون صادقا ونزيها.

ففي هذا المطلب سيتم دراسة الإشهار المظلل الذي بطبيعة الحال يضر بمصالح المستهلك الإلكتروني المتلقي وهذا من خلال، التقسيم إلى فرعين أولهما يدرس مفهوم الإشهار المظلل، من خلال تحديد تعريفه وكيفية تقديره ومحلّه، أما الفرع الثاني يتطرق إلى سبل الحماية منه والجزاء المقرر له.

### الفرع الأول: مفهوم الإشهار التجاري الإلكتروني المظلل

في كثير من الأحيان يلجأ المعلن إلى استعمال أساليب وطرق ملتوية بهدف الخداع والغش والتضليل، وقد يذكر مواصفات غير موجودة بالسلعة أو الخدمة المعلن عنها بهدف دفع المستهلك إلى التعاقد، وهذا ما يؤثر على حريته في الاختيار، لذلك لا بد من دراسة الإشهار الإلكتروني الكاذب والمضلل<sup>(3)</sup>، إذ في هذا الصدد سنتطرق إلى تعريف الإشهار التجاري

(1) جاء في نص المادة 32 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السابق الذكر أنه: " يجب على المورد الإلكتروني أن يضع منظومة إلكترونية يسمح من خلالها لكل شخص بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أي إشهار منه عن طريق الاتصالات الإلكترونية، دون مصاريف أو مبررات، وفي هذه الحالة يلزم المورد الإلكتروني، بما يأتي: تسليم وصل استلام عن طريق الاتصالات الإلكترونية يؤكد من خلاله للشخص المعني تسجيل طلبه؛ اتخاذ التدابير اللازمة لتلبية رغبته في غضون 24 ساعة".

(2) تقضي المادة 33 من نفس القانون أنه " في حالة نزاع ينبغي للمورد الإلكتروني أن يثبت أن إرسال الإشهارات الإلكترونية خضع للموافقة المسبقة والحرّة، وأن شروط المادة 30 أعلاه قد تم استيفاؤها ".

(3) عبد الله ليندة، حماية المستهلك من الإعلانات الإلكترونية الكاذبة والمضللة، مجلة الندوة للدراسات القانونية، ع. 2،

الإلكتروني الكاذب والمضلل (أولاً)، كما سيتم تناول معايير تحديد الإشهار التجاري الإلكتروني المضلل (ثانياً)، فضلاً عن ذلك سنبين محل التضليل في الإشهار التجاري الإلكتروني (ثالثاً).

### أولاً: تعريف الإشهار التجاري الإلكتروني الكاذب والمضلل

في هذا الصدد سنتطرق إلى تعريف الإشهار التجاري الإلكتروني الكاذب، ثم التطرق إلى تعريف الإشهار التجاري الإلكتروني المضلل.

#### 1- الإشهار التجاري الإلكتروني الكاذب

يعرف الإشهار الإلكتروني الكاذب<sup>(1)</sup> على أنه ذلك الإشهار الذي يحتوي ويتضمن بيانات وادعاءات كاذبة وغير مطابقة للحقيقة، سواء بقصد أو بغير قصد، والتي من شأنها إيقاع المستهلك في الغلط واللبس، مهما كان نوع الكذب المستعمل في الإعلان، سواء في تاريخ السلعة أو سعرها أو الخدمة المعلن عنها أو شروط البيع<sup>(2)</sup>.

كذلك يعرف الإشهار الإلكتروني الكاذب على أنه الإعلان الذي يقوم فيه المعلن بتقديم معلومات غير حقيقية باستخدام ألفاظ وعبارات كاذبة حول الخصائص والمميزات الأساسية للسلعة أو الخدمة المعلن عنها، وهذا ما يؤدي إلى خداع المستهلك والتأثير عليه بدفعه للتعاقد أو يزيد من رغبته في التعاقد<sup>(3)</sup>.

#### 2- الإشهار التجاري الإلكتروني المضلل

الإشهار المضلل<sup>(4)</sup> يؤدي إلى تغليط المستهلك أو يمكن أن يؤدي إلى ذلك وهذا إما باستعمال الكذب أو بدونه، عن قصد أو دون قصد حتى وإن كان بإهمال، لكن العكس غير صحيح فالإشهار الكاذب يشترط فيه وجود الكذب الذي يؤدي إلى غش المستهلك<sup>(5)</sup>.

(1) الكذب لغة هو الإخبار عن الشيء بخلاف ما هو، سواء فيه العمد والخطأ، ممدوح خيرى هاشم، الحماية المدنية من الإعلانات التجارية الخادعة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1998، ص 201.

(2) معيزي خالدية، النظام القانوني للإشهار الكاذب أو المضلل، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2019/2018، ص 170، وكوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2012، ص 180.

(3) كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع نفسه، ص 180.

(4) التضليل لغة هو دفع الرجل إلى التيه بخداعه، وقيل تضليل الرجل أي نسبه إلى الضلال، وكل من شأنه خداع المتلقي يعتبر تضليلاً، بلقاسم حامدي، الحماية الجزائية للمستهلك من الإشهار الكاذب أو المضلل، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ع 9، جوان 2016، ص 249.

(5) يمينة بليمان، الإشهار الكاذب أو المضلل، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسنطينة 01، ع 32، ديسمبر، 2009، ص 293.

### أ- التعريف الفقهي للإشهار التجاري الإلكتروني المضلل

يصبح الإشهار التجاري خادعا ومضللا، إذا تجاوز حدود المشروعية، أي تعديه الحدود المألوفة أو الهدف الذي يسعى إليه، وقد عرف بأنه "الإعلان الذي يكون من شأنه خداع المستهلك أو يمكن أن يؤدي إلى ذلك، والإعلان التضليلي لا يذكر بيانات كاذبة ولكنه يصاغ في عبارات تؤدي إلى خداع المتلقي أي المستهلك"<sup>(1)</sup>.

وعرف أيضا بأنه ذلك الإعلان الذي يخدع المستهلك، فهو لا يذكر بيانات كاذبة ولكنه يصاغ في عبارات تعطي انطباعا زائفا وتؤدي إلى خداع الجمهور، فهو لا يقوم إلا متى كان من شأنه خداع المستهلك، وقد يكون بصورة إيجابية عن طريق القيام بعمل تجاري كاذب أو طريقة سلبية بالسكوت عن واقعة ما، وتم تعريفه أيضا بأنه "الإعلان الذي يتضمن بيانات ومعلومات تدفع المستهلك إلى الوقوع في غلط وخداع فيما يتعلق بالعناصر الجوهرية للسلعة أو الخدمة محل الإعلان"<sup>(2)</sup>، وتم تعريفه كذلك بأنه الإشهار الذي يغير اتجاه إرادة المستهلك من خلال تقديم معلومات وبيانات كاذبة فيه، وهذا بهدف التأثير على الجمهور المتلقي<sup>(3)</sup>.

مع تطور التجارة الإلكترونية وما صاحبه من تزايد للتنافس بين التجار في مجال الإشهار الإلكتروني، أضحت هذه الإشهارات من بين الوسائل الأساسية التي تجذب المستهلكين، فمنه يمكن تعريف الإشهار الإلكتروني المضلل بأنه ذلك الإشهار الذي يحتوي أو يتناول خصائص ومميزات مضللة للسلع أو الخدمات المعلن عنها إلكترونيا، وهذا ما يؤثر في المستهلك المتلقي ويجعله يندفع إلى التعاقد<sup>(4)</sup>.

### ب- التعريف التشريعي للإشهار التجاري الإلكتروني المضلل

لم يتناول المشرع الجزائري تعريفا للإشهار المضلل لكن تناول حالات التضليل في القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المادة 28 منه حيث

(1) عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة مصر، 1992، ص 173، 174.

(2) زوبة سميرة، حماية المستهلك من الخداع الإعلاني الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، ع 25، 2017، ص 36، منشور بموقع دار المنظومة، [www.search.mandumah.com](http://www.search.mandumah.com).

(3) Belimane Yamina, le droit de la publicité commercial, thèse de doctorat, université Mentouri, Constantine, 2011, Algérie, p238.

(4) Garcia Laëtitia : La publicité mensongère, Lamy droit des affaires, éd Wolters Kluwer, paris, 2010.

نقلا عن: سارة عزوز، مرجع سابق، ص 66.

جاء فيها "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهارا غير شرعي وممنوعا، كل إشهار تضليلي، لاسيما إذا كان:

- يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو كميته أو وفرته أو مميزاته.
- يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر، أو مع منتوجاته أو خدماته أو نشاطه.
- 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".

وعليه يتضح من نص المادة أن المشرع ذكر الحالات التي تعتبر مضللة على سبيل المثال لا الحصر، ويلاحظ أيضا أن المشرع قد استعمل عبارة "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان"، ونذكر على سبيل المثال الفقرة 16 من المادة 48 من القانون 04-14 المتعلق بنشاط السمعى البصري والتي جاء فيها "الإمتناع عن بث محتويات إعلامية أو إشهارية مضللة" وفي نفس المادة نص المشرع على "عدم إطلاق بأي شكل من الأشكال ادعاءات أو إشارات أو تقديم عروض كاذبة من شأنها تضليل المستهلكين"<sup>(1)</sup>.

الجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد أورد على سبيل المثال ثلاثة صور للإشهار المضلل، وهي الإشهار المؤدي إلى التضليل، والإشهار المؤدي إلى الخلط أو اللبس، والإشهار المضخم<sup>(2)</sup>.

يلاحظ من استقراء المادة أن المشرع الجزائري، لم يشترط وقوع التضليل فعلا، بل بمجرد أن يكون الإشهار يؤدي إلى التضليل، فحسب نص المادة فإن العبرة بما تضمنه الإشهار لا بنتائجه، ونفس الأمر بالنسبة لحالة الإشهار المؤدي إلى اللبس، فالغرض عدم إيقاع المستهلك في لبس وشك فيما يخص السلعة أو الخدمة محل الإشهار، أما بالنسبة للصورة الثالثة، فالهدف منه هو تكريس حرية المنافسة بين التجار، وحتى يتسم بالتضليل والتضخيم يجب أن يقوم

(1) القانون رقم 04-14، المتعلق بالنشاط السمعى البصري السابق الذكر.

(2) المادة 28 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

على شرطين هما: أن يتضمن عرضا معيناً عن السلعة أو الخدمة، في حين يعجز المعلن عن توفير هذه السلعة أو الخدمة التي تضمنها الإشهار مقارنة مع تضخيمه للإشهار<sup>(1)</sup>.

وقد تطرق أيضا المرسوم التنفيذي 13-378 في القسم العاشر منه المادة 36 للإشهار المضلل حيث جاء فيها "يجب ألا يوصف أو يقدم أي غذاء بطريقة خاطئة أو مضللة أو كاذبة أو من المحتمل أن يثير انطبعا خاطئا بخصوص نوعه بطريقة تؤدي إلى تغليب المستهلك..."<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة لقانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03 فلم يتطرق فيه المشرع إلى تعريف الإشهار المضلل، إلا أنه تناول عناصر التضليل في المادة 68 منه التي نصت على أنه "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 429 من قانون العقوبات<sup>(3)</sup> كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأية وسيلة أو طريقة كانت حول:

- كمية المنتجات المسلمة
- تسليم المنتجات غير تلك المعينة مسبقا
- قابلية استعمال المنتج
- تاريخ أو مدد صلاحية المنتج
- النتائج المنتظرة من المنتج
- طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتج"<sup>(4)</sup>.

ما يلاحظ على نص المادة أن المشرع قد تناول عناصر جريمة الخداع دون تعريفها والتي يمكن أن تطبق كذلك على التضليل، أما في قانون التجارة الإلكترونية 18-05 فقد

(1) أكثر تفصيل: سارة عزوز، مرجع سابق، ص. ص. 73-78.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 13-378، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، مرجع سبق ذكره.

(3) نص المادة 429: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 2000 إلى 20.000 د.ج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد: سواء في الطبيعة أو في الصفات الجوهرية أو في التركيب، أو في نسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع؛ سواء في نوعها أو مصدرها؛ سواء في كمية الأشياء المسلمة أو في هويتها، في جميع الحالات فإن على مرتكب المخالفة إعادة الأرباح التي حصل عليها بدون حق".

الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 08 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول لعام 1437 الموافق ل 30 ديسمبر 2015، ج. ر. ع. 71 المؤرخة في 30 ديسمبر 2015.

(4) القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السابق الذكر.

تطرقت الفقرة 06 من المادة 30 على منع التضليل الإعلاني حيث جاء فيها "...التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري ليست مضللة ولا غامضة"<sup>(1)</sup>، يستقرأ من نص المادة أن المشرع قد منع الإشهارات التي تكون مضللة أو غامضة.

هذا ولم يعرف للتشريع الفرنسي الإشهار المضلل، بل اكتفى بتعداد الصور المضللة في المادة L121/2 من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي جاء في مفهومها أنه: "تعتبر ممارسات تجارية مضللة إذا ما تضمنت إحدى هذه الصور:

- إذا تضمن الإشهار خلط أو لبس مع سلعة أو خدمة لعلامة تجارية أو اسم تجاري أو علامة لمنافس آخر.
- عندما يكون التضليل يقوم بادعاءات أو يحرف معلومات، وخصوصا إذا كانت تؤدي إلى التضليل بخصوص أحد أو أكثر من بعض العناصر لاسيما فيما يتعلق بوجود وجود وتوفر أو طبيعة السلعة أو الخدمة، وكذا العناصر الأساسية للسلع أو الخدمات، من صفاتها أو مكوناتها، أو مصدرها أو كميتها، تاريخ الصنع، كيفية الاستعمال، النتائج المتوقعة منها وأيضا السعر أو كيفية حساب السعر، السعر الترويجي، وشروط البيع والدفع والتسليم لهذه السلعة أو الخدمة، وخدمة ما بعد البيع، قطع الغيار، طريقة التبدل أو التصليح ونطاق التزامات المعلن، وطبيعتها، وإجراءات وأسباب بيع السلعة أو تقديم الخدمة، وهوية مؤهلات المحترف، وضمان حقوق المستهلك.
- عند عدم تحديد نائب المحترف الذي يقوم بتنفيذ الالتزام أو عندما لا يمكن التعرف عليه بوضوح"<sup>(2)</sup>.

(1) راجع في ذلك المادة 30 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية السابق الذكر.

(2) L'article L121-2 code de la consommation Créé par Ordonnance N°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, JORF N°0064 du 16 mars 2016 : « Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes : 1° Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent ; 2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants : a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ; b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa Composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ; c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ; d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ; e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ; f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ; g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ;

3° Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable. »

## ثانياً: معيار تحديد الإشهار التجاري الإلكتروني المضلل

اختلف الفقه في تحديد معيار الإشهار التجاري الإلكتروني المضلل، حيث يتجه رأي للأخذ بالمعيار الشخصي في تقدير الإشهار التجاري، ورأي آخر إلى معيار موضوعي، وهو ما نستعرضه من خلال الآتي:

### 1- المعيار الشخصي

تنصب رؤية الفقه في هذا المعيار على ذات الشخص المتلقي، فيراعي هذا المعيار حالة الشخص متلقي الرسالة الإشهارية، فقد يكون المستهلك على درجة كبيرة من الذكاء والفطنة وقد يكون دون المستوى العادي من الفطنة، ومنه يعد الإعلان مضللاً إذا خدع الشخص شديد الذكاء، أما إذا كان المستهلك المتلقي من مستوى الشخص العادي المألوف، فإنه لا يعد الإعلان مضللاً إلا إذا كان من السهل أن يقع فيه جمهور المستهلكين<sup>(1)</sup>.

وقد انتقد الفقه القانوني هذا المعيار بسبب اعتماده في تقدير التضليل على شخص المتلقي فقط مما يسبب صعوبة الكشف عنه، لكن في المقابل قد اعتمد عليه القضاء الفرنسي في بعض أحكامه<sup>(2)</sup>، حيث جاء في أحد قرارات القضاء الفرنسي أن كتابة عبارة البضاعة أصلية على بطاقة الملابس الجاهزة تعد بمثابة تضليل إعلاني على أساس كون البضاعة غير أصلية، وقد جاء في حيثيات الحكم: "أن العميل غير ملزم بتقدير نوعية البضاعة إذا ما كانت أصلية أم لا، ومن حقه أن يعتقد بما ورد من إشارة إلى ذلك في الإعلان، فإذا كان هناك ما يشير إلى الكذب أو التضليل فإن المعلن يتحمل المسؤولية"<sup>(3)</sup>.

### 2- المعيار المادي الموضوعي

أساس هذا المعيار هو تجريد المستهلك المتلقي من الظروف الشخصية، أي يأخذ بالمستهلك المتوسط الذي يمثل عامة الناس، فلا يكون خارق الذكاء شديد اليقظة ولا محدود الفطنة، وما يميز هذا المعيار أنه يعفي القاضي من البحث فيما هو كامن في النفس، فلا يختلف تطبيق هذا المعيار في شخص آخر، فالتضليل هو واحد بالنسبة لجميع الناس.

(1) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص136.

(2) Rabih Chendeb, le régime juridique du contrat de consommation, Edition alpha, 2009, p72.

أشار له خالد بن فاتح مرجع السابق، ص136.

(3) علاء عمر محمد الجاف، المرجع نفسه، ص137.

فهذا المعيار يتساوى في أن يكون ضحية الإشهار المضلل شخص ذكي فطن، أو شخص عادي من جمهور الناس، وتبنت أغلب أحكام القضاء هذا المعيار، حيث يضع القاضي نفسه مكان المستهلك المتوسط، عند تحديد الطبيعة المضللة للإشهار<sup>(1)</sup>.

يُرجح هذا المعيار لما فيه من استقرار وسهولة، فقد قام القضاء الفرنسي برفض اعتبار الإعلان مضللاً في بعض الحالات ومثال ذلك تطبيقات حديثة لمحكمة النقض الفرنسية في أخذها بمعيار المستهلك المعتاد، المتوسط الذكاء، فقد قررت انتفاء التضليل في الإعلان بسبب كون المبالغة واضحة، فلا ينخدع بها أي من المستهلكين العاديين، حيث جاء في أحد أحكامها: "إن اللجوء إلى المبالغة في الرسالة الإعلانية لا يمكن لوحده أن يكون الكذب الذي يميز الإعلان المضلل، ففي حالة الحملة الإعلانية التي تعرض لها المتلقين للاستفادة من المزايا الكبيرة للمكملات الغذائية المكونة من مواد طبيعية، فإن المحكمة لم تستنتج قانوناً توافر التضليل في مجموع الإعلان من عبارات المبالغة التي استخدمت، وتتضمن ادعاء بتخفيض كبير وأني للوزن، والتي لا يمكن أن يترتب عليها تصديق المتلقين لها"<sup>(2)</sup>.

في هذا الصدد يرى الباحث أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير التضليل، حيث يتبين ذلك في نص المادة 30 التي ألزمت المورد الإلكتروني بالتأكد من عدم وجود تضليل أو غموض في العرض التجاري المقدم وأن يستوفي جميع الشروط ومنه فالتأكيد على شروط العرض التجاري الإلكتروني، ومنها تبيان طبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المعروضة، فإنما يدل على محاولة المشرع حماية المتلقي المستهلك نظراً لضعفه وقلة حيلته أمام المورد الإلكتروني المحترف في المجال.

### ثالثاً: محل التضليل في الإشهار التجاري الإلكتروني

يمكن أن ينصب وقوع التضليل في الإشهار التجاري الإلكتروني في عنصر أو أكثر من عناصر السلع أو الخدمات محل الإشهار، وهذا التضليل هو ما يجعل المستهلك يقبل عليها، فلولاها ما كان ليقبل عليها، وقد يكون التضليل مرتبطاً بذات السلع أو الخدمات، كما قد يكون خارجاً عن ذات المنتوجات.

(1) Calais-Auloy (J.), Steinmetz (F.) Droit de la consommation, Paris, Dalloz, 7<sup>ème</sup> éd 1998, p111.

نقلاً عن: يمينة بليمان، مرجع سابق، ص 295.

(2) مقتبس عن علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص 138.



## 1-التضليل المتعلق بذات السلع والخدمات المعلن عنها إلكترونيا

وهو التضليل الذي يكون من شأنه المساس بالمسائل الجوهرية والمكونات والنتائج المتوقعة والكمية ومدى وجود السلعة وغيرها من الأمور والتي يمكن حصرها في الآتي:

### أ- التضليل المتعلق بالخصائص الجوهرية المعلن عنها إلكترونيا

الخصائص الجوهرية هي مجموعة الصفات الأساسية التي يتضمنها المنتج أو الخدمة وتمثل هذه الصفات القيمة الحقيقية للسلعة أو الخدمة المعلن عنها، فالمستهلك يضع في اعتباره هذه الصفات عند إقباله على التعاقد<sup>(1)</sup>.

ومن التطبيقات القضائية في هذا المجال الحكم بإدانة مديرة لمعرض سيارات لارتكابها جريمة الإعلان المضلل، وهذا بسبب قيامها بنشر بيانات غير صحيحة عن طريق الدليل الخاص بالمعرض، متعلقة بسيارتين معروضتين للبيع، وكانت البيانات تنصب على صفات وعناصر جوهرية في السيارتين، تمثلت في تاريخ الصنع، نوع البنزين، عدد الكيلومترات المسجلة في العداد<sup>(2)</sup>.

### ب- طبيعة ومكونات السلعة أو الخدمة المعلن عنها إلكترونيا

تتمثل طبيعة السلع أو الخدمات في مجموع العناصر التي تتميز بها، فهذه العناصر هي من تدفع المستهلك لكي يقبل عليها هي بذاتها دون غيرها مما هو معروض أمامه، ويكون التضليل في طبيعة المنتج، إذا وجد تغير جسيم في خصائص الشيء محل الإشهار الإلكتروني، أي ما يؤدي إلى فقدان طبيعة السلع أو الخدمات ويجعل منها غير صالحة للاستعمال على الوجه الذي يتم تبيانه في الإشهار<sup>(3)</sup>.

وقد تناوله المشرع الجزائري في المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 90-367، والتي نصت على أنه: "يمنع... استعمال أي إشارة أو أي علامة، أو أي تسمية خيالية...، أو أي أسلوب للإشهار أو العرض أو البيع من شأنها أن تدخل أن تدخل لبسا في ذهن المستهلك لا سيما حول طبيعة المنتج، وتركيبته..."<sup>(4)</sup>.

(1) خالد بن فاتح، مرجع سابق، ص 170.

(2) Cour. Cass. – Ch. crim., 18 octobre 2005, N° pourvoi 05-80492 disponible sur le site : [www.légifrance.gouv.fr](http://www.légifrance.gouv.fr).

(3) خالد بن فاتح، المرجع نفسه، ص 167.

(4) مرسوم تنفيذي رقم 90-367، مؤرخ في 10 نوفمبر 1990، يتعلق بوسم المنتجات المنزلية غير الغذائية وعرضها ج. ر. 50، معدل ومتم بالمرسوم رقم 05-484 مؤرخ في 22 ديسمبر 2005، ج. ر. 88، ملغى بالمرسوم رقم 13-378.

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي في هذا الشأن، أنه يعد إشهار مضلل وكاذب الإشهار الذي قامت به مؤسسة مختصة في صناعة الخبز والذي جاء فيه "هذا الخبز معقم بدون هواء" في حين أنه لا يمكن اعتبار المنتج معقما إلا إذا كان حقيقة لا يحتوي على أي نوع من البكتيريا، لكن الخبز محل الإشهار ليس كذلك<sup>(1)</sup>.

أما فيما يخص مكونات المنتج، فيرد غالبا التضليل بشأن السلع والمنتجات الغذائية، ويمتد الى مكونات الأثاث والمركبات الصيدلية والملابس، ويتمثل في أن يرد ذكر عناصر مكونة أساسية ثم يتبين للمستهلك أنها مختلفة عما أعلن عنه<sup>(2)</sup>، مثال ذلك حكم إدانة مدير شركة (DIET) الفرنسية بسبب عرضها لإشهار عن حبوب تخسيس مكونة من عشرة مواد طبيعية ومن أصل نباتي، لكن تبين أن ثلاثة على الأقل من هذه المواد كيميائية<sup>(3)</sup>.

### ج- وجود المنتجات أو الخدمات المعلن عنها إلكترونيا

قد يتمثل التضليل والخداع على سلع أو خدمات غير موجودة، أو موجودة وغير جاهزة للتسليم<sup>(4)</sup>، فنجد أن المشرع الجزائري قد أشار إلى هذه الحالة ضمن المادة 15 من ق. ت. إ.، التي منعت إجراء عملية الدفع الإلكتروني إلا في حالة وجود وتوفر المنتج في مخزن المورد الإلكتروني<sup>(5)</sup>، وأيضا في البيانات الإلزامية التي جاء بها المشرع في المادة 11 من نفس القانون أكدت على وجوب ذكر حالة توفر السلعة أو الخدمة محل الإعلان<sup>(6)</sup>، ويأخذ هذا الوجه من التضليل ثلاث صور أساسية، أولها: عدم وجود السلع أو الخدمات تماما، والثانية: في حالة وجودها، لكن تختلف عن الصورة التي وردت فيها في الإشهار، أما الثالثة: في حالة وجودها وعدم جاهزيتها للتسليم أو التقديم<sup>(7)</sup>.

(1) خالد بن فاتح، مرجع سابق، ص 167.

(2) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص 146، ص 147.

(3) Cour. Cass. – Ch. crim., 21 mars 2006, N° pourvoi 05-82.589 disponible sur le site : [www.légifrance.gouv.fr](http://www.légifrance.gouv.fr).

(4) هند رشيد حسن الحصري، الحماية المدنية من الدعاية التجارية المضللة، دراسة مقارنة، د. ط.، دار الجامعة الجديدة 2018، ص 99.

(5) جاء في المادة 15 من ق. ت. إ. 05-18 السابق الذكر أنه: "لا يمكن أن تكون الطلبية المسبقة محل دفع إلا في حالة توفر المنتج في المخزون...".

(6) تناولت المادة 11 من ق. ت. إ. 05-18 هذا العنصر من خلال نصها على أنه: "... حالة توفر السلعة أو الخدمة...".

(7) أحمد عصام منصور، الحماية القانونية للمستهلك في العقد الإلكتروني، د. ط.، دار الجامعة الجديدة، 2019، مصر ص 168.

ومن تطبيقات القضاء الفرنسي حول وجود السلع أو الخدمات، ما جاءت به محكمة النقض الفرنسية في قضية وردت أمامها تتمثل في قيام معلن بنشر إعلان في إحدى الصحف حول وجود مجمع عقاري يحتوي على ملعب لرياضة التنس ومسبح، في حين أنه ثبت عدم وجود هذه المنشآت<sup>(1)</sup>، وفي حكم آخر أدانت محكمة النقض الفرنسية مدير شركة الاستشارات والخدمات الأوروبية، بارتكابه جريمة تتعلق بالتضليل الإعلاني، وذلك لعرضه مجموعة من الإعلانات الأسبوعية للبحث عن عمل لبعض الأشخاص، دون أن يقوم بذلك فعلا، وذلك بغية الحصول على مقابل من هؤلاء الأشخاص بحجة وجود دورات تكوينية يتحمل نفقاتها هؤلاء الأشخاص<sup>(2)</sup>.

#### د- التضليل المتعلق بمصدر ونوع السلعة المعلن عنها إلكترونيا

إن ما يجذب أغلبية المستهلكين لاقتناء سلعة معينة هو أصلها ومصدرها، لما يراه المستهلك من أهمية في هذا الخصوص، فهو يرى في أصل السلعة أن تتوفر على جودة عالية، فكثير من الناس يؤمنون بأن المنتجات ذات الأصل الألماني هي منتجات ذات جودة وخصوصا قطع الغيار أو الأدوات الكهرو منزلية ويكمن التضليل في أصل السلعة ومصدرها في قيام المعلن بالكذب حول مصدرها.

إذ يعتبر مصطلحا الأصل والمصدر كلمتان مترادفتان تطلق على مكان الإنتاج أو مكان الاستخراج، إذا كانت منتجات طبيعية<sup>(3)</sup>، ومن التطبيقات القضائية ما جاءت به محكمة النقض الفرنسية، حيث قام أحد الموزعين بتسويق البيض وقد دون عليه "ARGOAT" ويدل هذا اللفظ على أن البيض من إنتاج فرنسي وهذا ما أدى إلى تضليل المستهلك بشأن مصدر البيض، حيث الحقيقة أن هذا البيض من أصل بلجيكي<sup>(4)</sup>، أما فيما يخص نوع السلعة، فأغلب المنتجات تحمل نفس الصنف والنوع مثل ذلك المنتجات الطبية، ويلعب النوع دورا هاما في التعريف بالمنتجات، وهذا ما يؤثر على المستهلك ويدفعه للتعاقد<sup>(5)</sup>.

(1) Cour. Cass. – Ch. crim., 14 janvier 1998, N° pourvoi 97-81690, disponible sur le site : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr),

(2) Cour. Cass. – Ch. crim., 24 octobre 2003, N° pourvoi 97-85.763, disponible sur le site : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

(3) حسان دواجي سعاد، المسؤولية المدنية والجزائية عن الإعلان الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران، 2018-2019، ص60.

(4) Cour. Cass. – Ch. crim., 3 mai 2006, N° pourvoi 05-85051 disponible sur le site : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr),

(5) حماد مصطفى عزب، المنافسة غير المشروعة في مجال الإعلانات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005 ص23.

## هـ - التضييل المتعلق بالمقدار والكمية والمعيار المعلن عنه إلكترونياً

يوجد العديد من التعبيرات المتقاربة مثل العدد، والمقدار، والمقاس والكيل والوزن، ويرى البعض أن جميع هذه الألفاظ تندرج تحت تعبير واحد هو المقدار<sup>(1)</sup>، ومن تطبيقات القضاء الفرنسي، قيام شركة عقارية بإعلان لبيع قطعة أرض معدة للبناء مساحتها 3000 متر مربع، في حين أن مساحتها في الواقع كانت 2565 متر مربع فقط<sup>(2)</sup>.

## 2- التضييل المتعلق بالعناصر الخارجة عن ذات السلع والخدمات المعلن عنها إلكترونياً

مثلاً ينصب اهتمام المستهلك على العناصر الذاتية للمنتج أو الخدمة، فهو يعطي نفس الإهتمام للعناصر الخارجية للسلعة أو الخدمة، وتعتبر العناصر الخارجية هي تلك العناصر المحيطة والمكملة للشيء المعروض، مثل الثمن، وشروط البيع، التزامات المعلن، طريقة الإنتاج، النتائج المتوقعة، البيانات المتعلقة بالمعلن<sup>(3)</sup>، وهذا ما سيتم التطرق إليه:

### أ- التضييل المتعلق بثمن السلعة أو الخدمة المعلن عنها إلكترونياً

كثيراً ما ركز المعلن على جذب المستهلك، بالاعتماد على الإعلان على ثمن معين، وهذا ما يوهم المستهلك المتلقي ويؤثر فيه ويجعله يقبل على السلعة أو الخدمة، ليتفاجأ أن الثمن الوارد في الإعلان غير حقيقي<sup>(4)</sup>.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن، محل الإشهار التجاري الوارد على ثمن المنتج أو الخدمة، فقد قضى بأنه يعد إشهار كاذب أو مضلل الإشهار الذي يعلن فيه التاجر أن السعر سيكون منخفضاً بمناسبة عيد رأس السنة، في حين أن السعر بقي ذاته، كما قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14/10/1998 بإدانة تاجر قام بإشهار يدعي فيه أنه يقوم ببيع أثاث بأقل الأثمان، في حين اتضح من خلال المعاينة أن الأسعار مرتفعة<sup>(5)</sup>.

### ب- التضييل المتعلق بشروط البيع

في كثير من الأحيان يشترط طرفاً عقد البيع بعض الشروط التي تكون ملائمة للطرفين، مثل الثمن والضمان والتسليم وغير ذلك من الشروط، وغالباً ما تكون هذه الشروط محل

(1) هند رشيد حسن الحصني، مرجع سابق، ص 102.

(2) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص 151.

(3) حسان دواحي سعاد، مرجع سابق، ص 63.

(4) أحمد عصام منصور، مرجع سابق، ص 172.

(5) خالد بن فاتح، مرجع سابق، ص 182.

الإشهار ما هي إلا هدف لحث المستهلك على اقتناء السلعة، ومن العبارات المستعملة في هذا النوع من التضليل، التسليم فوري، أو مصاريف الشحن أو التسليم على عاتق البائع أو إمكانية الاستبدال والتغيير<sup>(1)</sup>، ومن تطبيقات التضليل في شروط البيع، إعلان عن بيع سيارة ومن بين الشروط أن يتم التسليم في نفس اليوم بعد إتمام إجراءات الشراء، لكن في حقيقة الأمر أن التسليم لا يكون في نفس اليوم، وأيضا الإعلان عن وجود ضمان، وفي الحقيقة غير ذلك<sup>(2)</sup>.

### ج- التزامات المعلن

يقصد بالتزامات المعلن في هذا الصدد قيامه بمحاولات لجذب المستهلكين عن طريق وضع التزامات على عاتقه تصور للمستهلك أنها تحقق له فوائد عند التعاقد، مثل أن يقطع المعلن على نفسه وعود لا يستطيع الوفاء بها، فالمستهلك هنا يقبل على شراء السلعة بموجب الوعود والتعهدات التي قطعها المعلن على نفسه<sup>(3)</sup>.

وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية قضت بتاريخ 1997/05/28 بإدانة صاحب شركة للبيع بالمراسلة بحجة إشهار ادعى فيه ربح جائزة عند شراء المنتج، لكن الحقيقة أن البطاقة المرفقة بالمنتج تؤهله فقط للمشاركة في السحب المخصص لهذا الغرض<sup>(4)</sup>.

### د- التضليل المتعلق بشخص المعلن

يعمد بعض المعلنين إلى الكذب، فيتقمصوا شخصية مختلفة عن شخصيتهم الحقيقية كادعائهم بحمل شهادات عليا وجوائز عالمية والحقيقة تكون مغايرة تماما، والهدف من هذا زيادة قيمة لمنتجاته ومكانته في السوق، فيسهل تضليل المستهلك لأن هذا الأخير يعطي عناية بالغة للخبرة في المجال والشهادات العليا وهذا ما يقوم المعلن باستغلاله<sup>(5)</sup>، وقد قضي في هذا الشأن أنه يعتبر الإشهار كاذبا ومضللا متى قام المعلن بنسب صفات لنفسه، ومثل ذلك أن يصرح بأنه: أكبر منتج، أو أقدم منتج، أو مخترع<sup>(6)</sup>.

(1) عبد الفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، ص214، وأحمد السعيد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة، دار الجامعة الجديدة، 2007 مصر، ص112.

(2) بتول صراوة عبادي، مرجع سابق، ص122.

(3) خالد بن فاتح، مرجع سابق، ص180.

(4) أشار له: خالد بن فاتح، نفس المرجع، ص181..181.p629. Bull. Crim, 1997 N°211.

(5) حسن دواجي سعاد، مرجع سابق، ص65.

(6) عبد الفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، ص221.

## هـ - التضليل المتعلق بطريقة الصنع وتاريخ الإنتاج

من أمثلة ذلك إعلان صاحب محل حلوى أن الفطائر المعروضة للبيع مصنوعة في المنازل رغم أنها مصنوعة ألياً، أو إعلان بائع دواجن أن الدواجن كانت تربي في منازل الفلاحين وأنها تتغذى على مواد طبيعية أو إعلان عن أن منتجات الألبان لا تحتوي مواد حافظة، بينما هي على خلاف ذلك (1).

إنه ومن بين العناصر التي تضر بمصالح المستهلك الاقتصادية وحتى الصحية، القيام بالكذب من طرف المعلن حول طريقة وتاريخ الصنع، فيعتبر كذباً في طريقة الصنع وتاريخ الإنتاج إذا تضمن الإعلان، طريقة وتاريخ غير تلك الموجودة فعلياً (2).

## و- التضليل المتعلق بالنتائج المتوقعة

تعتبر النتائج المتوقعة هي تلك الفوائد أو الآثار المتوقع الحصول عليها من السلعة أو الخدمة محل الإعلان، وهذا ما يدفع المستهلك للتعاقد، وفي الحقيقة يصعب تقدير هذه النتائج استناداً لمعيار موضوعي، فضلاً عن أن فائدة الشيء ترتبط بعناصر أخرى كطبيعة السلعة أو مكوناتها أو خصائصها، وغير ذلك، وهذا ما يجعل الفقه والقضاء يخلط بين هذه العناصر (3)، ومن أمثلة ذلك قيام محل التصوير بالإعلان كذباً أنه يكبر صور الفوتوغرافية حتى مترين وربع المتر وأكثر، أو الإعلان عن نوع من الدواء على أنه يقوم بالتنحيف وهو لا يقوم بذلك (4).

ومع تطور مجال التجارة الإلكترونية وأساليب الإشهار الإغرائية، زادت نسبة توسع نطاق التضليل في الإشهارات التجارية الإلكترونية، مما يحتم مستقبلاً ظهور صور جديدة خاصة بالتضليل، وفي شأن هذا يتطرق الجزء الموالي للبحث عن الأساليب والآليات القانونية التي تجابه هذا النوع من الإشهارات.

(1) أنظر في ذلك: ضمان سلامة الأغذية وجودتها على الموقع الاتي: [www.fao.org](http://www.fao.org)

(2) حسان دواحي سعاد، المرجع نفسه، ص 64.

(3) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص 155.

(4) هند رشيد حسن الحصني، مرجع سابق، ص 107.

## الفرع الثاني: القواعد القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني من الإشهار التجاري الإلكتروني المضلل

تقر النصوص القانونية مجموعة من القواعد الخاصة التي تمنع استعمال التضليل في الإشهارات بصفة عامة، وبالتالي الإشهار التجاري الإلكتروني كذلك، حمايةً لمتلقي الرسالة الإشهارية، إذ تهدف هذه القواعد إلى وقاية المستهلك الإلكتروني من الإشهارات المضللة، عن طريق فرض عديد الضوابط بالإضافة إلى ترتيب عدة جزاءات في حق المورد الإلكتروني الذي يمارس الإشهار الإلكتروني المضلل، لذلك سيتطرق هذا الفرع لدراسة القواعد الخاصة بالإشهار التجاري، من خلال ضوابط مشروعية الإشهار التجاري الإلكتروني (أولاً)، وكذا آليات الحماية من الإشهار التجاري الإلكتروني المضلل (ثانياً).

### أولاً: ضوابط مشروعية الإشهار التجاري الإلكتروني

إن ضوابط مشروعية الإشهار التجاري الإلكتروني تتمثل أساساً في اشتراط وضوح الإشهار التجاري الإلكتروني، ومنع الإشهار المضلل، وكذا الرقابة على الإعلان المقارن.

#### 1- اشتراط وضوح الإشهار التجاري الإلكتروني

نصت المادة 11 من ق. ت. إ. على إلزامية تقديم العرض التجاري بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة<sup>(1)</sup>، فاستخدام المصطلحات الثلاثة مرئية، مقروءة، ومفهومة إنما يقصد بها وجوب وضوح الإشهار، مما يسمح للمستهلك الإلكتروني فهمه واستيعاب الرسالة الإشهارية بسهولة، وهذا ما ييسر أمر اتخاذ قرار اقتناء الشيء المعلن عنه من عدمه، كما أضاف في باقي نص المادة البيانات الواجب استيفؤها في العرض التجاري الإلكتروني.

ويقصد بأشراط وضوح الإشهار الإلكتروني هو وجود بيانات كافية عن السلعة أو الخدمة المقدمة، والتي تسمح بخلق نوع من التفكير الواعي والمتبصر الذي يعمل على تكوين إرادة مستتيرة لدى المستهلك وهو بصدد الإقبال على التعاقد، أو بمعنى آخر أن يكون الإشهار مصاغاً بطريقة لا لبس فيها تخط بين المهم والثانوي أو بين الكل والجزء، وهو ما يخص بصفة رئيسية إعلان الخدمات<sup>(2)</sup>.

(1) راجع المادة 11 من ق. ت. إ. ج. 18-05 السابق الذكر.

(2) عبوب زهيرة، مرجع سابق، ص 45.

وقد أشار القانون الفرنسي بأنه يجب أن تكون العمليات التجارية الإلكترونية والدعاية المصاحبة لها واضحة وغير غامضة، كما ألزم استخدام اللغة الفرنسية في الإعلان عن السلع عبر الانترنت وتزويد المستهلك بمعلومات واضحة عن المنتج أو الخدمة المعروضة بما يسمح للمستهلك بإعطاء الموافقة على التعاقد عن وعي وإدراك كاملين<sup>(1)</sup>.

## 2- منع الإشهار المضلل

لا جدال في أنه من حق المستهلك أن يتلقى إشهارات تجارية، بصرف النظر عن الوسيلة المستخدمة لنشرها أو إذاعتها، غير أن ذلك مشروط بأن تكون الرسالة الإشهارية صادقة ونزيهة، بمعنى آخر أن تكون المعلومات الواردة في الإشهار مطابقة للحقيقة تماما، بحيث في حالة إقتناع المستهلك بالإشهار وإتمام التعاقد والحصول على السلعة أو الخدمة محل الإشهار، فيجب أن يجد فيها نفس الصفات والمميزات التي تم الترويج لها في الإشهار<sup>(2)</sup>.

وتم تعريف الإعلان الخادع أنه: "الإعلان عن سلعة أو خدمة وذكر خصائصها وبياناتها على نحو مجاف للحقيقة بطريقة تؤدي بالمستهلك إلى إبرام العقد تحت تأثير هذا الخداع الإعلاني، وبعبارة أخرى فإن الإعلان الذي ينسب فيه المعلن توفر بعض الصفات الجوهرية يعتبر إعلانا خادعا"<sup>(3)</sup>.

## 3- الرقابة على الإعلان المقارن

تناول المشرع الجزائري منع الإشهار المقارن من خلال مشروع قانون الإشهار<sup>(4)</sup> لسنة 1999، فقد جاء في المادة 42 منه أنه: "يمنع الإشهار المقارن"، أما بالنسبة لتعريفه فقد أورده في الفقرة الثانية لنص المادة 42 منه أنه: "يعد ذكر منتوجين أو سلعتين أو علامتين أو خدمتين أو اسمين أو تسميتين أو صورتين أو إشارتين بغرض المقارنة بينهما أو الاستخفاف بأحدهما مباشرة إشهارا مقارنا"، حيث يفهم من المادة أن الإشهار يكون مقارنا متى قام المعلن بمقارنة سلعتين أو خدمتين من خلال العناصر المرتبطة بها كالاسم أو الصورة أو الإشارة.

(1) بن غيدة إيناس، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية، ماجستير، تلمسان، 2014/2015، ص35.

(2) الكبير الغلى، الإشهار التجاري وحماية المستهلك الإلكتروني، دراسة مقارنة في القانون المغربي، مجلة القانون والأعمال، ع48، جامعة الحسن الأول، المغرب، 2019، ص137.

(3) رحال بومدين، حماية المستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد، مجلة الفقه والقانون، ع58، 2017، ص137.

(4) مشروع القانون المتعلق بالإشهار لسنة 1999 السابق الذكر.



كما يمكن اعتبار ما ورد في المادة 26 و 27 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية أن المشرع قد تطرق بصفة غير مباشرة للإشهار المقارن فقد تناولت المادة 26<sup>(1)</sup> منع الممارسات التجارية المخالفة للأعراف التجارية النظيفه، والتي يقوم بموجبها عون اقتصادي بالتعدي على مصالح الأعوان الاقتصاديين الآخرين، وتناولت المادة 27 من نفس القانون الممارسات التي اعتبرها المشرع غير نزيهة كالاتي: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم أحكام هذا القانون، لاسيما منها الممارسات التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

- تشويه سمعة عون اقتصادي منافس بنشر معلومات سيئة تمس بشخصه أو بمنتجاته أو خدماته

- تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس أو تقليد منتجاته أو خدماته أو الإشهار الذي يقوم به، قصد كسب زبائن هذا العون إليه بزرع شكوك وأوهام في ذهن المستهلك.

- استغلال مهارة تقنية أو تجارية مميزة دون ترخيص من صاحبها.

- إغراء مستخدمين متعاقدين مع عون اقتصادي منافس خلافا للتشريع المتعلق بالعمل.

- الاستفادة من الأسرار المهنية بصفة أجير قديم أو شريك للتصرف فيها قصد الإضرار بصاحب العمل أو الشريك القديم...".

يلاحظ من نص المادة أن استخدام الإشهار المقارن كوسيلة غير مشروعة وغير نزيهة يؤثر على التاجر كما يؤثر على المستهلك أيضا، وهذا من خلال القيام بتشويه سمعة تاجر أو القيام باستغلال مهاراته التجارية أو تقليد لعلامته التجارية.

وبالنسبة للقانون الفرنسي تطرقت المادة 1-122L من قانون الإستهلاك الفرنسي إلى الإشهار المقارن حيث جاء في مفهوم المادة أنه: "كل إشهار يضع مقارنة لأموال أو خدمات ترمي إلى المقارنة بين أموال أو خدمات لمنافس آخر، لا يكون مشروعاً إلا إذا تضمن الشروط الآتية:

- ألا يكون مضللاً أو يرمي إلى الوقوع في غلط.
- أن يرد على أموال تلبية نفسي الحاجيات أو ترمي لنفس الأهداف.

(1) جاء ف نص المادة 26 من القانون 04-02 السابق الذكر أنه: "تمنع كل الممارسات التجارية غير النزيهة المخالفة لأعراف التجارية النظيفه والنزيهة والتي من خلالها يتعدى عون اقتصادي على مصالح عون أو عدة أعوان آخرين".

- أن يتضمن مقارنة موضوعية لخاصية أساسية أو أكثر، لها علاقة ويمكن التأكد منها لهذه الأموال أو الخدمات، ويمكن أن يكون الثمن جزءا منها<sup>(1)</sup>.  
وقد تناول الفقه<sup>(2)</sup> تعريف الإشهار المقارن بأنه الإعلان الذي يقوم بموجبه صانع أو موزع أو مؤدي خدمات بالمقارنة بين أموال أو خدمات يقوم بعرضها هو مع أخرى يعرضها منافس له، سواء محدد الهوية أو قابل للتعيين في مضمون الرسالة الإعلانية، وهذا بهدف جذب وإقناع المستهلكين بمدى أحقية منتجاته أو خدماته عن منتجات وخدمات غيره، ومما سبق فإن الإعلان التجاري الإلكتروني يعتبر مقارنا إذا كان يؤدي صراحة أو ضمنا إلى التعرف على سلع أو خدمات يقدمها منافس آخر<sup>(3)</sup>.

وقد اختلفت التشريعات حول الإشهار المقارن، فقد أجازته بعضها واعتبرته يحقق فائدة لحماية المستهلك عندما يتعلق الأمر بحق هذا الأخير في الحصول على معلومات وبيانات بطريقة موضوعية، متى كان قد تم بثه بطريقة صحيحة ودون أن يتضمن غش أو تضليل كالقانون الأمريكي والهولندي والسويسري، ومنها من أقرته وفق شروط معينة كالقانون الفرنسي مثلا<sup>(4)</sup>.

ومن شروط الإشهار المقارن أن يتضمن مقارنة بين سلع وخدمات وبين أخرى منافسة له، وأيضا أن يتضمن إشارة إلى المعلن الآخر سواء صراحة أو ضمنا<sup>(5)</sup>.

(1) L'article L 122-1 du C. Consom. Dispose que : "Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent n'est licite que si ; 1° Elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur. 2° Elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif. 3° Elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristique essentielles, pertinents, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le peut faire partie".

(2) محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2006، ص183.

(3) خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، مصر، 2007 ص96،95.

(4) خلوي نصيرة، الحماية المدنية للمستهلك عبر الأنترنت (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2018، الجزائر، ص 31.

(5) فحتى نكون أمام إعلان مقارن يجب أن يتضمن هذا الإعلان مقارنة بين سلع وخدمات يقدمها المعلن مع منافس آخر مهما كانت العناصر التي تضمنها المقارنة سواء ما تعلق منها بالسعر أو المواصفات أو التركيب أو المنتج أو الخصائص. يجب كذلك أن تكون هناك إشارة صريحة أو ضمنية لموضوع المقارنة، فالصريحة منها متى تضمن الإعلان إشارة صريحة للإسم التجاري أو العلامة التجارية لمنافسه، أو اسم المنتج أو السلعة أو الخدمة التي يقدمها منافسه حصرا، وتكون ضمنية

## ثانياً: آليات الحماية من الإشهار التجاري الإلكتروني المضلل

من خلال استقراء نصوص قانون حماية المستهلك الجزائري، لاحظنا عدم وجود أي حماية مدنية للمستهلك من الإشهارات التي تحتوي على الكذب أو التضليل أو الخداع، والتي تحمله على التعاقد بناء على ما ورد فيها من تقديم لمعلومات وصفات تتعلق بالسلعة أو الخدمة محل الإشهار التجاري الإلكتروني، والحقيقة أنها غير موجودة في السلعة أو أنها مختلفة تماماً عما ورد في الإشهار نفسه الذي تلقاه المستهلك وأقدم على التعاقد بموجب ما تناولته الرسالة الإشهارية، وهذا ما يؤدي إلى اللجوء للقواعد العامة في محاولة البحث عن السبل التي يمكن أن توفر الحماية للمستهلك الإلكتروني، وهذا يكون من خلال:

### 1- دعوى التنفيذ العيني

في حالة وقوع المستهلك الإلكتروني ضحية إشهار مضلل وسبب له ضرر، يمكن له رفع دعوى التنفيذ العيني على المورد الإلكتروني (المعلن)، يطالبه من خلالها بتسليم السلعة أو تقديم الخدمة على وجه مطابق لما تضمنه الإشهار الذي تم بثه، وهذا استناداً إلى المادة 164<sup>(1)</sup> ق. م. ج. التي تنص على أنه: "يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً".

في حالة عدم تنفيذ الالتزام يمكن للمستهلك الحصول على شيء من نفس النوع، وفق المادة 166 الفقرة الثانية: "إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض".

ويلاحظ من المادتين أنه بالإضافة إلى حق المستهلك في الحصول على محل الإشهار الذي بادر بالتعاقد بناء عليه من خلال إجبار المدين على تنفيذ التزامه، يمكن له أيضاً الحصول على نفس الشيء في حالة عدم تنفيذ الالتزام الوارد على المحل الحقيقي للإشهار.

---

متى كانت ظروف الحال لا تدع مجالاً للشك على أن السلعة أو الخدمة التي تضمنتها المقارنة هي نفسها السلعة أو الخدمة التي يقدمها المنافس الأخر، عبوب زهيرة، مرجع سابق، ص 61.

(1) المادة 164 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج. ر. ع. 44.

إضافة إلى ما سبق يمكن للمستهلك الحصول على تعويض عن طريق التنفيذ بمقابل إذا كان لذلك مقتضى، لأن كل التزام ومهما كان مصدره يجوز تنفيذه بمقابل، أي عن طريق التعويض، والتعويض يكون إما بمقابل نقدي أو قد يكون بمقابل غير نقدي، ولمحكمة الموضوع كامل السلطة في اختيار الطريقة المناسبة لجبر الضرر الحاصل، طالما أنه لم يورد نص في القانون بإتباع معايير معينة في خصوصيته<sup>(1)</sup>.

فإذا كان محل الإشهار خدمة ولم تكن لشخصية المعلن اعتبار فإنه يمكن للمستهلك اللجوء إلى معلن آخر لتنفيذ الخدمة على نفقة المعلن الأصلي (المدين) بعد الحصول على إذن من القاضي، وهذا استنادا إلى المادة 170 ق. م. ج. والتي تنص على أنه: "في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا".

في حالة ما إذا كانت شخصية المعلن محل اعتبار جاز للمستهلك رفض الخدمة من غير صاحب الإشهار الأصلي، إستنادا إلى المادة 169 ق. م. ج. التي تنص على أنه: "في الالتزام بعمل، إذا نص الاتفاق، أو استوجب طبيعة الدين أن ينفذ المدين بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين"، وفي حالة إصرار المعلن على عدم تنفيذ الخدمة بالمواصفات التي وردت في إشهاره يمكن اللجوء للتنفيذ بمقابل عن طريق التعويض، حيث لا يمكن إجباره على التنفيذ طالما اتصل ذلك بحريته الشخصية، وهذا وفق المادة 175 ق. م. ج. (2).

## 2- دعوى إبطال العقد للتدليس

يمكن لضحية الإشهار الإلكتروني المضلل أن يطلب إبطال العقد، استنادا على دعوى التدليس<sup>(3)</sup>، والتدليس هو استعمال طرق احتيالية توهم المتعاقد بأمر ليست على حقيقتها، وهو أكثر أنواع عيوب الإرادة وجودا في مجال المعاملات الإلكترونية، فهو يقوم بإظهار السلعة أو الخدمة على غير مظهرها الحقيقي وهذا بالقيام باستعمال تقنيات الاتصال الإلكترونية<sup>(4)</sup>.

(1) عبوب زهيرة، مرجع سابق، ص 63.

(2) سارة عزوز، مرجع سابق، ص 227.

(3) تنص الفقرة الأولى من المادة 86 ق. م. ج. أنه: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد".

(4) موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط 1 لبنان، 2011، ص 81.

والتدليس نوعان إيجابي يتمثل في القيام بوسائل احتيالية بهدف دفع الشخص على التعاقد والثاني سلبي يتمثل في سكوت أحد المتعاقدين عن ذكر بيانات أو معلومات معينة، والتي تكون سببا في إبرام العقد، وحتى يمكن اعتبار الإشهار المضلل تدليسا يجب توفر ثلاثة شروط، هي، استعمال وسائل احتيالية تدفع للتعاقد، والنية في التضليل للوصول إلى هدف غير مشروع، وأن يكون هذا التدليس سببا رئيسيا في إبرام العقد<sup>(1)</sup>.

ويمكن القول أن الاستناد على دعوى التدليس لإقرار حماية للمستهلك المتضرر من الإشهار التجاري المضلل، تقتضي فيها القواعد العامة للإثبات أن المستهلك هو من يقوم بإثبات الضرر الحاصل له جراء هذا الإشهار، فالضرر الذي يصيب المستهلك الإلكتروني جراء استعمال طرق احتيالية في الإشهار يشكل خطأ في جانب المورد الإلكتروني، فتتوجب مسؤوليته التقصيرية على أساس هذا الخطأ، طبقا لنص المادة 124 ق. م. ج.<sup>(2)</sup>، وهنا يقع عبئ الإثبات على المستهلك الإلكتروني وهذا ما يلتمس من المادة 323 ق. م. ج. التي تقضي بأنه: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

ومما سبق ذكره، فإنه إذا كان الإثبات بالنسبة للمستهلك العادي أمرا في غاية الصعوبة، فإنه بالنسبة للمستهلك الإلكتروني يزداد تعقيدا، فحتى في حالة افتراض الإثبات من طرف المستهلك الإلكتروني فإن الجزاء يكون وقف العقد أو إبطاله بحسب اختلاف التشريعات وهذا قد لا يتناسب مع مصلحة المستهلك الذي بذل جهدا في رفع الدعوى وتحمله للنفقات وفي المقابل لذلك فإن المعلن يستطيع نفي وقوع التدليس من جانبه ودفع المسؤولية عنه، إذا أثبت أن ما جاء في إعلانه من معلومات هي مسائل تقنية وفنية يصعب عليه التأكد من صحتها<sup>(3)</sup>.

وعليه يمكن القول بأن دعوى التدليس لا يمكن أن توفر الحماية المرجوة منها للمستهلك الإلكتروني، وهذا لاعتبار العديد من الفقهاء<sup>(4)</sup> أن التدليس لا يكون إلا إذا وجد عقد قائم، وفي

(1) خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، ط1، 2008، مصر، ص 158-159.

(2) تنص المادة 124 ق. م. ج.: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

(3) جامع مليكة، حماية المستهلك المعلوماتي، أطروحة دكتوراه، 2018/2017، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس الجزائر، ص40، ص41.

(4) من أجل توافر التدليس يجب أن يكون هناك عقد قائم بين المعلن والمستهلك، وأن تصدر الأعمال الاحتياطية من جانب المعلن أو نائبه، وهذا الشرط واجه العديد من العقبات والصعوبات في مجال الإشهار التجاري، إذ تتسع دوائر توزيع السلع

حالة الإشهار التجاري الإلكتروني، فهو مجرد عرض موجه للجمهور، والعقد لم يبرم بعد وبالتالي لا يمكن رفع دعوى التدليس، وهذا لأن الإشهار التجاري الإلكتروني يأخذ طبيعة الإيجاب كما سبق بيانه لما تضمنه قانون التجارة الإلكترونية من شروط وعناصر ألزم المورد الإلكتروني بذكرها في عرضه التجاري الإلكتروني الموجه للجمهور.

### 3-الجزاء الجنائي

أقر المشرع الجزائري في المادة 40 من ق. ت. إ. عقوبات على عاتق من يستخدم التظليل في الإشهار عن المنتجات والخدمات حيث جاء في نص المادة ما يلي: "دون المساس بحقوق الضحايا في التعويض، يعاقب بغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج كل من يخالف أحكام المواد 30 و31 و32 و34 من هذا القانون".

يتضح من المادة أن المشرع إضافة إلى التعويض أقر عقوبة الغرامة المالية ضد كل من يخالف المواد المذكورة في النص والتي جاءت في تنظيم مسألة الإشهار الإلكتروني ومنع استعمال التظليل حيث كانت صريحة في طلب وضوح أي رسالة إشهارية.

في آخر هذا المبحث يجب الإشادة بالمشرع الجزائري لتنظيمه أحكام الإشهار التجاري الإلكتروني ضمن قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، حيث يمكن القول أن القواعد التي تضمنها هذا الأخير كفيلة بتحقيق الحماية المرجوة للمستهلك الإلكتروني من الإشهار المضلل الذي من شأن وجوده في الرسالة الإشهارية الإلكترونية الإضرار بمصالح المستهلك المتعاقد عن بعد.

فالمشرع وضع قواعد مهمتها وقاية المستهلك الإلكتروني تتمثل في شروط ممارسة الإشهار التجاري الإلكتروني وكذا الضوابط المتعلقة به من اشتراط وضوحه ومنع كل أشكال التظليل بالإضافة إلى المحافظة على جانب النزاهة بالرقابة على الإشهار المقارن، ومن جانب آخر يقضي المشرع بنصوص ردعية تتمثل في الجزاء المترتب على ممارسة التظليل، فالمستهلك المتضرر ولاستيفاء حقه وجبر الضرر الذي يصيبه له أن يلجأ للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، بالإضافة إلى إقرار جزاء جنائي يتمثل في الغرامة المالية ضد المورد الإلكتروني.

---

والخدمات، وهذا ما يسمح بوجود أطراف أخرى كالمنتج والموزع وتاجر الجملة...، علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص 180.

## المبحث الثاني: حق المستهلك الإلكتروني في الإعلام

إن السلعة أو الخدمة المعلن عنها في الإشهار الإلكتروني من خلال بيان أوصافها ومزاياها بهدف جذب الجمهور والتأثير عليه حتى يقبل على التعاقد، فالمستهلك الإلكتروني المتلقي للإشهار لا يعلم عن السلعة أو الخدمة شيئاً غير الذي تضمنه الإعلان عنها، لذلك تعترضه إشكالية عدم العلم الكافي بمحل التعاقد الذي يقبل عليه، الأمر الذي له من الأهمية الكبيرة في مجال التعاقد الإلكتروني، لذا يحتاج إلى تنوير بصيرته من خلال الإدلاء بجميع البيانات الضرورية المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد.

الالتزام بالإعلام ليس بتلك الآلية الحديثة في مجال حماية المستهلك، لكن بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية فإن أهميته تزداد باعتباره يرتبط بالوسائل الإلكترونية، فخصوصية التعاقد الإلكتروني الذي لا يتيح للمستهلك الإلكتروني الاطلاع على السلعة عن قرب والتعرف على ما تشمله تجعله في مركز ضعيف أمام المورد الإلكتروني، لهذا تعطي التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية الحق في الإعلام، والذي هو التزام في ذمة المورد الإلكتروني يجب عليه تنفيذه حتى يوفر القدر اللازم من التبصير للمستهلك الإلكتروني.

لما سبق سيتم التطرق في هذا المبحث إلى الالتزام بالإعلام الإلكتروني كأحد أهم الحقوق التي يمنحها القانون للمستهلك الإلكتروني، باعتباره طرفاً ليس ذو خبرة كافية تمكنه من التعاقد بأمان ومنه وجب دراسة هذا الالتزام من خلال مطلبين، نخصص الأول لمفهوم هذا الالتزام، بينما يتطرق الثاني إلى التنظيم القانوني لهذا الالتزام.

### المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام الإلكتروني

يجد الالتزام بالإعلام الإلكتروني أساسه في عدم التكافؤ الموجود بين أطراف العقد المراد إبرامه، والعلم بعناصره الجوهرية، وعليه فإنه يجب على المورد الإلكتروني أن يدلي بجميع بيانات العقد وكل ما يتعلق بشخصه للمستهلك الإلكتروني<sup>(1)</sup>، بحيث يخصص هذا المطلب لدراسة مفهوم الالتزام بالإعلام الإلكتروني عبر تحديد المقصود منه بتعريفه، وكذا تحديد الطبيعة القانونية له، فضلاً عن البحث عن الأساس القانوني لهذا الالتزام.

(1) نصيرة غزالي، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة الحاج لخضر 01، مج 06، ع02، 2019، ص70.

## الفرع الأول: تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني وتحديد طبيعته

إن تحديد معنى الالتزام بالإعلام الإلكتروني يقتضي تعريفه (أولاً)، وكذا تحديد طبيعته (ثانياً)، وذلك بهدف رفع كل لبس أو غموض قد يكتنف هذا الالتزام.

### أولاً: تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني

تجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالإعلام يأخذ عدة تسميات كالالتزام بالتعبير أو بالإفصاح أو بالإفشاء أو بالإخبار بالمعلومات والبيانات، ولغرض توضيح معناه يتطرق هذا الفرع إلى تحديد تعريفه فقها وتشريعاً.

### 1-التعريف التشريعي للالتزام بالإعلام الإلكتروني

لم يعرف التشريع الالتزام بالإعلام، لكن نجد أن مختلف التشريعات قد نصت عليه، حيث تناول المشرع الجزائري الالتزام بالإعلام الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية 18-05 مما تضمنته المواد 10<sup>(1)</sup>، 11<sup>(2)</sup>، 12<sup>(3)</sup>، 13<sup>(4)</sup>، حيث نص على البيانات والمعلومات الواجب تقديمها للمستهلك الإلكتروني سواء قبل التعاقد أو أثناء التعاقد.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أسس للالتزام بالإعلام قبل صدور قانون التجارة الإلكترونية، من خلال المادة 352 / 1 ق. م. ج. بنصها: "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه..."<sup>(5)</sup>.

وفيما يخص التشريعات الخاصة بحماية المستهلك، فقد أكد المشرع الجزائري على حق المستهلك في الإعلام بصفة عامة فتم تكريس هذا الحق من خلال القانون 09-03 المتعلق

(1) نكرت المادة 10 من ق. ت. إ. ج. 18-05 أنه: "يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبقة بعرض تجاري إلكتروني..."

(2) تضمنت المادة 11 من ق. ت. إ. ج. 18-05 مجموعة البيانات الواجب إدراجها في العرض التجاري الإلكتروني حيث جاء في نصها: "...، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية: ..."

(3) جاء في الفقرة الثانية من المادة 12 من ق. ت. إ. ج. 18-05 أنه: "... وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة."

(4) راجع: المادة 13 من ق. ت. إ. ج. 18-05 التي نصت على: "يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية: ... السابق الذكر."

(5) راجع: المادة 352 من القانون المدني الجزائري.



بحماية المستهلك وقمع الغش من خلال الفصل الخامس منه تحت عنوان "إلزامية إعلام المستهلك" بمقتضى المادتين 17<sup>(1)</sup>، 18<sup>(2)</sup> منه، والمرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، حيث جاء في المادة 53: "يجب على مقدم الخدمة قبل إبرام العقد إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للخدمة المقدمة"<sup>(3)</sup>.

أما بالنسبة لقانون الاستهلاك الفرنسي فقد ألزم بموجب المادة L111/1 قبل أن يرتبط المستهلك بأي عقد بيع لأموال أو سلع أو خدمات، يجب على المحترف إعلام المستهلك بطريقة مقروءة ومفهومة بالخصائص الجوهرية والمعلومات الأساسية..."<sup>(4)</sup>.

## 2- التعريف الفقهي للالتزام بالإعلام الإلكتروني

يعرف جانب من الفقه<sup>(5)</sup> الالتزام بالإعلام أنه التزام يترتب على من يمتلك معلومات عن موضوع العقد المزمع إبرامه أن يلقي الضوء عليه حتى يكون الطرفان على بينة مما هما مقبلان عليه من التزامات ومنافع يعولان عليها من العقد.

ومن التعريفات التي أعطيت للالتزام بالإعلام أنه: "الالتزام قانوني عام سابق على التعاقد يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن في ظروف معينة إعلاما صحيحا وصادقا بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبنى عليها رضاه بالعقد".

(1) المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 السابق الذكر: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة...".  
(2) جاءت المادة 18 من نفس القانون تبين محتوى الالتزام بالإعلام وكذلك اللغة الواجب استعمالها في هذا الشأن، حيث جاء في نص المادة أنه: "يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها".  
(3) المرسوم التنفيذي رقم 13/378، الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، مرجع سبق ذكره.

(4) L'article L111-1 du c. Consom. Dispose que : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :  
1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ;  
2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 112-1 à L. 112-4 ;  
3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ;  
4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte... ».

(5) مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ج 1، ص 187.

وعرف أيضا بأنه: "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للطرف الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متطور يجعله على علم بكافة تفاصيل هذا العقد وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد المتعاقدين أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحكم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم ببناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات"<sup>(1)</sup>.

ويعرفه جانب آخر من الفقه، والذي يوافقه الباحث في هذا التعريف بأنه: "التزام أحد الطرفين بتقديم كافة البيانات والمعلومات اللازمة لمساعدة الطرف الآخر على إبرام العقد أو تنفيذه بل تحذيره ولفت نظره إذا استدعى الأمر ذلك"<sup>(2)</sup>.

ويستقرأ من التعريف الأخير أن الالتزام بالإعلام لا يقتصر فقط على المرحلة السابقة للتعاقد بل يمتد إلى مرحلة تنفيذ العقد، كما أن هذا التعريف يضيف على واجب الإدلاء بالمعلومات والبيانات واجب آخر الذي يتمثل في التحذير والتبويه، وهذا ما تتميز به عقود التجارة الإلكترونية، وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية وهو ما نبينه عند التطرق إلى صور الالتزام بالإعلام الإلكتروني.

### ثانيا: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام الإلكتروني:

إن الهدف من البحث عن الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام الإلكتروني يأتي توضيحا للأحكام القانونية المتعلقة به، وأيضا تحديد جزاء الإخلال به، وتتأتى هذه الجزئية من كون أن هذا الالتزام قد يكون في المرحلة السابقة للتعاقد بهدف تنوير المستهلك وكى تصدر إرادته صحيحة، كما قد يفرض خلال مرحلة تنفيذ العقد من أجل تمكين المستهلك من الانتفاع بالسلعة أو الخدمة محل العقد<sup>(3)</sup>.

(1) أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، الالتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، د. ط، دار الجامعة الجديدة، 2019 ص86.

(2) أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، نفس المرجع، ص87.

(3) المعروف أن الالتزام بالإعلام يكون في المرحلة السابقة للتعاقد ويهدف إلى تنوير المستهلك وإقامة التوازن العقدي من خلال إعلام المستهلك بالبيانات المتعلقة بالعقد، كما قد يكون الالتزام بالإعلام في مرحلة تنفيذ العقد من خلال فرض الإدلاء بالبيانات المتعلقة بكيفية استعمال المنتج أو شروط حفظها؛ مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، 2010، مصر، ص66-67.

## 1- الالتزام بالإعلام التزم عقدي

أثارت مسألة تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام جدلا فقهيًا كبيرًا، فيرى البعض أن هذا الالتزام ذو طبيعة عقدية استنادًا إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد، فيعتبر أنصار هذا الاتجاه أن الأخطاء التي تقع مرتبطة بإبرام العقد، هي أخطاء عقدية يترتب عليها قيام المسؤولية العقدية، سواء كانت هذه الأخطاء قد أدت إلى عدم انعقاد العقد أو إلى بطلانه<sup>(1)</sup>.

كما يستند أنصار هذا الاتجاه إلى مجموعة من الأحكام القضائية التي تؤيد نفس الرأي منها حكم الدائرة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 31/01/1973 والذي أقرت فيه بالمسؤولية العقدية لصانع المادة اللاصقة للأرضيات عن الأضرار التي لحقت بمستعمل المادة وابنه وذلك نتيجة نشوب حريق كبير في مكان الاستخدام إثر إشعال الابن لسيجارة يعود ثقاب وأُسست حكمها على عدم كفاية ما دونه الصانع من تحذير من مخاطرها، فاكتفى فقط بذكر عبارة "قابلية للاشتعال"، دون الإشارة إلى ضرورة تواجد مصدر لهيب في مكان استخدامه<sup>(2)</sup>.

يعتبر الإقرار بالطبيعة العقدية للالتزام بالإعلام وفقًا لهذا الرأي، جعل المستهلك يستفيد من قواعد الإثبات في المسؤولية العقدية، وهذا ما يخفف من عبء الإثبات ويزيد من فعالية الحماية له، فيكفي المستهلك إثبات عدم تنفيذ هذا الالتزام، حتى تتقرر مسؤولية المورد الإلكتروني المدين بالالتزام<sup>(3)</sup>.

كما يذهب أنصار هذا الرأي أنه يلزم من الناحية الواقعية إهمال التفرقة بين الالتزام العقدي والالتزام غير العقدي، التي لا تستند إلى أساس واقعي، فحسب رأيهم أنه من الأفضل بسط الطبيعة العقدية على كلا من الالتزام العقدي والالتزام غير العقدي<sup>(4)</sup>، كما ذهب أيضا القضاء الفرنسي إلى اعتبار الالتزام بالإعلام ذو طبيعة عقدية، ومرجعه في ذلك مبدأ حسن النية والالتزام بالإخلاص في مرحلة تنفيذ العقد<sup>(5)</sup>.

(1) فتحي بن جديد، التزامات المتعاقدين في عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه جامعة الجبالي اليايس، الجزائر، 2014/2013، ص230.

(2) أشارت له خلوي نصيرة، مرجع سابق، ص58 : 40106 N° IV. 1973. J.C.P. 31 janvier 1973, Cass. Civ. Ire.

(3) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص283.

(4) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص205.

(5) Olivier d'Auzon, le droit commerce électronique, édition du puits fleuri, 2004, p144,145.

## 2- الالتزام بالإعلام الإلكتروني التزام غير عقدي

يذهب اتجاه ثان إلى اعتبار الالتزام بالإعلام التزام غير عقدي والإخلال به يترتب عنه قيام المسؤولية التقصيرية، فهو يمثل التزام ذو طبيعة مستقلة عن العقد<sup>(1)</sup>، فتقوم المسؤولية استناداً لحكم القانون وليس على أساس التصرف الباطل، فتتوجب المسؤولية في هذه الحالة التعويض كأثر ناتج عن العقد الباطل بوصفه واقعة مادية، وليس اعتباره عقداً، ومنه وجوب إثبات جميع أركان المسؤولية التقصيرية<sup>(2)</sup>.

يفصل اتجاه آخر بين الطبيعة العقدية وغير العقدية للالتزام بالإعلام، حيث الهدف الذي يرمي إلى تحقيقه الالتزام بالإعلام قبل التعاقد والالتزام بالإعلام التعاقدية واحداً يتمثل في تبصير الطرف المتعاقد بخصوص المسائل الجوهرية للعقد، غير أنه ثمة مظاهر وأوجه اختلاف بينهما من حيث الأساس والمصدر، وبذلك يختلف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عن الالتزام التعاقدية بالإعلام في الأساس الذي يجد كل منهما منه وجوده ونشأته.

فالالتزام بالإعلام قبل التعاقد يجد أساسه بعيداً عن العقد الذي يبرم من بعده، ويجد أساسه ومصدره في المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية قبل التعاقدية بوجه عام، وهذا بخلاف الالتزام التعاقدية بالإعلام الذي يجد مصدره في العقد بإعلام الطرف الآخر بالمعلومات الهامة والجوهرية أثناء تنفيذ العقد كما تختلف الالتزامات من حيث وقت النشأة، فينشئ الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وينفذ في المرحلة السابقة على العقد أي قبل تكوين العقد وإبرامه.

أما الالتزام بالإعلام التعاقدية فينشئ وينفذ في مرحلة لاحقة لمرحلة إبرام العقد، ويترتب على ذلك أنه متى كانت للالتزام بالإعلام قبل التعاقد الصفة قبل التعاقدية فيعد بذلك التزاماً قانونياً له طبيعة قانونية غير عقدية، يستمد أساسه من المبادئ العامة للقانون، في حين أن الالتزام التعاقدية بالإعلام له صفة تعاقدية يجد أساسه ومصدره من العقد، كما يترتب على ذلك اختلاف المسؤولية الناشئة عنهما<sup>(3)</sup>.

ويمكن القول بأن الاتجاه الثالث أقرب للصواب، فلا يمكن الجزم بالطبيعة العقدية للالتزام بالإعلام على الإطلاق أو بالطبيعة غير العقدية له، إذ يمكن الاستناد على ما جاء به ق.

(1) عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 205 206.

(2) موفق حماد عبده، مرجع سابق، ص 123.

(3) خالد جمال احمد، الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 103.

ت. إ. ج. في المواد 11، 12، 13 و14، حيث تتناول ضرورة الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة للتعاقد، أي قبل نشوء العقد أصلاً، وأخرى تلزم على هذا الالتزام أثناء التعاقد.

### 3-الالتزام بالإعلام التزم ببذل عناية

اختلف الفقه في تحديد طبيعة الالتزام بالإعلام، فيرى البعض أنه التزم ببذل عناية، فقيام البائع (المورد الإلكتروني) بإعلام المشتري (المستهلك الإلكتروني) بمعلومات وبيانات ومخاطر الشيء المباع هدفه الحفاظ على سلامة المستهلك من الخطورة الموجودة في الشيء المباع، يتطلب شروط الالتزام ببذل عناية التي تتمثل في كون النتيجة المطلوبة من الالتزام احتمالية وليست مؤكدة الوقوع، وأن يكون للدائن دور في تحقيق النتيجة أو منعها ذلك لأن المورد أو المنتج يهدفان من وراء التحذير المكتوب على السلعة أو المرفق بها أو الذي يتم الإدلاء به شفاهية إلى تجنب المستهلك لخطورتها، لكنهما لا يضمنان تحقيق هذه النتيجة<sup>(1)</sup>.

ومن حجج أنصار هذا الرأي أن المدين (المورد الإلكتروني) يملك فقط حق تقديم المعلومات والبيانات بصدق، وأيضاً نصح وتوجيه وتحذير، فهو لا يستطيع إجبار المستهلك على اتباع هذه النصائح والتوجيهات والتحذيرات، ففهم المعلومات وتحليلها والأخذ بالنصيحة والعمل بالتحذيرات، أمر لا قدرة للمورد الإلكتروني عليه، فهو متروك لمحض اختيار المستهلك، ففي رأيهم درجة العناية المطلوبة هي عناية الرجل العادي، فبذلك الالتزام بالإعلام كأصل عام يعتبر التزم ببذل عناية<sup>(2)</sup>.

### 4-الالتزام بالإعلام التزم بتحقيق نتيجة

يرى جانب آخر من الفقه أن الالتزام بالإعلام هو التزم بتحقيق نتيجة، نظراً لكون ذلك يخفف عبئ إثبات المسؤولية عن المستهلك، فهو طرف ضعيف في مواجهة طرف قوي يملك النفوذ الاقتصادي، وتبعاً لاعتباره التزم بتحقيق نتيجة، فليس على المستهلك إلا إثبات عدم التنفيذ من جانب المدين فقط، لكي تستقر مسؤوليته، فلا يستطيع التخلص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي أو إثبات خطأ الغير<sup>(3)</sup>.

(1) حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المباع، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص164.

(2) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص286.

(3) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص287.

بالنسبة للآراء السابقة يرجح الباحث الرأي الثاني القائل بأن الالتزام بالإعلام هو التزام بتحقيق نتيجة فالهدف من إقرار الالتزام بالإعلام هو تنوير بصيرة المستهلك وحمايته عند اقتناء السلع، فاعتبار الالتزام بالإعلام التزام ببذل عناية يخفف من مسؤولية المورد الإلكتروني ويزيد من صعوبة الإثبات بالنسبة للمستهلك كما قد يهضم حقه في التعويض بينما على النقيض في ذلك فاعتبار الالتزام بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة، يخفف من عبئ الإثبات، ويضمن حقوق المستهلك الإلكتروني.

### الفرع الثاني: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام

اختلفت آراء الفقهاء باختلاف الأسس القانونية التي يمكن أن يقوم عليها الالتزام بالإعلام، ويذهب أغلبهم إلى كون التشريع هو أساس الالتزام بالإعلام، كما أن هناك من يساند رأي أن الالتزام بالإعلام يستمد أساسه من نظرية العيوب الخفية، أو أن أساسه هو مبدأ حسن النية في التعاقد، وعليه سنقوم بدراسة التشريع كأساس للالتزام بالإعلام (أولاً)، ثم التطرق إلى الالتزام بالضمان (ثانياً) ومبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالإعلام (ثالثاً).

### أولاً: التشريع كأساس للالتزام بالإعلام الإلكتروني

يستند الفقه في اعتبار التشريع أساساً للالتزام بالإعلام الإلكتروني، إلى النصوص القانونية التي تلزم البائع مورد السلعة أو الخدمة بإعلام المستهلك بمواصفات وخصائص وطبيعة السلع أو الخدمات سواء كان ذلك صريحاً أو ضمناً، ولعل من أبرز النصوص العامة التي تلزم البائع بإعلام المشتري المادة 352 ق. م. ج. (1) والتي تعتبر أساساً للالتزام بإعلام المشتري بالأوصاف الأساسية للمبيع وكذا التعريف به، أما بالنسبة للنصوص الخاصة فقد جسد المشرع الجزائري الالتزام بالإعلام بموجب القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في نص المادة 17 السالفة الذكر، وكذا المرسوم التنفيذي 13-378 (2) الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.

أوروبياً، نجد التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 بشأن حماية المستهلك في العقود عن بعد، قد ألزام الموردين في المادة 4 منه بإعلام المستهلكين بجميع

(1) 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".

(2) المرسوم التنفيذي رقم 13/378 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، مرجع سبق ذكره.

الأوصاف الأساسية للسلع والخدمات، وبعض المعلومات الخاصة بالعقد<sup>(1)</sup>، كما نص التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الصادر في 08 جوان 2000، والمتعلق ببعض الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في المادة 10 منه، على ضرورة إقرار حماية المستهلك بتزويده بمعلومات واضحة قبل التعاقد، وتبيان مختلف المراحل التقنية اللازمة للتعاقد<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: الالتزام بالضمان كأساس للالتزام بالإعلام الإلكتروني

يذهب جانب من الفقه<sup>(3)</sup>، إلى أن أساس الالتزام بالإعلام هو الالتزام بالضمان، حيث يرى أنصار هذا الرأي أن الالتزام بالإعلام مجرد جزء من الالتزام بالضمان، فهذا الأخير لا يتوقف بتسليم الشيء خالياً من العيوب، إنما يمتد ليشمل كافة الالتزامات التي من شأنها تنفيذ العقد بطريقة صحيحة ومما لا شك فيه أن الالتزام بالإعلام هو من أهم هذه الالتزامات<sup>(4)</sup>.

لقد تعرض هذا الرأي إلى الانتقاد باعتبار الالتزام بالإعلام يختلف عن الالتزام بالضمان سواء من حيث المصدر أو من حيث النطاق، أو من حيث الطبيعة، فمن حيث المصدر تناول المشرع الجزائري الالتزام بالضمان في المواد من 371 إلى 378 ق. م. ج.، بالنسبة لضمان التعرض والاستحقاق، وبالنسبة لضمان العيوب الخفية في المواد 379 إلى 386 ق. م. ج. أما من حيث النطاق، فالالتزام بالإعلام أكثر شمولية واتساع من الالتزام بالضمان لأنه يفترض على البائع ولو كان المبيع خالياً من العيوب، وهذا ما يؤكد استقلالية كل التزام عن الآخر<sup>(5)</sup>، ومن حيث الطبيعة فالالتزام بالضمان يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، بينما الالتزام بالإعلام فقد رجح الفقه أنه التزام ببذل عناية<sup>(6)</sup>.

(1) L'article 04 du Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matières de contrats à distance, JOCE N L144 du 4JUN 1997, dispose que: « En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes ; a) identité du fournisseur et, dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé, son adresse; b) caractéristique essentielle du bien ou du service; c) prix du bien ou du service, toutes taxes comprises; d) frais de livraison, le cas échéant; e) modalités de paiement, de livraison ou d'exécution; f) existence d'un droit de rétractation, sauf dans les cas visés à l'article 6 paragraphe 3; g) coût de l'utilisation de la technique de communication à distance; h) durée de validité de l'offre ou du prix; i) le cas échéant, durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service ».

(2) Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE n L 178 du 17 juillet 2000.

(3) فتحي بن جديد، مرجع سابق، ص 241.

(4) أشرف مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، في ظل أحكام القانون المدني والفقه الإسلامي، منشأة لمعارف الإسكندرية، 2009، ص 128.

(5) عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 168.

(6) فتحي بن جديد، مرجع سابق، ص 242.

### ثالثاً: مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالإعلام الإلكتروني

يرى أنصار هذا الرأي أن مبدأ حسن النية هو أساس الالتزام بالإعلام، وهذا لما يقرره مبدأ حسن النية من التزامات على كلا من المتعاقدين بغية توفير الأمانة والثقة بينهما ومن أبرز هذه الالتزامات التزام البائع بتبصير المشتري (المستهلك) بجميع المعلومات والبيانات والمواصفات الضرورية عن البيع، فكتمان البائع للمعلومات التي تتعلق بالمبيع يتنافى مع مبدأ حسن النية الذي نص عليه المشرع في المادة 107 ق. م. ج.<sup>(1)</sup>.

وتقابل هذه المادة في القانون الفرنسي، المادة 1104 ق. م. ف.<sup>(2)</sup>، التي تؤكد على توفر حسن النية عند التفاوض على العقد وإبرامه وتنفيذه، واعتبرها من النظام العام، وقد ربط الاجتهاد القضائي الفرنسي الالتزام بالإعلام مع نص المادة السالفة الذكر.

حيث يعتبر جانب من الفقه أن الالتزام بالإعلام هو تطبيق من تطبيقات مبدأ حسن النية في العقود، فيتمثل أساس الالتزام بالإعلام في قيامه على فكرة مبدأ حسن النية في التفاوض والتعاقد بشكل عام، فهو يفرض منذ بداية المفاوضات اتخاذ موقف ايجابي في جانب المفاوضات اتجاه الطرف الآخر، وذلك بالإدلاء بالمعلومات التي تتعلق بالعقد المراد إبرامه مما يجعل مبدأ حسن النية أساساً للالتزام بالإعلام منذ بداية المفاوضات إلى غاية تنفيذ العقد.<sup>(3)</sup>

رغم دور الأسس السابقة الذكر في إبراز الالتزام بالإعلام، إلا أنه يبقى الأساس التشريعي يلعب دوراً أكبر في تقرير الحماية للمستهلك، كما تجدر الإشارة إلى أن للاجتهاد القضائي أهمية بالغة في ظهور الالتزام بالإعلام وتطوره، حيث يرجع فضل ذلك إلى محكمة النقض الفرنسية التي أبرزت دور هذا الالتزام وطورت مضمونه<sup>(4)</sup>.

(1) جاء في الفقرة الأولى من المادة 107 ق. م. ج: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما استمل عليه وبحسن نية"

(2) L'ARTICLE 1104 du code civil français Ordonnance N° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, [JORF N°0035 du 11 février 2016](#) dispose que : les contacts doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

(3) عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، 2006، ص08، أبو الخير عبد الوئيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص90، تناوله: فتحي بن جديد، مرجع سابق، ص242.

(4) « ...la jurisprudence joue un rôle primordial dans le domaine d'obligation d'information dans les contrats informatiques. En droit français, la naissance de l'obligation d'information et son développement sont dus à plusieurs arrêts prononcés par la Cour de cassation française dans cette matière, Le renforcement de l'intensité et du contenu de l'obligation d'information dans les contrats informatique a résulté des d décision de la jurisprudence. Cela se justifie par la nature complexe et technique de la matière » **ALKHASAWNEH Ala'eldin**, L'obligation d'information dans les contrats informatiques, étude comparative du droit français et droit jordanien, thèse de doctorat en droit, UNIVERSITE DE REIMS Champagne Ardenne, 2008, p.13.



## المطلب الثاني: التنظيم القانوني للالتزام بالإعلام الإلكتروني

يتمثل محل أو مضمون الالتزام بالإعلام الإلكتروني في مجموعة البيانات والمعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة المعروضة للبيع، والتي يلزم القانون المورد الإلكتروني بالإدلاء بها للمستهلك الإلكتروني، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية.

ويلاحظ أن المشرع قد أكد على الالتزام بالإعلام الإلكتروني من خلال البيانات الواجب تقديمها للمستهلك الإلكتروني في المرحلة التي تسبق التعاقد أو تلك التي ألزم المورد بأن يذكرها في العقد الإلكتروني، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع اشترط أن تكون هذه البيانات واضحة ومفهومة، من ذلك سوف نقوم بدراسة كل من نطاق الالتزام بالإعلام الإلكتروني بالإضافة لتحديد محتواه، عطفًا على تناول الجزء المترتب عن الإخلال بهذا الالتزام.

### الفرع الأول: نطاق الالتزام بالإعلام الإلكتروني ومضمونه

يتمثل مضمون الالتزام بالإعلام الإلكتروني في المعلومات والبيانات الواجب ذكرها لتوفير المستهلك الإلكتروني سواء في المرحلة السابقة للتعاقد أو أثناء التعاقد، لكن قبل التطرق إلى محتوى المعلومات نبين نطاق هذا الالتزام من الناحية الموضوعية والشخصية والزمانية وعليه سنتطرق إلى نطاق الالتزام بالإعلام الإلكتروني (أولاً)، وكذا مضمون هذا الالتزام (ثانياً).

#### أولاً: نطاق الالتزام بالإعلام الإلكتروني

يتحدد نطاق الالتزام بالإعلام الإلكتروني في ثلاثة جوانب أساسية تتعلق بتحديد النطاق الشخصي من خلال تحديد أطرافه، ونطاقه الموضوعي من خلال تحديد ما يجب أن يشتمله محتواه، بالإضافة للنطاق الزمني الذي يحدد وقت تنفيذ هذا الالتزام.

#### 1- النطاق الشخصي للالتزام بالإعلام الإلكتروني

يشمل النطاق الشخصي للالتزام بالإعلام الإلكتروني تحديد أطرافه بتبيان المدين بهذا الالتزام والطرف الآخر الدائن به.

#### أ- المدين بالالتزام بالإعلام الإلكتروني

الأصل في الالتزام بالإعلام أنه يقع على عاتق البائع بغض النظر إن كان متخصصاً في المجال أم لا، حيث أن المدين بالالتزام بالإعلام هو المورد الإلكتروني، سواء كان منتجا

أو تاجرا إلكترونيا أو مستوردا أو مقدم خدمات<sup>(1)</sup>، فبالتالي يندرج تحت مصطلح المورد الإلكتروني جميع الفئات المذكورة، لذلك سنحاول تبيان نطاق الالتزام بالإعلام كل على حدى:

#### - المنتج:

يقصد بمصطلح المنتج "صانع السلعة الذي أعدها في هيئتها النهائية التي عرضت بها في التداول سواء كانت جميع الأجزاء التي تتركب منها السلعة من صنعه أم استعان بإجراء من صنع الغير، ولا ينصرف اللفظ إلى تابعي المنتج".

ويرى الفقه أن التزام المنتج بالإعلام يقتصر على السلع الخطرة والتي تتسم بالحدائثة فيإمكان المستهلك المتضرر الرجوع بدعوى مباشرة على المنتج، فالالتزام بالإعلام يقع على عاتق المنتج الذي يطرح سلعة على الجمهور، وتزداد أهمية الالتزام بالإعلام عندما يكون بصدد سلع خطيرة أو معقدة أو حديثة، لا يمكن للمستهلك العلم بخصائصها ومكوناتها<sup>(2)</sup>.

#### - التاجر الإلكتروني

يعتبر التاجر الإلكتروني وسيط بين المنتج والمستهلك، فهو من يقتصر دوره في شراء السلعة من المنتج وبيعها مباشرة للمستهلك، ويقع عليه الالتزام بالإعلام باعتباره طرفا قويا من الناحية الاقتصادية، فيكون ملزم بإعلام المستهلك حول كل ما يتعلق بماهية السلعة وشروط البيع والثمن وغيرها من الأمور ذات الصلة، ويفرق الفقهاء بين ما إذا كان هذا التاجر متخصصا أم غير متخصص<sup>(3)</sup>.

فالتاجر المتخصص هو الذي يمارس نشاط معين وبيع سلع واحدة دون سواها، فننظر لتخصصه في مجاله فهو يحوز على معلومات كافية عن سلعه من خصائص وكيفيات الاستعمال ومخاطرها، أما التاجر غير المتخصص فهو من يبيع سلع مختلفة ومتعددة الأنواع والاستخدامات فيقتصر التزامه بالإعلام في توفير الكتيبات والنشرات التي يرفقها المنتج، دون التزامه بتبيان مخاطر لا يعلمها، وهذا راجع إلى عدم إلمامه ببيانات كل السلع التي يقوم ببيعها<sup>(4)</sup>.

(1) أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، الالتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 180.

(2) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 288-289.

(3) كوثر سعيد عدنان خالد، نفس المرجع، ص 290.

(4) أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، مرجع سابق، ص 182-183.

- المستورد:

يدل مصطلح المستورد على الذي يقتني سلعا نصف مصنعة أو تامة الصنع من الخارج ليقوم بإعادة بيعها للمستهلكين بعد إتمام تصنيعها أو كما هي، فهو ملزم بإعلام المستهلك حول ماهية السلعة وشروط التعاقد والتسليم والدفع وجميع البيانات المتعلقة بالتعاقد.

ويفرق الفقه في نطاق التزامه بالإعلام ففي حالة إكمال تصنيع السلعة يعتبر منتجا ويتعين عليه الالتزام بالإعلام عن الصفات الخطرة في السلعة وكيفية استعمالها والوقاية منها، وفي حالة إعادة بيعه للسلعة كما استوردها فهو ملزم بتوفير النشرات والكتيبات المرفقة للسلعة ويقوم بترجمتها إلى لغة المستهلك إذا كانت بغير لغة الدولة التي يمارس نشاطه فيها<sup>(1)</sup>.

- مقدم الخدمات:

يذهب جانب من التجار إلى ممارسة نشاط تقديم الخدمات فيعلنون عنها عبر شبكة الانترنت بغرض جذب الجمهور، فهم بذلك لا يختلفون عن التجار الذين يبيعون السلع الكترونيا فبناءً على ذلك هم ملزمون بإعلام المستهلك عن الخدمة المعروضة من خلال تبيان خصائصها وكيفية أدائها وميعاد تنفيذها والمقابل المادي لها، حتى يكون إقبال المستهلك عليها برضاء مستنير.

ب- الدائن بالالتزام بالإعلام

يعتبر المستهلك الإلكتروني الدائن بالالتزام بالإعلام وهذا لكونه شخص بسيط وطرف ضعيف فهو الذي يفترض فيه عدم الدراية والعلم بمواصفات السلعة أو الخدمة، ولا يمتلك المعلومات الهامة والضرورية للتعاقد، يختلف نطاق الالتزام بالإعلام إذا كان الدائن (المستهلك الإلكتروني) متخصصا في نفس المجال فهذا يضيق من نطاق المدين في التزامه بالإعلام ومنه تخفيف المسؤولية أو الإعفاء منها.

ويرى جانب من الفقه أن تخصص المستهلك الإلكتروني يعفي المورد من الإفضاء بالصفة الخطرة في المنتج ويستندون في ذلك إلى أن تخصص المستهلك يجعله يستفسر عن ما يجله من بيانات<sup>(2)</sup>.

(1) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 291، 292.

(2) كوثر سعيد عدنان خالد، نفس المرجع، ص 294.

## 2-النطاق الموضوعي للالتزام بالإعلام الإلكتروني

إن غاية الالتزام بالإعلام الإلكتروني هو تنوير بصيرة المستهلك الإلكتروني الذي يسعى للتعاقد دون أن يكون له أي معلومات بخصوص السلعة أو الخدمة التي يقبل عليها، وهذا الأمر من شأنه إرهاب المدين بالالتزام بالإعلام بحيث يصعب عليه تقديم جميع البيانات والمعلومات الهامة منها والبسيطة إلى المستهلك الإلكتروني، وقد تكون بعض المعلومات تتسم بالبساطة بحيث يستوي للمستهلك أن يعلمها أو لا، ولهذا يلتزم المورد الإلكتروني بتقديم ما هو جوهري من بيانات ومعلومات متعلقة بالتعاقد<sup>(1)</sup>.

يشمل النطاق الموضوعي للالتزام بالإعلام الإلكتروني المعلومات الجوهرية المقدمة للمستهلك الإلكتروني بغرض تنويره بها مستوفية لمجموعة من الشروط تتمثل في الآتي:

### أ- أن تكون المعلومات المقدمة صحيحة ودقيقة

حيث يجب على المورد الإلكتروني أثناء تقديمه للمعلومات أن يتحرى الدقة والمصادقية دون أن يقصر في ذلك أو يمد المستهلك الإلكتروني بمعلومات ناقصة، ويكمن الهدف من ذلك ترك الفرصة للمستهلك الإلكتروني لاتخاذ قراره بشأن التعاقد من عدمه، فينبغي على المدين بالالتزام التركيز على تقديم جميع البيانات والمعلومات الجوهرية ولا يكتفي بذكر فقط المعلومات الثانوية التي لا تفيد المستهلك أو تكون لا فائدة ولا قيمة لها بالنسبة للمستهلك<sup>(2)</sup>.

### ب- أن تكون المعلومات المقدمة مفهومة وواضحة

لأن المستهلك الإلكتروني لا يمكنه الاستفادة من المعلومات والبيانات المقدمة له ما لم تكن واضحة ومفهومة وبسيطة، لذا يجب على المورد الإلكتروني أثناء القيام بالإعلام أن يتجنب العبارات والمفردات التي تنطوي على التعقيد، فيجب على المورد المختص في مجال

(1) يقصد بالبيانات الجوهرية تلك المعلومات التي يكون لها القدرة على التأثير بالنسبة لإبرام العقد أو تنفيذه أو بالنسبة لاستعمال السلعة أو الخدمة محل التعاقد، وتكون المعلومات جوهرية بالنسبة للمستهلك الإلكتروني متى كان لها التأثير في اتخاذ لقرار التعاقد بإرادة حرة ومستتيرة، وتكون كذلك أيضا متى منعت المستهلك من الوقوع في غلط أو تكون تحول دون انخداعه بالتدليس، أو تفاجئه بوجود عيب في الشيء أو بالنسبة لمدى التزاماته بناء على معلومات غير صحيحة، لهذا يجب أن يكون قبول التعاقد ينبع من إرادة واعية وحررة بناء على علم المستهلك بالبيانات والمعلومات الجوهرية التي دفعته للتعاقد، انظر في ذلك: كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، ط2، تقديم: سميحة القلوبوي، 2016، مصر، ص303.

(2) بن عديدة نبيل، الالتزام بالإعلام وتوابعه في مجال الاستهلاك، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران 02، 2018/2017 ص353.

معين مثل الطب أو الهندسة أو الصناعة ألا يمد المستهلك ببيانات فنية معقدة لا يمكنه فهمها أو الاستفادة منها عند اتخاذ قراره بالتعاقد<sup>(1)</sup>.

### 3- النطاق الزمني للالتزام بالإعلام الإلكتروني

يعد الالتزام بالإعلام التزاما سابقا لإبرام العقد، يهدف إلى تنوير إرادة المستهلك الإلكتروني وهذا من خلال تبصيره بالمعلومات والبيانات والخصائص المتعلقة بالسلعة قبل اقتنائها، وهذا بهدف توفير حماية وقائية سابقة للتعاقد، فلا جدوى من تنفيذه بعد إبرام العقد.

ينفذ الالتزام بالإعلام في وقت سابق للتعاقد أي خلال مرحلة المفاوضات، لكن يجب أن تكون هذه الأخيرة في فترة وجيزة حتى لا يطرأ أي تغيير على العناصر الأساسية والجوهرية للعقد<sup>(2)</sup>، وهذا ما أكدته المادة 10 من قانون التجارة الإلكترونية: "يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبقة بعرض تجاري إلكتروني..."<sup>(3)</sup>.

كما أكدت المادة 111-2<sup>(4)</sup> من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل، بأنه يجب أن يتضمن العرض المعلومات الخاصة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد في وقت أقصاه عند القيام بالعرض، أي قبل إبرام العقد، وخصوصا المعلومات الجوهرية للسلعة أو الخدمة التي تتعلق بتحديد هويتها وسعرها ومختلف الشروط التعاقدية، ومنه يجب على المهني أن يقدم المعلومات قبل أن يختار المستهلك الإلكتروني السلعة المعروضة، وهذا من أجل منحه المدة الكافية للتفكير بين وصول المعلومات واتخاذ القرار بالتعاقد<sup>(5)</sup>.

(1) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص 242.

(2) أكسوم عيلا م رشيدة، مرجع سابق، ص 360.

(3) تنص المادة 10 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه: "يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني"

(4) L'article 111-2 du C. Consom. dispose que: « Outre les mentions prévues à l'article [L. 111-1](#), tout professionnel, avant la conclusion d'un contrat de fourniture de services et, lorsqu'il n'y a pas de contrat écrit, avant l'exécution de la prestation de services, met à la disposition du consommateur ou lui communique, de manière lisible et compréhensible, les informations complémentaires relatives à ses coordonnées, à son activité de prestation de services et aux autres conditions contractuelles, dont la liste et le contenu sont fixés par décret en Conseil d'Etat.

Les informations complémentaires qui ne sont communiquées qu'à la demande du consommateur sont également précisées par décret en Conseil d'Etat. ».

(5) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص 244.

## ثانياً: مضمون الالتزام بالإعلام الإلكتروني

يمكن تقسيم محل الالتزام بالإعلام الإلكتروني في هذه المرحلة إلى ثلاث أمور أساسية أولها تحديد هوية المورد الإلكتروني، ثم سعر ووصف السلعة أو الخدمة محل التعاقد.

### 1- تحديد هوية المورد الإلكتروني

جاء في المادة 11 من ق. ت. إ. ج. إلزام المورد الإلكتروني بضرورة إعلام المستهلك الإلكتروني بالعناوين المادية والإلكترونية لشخصه، ورقم هاتفه، وكذا أرقام كل من التعريف الجبائي والسجل التجاري وأيضا رقم البطاقة المهنية للحرفي<sup>(1)</sup>.

تناول أيضا في هذا الصدد التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 حول التجارة الإلكترونية، حيث ألزم موردي الخدمات عن بعد ضمان وصول المعلومات الأساسية بشكل سهل ومباشر كالاسم الكامل لمورد السلعة أو الخدمة والعنوان الشخصي وعنوان البريد الإلكتروني ورقم السجل التجاري الخاص به وأيضا رقم القيمة المضافة... الخ<sup>(2)</sup>.

كما جاء في القانون الفرنسي<sup>(3)</sup> على إلزامية الإعلام بالهوية الكاملة، من خلال ذكر جميع المعلومات المتعلقة بالمحترف، وقد ألزم هذا الأخير بذكر جميع المعلومات المتعلقة بهويته وكذا معلوماته البريدية وأرقام الهواتف والعناوين الإلكترونية وتحديد نوع نشاطاته، وقد ظهر في فرنسا بعض المواقع الإلكترونية مختصة في تسهيل التعامل بين المستهلك والبائع من خلال وضع قائمة للموردين الإلكترونيين التي تحتوي على معلومات الهوية وحتى أنواع النشاطات المقدمة من طرفهم<sup>(4)</sup>.

(1) أنظر البيانات المنصوص عليها على سبيل المثال الواردة في المادة 11 من ق. ت. إ. ج. 18-05 السابقة الذكر.

(2) L'article 05 du **Directive 2000/31/CE** dispose que : « Informations générales à fournir :

1- Outre les autres exigences en matière d'information prévues par le droit communautaire, les États membres veillent à ce que le prestataire rende possible un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins aux informations suivantes : a) le nom du prestataire de services ; b) l'adresse géographique à laquelle le prestataire de services est établi ; c) les coordonnées du prestataire, y compris son adresse de courrier électronique, permettant d'entrer en contact rapidement et de communiquer directement et efficacement avec lui; d) dans le cas où le prestataire est inscrit dans un registre de commerce ou dans un autre registre public similaire, le registre de commerce dans lequel il est inscrit et son numéro d'immatriculation, ou des moyens équivalents d'identification figurant dans ce registre.... »

(3) Art 111-1 du C. Consom, précitée : « ...4-les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques, et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte... »

(4) **Jean-Denis Pellier**, les droits du consommateur, éditions ITCIS, 1er édit, 2019, paris, France, p19.

هذا وأضاف القانون الفرنسي رقم 2004/575 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي في المادة 19 منه<sup>(1)</sup>، على إلزامية هوية البائع في إطار ممارسة التجارة الإلكترونية، وهذا بذكر الاسم واللقب وطبيعته إذا ما كان شخصا معنويا أو طبيعيا، والبريد الإلكتروني، وغيرها من الأمور المحددة للهوية.

وما يلاحظ على المواد السابقة الذكر أن مختلف التشريعات قد نصت على تحديد هوية الموردين الإلكترونيين من خلال ضرورة تبيان أسمائهم وعناوينهم وكيفية الاتصال بهم وأرقام القيد في السجل التجاري، وهذا ما يضفي حماية للمستهلك الإلكتروني، من خلال معرفته التامة بشخصية المورد الإلكتروني المقبل على التعاقد معه.

## 2- وصف السلعة أو الخدمة محل التعاقد

يلزم المشرع الجزائري المورد الإلكتروني بإعلام المستهلك بطبيعة وخصائص السلع والخدمات ومدى توافرها قبل إبرام العقد، فالمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية يبادر لاقتناء سلع أو طلب خدمات لا يراها حقيقة إلى عبر وسائط إلكترونية وهذا ما يمنعه من التأكد من فحصها أو التأكد من مدى مطابقتها لخصائصها لرغباته.

ومنه يمكن الإضرار به إذا ما تلقى سلعة أو خدمة لا تلبي حاجياته وبناءا على ذلك فرضت مختلف التشريعات على الموردين الإلكترونيين إعلام المستهلك بكيفية دقيقة ومفصلة عن السلعة أو الخدمة<sup>(2)</sup>.

وهذا ما أكدته المادة 11 من ق. ت. إ. ج. السالفة الذكر، حيث ألزمت المورد الإلكتروني بإعلام المستهلك الإلكتروني بطبيعة وخصائص السلع أو الخدمات التي يقترحها مع بيان حالة توفر هذه السلعة أو الخدمة<sup>(3)</sup>.

(1) L'article 19 du Loi N 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) J.O N° 143 du 22 juin 2004, dispose que: « Sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur ; toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 est tenue d'assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, directe et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivant: 1 S'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénoms et, s'il s'agit d'une personne morale ; sa raison sociale. 2 l'adresse ou elle est établie, son adresse de courrier électronique, ainsi que son numéro de téléphone 3 S'elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social » Loi N 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

(2) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص 229.

(3) أنظر: المادة 11 ق. ت. إ. ج.

وتناول أيضا المشرع الفرنسي هذا الأمر بموجب المادة 1-111L، من قانون الاستهلاك والتي قام فيها بإلزام المورد للسلعة أو الخدمة بإعلام المستهلك بالوصف الدقيق وتحديد النوع والطبيعة وصفات السلعة أو الخدمة قبل التعاقد<sup>(1)</sup>.

### 3- إعلام المستهلك الإلكتروني بالثمن وشروط البيع

من أهم الأمور التي تدفع المستهلك الإلكتروني إلى التعاقد، سعر السلع أو الخدمة وهذا راجع إلى التخفيضات المقترحة من طرف الموردين عبر شبكة الانترنت، فالمستهلك دائما ما يبحث عن حاجاته عند من يوفرها له بأقل تكلفة<sup>(2)</sup>، وقد أكد المشرع الجزائري على وجوب إعلام المستهلك الإلكتروني بأسعار السلع أو الخدمات، كما أوجب على المورد الإلكتروني بيان طريقة حساب السعر عندما لا يمكن تحديده مسبقا، إضافة إلى وجوب إعلام المستهلك الإلكتروني بتكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس مخالف للتعريفات المعمول بها<sup>(3)</sup>.

ما يلاحظ من نص المادة أن المشرع يرمي إلى وجوب الدقة والوضوح في تحديد سعر السلع، وأيضا إعلام المستهلك بالسعر الشامل للسلع أو الخدمات التي يقبل عليها، وهذا ما يضمن أكثر حماية للمستهلك الإلكتروني، ذلك أنه في كثير من التعاملات التجارية عبر شبكة الانترنت نجد بأن البائع يذكر ثمن للسلعة تجعل المستهلك يقبل على اقتنائها ليتضح له فيما بعد أن الثمن المذكور هو ثمن السلعة فقط، وأنه يجب عليه دفع ثمن التسليم أو الضرائب أو تكاليف التعاقد إلى غير ذلك<sup>(4)</sup>، وتجدر الإشارة إلى أن جميع البيانات الواردة في المادة 11 من ق. ت. إ. ج. هي بيانات تتعلق بالعرض التجاري الإلكتروني الذي يكون في المرحلة السابقة للتعاقد أو ما يعرف بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد.

وفي نفس السياق أكد المشرع بموجب المادة 12 من ذات القانون على وجوب تمكين المستهلك الإلكتروني من التعاقد بعلم ودراية تامة، كما يجب على المستهلك الإلكتروني قبل تكوين العقد القيام بالتأكد والتحقق من ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة، إضافة إلى

(1) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص 229-230.

(2) فتحي بن جديد، مرجع سابق، ص 249.

(3) راجع البيانات المنصوص عليها في المادة 11 من ق. ت. إ. ج.

(4) أما بالنسبة لشروط البيع فقط ورد في نفس المادة السالفة الذكر ضرورة إعلام المستهلك الإلكتروني بالشروط العامة للبيع إضافة إلى كفاءات ومصاريف وأجال التسليم



السعر الوجودي أو الإجمالي، والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل أو إلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة المتعلقة بالطلبية<sup>(1)</sup>.

يستقرأ من نصوص المواد السابقة أن المشرع الجزائري وبإقراره الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني سواء قبل التعاقد أو أثناء التعاقد ما هو إلا رغبة منه في إضفاء حماية أكبر لهذا الأخير والذي يعتبر ضعيفا في مواجهة المورد الإلكتروني فهو بحاجة إلى التبصير والمعرفة الدقيقة بمحل التعاقد، وهذا ما جاء به المشرع من خلال قانون التجارة الإلكترونية.

### الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام

لم يتناول سابقا المشرع الجزائري أي جزاء قانوني يترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام لذلك استأنس الفقه بعدة أنظمة قانونية أخرى، لكن وبصدور قانون التجارة الإلكترونية 18-05، فقد تناول المشرع جزاء خاص بالإخلال بالالتزام بالإعلام الإلكتروني، ويمكن تقسيم هذا الأخير إلى جزاء مدني يتمثل في إمكانية طلب إبطال العقد والتعويض (أولا) بالإضافة إلى إقرار جزاء جنائي يتمثل في فرض غرامة مالية ضد المورد الإلكتروني المخالف وتعليق النفاذ إلى منصات الدفع الإلكتروني (ثانيا).

### أولا: الجزاء المدني للإخلال بالالتزام بالإعلام الإلكتروني

جاء في نص المادة 14 من ق. ت. إ. ج. أنه: "في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني، يمكن للمستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به"<sup>(2)</sup>، وقد نصت المواد 10 و 13 السالفة الذكر على ضرورة إعلام المستهلك، حيث نجد أن المادة 10 قد ألزمت المورد الإلكتروني قبل القيام بأي معاملة إلكترونية، بضرورة القيام بعرض تجاري إلكتروني هدفه إعلام المستهلك الإلكتروني، أما المادة 13 فتناولت البيانات التي يجب أن يتضمنها العقد الإلكتروني.

(1) هذا وقد تناولت المادة 13 من ق. ت. إ. ج. البيانات الأساسية التي يجب أن يقدمها المورد الإلكتروني للمستهلك في العقد الإلكتروني، وقد جاء في نصها: "يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية: الخصائص التفصيلية للسلع أو الخدمات؛ الشروط وكيفيات التسليم؛ شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع؛ شروط فسخ العقد الإلكتروني؛ شروط وكيفيات الدفع؛ شروط وكيفيات إعادة المنتج؛ كيفية معالجة الشكاوى؛ الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الاقتضاء؛ الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع طبقا لأحكام المادة 2 أعلاه؛ مدة العقد حسب الحالة.

(2) أنظر: المادة 14 من ق. ت. إ. ج.

بقراءة نص المادة يتضح أن استعمال المشرع لمصطلح "...أن يطلب إبطال العقد..." فنرى أنه يقصد بذلك البطلان النسبي لا المطلق، ويعرف البطلان النسبي على أنه الجزء المترتب على تخلف شرط من شروط صحة العقد، ومثال ذلك عدم توفر الأهلية بإبرام العقد، أو تعرض الإرادة لعيب من عيوب الرضا، والتي تكمن في الغلط والتدليس، والإكراه والغبن والاستغلال<sup>(1)</sup>، وعليه فطلب إبطال العقد يستند إلى وجود عيب في الرضا والأغلب عنصري الغلط والتدليس<sup>(2)</sup>.

### 1- الاستناد على عيب الغلط

يمكن تأسيس طلب إبطال العقد إلى افتراض الغلط، فلهذا الأخير علاقة وطيدة بالالتزام بالإعلام، حيث أن علم المستهلك بالبيانات والمعلومات الجوهرية للعقد، لا يوقع المستهلك في الغلط متى كان العلم بمحل التعاقد كافياً، بالدراية بجميع الجوانب الجوهرية في العقد، وعكس ذلك صحيح، فامتناع المورد الإلكتروني أو المدين بالإعلام عن تنفيذ التزامه قد يؤدي بطبيعة الحال إلى وقوع المستهلك في الغلط وخاصة الجوهري منه<sup>(3)</sup>.

يشترط لطلب إبطال العقد لعيب الغلط أن يكون هذا الأخير جوهرياً<sup>(4)</sup>، ذلك أن جميع البيانات التي نصت عليها قوانين التجارة الإلكترونية، والتي تلزم الموردين الإلكترونيين تقديمها للمستهلك، تعد من قبيل البيانات الجوهرية، لما لها من دور في تنوير إرادة المستهلك، والتي يترتب عن تخلفها جهل المستهلك ووقوعه في عيب الغلط<sup>(5)</sup>.

ويرى بعض من الفقه<sup>(6)</sup>، أن الالتزام بالإعلام لا يعني بالضرورة البيانات الجوهرية فقط، بل يمتد إلى البيانات التفصيلية أو الثانوية التي يتطلبها التفاوض، وتحديدها يعتمد على معيار

(1) العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 604.

(2) قد يحدث وأن ينفذ المورد الإلكتروني التزامه بالإعلام بشكل يجعل من المستهلك الإلكتروني يقع في غلط وخصوصاً إذا تم استعمال عبارات تقنية وفنية معقدة يصعب على المستهلك الإلكتروني البسيط فهمها ويبرز ذلك كمثال فيما يصحب المنتجات الطبية والمنتجات المتعلقة بالمجال التقني كقطع الغيار الخاصة ببعض الأجهزة، كما أنه قد يستعمل المورد الإلكتروني أثناء الإعلام طرق ووسائل احتيالية من شأنها إيقاع المستهلك الإلكتروني في عيب التدليس.

(3) فتحي بن جديد، مرجع سابق، ص 261-262.

(4) المادة 82 ق. م. ج.: يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسام، بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

(5) أحمد عصام منصور، مرجع سابق، ص 131.

(6) أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2005، ص 67.

أهميتها في مرحلة التفاوض الإلكتروني، ومنه يمكن القول أن أي إخلال بالالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، قد يكون سببا في وقوع المتعاقد في الغلط مما يكسبه الحق في التمسك بالغلط وطلب إبطال العقد.

على الرغم من علاقة الالتزام بالإعلام وعيب الغلط، فالإخلال بهذا الالتزام لا يعني بالضرورة وجود عيب الغلط، ومن ثم فإن نظرية الغلط لا تكفي لضمان حماية المستهلك الإلكتروني، وهذا نظرا للتطور الموجود في سرعة إبرام العقود، وتعدد صور الإشهارات التجارية الإلكترونية، ومنه يصعب تأسيس الإخلال بالالتزام بالإعلام على عيب الغلط.

## 2- الاستناد على عيب التدليس

يعرف التدليس على أنه: "إيهام الشخص بغير الحقيقة، باللجوء إلى الحيلة والخداع لدفعه على التعاقد"<sup>(1)</sup>، ويعرف أيضا بأنه: طرق احتيالية يقوم باستعمالها متعاقد عند إبرام العقد ما يدفع بالمتعاقد الآخر توهم الشيء على غير حقيقته إلى إبرام العقد، فالتدليس بذلك وهم<sup>(2)</sup>.

ويتجلى التدليس في مجال الالتزام بالإعلام في صورتين، إحداها إيجابية تتمثل في تقديم بيانات ومعلومات خاطئة وغير حقيقية، بهدف تظليل المستهلك المقدم على التعاقد، كما يكون في صورة سلبية، وهي تتمثل في سكوت المدين بالالتزام بالإعلام عن الإدلاء بالبيانات الخاصة بالسلعة أو الخدمة، أو كتمان بعضها<sup>(3)</sup>، بينما يعتبر الكتمان والسكوت من طرف المورد الإلكتروني عن تقديم المعلومات الجوهرية تدليسا وهو ما يستخلص من استقراء المادة 86 ف 02 ق. م. ج. التي جاء في نصها: "يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"<sup>(4)</sup>.

وفي مجال التجارة الإلكترونية يعد كتمان أي معلومات أو بيانات عن المستهلك بمثابة إخلال لمبدأ حسن النية، والذي يتطلبه هذا النوع من التعاقد، فالمستهلك الإلكتروني لا يعلم إلا ما يقوم بتقديمه له المورد الإلكتروني عن السلع أو الخدمات محل التعاقد، ومن ثم يعتبر السكوت في هذه العقود وسيلة احتيالية.

(1) Remy Cabrillac, droit des obligations, 7<sup>ème</sup> Edition, Dalloz, paris, 2006, p47.

(2) عبد الرزاق دربال، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016 ص 24.

(3) أيوب يوسف سالم محمد العبيدي، مرجع سابق، 255.

(4) راجع: المادة 86 ف 02 ق. م. ج.

على الرغم من كون استعمال الطرق الاحتمالية سواء وفق صورة ايجابية أو سلبية، سببا في إبطال العقد، لكن لتنفيذ هذا الجزاء يشترط اقترانها بنية التظليل، وأن تكون دافعا للتعاقد، بحيث علم المستهلك بالحقيقة يجعله يتجنب إبرام العقد، أو إبرامه بشروط مختلفة<sup>(1)</sup> وهو أمر صعب الإثبات مما دعى إلى وجوب تدخل الالتزام بالإعلام قبل التعاقد لتسهيل هذا الإثبات، وحماية الطرف الضعيف وهو المستهلك الإلكتروني، فيكفي إثبات هذا الأخير شروط قيام هذا الالتزام، وعدم قيام المورد الإلكتروني بتنفيذه، على الرغم من حيازته للمعلومات الواجب الإدلاء بها، وأن كتمانها أثر على رضائه وعدم الاعتداد به بنية التظليل<sup>(2)</sup>.

### 3-التعويض كجزاء عن الإخلال بالالتزام بالإعلام الإلكتروني

بجانب الحق في إبطال العقد الإلكتروني يمكن للمستهلك طلب التعويض عن الضرر الذي يلحق به جراء إخلال المورد الإلكتروني بالالتزام بالإعلام، وهذا استنادا إلى المادة 14 من قانون التجارة الإلكترونية السالفة الذكر التي أوجبت تعويض المستهلك الإلكتروني المضرور من مخالفة قواعد الالتزام بالإعلام الإلكتروني، هذا وقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة المسؤولية التي توجب تعويض المستهلك عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، فذهب رأي إلى أنها عقدية، ورأي آخر إلى اعتبارها مسؤولية تقصيرية:

#### أ- الرأي الأول: التعويض على أساس المسؤولية العقدية

ذهب بعض الفقه<sup>(3)</sup> إلى اعتبار الإخلال بالالتزام بالإعلام خطأ عقدي<sup>(4)</sup> يوجب التعويض على أساس المسؤولية العقدية، ومن بين حججهم في ذلك ظهور نظرية الخطأ في تكوين العقد، فوفقا لهذه النظرية يعتبر الخطأ الذي يحدث أثناء إبرام العقد ويؤدي إلى عدم انعقاد العقد أو بطلانه، خطأ عقدي يرتب مسؤولية عقدية على عاتق المسؤول عنه.

(1) أحمد عصام منصور، مرجع سابق، ص 133.

(2) موفق حماد عبده، مرجع سابق، ص 137.

(3) نقلا عن فتحي بن جديد، مرجع سابق، ص 265.

(4) الخطأ العقدي: هو عدم تنفيذ المتعاقد للالتزام ناشئ عن العقد أو التأخر تنفيذه، لكن الأمر يختلف بين التزام المدين بتحقيق نتيجة أو إذا كان التزام ببذل عناية، فمتى كان التزامه بتحقيق نتيجة فإن الخطأ هنا يكون مفترض أي يكفي عدم التنفيذ أو التأخر فيه، أما إذا كان التزامه ببذل عناية فيجب على الدائن إثبات خطأ المدين في حالة عدم التنفيذ أو التأخر فيه، عبد الرزاق دربال. مرجع سابق، ص 71.

وهذا ما أقرته بعض الاجتهادات القضائية الفرنسية التي أخذت بهذه النظرية، فأكدت على طبيعة المسؤولية العقدية الناشئة من الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات، ففي قضية بتاريخ: 1957/12/18 تتمثل حيثياتها في قيام صانع ببيع بعض المستخلصات الكيميائية لمصنف الشعر دون الإخبار بالمعلومات المتعلقة بطبيعتها وأثارها، قضت محكمة باريس بخصوصها بأن مسؤولية الصانع اتجاه مصنف الشعر عما يلحق عملاءه من ضرر بسبب عدم الإدلاء بالبيانات المتعلقة بطبيعة هذه المواد وأثارها هي مسؤولية عقدية<sup>(1)</sup>.

#### ب - الرأي الثاني: التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية

استند الرأي الذي يوجب التعويض عن الإخلال بالالتزام بالإعلام على أساس المسؤولية التقصيرية إلى عدة حجج نذكر منها الآتي:

- الاعتراف بطبيعة المسؤولية التقصيرية ييسر للمستهلك الحصول على التعويض عن الضرر، فوجود الالتزام هو أحد سبل تسهيل إثبات الخطأ في جانب من تعاقد معه المستهلك، والضرر يلحق المستهلك حين يتعاقد دون علم كاف، فصفة المحترف أو التاجر الإلكتروني تفترض علمه بالمعلومات وبالتالي المستهلك معفى من إثبات الخطأ.
- كما استند أنصار هذا الرأي إلى مجموعة من أحكام القضاء الفرنسي، ومن ذلك ما قضت به محكمة استئناف باريس في القرار الصادر في 4 جويلية 1970 بقيام المسؤولية التقصيرية لصانع المنتجات الدوائية، نتيجة للأضرار التي ألحقت بمستعمل هذه المنتجات بسبب عدم إحاطته علما بمكان الخطورة في الدواء.
- حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في سنة 1977 بإلقاء المسؤولية على الشركة البائعة لآلة بسبب الإصابات التي لحقت بمستعملها لعدم وضوح النشرة الخاصة بالاستعمال.
- كما اعتبرت المحكمة الفرنسية أن كل إخلال من المنتج أو الموزع بأحد الالتزامات المتولدة عن عقد البيع بمثابة خطأ تقصيري يسمح للمضروب من الغير أن يستند إليه للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر<sup>(2)</sup>.

(1) نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، د. ط، مصر، ص309.

(2) أنظر في ذلك: عبوب زهيرة، مرجع سابق، ص ص133، 134.

## ثانياً: الجزاء الجزائي عن الإخلال بالالتزام بالإعلام في قانون التجارة الإلكترونية

يقر المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية 18-05 عقوبة ضد كل من يخالف الأحكام التي نصت عليها المادتين 11 و12 سالفتي الذكر، والتي جاء فيهما العناصر الأساسية التي يجب أن تكون في مضمون الالتزام بالإعلام.

وعليه أقر عقوبة الغرامة المالية ضد كل من يخالف ما تناولته، من خلال المادة 39 التي جاء في نصها: "يعاقب بغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج، كل مورد إلكتروني يخالف أحد الالتزامات المنصوص عليها في المادتين 11 و12 من هذا القانون، كما يجوز للجهة القضائية التي رفعت أمامها الدعوى أن تأمر بتعليق نفاذه إلى جميع منصات الدفع الإلكترونية، لمدة لا تتجاوز 6 أشهر"<sup>(1)</sup>.

يلاحظ من المادة أن المشرع الجزائري وفضلاً عن العقوبة بغرامة مالية ضد من يخالف مضمون الالتزام بالإعلام الإلكتروني، أنه قد أضاف عقوبة إضافية أخرى تتمثل في منع المورد الإلكتروني من الولوج إلى جميع منصات وأرضيات الدفع الإلكتروني لمدة لا تتجاوز 6 أشهر.

وعلى العموم يمكن القول أن الالتزام بالإعلام الإلكتروني، هو التزام مهم لا يمكن قيام عقود التجارة الإلكترونية من دونه ولا يمكن إغفاله، سواء القبل تعاقدية منه والذي يجعل المستهلك الإلكتروني على بينة من أمره قبل أن يقدم على اقتناء سلعة أو طلب خدمة أو الالتزام بالإعلام التعاقدية الإلكتروني، والذي يتيح للمستهلك معرفة شروط البيع، والتحقق من كل ما هو متعلق بالسلع أو الخدمات المطلوبة وما يتعلق بها من ماهية والسعر الإجمالي وغيرها من المعلومات التي تهم المستهلك الإلكتروني وتساهم في حفظ مصالحه.

والمشرع الجزائري قد وفق إلى حد ما في النص على أوجه لحماية من يخالف هذا الالتزام سواء من خلال إقرار قابلية بطلان عقد التجارة الإلكترونية، أو من خلال إقراره لعقوبات جزائية ضد من يخالف أحكام هذا الالتزام، وبالتالي فإن هذا الحق يمنح للمستهلك الإلكتروني تلك الحماية المعول عليها لحفظ مصالحه من الضرر

(1) أنظر المادة 39 من ق. ت. إ. ج.

## ملخص الفصل الأول

حاولنا في هذا الفصل من البحث، دراسة الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني في مرحلة التفاوض، من خلال التطرق إلى الأخطار التي يمكن لها التسبب في أضرار للمستهلك الإلكتروني، والتي تتمثل أساسا فيما يتلقاه هذا الأخير من معلومات قبل الذهاب إلى إبرام عقد التجارة الإلكترونية، حيث أنه في المبحث الأول تمت دراسة موضوع الإشهار التجاري الإلكتروني، وفي المبحث الثاني موضوع الالتزام بالإعلام الإلكتروني.

وقد توصلنا إلى أنه حتى يكون للمستهلك الإلكتروني الدراية الكافية عن السلع والخدمات يجب أن يتميز الإشهار التجاري بالمصداقية والوضوح، فضلا عن تناوله جميع المعلومات المتعلقة بموضوع الإشهار، زيادة عن وجوب ألا يتسم الإشهار التجاري الموجه للمستهلك أي تضليل يدفعه للتعاقد على سلعة أو خدمة على غير حقيقتها في الواقع.

أما فيما يتعلق بالالتزام بالإعلام الإلكتروني، فزيادة على أنه التزام مفروض على المورد الإلكتروني، فهو في حد ذاته يعتبر وسيلة حماية، فالمعلومات التي يجب أن يتضمنها تجعل من المستهلك الإلكتروني يتعاقد بدراية تامة، من خلال معرفته بهوية من يتعاقد معه وعنوانه وطبيعة نشاطه، إضافة إلى المعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة المتعاقد عليها، وفرض هذا الالتزام هو من أجل توفير حماية للمستهلك الإلكتروني الذي يعتبر طرفا ضعيفا ليست له الخبرة الكافية في المجال التجاري.

## الفصل الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرام عقد التجارة الإلكترونية

فرضت الثورة التكنولوجية الحديثة على المستهلكين التوجه نحو نوع جديد من العقود، والتي أضحت من أساسيات التعامل بين الأفراد، هذه العقود التي تبرم عبر وسائل إلكترونية قد فرضتها ظهور الشركات والتجار الذين يمارسون نشاطاتهم عبر فضاءات إلكترونية، وتتميز هذه العقود بنوع من الخصوصية عن غيرها التقليدية، فهذه العقود لا تعتمد لا على الحضور المادي للأطراف ولا على الدعامة الورقية، فهي تأخذ طبيعة خاصة به.

إن المستهلك الإلكتروني وهو يقوم بالتجول عبر مواقع الانترنت والصفحات الخاصة بعرض السلع والخدمات، التي تقوم بالإشهار لمنتجاتها بشكل يجذب الزوار، الأمر الذي قد يؤدي بالمستهلك إلى الرغبة في اقتناء حاجيات أو طلب خدمة معينة من هذه المواقع، فإذا كان الإشهار نزيها واضحا وصاحبه التعريف بهذه السلعة أو الخدمة بشكل كاف ينير بصيرة المستهلك ويجعله على بينة من أمره بخصوص الإقدام على التعاقد، فهو بذلك يدخل في مرحلة جديدة تسمى بمرحلة إبرام العقد الإلكتروني.

قد يواجه المستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرام العقد عدة إشكالات مختلفة تماما مع ما قد يواجهه خلال المرحلة السابقة للتعاقد، لكن في نفس الوقت مرتبطة بها تماما، حيث يكون إبرام العقد الإلكتروني متوقفا على قبول المستهلك لما تلقاه في الإشهار التجاري الإلكتروني والمعلومات التي حصل عليها من السلعة، فرضاه على هذا هو ما يجعله يقبل على التعاقد لكن الأمر هنا يختلف عما هو متعارف عليه فلا وجود لمجلس عقد حقيقي مادي يجمع بينه وبين المورد الإلكتروني، ويعبر عن إرادته بواسطة وسائل الاتصال الإلكترونية عن طريق أزرار أو أيقونات مخصصة لذلك، كما أنه قد يجد أن التاجر الإلكتروني الذي يعرض السلعة أو الخدمة قد حسم أمره مسبقا من حيث ما يتعلق بها.

إن خصوصية مخاطر مرحلة إبرام عقد التجارة الإلكترونية تكمن في مسألة التراضي بين أطراف العقد، بالإضافة للعيوب التي قد تعترض الإرادة المعبر عنها بالوسائل الإلكترونية، فإن المستهلك الإلكتروني قد يكون أمام واقع تتفاوت فيه المراكز بينه وبين المورد الإلكتروني. لغرض دراسة مسألة حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرامه للعقد الإلكتروني، فإنه يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين يتطرق الأول للنظام القانوني للعقد الإلكتروني بصفة عامة (المبحث الأول)، بالإضافة إلى التعرض لحماية إرادة هذا المستهلك عبر دراسة نظرية عيوب



الإرادة العقود الإلكترونية، عطا على تبيان الوسائل الحمائية التي تساهم في تحقيق العدالة العقدية، لما قد يكون من تفاوت في المراكز في هذا العقد (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: النظام القانوني للعقد الإلكتروني

قبل التفصيل في بيان أوجه الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، تقتضي قواعد الدراسة إلى التطرق لموضوع النظام القانوني للعقد الإلكتروني هذا الموضوع الذي أخذ أهمية بالغة جعلت مختلف القوانين تنظم الأحكام الخاصة به بتضمين القوانين المدنية للقواعد المتعلقة به.

وتكمن لأهمية دراسة موضوع مفهوم العقد الإلكتروني، الذي يأخذ ميزة خاصة تكمن في الوسائل التي يبرم بها، في أنه في الآونة الأخيرة شاع كثيرا استخدام هذا النوع من التعاقد نظرا لسهولةها وتوفير الوقت والجهد، الأمر الذي يدعو إلى تبيان كيفية انعقاده التي تتم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، وكما سبق الذكر فإن المشرع الجزائري لم يضمن القانون المدني بقواعد خاصة لتنظيمه، ليبقى خاضعا لنفس الأحكام المتعلقة بالعقد التقليدي، مع وجوب احترام خصوصيته الإلكترونية، لذا نعرض على مفهومه من خلال تحديد مفهومه من جهة (المطلب الأول)، والحديث عن التراضي في العقود الإلكترونية التي تأخذ طبيعة خاصة عن تلك المعروفة في القواعد التقليدية من حيث الوسيلة التي يتم التعبير بها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

اختلف الفقه حول تحديد ماهية العقود الإلكترونية سواء من حيث تعريفها أو من حيث الخصائص التي تميزها عن غيرها من سائر العقود بصفة عامة، ويرجع هذا الاختلاف إلى التنوع الشديد للعقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت<sup>(1)</sup>.

باعتبار عقد التجارة الإلكترونية أحد أهم صور العقد الإلكتروني، فهو يخضع في تكوينه لنفس الأحكام والقواعد المطبقة على هذا الأخير، فإنه تقتضي ضرورة البحث عن حماية المستهلك الإلكتروني في هذه المرحلة، تحديد مفهوم العقد الإلكتروني من خلال التعريف به فقها وتشريعا (الفرع الأول)، وكذا تناول خصائصه التي تميزه عن العقود التقليدية (الفرع الثاني).

(1) عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص134.

## الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني

يشير تعريف العقد الإلكتروني جدلاً لدى فقهاء القانون، حيث التطور المستمر لوسائل الاتصال الإلكترونية، جعل الفقهاء في خلاف حول تحديد تعريف موحد للعقد الإلكتروني، فكل يعرفه وفق نظرته له، وأيضاً نجد أن بعض التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية قد قامت بوضع تعريف للعقد الإلكتروني، وعليه سنتطرق خلال هذا الفرع إلى التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني (أولاً)، ثم بعد ذلك سنتطرق إلى التعريف التشريعي لهذا العقد (ثانياً).

### أولاً: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

يعرف جانب من الفقه العقد الإلكتروني على أنه ذلك: "العقد المبرم عن بعد باستخدام وسائل إلكترونية مؤتمنة وحديثة كلياً أو جزئياً، وخاصة استخدام شبكة الإنترنت في عقود التجارة الدولية"<sup>(1)</sup>، إذ يؤخذ على هذا التعريف أنه خص العقد الإلكتروني بأنه ينعقد فقط باستخدام شبكة الانترنت، وفي الواقع توجد العديد من الوسائل الإلكترونية الأخرى، كالهاتف والبريد الإلكتروني وغيرهما، وأيضاً وصف العقد الإلكتروني أنه ذو طابع دولي، بالرغم من أنه يمكن أن يوجد عقد إلكتروني بين طرفين من نفس الدولة.

ويذهب بعض الفقه في تعريف العقد الإلكتروني على أنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل"، وقد أخذ على هذا التعريف أنه لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب بالقبول، والمتمثلة في إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية<sup>(2)</sup>.

ويعرفه جانب من الفقه المصري بأنه: "عقد يتعلق بشراء منتج أو استيراد مواد أو مقاولات أعمال، أو تنفيذ أشغال، أو تقديم خدمات، أو إبرام أي عقود أخرى دون حضور مادي معاصر بين الطرفين عبر شبكة الاتصالات الدولية، وباستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات قصد إنشاء التزامات تعاقدية"<sup>(3)</sup>، ويؤخذ على هذا التعريف ما أخذ على سابقه في حصره العقد الإلكتروني في شبكة الاتصالات الدولية فقط (الانترنت).

(1) العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 144.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، ط1، مصر، 2006، ص 52.

(3) أنظر في ذلك: صفوان حمزة الهواري، الأحكام القانونية للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 29.

وبما أن العقد الإلكتروني هو الأداة التي تتم بواسطتها مختلف معاملات التجارة الإلكترونية فقد حاول بعض الفقهاء إعطاء تعريف لعقد التجارة الإلكترونية حيث عرّف بأنه: "تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات، التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أو بين تاجر ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"<sup>(1)</sup>.

هذا وقد عرف العقد الإلكتروني بأنه: "مجموعة المبادلات المرقمة المرتبطة بالأنشطة التجارية بين المشروعات والأفراد أو بين المشروعات والإدارة، ويتميز بإلغاء المسافات الجغرافية واقتصار الوقت"<sup>(2)</sup>.

وما يستقرأ من التعريفين أنهما ركزا على الصفة التجارية والاستهلاكية للعقد، فحتى ولو كانت هذه الصفة غالبية على العقد لاستئثار البيوع التجارية على الوسائط الإلكترونية، فالعقد الإلكتروني يمكن أيضا أن يتم بين أفراد عاديين ليسوا تجارا، وأيضا يمكن أن يكون العقد واردا على عقود مدنية بحتة كالإيجار والعارية<sup>(3)</sup>.

ما يستقرأ من كل ما سبق من تعريفات بخصوص العقد الإلكتروني، أنها ربطت العقد الإلكتروني بشبكة الاتصالات الدولية، وهذا ليس مطلقا على الوجه العام فهناك عدة وسائل أخرى، ومنه هناك تعارض مع مفهوم تقنيات الاتصال، وأيضا التركيز على الصفة الدولية للعقد، وهذا غير صحيح دائما، ففي كثير من الأحيان ما يتم العقد الإلكتروني بين أفراد من نفس الدولة أو المنطقة، وعلى هذا يمكن تعريف العقد الإلكتروني بوجه عام كالتالي: "العقد الذي يتم عبر وسيلة إلكترونية، ويتطابق فيه الإيجاب مع القبول، بغرض إحداث أثر قانوني".

### ثانيا: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني

في هذه الجزئية سنبين تعريف المشرع الجزائري للعقد الإلكتروني وكذا بعض التشريعات المقارنة، هذا وسيتم تبين تعريفه في المواثيق الدولية وكذا التوجيه الأوروبي.

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، 200، الإسكندرية، مصر، ص17، وتامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، رسالة دكتوراه، 2008، أشار له: عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2014 ص18.

(2) محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة، 2005، الإسكندرية، مصر، 2005، ص13، أشار له: عجالي بخالد، المرجع نفسه، ص19.

(3) عجالي بخالد، المرجع نفسه، ص19.

## 1-تعريف العقد الإلكتروني في القانون الجزائري

جاء في القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية تعريف بعض المصطلحات في المادة 6 منه ومن بينها العقد الإلكتروني حيث عرفته في الفقرة الثانية: "العقد بمفهوم القانون 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني<sup>(1)</sup>."

بالرجوع للمادة 03 الفقرة الرابعة من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية<sup>(2)</sup> نجد أن المشرع عرف العقد بالقول: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة..."، حيث يلاحظ أن المشرع قد أضاف على مفهوم العقد في هذه المادة أن يتم هذا الاتفاق عن بعد ودون الحضور المادي والمتزامن لأطرافه، وأن يبرم العقد بواسطة تقنية اتصال إلكترونية وهذا ما يضيفي الصفة الإلكترونية ويميز بينه وبين العقد التقليدي، فتقنيات الاتصال الإلكترونية هي الوسيلة التي يجب أن ينعقد بها العقد الإلكتروني.

## 2-تعريف العقد الإلكتروني في بعض التشريعات المقارنة

اختلفت القوانين المقارنة في تحديد تعريف للعقد الإلكتروني، لهذا سيتم التطرق إلى بعض التعريفات التي وردت في التشريعات المقارنة فيما يلي:

### أ- تعريف العقد الإلكتروني في القانون الفرنسي

تكريسا لأحكام التوجيهين الأوروبيين رقم 07/97 و 31/2000، قام المشرع الفرنسي بإصدار الأمر رقم 741/2001 المتعلق بالبيع عن بعد، والذي بموجبه وضع مفهوما للعقد عن بعد حيث تم إضافة المادة 16/121 إلى قانون الاستهلاك الفرنسي التي كانت تعرف العقد الإلكتروني<sup>(3)</sup> والذي تم تعديله ليصبح رقم المادة 1/221 والتي ورد في نصها: "العقد عن بعد" هو كل عقد مبرم بين محترف ومستهلك، في إطار اقتناء سلعة أو خدمة عن بعد، دون الحضور المادي لأطرافه، ويكون حصريا عبر تقنيات الاتصال الإلكترونية..."<sup>(4)</sup>.

(1) أنظر المادة 06 من ق. ت. إ. ج. السابق الذكر.

(2) أنظر المادة 03 الفقرة 04 من القانون 04-02 السابق الذكر.

(3) عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 24.

(4) جاءت صياغة هذه المادة كالآتي:

ومنه يلاحظ من نص المادة أن المشرع الفرنسي، قام بتعريف العقد الإلكتروني من خلال الوسيلة المستخدمة لإبرامه، فالعقد الإلكتروني حسب نص المادة هو كل عقد يبرم عن بعد بوسائل اتصال دون حضور أطرافه.

### ب - تعريف العقد الإلكتروني في القانون التونسي

كانت تونس من أوائل التشريعات العربية التي اهتمت بتنظيم التجارة الإلكترونية حيث أصدر المشرع التونسي القانون رقم 83 لسنة 2000، والذي تطرق فيه إلى تعريف العقد الإلكتروني بطريقة غير صريحة، حيث جاء في الفقرة الثانية من الفصل الأول: "يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".

يتضح من نص المادة أن المشرع التونسي ساوى بين إبرام العقود بالطريقة التقليدية والإلكترونية، فالعقد الإلكتروني ينشأ بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك<sup>(1)</sup>.

### ج - تعريف العقد الإلكتروني في القانون المصري

لم يعرف المشرع المصري العقد الإلكتروني بحكم أنه لم يصدر قانون للتجارة الإلكترونية، فلم يتناول تعريف العقد الإلكتروني في قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني، فاكتفى بتعريف المحرر الإلكتروني بأنه: "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشئ أو تدمج أو تخرن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة"<sup>(2)</sup>.

### د - تعريف العقد الإلكتروني في القانون الأردني

جاء في قانون المعاملات الإلكترونية تعريف العقد الإلكتروني على أنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية، كلياً أو جزئياً"<sup>(3)</sup>

Au sens de la présente section, sont considérés comme : « Contrat à distance » tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat ... »

(1) هدى المقداد، العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 3، العدد 2، ص 5.

(2) المادة 01 من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني، المصري رقم 15 لسنة 2004، متوفر على الرابط: [www.dcm.com.eg](http://www.dcm.com.eg).

(3) الفقرة الثامنة من المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 المؤقت، والذي تم توقيف

العمل به بعد صدور قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2015 المتوفر على الرابط: [التشريعات الأردنية \(plc.gov.ps\)](http://plc.gov.ps)

تناول المشرع الأردني تعريف العقد الإلكتروني بطريقة صريحة ومباشرة، ويلاحظ من نص المادة أن المشرع الأردني عرف العقد الإلكتروني بناءا على الطريقة التي يتم إبرامه بها، أي بوسائل إلكترونية، محتذيا بذلك حذو المشرع الفرنسي في التعريف السابق الذكر، كما يلاحظ أيضا أن المشرع الأردني قد عرف العقد الإلكتروني بناءا على الطريقة التي يتم إبرامه بها، أي بوسائل إلكترونية.

### تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية

كانت لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة الأونيسترال<sup>(1)</sup> السباقة في وضع تعريف للعقد الإلكتروني، من خلال المادة الثانية من القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية، حيث جاء في الفقرة أ من المادة ما يلي: "يراد بمصطلح رسالة البيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني، أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"، وجاء في الفقرة ب من نفس المادة: "يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات" وحسب اللجنة المعدة لهذا القانون فإن هذه التعريفات تشمل كل الاستعمالات والاستخدامات للمعلومات الإلكترونية، وتنصرف أيضا إلى إبرام العقود ومختلف الأعمال التجارية، ومنه فالعقد الإلكتروني في نظرها هو ذلك العقد الذي يكون التعبير عن الإرادة فيه بين أطرافه باستخدام الوسائل التي حددتها المادة 2 الفقرة أ والفقرة ب.

ويستقرأ من النصين سالف الذكر أن الانترنت ليست الوسيلة الوحيدة لعمليات التعاقد والتجارة الإلكترونية، بل تشاركها في ذلك عدة وسائل أخرى على غرار الفاكس والتلكس... الخ. وذهب أغلب الفقه إلى القول بأن هذا القانون لم يقد بتعريف العقد الإلكتروني، بل قام بتعريف مختلف الوسائل التي تستخدم لإبرامه، كما يلاحظ أيضا توسعه في تعداد الوسائل الإلكترونية لإبرام العقد.

(1) أنشأت الجمعية العامة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونيسترال) في عام 1966 بموجب قرار صار عن الأمم المتحدة رقم 2205 الذي يقضي بتكليف لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة بتحقيق الانسجام والتنسيق في قواعد القانون التجاري الدولي، وتتمثل مهمتها في تنمية وعصرنة القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية الدولية أكثر تفصيل في الموقع: [uncitral.un.org](http://uncitral.un.org)

تجدر الإشارة أن القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية ليس ملزماً للدول وليس نظاماً تشريعياً للمعاملات الإلكترونية، فهو مجرد وسيلة تساعد المشرعين في مختلف الدول، بوضع بيئة قانونية تنظم المعاملات الإلكترونية، وذلك من خلال تقديم مجموعة من القواعد المقبولة دولياً بغرض تذليل الصعوبات والعقبات القانونية، كما يقوم بالمساعدة في تدارك القصور في القوانين الداخلية، وهذا راجع إلى كثرة استعمال تقنيات الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، إذ ذكر الدليل التشريعي لقانون الأونيسترال بأن هذا القانون غير ملزم للدول، بل هدفه وضع منهج تتبعه الدول في سن قوانينها الداخلية<sup>(1)</sup>.

#### 04- تعريف العقد الإلكتروني في التوجيه الأوروبي:

تكريساً لمبادئ قانون الأونيسترال النموذجي حول التجارة الإلكترونية، تم إصدار التوجيه الأوروبي 07/97 المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد، وجاء في هذا القانون تعريف العقد الإلكتروني في المادة 02 والتي نصت على أنه يقصد بالعقد عن بعد: "كل عقد متعلق بالسلع أو الخدمات، يبرم بين مورد ومستهلك، يستخدم واحدة أو أكثر من تقنيات الاتصال الإلكترونية لإبرام العقد بين الطرفين"<sup>(2)</sup>.

يستنتج من نص المادة أن العقد الإلكتروني هو عقد مبرم بأي وسيلة إلكترونية كانت فاستخدام الوسيلة الإلكترونية هو شرط واجب حسب هذا القانون، وبمفهوم المخالفة فهو عقد تقليدي في حالة عدم استخدام وسيلة إلكترونية لإبرامه<sup>(3)</sup>.

وباعتبار العقد الإلكتروني يتم بواسطة تقنيات اتصال إلكترونية، فقد عرفها هذا التوجيه بأنها: "أية وسيلة تستخدم في التعاقد ما بين مورد والمستهلك بدون التواجد المادي والمتزامن لهما وذلك حتى إتمام عملية التعاقد بين الأطراف"<sup>(4)</sup>.

(1) أشار له: عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 22.

(2) وقد جاءت صياغة المادة باللغة الفرنسية كالآتي:

« le contrat à distance comme tout contrat concernant des biens ou services, conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance organisé par le fournisseur qui pour ce contrat utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication du contrat, y-compris la conclusion du contrat elle-même, Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matières de contrats à distance, précitée.

(3) حمودي فريدة، خصوصية العقد الإلكتروني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، المجلد 57، العدد 4، 2020، ص 262.

(4) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، ط2، دار الفكر الجامعي، 2011، مصر، ص 72.

وقد ألزم هذا التوجيه بموجب المادة 15 منه على الدول أعضاء الإتحاد الأوروبي إصدار تشريعات ملائمة لمقتضيات هذا التوجيه من خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات من دخوله حيز التنفيذ<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني

نظرا للطبيعة الخاصة للمعاملات الإلكترونية فإن العقد الإلكتروني يتميز بمجموعة من الخصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى، فاتجه الفقه إلى أن خصائص العقد الإلكتروني تكمن في أنه عقد مبرم عن بعد وهذا بالنظر إلى طريقة إبرامه وكذا عدم الحضور المادي لأطرافه، وأيضا أنه غالبا ما يكون عقد تجاري يتم بين مورد إلكتروني ومستهلك، فهو بالتالي عقد استهلاكي كما اختلف الفقه في تحديد صفته، فمنهم من يرى أنه عقد إذعان ويرى آخرون أنه عقد مساومة، ويفضل جانب آخر إعطاؤه صفة العقد الدولي<sup>(2)</sup>.

وعلى العموم فالعقد الإلكتروني هو عقد يتم إبرامه عن بعد (أولا)، كما أنه عقد تجاري استهلاكي (ثانيا)، كما أنه يعد يتسم بخاصية الدولية (ثالثا)، هذا وقد تباينت الآراء حول فيما إذا كان العقد الإلكتروني من قبيل عقود المساومة أو من عقود الإذعان (رابعا).

### أولا: العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد

العقود التي تبرم عن بعد هي "إبرام اتفاق أو التقاء إرادتين على القيام بتقديم منتج أو خدمة من خلال تقديم مبادرة من المورد بعرض المنتج للمستهلك دون حضور مادي معاصر لطرفي العقد من خلال استخدام إحدى وسائل الاتصال عن بعد من أجل تلاقي إرادة طرفي العقد على محله"<sup>(3)</sup>.

من هذا التعريف يمكن القول أن السمة الأساسية للعقود الإلكترونية أنها من العقود التي تبرم عن بعد، وهذا باستخدام تقنيات اتصال حديثة، وهو ما يجعل حضور أطراف العقد

(1) محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص17، ومحمد خالد جمال رستم التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2006، ص250، نقلا عن: عجالي بخالد، مرجع سابق، ص23.

(2) عجالي بخالد، مرجع سابق، ص47.

(3) محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2011، ص33.



افتراضيا على عكس العقود التقليدية التي تبرم بالحضور المادي لأطراف العقد الذي يسهل تحديد الأهلية والصفة في التعاقد، وكذلك التأكد من تطابق الإرادتين... الخ، والقول أن العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد، فهذا لا يعني أنه دائما تعاقد بين غائبين، ذلك كون التباعد المكاني لا ينفي إمكانية توفر مجلس العقد، الذي يكون افتراضيا في مثل هذه العقود فقد يكون العقد المبرم عبر الانترنت باستخدام وسيلة المحادثة والمشاهدة المباشرة<sup>(1)</sup>.

وعلى ذلك يتميز العقد الإلكتروني بوجود الصفة التفاعلية، والتي تسمح بوجود الحوار بين الأطراف وتتيح إمكانية تنفيذ العقد مباشرة، مثل الحصول على برنامج ما من شركة معينة بصفة فورية عبر شبكة الانترنت<sup>(2)</sup>.

### ثانيا: العقد الإلكتروني عقد تجاري استهلاكي

إن العقد الإلكتروني غالبا ما يتصف بالطابع التجاري والاستهلاكي، لذلك أطلقت عليه هذه الصفة بناء على السمة الغالبة فيه<sup>(3)</sup>، فالتجارة الإلكترونية هي ممارسة الأعمال بواسطة وسائل إلكترونية.

وفي الواقع لا وجود لنظرية مستقلة تنظم العقود التجارية دون العقود المدنية، فتتظيم القانون المدني للعقود ينطبق على كلا الطائفتين فيمكن الفرق فقط عند النظر في الهدف من العقد، فيكون العقد الإلكتروني تجاريا أو مدنيا بناء على ظروف خارجية عن مضمون العقد، لذلك تحديد طبيعة العقد حسب صفة الشخص الذي أبرمه إذا ما كان تاجرا أو غير تاجر وأيضا حسب الهدف من المطلوب من العقد<sup>(4)</sup>.

وفي الواقع العقود الإلكترونية عقود لصيقة بالعقود الاستهلاكية، سواء تعلقت بالسلع أو الخدمات، فهي غالبا تبرم بين محترف وبين مستهلك وهذا ما يضيف عليها صفة عقود الاستهلاك، وتسري عليه أحكام عقد الاستهلاك وما تفرضه هذه الأحكام من قواعد لحماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في العقد<sup>(5)</sup>.

(1) حمودي فريدة، مرجع سابق، ص 264.

(2) عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 49.

(3) حمودي فريدة، مرجع سابق، ص 264.

(4) عجالي بخالد، مرجع سابق، ص 51.

(5) عجالي بخالد، نفس المرجع، ص 52.

### ثالثا: العقد الإلكتروني عقد دولي

توصف العقود الإلكترونية بالدولية لكونها تبرم عبر شبكة الانترنت ذات النطاق الدولي، إلا أن إمكانية التعاقد ضمن نفس الدولة تبقى قائمة، وقد أثارت هذه المسائل جدلا فقهيا حول تحديد مكان إنشاء هذه العلاقات الافتراضية، وأيضا في تحديد القانون الواجب التطبيق.

إن تحديد الصفة الدولية للعقد الإلكتروني يعتمد على معيارين أحدهما شخصي والآخر موضوعي، فالأول ينظر إلى جنسية أطراف العقد أو اختلاف مركز أعمالهم أو محل إقامتهم، أما المعيار الموضوعي يقتضي صدور الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين أو أن يكون العقد منصبا على سلعة تحتاج للنقل من دولة إلى أخرى، أو يكون تسليمها في دولة أخرى غير التي صدر فيها الإيجاب والقبول<sup>(1)</sup>.

تشير التفرقة بين العقد الإلكتروني الدولي والعقد الإلكتروني الداخلي صعوبة في تحديد صفة العقد، فقد يستعمل شخص ما هاتفه أو حاسوبه الشخصي ويقوم بالتنقل من دولة لأخرى وهو يتفاوض على العقود ويبرمها، فلا يمكن في هذه الحالة أن يكون العقد داخليا، وقد جزم بعض الفقه بأن الصفة الدولية للعقد الإلكتروني أصبحت مسألة واقعية، أكدتها عقود التجارة الإلكترونية التي تسمح لأطرافها باختيار القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم<sup>(2)</sup>.

### رابعا: العقد الإلكتروني بين عقود المساومة والإذعان

يذهب بعض من الفقه إلى اعتبار عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان بالنظر إلى وسيلة التعاقد، إذ يكون عقد إذعان إذا ما قام البائع بوضع الشروط العامة للبيع مسبقا، ويكون قبوله بالضغط على الخانات المفتوحة أمامه في موقع البائع، وعلى الثمن والشروط المحددة سلفا، فلا يملك أي فرصة لمعاينة المنتج، ولا مناقشته أو التفاوض عليه، وكل ما هو متاح له قبول العقد برمته أو رفضه كليا<sup>(3)</sup>، ولتحديد ما إذا كان العقد الإلكتروني عقد إذعان، أوجب الفقهاء وجود ثلاثة شروط أساسية أولها وجود سلع أو مرافق ضرورية، وثانيها أن تكون هذه

(1) فتحي بن جديد، مرجع سابق، ص 66.

(2) صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006 ص 39، نقلا عن: عجالي بخالد، المرجع نفسه، ص 60،

(3) أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في المعاملات الإلكترونية (وفقا لأحدث التشريعات في فرنسا، مصر، الأردن دبي، البحرين)، دار الكتاب، الأول يشمل المدخل لقانون المعاملات الإلكترونية، العقد الإلكتروني والإثبات الإلكتروني، ط1، دار النهضة العربية القاهرة، 2007، ص 27.

السلع أو المرافق محل احتكار قانوني أو فعلي، والثالث صدور إيجاب إلى الجمهور بشروط مماثلة<sup>(1)</sup>، وبالرجوع للقانون المدني الجزائري فقد أكد هذا في نص المادة 70 والتي جاء في نصها: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"<sup>(2)</sup>، والجدير بالذكر هنا أن اعتبار عقود التجارة الإلكترونية من قبيل عقود الإذعان يهدف إلى توفير حماية للمستهلك.

وبشأن الأخذ بهذا الرأي فقد تباينت الآراء، فيرى البعض أن عقود التجارة الإلكترونية ليست عقود إذعان، وذلك لأن شروط عقد الإذعان المذكورة سابقا، لا تنطبق جميعها على عقد التجارة الإلكترونية، ومثال ذلك ألا تكون شركة أو بائع محتكرا للسلعة كأن توجد عدة شركات تعرض نفس السلعة<sup>(3)</sup>، في حين يرى رأي فقهي مخالف<sup>(4)</sup> أن العقد الإلكتروني ذو طبيعة رضائية، وهذا بالنظر إلى إمكانية تنقل المتعاقد (المستهلك) من موقع لأخر واختيار الطرف الثاني الذي يريد التعامل معه، فالتعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو برامج المحادثة أو باستخدام الوسائل السمعية البصرية تجعل من العقد رضائيا، بينما إذا تم التعاقد من خلال مواقع الويب التي تستخدم العقود النموذجية، فالعقد هنا عقد إذعان، فحسب هذا الرأي يكون عقد إذعان كما قد يكون عقد مساومة، وهذا بحسب الوسيلة المستخدمة في التعامل.

ومنه يمكن تحديد طبيعة العقد الإلكتروني بالنظر إلى إمكانية التفاوض، ففي حالة التعاقد بشروط موضوعية مسبقا لا تتيح للطرف الثاني في العقد أي مجال للنقاش فيأخذ العقد طبيعة عقد إذعان، أما في حالة وجود مرحلة للمفاوضات التي تسمح للمتعاقدين بالتفاهم على بنود العقد فنكون أمام عقد مساومة.

وحسب كل ما سبق فالعقد الإلكتروني هو عقد يبرم بوسائل إلكترونية، ويتمتع بعدة خصائص تميزه عن باقي العقود، بالإضافة إلا أن هذا العقد غالبا ما يكون متعلقا بالجانب التجاري الذي هو محل الدراسة.

(1) فتحي بن جديد، مرجع سابق، ص 68.

(2) أنظر: المادة 70 من القانون المدني الجزائري.

(3) نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 39.

(4) أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت، دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل للنشر الأردن، 2006، ص 83، مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2007، ص 95.

## المطلب الثاني: التراضي في العقود الإلكترونية

لا ينعقد العقد إلا إذا توافر التراضي بوجود إرادة تعبر عنه لإحداث أثر قانوني، ويتم التراضي بين طرفي العقد بإيجاب أحدهما وقبول من الطرف الثاني ونستعرض في هذا المطلب عبر فرعين مستقلين، حيث سنتناول في الفرع الأول الإيجاب الإلكتروني والقبول الإلكتروني ويخصص الفرع الثاني لتناول فكرة مجلس العقد وتحديد وقت التعاقد من زمان ومكان.

### الفرع الأول: تطابق الإرادتين في العقود الإلكترونية

جوهر العقد هو رضا الطرفين، فلا يكفي إتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني، بل يجب أن تتوافق الإرادتين باقتران الإيجاب والقبول، وبما أن العقود الإلكترونية تبرم عبر وسائل إلكترونية فإنه يتعين الحديث عن الإيجاب الإلكتروني (أولا) والقبول الإلكتروني (ثانيا).

#### أولا: الإيجاب الإلكتروني

في هذا الصدد سيتم تعريف الإيجاب الإلكتروني، كما سيتم تبيان خصائصه وشروطه وفضلا عن ذلك سيتم التطرق إلى صور التعبير عن الإيجاب الإلكتروني.

#### 1- تعريف الإيجاب الإلكتروني

بالنظر إلى خصوصية العقود الإلكترونية المتمثلة أساسا في الوسيلة التي تبرم عن طريقها فإن تحديد معنى الإيجاب الإلكتروني لا يتم إلا تم تعريفه فقها وقانونا.

#### أ- التعريف الفقهي للإيجاب الإلكتروني

يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى لإبرام العقود، وهو التعبير البات المنجز الصادر من أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني ويعرف أيضا بأنه الكلام الأول الصادر من أحد المتعاقدين وبه يثبت التصرف<sup>(1)</sup>، أما الإيجاب الإلكتروني فتباينت تعريفاته فعُرف بأنه: "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة"، كما عُرف بأنه: "تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه الإيجاب أن يقبل التعاقد مباشرة"<sup>(2)</sup>،

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص62.

(2) عصام عبد الفتاح مطر، مرجع سابق، ص145.146.

عُرف أيضا بأنه: "تعبير جازم عن الإرادة يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال سواء كانت مسموعة أو مرئية أو كليهما، ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بحيث ينعقد العقد به إذا ما تلاقى معه القبول"<sup>(1)</sup>

يلاحظ من التعاريف السابقة أن اقتران لفظ إلكتروني مع الإيجاب، لا يغير من معناه الحقيقي الذي ورد في النظرية العامة للعقد، حيث يكون في الإيجاب الإلكتروني ما يكون للإيجاب التقليدي من شروط، ومنه فالفرق فقط في الوسيلة المستخدمة للتعبير عنه فالإيجاب التقليدي يعبر عنه إما شفاهية أو كتابة، أما بالنسبة للإلكتروني فيتم بواسطة اتصالات إلكترونية مثل الهاتف أو البريد الإلكتروني أو عبر المواقع الإلكترونية عن طريق شبكة الانترنت. ومنه فالإيجاب الإلكتروني: "تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد بواسطة أحد تقنيات الاتصال الإلكترونية على أن تضمن جميع العناصر اللازمة لإبرام العقد".

#### ب- التعريف القانوني للإيجاب الإلكتروني

عرفه القانون النموذجي حول التجارة الإلكترونية بأنه: "في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند استخدام رسائل البيانات لذات الغرض"، وقد تضمن أيضا البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية الملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي ما يلي: "تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام العقد عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ما داموا معروفين على نحو كاف، وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك".

وقد أفاد أيضا التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الذي يتعلق بحماية المستهلك عن بعد بأن الإيجاب هو: "كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"، يلاحظ على التعاريف السابقة أنها قد ركزت في تعريفها للإيجاب الإلكتروني على استخدام رسائل البيانات التي ترسل بطريقة إلكترونية، وقد اعتبرت هذه الخيرة إيجابا موجه لشخص أو عدة أشخاص محددين<sup>(2)</sup>.

(1) حمودي محمد ناصر، العقد الدولي المبرم عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012، الاردن، ص178.

(2) حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص177.

أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد تناولت الإيجاب الإلكتروني في نصوصها القانونية حيث تناولت المادة العاشرة من القانون البحريني للتجارة الإلكترونية لسنة 2002 أنه: "في سياق إبرام العقود يجوز التعبير عن كليا أو جزئيا عن الإيجاب والقبول، وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه، بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول عن طريق السجلات الإلكترونية، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"<sup>(1)</sup>.

كما تناول القانون الأردني المتعلق بالمعاملات الإلكترونية بخصوص الإيجاب الإلكتروني أنه: "تعتبر الرسالة الإلكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد التعاقد"<sup>(2)</sup>.

هذا وقد تناول المشرع التونسي في القانون بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية أنه: "يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها، وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون"<sup>(3)</sup>.

يستنتج من النصوص السابقة أنها لم تقم بتعريف الإيجاب الإلكتروني، بل اكتفت بتبيان صفته الإلكترونية من خلال الوسائل التي يتم من خلالها التعبير عن الإرادة، أيضا أكدت أنه يسري على الإيجاب الإلكتروني ما يسري على الإيجاب التقليدي من معنى وشروط.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يتناول تعريف الإيجاب الإلكتروني، لكن بالرجوع إلى قانون التجارة الإلكترونية 18-05 نجد أنه قد تناول موضوع العرض التجاري الإلكتروني، الذي يوجه إلى الجمهور منتظرا صدور قبول لإبرام العقد وهذا ما نعتبره إيجابا كما سبق بيانه، فمن خلال الشروط التي وضعها المشرع في مضمون العرض التجاري الإلكتروني، نجد أنها نفسها التي يستوجبها الإيجاب الإلكتروني.

## 2- خصائص الإيجاب الإلكتروني

يتميز الإيجاب الإلكتروني بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن نظيره التقليدي، وهذا راجع إلى خصوصية التعاقد الإلكتروني، وتتمثل هذه الخصائص في:

(1) المادة 10 من القانون البحريني بشأن معاملات الإلكترونية رقم 28 لسنة 2002، ج. ر. ع. 2548، الصادرة بتاريخ

18 سبتمبر 2002، والمعدل بالقانون 45 لسنة 2018 متوفر على الموقع: [WIPO Lex](http://WIPO Lex).

(2) القانون الأردني المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، السابق الذكر.

(3) القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000، متعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، الموقع: [www.justice.gov.tn](http://www.justice.gov.tn).

### أ- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني

حتى يكون الإيجاب إلكترونيًا، فإنه يتطلب وسيط إلكتروني أو ما يطلق عليه بمقدم خدمة الإنترنت، فالإيجاب يتم التعبير عنه من خلال الشبكة باستخدام وسائل مسموعة ومرئية فالوجود الفعلي للإيجاب يكون منذ اللحظة التي يتم فيها التعبير عن إرادة الموجب من خلال شبكة الإنترنت، وهذا لا يمنع من أن يكون الشخص الموجب هو نفسه مقدم خدمة الإنترنت.

ويتشابه الإيجاب في التعاقد الإلكتروني مع الإيجاب عن طريق التلفزيون، ففي كلتا الوسيطتين لا توجد أي دعامة ورقية، لكن يختلفان من حيث أن الإيجاب الإلكتروني يتميز بالاستمرارية، حيث أن الموجب له يستطيع في أي وقت العودة لقراءة الإيجاب الموجود في الكتلوج أو الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني أو المرسل عبر البريد الإلكتروني، أما الإيجاب المعبر عنه عبر التلفزيون فمدته تكون محدودة، لأن هذا الأخير يتميز بالسرعة واختصار المعلومات، بمعنى أن الإيجاب عبر التلفزيون يتميز باختصار وسرعة الزوال<sup>(1)</sup>.

### ب- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

تتمخض هذه الخاصية من خصائص العقد الإلكتروني، حيث يعد الإيجاب الإلكتروني الموجه عبر شبكة الإنترنت إيجاباً عن بعد، وفي حالة التعاقد مع المستهلكين فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، لاسيما تلك التي تضمنها التوجيه الأوروبي 7/97 في شأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد والمرسوم الفرنسي رقم 2001/741 الصادر في 23 أوت 2001 بخصوص نفس المسألة.

ولهذا فهو يخضع لهاته القواعد التي تفرض على المورد الإلكتروني مجموعة من القيود والواجبات التي يلتزم بها اتجاه المستهلك الإلكتروني والتي منها تزويد المستهلك بمعلومات حول التاجر وعنوانه، وعنوان البريد الإلكتروني، وكذلك الخصائص الأساسية للسلعة والخدمات المعروضة، وأوصافها وثنائها، وكذلك تبيان وسائل الدفع أو السداد، وطريقة التسليم، والحق في العدول، وخدمة ما بعد البيع ومدة الضمان<sup>(2)</sup>، وهذا ما أقره أيضا المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية في المادة التي تناولت العرض التجاري الإلكتروني<sup>(3)</sup>.

(1) لزهري بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ب. ط. دار هومة، 2012، ص 82.

(2) أنظر في ذلك: حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 187، ودناي نورالدين الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد 02، 2017، المركز الجامعي تندوف، ص 95.

(3) راجع المادة 11 السالفة الذكر من ق. ت. إ. ج. 05-18.

### ج- الإيجاب الإلكتروني يكون في الغالب إيجابا دوليا

يتخذ الإيجاب الإلكتروني صفة الدولية لأنه يتم عبر شبكة دولية للاتصالات لا تتقيد بالحدود الإقليمية للدول، الأمر الذي جعله خاضعا للقانون الدولي الخاص نظرا لغياب الحدود وسهولة الاتصال بأشخاص من جنسيات مختلفة، وتبقى هذه الصفة تلازمه وإن لم يكن الهدف منه إبرام عقد دولي فهو يتصف بالدولية نظرا لطبيعة الوسائل المستعملة في التعبير عنه، بينما يرى البعض بأن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليميا أو دوليا، فإذا ما حدد الموجب عرضه في نطاق جغرافي ومكاني معين فقد يقصر عرض السلع أو الخدمات على منطقة جغرافية معينة، ومنه فالموجب غير ملزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات أو أداء خدمات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده مسبقا<sup>(1)</sup>.

### د- استمرارية الإيجاب الإلكتروني

حلت تقنيات الاتصال الإلكترونية مثل البريد الإلكتروني والمواقع الإلكترونية والصفحات محل الكلام الذي يعبر عن إرادة أطراف العقد، حيث يتم إرسال الإيجاب من خلال المواقع الإلكترونية مباشرة، وهذا إما من خلال العرض المباشر أو من خلال الاستعانة بالكاميرات الموصولة بالحاسوب، والتي تسمح بنقل صورة مباشرة للطرف الآخر، ومنه فلا يختلف الإيجاب عبر هذه الوسائل عن غيره الموجه من خلال التلفاز أو الصحف أو أية وسيلة تقليدية، إلا من حيث الاستمرارية، فالإيجاب بالطرق التقليدية يقتصر على مدة زمنية محددة، أما الإيجاب عبر شبكة الإنترنت فيتميز بالاستمرارية، مما يسمح بالاطلاع عليه في كل وقت<sup>(2)</sup>.

### 3- شروط الإيجاب الإلكتروني

بما أنه يسري على الإيجاب الإلكتروني ما يسري على الإيجاب التقليدي فإنه من شروط الإيجاب أن يكون واضحا ومحددا<sup>(3)</sup>، لا يشوبه أي غموض، وكذلك أن يكون باتا منجزا لا رجعة فيه من جانب الموجب<sup>(4)</sup>، وأن يحتوي على جميع العناصر الجوهرية للعقد<sup>(5)</sup> واحتمالية

(1) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص76، ومحمدي محمد ناصر، مرجع سابق، ص187.

(2) بومسلة عبد القادر، خصوصية الإيجاب والقبول في المعاملات الإلكترونية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد 02، 2018، جامعة عمار ثلجي الأغواط، ص 327-328.

(3) واضحا ومحددا: أي لا يشوبه أي غموض ينكر.

(4) باتا منجزا: أي لا رجعة فيه من طرف الموجب.

(5) العناصر الجوهرية: وهي العناصر التي لا ينعقد العقد بدونها.



الرجوع عن الإيجاب<sup>(1)</sup>، وأيضاً من خصوصيات عقود التجارة الإلكترونية أنها غالباً ما تنصب على عقود بيع، فيجب أن يتضمن الإيجاب أيضاً طرق أداء الثمن والتي سيفصل فيها لاحقاً.

#### 4- صور التعبير عن الإيجاب الإلكتروني

نظراً لتعدد وتنوع الوسائل الإلكترونية التي يتم من خلالها التعبير عن الإرادة فإنه يمكن التعبير عن الإيجاب الإلكتروني من خلال:

##### أ- الإيجاب عبر البريد الإلكتروني

يستهدف الإيجاب المعبر عنه عبر البريد الإلكتروني فئة معينة، بحيث يخص الموجب أشخاص محددين، وهذا نظراً لاعتقاده باهتمام هؤلاء الأشخاص بمضمون الإيجاب دون غيرهم ويتم ذلك بأن يقوم بإرسال إجابته إلى البريد الإلكتروني لشخص محدد واحد أو لعدة أشخاص وتبدأ فعالية الإيجاب من الوقت الذي يطلع فيه صاحب البريد الإلكتروني على مضمون الإيجاب الموجه إليه، وهنا يجب التفرقة بين الإيجاب الموجه لشخص واحد والإيجاب الموجه لعدة أشخاص، ففي الحالة الأولى لا يكتسب الإيجاب صفة الإلزام إلا إذا تضمن مدة محددة يبقى بموجبها الموجب على إجابته، وإذا لم يقترن الإيجاب بأجل فإن مجرد اقترانه بقبول مطابق يسمح بانعقاد العقد، أو يسقط الإيجاب إذا صدر من الموجب له ما يعارضه، أما في حالة الثانية التي يوجه فيها الإيجاب إلى عدة أشخاص فإنه يعتبر مجرد دعوة للتعاقد<sup>(2)</sup>.

##### ب- الإيجاب عبر مواقع شبكة الانترنت

تعتبر الطريقة الأكثر انتشاراً، حيث يقوم الموجب بعرض إجابته على موقع يبين فيه السلعة أو الخدمة المعروضة وكل ما تعلق بمحل العقد، فيكون العرض بصورة واضحة وصادقة ومعبرة بشكل حقيقي عن السلعة كونها تمثل جزءاً لا يتجزأ من الإيجاب، فالموجب له يعتمد عليها لتقرير إذا ما كان سيبرم العقد أم لا، ولا يختلف الإيجاب عبر مواقع شبكة الانترنت عن ذلك الإيجاب الصادر عبر الصحف أو التلفاز وهذا ما يجعله إيجاباً مستمراً على مدار الساعة وهذا لأنه لا يكون في العادة مقيداً بزمن لكن يكون، لكن يكون مقيداً بنفاذ الكمية<sup>(3)</sup>.

(1) الرجوع عن الإيجاب: ويكون كذلك إذا انطوى على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به، نصار محمد الحلالمة، التجارة الإلكترونية في القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2012، الأردن، ص 218-219.

(2) زكية بولمعالي، خصوصية الإيجاب الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 01، العدد 02، جامعة يحيى فارس بالمدينة، ص146.

(3) بومسلة عبد القادر، مرجع سابق، ص331.

### ج- الإيجاب عبر المشاهدة أو المحادثة عبر الانترنت

في هذه الحالة تتحول الانترنت إلى مجلس عقد افتراضي يقترب كثيرا من مجلس العقد الحقيقي، وهذا ما يجعل تطبيق القواعد العامة للتعاقد بين حاضرين أيضا على هذا النوع من التعبير عن الإرادة لا سيما من حيث الزمان بينما يبقى الاختلاف حول المكان وخاصة لاحتواء الأجهزة الإلكترونية على تجهيزات خاصة مثل الكاميرا<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: القبول الإلكتروني

الإيجاب وحده لا يكفي لانعقاد العقد الإلكتروني، بل تشترط القواعد العامة وجود قبول والذي هو تعبير عن إرادة الطرف الثاني، فهو الرد على إيجاب الموجب، ومن شروطه أن يصدر في مدة الإيجاب، وأن يكون مطابقا له حتى ينعقد العقد ويرتب جميع آثاره، وفي حالة ما إذا صدر قبول يزيد أو ينقص أو يعدل من الإيجاب فإنه وطبقا بنص المادة 66 ق. م. ج. التي تعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إيجابا جديدا<sup>(2)</sup>.

### 1- تعريف القبول الإلكتروني

عرف القبول الإلكتروني بأنه الرد الإيجابي على الإيجاب، أو هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد على أساس هذا الإيجاب، والذي بصدوره مطابق للإيجاب تتم معه عملية التعاقد، وعرف أيضا بأنه التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب<sup>(3)</sup>، أما بالنسبة للقبول الإلكتروني فلا يختلف عن القبول التقليدي إلا من حيث الوسيلة المستخدمة، وقد عرفته اتفاقية فيينا لعام 1982 المتعلقة بنقل البضائع في المادة 1/18 بأنه: "يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب، يفيد الموافقة على الإيجاب"<sup>(4)</sup>.

وعرف قانون المبادلات الإلكترونية التونسي القبول في عقد التجارة الإلكترونية بأنه التعبير عن الإرادة إزاء الموجب الذي وجه للقابل تعبيراً معيناً عن إرادته في إحداث أثر قانوني معين، ففي حالة قبول من وجه إليه هذا التعبير توافر القبول، ومن مميزات القبول في عقود

(1) حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، 181.

(2) حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، جامعة الجزائر، 2011، 2012، ص 87.

(3) أنظر في ذلك: علي فيلاي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر الجزائر، ط3، 2013، ص 118، بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 239.

(4) اتفاقية فيينا، بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، متوفرة على الموقع: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

التجارة الإلكترونية، أنه يتم عبر وسائل إلكترونية وخاصة أن المبادلات الإلكترونية هي المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية<sup>(1)</sup>.

وكذلك نص القانون الأردني الخاص بالمعاملات الإلكترونية على أن رسالة المعلومات تعتبر وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إبرام العقد وبالتالي فإن القبول يمكن أن يتم عبر شبكة الإنترنت من خلال رسالة المعلومات<sup>(2)</sup>.

بالرغم من أنه لا يشترط أن يتم القبول بشكل معين، غير أنه هناك بعض التشريعات قد اشترطت توجيه القبول بنفس الطريقة التي استعملت في توجيه الإيجاب ومنها القانون التجاري الأمريكي الموحد في المادة 2/206 التي نصت على أنه: "التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب"، فيمكن بذلك أن يعبر عن القبول من خلال نفس موقع العرض الذي صدر منه الإيجاب، أو من خلال البريد الإلكتروني<sup>(3)</sup>.

هناك شروط عامة يجب أن تتوفر في القبول الإلكتروني، حيث يخضع هذا الأخير للقواعد العامة كما سبق الذكر، وبالتالي يجب أن يكون باتا، ومحددا منصرفا لإنتاج آثاره القانونية وذا مظهر خارجي، وكذلك أن يصدر في وقت يكون فيه الإيجاب قائما وأن يطابقه<sup>(4)</sup>.

## 2- صور التعبير عن القبول الإلكتروني

تتنوع طرق التعبير عن القبول الإلكتروني بتنوع التقنيات التي تشملها وسائل الإتصال الإلكترونية، أما عن أكثر الصور شيوعا والتي سيتم دراستها، فالقبول الإلكتروني يعبر عنه إما عن طريق الشبكة، أو بواسطة البريد الإلكتروني، أو بالنقر على الزر أو الأيقونة المخصصة للموافقة في صفحة الويب.

### أ- القبول عبر الشبكة

تعتبر هذه الطريقة الأكثر شيوعا للتعبير عن القبول في المجال الإلكتروني، حيث يتم القبول فيها عن طريق المشاهدة والمحادثة، وتتمثل هذه الطريقة في التبادل المباشر للكلام،

(1) القانون التونسي بشأن المبادلات الإلكترونية، السابق الذكر.

(2) القانون الأردني المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، السابق الذكر.

(3) حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 199.

(4) لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 87.

فقد سمحت التكنولوجيا بوجود الكاميرات في الأجهزة، وهذه الأخير تتيح الحديث والمشاهدة المباشرة والكاملة بين الأطراف، وبهذا يصبح مجلس العقد افتراضيا على أساس أن المتعاقدين يشاهدون ويسمعون بعضهم البعض مباشرة، وعليه فلا مناط من اعتبار هذه الطريقة تعبيراً صريحاً عن طريق اللفظ<sup>(1)</sup>.

### ب- القبول عبر البريد الإلكتروني

يستطيع الموجب له توجيه القبول عبر البريد الإلكتروني، لاسيما إذا ما تلقى الإيجاب بنفس الطريقة، وفي هذه الحالة تعتبر الرسالة قبولا صريحا للإيجاب الموجه له، والقبول في هاته الحالة يعتبر إرادة بينة وواضحة غير مشكوك فيها وتعتبر بالفعل عن إرادة القابل في التعاقد ويشترط أن يكون التعبير عن هذه الإرادة موجها بطريقة تسمح بالحفاظ على سلامته وتكامله وعدم اعتراضه بالتعديل أو بما يعرض تكامله للخطر<sup>(2)</sup>.

في هذه الصورة يقوم القابل بإرسال الموافقة على الإيجاب في صورة رسالة إلكترونية إلى الطرف الموجب، وغالبا ما تتضمن هذه الرسالة جميع عناصر العقد من هوية الشخص القابل وكيفية الدفع وغيرها من الأمور، كما تضيء هذه الصورة من التعبير عن القبول على العقد نوعا من الثقة والطمأنينة للمتعاقدين، باعتبار أنه يمكن إثبات القبول بسهولة<sup>(3)</sup>.

### ج- القبول باستعمال النقر على صفحة الويب (WEB)

يستخدم المستهلك الإلكتروني للتعبير عن إرادته في قبول عرض الموجب عبر مواقع الويب الأيقونة المخصصة للقبول والموافقة على التعاقد، التي تظهر على شاشة الجهاز الإلكتروني المستخدم في التعامل، حيث يرتبط القبول الإلكتروني بالنقر على الأيقونة التي تكون تحمل عبارة "موافق" أو "قبلت العرض".

إلا أن هذه الصورة للتعبير عن القبول، تثير مشكلة ملامسة أيقونة القبول عن طريق الخطأ هذا ما يطرح حجية الضغط على أيقونة القبول لمرة واحدة دون قصد العبير عن الموافقة الفعلية، وتتعلق مسألة حجية القبول عبر مواقع الويب بمتطلبات البرنامج المعلوماتي للموقع

(1) بوحلمة صلاح الدين، خصوصية الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30، ع 3، ديسمبر 2019، جامعة قسنطينة، ص 309.

(2) حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 200.

(3) بوحلمة صلاح الدين، مرجع سابق، ص 313، 314.

الإلكتروني الخاص بعرض منتوجات المورد الإلكتروني، فقد يشترط البرنامج إبرام العقد فقط إذا تم تأكيد القبول بالنقر مرتين على في الأيقونة المخصصة لذلك، فلا مجال لاعتباره صادر عن طريق الخطأ، ولا الاحتجاج بعدم إنتاجه لأثاره القانونية.

أما إذا لم يشترط البرنامج المعلوماتي ذلك، وكان يسمح بإتمام العقد دون أن يرد فيه ضرورة التأكيد، فالقبول يكون بمجرد الضغط على أيقونة القبول، ويمكن اعتبار القبول في هذه الحالة قرينة قانونية تسمح بإثبات العكس، أين يمكن للقابل لإثبات عدم القصد في قبول عرض المورد الإلكتروني، وأن ضغطه على زر القبول جاء عن طريق الخطأ، وهذا ما يوجب استبعاد أي آثار قانونية يمكن أن تنتج عنه<sup>(1)</sup>.

### 3- الإشكالات التي يثيرها القبول الإلكتروني

يثار التساؤل حول إذا ما وجه شخص إلى شخص آخر إيجابا بواسطة تقنية اتصال إلكترونية لإبرام عقد معين، ولم يصدر من الموجه إليه الإيجاب أي رد شفهي أو كتابي أو بأية طريقة تفيد قبوله وقام بالتزام الصمت، من هذا يثار الإشكال التالي: هل يمكن اعتبار السكوت في التعاقد الإلكتروني قبولا للإيجاب؟

فالقاعدة العامة تقتضي أن السكوت هو العدم، أي لا يمكن الاستخلاص منه وجود إرادة للتعاقد وهو بذلك سلوك سلبي، وفقا لقول فقهاء الشريعة الإسلامية "لا ينسب لساكت قولا" وبهذا فالأصل أن السكوت لا يصلح كعلامة قبول، ومع ذلك يكون السكوت بمثابة قبول في ثلاث حالات استثنائية وردت في المادة 68 ق.م.ج. حيث نص المشرع على أنه: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب وهذا ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه"<sup>(2)</sup>.

### 4- مدى اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة في العقود الإلكترونية

تختلف الآراء في شأن اعتبار سكوت المتعاقد الموجه له الإيجاب الإلكتروني قبولا أم لا، وفي هذا الشأن توجد عدة اتجاهات التي يقضي كل منها برأيه حسب نظرته للمسألة.

(1) عيلا م رشيدة، مرجع سابق، ص150.

(2) لحو خيار غنيمية، نظرية العقد، بيت الأفكار، 2018، ص41،40.

### أ- اعتبار السكوت في العقود الإلكترونية قبولاً

يذهب جانب من الفقه إلى أن سكوت أحد المتعاقدين مع وجود تعامل سابق بينهما عبر تقنيات الاتصال الإلكترونية يعتبر قبولاً شأنه في ذلك شأن القبول في التقليدي، فاستعمال الوسائل الإلكترونية للتعبير عن القبول لا يعيق تطبيق القواعد العامة، فبذلك من غير المبرر استبعاد تطبيق القواعد العامة، بل يجب إعمالها لتشجيع هذا النوع من العقود وعدم الوقوف عثرة أمام تطورها<sup>(1)</sup>.

يذهب رأي آخر إلى أن مجرد اعتياد المستهلك على شراء بعض السلع من أحد المتاجر الإلكترونية بشكل منتظم ومستمر، لا يؤكد على قبول هذا المستهلك من مجرد سكوته في حالة التعامل السابق، بل يجب اقتران السكوت بظرف يرجح دلالة السكوت على قبول التعاقد، كما لو وجد مسبقاً اتفاق بين الطرفين على ذلك سواء أكان هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً<sup>(2)</sup>.

### ب- عدم صلاحية السكوت ليكون قبولاً إلكترونياً

يذهب رأي آخر إلى أن الحالات الاستثنائية التي نص عليها التقنين المدني، لا يمكن تطبيقها على العقود الإلكترونية، نظراً لحدائثة هذا النوع من العقود، فلا يمكن بذلك القول أن للعرف والعادة دوراً مهماً وفعالاً في هذا المجال، لعدم استقرار المعاملات في هذا الشأن حتى تصل إلى منزلة العرف<sup>(3)</sup>، أما فيما يتعلق بحالة إذا كان الإيجاب يتمخض لمنفعة من وجه إليه فإن هذا الأمر غير معتاد وغير مألوف في هذا النوع من العقود<sup>(4)</sup>.

### ج- الأخذ بالسكوت في المجال الإلكتروني بحذر

توسط اتجاه ثالث الاتجاهين السابقين، حيث يذهب أنصاره إلى أن هناك حالات استثنائية يجوز اعتبار السكوت فيها قبولاً إلكترونياً، لكن يجب مواجهة هذه الحالات بحذر، وهذا لصعوبة الاعتداد بالحالات التقليدية التي يشكل فيها السكوت قبولاً، فالعرف لا يلعب أي دور في مثل هذه العقود، وبالنسبة لمسألة مصلحة من وجه إليه الإيجاب فهي تعد نوعاً ما مسألة غير

(1) بن مهدي مبروكة، الرضا في العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2016، ص146.

(2) أنظر في ذلك: أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في المعاملات الإلكترونية مرجع سابق، ص219، وحامد عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص125.

(3) لزهرة بن سعيد، مرجع سابق، ص91.

(4) بن مهدي مبروكة، مرجع سابق، ص146.

مألوفة في المجال الإلكتروني، كما أن كل الظروف الاستثنائية التي كان يعتد فيها بالسكوت في النظرية العامة للعقد ويعتبر قبولا تعد ظروفًا غير مألوفة بالنسبة للتعاقد عبر الوسائط الإلكترونية<sup>(1)</sup>.

إن كان الفقه قد اختلف في مسألة مدى جواز اعتبار السكوت تعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، فمن خلال البحث في مختلف التشريعات التي تنظم المعاملات الإلكترونية لم نصادف أي نص يعتبر السكوت قبولا، وهذا ما سار إليه المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية 05/18، حيث أخذ فقط بالتعبير الصريح عن الإرادة، فقد أورد أنه يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه بصراحة، وهذا أحسن من الجانب الحمائي للمستهلك نظرا للطبيعة الخاصة للعقود الإلكترونية.

### الفرع الثاني: تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني

إن تلاقي الإرادتين هو الأساس في نشأة العقد وتحديد وقت الرابطة القانونية، فالعقد يعتبر منعقدا منذ اللحظة التي يتم فيها اقتران الإيجاب بالقبول، لكن بالنسبة للعقد الإلكتروني فإن الطرح يختلف كون هذا العقد يبرم بوسائل إلكترونية يصعب فيها تحديد مجلس العقد (أولا) الذي يساهم في سهولة تحديد زمان ومكان إبرام العقد (ثانيا).

### أولا: مجلس العقد الإلكتروني

تعتبر الشريعة الإسلامية منبثا لنظرية مجلس العقد، فقد استوحيت معظم التشريعات العربية فكرة مجلس العقد من أحكام الشريعة الإسلامية، فيرى الدكتور السنهوري أن الفقه الإسلامي قد صاغ لنظرية مجلس العقد مدى كبير من الإلتقان، فلا يطلب من المتعاقد الذي وجه إليه الإيجاب القبول فورا، بل له أن يأخذ بعض الوقت، ومن جهة أخرى لا يمكن له أن يمعن في تراخيه حتى يضر بالموجب بإبقائه مدة طويلة دون الرد على الإيجاب<sup>(2)</sup>.

وقد عرف مجلس العقد على أنه: "الإطار الزماني والمكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكما والذي ينشغلان خلاله بإبرام العقد ويتبادلان فيه التعبير عن الإيجاب والقبول بالوسائل التقليدية أو المستحدثة"، يتبين من هذا التعريف أنه قد ركز أيضا على الوسائل المستحدثة أو

(1) حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص204.

(2) عبد الفتاح محمود الكيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الأنترنت، دار الجامعة الجديدة، ب. ط.، 2011، مصر، ص52.

التي قد تظهر مستقبلاً<sup>(1)</sup>، ومنه يستنتج أن مجلس العقد يقوم على ركنين هما: الركن المادي والذي يقصد به المكان، والركن المعنوي وهو الزمان، أي الفترة الزمانية بين صدور القبول والإيجاب<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة لمكان العقد الإلكتروني اعتبرت لجنة الأونسترال أن مجلس العقد هو مكان افتراضي، لأنه يتم بواسطة تقنيات اتصال إلكترونية<sup>(3)</sup>، بينما تحديد الفترة الزمنية فيجب التفريق حسب الطريقة المستخدمة للتعاقد، ففي التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني بالكتابة مباشرة بين الطرفين ويكون الاتصال بينهما لحظياً، فإن مجلس العقد يبدأ من وقت صدور الإيجاب وبداية التفاوض ويستمر إلى غاية خروج أحد الطرفين أو كلاهما من الموقع.

أما إذا كان التعاقد غير مباشر، فإن مجلس العقد يبدأ من وقت قيام الموجب له بالإطلاع على ما هو معروض عليه، سواء كان سلعة أو خدمة، ويستمر حتى للأعراف ولحدائثه هذا النوع من التعاقد لا يوجد حتى الآن أعراف تجارية يمكن الرجوع إليها في هذا الشأن، وفي حالة إذا ما تم التعاقد عبر المواقع الإلكترونية، سواء كان عن طريق الضغط على أيقونة الموافقة أو عن طريق التنزيل عن بعد (download).

فمجلس العقد يبدأ من لحظة دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع ويستمر حتى خروج القابل منه، وفي حالة التعاقد عبر المشاهدة والمحادثة فإن مجلس العقد يبتدئ من وقت صدور الإيجاب حتى الانتهاء من المحادثة<sup>(4)</sup>، وفي هذا الشأن يثار التساؤل حول طبيعة مجلس العقد الإلكتروني إذا ما كان تعاقد بين غائبين أم بين حاضرين؟، في هذا الصدد نستعرض موقف الفقه من هذه المسألة:

(1) العيشي عبد الرحمن، ركن الرضا في العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016، ص27.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، ط1، مرجع سابق، ص362.

(3) تقضي المادة 4/15 من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، الصادر عن الجلسة العامة رقم 85 لجمعية الأمم المتحدة بتاريخ 06 ديسمبر 1996 أنه: "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ،، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ولأغراض هذه الفقرة: أ- إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية،، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة؛ ب- إذا لم يكن للمنشئ والمرسل إليه

مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد...، متوفر عبر الرابط: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

(4) خالد إبراهيم ممدوح، مرجع سابق، ص363، 364.



**الرأي الأول:** يذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن التعاقد بوسائل إلكترونية، لا يختلف عن التعاقد بالمراسلة، إلا من حيث وسيلة نقل الإيجاب والقبول، فالإيجاب يصدر في زمان ومكان مختلفان عن مكان القبول، وهناك فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب وبالتالي تنطبق عليه أحكام التعاقد بين غائبين في جميع تفاصيله، سواء من حيث زمان العقد أو مكانه أو ما بني على الاختلاف بينهما من آثار<sup>(1)</sup>.

**الرأي الثاني:** يرى عكس ما جاء به الرأي الأول، حيث يعتبرون التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين، فمفهوم مجلس العقد ينطبق على كلا من المتعاقدين في بعد المكان بينهما، ولكنهما انصرفاً إلى موضوع التعاقد دون أن يشغلهما عنه شاغل آخر، وكان بينهما اتصال مباشر، حيث يستطيعان أن يسمعا ويريا بعضهما البعض مباشرة، دون وجود أي فاصل زمني بين صدور الإيجاب أو التعبير عن القبول ووصوله إلى علم الموجب<sup>(2)</sup>.

**الرأي الثالث:** يرى هذا الجانب أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، وهذا بالنظر إلى الوسيلة المستخدمة في التعاقد، حيث هذا النوع من العقود يتم بوسائل سمعية بصرية، تسمح للمتعاقدين بالوجود في مجلس عقد واحد حكمي افتراضي من حيث الزمان، لكنهما متباعدان من حيث المكان.

وقد تم انتقاد هذا الرأي على أساس عدم قبول تجزئة مجلس العقد، حيث أن هذا الأخير يتطلب وحدة المكان والاستمرار الزمني المتصل، كما أنه لا يوجد مجلس عقد مختلط، فإما يكون حكمي أو حقيقي، بالإضافة إلى أن تجزئة ركني مجلس العقد أي المكان والزمان فإنه يؤدي إلى تجزئة الأحكام القانونية المطبقة على مجلس العقد الواحد<sup>(3)</sup>.

**الرأي الرابع:** يرى أنه نظراً للإمكانيات المذهلة لشبكة الانترنت، يجب التفريق بين مختلف استخداماته فإذا تم استخدام الانترنت بطريقة تسمح بنقل الصوت فقط، فالتعاقد في هذه الحالة من خلال الصوت فقط يعد تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان شأنه في ذلك شأن التعاقد عن طريق الهاتف.

(1) بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الأنترنت، عالم الكتب الحديث، 2004، الأردن، ص 81.

(2) عبد الفتاح محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 52.

(3) أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أحمد درارية، أدرار، 2017، 2018، ص 107.

أما في حالة استخدام وسيلة تسمح بالكتابة والمراسلة كالبريد الإلكتروني، فإنه في حالة إذا ما كان هناك تبادل للرسائل بصورة فورية مباشرة، بحيث لا يكون هناك أي فاصل زمني بين الإيجاب والقبول أو كان فاصل لا يكاد يذكر، فإنه يعتبر تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، أما في حالة وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول بحيث لا يتم الرد عن الرسالة بصورة فورية فإنه يعد تعاقدًا بين غائبين، أما بالنسبة لاستخدام الانترنت بطريقة تتيح الكتابة والصوت والصورة معا فنكون أمام تعاقد بين حاضرين (1).

إن معظم الاختلافات قد أخذت بمعيار الزمن للتمييز فيما إذا كان في التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين أم تعاقد بين غائبين، ومنه فإنه في حالة التعاقد بين حاضرين لا توجد أي فترة زمنية بين الإيجاب والقبول، أما في عكس ذلك فهو تعاقد بين غائبين (2).

### ثانيا: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

إن أهمية تحديد زمان انعقاد العقد تكمن في اللحظة التي لا يستطيع فيها الموجب أن أو أن يتراجع عن إيجابه، وكذلك في اللحظة التي لا يحق فيها للقابل العدول أو الرجوع عن قبوله، وأيضا تتجلى أهمية هذه المسألة في أنها الوقت الذي يبدأ فيه العقد بترتيب أثاره، وهي بداية سريان مدة تقادم الالتزامات المترتبة عن العقد، أما بالنسبة لمسألة مكان إبرام العقد فدورها هام في تحديد الاختصاص القضائي والمحكمة المختصة بالنظر في النزاعات القائمة منه (3).

### 1- زمان إبرام العقد الإلكتروني

ينعقد العقد في القواعد العامة في الوقت الذي يتم فيه تلاقي الإرادتين، أما بالنسبة للعقد الإلكتروني فإنه يثير بعض الصعوبات، تكمن في تحديد زمان وصول القبول أو الإيجاب إلى الطرف الآخر، فعند التعبير عن إرادة القابل بالضغط على أيقونة الموافقة، فإن هذه الإرادة تنتقل عبر ترددات كهربائية يتم تشفيرها إلى ومضات إلكترونية، تصل إلى جهاز المرسل إليه وبالتالي يصعب تحديد وقت وصول هذه الومضات إلى الطرف الآخر (4)، وقد اختلف الفقهاء في مسألة تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني، حيث ظهرت أربع نظريات يتم بيانها كالتالي:

(1) عبد الفتاح محمود الكيلاني، مرجع سابق، ص 54.

(2) أرجيلوس رحاب، المرجع نفسه، ص 108.

(3) مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الأنترنت، دار الكتب القانونية، ب. ط.، 2010، ص 207، 209.

(4) مقتبس عن: أرجيلوس رحاب، مرجع سابق، ص 109.

### أ- نظرية إعلان القبول

يرى أنصار هذه النظرية أن زمان انعقاد العقد يتمثل في اللحظة التي يقوم فيها القابل بإعلان قبوله، ففي حالة تلقي أحد المستهلكين إيجاباً إلكترونياً من متجر إلكتروني ووجد أن العرض الموجود في الإيجاب مناسب له، وعبر عن ذلك عن طريق رسالة قبول إلكترونية فإن الإرادتين قد تطابقتا، وينعقد العقد حتى قبل الضغط على زر الإرسال وفقاً لهذه النظرية (1).

وأخذ على هذه النظرية أن الإرادة لا يمكن لها التعبير عن نفسها بنفسها، بل لا بد من وجود وسيلة لإيصال هذه الإرادة، فلا يمكن أن تنتج الإرادة المنفردة، أي أثر قانوني وحدها، حيث يجب وجود إرادة أخرى مماثلة لها ومتجانسة معها، حتى تستطيع إنتاج أثر قانوني واعتراض كذلك على هذه النظرية في أنه يترتب على الأخذ بها صعوبة إثبات القبول فالرسالة المتضمنة للقبول ليس لها أي وجود إلا في جهاز الشخص القابل (2).

### ب- نظرية تصدير القبول

تتفق هذه النظرية مع نظرية إعلان القبول، إلا أنه في نظرها لا يكفي الإعلان عن القبول وحده، بل يتطلب زيادة عن ذلك إرسال وتصدير القبول إلى الموجب، فطبقاً لهذه النظرية ينعقد العقد الإلكتروني في الوقت الذي يضغط فيه القابل على زر الإرسال الذي يصدر قبوله إلى الموجب، فهذه النظرية تقتضي حصول واقعة مادية تتمثل في تصدير القبول زيادة على إعلانه حتى يكون نهائياً ولا رجعة فيه، وذلك بالخروج الفعلي للقبول من يد القابل وانفصاله عنه (3).

واعترض على هذه النظرية، من حيث أنه من الممكن حدوث خلل أو عطب في الأجهزة الإلكترونية، أثناء إرسال القبول، وهذا ما يترتب عدم وصوله إلى الموجب، في حين أن القابل يبقى منتظراً للتصرف المقابل والذي يرجوه من الموجب، إلا أن هذا الأخير لا يعلم بقبوله ويؤخذ عليها أيضاً أنها لا تتلاءم مع العقود الإلكترونية، ذلك أنها تأخذ وقتاً بين التعبير عن القبول واستلامه من الموجب، بينما التراضي في العقود الإلكترونية يتميز بالسرعة التي تلغي الفوارق الزمنية، فيكفي فيها الضغط على الزر ليصل قبول الشخص في حينه للموجب (4).

(1) محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2009، لبنان، ص212.

(2) محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص70.

(3) مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص318، وعبد الفتاح محمود كيلاني، مرجع سابق، ص58.

(4) محمد فواز المطالقة، المرجع نفسه، ص71، ومحمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص246.

### ج- نظرية تسلم القبول

تقتضي هذه النظرية لانعقاد العقد الإلكتروني، أن يتسلم الموجب الرسالة التي تتضمن قبول الموجب له، ودخولها إلى نظام المعلومات الخاص به حتى ولو لم يطلع عليها، أي أن العقد ينعقد في هذه الحالة، في ذلك الوقت الذي ندخل فيه رسالة القابل إلى صندوق الرسائل الواردة للبريد الإلكتروني الخاص بالشخص الموجب، وهذا دون الأخذ في الحسبان العلم الفعلي بمحتوى القبول الإلكتروني، ودعم أنصار هذا الرأي، بإمكانية إعمال هذه النظرية على التعاقد الإلكتروني، وذلك لأنه من شأنها تسهيل إثبات وصول القبول الإلكتروني إلى الموجب، ما دام لا يستطيع القابل استرداد الرسالة من صندوق البريد الإلكتروني للموجب قبل أن يطلع عليها<sup>(1)</sup>.

أنقذت هذه النظرية على أساس أنه في كثير من الأحيان تظهر على الشاشة رسالة تأكيد من مقدم خدمة البريد الإلكتروني تفيد بأنه تم إرسال الرسالة المتضمنة للقبول بنجاح لكن يعود بعد مدة قد تقصر أو تطول ليرسل بريدا إلكترونيا إلى القابل يعلمه فيه بتعذر وصول بريده الإلكتروني إلى العنوان الإلكتروني للموجب، وبالتالي فإن رسالة تأكيد الاستلام ليست أمرا قطعيا، فقد يقوم الشخص القابل بإغلاق جهازه أو الانتقال لموقع آخر، وفي ذهنه أنه قد تم إرسال الرسالة، ولا يعلم أن عملية الإرسال قد فشلت إلا بعد عودته لتفحص بريده الإلكتروني.

إن هذه النظرية لا تعتبر ملائمة لطبيعة التعامل الإلكتروني، رغم أنها توفر مجموعة من الحلول العملية وحاولت تخطي العيوب الموجهة للنظريات التي سبقتها، على أساس أنه بمجرد استلام البريد الإلكتروني، يعتبر القبول نهائيا ولا يمكن للقابل سحبه من الصندوق الخاص بالموجب، على اعتبار أن العقد أنتج آثاره القانونية، ما يعني أنه لا توجد أي إمكانية للعدول عن القبول، وهذه الفكرة ليست صحيحة، لأنه يمكن للقابل استرداد الرسالة من صندوق البريد الإلكتروني للموجب قبل أن يطلع عليها، باستخدام برنامج مايكروسوفت أوت لوك Outlook.

تم توجيه انتقاد آخر لهذه النظرية، حيث تم اعتبارها غير ملائمة تماما لفرضية وجود قبول ضمني، وهذا الفرض يمنع من انعقاد العقد إلا إذا توصل العلم بالقبول إلى الموجب قبل علم الموجب، يمكن لهذا الأخير سحب إيجابه في المدة المحددة، أو بعد مرور أجل معقول وهذا ما يرتب عدم علم القابل بهذا السحب، ويبدأ في تنفيذ عقد لم يبرم بعد<sup>(2)</sup>.

(1) أمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص183.

(2) تناول هذا الرأي العيشي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص229.

#### د - نظرية العلم بالقبول:

تقتضي هذه النظرية أن انعقاد العقد يتم في اللحظة التي يتم فيها علم الموجب بالقبول، وهي ذات اللحظة التي يقترن فيها الإيجاب بالقبول، فأساس ذلك أن التعبير لا ينتج أثره إلا عند وصوله بعلم من وجه إليه، وحتى يمكن لأنصار هذه النظرية التغلب على صعوبة إثبات علم الموجب بالقبول، اعتبروا أن وصول القبول إلى الموجب هو قرينة لعلم هذا الأخير به ويجوز إثبات عكس هذه القرينة بجميع طرق الإثبات، ويمكن للموجب أن يثبت عدم علمه بالقبول وبالتالي لا يعتبر العقد قد تم بمجرد وصول القبول<sup>(1)</sup>، وتجدر الإشارة إلا أن المشرع الجزائري قد أخذ بهذه النظرية في النظرية العامة للعقد، حيث جاء في المادة 67 ق. م. ج.: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول..."<sup>(2)</sup>. وأخذ على هذه النظرية أن علم الموجب بالقبول ليس شرط لانعقاد العقد الإلكتروني، بل هو شرط لزوم ونفاذ، وعليه فهذه النظرية لا تصلح لأن تكون معيار يحدد وقت انعقاد العقد الإلكتروني، فيصعب الأخذ بها في هذا المجال<sup>(3)</sup>.

#### هـ - نظرية تأكيد وصول القبول:

تعتبر هذه النظرية حديثة العهد، حيث ظهرت بظهور التعاقد الإلكتروني، وتقتضي أنه ينعقد العقد الإلكتروني، في اللحظة التي يتم فيها تأكيد القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب وذلك بعد تمكنه من مراجعة قبوله، وتصحيح الأخطاء المحتملة<sup>(4)</sup>، وقد أخذت بهذه النظرية العديد من التشريعات، حيث أخذ التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 بشأن التجارة الإلكترونية بهذه النظرية، حيث يتبين ذلك من خلال نص المادة 5: "يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يستلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله"، وبهذا يكون التوجيه الأوروبي قد حدد وقت إبرام العقد باستلام تأكيد من مقدم خدمة الانترنت مرسل من القابل بصحة القبول.

(1) أنظر في ذلك: مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 322.

(2) أنظر: المادة 67 ق. م. ج.

(3) أرجيلوس رحاب، مرجع سابق، ص 112.

(4) أرجيلوس رحاب، نفس المرجع، ص 113.

أخذ المشرع المصري بهذا الرأي في مشروع قانون التجارة الإلكترونية في المادة 02 حيث نص على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك، ويعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول<sup>(1)</sup>."

## 2-مكان إبرام العقد الإلكتروني

طبقاً للقواعد العامة وحسب نص المادة 67 ق. م. ج. فإنه يتحدد مكان إبرام العقد الذي يكون بين غائبين مع الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول أو الوقت الذي يصل إليه القبول فيه، على أساس أن وصول القبول قرينة على العلم به، وحسب النظرية التقليدية فإن تحديد مكان إبرام العقد يتبع تحديد زمان إبرامه، أما بالنسبة للعقود الإلكترونية فإن الأمر يصعب في تحديد مكان إبرام العقد، وتكمن هذه الصعوبة في تحديد مكان استقبال الرسالة الإلكترونية لأن هذه الأخيرة تتم في فضاء إلكتروني يصعب تحديد نطاقه.

وضع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونسترال قاعدة خاصة بالنسبة لهذا المجال حيث جاء في الفقرة 4 من المادة 15 أنه: "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه<sup>(2)</sup>، وحسب هذا القانون فإن مكان إبرام العقد الإلكتروني هو المكان الذي اتفق عليه أطراف العقد فإذا لم يتفقا على ذلك، فقد جعل مكان إبرام العقد هو مقر عمل المرسل إليه، وفي حالة تعدد مقرات عمل الشخص المرسل إليه، فإن إبرام العقد يكون في المكان الذي له صلة بالمعاملة محل العقد، وإذا لم يوجد ذلك فيكون المكان هو مقر العمل الرئيسي للمرسل إليه أو في حالة انعدام مقر عمل المرسل إليه يكون محل إقامته المعتاد هو مكان إبرام العقد الإلكتروني."

وقد سارت في نفس السياق معظم التشريعات العربية، حيث جاءت المادة 18 من القانون الأردني المتعلق بالمعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001، متطابقة تمام مع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وكذلك اتجه في هذا الشأن كل من المشرع

(1) لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 117، 116.

(2) ولأغراض هذه الفقرة: - إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل هو الذي أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة؛ - إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يثار من ثم إلى محل إقامته المعتاد، أنظر المادة 15 من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، السابق الذكر

البحريني ومشروع إمارة دبي، حيث أضافا كلاهما فقرة تتعلق بالشخص الاعتباري، حيث نص المشرع البحريني في الفقرة 3 من المادة 15 على أنه: "يعتبر مقر إقامة الشخص الاعتباري هو المكان الذي أسس فيه"، أما قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية فقد نص في الفقرة 5 من المادة 17 أنه: "مقر الإقامة المعتاد فيما يتعلق بالشخص الاعتباري، يعني مقره الرئيسي، أو المقر الذي تأسس فيه".

أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد تناول عنوان البائع في المادة 28 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، حيث نصت المادة على أنه: "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"، ولم يبين النص ما هو المقصود بعنوان البائع وما هو الحل فيما لو كان للبائع أكثر من عنوان<sup>(1)</sup>.

يتبين من نصوص التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية، أن العقد الإلكتروني ينعقد في المكان والذي يقع ضمن النطاق الإقليمي لمقر عمل الطرف الموجب، دون إعطاء أية أهمية لمكان نظام البيانات الذي يتم من خلاله إرسال الرسائل التي تعبر عن إرادة طرفي العقد وهذا لأن نظام بيانات شبكة الانترنت هو نظام عالمي لا يمكن إدراجه في نطاق محدود أو بحصر مكان إرسال البيانات لتمكن المرسل من إرسال البيانات في أي موقع من العالم فالأساس في التعامل مع هذه الشبكة يتم عن طريق مفاتيح الإدخال والرمز الشخصي للمستخدم، مما لم يعد يشكل أهمية لتحديد مكان تلقي وإرسال البيانات<sup>(2)</sup>.

وقد اعتبر البعض أن مكان إبرام العقد الإلكتروني هو مقر عمل الموجب، كما يمكن كذلك الأخذ بمحل إقامة المستهلك كمكان لإبرام العقد الإلكتروني ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، حيث أن التشريعات الخاصة بحماية المستهلك تنص على أن عقود الاستهلاك الإلكترونية تعتبر قد أبرمت في محل إقامة المستهلك<sup>(3)</sup>، وعلى ما نرى فإن الأخذ بمحل إقامة المستهلك كمكان لإبرام العقد هو الأجدر بالإتباع كونه يكرس حماية أكثر فاعلية لحقوق المستهلك الإلكتروني.

(1) لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص120.

(2) محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 75.

(3) لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص121.

## المبحث الثاني: حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك الإلكتروني

إن المستهلك الإلكتروني يرتبط بالموارد الإلكتروني، بناء على علاقة تعاقدية يهدف منها للحصول على سلع أو خدمات، والمفروض أنه يتعاقد برضا مستتير وصحيح، لكن قد يلجأ المورد الإلكتروني بسبب من الأسباب إلى جعل إرادة المستهلك الإلكتروني معيبة بعيب من عيوب الإرادة، وبالتالي يقدم على التعاقد دون أن تكون إرادته سليمة، وقد يتبين أثناء إبرام العقد أن العلاقة بين طرفيه ليست متوازنة، لأن المورد الإلكتروني شخص خبير في المجال عكس المستهلك الإلكتروني، وهذا ما يمكنه من إتمام شروط على المستهلك.

مما سبق سيتم دراسة دور نظرية عيوب الإرادة في توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني (المطلب الأول)، وفي (المطلب الثاني) آليات مواجهة الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد التجارة الإلكترونية.

### المطلب الأول: دور نظرية عيوب الإرادة في حماية المستهلك الإلكتروني

لكي ينعقد العقد صحيحا فإنه يتطلب سلامة التراضي ولكي يكون كذلك يجب أن يصدر التعبير عن الإرادة من شخص أهل للتعاقد، ومما لعقود التجارة الإلكترونية من خصوصية في طرق إبرامها فإنها لا تسمح من شخصية المتعاقد الآخر ولا التحقق من أهليته، إذ أنها تبرم بوسائل تصعب لكلا طرفيها تحقيق هذا الأمر، لذا وجب التطرق إلى موضوع الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية وتبيان سبل التحقق منها (الفرع الأول).

أيضا لا يكفي وجود الأهلية وحدها في شخص المتعاقد إلكترونيا، بل يجب أن تكون إرادته سليمة من أي عيب يشوبها، ولأن نظرية عيوب الإرادة تلعب دورا هاما في مجال المعاملات الإلكترونية، كما تساهم في حماية رضاء المستهلك الإلكتروني (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية

تعرف الأهلية بوجه عام أنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية وتقسّم إلى نوعين هما: أهلية الوجوب التي هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وما عليه، ويثبت هذا النوع للإنسان منذ ولادته حيا إلى غاية وفاته، ويمكن أن يكتسبها الجنين في بطن أمه، أما النوع الثاني فهو أهلية الأداء والتي تهمننا في هذا المجال، إذ أنها قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية والتعبير عن إرادته



تعبيراً منتجا لأثاره القانونية، وتتطلب هذه الأهلية الإدراك والتمييز<sup>(1)</sup>، وعليه سنتحدث في هذا الفرع عن خصوصية الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية (أولاً)، كما سيتم تبيان الحلول القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني القاصر (ثانياً)

### أولاً: خصوصية الأهلية في عقود التجارة الإلكترونية

يمكن التحقق من هوية المتعاقد وحقيقة تمثيله في العقود الكلاسيكية بعدة وسائل، في حين يصعب الأمر بالنسبة للعقود الإلكترونية، إذ أن الوسائل المستخدمة للتعاقد في هذا المجال تجعل من مسألة التحقق من الأهلية أمراً صعباً، نظراً لتسارع التكنولوجيا، وكذا للطبيعة الخاصة لمجلس عقدها الذي يكون افتراضياً، وهذا ما يسمح بانتشار الغش والتحايل.

تعد مسألة الأهلية في مجال العقود الإلكترونية ضماناً للثقة في التعامل، إذ يطالب طرفي العقد الإلكتروني بضمانات تفادياً للريب عند التعاقد بطريقة افتراضية، فهذه الأخيرة تثير الشك في شخصية الطرف الثاني المتعاقد معه، ومدى الاعتداد بأهليته<sup>(2)</sup>، فقد يكون المتعاملين عبر الانترنت ناقصي أو فاقد الأهلية<sup>(3)</sup>، وتطبيقاً لنظرية الظاهر، يرى البعض أنه يجب ترجيح مصلحة المهني وعلى سبيل المثال في حالة ما إذا سرق قاصر البطاقة المصرفية الخاصة بأحد والديه وقام باستعمالها في التعاقد مع تاجر، فيتعين حماية مصلحة هذا الأخير وعدم السماح بإبطال العقد لنقص أهلية المتعاقد معه، ويجوز لهذا التاجر أو مقدم الخدمة التمسك بأن القاصر قد توافر معه مظهر صاحب البطاقة المصرفية، ومن ثمة مظهر الشخص الراشد، كما يستطيع أيضاً الرجوع على القاصر في إطار قواعد المسؤولية التقصيرية<sup>(4)</sup>،

وهذا ما أخذ به المشرع المصري في المادة 119 من القانون المدني المصري حيث جاء فيها: "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ لطرق احتيالية ليخفي نقص أهليته"، وهذا ما أكده أيضاً المشرع الفرنسي في التعديل

(1) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات، العقد والإرادة المنفردة، ط2، دار الهدى، الجزائر، 2008/2007، ص157، وهمام محمد محمود، محمد حسين منصور، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون، الإلتزامات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص163.

(2) حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص212.

(3) إلياس ناصيف، العقود الدولية، (العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 2009، ص125.

(4) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص113.

الأخير للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016، حيث تناول في المادة 1149 منه أنه: "يمكن إبطال العقود التي يقوم بها القاصر بسبب الغبن غير أن البطلان لا يقع إذا كان الغبن نتيجة حادث غير ممكن توقعه، ولا يكفي مجرد تصريح القاصر بأنه راشد على تقرير البطلان"<sup>(1)</sup>.

وقد اتفق الفقه الإسلامي مع النصوص السابقة، حيث يرون أنه في حالة استخدام القاصر لطرق احتيالية دفعت المتعاقد الآخر حسن النية إلى التعاقد معه، فإن العقد يكون موقوفاً على إجازة للولي أو الوصي أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد، وهذا مع المتعاقد الآخر في الرجوع عليه بالتعويض عن ماله إذا ترتب على فسخ العقد الإضرار به<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: الحلول القانونية لحماية المستهلك الإلكتروني القاصر

تقتضي القواعد العامة بقبالية العقود التي يبرمها القاصر للإبطال، وهذا لاعتبارها تصرفات مالية دائرة بين النفع والضرر، وفي تطبيق ذلك على العقود الإلكترونية فإن إبرام المستهلك القاصر لعقد من أجل اقتناء سلعة أو الحصول على خدمة من خلال شبكة الانترنت سواء تم هذا التعاقد باستخدام البريد الإلكتروني أو من خلال مواقع الويب أو من خلال المحادثة المباشرة فإن هذا العقد يكون قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر، وعليه يكون للمستهلك القاصر الحق في طلب إبطال العقد ويقتصر هذا الحق على المستهلك وحده دون التاجر<sup>(3)</sup>.

وقد ميزت عدة تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية على غرار القانون الفرنسي والإنجليزي، بين العقود اليومية الاعتيادية كسواء الألعاب أو الكتب وبين التصرفات الخارجة عن النطاق اليومي الاعتيادي، والتي تتم بواسطة بطاقة ائتمان أحد والديه أو توقيعه الإلكتروني فيكون ملزماً في هذه الحالة بالعقد الذي أبرم كما لو كان هو من أبرمه.

أقر القضاء الفرنسي بأن القاصر غير المأذون له لا يحتاج لمن يمثله عند شراء حاجياته العامة اليومية، خصوصاً إذا تعلق الأمر بمشتريات ذات قيمة بسيطة كما تكون المشتريات محل الغبن موضوع دعوى فسخ بناء على طلبه، وقد سار في هذا النهج القانون الإنجليزي

(1) « Les actes courants accomplis par le mineur peuvent être annulés pour simple lésion. Toutefois, la nullité n'est pas encourue lorsque la lésion résulte d'un événement imprévisible. La simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation. Le mineur ne peut se soustraire aux engagements qu'il prit dans l'exercice de sa profession ».

(2) مندي عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، ط1، دار الفكر الجامعي، 2010، مصر، ص168.

(3) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص474، 475.

الذي يفرق بين نوعين من العقود التي يبرمها القاصر، فقد قسمها إلى نوعين عقود ضرورية لشراء الكتب والبرامج التعليمية، فتخضع للأصل العام في إبطالها بمقتضيات النظام العام.

إذا ارتكب المستهلك القاصر غش يؤدي لإخفاء نقص أهليته، فإنه يبقى من حق التاجر استرداد البضاعة إذا لم تكن ضرورية للقاصر ولا يجوز للتاجر الرجوع على القاصر بدعوى المسؤولية، وهذا لأن القضاء الإنجليزي يرى في ذلك إلزاماً لناقص الأهلية بالعقد بصورة غير مباشرة<sup>(1)</sup>، في وقت تركت التشريعات العربية مسألة الأهلية إلى القواعد العامة.

ويبدو لنا مما سبق أن المشرع الجزائري قد حاول تجنب أي إشكال يمكن أن يثار في شأن أهلية المورد الإلكتروني، باعتبار أنه يخضع للتسجيل في السجل التجاري، ويكون ضمن قائمة معدة مسبقاً تسمى بالبطاقة الوطنية للموردين الإلكترونيين، وهذه الأخيرة يمكن للمستهلك الإلكتروني الإطلاع عليها في أي وقت، وهذا ما يؤكد بالضرورة تمتع المورد الإلكتروني بالأهلية القانونية، لكن على النقيض وجب إدراج نصوص أخرى تسهل للمورد الإلكتروني التحقق من أهلية المستهلك المتعاقد معه.

أوردت معظم التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية نصوص قانونية تلزم التاجر الإلكتروني بتحديد هويته في سبيل حماية المستهلك الإلكتروني، وعلى غرار قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي تناول مسألة تأكيد هوية طرفي العقد في المادة 13<sup>(2)</sup> منه، وكذلك التوجيه الأوروبي رقم 7/97 بشأن البيع عن بعد، فوفقاً لنص المادة 1/4 منه يلزم عند إبرام العقد عن بعد عبر تقنيات الاتصال تحديد هوية الأطراف المتعاقدة بما في ذلك بيان الأهلية القانونية، وأيضاً التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 بشأن التجارة الإلكترونية الذي ألزم بضرورة تحديد كافة العناصر المحددة للهوية بما في ذلك الأهلية القانونية<sup>(3)</sup>.

وفي إطار الحلول القانونية، تجدر الإشارة إلى أن معظم القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية نصت على ضرورة تحديد هوية التاجر الإلكتروني، وهذا بغية تحقيق حماية أكبر للمستهلك الإلكتروني فقد نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 11 من ق. ت. إ. في

(1) D'Auzon olivier, le droit du commerce électronique, édition du puits fleuri, 2004, p34,

كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص479، عجالي بخالد، مرجع سابق، ص210، 211.

(2) المادة 13 من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، السالف الذكر: "تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه...".

(3) لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص97.

البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها العرض التجاري الإلكتروني، منها رقم التعريف الجبائي والعناوين المادية والإلكترونية ورقمي الهاتف والسجل التجاري...، زيادة على البطاقة الوطنية للموردين الإلكترونيين المسجلين في السجل التجاري المتاحة للمستهلك الإلكتروني.

يبدو مما سبق أن مشكل تحديد الأهلية أو مدى إمكانية التحقق منها، هو أمر طبيعي إذا ما نظرنا إلى طبيعة عقود التجارة الإلكترونية وطرق إبرامها، ورغم سعي التشريعات إلى سن نصوص تكفل الحماية لطرفي العقد، إلا أن هذا لا يمنع من وجود التحايل في هذا المجال خصوصاً وأن أغلب مرتادي الانترنت هم قصر، قد يعمدون إلى إخفاء نقص أهليتهم وإبرام عقود ليتذرعوا بعدها بحقهم في طلب الإبطال<sup>(1)</sup>.

وبما أنه لا يوجد أي حلول تقنية لمسألة التأكد من الأهلية في العقود الإلكترونية كون هذه المسائل فنية ودقيقة تحتاج لعلماء في التقنية مختصين في المجال، لإيجاد تقنيات متطورة تساهم في حل هذا المشكل، ورغم عدم وجود تقنيات حاسمة في هذا المجال حتى الآن، لكن هناك وسائل احتياطية وتحذيرية يمكن استخدامها<sup>(2)</sup>، نتناولها كما يأتي:

### 1- اللجوء إلى البطاقات الإلكترونية الذكية

تعرف البطاقة الإلكترونية الذكية بأنها بطاقة بلاستيكية ذات مقاييس ومواصفات معينة حيث تحتوي على مجموعة من الرقائق الإلكترونية الذكية، وتعتبر فائقة القدرة على التخزين حيث يمكن من خلالها تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل: الاسم، السن، محل الإقامة، المصرف المتعامل معه، وكذلك جميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقة، وتتمتع بحماية خاصة ضد كل أشكال التزوير أو التزيف أو سوء الاستخدام من الغير<sup>(3)</sup>.

كما أنها تشبه البطاقة الإلكترونية الذكية الحاسوب المحمول حيث يتم فيها تخزين كافة المعلومات الشخصية، وهذا حتى يمكن التحقق والتعرف على أهلية مستخدمها، وإن كانت صعوبة التأكد تكمن فيما يطرأ من بيانات جديدة لمستخدمها وغير مخزنة فيها<sup>(4)</sup>.

(1) لزهرة بن سعيد مرجع سابق، ص 97.

(2) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، ط2، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص 157.

(3) محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 141.

(4) مقتبس عن: أرجيلوس رحاب، مرجع سابق، ص 92.

وجدير بالذكر أن هذه البطاقات تحتوي على عدة عناصر تسمح بحمايتها من التزوير أو سوء الاستخدام في حالة سرقتها أو ضياعها، وهذا لطبيعة اللدائن المستخدمة في صناعتها فهي محمية من محاولة التقليد، لأنها تحتوي على شريط ممغنط وصورة فوتوغرافية لصاحبها، بالإضافة إلى رقم سري خاص بها، وتستخدم هذه البطاقات بكثرة في الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية واليابان، ويمكن استخدامها كبطاقة هوية فضلا عن استخدامها الأصلي كبطاقة إلكترونية تشحن وتفرغ بالمال<sup>(1)</sup>، رغم كل الوسائل الاحتياطية والعناصر التي توفرها هذه البطاقات من حماية، إلا أن هناك من ابتدع طرق غير مشروعة لاختراقها عن طريق أساليب القرصنة الإلكترونية والاستيلاء على بيانات أصحابها وأموالهم<sup>(2)</sup>.

## 2- اللجوء إلى جهات التصديق الإلكتروني

يمكن أن يلجأ أطراف العقد المبرم عبر تقنيات الاتصال الإلكترونية للاستعانة بوسيط إلكتروني، يتمثل في طرف ثالث محايد، يسمى بجهات التصديق الإلكتروني أو سلطات الإشهار، يتولى هذا الطرف مهمة تنظيم العلاقة بين أطراف العقد الإلكتروني، وهذا عن طريق التأكد من هوية الطرفين وكذا أهليتهم القانونية، بعدها يقوم بإصدار شهادة تصديق تتضمن كافة المعلومات والبيانات الخاصة بأطراف العقد الإلكتروني<sup>(3)</sup>.

تطرق العديد من القوانين إلى شهادة التصديق الإلكترونية، حيث صدر في الجزائر القانون رقم 04-15 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين حيث عرفها بموجب المادة 02 أنها: "وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع"، كما قام ببيان أوصافها في المادة 15<sup>(4)</sup> من نفس القانون.

(1) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، ط2، مرجع سابق، ص157.

(2) إلياس ناصيف، العقود الدولية، مرجع سابق، ص128.

(3) بن مهدي مبروكة، الرضا في العقد الإلكتروني، مذكرة سابقة، ص86.

(4) جاء في المادة 15: "شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة هي شهادة تصديق إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية:

1) أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات تصديق إلكتروني، طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني الموافق عليها؛

2) أن تمنح للموقع دون سواه؛

3) يجب أن تتضمن على الخصوص: أ) إشارة تدل على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة؛ ب) تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له المصدر لشهادة التصديق الإلكتروني وكذا البلد الذي يقيم فيه؛ ج) اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته؛ د) إمكانية إدراج صفة خاصة للموقع عند الاقتضاء، وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني،..، القانون 04-15

كما تطرقت لشهادة التصديق الإلكترونية، عدة تشريعات أخرى خاصة بشأن المعاملات الإلكترونية، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية، وذلك بإنشائه الوكالة الوطنية للمصادقة، بموجب المادة 8 منه، وقام بتنظيم أهداف واختصاصات هذه الوكالة في المواد من 9 إلى 24 من نفس القانون، وكذا القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الإلكترونية، حيث نص في المادة 02 منه على إجراءات التوثيق وعرف شهادة التوثيق في نفس المادة<sup>(1)</sup>، وتمثل وظيفة جهات التصديق، كما أشار إليه قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في عملية التصديق على التوقيع الإلكتروني، فهي تقوم بمنح شهادة تفيد بأن التوقيع الموضوع على الوثيقة أو الدعامة الإلكترونية هو فعلاً لشخص كامل الأهلية<sup>(2)</sup>.

### 3- الوسائل التحذيرية

تعتبر من أكثر الوسائل استخداماً في الوقت الحالي، حيث تقوم هذه الأخيرة بوضع تحذيرات على شبكة الانترنت تنبه الوسائل التحذيرية بعدم الولوج إلى موقع ما، إلا من شخص يتوافر على الأهلية القانونية، حيث يلتزم الشخص قبل الدخول إلى الموقع بالإفصاح عن هويته وسنه، وهذا من خلال ملاء نموذج معلومات معروض من طرف الموقع، فإذا كان للشخص أهلية قانونية يسمح له بالدخول للموقع وإبرام العقود، أما في حالة عدم ملاء هذه البيانات أو اتضاح عدم أهلية الشخص، فإنه لا يسمح له بالدخول إلى الموقع وبالتالي عدم إبرام العقود.

كما يوجد نماذج للعقود على الانترنت تمنع التعاقد مع الفئات غير المرغوب فيها، كأن تتضمن بنوداً صريحة بضرورة توافر الأهلية القانونية الكاملة في العميل وإلا فلن يبرم العقد ورغم استعمال هذه الوسائل التحذيرية بكثرة إلا أنها تكون محفوفة بالمخاطر، فقد يقوم المستخدم بالإدلاء ببيانات تخالف حقيقة أهليته، وهذا ما يتطلب ضرورة تضافر جهود المختصين في المجال، لإيجاد حلول لهذه المشكلة<sup>(3)</sup>.

---

يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين المؤرخ 20 ربيع الثاني عام 1436 الموافق ل 01 فبراير 2015، ج. ر. ع. 06، الصادرة بتاريخ 10 فبراير 2015.

(1) بن مهدي مبروكة، مذكرة سابقة، ص 87.

(2) عجالى بخالد، مرجع سابق، ص 213.

(3) بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014/2015، الجزائر، ص 131.

## الفرع الثاني: خصوصية عيوب الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية

عموماً، لا تختلف نظرية عيوب الإرادة بالنسبة للتعاقد عبر الوسائل الإلكترونية عن تلك الموجودة في النظرية التقليدية للعقود، لذلك فإن ما يطبق على عيوب الإرادة في العقود التقليدية، يطبق على عقود التجارة الإلكترونية، فعيوب الإرادة في العقود الإلكترونية ماهي إلا أمثلة تستوعبها النظرية التقليدية، وقد تناول المشرع الجزائري عيوب الإرادة في النظرية العامة للعقد في المواد من 81 إلى 91 وهي الغلط (أولاً)، التدليس (ثانياً)، الإكراه (ثالثاً)، الاستغلال والغبن (رابعاً)، وعليه سنحاول إسقاطها في مجال عقود التجارة الإلكترونية.

### أولاً: الغلط في عقد التجارة الإلكترونية

غالباً ما يكون الغلط في العقود الإلكترونية نتيجة لعدم خبرة المستهلك الإلكتروني أو عدم احترافه في المعاملات الإلكترونية وخصوصاً في الأشياء ذات التقنية المتطورة، وتعتبر هذه الصفة من القرائن التي يستعين بها قاضي الموضوع في تقرير مدى توفر الغلط في حق المتعاقد، وعلى النقيض يصعب قبول الغلط من متعاقد يمتلك خبرة واحترافية في المجال الذي تعاقد بشأنه كما يقع الغلط في العقود الإلكترونية بسبب العرض الناقص للمنتجات كوجود عرض غير واضح وغير مفهوم ما يؤدي غلى الوقوع في غلط، بشأن المنتج المعروض ويصعب إثبات هذا الغلط، لإمكانية العارض في تغيير محتوى العرض بوسيلة إلكترونية، فهذه التقنية لا تترك أي أثر مادي ملموس<sup>(1)</sup>.

وعيب الغلط في عقود التجارة الإلكترونية أمر من المتصور حدوثه، فتوهم المستهلك الإلكتروني بأن المتعاقد الآخر معروف لديه وهذا الأخير يقوم بصنع منتجاته بيديه، وأنه ينوي التعاقد معه بناء على خبرته ومهارته، ليتضح بعد ذلك أنه يقوم بالتعاقد مع شخص آخر غير معروف بسبب تشابه الأسماء أو بسبب تشابه الموقع الذي يعرض نفس السلعة، ومنه يمكنه طلب إبطال العقد بسبب الغلط، ومثال ذلك أيضاً طلب شخص استئجار سيارة من إحدى الشركات العالمية عبر الانترنت، فتقوم الشركة بإرسال السيارة المطلوبة مصحوباً معها عقد البيع، فهنا يقع العقد باطلاً لحصول غلط في ماهية العقد<sup>(2)</sup>.

(1) أرجيلوس رحاب، مرجع سابق، ص 94.

(2) علاء عمر محمد الجاف، مرجع سابق، ص 322.

يخرج من نطاق الغلط الذي يعيب الإرادة، الغلط المانع والغلط المادي، أما الغلط المقصود في التعاقد الإلكتروني، فهو ذلك الغلط الذي لا يؤثر في وجود الإرادة إنما يعيبها فقط، وهذا ما يؤدي إلى التساؤل حول وجود غلط في إبلاغ الرسالة الإلكترونية أو عند الإعلان عبر شبكة الانترنت، ومثال ذلك التاجر الذي يعرض بيع شيء محدد ثمنه المعلوم 100.000 وحدة، ولكن يقع تحريف في الرسالة الإلكترونية فيظهر الإعلان الإلكتروني بمبلغ 10.000 وحدة، فالغلط المادي هنا مادي جلي، وبالتالي لا يكون له أي دور في تكوين الإرادة لأنه طراً بعد تكوينها، فلا يؤثر في تكوين العقد الإلكتروني، وإنما يلزم تصحيح الغلط المادي فقط.

ولكن واقع الأمر أن هذا الغلط المادي قد أحدث غلطاً آخر وهو انحراف الإرادة عن مسارها الطبيعي، وبذلك لا نكون أمام غلط طراً بعد تكوين الإرادة غلط في نقلها على غير مقصدها وفي هذه الحالة فإن العقد الإلكتروني لا ينعقد لعدم تطابق الإرادة، ورغم أن هذا الغلط ناتج عن غلط آخر حال دون تطابق إرادتي أطراف العقد إلا أن هذا لا يمنع من إمكانية رجوع المستهلك على مقدم الخدمة الإلكترونية بالتعويض، إن كان لذلك مقتضى، وذلك إذا كان عيب الغلط في نقل الإرادة راجع إلى خطأ منه لعيب في أجهزة الربط التي يستخدمها<sup>(1)</sup>.

مما سبق يمكن القول بأن حق المستهلك الإلكتروني في طلب إبطال العقد، في حالة ما إذا كانت إرادته معيبة بغلط، يكون وفق القواعد العامة، حيث يتم إبطال العقد لوجود الغلط عند وقوع المستهلك الإلكتروني في غلط جوهري، سواء في صفة جوهريّة للسلعة أو الخدمة أو عند الغلط في ذات المتعاقد أو إحدى صفاته الجوهريّة عندما تكون محل اعتبار لإبرام العقد أو عند الغلط في ذات المتعاقد أو إحدى صفاته الجوهريّة عندما تكون محل اعتبار لإبرام العقد أو عند الغلط في طبيعة العقد.

### ثانياً: التدليس في عقود التجارة الإلكترونية

يعرف عيب التدليس على العموم بأنه التجاء أحد أطراف العقد إلى وسائل الحيلة والغش بقصد إيهام الطرف الآخر بأمر يخالف الواقع، وبذلك جره إلى التعاقد، فقوام هذا العيب التضليل والتمويه والخداع، فهو يؤدي إلى تضليل المتعاقد الذي يقع ضحيته، فهو يجعله يعتقد أمراً يخالف الحقيقة<sup>(2)</sup>.

(1) بن مهدي مبروكة، مذكرة سابقة، ص 96،97.

(2) مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 251.



يعتبر تدليسا كذلك، السكوت العمدي عن واقعة ما أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بها، وهذا ما تطرق إليه المشرع الجزائري في المادة 86 ف 2 من ق. م. ج. (1)، كذلك القضاء المصري أقر بجواز طلب إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين من الجسامة بحيث لولاها لما أقدم المتعاقد الآخر على إبرام العقد شريطة أن يثبت أنه ما كان ليبرم العقد، لو اتصل علمه بما سكت عنه المدلس عمدا(2).

ومما سبق فإن القواعد العامة تقتضي وجود عنصرين للتدليس أحدهما مادي يتمثل في استعمال طرق احتيالية وأخر معنوي يتمثل في وجود نية التضليل والإيهام على غير الحقيقة كما يشترط في التدليس استعمال وسائل أو طرق احتيالية بنية التضليل، وأن يكون التدليس دافعا إلى التعاقد، وأيضا يشترط صدوره في المتعاقد الآخر أو علمه به أو إمكانية العلم به.

في مجال العقود الإلكترونية يحتل التدليس مكانة كبيرة، وهذا نظرا لقدرة بعض خبراء تقنيات الاتصال الحديثة على اختراق النظام المعلوماتي لشبكة الانترنت وإساءة استخدامها ومن الصور التي يغلب فيها التدليس في الإعلانات الكاذبة والمضللة، أو الوعد بواسطة رسالة إلكترونية بمميزات وهمية وذلك بقصد دفع المتعاقد الآخر إلى إبرام العقد، كما تعددت طرق التدليس عبر الانترنت مثل إنشاء مواقع وهمية، واستعمال علامة تجارية لشخص آخر، ونشر بيانات ومعلومات غير صحيحة لسلع أو خدمات بهدف ترويجها أو استخدام اسم معاصر معروف غير مملوك له (3)، وطالما أنه لا يمكن للمستهلك الإلكتروني معاينة الشيء المبيع كما يفعل في العقد التقليدي، إنما تتم المعاينة عن بعد، فقد يلجأ التاجر الإلكتروني إلى استخدام الحيل التكنولوجية في عرض السلع ويدفعه بذلك لإبرام العقد.

وعليه إذا ثبت استعمال الحيل فيجب إبطال العقد لوجود الغش هذا لأن الغش يفسد جميع التصرفات، وأيضا يمكن للتاجر الإلكتروني تغيير العرض الذي تم على شبكة الانترنت وكان قد استعمل فيه طرق احتيالية في ثواني معدودة، وهذا ما يصعب إثبات التدليس فيه، لذا وضعت غرفة التجارة الدولية في باريس تقنينا دوليا في مجال الإشهار يكون دليلا تقني به

(1) الفقرة الثانية للمادة 86 ق. م. ج.: " ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان

ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة "

(2) لزهرة بن سعيد، مرجع سابق، ص 102.

(3) عبد الفتاح محمود كيلاني، مرجع سابق، ص 66.

المحاكم، وطورته ليشمل جميع وسائل الاتصال بما فيها الرسائل الإلكترونية الموجهة عبر الانترنت والخدمات التي تعرض بواسطتها<sup>(1)</sup>.

تجدر الإشارة إلى انه يمكن الحد من ظاهرة التدليس في مجال المعاملات الإلكترونية من خلال تفعيل وتنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني، وهذا باعتبار أن دورها ليس مقتصرًا فقط على مجرد التأكد من صحة، ونسبة صدور الإرادة الإلكترونية إلى منشئها، بل أيضا التأكد من صحة هذه الإرادة وابتعادها عن وسائل الغش والتدليس والخداع، ويكون ذلك عن طريق قيام هذه الجهات بتتبع المواقع التجارية عبر الانترنت بالتحري عنها وعن صحتها وما مدى مصداقيتها في التعامل، وعند تبين عدم جدية أحد المواقع فهي تقوم بتحذير المتعاملين بإرسال رسائل تحذيرية تبين فيها عدم مصداقية الموقع أو أنه وهمي لا وجود له<sup>(2)</sup>.

في هذا الشأن اتجهت معظم التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية إلى وضع قواعد تسمح بحماية المقبلين على التعاقد بوسائل إلكترونية من التدليس بأنواعه، ومنها المشرع الجزائري الذي أكد على ضرورة وصف السع أو الخدمات وصفا دقيقا وواضحا، مشتملا على كافة البيانات الضرورية التي يحتاجها المستهلك الإلكتروني المقبل على التعاقد، ومنع التضليل والغموض في العروض التجارية المقدمة للمستهلك من خلال نص المادة 30 من ق. ت. إ. وهذا ما يلتمس أيضا من خلال القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش حيث نص على عقوبات ضد كل من يحاول خداع المستهلك بأية طريقة كانت في المادة 68 الفقرة 02 التي توجه إلى المادة 429 من قانون العقوبات والتي تتناول عقوبات الحبس والغرامة المالية كما سلف الذكر.

### ثالثا: خصوصية الإكراه في عقود التجارة الإلكترونية

إضافة لعبي الغلط والتدليس يوجد عيب الإكراه الذي تناوله المشرع الجزائري في المادتين 88، 89 ق. م. ج.، ويختلف عيب الإكراه عن الغلط والتدليس من حيث أن المتعاقد المكره يعلم بأن رضاه معيب وقت إبرام العقد، عكس غيره ممن يقع في علط أو تدليس، والإكراه ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه، فالإكراه هو تلك الرهبة التي تقوم في نفس الشخص فتدفعه إلى

(1) حمودي ناصر، مرجع سابق، ص223.

(2) لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص104.

التعاقد، وهذا نتيجة ضغط مادي أو معنوي يقع على الشخص فيولد لديه رهبة أو خوف تحمله على التعاقد، والإكراه يعيب رضا الشخص من حيث أنه يفقده الحرية والاختيار<sup>(1)</sup>.

بالنسبة للعقود الإلكترونية يبدو أن عيب الإكراه المادي نادر الحدوث باعتبار أن هذه العقود تتم عن بعد، لكن يبقى المجال مفتوحاً أمام الإكراه المعنوي بقيام أحد المتعاقدين ببعض الممارسات التجارية التي تكون مصدر شك أو إكراه عبر الانترنت، ومثال ذلك الإشهارات التجارية الموجهة إلى المتعاملين عبر الانترنت عن طريق التطبيق الذي يسمى Spamming<sup>(2)</sup> إن إمكانية حدوث الإكراه في المجال الإلكتروني تدفع للسؤال حول مدى تصور وجود الإكراه في العقود المبرمة عن بعد؟ في هذا الشأن هناك رأيان نوضحهما على النحو التالي:

### الرأي الأول: استبعاد عيب الإكراه في المعاملات الإلكترونية

يذهب هذا الاتجاه إلى عدم تصور وجود عيب الإكراه في نطاق التعاقد الإلكتروني ومخاطر التعرض للإكراه المادي تبدو معدومة بسبب عنصر المسافة التي يفصل بينهما وبالنسبة لإمكانية تعرض المتعاقد للإكراه النفسي بسبب عرض أو ترويج لمنتجات عبر شبكة الانترنت أو شاشة التلفزيون، وما يصاحب ذلك من إظهار وتجميل للسلعة وكذا محاولات الإقناع التي يمارسها الباعة أو مقدمو الخدمات، لا يمكن اعتبارها من قبيل الإكراه لأن المستخدم لشبكة الانترنت أو المشاهد لشاشة التلفزيون يمكنه تغيير القناة التي تبث الإعلان أو تغيير الموقع الإلكتروني على الانترنت أو غلق الجهاز، وبالتالي الأمر دائماً يرجع إلى المشاهد أو المستخدم وليس غيره، فحتى يعبر عن إرادته في القبول يقوم ببعض الأعمال المادية والتي بدونها لا يمكن إبرام العقد الإلكتروني<sup>(3)</sup>.

### الرأي الثاني: وجود الإكراه المعاملات الإلكترونية

يرى هذا الرأي بوجود عيب الإكراه في مجال عقود الإلكترونية متى كانت هناك تبعية اقتصادية لأحد المتعاقدين اتجاه الطرف الأخر، وخصوصاً إذا كان هذا الأخير مورد لمنتج

(1) علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، 2008، ص185، وعبد الفتاح محمود كيلاني، مرجع سابق، ص69.

(2) حمودي ناصر، مرجع سابق، ص222.

(3) عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة، عمان، 2012، ص54، ومحمود عبد الفتاح كيلاني، مرجع سابق، ص68.

نادر، ففي نطاق الاحتكار يكون المجال خصب للإكراه، فالمستهلكين مضطرين للتعاقد معه نظرا لإنفراده بالسيطرة على المنتج، حيث يستغل الاحتكار كسبب للإكراه في نطاق عملية التبعية الاقتصادية، فيمكن تصور الإكراه على سبيل المثال في توريد المنتج أو احتكاره لإنتاج وبيع قطع غيار بشروط مجحفة، حيث يضطر المتعاقد إلى التعاقد تحت الرهبة التي تنبعث في نفسه بسبب تهديد مصالحه وبالتالي لا يكون أمامه إلى قبول ذلك<sup>(1)</sup>، إلا أن مفهوم الإكراه الاقتصادي أو استغلال حاجة اقتصادية لدى المتعاقد لا يحظى بتأييد لاعتماده، حيث لا تعتبر الاستفادة من قوة اقتصادية ضعفا اقتصاديا في الجانب الآخر، ولا يعد عيبا تتعيب به الإرادة بمرر طلب إبطال العقد<sup>(2)</sup>.

في هذا الصدد يرى الباحث إمكانية الإكراه في عقود التجارة عن طريق تهديد المتعاقد الآخر في نفسه أو ماله أو عرضه، عبر رسالة بالبريد الإلكتروني أو عبر مواقع التواصل الاجتماعي وهذا ما قد يولد رهبة وخوفا في نفس الشخص تجبره على إبرام عقد تحت سلطانها. أما بالنسبة لمسألة الاحتكار تكون في مجال عقود الإذعان وليست صورة لعيب الإكراه فالتبعية الاقتصادية لشخص ما اتجاه جهة معينة لا يتصور أن ينتج عنها خوفا أو رهبة تدفع للتعاقد، فإبرام العقد بسبب التبعية الاقتصادية يكون تحت ضغط أو إكراه اقتصادي وليس بمفهوم الإكراه الذي هو ضغط نفسي يولد الرهبة والخوف.

#### رابعا: عيب الاستغلال والغبن في العقود الإلكترونية

يعتبر الغبن عيبا استثنائيا في العقود وهذا على سبيل الحصر كحالة قسمة المال الشائع، أو بيع عقار لقاصر، كما يترتب على وجود الغبن نتيجة لأحد عيوب الرضا، عدم الطعن تأسيسا عليه وإنما تأسيسا على العيب الذي جاء نتيجة له، ومثال ذلك إذا قام غبن بائع نتيجة وقوعه في غلط في قيمة المبيع أو في صفة جوهرية له فيجوز طلب إبطال العقد تأسيسا على أحد عيوب الرضا من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال إذا توفرت الشروط وليس تأسيسا على مجرد الغبن بإعتباره أمر مادي يتمثل في خسارة أحد المتعاقدين أثناء إنشاء العقد، فلا أثر له إذا لم يقترن بأحد عيوب الرضا ولا يصلح أن يكون سببا للطعن في العقد<sup>(3)</sup>.

(1) العيشي عبد الرحمن، ركن الرضا في العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 122..

(2) عبد الفتاح محمود كيلاني، مرجع سابق، ص 69.

(3) بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 139.

بالنسبة لعيب الاستغلال عموما فيعرف بأنه: "استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض"<sup>(1)</sup>، وقد تناول المشرع الجزائري عيب الاستغلال في المادة 90 الفقرة الأولى<sup>(2)</sup> من ق. م. ج.، أما في مجال المعاملات الإلكترونية فإن تطبيقاته قد تكاثرت نتيجة شيوع استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في إبرام العقود وقلة الخبرة لدى المستهلكين، فالراجح أن يكون المستهلك الإلكتروني أقل خبرة ممن يحترف إجراء هذه العقود عبر نفس الوسيلة بل ومنهم من يتخذها مهنة معتادة له<sup>(3)</sup>.

ومثال الاستغلال في العقود الإلكترونية حينما يكون المتعاقد المشتري وقع ضحية طيشه البين وهواه الجامح، في الدخول في علاقة تعاقدية لمجرد أنه في طرفها الآخر شخصية اجتماعية بارزة كمثل عالمي مشهور أو مطرب عالمي أو غير ذلك من أصحاب الشهرة العالمية والتي يقع فريستها أصحاب الهوى والطيش من الشباب في مقتبل العمر، إذا ما استغل الطرف الآخر ضعف نفس المتعاقد، مما يجعل العقد مختلا اختلالا فادحا بين الثمن وقيمة الشيء المباع الحقيقية، وهذا الأمر قد ظهر في الآونة الأخيرة بشكل ملفت للانتباه على مواقع الانترنت، التي أصبحت تستغل ضعف وهوى بعض الشباب، باستعمال وسائل اغرائية تدفعهم للتعاقد، إضافة لانعدام الخبرة الكافية للتعامل مع هذه التقنيات الحديثة وانجرافهم إليها دون وعي وتروي كافي<sup>(4)</sup>.

وفي هذا الشأن اهتمت العديد من التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية بهذه المسألة بهدف حماية المستهلك المتعاقد عن بعد وهذا من خلال النص على أحكام قانونية خاصة بذلك، ومنها ما تناوله المشرع التونسي في المادة 50 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية حيث جاء في نص المادة: "يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو أجلا بأي شكل من الأشكال بخطية تتراوح 1000

(1) علي فيلاي، مرجع سابق، ص 23.

(2) تنص المادة: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الأخر، وتبين أن المتعاقدين المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب أحد المتعاقدين المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد"، المادة 90 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري.

(3) عجالى بخالد، مرجع سابق، ص 220، 221.

(4) العيشي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 124.

و20.000 ديناراً، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة بالالتزام أو إذا ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية<sup>(1)</sup>.

يتضح من نص المادة أن المشرع التونسي فضلا عن قابلية طلب إبطال العقد، أورد عقوبة جزائية ضد كل من يقوم بدفع المستهلك إلى التعاقد بالقيام باستغلال عدم مقدرته على تمييز أبعاد التعهدات أو عدم استطاعته لكشف الحيل والخدع المستعملة ضده، أو إذا كان تعاقدته نتيجة ضغط ما، ولعل إضافة المشرع التونسي للجرامة كعقوبة جزائية إضافية للجزاء المدني المتمثل في طلب إبطال العقد، ما هو إلا رغبة منه في تجسيد حماية فعالة للمستهلك.

في الأخير يمكن القول أن المكانة التي تحتلها نظرية عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية لا تقل أهمية بل وربما تساوي تلك المكانة في العقود التقليدية، حيث أن إبرام العقد الإلكتروني بوسائل وتقنيات اتصال حديثة لا يمس بأي شكل من الأشكال بالطبيعة الجوهرية للعقد، والقواعد التي يقوم عليها العقد في العالمين المادي والافتراضي، ولكن ما يجدر بالاهتمام هو أنه في البيئة الإلكترونية تكون الوقاية من الوقوع في عيوب الإرادة مفضلة على العلاج، وهذا نتيجة لطبيعة شبكة الانترنت وما تتطلبه من ثقافة خاصة لاستخدامها تجعل المستهلك واعيا بخطورة إبرام التصرفات القانونية وما يترتب عنها من مشاكل<sup>(2)</sup>.

يلاحظ من استقراء مختلف نصوص القانونية التي تنظم لتجارة الإلكترونية أنها حاولت بالفعل الوقاية من عيوب الرضا، حيث أن إلزام الموردين الإلكترونيين بالإفصاح عن الهوية الكاملة وكذلك اشتراط وصف السلع والخدمات المقدمة وصفا دقيقا واضحا للمستهلك الإلكتروني، يعتبر محاولة للتصدي إلى عيوب الإرادة بطريقة مسبقة، وبالتالي فإن نظرية عيوب الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية تكتسي أهمية بالغة، كما تلعب دورا كبيرا في حماية المستهلك الإلكتروني.

والحديث عن عيوب الإرادة يجرنا للتطرق إلى موضوع آخر يكتسي أهمية كبيرة في مسألة حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك الإلكتروني، وهو تبيان كيفية الحماية من الشروط التعسفية وكيفية الحماية منها في المطلب المقبل.

(1) القانون التونسي بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية السابق الذكر.

(2) بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص140.

## المطلب الثاني: تحقيق التوازن العقدي

نظرا للتطور التكنولوجي فإنه كثيرا ما يجد المستهلك الإلكتروني إعلانات عن سلع أو خدمات، تتضمن شروط بيع محددة مسبقا، دون أن يكون له الحرية في إجراء مفاوضات أو مناقشة هذه الشروط، وهذا لحاجته الملحة إلى السلعة أو الخدمة، فالمورد الإلكتروني أو المهني هو شخص محترف في المجال، بينما على النقيض من ذلك يعتبر المستهلك طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية.

وقد ظهرت في هذا المجال ما يسمى بالعقود النمطية أو النموذجية<sup>(1)</sup>، التي تختصر الوقت بالنسبة للمحترف، حيث تحتوي على مجموعة شروط موضوعة مسبقا، وللمستهلك الإلكتروني قبولها أو رفضها كليا، فلا يملك أي فرصة لمناقشتها، وبما أن هذه الشروط تعسفية تنال من مصلحة المستهلك ويستوجب تبيان كيفية الحماية منها في نطاق هذه الدراسة، فإنه سيتم التطرق إلى مفهوم الشروط التعسفية (الفرع الأول)، وكذلك سبل مواجهتها (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية

بما أن المستهلك الإلكتروني غالبا ما يكون طرفا ضعيفا في عقود التجارة الإلكترونية، فإن اعتبارات العدالة تقتضي أنه الطرف المذعن للمورد الإلكتروني، لما لهذا الأخير من خبر في الأمور التجارية، تفتقد في جانب المستهلك الذي محل اهتمامه هو اقتناء ما يحتاجه فقط، وبالتالي غالبا ما يكون العقد المبرم بينهما العقد المبرم بينهما هو عقد إذعان، وعليه سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الشروط التعسفية (أولا)، كما سيتم تبيان معايير تقدير الشروط التعسفية (ثانيا)، هذا وقد يثور الجدل في ما إذا كانت عقود التجارة الإلكترونية من قبيل عقود إذعان (ثالثا).

(1) يقصد بالعقود النموذجية: أنها العقود المطبوعة مسبقا، وتعرف كذلك على أنها: "مجموعة من الشروط النموذجية في صيغة مكتوبة يتفق عليها تجار سلعة معينة في منطقة جغرافية معينة ويلتزمون بإرادتهم الحرة تباعها فيما يبرمونه من صفقات تتعلق بهذه السلعة، وعرفها الفقيه جنسيتان بأنها "عبارة عن نماذج لعقود تعتبر حجة على الأشخاص الذين يقبلون صياغة عقودهم على منوالها "

والجدير بالذكر أن البعض يرى أن العقود النموذجية لا تعتبر عقودا بالمعنى القانوني الدقيق، وإنما هي صياغة عقدية معدة سلفا في صورة عادة ما تكون مطبوعة...، حاسي جهاد، فتاك علي، التنظيم القانوني للعقود النموذجية في قانون التجارة الدولية-التطبيق على قواعد اليونيدروا، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والاقتصادية، جامعة بن يوسف بخدة، الجزائر، المجلد 57، العدد 04، 2020، ص245.

## أولاً: تعريف الشروط التعسفية

قد تعددت آراء الفقهاء إزاء تعريف الشروط التعسفية، كما قد تباينت تعاريف التشريعات المقارنة لهذا النوع من الشروط، وهذا ما سيتم تبياناه في الآتي:

### 1-التعريف الفقهي للشروط التعسفية

تعددت تعريفات الفقه القانوني للشروط التعسفية، واختلفت زاوية الرؤية لهذه الشروط، فاعتمد الفقه في تعرفه للشروط التعسفية على أطراف العلاقة التعاقدية من جهة، ومن أخرى بني تعريفها على مصدر فرض هذه الشروط، ورؤية ثالثة ركزت على أثر الشروط التعسفية على العلاقة التعاقدية.

حيث عرف البعض الشرط التعسفي على أنه الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، الشيء الذي يحدث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقاً من طرف المهني ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض كلياً سواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أو كانت أثر من أثاره<sup>(1)</sup>.

ومن حيث تعريفه على أساس مصدر فرض الشروط فقد عرف بأنه الشرط المحرر مسبقاً من قبل الطرف القوي لتحقيق ميزة فاحشة على حساب الطرف الأخر مما يحدث اختلال في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، أي ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن عقدي لصالح المحترف والذي يفرضه على الطرف الأخر الذي لا خيرة له أو المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو الاقتصادية أو القانونية في مواجهة الطرف الأخر".

ومن حيث تعريفه بالتركيز على أثره فقد جاء في الفقه الفرنسي أنه: "الشرط المعد سلفاً من طرف المتعاقد بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة، ويدخل في حكمه شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها الشروط الجزائية وشروط الاختصاص"<sup>(2)</sup>.

بالنسبة للباحث، يرى بأن الشرط التعسفي هو كل شرط محرر مسبقاً، ثابت وغير قابل للنقاش أو المفاوضة أو التعديل، ويسبب اختلال في التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين.

(1) خلوي نصيرة، مرجع سابق، ص90.

(2) عبوب زهيرة، مرجع سابق، ص252.



## 2-التعريف التشريعي للشروط التعسفي

تهدف معظم التشريعات إلى إقرار الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية أو التخفيف منها ورغم أن القوانين ليست من مهمتها وضع التعاريف، إلا أنه نصت أغلب التشريعات على تعريف للشروط التعسفية، حيث نستعرض بعضاً منها كالتالي:

يعتبر المشرع الألماني سابقاً في النص على الحماية من الشروط التعسفية وهذا من خلال القانون الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن، وهذا من خلال نص المادة 9 من قانون 1976 والذي بدأ العمل به في 1977 حيث اعتبر الشروط العامة ملغاة لما تكون ضارة ومجحفة بالشريك في العقد مع المشرط بطريقة غير معقولة ويكون ذلك بطريقة تناقض مقتضيات ومتطلبات حسن النية<sup>(1)</sup>.

يرجع الاهتمام التشريعي في فرنسا بالشروط التعسفية إلى القانون الصادر 10 جانفي 1978<sup>(2)</sup>، حيث جاء في نص المادة 35 من نفس القانون أنه: "في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين قد تكون محظورة أو محددة أو منظمة...الشروط المتعلقة...متى يظهر أن تلك الشروط مفروضة على غير المهني أو المستهلك من قبل المهني، نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة أو مبالغ فيها"<sup>(3)</sup>.

(1) خلوي نصيرة مرجع سابق، ص 91.

(2) إرتكز النظام القانوني في مكافحته للشروط التعسفية على القانون رقم 23/78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 والذي يتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية والذي سمي بقانون " La loi Scrivener "، هذه الأخيرة التي كانت تشغل منصب سكرتيرة دولة مخولة بالاستهلاك، حيث تم إسنادها مهمة إعداد مشروع قانون متعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، فاقترن هذا القانون باسمها فخصص العنصر الخامس منه للشروط التعسفية، وذلك في ظل المعارضة على أساس أن فيه مساساً بمبدأ سلطان الإرادة، بينما إعتبره المؤيدون تطبيقاً لمبدأ حسن النية في التعاقد الوارد في نص المادة 2134 قانون مدني فرنسي، فبعد 10 سنوات من ذلك تم القانون السابق بقانون 5 جانفي 1988 الذي نص على دعوى حذف الشروط التعسفية، وتم إدماج القانونين السابقين في قانون الإستهلاك لعام 1993، ولم تقتصر الحماية في أوروبا على الدول منفردة، بل سعى الإتحاد الأوروبي إلى التنسيق بين الأنظمة المتفاوتة بين مختلف أعضائه، حتى انتهى بتاريخ 5 أفريل 1993 إلى سن تعليمية تتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين والتي تنقلت إلى القانون الفرنسي بموجب قانون 1 فبراير 1995 مما أدى إلى حدوث بعض التعديلات على النظام الذي أسسه قانون 1995، بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر، القاهرة، مصر، ط1، 2007، ص24، ص25.

(3) L'article 35 de la loi n 78/23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur JORF du 11 janvier 1978, abrogé par la loi N°93-949 du 26 juillet 1993 - art. 4 (V) JORF 27 juillet 1993, dispose que « dans les contrats conclus entre professionnels et non – professionnels ou consommateurs ..., les clauses relatives au ..., lorsque de telle clauses apparaissent imposées et confèrent à cette dernière un avantage excessif.

يلاحظ من التعريف أن الشروط التعسفية تظهر متى قام المحترف بالتعسف في استعمال سلطته الاقتصادية، لكن ليس بالضرورة بروز الشروط التعسفية عند وجود تفاوت في القدرة الاقتصادية لطرفي العقد، فقد يكون أحد المتعاقدين متمكنا في مجال القوانين المنظمة للعقود بالتالي يمكنه وضع شروط ينطبق عليها وصف التعسف.

وقد انتقد القانون 78-23 على أساس أنه أخل بالقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني وخصوصا في مجال العقود، ذلك أن النظرية التقليدية للعقد أساسها مبدأ سلطان الإرادة وما يتطلبه من حرية ومساواة، فالعقد شريعة المتعاقدين ومحتواه وشروطه هي ثمار الحرية التعاقدية بين الطرفين، ولا شيء يحول دون القوة الملزمة للعقد باستثناء القواعد المتعلقة بالنظام العام والأخلاق العامة، ومن هذا المنطلق تكون فكرة الشروط التعسفية غير مقبولة<sup>(1)</sup>.

بالنسبة للبرلمان الأوروبي وفي نفس العدد تم إصدار التوجيه الأوروبي رقم 9-13 الصادر في 05 أبريل 1993 والذي يتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين جاء في المادة 3 الفقرة الأولى أنه: "الشرط الذي يرد في العقد وينطوي على إخلال واضح بين الحقوق والتزامات الأطراف فيه على حساب المستهلك ويتعارض مع مبدأ حسن النية ويرتب ضرر للمستهلك، يتمثل في عدم توازن ظاهر في الحقوق والالتزامات الناتجة عن العقد بين أطرافه"<sup>(2)</sup>، وحسب هذا التعريف فالشرط التعسفي شرط يوضع في العقد ولا يسبقه أي تفاوض بين المستهلك والتاجر، كما يترتب عنه اختلال وعدم توازن كبير بين حقوق والتزامات الطرفين وهذا على حساب المستهلك<sup>(3)</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وفي بادئ الأمر لم يقم بإعطاء تعريف للشرط التعسفي في القانون المدني، حيث اكتفى المشرع بالنص على المفهوم الضيق والكلاسيكي لعقد الإذعان في المادة 70، والمادة 110 التي تناولت الشروط التعسفية إذا اقترنت بعقد الإذعان، هذا دون تحديد أي تعريف لها.

(1) PEGLION – ZIKA Claire-Marie, la notion de clause relative abusive au sens de l'article L.132-1 du code de la consommation, thèse de doctorat en droit privé Université Panthéon-Assas, 2013, P 06.

(2) L'article 03 de Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs OJ L 95, 21.4.1993 dispose que : « une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat ».

(3) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص 513.

ويعتبر القانون 04-02 أول قانون خاص يتطرق إلى الشروط التعسفية، حيث جاء تعريفها في المادة 3 الفقرة الخامسة<sup>(1)</sup> منه على أن الشرط التعسفي هو: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود، أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، ومنه يتضح أن المشرع قام بتحديد معيار الشرط التعسفي على أساس عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهو ما اعتمده كذلك المشرع الفرنسي ولكن اختلفا من جانب الحماية، فالمشرع الجزائري أقر حماية من الشروط التي تكون محررة سابقا، ويذعن لها المستهلك، وبالتالي قام بحصر الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان فقط، وعلى نقيضه لم المشرع الفرنسي مجال الحماية بقائمة معينة من العقود بل جعل نطاقها على العقود سواء كانت عقود إذعان أو عقود مساومة<sup>(2)</sup>.

بعد التطرق إلى التعريف الفقهي والتشريعي للشروط التعسفية، تتطلب الدراسة تحديد معايير الشروط التعسفية.

### ثانيا: معايير الشروط التعسفية

يمكن حصر معايير الشروط التعسفية بناء على النصوص القانونية خاصة التشريع الفرنسي وآراء الفقهاء فيما يلي:

#### 1- المعيار الشخصي (التعسف في استعمال القوة الإقتصادية)

اشترطت المادة 35 من القانون الفرنسي لسنة 1978 السابق الذكر، أن الشرط التعسفي يفرض تبعا لتعسف المتدخل في استعمال نفوذه وسلطته الإقتصادية، وأن يمنح مزايا مجحفة للطرف الأخر، فالقدرة الإقتصادية للمتدخل تتجسد على أساس حجم المشروع الذي يستغله المتدخل وبالنظر للوسائل التي يستعملها عند مباشرة نشاطه وكذلك نسبة الأرباح في السوق<sup>(3)</sup>.

واستعمال المحترف لنفوذه الإقتصادي بإساءة استعمال مركزه الإقتصادي يسمح بفرض شروط على المستهلك تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد، وبمعنى آخر لو لم يتعسف المحترف

(1) المادة 03 الفقرة 05 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السابق الذكر.

(2) شايب بوزيان، ضمانات حسن تنفيذ عقد البيع الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2016، الجزائر، ص188.

(3) عبوب زهيرة، مرجع سابق، ص260.

في ممارسة تفوقه الاقتصادي لما وجد الشرط التعسفي الذي يخل بتوازن العقد وفي هذا الشأن طرح تساؤل حول مدى إمكانية المحترف فرض شروطه لأنه الأقوى اقتصاديا.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن المقدره هي مقدره السيطرة الفنية والتقنية الحديثة أكثر منها القوة الاقتصادية وأن هذا التفوق الفني هو الذي يمكن المحترف من فرض شروطه التعسفية فالمحترف متعود على إبرام العقود ويعرف جيدا ما يترتب عنها وهو أدري بما يجري به العمل في حرفته، فهو بذلك يملك من الوسائل ما يمكنه تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها فضلا عن الشروط التي يستطيع فرضها على من يتعاقدون معه<sup>(1)</sup>.

وقد تعرض معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للانتقاد، فالمعيار غامض جدا وإذا كان من الصحة أنه لفرض شرط فاحش، فإنه يجب أن تكون ذا نفوذ، لكن السلطة أو النفوذ ليس مرادف للقوة أو عظم الشأن فثمة حرفي بسيط أو ميكانيكي يمكنه أن يستخدم وضعه أو نفوذه المحلي المسيطر، بينما ثمة مشروع كبير على المستوى الوطني، لا يمكنه ذلك لأنه يخشى على سمعته وعلى تجنب حدوث كارثة تجارية<sup>(2)</sup>.

## 2- المعيار الموضوعي (الميزة المجحفة)

إن معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للمحترف، وحصوله على ميزة مفرطة في مواجهة المستهلك يعتبران في الحقيقة معيارين متحدان وترابطهما علاقة سببية تامة، فالميزة المفرطة التي يحصل عليها المحترف هي نتيجة للتعسف في استعمال القوة الاقتصادية التي يتمتع بها هذا الأخير، وبالتالي فإن المعيار الثاني هو نتيجة طبيعية للمعيار الأول، كما تعتبر الميزة المفرطة التي يحصل عليها المحترف بمناسبة التعاقد عنصرا موضوعيا يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمهني<sup>(3)</sup>.

وفي هذا الشأن يقر الفقه بأن الميزة المفرطة في معيار موضوعي يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمحترف، مهما كان نوع هذه المزايا مادامت تؤدي إلى تفوق طرف على طرف آخر هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه تحقيقا لحماية أشمل للمستهلكين أراد بعض الفقه ألا

(1) موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 251، ص 252.

(2) خالد معاشو، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير، جامعة 8 ماي 1945، قالمة-الجزائر، 2015/63-64.

(3) بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة ماجستير، 2012/2011، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، ص 66، ص 67.

يحصّر هذه الميزة الفاحشة في المجال الضيق، فنظر إليها حسب الأثر الذي تخلقه في العقد وهو عدم التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف<sup>(1)</sup>.

ولم يسلم هذا المعيار من الانتقاد، كونها تبنت معيار الكمية وهو معيار غامض وغير محدد، ومن جهة أخرى ما إذا كانت تشمل كل أنواع المزايا المالية فقط دون غيرها؛ في شأن كون الميزة الفاحشة معيار غير محدد الكمية، هذا لأن المشرع لم يقدّم رقم معين تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون من أسباب إبطال بعض العقود إذا بلغ حداً معيناً، فلم يحدد هذا المعيار رقماً محدداً، وبالنسبة للإشكال المتعلق بما إذا كانت نقدية أو غير نقدية، فإن الفقهاء قد خلصوا إلى أن الميزة المفرطة تشمل كل أنواع المزايا النقدية وغير نقدية<sup>(2)</sup>.

ومما سبق يتضح بأن معيار الميزة الفاحشة قد أثار نوعاً من اللبس والغموض لعدم وجود حد أقصى لتكون به الفائدة المفرطة أو مجحفة، وهذا ما يؤدي إلى امتلاك القاضي لسلطة تقدير واسعة في تحديد الطابع التعسفي بالاعتماد على معيار الميزة الفاحشة، ومن ثم تحكم القضاء في ضبط معيار الميزة الفاحشة، ومنه التحكم في تحديد مفهوم التعسف الذي يطال الشروط التعاقدية بين المستهلك والمحترف.

وكرد فعل قامت لجنة حماية المستهلك من الشروط التعسفية بإلغاء التعسف في استخدام القوة الاقتصادية وبالتبعية له معيار الميزة الفاحشة، بحيث يكون تعريف الشرط التعسفي واسعاً يسمح للجان بالتدخل بحرية في تقدير الطابع التعسفي للشروط الواردة في العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين<sup>(3)</sup>.

### 3- معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات لدى المشرع الجزائري

لم يبق المشرع الفرنسي يعتمد في تقدير الشروط التعسفية على معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للمحترف، إذ تأثر بالتوجيه الأوروبي رقم 13/93<sup>(4)</sup>، المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، وتجلّى ذلك في صدور قانون الاستهلاك الفرنسي رقم

(1) عبوب زهيرة، مرجع سابق، ص 258.

(2) محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 130، وبوشارب إيمان، مذكرة سابقة، ص 67.

(3) معاشو خالد، مرجع سابق، ص 69.

(4) Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, précité.

96/95<sup>(1)</sup>، لسنة 1995 والذي تبنى معيار الإخلال بين حقوق والتزامات في المادة 132-1 والتي تقابلها المادة 212-1 المعدلة بموجب الأمر رقم 131/2016 السابقة الذكر، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي أبقى على معيار الميزة الفاحشة أو المفرطة والتي أسماها "déséquilibre significatif"، ومعناها عدم التوازن الظاهر.

كما يلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد تبنى معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، حيث يتجلى ذلك بموجب المادة 3 الفقرة 5 من القانون 04-02 الذي يحدّد القواعد المطبّقة على الممارسات التجاريّة، وجاء في نصّها: "شرط تعسّفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"<sup>(2)</sup>.

بالنسبة للفقهاء ظهرت عدة اتجاهات في محاولة لإعطاء تعريف لمعيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، فالرأي الأوّل ينظر إلى المعيار على أسس أخلاقية معتمدين في ذلك على مبدأ حسن النية الذي يحافظ على النزاهة العقدية ويضمن احترام كل متعاقد المصالح وحقوق الطرف الآخر، أمّا الرأي الثاني فيعرّف المعيار بناء على أسس اقتصادية بحتة، فالإخلال حسبهم لا يتحقّق إلاّ إذا أصاب العقد في شقّه المالي فقط دون الجوانب الأخرى، بمفهوم المخالفة فإنّ التقليل من واجبات المهني أو الانتقاص من حقوق المستهلك ليس من شأنه المساس بتوازن العقد.

وذهب رأي ثالث إلى الجمع بين الأساسين السابقين لتعريف الاختلال الظاهر بالتوازن العقدي، وهذا بالقول بأنّه له بعد قانوني واقتصادي في آن واحد، وهذا لارتباط التوازن الاقتصادي للعقد بتوازنه القانوني، بمعنى ارتباط السبب بالنتيجة، فالتوازن القانوني ما هو إلاّ تعبير عن التوازن الاقتصادي للعقد، واختلال التوازن ما هو إلاّ نتيجة اقتصادية تتمثّل في إحدى الصّورتين، إما تكون تحقيقا للمتّعسف لأرباح اقتصادية أو تجنبه لخسارة<sup>(3)</sup>.

(1) Loi N° 95/96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, J.O. du 2 février 1995.

(2) المادة 3 الفقرة الخامسة من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبّقة على الممارسات التجارية، السابق الذكر.

(3) معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2014/2015، ص34.

### ثالثاً: مدى اعتبار عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان

تقتضي حماية المستهلك الإلكتروني في مواجهة الشروط التعسفية، أن يكون الطرف المذعن في العقد، ولاعتباره كذلك يجب أن يكون العقد يتصف بالإذعان وهذا الأمر جعل من الفقهاء ينقسمون إلى ثلاث اتجاهات، يرى الأول أنه لا مجال لاعتبار عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان، والاتجاه الآخر يذهب لقول بأن عقود التجارة الإلكترونية هي من قبيل عقود الإذعان واتجاه ثالث يميز بين وسائل إبرام العقد الإلكتروني ولكل حجته في ذلك، يقتضي التطرق إلى هذه الجزئية التعريف بعقد الإذعان واستعراض الاتجاهات الفقهية.

يعرف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يضع فيه أحد المتعاقدين شروطاً، ولا يكون أمام الطرف الآخر إلى التسليم بها والإذعان لها، حيث لا يقبل منه أي مناقشة أو مفاوضة حول هذه الشروط، وبالتالي فإنها إما تقبل كما هي أو ترفض كلياً، كما يعرف أيضاً بأنه عقد يضع شروطه الجوهرية مسبقاً أحد طرفيه ليقيد بها كل من يرغب في التعامل معه<sup>(1)</sup>.

بالنسبة للمشرع الجزائري عرف عقد الإذعان أول مرة في الفقرة الرابعة من المادة 03 من قانون 04-02 المطبق على الممارسات التجارية والتي تنص على أنه<sup>(2)</sup>: "يقصد في مفهوم هذا القانون ما يأتي: ... عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه..."، وقد تبنى المشرع نفس التعريف في الفقرة الثانية من المادة للمرسوم التنفيذي رقم 06-306<sup>(3)</sup>.

### 1- اعتبار عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان

إن المستهلك الإلكتروني غالباً ما يكون الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ولهذا هناك من يذهب إلى أنه تقتضي اعتبارات العدالة تكييف العقود التي يبرمها من قبيل عقود

(1) محمود عبد الرحيم الذيب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص31، ومحمد عبد الغفار، أليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص19.

(2) المادة 03 الفقرة الرابعة من القانون 04-02، مرجع سبق ذكره.

(3) المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17 شعبان عام 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر. ع. 56، الصادرة بتاريخ 11 سبتمبر 2006.

الإذعان، حتى يتمكن المستهلك من إبطالها أو رد الشروط التعسفية فيها، وهذا نتيجة صعوبة التفاوض في هذه العقود، ومنه يمكن للمستهلك المطالبة بإبطال أي شرط تعسفي لأنه يمثل اعتداء على مصلحته، وقد أكدوا على رأيهم من خلال القول على أن في عقود البيع الإلكترونية يكون مضمون العقد محدد مسبقا من قبل المحترف أو المتعاقد ويكون موضوعا في الموقع الإلكتروني بشكل غير قابل للمناقشة فيه، خاصة أن هناك حالات تكون السلعة أو الخدمة ضرورية للمستهلك<sup>(1)</sup>، غير أنه انتقد هذا الرأي من حيث أنه العقود الإلكترونية قد تكون قابلة لمناقشة شروطها من قبل المستهلك، وهذا حسب الوسيلة الإلكترونية المستعملة في التعاقد<sup>(2)</sup>.

## 2- عقود التجارة الإلكترونية ليست عقود إذعان

يذهب أنصار هذا الرأي إلى اعتبار العقود الإلكترونية من قبيل عقود المساومة، حيث تتساوى فيها إرادة الطرفين، وتسمح بتبادل النقاشات بكل حرية، فالطرف الموجب لا يتمتع بأي احتكار قانوني أو فعلي، نظرا لعالمية شبكة الانترنت وطبيعتها، والخدمات المعروضة بواسطتها يصعب القول بشأنها أنها تتعلق بعقود تكون المنافسة فيها محدودة النطاق<sup>(3)</sup>، وبالتالي فهي عقود مساومة وليست من عقود الإذعان، وهنا يجب عدم الخلط بين العقود المنصبة على شبكة الانترنت كعقد الدخول إلى الشبكة وعقد إنشاء متجر افتراضي وعقد الإيجار المعلوماتي<sup>(4)</sup> من جهة، وعقود البيع الإلكترونية من جهة ثانية.

تجدر الإشارة إلى أنه تم انتقاد هذا الرأي، بناء على تبيينه فكرة الإذعان الكلاسيكية، التي تتطلب توفر عنصر الاحتكار باعتبار العقد بأنه عقد إذعان، وهذا عكس التوجه الحديث الذي أصبح لا يقتصر في فكرة الإذعان على شرط الاحتكار فالانفتاح الاقتصادي وانتشار المنافسة الحرة وتنوع العروض الخاصة بالسلع والخدمات، أصبح يتيح فرص كبيرة للمستهلك في اختيار شريكه في العلاقة التعاقدية، ويتبع بذلك ما هو أصلح له من شروط<sup>(5)</sup>، هذا وقد ظهر اتجاه ثالث في الفقه يميز بين وسائل إبرام العقد من أجل تحديد طبيعته.

(1) قدرى محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 129.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 207.

(3) خلوي نصيرة، مرجع سابق، ص 106.

(4) إيمان مأمون سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة،

الإسكندرية، 2008، ص 67.

(5) خلوي نصيرة، المرجع نفسه، ص 106-107.



### 3-الاتجاه الذي يميز بين وسائل إبرام عقد التجارة الإلكترونية لتحديد طبيعته

حسب هذا الاتجاه فإنه لا يمكن تكييف عقود التجارة الإلكترونية على أنها عقود إذعان وليست عقود إذعان بصفة مطلقة، إنما وجب التفرقة بين وسائل إبرام العقد الإلكتروني فيذهب أنصار هذا الرأي إلى أنه عند التعاقد بواسطة تبادل الرسائل يتيح إمكانية المناقشة والحوار حتى يتم الوصول إلى صيغة معينة للعقد، ومنه لا يمكن القول بأن العقد في هذه الحالة عقد إذعان، لكن بالنسبة لحالة التعاقد بالدخول إلى موقع معين والقيام بالتسليم بكافة الشروط الموجودة على الموقع دون أي مناقشة، فالعقد هنا عقد إذعان، فالتعاقد عبر الخط يكون بعقود نموذجية شروطها موضوعة مسبقا من قبل الموجب، ولا يتيح معها للقابل أي مجال للتفاوض والمساومة في هذه الشروط فهي عقود إذعان، وهذا عكس تلك المبرمة بواسطة البريد الإلكتروني، التي تعتبر عقود مساومة حسب الأصل<sup>(1)</sup>.

وخلاصة القول أنه ولتحدد طبيعة عقد التجارة الإلكترونية فيما إذا كان من قبيل عقود الإذعان أو من عقود المساومة، يجب التمييز بين الوسائل المستخدمة في إبرام العقد باستخدام الوسائل السمعية البصرية لإبرامه، يعتبر العقد في هذه الحالة رضائيا وهذا لإمكانية التفاوض والمناقشة، وعلى النقيض من ذلك فإبرام العقد باستخدام مواقع الانترنت والتي غالبا ما تضع شروطا مسبقة عن طريق عقود نموذجية، لا تترك للمستهلك أي مجال للتفاوض أو المساومة في الشروط الموضوعية مسبقا، فلا يكون المتعاقدان على قدم المساواة لعدم التكافؤ في المقدرة العقدية، فإن العقد الإلكتروني يكون عقد إذعان<sup>(2)</sup>.

وبالنسبة لنا لا يمكن اعتبار عقد التجارة الإلكترونية عقد إذعان ولا عقد مساومة بصفة الإطلاق، بل يجب النظر إلى طريقة إبرامه، فيكون رضائيا إذا كان هناك تفاوض بين المستهلك والمورد الإلكترونيين حول شروطه، أما في حال انعدام ذلك واقتصار دور المستهلك الإلكتروني على القبول فقط بما تم إعداده من قبل المورد الإلكتروني سلفا، فالعقد هو عقد إذعان.

عموما، يمكن القول بأن البيئة الإلكترونية بيئة خصبة للشروط التعسفية والتي كثيرا ما تكون عن طريق عقود نموذجية، الأمر الذي يستوجب حماية المستهلك الإلكتروني في هذا المجال، وهو ما يفرض وضع آليات لحماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية.

(1) كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص508.

(2) خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، ص88، ص89.

## الفرع الثاني: آليات حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية

يعتبر المستهلك الإلكتروني طرفاً ضعيفاً ضمن العلاقة التعاقدية في حاجة للحماية وتزداد حاجته للحماية إذا أبرم عقداً وجد نفسه فيه مكبلاً بشروط فرضت عليه، هنا نجد أن مختلف التشريعات أقرت وسائل تحمي المستهلك بصفة عامة مما يواجهه من شروط تعسفية، وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال تبيان موقف التشريعات من هذه الحماية (أولاً)، بالإضافة إلى الرقابة الإدارية (ثانياً) وصولاً إلى دور القضاء في هذه الحماية (ثالثاً).

### أولاً: الرقابة القانونية على الشروط التعسفية

تناول قانون التجارة الإلكترونية 18-05 في المادة 12 منه أنه: "...وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة، ... يجب ألا تتضمن الخانات المعدة للملأ، من قبل المستهلك الإلكتروني، أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره"، ما يلاحظ على نص المادة أنها أشارت إلى موضوع الشروط التعاقدية والزامية وضعها في متناول المستهلك الإلكتروني، وتأكيداً على ذلك أشارت الفقرة الخامسة من المادة إلى منع وجود أي معطيات تهدف إلى توجيه المستهلك الإلكتروني نحو خيارات موضوعة مسبقاً أو يرمي إليها المورد الإلكتروني.

إن منع التشريعات للشروط التعسفية، لا يكون إلا بالرقابة القانونية والتي يقصد بها العمل بنظام القوائم لمحاربة الشروط التعسفية، وهذا الأسلوب يعني أن تتضمن النصوص القانونية مجموعة الشروط التعسفية التي يمنع إدراجها في العقود، لما قد تلحقه من ضرر بالمستهلك وخصوصاً عند التعاقد الإلكتروني والذي يتميز بتفاوت كبير بين أطرافه، هذا ما انتهجته مختلف التشريعات بقيامها بإعداد قوائم تعدد فيها الشروط التعسفية<sup>(1)</sup>.

وفي مجال تحديد الشروط التعسفية التي يمكن أن يتضمنها العقد المبرم بين المستهلك والمحترف، نجد أن هناك عدة تشريعات قد تبنتها على غرار المشرع الألماني<sup>(2)</sup>، والمشرع

(1) خلوي نصيرة، مرجع سابق، ص 110.

(2) تناول المشرع الألماني نظام القائمة في القانون الصادر في 09 ديسمبر 1976، وارتبطت هذه الألية بوجود حماية خاصة لمواجهة الشروط التعسفية، ويعتبر المشرع الألماني الرائد في تبني هذه الوسيلة التشريعية حيث تضمن نص القانون وجود قائمتين في الشروط التعسفية الأولى قائمة سوداء، والتي تكون الواردة فيها باطلة بقوة القانون ولا يملك القاضي أي سلطة تقديرية بشأنها، والقائمة الثانية رمادية، والتي يكون للقاضي بالنسبة لها سلطة تقديرية بشأن إبطالها حسب الظروف، إذا ما كانت تلائم أو لا تتلاءم مع المعايير المحددة في القانون.

الفرنسي<sup>(1)</sup>، وعلى هذا المنوال نص المشرع الجزائري في المادة 29<sup>(2)</sup> من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: "تعتبر بنوداً أو شروطاً تعسفية في العقود 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 علة 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 إتخاذ قرار البحث 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 بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
7. التفرد بتغيير أجل تسليم منتج أو أجل تنفيذ خدمة.
8. تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشرط تجارية جديدة غير متكافئة.

(1) وبالإضافة إلى المشرع الألماني، قام المشرع الفرنسي في القانون 23/78 بإيراد قائمة تحتوي على العناصر الأساسية للعقود، والتي تكون محلاً للشروط في حال مخالفتها في المادة 35 منه، ولأن هذه القائمة جاءت على سبيل الحظر إنتقدت لأنها تمس بمبدأ سلطان الإرادة، ليقوم المشرع الفرنسي بإيراد ملحق في قانون الإستهلاك في عام 1995، يتضمن قائمة غير حصرية للشروط التي تعتبر تعسفية، والتي إستوحاها من التعلية الأوروبية لعام 1993، وقد أكد المشرع الفرنسي على دعوى حذف أو إزالة الشروط التعسفية الواردة في قانون 5 جانفي 1988 في الأمر المؤرخ في 01 سبتمبر 2005 للمديرية العامة للمنافسة والإستهلاك وقمع الغش، وتعتبر هذه الآلية كحماية جماعية ضد الشروط التعسفية واعتبرها الفقه أنها أكثر فاعلية، وهذا ما أكدته الإجتهاادات القضائية ومنها محكمة النقض الفرنسية التي جاء في إحدى قراراتها أنه يجوز لجمعيات حماية المستهلك أن تمارس حقها الممنوح لها عن طريق التدخل الإرادي في دعوى مرفوعة من مستهلك ما، وقد أضاف تعديل قانون الإستهلاك بموجب القانون 2008-776 الصادر في 04 أوت 2008 والمتعلق بتحديث الإقتصاد، والمرسوم رقم 2009-302 الصادر في 18 مارس 2009 والمتعلق بتطبيق المادة 1-132 L، التي تتضمن قائمة للشروط التي تعتبر تعسفية ضمن قائمة سواد، والمادة 1-132 R، التي تناولت قائمة أخرى تسمى بالرمادية والتي تفترض وصف التعسف، لكن وبعد تعديل قانون الإستهلاك بموجب الأمر رقم 2016-131، أصبح تحديد الشروط التعسفية يكون عن طريق مرسوم صادر من سجل الدولة بناء على رأي لجنة البنود التعسفية، راجع في ذلك: شايب بوزيان، مرجع سابق 201، ص 202، وخليوي نصيرة، مرجع سابق، ص 112، ص 113.

(2) المادة 29 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

يلاحظ على نص المادة أن المشرع الجزائري عدد الشروط التي تعتبر تعسفية على سبيل المثال وهو ما تؤكدته عبارة: "... لا سيما..."، وهذا حتى يسمح بإضافة شروط أخرى قد تفرضها التطورات الاقتصادية، ونفس الأمر تم تأكيده في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306<sup>(1)</sup> المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

حيث يتبين من النصين السابقين أن المشرع الجزائري اعتمد على نظام القائمة وهذا ما يتضح من خلال تحديده لقائمة لشروط تعتبر تعسفية في القانون 04-02، والمرسوم التنفيذي 06-306، وقد أضاف المشرع في المادة 30<sup>(2)</sup> من القانون 04-02 منح الحق للسلطة التنظيمية في تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة مع المستهلكين، بالإضافة إلى إمكانية التدخل لمنع الشروط التي تعتبر تعسفية.

(1) تنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السابق الذكر: "تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العوان الإقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه.
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع التعويض.
- 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 تخلي 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 إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العوان الإقتصادي 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 العوان الإقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على التعويض والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الجبري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.
- يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

(2) تنص المادة 30 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية: "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية".

غير أنه في مجال الحماية من الشروط التعسفية، لم يتناول المشرع الجزائري أي جزء مدني، بل اكتفى بالنص على الجزاء الجنائي المتمثل في الغرامة المالية، وهذا ما جاء في نص المادة 38<sup>(1)</sup>، والتي نصت على: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المادة 26، 27، 28، 29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار 50.000 دج، إلى خمس ملايين دينار 5.000.000 دج".

لم يكتف المشرع الجزائري بحماية المستهلك من الشروط التعسفية من خلال نظام القوائم فقط، بل نجد أن للقضاء دور فعال أيضا في إضفاء الحماية.

### ثانيا: الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية

قام المشرع الجزائري بإنشاء لجنة ذات طابع إداري في هذا المجال تسمى بلجنة البنود التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة بموجب المرسوم 06-306 السالف الذكر، والذي جاء في المادة 06<sup>(2)</sup> منه أنه: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص اللجنة"، وفي مهام هذه اللجنة تنص المادة 07<sup>(3)</sup> من نفس المرسوم أنه: تكلف اللجنة لا سيما 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"

وبخصوص تشكيلة اللجنة جاء في المادة 08 من المرسوم التنفيذي 08-44<sup>(4)</sup> أنه:

"تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يلي:

- ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية

(1) أنظر المادة 38 من القانون 04-02، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

(2) أنظر: المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06/306 المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، مرجع سبق ذكره.

(3) المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06/306، المرجع نفسه.

(4) المادة 08 من المرسوم التنفيذي 08-44 مؤرخ في 03 فبراير 2008، يعدل المرسوم التنفيذي 06-306، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر. 07 لسنة 2008.

- ممثلان عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.
  - ممثلان عن مجلس المنافسة
  - متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
  - ممثلان من جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
  - يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أنه يفيد بها في أعمالها"
- بالإضافة إلى مهام المذكورة أعلاه، فأنها تقوم بنشر الآراء والتوصيات، ولها صلاحية إعداد ونشر المعلومات المتعلقة بموضوعها، كما تقوم بإعداد تقرير سنوي لنشاطها يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة<sup>(1)</sup>، وتجدر الإشارة إلى أن لجنة البنود التعسفية نصبت بتاريخ 2018/02/20، بعد صدور القرار الوزاري<sup>(2)</sup> الذي يتضمن القائمة الاسمية لأعضائها.
- وعلى العموم يمكن القول بأن القانون 05-18 منع المورد الإلكتروني من تضمين أي بنود أو معطيات توجه اختيارات المستهلك الإلكتروني<sup>(3)</sup>، في المقابل لم يتناول وسائل لحماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية وهذا ما يتضح من نص المادة 35 منه<sup>(4)</sup> التي تجعل المورد الإلكتروني خاضعا للقوانين المطبقة على الأنشطة التجارية وحماية المستهلك وبالتالي تبقى القواعد العامة السبيل الوحيد للمستهلك الإلكتروني في مواجهة الشروط التعسفية.
- من خلال ما سبق يمكن أن يستشف بأنه ورغم محاولة المشرع إقرار حماية للمستهلك في القواعد العامة، إلا أن البيئة الرقمية تعتبر بيئة خصبة لوجود الشروط التعسفية، مما يجعل هذه الحماية وإن كانت تساهم في الحفاظ على بعض مصالح المستهلك، إلا أن هذا الأخير في العقود يحتاج إلى حماية أكثر ومن نوع خاص، لتجعل حقوقه محفوظة.

(1) جاء في المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06: "تتشر اللجنة آراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة. وزيادة على ذلك، يمكنها أن تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة. تقوم كل سنة بإعداد تقرير نشاط يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة".

(2) القرار الوزاري المؤرخ في 08 ربيع الأول عام 1439 الموافق ل 27 نوفمبر سنة 2017، يحدد القائمة الإسمية لأعضاء لجنة البنود التعسفية، ج. ر عدد 75، مؤرخة في 2017/12/27.

(3) تقضي الفقرة الأخيرة للمادة 12 من قانون التجارة الإلكترونية 05-18 أنه: "...يجب ألا تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني، أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره"

(4) المادة 35 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية: "يخضع المورد الإلكتروني للتشريع والتنظيم المعمول بهما المطبقين على الأنشطة التجارية وحماية المستهلك".

### ثالثا: الحماية القضائية ضد الشروط التعسفية

منحت معظم التشريعات السلطة للقاضي في مجال الحماية من الشروط التعسفية، وفي هذا الشأن أقرت محكمة النقض الفرنسية أنه لا يمكن للقاضي التصدي للمسألة من تلقاء نفسه بل بناء على طلب من المستهلك، وهذا عملا بمبدأ حياد القاضي المدني، أما إذا طلب منه فهو ملزم بذلك، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية<sup>(1)</sup>.

وفي هذه المسألة ذهب الاتجاه من الفقه إلى أنه يجب إثارة المسألة تلقائيا من القاضي وبالنسبة لمسألة مدى إلزامية القاضي بتعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه، فهناك من يعتبر المسألة جوازية تخضع إلى تقدير القاضي ومدى اقتناعه<sup>(2)</sup>، وهذا ما جاء في عديد الأحكام القضائية الفرنسية<sup>(3)</sup> التي اعتبرت بعض الشروط الواردة في العقود الإلكترونية تعسفية وقضت بإبطالها.

(1) "le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif du clause contractuelle invoquée par une partie dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaire à cette effet"

كوثر مجدوب، حماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني الدولي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، 2019، ص298.

(2) كوثر مجدوب، نفس الأطروحة، ص292.

(3) Tribunal de grande instance de paris (1<sup>er</sup> ch. soc. -sect.), 04 fèv.2003.

حيث يرجع هذا الحكم إلى تاريخ 2002/07/04، بعد طلب جمعية أسرة فرنسا (إحدى جمعيات حماية المستهلك، والمعترف لها بممارسة بعض الحقوق المقررة لجمعيات حماية المستهلك وفقا للقرار الصادر في 2000/08/25)، من المحكمة تقرر إعتبار بعض الشروط تعسفية وفقا لنص المادة 1-132 من قانون الإستهلاك والواردة في الشروط العامة للبيع الموضوعة من طرف شركة voyage père-noel.fr وفي شركة بيع عبر الأنترنت لتقترح على المستهلكين من خلال موقعها سلع استهلاكية ورحلات بالإتفاق، حيث طلبت إلغاء هذه الشروط وتوجيه تحذير قضائي تحت التهديد بالغرامة التهديدية، وإلزام الشركة المدعى عليها بأن تدفع لها مبلغ 7600 أورو تطبيقا للمادة 700 من قانون المرافعات التجارية.

2- وفي حكم آخر ترجع وقائعه إلى تاريخ 2006/03/15، رفعت جمعية الإتحاد الفيدرالي للمستهلكين دعوى ضد شركة C Discount وذلك لتقرير عدم مشروعية أو تعسفية بعض الشروط الواردة في الشروط العامة للبيع الموضوعة بواسطة الشركة المذكورة على شبكة الأنترنت، وقد طلبت هذه الجمعية من المحكمة إبطال الشروط مع إلزام الشركة بإلغاء هذه البنود من الشروط العامة تحت التهديد بالغرامة التهديدية ومنعها من إلزام المستهلك بطلبات تكميلية غير التي طلبها مختارا من قبل الشركة، وطلبت أيضا بالتعويض ونشر الحكم شاملا هذه الشروط في ثلاث صحف يومية وطنية وفي موقع الشركة، وقد اعتبرت المحكمة أن الشرط الذي ينص على أن مدة التسليم ليست نهائية شرطا تعسفيا، واعتبرت أيضا وجود شرط الرد لعدم المطابقة خلال 15 يوم من التسليم، وأيضا إعتبار الشرط الذي يعطي لأعطال الموقع صفة القوة القاهرة، شرطا تعسفيا، حيث يؤدي هذا الشرط إلى إعفاء الشركة من المسؤولية، أكثر تفصيلا راجع: كوثر سعيد عدنان خالد، مرجع سابق، ص538، ص539.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فالقواعد العامة للقانون المدني تنص على أنه إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدلها أو يعفي الطرف المذعن منها، وهذا ما تؤكدته المادة 110 ق. م. ج.: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروط 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".

يتضح من نص المادة أن المشرع قد أقر للقاضي سلطتين في مواجهة الشروط التعسفية حيث تكمن السلطة الأولى في تعديل الشروط التعسفية، والسلطة الثانية هي إلغاء الشروط التعسفية.

بالنسبة لتعديل الشروط التعسفية، فإن تعديل الشرط يعني الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف فيه، فإذا كان الشرط يلزم مثلا المستهلك (المؤمن له) بالإخطار عن الحادث المؤمن من أجله خلال 24 ساعة، وإلا سقط حقه في التعويض، كان للقاضي أن يجيب المؤمن له لطلب الضمان رغم إخطاره عن الحادث بعد يومين من وقوعه، مستندا في ذلك إلى تعديله للشرط التعسفي، لأن الإخطار قد تم في الميعاد<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة لصلاحيه القاضي في إلغاء الشرط التعسفي، فإن المشرع منح للقاضي سلطة إلغاء الشرط التعسفي، وإلغاؤه يعني إعفاء الطرف المذعن منه نهائيا، وهذا ما يوضح الدور الإيجابي للقاضي في إعادة التوازن العقدي بين الطرفين<sup>(2)</sup>.

وتجدر الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري جعل نص المادة 110 ق. م. ج.، نصا أمرا يتعلق بالنظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفته، فالقاضي لا يستطيع ممارسة سلطته في إعادة التوازن العقدي من تلقاء نفسه، بل لابد أن يتم ذلك بطلب من الطرف المذعن<sup>(3)</sup>، هذا عكس بعض التشريعات الأوروبية التي منحت للقاضي صلاحية إثارة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية.

(1) خلوي نصيرة، مرجع سابق، ص 128.

(2) يعتبر هذا الإتجاه متفق مع مصلحة المستهلك التي تتمثل في تعديل الشرط التعسفي أو إبطاله مع بقاء العقد صحيحا، وهذا حتى يستطيع الإستفادة من السلعة أو الخدمة التي هو في حاجة إليها، موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 269، ص 270.

(3) جامع مليكة، مرجع سابق، ص 92.



لم يكتف المشرع الجزائري بالنص على الحماية من الشروط التعسفية من خلال تعديلها أو إلغائها، بل ذهب لأبعد من ذلك من خلال المادة 112<sup>(1)</sup> ق. م. ج.، والتي تقضي بتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، حيث جاء في نص المادة أنه: "يؤول الشك في مصلحة المدين...".

ويهدف تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن أو الضعيف إلى تحقيق العدالة العقدية، ومنه فالطرف القوي يتحمل تبعية وجود عبارات أو مبهمة أو متناقضة لأنه هو من صاغ شروط العقد، وزيادة على هذا تنص الفقرة الثانية من نفس المادة أنه: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"<sup>(2)</sup>، إذ يتضح من نص الفقرة أن المشرع الجزائري حاول أن يضفي حماية أكثر من خلال المحافظة وحماية مصالح الطرف الضعيف في العقد.

وفي دور القضاء في مواجهة الشروط التعسفية، نرى أن وجود هذه السلطة التي منحها القانون للقاضي سواء في تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه أو من خلال تفسير عبارات العقد الغامضة لمصلحة الطرف المذعن، تسمح بوجود نوع من الحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، غير أنه كان من الأحسن لو لم يربط المشرع هذا الأمر بطلب الطرف المذعن، وتركه للقاضي كي يستعمل هذه السلطة من تلقاء نفسه، فهذا يسمح بإضافة حماية أكبر، وتحقيق للتوازن الاقتصادي بين أطراف العقد، وهذا لأنه قد يكون الطرف المذعن في العقد غير قادر على إثارة هذا الطلب أمام القاضي لسبب ما، ما يؤدي إلى انتهاك حقوقه.

(1) أنظر: الفقرة الأولى من المادة 112 ق. م. ج.

(2) أنظر: الفقرة 2 من المادة 112 ق. م. ج.

## ملخص الفصل الثاني

من المتفق عليه أن مرحلة إبرام العقد هي مرحلة تتضمن قواعد جادة وموضوعية ، فهذه المرحلة يقوم فيها المستهلك الإلكتروني بتعبيره لقبول التعاقد مع المورد الإلكتروني الذي وجه له الإيجاب ، حيث يتم هذا في بيئة إلكترونية بحتة ، وهذا ما يميز العقود الإلكترونية ، لذلك تطرق هذا الفصل إلى تبيان مفهوم العقود الإلكترونية بصفة عامة ، وتناول موضوع التراضي الإلكتروني وكيفية التعبير عن الإرادة في هذه العقود ، ولما كان من الأكيد أن المستهلك الإلكتروني في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني هو عرضة لعدة أخطار قد تصيبه في رضاه من خلال وجود عيوب تمس إرادته من جهة ، أو قد تجعل من مصالحه الاقتصادية مهددة من خلال شروط مجحفة في حقه يضعها المورد الإلكتروني ، فتسبب له الضرر ، حاول الفصل تبيان الحلول القانونية لهذه المخاطر المفترضة في عقود التجارة الإلكترونية .

فبعد دراسة مجال الحماية في هذه المرحلة، يتضح بأن نظرية عيوب الإرادة تلعب دورا أساسيا في حماية المستهلك الإلكتروني في هذه المرحلة، ورغم ما تتميز به من خصوصية وكثرة وجود في عقود التجارة الإلكترونية إلا أنه تبقى الحماية منها تقوم على أساس القواعد العامة، وهذا بسبب خلو التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية عن أية أساليب حماية صريحة من عيوب الإرادة.

أما بالنسبة لفرض الشروط التعسفية على المستهلك الإلكتروني، فهذا راجع لخصوصية التعامل بالوسائل الإلكترونية وأيضا لحاجيات المستهلك المتعددة التي قد يفرد بها تاجر دون آخر، فيقوم بفرض شروط تعاقدية لا تخدم بتاتا مصلحة المستهلك الإلكتروني، وبما أن المشرع يحيل على تطبيق القواعد العامة في حماية المستهلك الإلكتروني، فقد تناولنا موضوع الحماية من جانب رؤية المشرع لها في تلك القواعد، والتي وإن كانت كفيلة نوعا ما بحماية المستهلك الإلكتروني إلا أنه يجب تدارك بعض الأمور تماشيا مع متطلبات العصر .