جامعة اكلي محند اولحاج –البويرة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية

تخصص : عقود ومسؤولية

إعداد الطالب (ة)

قندوز محمد لمين

إشراف الأستاذ(ة)

بركات كريمة

لجنة المناقشة

الأستاذة:	مامش نادية	رئيسا
الأستاذة:	بركات كريمة	مشرفا و مقررا
الأستاذة:	معزوز دليلة	عضوا

تاريخ المناقشة

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله أولا وأخيرا، وامتثالا للتوجيه النبوي "من لا يشكر الناس لا يشكر الله".

أتوجه بجزيل الشكر و الامتنان الى الاستاذة المشرفة الدكتورة "بركات كريمة" التي قبلت الاشراف على هذا العمل و تعهدته بالتصويب والمتابعة طيلة انجازه.

و لا يفوتني أن أتقدم بالشكر و التقدير إلى أساتذتي الافاضل أعضاء لجنة المناقشة الموقرة على تفضلهم بقراءة هذه المذكرة وقبول مناقشتها .

الى جميع من ذكرت أزجي جزيل الشكر و وافر التقدير.

إهداء

إلى روح أبي في العليين

إلى الشمعة التي أضاءت و مازالت تضيء دربي

أمي أطال الله في عمرها

إلى كل أفراد عائلتي

إلى كل من سخرهم الله لي عونا وسندا

أهدي هذا العمل.

قائمة المختصرات

ج.ر : الجريدة الرسمية.

ب.ط : بدون طبعة.

ب.س.ن : بدون سنة نشر.

ب.د. ن : بدون دار نشر.

ق.م.ج :القانون المدني الجزائري.

ص : الصفحة.

ط : الطبعة.

د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية.

مقدمة

يعرف العالم اليوم تحولا عميقا في شتى المجالات، الاقتصادية منها، السياسية، الثقافية والقانونية، ومن جملة التحولات الزيادة في معدل الطلب على السلع والخدمات الذي أدى بصورة آلية إلى تغير حقيقي في أنماط الممارسات التجارية. وكان نتيجة ذلك بروز المركز القانوني لشخصين من أهم الأشخاص الفاعلين في الحياة الاقتصادية، والمتمثلان في المتدخل الذي يمكن أن نطلق عليه وصف الشخص القوي اقتصاديا، والمستهلك الذي يوصف بالشخص الضعيف، وهذا التصوير لأطراف الحياة الاقتصادية عموما والعلاقات التعاقدية خصوصا ، انما هو تصوير ونتاج واقع أفرزته العلاقات المعاصرة، هز بشكل جدي العقود من حيث توازنها وما ينبغي أن يتوافر فيها من عدالة بين أطرافها.

لقد اتسع مجال ضعف المستهلك في المجتمع الاستهلاكي باتساع نطاق المعاملات الاستهلاكية المبرمة بينه وبين المتدخل[1] ، حيث أصبح الجانب الاقتصادي والتقني يشكل القاعدة الأساسية التي تحكم العلاقات التعاقدية، مما أدى إلى انعدام التكافؤ بين حقوق والتزامات كل من المتدخل والمستهلك وعدم المساواة بين مراكزهما القانونية.

يظهر المستهلك في علاقته بالمتدخل عند التعاقد معه، وضرورة التعاقد هذه ناتجة عن حاجة المستهلك إلى الاستهلاك، الأمر الذي يفرض عليه الخضوع لشروط المتدخل وعلى هذا الأساس يوصف هذا الضعف قانونيا بالضعف التعاقدي للمستهلك. [2]

(1) – بن حميدة نبهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2000–2007، ص3.

(2) عز الدين غمري ، حماية الرغبة المشروعة للمستهلك في القانون الجزائري، دراسة مقارنة – المطابقة والضمان – مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، السانيا– 2004–2005، ص8.

ولعل أبرز ما اتخذه المتدخلون كسلاح ضد طائفة المستهلكين هو فرضهم لجملة من الشروط التعسفية في العقود التي تجمعهم معهم من خلال ما يقدمونه من سلع وخدمات لا غنى عنها، حتى أضحت هذه الشروط معضلة عالمية حاولت التشريعات الحديثة مكافحتها والحد منها، عن طريق اصدار قوانين تخول للسلطة القضائية الحق في تعديل أو الغاء هذه الشروط ولو يقتضى الأمر المساس بالقواعد القانونية كقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" و"القوة الملزمة للعقد".

الأصل هو الحرية في التعاقد، فلا يجوز تعديل العقد إلا باتفاق طرفيه، لكن سرعان ما تأثر هذا المبدأ بالتطورات الحاصلة في المجال الاقتصادي والصناعي، حيث أدى تطور عمليات التصنيع والتوزيع الكثيفة للسلع والخدمات إلى جعل القرن التاسع عشر الفترة الملائمة لنمو عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، اذ غالبا هي موجودة في شكل عقود نموذجية معدة مسبقا بشكل منفرد من قبل المتدخلين.

وفي ظل هذه الظروف حاولت بعض التشريعات احتواء اختلال التوازن الذي تحدثه الشروط التعسفية المفروضة على المستهلكين من طرف المتدخلين.

لم يغفل المشرع الجزائري عن مواجهة الشروط التعسفية، فكانت أولى محاولاته تضمنتها القواعد العامة في القانون المدني، فالطرف الضعيف في ظل هذه القواعد كان يتمتع ببعض الحماية وإن كانت ناقصة وغير فعالة إلى حد ما.

فقد احتوت هذه القواعد على مجموعة من المبادئ التي يمكن بتطبيقها الغاء بعض الشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك.

لم يتوقف المشرع الجزائري عند هذا الحد بل أصدر نصوصا قانونية وتنظيمية خاصة بحماية المستهلك والتي تهدف إلى الحفاظ على مصلحة المستهلك ومحاولة اعادة التوازن للعلاقة العقدية التي تربطه بالمتدخل.

كما قام بإنشاء الأجهزة التي تعمل على توفير هذه الحماية، والهيئات التي تسهر وتحرص على تجسيدها كالمجلس الوطني لحماية المستهلك وجمعيات حماية المستهلك ولجنة البنود التعسفية.

يكتسي هذا الموضوع أهمية كبيرة كونه يعالج موضوعا حساسا وجديدا يتمثل في كيفية مواجهة الشروط التعسفية في العقود وكيفية حماية جمهور المستهلكين من الغش الذي يلجأ إليه المتدخلون عند إدراجهم لهذه الشروط التي تعتبر تعسفية في العقود.

وتعد هذه الدراسة مهمة أنها احدى الدراسات القانونية التي تتناول حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري.

يمكن القول أن الأسباب والدوافع التي حثتنا على تناول هذا الموضوع هي أسباب شخصية تتمثل في ميلي لهذا الفرع من فروع القانون وهو قانون حماية المستهلك، إلى جانب ذلك نقص الدراسات في الجزائر حول هذا الموضوع.

ومما سبق فالإشكال المطروح في هذا الموضوع هو:

_ ما هو الإطار القانوني الذي وضعه المشرع الجزائري لحماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك؟

وتماشيا مع ذلك وفي سبيل الإجابة على الإشكالية المطروحة قسمنا البحث إلى فصلين أساسيين:

الفصل الأول: ندرس فيه نطاق تطبيق الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية واختلال التوازن فيها حيث نتناول في المبحث الأول: مفهوم الأطراف المتعاقدة هذه الأخيرة متمثلة في المستهلك والمتدخل أما المبحث الثاني: فنتناول فيه تطبيق الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية في حالة اختلال التوازن العقدي.

أما الفصل الثاني: فقد حاولنا من خلاله تبيان الآليات التي من خلالها يمكن حماية المستهلك من الشروط التعسفية معتمدين في ذلك على مبحثين: المبحث الأول: آليات الحماية التشريعية من الشروط التعسفية وفي المبحث الثاني: الرقابة القضائية والإدارية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

الفصل الأول:

نطاق تطبيق الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية

الفصل الأول :
نطاق تطبيق الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية

يدخل المستهلك كطرف في علاقة تعاقدية مع المتدخل في سبيل الحصول على السلع والخدمات، و يتبين أن هذه العلاقة لا تكون متوازنة عادة لأن المتدخل يتميز بالخبرة و المال الأمر الذي يجعله في مركز أقوى يمكنه من إملاء الشروط على المستهلك .

إن فكرة عدم التوازن في العلاقة التعاقدية بين المتدخل و المستهلك موجودة منذ أقدم العصور، إلا أن هذه الظاهرة توسعت و استفحلت، مما جعل من مسألة حماية المستهلك من الشروط التعسفية ذات أهمية بارزة لا سيما في الوقت الراهن، الامر الذي أدى الى تدخل التشريعات الحديثة لسن قواعد قانونية بحماية المستهلك من هذه الشروط، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري الذي استحدث احكام قانونية خاصة بحماية المستهلك من هذه الممارسات التعاقدية التعسفية، ولتحديد نطاق تطبيق هذه الحماية القانونية، ينبغي تحديد مفهوم كل من المستهلك و المتدخل باعتبارهما الطرفان المعنيان بهذه الاحكام القانونية المقررة لمواجهة الشروط التعسفية(المبحث الاول).

إن نطاق تطبيق قواعد حماية المستهلك من الشروط التعسفية، لا يتحدد فقط بالنظر الى صفة الطرفين المتعاقدين، وإنما أيضا بالنظر الى العقد المتضمن الشروط التعسفية، وتبعا لذلك يتم تطبيق هذه الحماية في حالة وجود اختلال في التوازن العقدي الناتج عن ادراج شروط توصف بأنها تعسفية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الأطراف المتعاقدة

يعتبر كل من المستهلك والمتدخل الطرفين الأساسين في العلاقة العقدية، وتحديد مفهومهما له أهمية بالغة لأن جل القوانين الخاصة بحماية المستهلك تستهدف وتركز على هذين الشخصين، إلا أن مسالة مفهوم المستهلك قد أثارت إشكالا هاما خاصة أنها لم تكن تحظى باهتمام كبير من الفقه إلا مع بداية حركة الدفاع عن المستهلك، و لإيجاد حل لهذا الإشكال ينبغي تحديد المقصود بالمستهلك الجدير بالحماية القانونية (المطلب الأول) ثم ندرس مفهوم المتدخل (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: تحديد مفهوم المستهلك

تكتسي مسألة تحديد مفهوم المستهلك أهمية كبيرة و ذلك لعدة اعتبارات، فهو معيار لتحديد الشخص الجدير بالحماية، كما أن (تحديد مفهوم المستهلك) يساعد على فهم قواعد قوانين حماية المستهلك.

لذا فقد نال مفهوم المستهلك القسط البالغ من اهتمام الفقهاء (الفرع الأول) و المشرع الجزائري (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: إختلاف الفقه في تحديد مفهوم المستهلك

بالرغم من أهمية إيجاد مفهوم قانوني للمستهلك إلا انه أثار إشكالا، خلافا للمفهوم الاقتصادي للمستهلك[1] الذي حظي بالإجماع، هذا الأخير الذي لا نجده في المجال القانوني خاصة في الفقه.

(1) – محمد بودالي ، الحماية القانونية للمستهلك في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2002–2003، ص9.

لقد تعارضت التعاريف و تضاربت بين الفقهاء حول تحديد مفهوم موحد ودقيق للمستهلك، و مدى اعتبار المهني الذي يتصرف خارج نطاق اختصاصه مستهلكا أم لا، فانقسموا إلى اتجاهين اتجاه يميل إلى تضييق مفهوم المستهلك، واتجاه آخر وسع من طائفة الأشخاص المعتبرين مستهلكين، وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال ابراز وجهة نظر كل اتجاه على حدى :

أولا: المفهوم الضيق للمستهلك

يعرف انصار الاتجاه الضيق المستهلك على أنه " كل شخص يتعاقد بهدف تلبية و إشباع حاجته الشخصية أو العائلية الغير مهنية" [1] .

كما يعرف بأنه " الشخص الذي يقوم بشراء السلع و الخدمات لاستعماله الشخصي أو استعمال أفراد أسرته[2]". و يرى أيضا هذا الرأي أن قواعد قانون الاستهلاك تهدف الى حماية المستهلك فيعرفونه بأنه الزبون غير المحترف للمؤسسة أو المشروع[3] .

وبناء على هذا التعريف لا يعتبر مستهلكا كل من يبرم تصرفا قانونيا لأغراض مهنية، فالمعيار الذي اعتمده أنصار هذا الاتجاه لتعريف المستهلك هو الغرض من التصرف الذي يسمح بتحديد الشخص ما إذا كان مستهلكا أو محترفا.

---

(1)– عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، (دراسة مقارنة)، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،الاردن، 2012، ص29.

(2)– الجريدلي جمال زكي ،البيع الالكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الانترنيت ، ط 1 ، دار الفكر الجامعي مصر، 2008،ص 66.

(3) – محمد بودالي، مدى خضوع المرافق العامة ومرتقيها لقانون حماية المستهلك ،مجلة الإدارة ،عدد 24، الجزائر، 2002، ص 57.

كما أن أنصار هذا الاتجاه وفقا لما ورد من تعاريف، لا يعتبرون الشخص مستهلكا إذا اشترى منتوجا لغرض مزدوج اي لأغراض مهنية و أخرى عائلية .

مثال ذلك اقتناء سيارة وتخصيصها للاستعمال العائلي وكذلك لأغراض مهنية وهو ما يسمى بالاستعمال المختلط[1] .

لقد ساق أنصار هذا الاتجاه عدة حجج من أجل ابعاد المتدخل من الحماية نذكر منها:

// أن المتدخل الذي يتصرف خارج مجال اختصاصه لن يكون في وضعية الضعف التي نجدها عند المستهلك العادي، إذ أن المتدخل وإن تصرف خارج مجال اختصاصه ولأغراض مهنية سيكون أكثر تحمسا وفطنة من المستهلك الذي يتعاقد لأغراضه الشخصية وبالتالي لا يكون بحاجة للحماية .

// إن التصور الضيق لمفهوم المستهلك من شانه أن يؤدي إلى تحقيق الأمن القانوني للمستهلك الذي لا يتحقق في ظل تبني مفهوم واسع[2].

ثانيا: المفهوم الموسع للمستهلك

اتجه جانب آخر من الفقهاء إلى مد نطاق الحماية القانونية إلى المهني عندما يقوم بإبرام تصرفات قانونية تخدم مهنته كالمحامي الذي يشتري معدات مكتبية و أجهزة الإعلام الآلي لمكتبه، فهو يتعاقد لأغراض مهنية لكن خارج مجال تخصصه المهني[3] .

(1) – محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، ط 1، دار الفجر للنشر و التوزيع، مصر،2005، ص. ص 60-61.

(2) – ليندة عبد الله، المستهلك و المهني مفهومان متباينان، عنوان مداخلة في الملتقى الوطني الخاص بحماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، يومي 13-14 افريل 2008 المركز الجامعي بالوادي2008.

(3) – الياقوت جرعود ، عقد البيع و حماية المستهلك في التشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر،2001.2002، ص 23.

يقصد بالمستهلك في المفهوم الموسع كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك أي بهدف استعمال او استخدام مال أو خدمة في أغراضه الشخصية أو في أغراضه المهنية .

فوفقا لهذا التعريف، فإنه يعتبر مستهلكا كل من يشتري سيارة لاستعماله الشخصي أو المهني لأن السيارة تستهلك في الحالتين عن طريق الاستعمال، غير أنه لا يعتبر مستهلكا من يشتري سيارة من اجل إعادة بيعها لان السيارة لم تستهلك[1].

وقد ذهب البعض إلى المناداة بتوسيع دائرة المستفيدين من قواعد الحماية لتشمل جميع المتعاقدين الذين قد يجدون أنفسهم أمام المتدخل في وضعية ضعف تشبه وضعية المستهلك.

ويجد أصحاب هذا الاتجاه سندهم في المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10-جانفي-1978 المتعلق بالشروط التعسفية، التي جاء فيها أن نصوص هذا القانون تخص العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين [2].

و قد استخلص الفقه من هذه المادة أن المشرع الفرنسي حين استعمل مصطلح غير المهني مع الإبقاء على مصطلح المستهلك، فانه يقصد بذلك فتح المجال لحماية من تأهله مهنته و تخصصه للوقوف موقف ضعف في مواجهة المهني الذي بيرم معه عقدا من عقود الاستهلاك.

(1) – محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن ، دار الكتاب ،الجزائر،2007، ص 22.

(2) – الياقوت جرعود، المرجع السابق، ص 20.

كذلك نجد أن محكمة النقض الفرنسية، قد أخذت في بعض الأحكام بالاتجاه الموسع لفكرة المستهلك، حيث اتجهت الى إضفاء صفة المستهلك على الشخص المعنوي .

و بعد أن استعرضنا كل من المفهومين الضيق و الموسع للمستهلك نتعرض إلى موقف المشرع الجزائري.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مفهوم المستهلك

يعتبر مصطلح المستهلك من المصطلحات الحديثة في التشريع الجزائري لكونه مصطلح اقتصادي بالدرجة الأولى، حيث لم يتطرق القانون رقم 89-02[1] (الملغى)إلى مسألة تعريف المستهلك، لكن المشرع تدارك الأمر بعد ذلك بإصداره المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق بمراقبة الجودة و قمع الغش [2] ، حيث عرفت المادة الثانية الفقرة 9 منه المستهلك على أنه " كل شخص يقتني بثمن أو مجانا، منتوجا أو خدمة، معدين للاستعمال الوسطي والنهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر، أو حيوان يتكفل به" .

فمن خلال هذا التعريف نجد أن المشرع الجزائري قد وسع من نطاق الحماية عندما اعتبر المستهلك الوسطي من بين الاشخاص الخاضعين لقانون الاستهلاك .

كذلك صدر القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية محددا لمفهوم المستهلك في المادة 3 منه

(1) – قانون رقم 89-02 مؤرخ في 02/07/ 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الملغى بموجب القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 /02/ 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، العدد 15 الصادرة في 03/08/ 2009.

(2) – مرسوم تنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 1990/01/30 يتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش، ج ر، العدد 05 الصادر في 1990/01/31، معدل و متمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-315 المورخ في 16 اكتوبر 2001.

و التي تنص على أن" المستهلك كل شخص طبيعي او معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني ".

من خلال نص المادة نلاحظ أن مفهوم المستهلك يشمل كافة الأشخاص الطبيعية أو المعنوية شريطة ان تكون مجردة من الطابع المهني، فاعتراف المشرع لها بهذه الصفة يجعلها محل حماية قانون المستهلك .

لكن بالرجوع الى القانون رقم 09-03 2009 السالف الذكر، نجد أن المشرع قد عدل تعريف المستهلك من خلال نص المادة الثالثة والتي جاء فيها ان " المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص أخر أو حيوان متكفل به ."

يتضح لنا من هذا التعريف أن المشرع الجزائري حسم الامر بأن عرف الشخص الذي يعتبر مستهلكا، واعتبر المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي على حد سواء، يشتري سلعة للاستعمال من أجل تلبية احتياجاته الشخصية أو العائلية أو شخص آخر .

المطلب الثاني: مفهوم المتدخل

إن مفهوم المتدخل أو المهني الذي يعتبر الطرف الثاني في عقد الاستهلاك, فهذا المفهوم لا يثير اشكالا في الأوساط القانونية مثلما هو الحال بالنسبة لمفهوم المستهلك. سنعرض مفهوم المتدخل[1] من جانب الفقه الذي اعتمد على مصطلحي

(1) – المشرع الجزائري كان يعبر عن المدين بالالتزام بلفظ المحترف لكن بصدور القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش جاء بمصطلح جمع من خلاله المصطلحات السابقة وهو مصطلح "المتدخل".

المهني والمحترف, ثم التطرق إلى مفهوم المشرع الجزائري الذي جاء بمصطلح جديد وهو المتدخل.

الفرع الأول : مفهوم المتدخل في الفقه

أورد الفقه عدة تعاريف للمتدخل

التعريف الذي جاء فيه أن المتدخل هو " الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يتعاقد لمباشرة نشاط مهني ما سواء كان هذا النشاط صناعيا أم تجاريا أم حرفيا أم حرا أم زراعيا ام غير ذلك[1]".

وفي تعريف مشابه فإن المهنيين هم " الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، عامة أو خاصة الذين يعرضون أموالا او خدمات في ممارستهم لنشاط اعتيادي ".

وهناك من يعرف المتدخل بأنه " كل شخص طبيعي او معنوي ينتج أو يصنع او يبين او يقيم أشياء متطورة أيا كانت طبيعتها المعدة للاستعمال الخبير [2]".

من خلال التعريفات السابقة يلاحظ أن الفقه استعمل في تعريفه للمتدخل مصطلحات متعددة، المهني، المحترف، المنتج، المزود.....الخ معتمدا في ذلك معايير مختلفة كمعيار الاحتراف ومعيار الربح ومعيار القوة.

أولا: معيار الاحتراف

يقصد بالاحتراف توجيه النشاط الإنساني بصفة منتظمة ومستمرة لمزاولة عمل معين، بحيث يتخذ الانسان ممارسة هذا النشاط كوسيلة لكسب عيشه وإشباع حاجاته، ومن ثم يمكن تعريف الاحتراف على أنه ممارسة الأعمال التجارية بصفة

(1) – زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة، الجزائر، ب. س. ن، ص24.

(2) – فرحة زراوي صالح، الكامل في قانون التجاري الجزائري– الاعمال التجارية– التاجر– الحرفي– الأنشطة التجارية المنظمة–السجل التجاري، ابن خلدون، الجزائر، 2003، ص 165.

منتظمة و مستمرة مع اتخاذها مهنة للحصول على مورد رزق وبذلك يلاحظ أن الاحتراف يرتكز على عنصرين هما الانتظام و الاستمرار.

يعتبر الاحتراف بهذا المعنى شرط لاكتساب وصف التاجر[1] و ليس صفة المحترف أو المهني، بناء على ذلك يتضح ان الاعتماد على معيار الاحتراف لا يصلح لتحديد مفهوم المحترف الذي يشمل علاوة على التاجر، الحرفي ، الموزع و المنتج و مقدم الخدمات .

ثانيا: معيار الربح

يعول على معيار الربح كثيرا في القانون التجاري من أجل تحديد مفهوم التاجر، لكن في قانون حماية المستهلك فإن لهذا المعيار دورا ثانويا نظرا لوجود حالات لا يكون الغرض منها الربح مثل التعاونيات التي تقدم خدمات أو سلع مجانا.

هؤلاء الأشخاص ليس لديهم هدف الربح، إلا أنهم يدخلون ضمن طائفة المهنيين لأن الطرق المستخدمة من طرفهم في تقديم الخدمات و السلع لا تختلف في الأساس عن طرق الشركات التجارية.

ثالثا: معيار القوة

اعتمد جانب من الفقه في تعريف المتدخل على عنصر القوة من الناحية الاقتصادية و المعرفية كما يلي " المحترف هو ذلك الشخص الذي يتمتع بعناصر من الأفضلية أو التفوق و هي المقدرة التقنية بحيث يكون على دراية تامة مما

(1) – فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص164.

يقدمه من منتجات و خدمات و المقدرة الاقتصادية و القانونية بالتفوق على المستهلك[1] .

غير أن هذا التعريف ركز على العلاقة بين المهني "المتدخل" والمستهلك من الناحية الاقتصادية أكثر من اهتمامه بالناحية القانونية.

الفرع الثاني : مفهوم المتدخل في القانون الجزائري

أقدم المشرع الجزائري على وضع عدة تعاريف للمتدخل رغم أن هذا العمل ليس من اختصاصه، ووردت هذه التعاريف في نصوص تشريعية و أخرى تنظيمية محددا في الوقت ذاته قائمة المتدخلين.

أولا: النصوص القانونية المحددة لمفهوم المتدخل

تناول المشرع الجزائري المتدخل في القانون المدني في اطار الحديث عن المسؤولية المدنية للمنتج في المادة 140 مكرر من القانون المدني[2] بقوله يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى و لو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية. و عرفته المادة 3 فقرة 2 من القانون رقم03-03 المؤرخ في 19 يونيو 2003 المتعلق بالمنافسة[3] مطلقا عليه اسم المؤسسة بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي مهما كانت صفته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج التوزيع و الخدمات".

(1) – حنين نوال شعباني، التزام المتدخل لضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش– مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 15 .

(2) – أمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني ,ج ر, العدد 78 الصادر في 30-01-1975 المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 /05/ 2007، ج العدد 31. الصادر بتاريخ 13 /05/ 2007.

(3) – ج.ر العدد 43، الصادر بتاريخ 20/07/ 2003.

كما نجد تعريف للمتدخل في القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1] حيث عرفت المادة 3 منه على أنه "كل منتج او تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أي كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو يقصد الغاية التي تأسس من أجلها". وبالعودة الى القانون رقم 09 -03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش نجده عرف المتدخل في المادة 3 فقرة 7منه على أنه" كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المتوجات للاستهلاك".

نستخلص من هذا النص أن كل نشاط احترافي سواء كان تجاري أو صناعي أو زراعي، فهو معني بما أنه يقوم على تقديم المنتوجات أو خدمات للمستهلكين بصفة عامة مهما كان النظام القانوني للمتدخل الذي يمكن ان يكون شخصا عاما او شخصا طبيعيا[2] .

ثانيا: تعداد سلسلة المتدخلين في العملية الاستهلاكية

أراد المشرع بسط أكثر قدر ممكن من الحماية للمستهلك حيث جعل المتدخل ليس المنتج فحسب بل كل من يتدخل في العملية الاستهلاكية إلى غاية وصول المنتوج إلى المستهلك، و قد تم ذكر سلسلة المتدخلين في المادة 3فقرة 7 من القانون رقم 09-03 و المتمثلين في المنتج و الصانع، الوسيط، الحرفي، المستورد، الموزع .

أ/ **المنتج:** لم يعط المشرع تعريفا للمنتج رغم أهميته لكنه عرف عملية الإنتاج بمقتضى المادة 3 /2 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع

(1) – ج.ر، العدد 41 الصادر بتاريخ 27 جوان 2004.

(2) – كريمة بركات ، حماية أمن المستهلك في ظل اقتصاد السوق (دراسة مقارنة) ،اطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ، السنة 2014، ص227.

الغش السالف الذكر. بأنها "العمليات التي تتمثل في تربية المواشي و جمع المحصول و الجني و الصيد البحري و المعالجة و التصنيع و التحويل و صنع المنتوج بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه و هذا قبل تسويقه الاول".

وعرفه بعض الفقه بأنه" كل من يمارس نشاطا مهنيا على وجه الاحتراف بهدف الحصول على الربح [1] ، لكن بالرجوع الى المشرع الفرنسي نجده وسع من مفهوم المنتج وجعلها تشمل مراحل الانتاج و التوزيع، حيث يشمل المتدخل كل محترف أو صانع منتوج في شكله النهائي، أو منتج المادة الأولية، أو منتج أو صانع جزء من الأجزاء التي يتركب منها المنتوج أو كل من يقدم نفسه منتج سواء بوضع تسمية على المنتوج أو خلاصته أو أي علامة تميزه.

ب/ الصانع: ميز المشرع بين الصانع و المنتج، ذلك أن الصانع يغير المادة الأولية أما المنتج فقد يكون إنتاجه مادة أولية زراعية.

ويقصد بالصناعة تحويل المواد الأولية إلى سلع تامة الصنع أو سلع نصف مصنعة لقضاء حاجة الفرد المستهلك، وقد عرف الصانع:" بأنه الشخص الذي ينجز بحكم معرفته أو صناعته أعمال متكررة تستوجب توفير معارف تقنية تتطابق ومعطيات العلم" [2].

وعرفوه أيضا بأنه:" ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم بإنشاء أشياء مماثلة تتطلب مهارات فنية تتطابق ومعطيات العلم، التي تكون في متناول يديه حقيقة أو ظاهريا".

ج/ الوسيط: لم يعرف المشرع الجزائري الوسيط في قانون حماية المستهلك وقمع الغش غير أن المحكمة العليا ذهبت في قرار لها إلى تعريف السمسار بأنه " كل

(1) – فتيحة حدوش، ضمان سلامة المستهلك من المنتوجات الخطرة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة بومرداس، الجزائر،2010,2009، ص 15.

(2) – علي فتاك، أثر المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج ، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008 ص 441.

شخص طبيعي أو معنوي يحصل او يحاول الحصول بصورة مباشرة على مكافأة أو ميزة من أي نوع كانت عند التفاوض أو إبرام الصفقة" [1].

د/ الحرفي: هو كل شخص مسجل في سجل الصناعات التقليدية والحرفي يمارس نشاط تقليدي يثبت تأهيلا، يتولى بنفسه مباشرة تنفيذ العمل وإدارة نشاطه وتسييره وتحمل مسؤوليته [2].

هـ/ المستورد: لا نجد تعريفا للمستورد في الأمر رقم 03-04 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عملية الاستيراد والتصدير [3] غير انه يمكن القول أن المستورد هو كل من يتولى عملية جلب المنتوجات الأجنبية إلى الجزائر.

و/ الموزع : لقد تم تعريف التوزيع في المرسوم رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش بأنه "مجموع العمليات التي تتمثل في تخزين كل المنتوجات بالجملة أو نصف الجملة ونقلها وحيازتها وعرضها قصد البيع أو التنازل عنها مجانا". و الموزع هو كل شخص يباشر على سبيل الاحتراف عملية نقل السلعة من يد منتجها أو صانعها أو مستوردها الأول إلى يد الباعة بالجملة أو نصف الجملة[4].

(1) – قرار المحكمة العليا مؤرخ في 20-12-1990, حنين نوال شعباني، المرجع السابق، ص 18.

(2) – علي فتاك، مرجع سابق، ص 419.

(3) – ج. ر، العدد 43 الصادر بتاريخ 20 /07/ 2003.

(4) – علي فتاك، المرجع السابق، ص421.

المبحث الثاني: تطبيق الحماية القانونية من الشروط التعسفية في حالة اختلال التوازن العقدي

يثور الإشكال في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية حول العقود المبرمة بين المستهلك والمتدخل وطبيعتها (المطلب الأول)، حيث في الغالب ما ينتج عن هذه العقود عدم توازن في العلاقة العقدية نظرا لعدم تساوي المراكز القانونية لطرفيها.

فالقوة الاقتصادية والكفاءة المهنية للمتدخل يستطيع بها فرض إرادته وشروطه التعاقدية على المستهلك والتي غالبا ما تكون تعسفية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم عقود الاستهلاك

لتطبيق قواعد الحماية المقررة في مواجهة الشروط التعسفية لا بد من وجود عقد يدخل ضمن عقود الاستهلاك، هذا العقد يتم بين شخص له معرفة واسعة بالنشاط الذي يمارسه "المتدخل" وطرف أخر ليس على درجة المعرفة والدراية بالخدمة أو السلعة، تتسم العقود بوجود خلل في مراكز القوى بين المتعاقدين، الأمر الذي يعكس في حد ذاته خطورة التعاقد بموجب عقد الاستهلاك. فما المقصود بعقد الاستهلاك؟ (الفرع الأول) وماهي مظاهر التعسف فيه؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف عقد الاستهلاك

قد يوحي مصطلح عقود الاستهلاك بوجود طائفة من العقود مستقلة بذاتها إلى جانب الطوائف الأخرى، لذلك انتقد بعض الفقه مصطلح عقود الاستهلاك، لأن عبارة عقد الاستهلاك تطلق على أي عقد يكون أحد أطرافه مستهلك والطرف الثاني متدخل .

بمفهوم المخالفة لا تعد عقود استهلاك تلك العقود التي يكون كل أطرافها من التجار او المهنيين، فعقد البيع مثلا تنطبق عليه صفة عقد الاستهلاك إذا كان المتعاقد مع البائع له صفة المستهلك المهني، وكذلك عقد القرض يكون عقد استهلاك إذا توافرت في المقترض صفة المستهلك أما إذا كان أطراف هذه العقود من التجار فقط أو المهنيين فلا تنطبق صفة عقود الاستهلاك[1].

و لقد عرف بعض الفقه الاستهلاك على أنه كل عقد مكتوب يبرم عن طريق الانضمام أو بين المستهلك و المتدخل. و بما أن المستهلك هو الشخص الذي يبرم عقد الاستهلاك فيمكن تعريف عقد الاستهلاك على هذا الأساس بأنه " التصرف القانوني الذي يسمح للمستهلك بالحصول على السلعة بهدف إشباع حاجاته الشخصية ".

رغم أن التعريف عمل فني ليس من اختصاص المشرع، إلا أن هذا الأخير أقدم على وضع تعريف للعقد الاستهلاكي في المادة 3 من القانون رقم 04- 02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر و المادة الاولى من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المتعلق بالعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[2]حيث نصت بأنه:" كل اتفاق يهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه" .

(1) – خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 ص 20.

(2) –مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 2009/09/10 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ،ج ر، العدد 56 الصادر في 2006/09/11 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 2008/02/13 ،ج ر، العدد 7 الصادر في 2008/02/10.

إذن فعقد الاستهلاك هو العقد الذي يربط المتدخل الذي يتعاقد لأغراض مهنية باعتباره مقدم السلع و الخدمات بالمستهلك الذي يحصل على هذه السلع من اجل تلبية حاجاته الشخصية .

خصائص عقد الاستهلاك

لعل أبرز ما يميز عقد الاستهلاك من خصائص، هو كونه عقد يتميز بأطرافه و محله و كيفية انعقاده و التنظيم القانوني له. فمن جهة أولى نجد أن أطراف هذا العقد، مستهلك ضعيف يفتقر للخبرة بالنسبة لما يملكه من معلومات حول السلعة أو الخدمة التي تعاقد عليها، علاوة على أن كل المعلومات الدقيقة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل الاستهلاك متوفرة لدى المهني أو المتدخل. وعلى هذا الأخير التزام بإعلام المستهلك بما يملكه من معلومات. و من هنا نلاحظ أن التوازن العقدي بين الطرفين يشوبه عيب ضعف المستهلك في مواجهة المتدخل القوي على كافة الأصعدة القانونية و الاقتصادية.

أما بالنسبة للمحل في عقد الاستهلاك فان السلع[1] و الخدمات[2] تصلح جميعها لان تكون محلا لعقد الاستهلاك، إذ لا وجود لعقد استهلاك بدون وجود سلعة أو خدمة معروضتين للاستهلاك .

وبالرجوع إلى سبب إبرام عقد الاستهلاك أو الغرض من إبرامه هو إشباع حاجات غير مهنية، يعني انها لا تتعلق بمهنية الشخص المتعاقد و إنما تهدف إلى إشباع حاجات شخصية و عائلية لذلك ينبغي لاكتساب وصف المستهلك و من ثم

(1) – عرف المشرع الجزائري السلع في القانون رقم 09-03 من خلال المادة 3 /18منه على أنها "كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا".

(2) – عرف المشرع الجزائري الخدمة في القانون رقم 09-03 من خلال المادة 3 منه على أنها "كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى و إن كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة".

الاستفادة من الحماية القانونية أن يقتني المتعاقد السلع و الخدمات لغرض غير مهني.

إضافة إلى ذلك فقد خص المشرع الجزائري في هذا العقد، المستهلك بتنظيم قانوني حمائي لمحاولة إعادة التوازن العقدي بينه و بين المتدخل، بحيث أن القواعد التي يتضمنها قانون حماية المستهلك تحاول تصويب اختلال التوازن بين منتج السلعة أو الخدمة أو موزعها أي المتدخل بصفة عامة و بين المستهلك الذي يسعى للحصول على تلك السلعة أو الخدمة محل الاستهلاك. فالمتدخل يكون في مركز اقتصادي و قانوني و معرفي قوي يجعله يستطيع فرض شروطه على المستهلكين .

الفرع الثاني: نموذج التعسف في العقود الاستهلاكية

إن التطورات التي عرفتها العقود على مر العصور هي ثمرة للتطور الاقتصادي و الاجتماعي، بحيث أصبح التعاقد إحدى سمات مجتمعاتنا المعاصرة إذ تعتبر عقود الاستهلاك مجالا خصبا لاستغلال المهنيين بوضعيتهم المتميزة للمستهلكين من خلال الشروط التي تتضمنها عقودهم، ففي غالبية الأحيان ما يتم تحرير بعض العقود بصفة مسبقة بالكامل بواسطة احد المتعاقدين و هذا ما يسمى بالعقود النمطية و عقود الإذعان هذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع.

أولا: تعريف عقد الإذعان

إن أول من أطلق تسمية عقد الإذعان على العقود المبرمة بين المتدخل و المستهلك هو الاستاذ احمد عبد الرزاق السنهوري [1] وهي أصح من التسمية الفرنسية التي أطلقها الأستاذ سالي "إعلان الإدارة" الذي معناها عقد الانضمام،

(1) – عبد المنعم فرج الصدة، العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة للطباعة، بيروت، ص 135.

لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول، بينما الانضمام أوسع دلالة من الإذعان، إذ يشمل عقد الإذعان و غيره من عقود انظم إليها القابل دون مناقشة.

أ/ التـــــــعريف الفقـــهي لعقد الإذعان

اختلف الفقه في اعطاء تعريف موحد ودقيق لعقد الاذعان، فقد ظهر هذا الاختلاف في اتجاهين اثنين، اتجاه تقليدي و اتجاه حديث هذا ما سنعرض اليه فيما يلي:

1_ الاتجاه التقليدي:

اتجه جانب من الفقه [1] إلى تعريف عقد الإذعان بأنه "العقد الذي يعد فيه الموجب دور الاحتكام الفعلي أو القانوني شروط محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة، و يوجهها إلى الجمهور بصفة دائمة بقصد الانضمام إليه و يعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة".

2_ الاتجاه الحديث:

وسع هذا الاتجاه من دائرة عقود الإذعان من خلال تعريفها على النحو التالي: "عقود محررة انفراديا من أحد أطراف العقد و ليس أمام الطرف الأخر إلا الخضوع لها دون أن يكون له سلطة حقيقية في تعديلها". لقد أضاف الفقه لهذا التعريف بعض الشكليات التي تقدم فيها عقود الإذعان فهي تأخذ صور متعددة إذ قد يأتي العقد في شكل وثيقة مكتوبة و ما على المستهلك إلا الاطلاع عليها وغالبا ما تعرض على واجهة المحلات، فهذا التعريف يوسع من نطاق عقود

(1) – محفوظ بن حامد لشعب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، الجزائر، 1990، ص 23.

الإذعان فيكون الإيجاب لفرد أو جماعة، كما لا يشترط أن يكون لأجل أو بدونه[1].

و يرى الفقيه سالي أن عقد الإذعان هو:" محض تغليب لإرادة واحدة تعترف بصورة منفردة و تملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة و تفرضها مسبقا ومن جانب واحد لا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد [2].

و عرف الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة عقد الإذعان أنه "العقد الذي سلم فيه القابل شروط محددة يضعها الموجب و يقبل مناقشة فيها و ذلك بما يتعلق بسلعة او مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو تكون المناقشة محدودة النطاق في نشأتها" [3].

أما فيما يخص الفقه الجزائري فنجد مجموعة من الفقهاء عرفوا عقود الإذعان و على رأسهم تعريف الأستاذ علي علي سليمان الذي يرى بان عقد الإذعان هو: " ذلك العقد الذي يتم بين طرفين احدهما قوي لأنه يحتكر سلعة او خدمة ضرورية احتكارا فعليا او شبه احتكار و الطرف الأخر مضطر الى هذه السلعة أو الخدمة فيملي عليه الطرف القوي شروطه، و غالبا ما تكون في صبغة عقود مطبوعة يذعن لها الطرف المضطر و لا يستطيع مناقشتها و لا تعديلها" [4].

(1) – راضية العيطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04- 02 المتعلق بالممارسات التجارية رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، ص 95.

(2) – سليمة أحمد يحياوي، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، رسالة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم الادارية، جامعة الجزائر، الجزائر، ص30.

(3) – عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق، ص137.

(4) – علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام في القانون الجزائري) ، ط3، دار النشر، الجزائر، ب. س. ن، ص38.

و يعرف الاستاذ محمد صبري السعدي عقد الإذعان بأنه:" الأصل في التعاقد كل طرف في المناقشة و المساومة و لكن هناك نوع من العقود يضع فيها الطرفين شروط العقد، وللطرف الثاني إما الرفض أو القبول".

ب/ التـــــعريف التشريعي لعقد الإذعان

لم يعط المشرع الجزائري في السابق تعريفا محددا لعقد الإذعان في القانون المدني، واكتفى بوصفه حيث نصت المادة 70منه "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها". و من خلال هذه المادة نلاحظ ان المشرع الجزائري حدد كيفية حصول القبول في هذا النوع من العقود على غرار التشريعات العربية.

و قد عرف المشرع عقود الإذعان من خلال القانون رقم 04-02 الصادر في 23 جوان 2004 والمحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المادة 3 منه بأن عقود الإذعان" هي كل اتفاق او اتفاقية تهدف الى بيع سلعة او تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث أي تغيير فيه".

مما يعني أن المشرع اعتبر بعض عقود الاستهلاك بمثابة عقود إذعان، و في هذه العقود أقر لأحد الأطراف فقط حرية الخيار مما يترتب عليه احتكار بعض المرافق الهامة احتكارا فعليا و قانونيا، و هنا لا يمكن للمشتري سوى ان يقبل الشروط كما هي دون نقاش و اذا قبلها أصبح متعاقدا [1].

(1) – علي فيلالي، الالتزامات, النظرية العامة للعقد، ب ط، موقع للنشر و التوزيع، الجزائر، ص 61.

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

لقد أثار عقد الإذعان جدلا كبيرا حول طبيعته فهل هو عقد طبيعي أي توافق لإرادتين و بالتالي يخضع لأحكام العقود أم أنه مركز قانوني منظم تنشؤه إرادة الموجب، وبالتالي لا يخضع لما تخضع له العقود من القواعد وانما يخضع لقواعد خاصة بالمراكز القانونية.

لذلك انقسم الفقه حول طبيعة عقود الإذعان إلى فريقين رئيسيين، فريق يرى أن عقود الإذعان ليست حقيقية، أما الفريق الأخر فيرى أنها لا تختلف عن سائر العقود. و سنتناول هذان الرأيين فيما يلي:

أ. الاتجاه الأول: النظرية اللائحية

ينكر أصحاب هذا الاتجاه[1] على عقود الإذعان طبيعتها العقدية، حيث يقولون أن العقد توافق إرادتين عن حرية و اختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان و رضوخ، و كل من الحرية و الاختيار لا تتوافر في هذه النماذج من التعاقدات وبالتالي تخرج عن نطاق العقود. و اعتبر هذا الاتجاه عقود الإذعان مركز قانوني منظم تنشؤه إرادة الموجب المنفردة { نطاقا اقرب إلى القانون او اللائحية منه إلى العقد}.

وقد استند هذا الاتجاه في ذلك الى ما يتميز به هذا العقد من انعدام المساواة بين طرفيه، و انعدام حرية المناقشة و قبول الطرف و رضوخه للطرف الأخر، وقد أرادو بتكييفهم للعقد ان يصلوا إلى عدم إدراج عقود الإذعان(تفسيرها و تنفيذها) مع باقي العقود، بل لها قواعد خاصة بتفسير القانون و تطبيقه فلا يفسر

(1) – معظمهم من فقهاء القانون العام وعلى رأسهم الأستاذ سالي والعميد ديجييه والفقيه هوريو – عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ط2، منشورات الحليبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ص203.

عقد الإذعان بقصد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وإنما أن يقتصر التفسير على إرادة واضع شروط العقد ذلك الذي أذعن الطرف الأخر له و يجب من ناحية أخرى تطبيقه وفقا لمقتضيات العدالة.

ب-الاتجاه الثاني: النظرية العقدية

فقد ناصر هذا الاتجاه فكرة العقد [1] و اعتبروا عقد الاذعان عقدا حقيقيا يتم بتوافق الإرادتين، و يخضع لسائر القواعد التي تخضع لها العقود، و يرد هذا الاتجاه على وجهة نظر الرأي السابق بان إرادة الموجب وحدها لا يمكن أن تنتج أثرا إلا بعد الانضمام إلى إرادة القابل لها، وبذلك تساهم الإرادتين في عمل العقد. وأن المساواة القانونية هي المطلوبة في العقد و ليس المساواة الاقتصادية فهذا التباين في عقد الإذعان لا يعدو أن يكون نوعا من الضغط الاقتصادي الذي لا أثر له في صحة التراضي و جميع العقود حتى التي يتم التفاوض عليها يتعرض فيها الطرفان لقدر قليل أو كثير من الضغط الاقتصادي، لأن إتفاق الإرادتين في عقد لا يعني أن يكون لكل من الإرادتين دور معادل لدور الأخرى.

فالطرف المذعن كان يستطيع أن يتعاقد بالرغم من أنه سيتعرض للحرمان من السلعة أو الخدمة، و لكن ذلك لا ينفي أن له الحرية في أن يتعاقد أو لا يتعاقد.

و بالنظر إلى قوة الحجج المقدمة من أنصار هذا الرأي فانه لا مناص من اعتبار عقد الإذعان عقد خفي يتم بارادة مشتركة للطرفين و رضا مزدوج.

(1) – معظمهم من فقهاء القانون الخاص ومنهم – ديموج وروبير واسمان وكايتان وجميع الفقه المصري وعلى رأسهم د. السنهوري: نظرية العقد، المرجع السابق، ص 283 – 285.

لقد حسم المشرع الجزائري هذا الخلاف حول طبيعة تكييف عقد الإذعان وأضفى عليه الصفة التعاقدية[1] .

المطلب الثاني: الشرط التعسفي كسبب للاختلال التعاقدي

إن النموذج التقليدي في التعاقد هو أن يتم إجراء تجربة للنقاش و المساومة و تقتضي هذه الأخيرة أن يناقش كل من طرفي العقد الطرف الأخر لقبول التعاقد بأحسن الشروط، وكذلك أن تكون إرادتهما متساوية. إلا أن هناك نوعا من العقود يشذ عن هذه القاعدة إذ تنعدم فيها المساومة و النقاش حيث يضع أحد المتعاقدين شروط مسبقة، ولا يكون أمام الطرف الأخر إلا قبولها أو رفضها، وهذا ما يسمى بعقود الإذعان.

و لأجل حماية الطرف الضعيف تدخل المشرع الجزائري بوضع أحكام وقوانين تمنع التعاقد المتضمن للشروط التعسفية، و ذلك من خلال المادة29من القانون رقم 04- 02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية, سنقوم في هذا المطلب بتحديد مفهوم الشرط التعسفي (الفرع الأول) و صور الممارسات التعسفية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي

نتعرض في هذا الفرع إلى تعريف الشرط التعسفي (أولا) معيار التعسف (ثانيا) ومجال تطبيق الشرط التعسفي (ثالثا).

(1) – المادة 70 ق م ج، مرجع سابق.

أولا: تعريف الشرط التعسفي

يقصد بالشرط التعسفي لغة الاستخدام السيء، أما في الاصطلاح القانوني فهو الاستخدام الفاحش لميزة قانونية . فالشرط التعسفي هو الشرط الذي يفرض على المستهلك من قبل طرف قوي نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية و هذا لحصوله على ميزة مفرطة.

و يرى الفقه[1] بأن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط المحدد مسبقا من الطرف الأخر، و يمكن أن يعتبر تعسفا تطبيقا لذلك، شروط الإعفاء من المسؤولية، أو المحددة لها و كذا الشروط الجزائية. أي أنه في العقد المبرم بين المستهلك و المهني و المحرر في حقوق و التزامات الأطراف يتم النظر للميزة التي يتوفر عليها المهني[2].

كما لم يأت المشرع الجزائري بتعريف محدد للشروط التعسفية في إطار القواعد العامة، بل اكتفى بذكر حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان و منح القاضي سلطة التدخل لتعديل الشروط التعسفية او إعفاء الطرف المذعن منها و ذلك في نص المادة 110 ق م ج السالف الذكر.

وبالرجوع إلى القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش السالف الذكر نجد أن المشرع قد ذكر فقط شرط عدم الضمان الذي اعتبره شرطا لاغيا في المادة 13 منه, حيث نصت على حق المستهلك في الضمان و رتبت البطلان على الشرط المخالف لذلك.

(1) – السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد (دراسة مقارنة) ب ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ب. س. ن، ص22.

(2) –أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، ب ط، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص 212.

و التعريف الذي أورده المشرع الجزائري للشرط التعسفي نجده في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية في البند الخامس من المادة 3 منه التي نصت على أنه "كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند أخر أو مع عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد". فمن خلال هذا التعريف يتضح أن المشرع تبنى تعريفا واسعا و عاما للشرط التعسفي.

و عموما فان هذا التعريف يستدعي مناقشته من حيث المعيار الذي تبناه للتعسف من جهة و مجال تطبيقه من جهة أخرى .

ثانيا: معايير التعسف

بالرجوع إلى التعريف القانوني[1] نلاحظ أن المشرع قد اعتمد على معيار واحد للتعسف ألا و هو الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي بين حقوق و واجبات الطرفين، و بالتالي فانه يكتفي أن تكون الشروط التي يضعها المتدخل، من شأنها ترجيح كفته على حساب المستهلك من حيث مجموع الحقوق و الواجبات لاعتباره متعسفا بعض النظر عن أي اعتبار أخر .

و عليه يمكن القول أنه لمعرفة التعسف نرجع الى البحث عن عدم وجود توازن في العقد المبرم بين المهني و المستهلك، و الناتج عن ضعف هذا الأخير أمام المهني القوي الذي يفرض عليه شروط بما يملكه من نفوذ و تفوق في القدرة التقنية و القانونية واستغلاله لحاجة المستهلك لهذه الخدمة، و أمام كل هذا فلا

(1) – المادة 3 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

يكـون أمامــه سـوى القبـول أو الـرفض دون إمكانيــة المناقشــة فينعـدم اختيــاره و ينــتج عن هذا الخضوع عدم تعادل في ميزان حقوق و التزامات الطرفين.

ثالثا: مجال تطبيق الشرط التعسفي

إن تحديـد مفهـوم الشـرط التعسـفي يقتضــي أيضــا تحديـد مجـال تطبيقــه، فهـل أن منــع الشــروط التعســفية يســري فقــط علــى عقــود الإذعــان؟ أم يمتــد الــى بــاقي العقــود الأخرى.

مــن ناحيــة طبيعــة العقــد، فــان المــادة 29 مــن القــانون رقــم 04- 02 الــذي يحـدد القواعـد المطبقــة علــى الممارســات التجاريــة نصــت علــى أنــه:" تعتبـر بنـود و شـروط تعسـفية فــي العقـود بـين المسـتهلك و البـائع"، و عليــه يمكـن القـول أن المشـرع الجزائـري قصـد عقـود البيـع المبرمـة بـين المسـتهلك و البـائع أي اسـتبعد العقـود المبرمـة بـين المهنيـين، و هـو نفـس الاتجـاه الـذي ذهـب إليـه المشـرع الفرنسـي[1] و الـذي بـدوره يشترط لاعتبار الشرط تعسفيا أن يظهر في عقد مبرم نهائيا بين مهني و مستهلك.

و مـن جهـة أخـرى فـان المشـرع الجزائـري قـد حصـر تطبيـق المـادة 29علـى عقـود البيــع فقــط، علــى خــلاف المشــرع الفرنســي الــذي عمــم تطبيــق نــص المــادة 132 مــن قـانون الاسـتهلاك علـى كـل العقـود سـواء كانـت بيعـا، إيجـارا، تأمينـا، قرضـا، .....الـخ وأيــا كــان محلهــا عقــارا أو منقــولا، بــل و أكثــر مــن ذلــك فإنــه لــم يشــترط شــكلا معينــا للعقـد حيـث يمكـن أن تكـون طلبـات بضـاعة, فـواتير, تـذاكر [2] .بعـد تحديـد مجـال تطبيـق الشـروط التعسـفية كـان لابـد مـن التطـرق لصـور الممارسـات التعسـفية (الفـرع الثاني)

(1) – أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 227.

(2) – نفس المرجع ، نفس الصفحة .

الفرع الثاني: صور الممارسات التعسفية

نصت المادة 29 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف ذكره على بعض الصور التي قد يمارسها المهني، والتي قد ينتج عنها اختلال في التوازن العقدي، بالإضافة الى عدة حالات قد تم ذكرها في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصادين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية [1]، ويمكن اجمال هذه الصور فيما يلي:

أولا: وجود اختلال في الالتزامات المتقابلة

يتجسد هذا الاختلال من خلال ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة 29من القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، حيث يأخذ البائع حقوق وامتيازات لا تقابلها حقوق أو امتيازات مماثلة للمستهلك ، حيث أن هذا الأخير يبدو طرفا ضعيفا في مواجهة البائع الذي يستقل وحده بصياغة بنود العقد ويضمنها ما يشاء من الشروط التي تخدم مصلحته، ويقدمها جاهزة للمستهلك الذي لا يملك إلا أن يوافق عليها وأن يقبل ما بها من شروط مجحفة[2]، وهو ما يدل عليه مضمون الفقرة الثانية من المادة 29من نفس القانون، ويفرض على المستهلك تنفيذ هذه الالتزامات دون أن يلتزم بها هو، وهذا ما نصت عليه الفقرة الخامسة من نفس

(1) – المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ،ج. ر العدد 56 الصادر في 2009/09/11.

(2) – جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتوجات الصناعية، مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، العدد 20، 4 ديسمبر 1996، ص من264 الى270.

المادة، الأمر الذي يجعل المتدخل يحصل بذلك على امتيازات وحقوق يحرم المستهلك منها .

ثانيا: التفرد بتعديل العقد، شروطه وأثاره

تتجسد مثل هذه الممارسات في الفقرات الثالثة ، الرابعة والسابعة من المادة29 [1] بحيث أنه إضافة الى فرض الالتزامات على المستهلك، ووضع الشروط المتوافقة مع مصلحته، فقد يعمد المهني أيضا إلى استخدام السلطة ونفوذه عن طريق التفرد بتعديل عناصر العقد، كتعديل الثمن مثلا أو تعديل محل العقد سواء كان عقد بيع أو تقديم خدمة، دون أن يوافق المستهلك على ذلك وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من نفس المادة ،كما قد يقدم على التفرد بتعديل شروط العقد، ومثال ذلك جعل العقد يتضمن شرط عدم المسؤولية، أو جعل عبء مصاريف النقل على عاتق المشتري وقد يصل هذا التعديل ليمس أجل تسليم المنتوج أو تنفيذ الخدمة، وهذا ما يؤثر بشكل واضح على المستهلك، مما يظهر الطابع التسلطي والتحكم الذي يمارسه المهني في هذه الحالة.

ثالثا: رفض حق المستهلك في فسخ العقد

إن حق فسخ العقد هو حق مشروع، ممنوح لكل متعاقد في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه طبقا للقواعد العامة، حيث نصت المادة 1/119 ق م ج السالف الذكر على ما يلي: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفى أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك". باعتبار أن كل من

(1) – المادة 29 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 /06/ 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج. ر العدد 41 الصادر في 27 جوان 2004.

عقد بيع السلع أو تقديم الخدمات هي عقود ملزمة للجانبين، وبما أن معظم العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين تكون عقود إذعان فإن البائع أو مقدم الخدمة قد يرفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالتزام أو عدة التزامات في ذمته، وهو ما نصت عليه الفقرة السادسة من المادة 29 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وهنا ينبغي للقاضي التدخل لمنع الشرط التعسفي والمتمثل في إلغاء حق مقرر قانونا .

رابعا: تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية

إن التهديد بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض الخضوع لشروط غير متكافئة يعد من قبيل الإكراه الذي يؤدي إلى بطلان العقد، وهذا ما نصت عليه المادة 1/88 ق م ج , هذا ما جعل المشرع في الفقرة الثامنة اعتبار هذا الشرط تعسفيا يعاقب عليه المتدخل في حالة ممارسته على المستهلك، لان قطع العلاقة التعاقدية قد يجلب أضرار مادية لهذا الاخير[1]، مما يجبره على القبول بالشروط الغير متكافئة المعروضة عليه، وفي هذا إهدار واضح للتوازن العقدي و مبدأ حرية التعاقد مما استدعى التدخل لحماية المستهلك الذي يعد طرفا ضعيفا .

وإضافة الى ما جاءت به المادة 29نجد الحالات المذكورة في المادة 5من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والتي وردت تحت عنوان البنود التي تعتبر تعسفية بحيث هذه المادة تضمنت 12 شرطا تعسفيا و هي شروط لها نفس قوة الشروط المنصوص عليها في القانون رقم 04-02المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، إذ تعد ملزمة لأطراف العلاقة التعاقدية، بحيث يمنع العمل بها في العقود

(1) – أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص228.

المبرمة بين المستهلكين والأعوان الاقتصاديين أو المتدخلين كما أنها ملزمة للقاضي ونورد هذه البنود كما يلي :

1- تقليص العناصر الأساسية للعقود ويقصد بها "تلك العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع والخدمات وكذا ضمان خدمة ما بعد البيع [1]. و تتعلق عناصر العقد الاساسية كذلك بخصوصيات السلع و الخدمات وطبيعتها و الاسعار و التعريفات, كيفية الدفع, شروط التسليم و أجاله....الخ [2].

2- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك.

3- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا مقابل دفع تعويض.

4- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك وفي حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ الغير صحيح لواجباته .

5- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى وسيلة الطعن ضده.

6- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد او قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا ما تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد او فسخه .

(1) – المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المرجع السابق.

(2) – المادة 3 من المرسوم نفسه .

7- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه المتدخل الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته .

8- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

9- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد .

10- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك عن تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

11- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

12- تحميل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته .

من خلال استعراضنا لبعض الحالات التي اعتبرها المشرع شروطا تعسفية ، نلاحظ أنه قد احاط المستهلك بحماية كبيرة للحول دون تعسف المتدخلين عليه نتيجة لاستخدام نفوذهم الاقتصادي وقوتهم التقنية وهذا ما سنورده في الفصل الثاني تحت عنوان آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية .

الفصل الثاني:

آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية

المعروف أن الصورة التقليدية للعقد تقوم على أساس المساومة، وتفترض فيها مناقشة شروط العقد، وبحثها بحرية من جانب الطرفين على قدم المساواة، ولكن النشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية، والتفاوت المحسوم في المراكز الاقتصادية للطرفين، جعل الموجب ينفرد بوضع شروط العقد، ولا يقبل مناقشة فيها[1].

لذا عملت بعض التشريعات على توفير الحماية الشاملة للمستهلك ضد الشروط التعسفية التي قد تفرض عليه، فأيا كانت الحرية الممنوحة له في العقد للمفاضلة بين السلع والخدمات المعروضة عليه، إلا أن القوة الاقتصادية للمتدخل الذي يعرض هذه السلع و الخدمات تجعل المستهلك بحاجة الى الحماية من الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد[2].

و نظرا للأضرار الجمة التي يتعرض لها المستهلك من جراء الشروط التعسفية فقد بادر المشرع الى إيجاد آليات و أجهزة متخصصة في مجال الرقابة والدفاع عن حقوق المستهلكين، والتي تشرف على تطبيق وتنفيذ الأنظمة والقواعد وتكفل احترامها.

وسنحاول في هذا الفصل التطرق للنصوص القانونية التي تعمل على تكريس حماية المستهلك من الشروط التعسفية (المبحث الاول) بالإضافة الى آليات الرقابة المفروضة على هذه الشروط (المبحث الثاني).

(1)– السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 27.

(2)– عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الارادة عن طريق الانترنيت وإثبات التعاقد الالكتروني، ب ط، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2010، ص 243.

المبحث الأول: آليات الحماية التشريعية من الشروط التعسفية

إن تمادي الطرف القوي في استعماله للميزة المجحفة في وضع الشروط التعسفية ومدى استغلاله لجهل الطرف الضعيف لهذه الشروط التي قد تضر به، وفي ظل هذه الظروف أصبح رضا المستهلك عاجزا عن مواجهة هذه الشروط مما يعني أن ارادته بحاجة إلى حماية قانونية فعالة وتنظيم معاملات خاصة بالمستهلك مع المتدخل.

من أجل حماية التوازن العقدي للعقود المبرمة بين المستهلك والمتدخل، نظم المشرع مجموعة من التقنيات من خلال هذه الأخيرة يمكن استبعاد كل شرط يخل بالتوازن العقدي والتي نذكر منها نظرية السبب وحسن النية واعتماد تقنية أخرى وهي حظر الشروط المعتبرة تعسفية، والتي تعتبر مصدر الاخلال العقدي بين حقوق والتزامات طرفي العقد عن طريق تحديدها في قوائم، يمنع على المحترفين ادراجها في عقودهم، التي يعرضونها على المستهلكين.

المطلب الأول: حماية رضا المستهلك من تعسفات المتدخل

بهدف حماية رضا المستهلك من الممارسات التعسفية التي يفرضها المتدخل، سعى المشرع الجزائري إلى البحث عن آليات فعالة تهدف لتوفير أكبر حماية له قبل ابرام العقد، وحرصا على تحقيق ذلك فقد كرس عدة التزامات على عاتق المتدخل والمتمثلة في التزام هذا الأخير بإعلام المستهلك[1] بشروط العقد والالتزام بإفادة المستهلك بمهلة للتفكير.

(1)– إن حق المتعاقد في اعلامه اعلاما كافيا بمضمون العقد وبشروط ابرامه، قد أقرته القواعد العامة في العقد حيث نصت المادة 352 ق م ج على أنه " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

الفرع الأول: التزام المتدخل بإعلام المستهلك

يلقي المشرع على عاتق المتدخل التزاما بإعلام المستهلك من أجل ضمان سلامته، وتوفير حماية كافية لرضاه من خطر التفاوت بينه وبين المتدخل، نتيجة التقدم الصناعي والتكنولوجي[1].جاء هذا الالتزام لحماية رضا المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العقود المبرمة بينه وبين المتدخل، فما المقصود بهذا الالتزام؟ وماهو الجزاء المترتب على الإخلال به؟

أولا: تعريف الالتزام بالإعلام

الإعلام لغة: هو تحصيل حقيقة الشيء ومعرفته واليقين منه، أما اصطلاحا: فيقصد بالإعلام عملية توصيل الأحداث والأفكار لعلم الجمهور عن طريق وسائل عديدة سواء كانت مسموعة أو مرئية أو مكتوبة، ويشترط في الإعلام المصداقية والوضوح [2] .

كما عرف الاعلام بأنه «تحصيل حقيقة الشيء معرفته والتنبؤ منه[3]. والإعلان يعرف على أنه « كل ما يستخدمه التاجر لتحفيز المستهلك على الاقبال على سلعته سواء تم ذلك بالوسائل المرئية أو المسموعة أو المقروءة، وهو ما يسمى بالإعلان الاستهلاكي[4] . ويعرف الالتزام بالإعلام على أنه « التزام عام يغطي

(1)– ربيعة صبايحي، « حول فعالية أحكام وإجراءات حماية المستهلك في القانون الجزائري» الملتقى الوطني حول «حماية المستهلك والمنافسة»، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، يومي 17 و 18 نوفمبر 2009.

(2) علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، ب. س. ن ، ص ص 50–51.

(3) – خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص176.

(4) – عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2007، ص84.

المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك، ويتعلق بكافة المعلومات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم» [1] . ويعد الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي التزام قانوني سابق على ابرام عقد الاستهلاك، يلتزم بموجبه المتدخل الذي يملك المعلومات الجوهرية والشروط العامة للعقد بتقديمها إلى المستهلك الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة، حتى يصدر الرضا صحيحا وسليما.

يعرف أيضا الالتزام قبل التعاقد بالإعلام بأنه « التزام سابق على التعاقد قد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين، بأنه يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على كافة تفصيلات العقد».

وذهب البعض الآخر من الفقهاء في تعريفه لهذا الالتزام على أنه التزام عام يخص المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك ويتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات التي من شانها القاء الضوء على وواقعة أو عنصر ما من عناصر التعاقد حتى يكون المتعاقد على بينة من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسبا على ضوء حاجته وهدفه من ابرام العقد[2].

بالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه لم يورد تعريفا للإلتزام بالإعلام بل اكتفى بالنص عليه في القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى و في القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في المادتين 17و18 منه، حيث يعتبر حق المستهلك في الاعلام من الحقوق الأساسية له، فعدم اعلامه بشروط العقد يؤثر سلبا على رضاه، لذا يتم اعلام

(1)- حسن عبد الباسط جميعي، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996 ، ص15.

(2) عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص49.

المستهلكين مباشرة من قبل المتدخلين بحكم مركزهم القوي الذي يخول لهم الانفراد بتحديد شروط العقد دون مشاركة المستهلك.

إن الهدف الأساسي الذي أدى إلى وجود الالتزام بالإعلام بشروط العقد قبل التعاقد هو تفادي ادراج الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك [1].

فيمكن القول بأن القضاء عند تقريره لإلزام المتدخل، بإعطاء معلومات كافية عن المنتوج هدفه حماية المستهلك ليس بوصفه متعاقدا، وإنما بوصفه مستهلكا ضعيفا [2].

وبناء عليه فإن مضمون الالتزام بالإعلام هو تحديد لمميزات السلع والخدمات وشروط البيع وتقديم الخدمات، كطرق الدفع، ومواعيد التسليم أو تنفيذ الخدمات، والشروط الجزائية عند عدم دفع الثمن وكذا شروط فسخ العقد وباختصار هي جميع المعلومات المقدمة للمستهلك والتي تتيح له امكانية اختيار منتوج يستجيب لرغبته ويشبع حاجاته.

ثانيا: جزاء الاخلال بالالتزام بالإعلام

لم يرتب المشرع الجزائري جزاء على المتدخل في حالة إخلاله بالالتزام بالإعلام رغم الأهمية الكبيرة التي يستحوذ عليها هذا الالتزام في مكافحة الشروط التعسفية.

فنظرا لعدم وجود نص خاص يقضي بإبطال العقد أو فسخه في حالة الاخلال بالالتزام بإعلام المستهلك بشروط العقد، وجب الرجوع إلى القواعد العامة

(1) – حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص ص21–22.

(2) – الإعلام المستهدف هو ما تعلق بالوجود المادي للمنتوج وليس بالحق المتولد عنه لذلك لا يهمنا الوضع القانوني للمنتوج.

في القانون المدني، فإذا تم ابرام عقد بين المتدخل والمستهلك وكان هذا الأخير لا يعلم بكل شروط العقد، كان له طلب ابطال العقد.

ويمكن تطبيق نفس الاستنتاج الذي استنبط بالنسبة لغياب البيانات الاجبارية، فما دام أن النص القانوني يقضي بوجود إعلام المستهلك بشروط العقد باعتباره قاعدة آمرة تهدف لحماية المستهلك فإن مخالفتها توجب البطلان، وبما أن هذه القاعدة من النظام العام فإن البطلان يكون مطلق.

طبقا للمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المذكور سلفا الصادر تطبيقا للقانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، يمكن تطبيق عقوبة الغرامة المالية التي فرضها المشرع الجزائري على المتدخل في حالة إخلاله بأحكام هذا القانون.

و يعتبر القانون رقم 04-02[1] عدم الاعلام بشروط البيع مخالفة لأحكام المادتين 8 و 9 وهذا القانون ويعاقب عليه بغرامة من (عشرة ألاف دينار إلى مئة ألف دينار). والملاحظ أن المادة 32 اعتبرت الاخلال بالمادة 8 يشكل جريمة « عدم الاعلام بشروط البيع» في حين نجد المادة 8 لم تقتصر على إعلام المستهلك بشروط البيع فقط، وإنما شملت أيضا إعلامه بمميزات محل العقد وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية. لذا فإن الوصف المعبر به عن مخالفة أحكام المادة 8 لا ينطبق على مضمونها إلا إذا قصد المشرع معاقبة البائع فقط في حالة عدم إخبار المستهلك بشروط البيع الممارسة وهذا أمر مستبعد.

(1) – المادة 32 من القانون رقم 04- 02 المرجع السابق .

الفرع الثاني: إفادة المستهلك بمهلة للتفكير

لم يكتف المشرع الجزائري بفرض الالتزام بإعلام المستهلك بشروط العقد على المتدخلين فحسب بل الزمهم بمنحه مدة كافية للتفكير. هذه المدة أو المهلة كافية لفحص العقد قبل ابرامه وهذا يعتبر تدعيما لحماية رضاه بحيث تسمح له من تفحص الشروط العامة والخاصة للعقد المعدة من طرف المتدخل وقراءتها بتروي وطلب النصيحة قبل الالتزام النهائي. كما تسمح هذه المهلة للمستهلك من مراقبة مدى مطابقة الشروط المدرجة في العقد للعناصر الأساسية للعقود التي حددها القانون [1]. خاصة المتعلقة بطبيعة السلع والخدمات، كما تمكنه من التأكد من عدم وجود شروط تعسفية في العقد الذي يبرمه مع المتدخل.

ويهدف المشرع من خلال هذا الالتزام إلى تدعيم حق المستهلك في التفكير قبل ابرام العقد، خاصة عند رفض المتدخل تسليم المستهلك نموذج العقد، إلا بعد ابرام العقد، هنا يحرم المستهلك من أية إمكانية للتفكير المسبق في شروط العقد، وبذلك أصبح تسليم نماذج العقود بموجب هذا الالتزام أمرا الزاميا على المتدخل [2].

(1) – المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المرجع السابق .

(2) – عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، ط 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2005، ص29.

إن القانون لا يفرض على المستهلك أو يجبره على التفكير، لكنه بدوره يلزم المتدخل المتعاقد معه بترك فرصة للمستهلك حتى يفكر قبل ابرامه للعقد [1] ,على هذا الأساس يعتبر الالتزام بمنح مهلة التفكير مكملا للالتزام بالإعلام.

يعد حق المستهلك في تفحص العقد والتفكير فيه قبل ابرامه خطوة مهمة لمكافحة الشروط التعسفية، لكن ما يعاب عليه هو عدم تحديد المشرع لمدة التفكير، الأمر الذي قد يؤدي إلى الخلاف بين المستهلك والمتدخل الذي يعتبر مركز قوة، فاختلاف المراكز التعاقدية نتيجة اختلال موازين القوى يؤدي إلى استغلال الطرف الضعيف (المستهلك) وقد يرجع سبب عدم تحديد المشرع للمهلة أو المدة كون أن هذه القاعدة عامة تطبق على الجميع العقود الاستهلاكية.

إضافة إلى ذلك لم يرتب المشرع الجزائري جزاء على المتدخل في حالة اخلاله لهذا الالتزام (منح المستهلك مهلة التفكير) لذلك يمكن تطبيق نفس الاستنتاج الذي استنبط بالنسبة لغياب البيانات الإجبارية، إلى جانب ذلك يمكن تطبيق العقوبة الجزائية المنصوص عليها في القانون رقم 04-02 والمتمثلة في الغرامة المالية على المتدخل في حالة اخلاله بالتزامه بمنح المستهلك مهلة للتفكير قبل ابرام العقد وذلك نتيجة مخالفة العون الاقتصادي لأحكام القانون[2] خاصة التأكد من عدم وجود شروط تعسفية في العقد الذي يبرمه مع المتدخل.

(1) – عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص29.

(2) – المادة 38 من القانون رقم 04- 02 المرجع السابق.

المطلب الثاني: مظاهر الحماية العامة للمستهلك من الشروط التعسفية

إن الهدف من الحماية العامة للمستهلك هو فرض أسس قادرة على مواجهة الشروط التعسفية المدرجة في العقود الاستهلاكية، ومن بين هذه الأسس نجد نظرية السبب ومبدأ حسن النية التي يمكن اعمالها لمحاربة عدم التوازن العقدي باستبعاد كل شرط يحمل الطابع التعسفي. تتجسد الحماية العامة للمستهلك من خلال اعتماد المشرع لنظام القائمة للحماية من الشروط التعسفية .

الفرع الثاني: دور نظرية السبب وحسن النية في تحقيق التوازن العقدي

تعتبر نظرية السبب آلية عامة جاء بها المشرع الجزائري من أجل محاربة بعض الشروط التعسفية.

أولا: نظرية السبب

يعد السبب ركن من الأركان الأساسية لقيام العقد، سواء كان عقد إذعان أو عقد مساومة، يشترط فيه المشرع أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام والآداب العامة.

فالسبب هو الغرض الذي انصرفت إليه الإرادة فإذا لم يكن ثمة سبب وقع الالتزام باطل وبالتالي بطل العقد أيضا.

وغياب السبب لتطبيق البطلان على بعض الشروط يمكن أن يستفيد منه أي طرف سواء كان متدخل أو مستهلك، وبما أن المستهلك هو أحد أطراف العلاقة التعاقدية في عقد الاستهلاك، فإنه يمكن القول أن نظرية السبب تصلح كآلية عامة للحماية من بعض الشروط التعسفية وعليه سنحاول معرفة موقف المشرع الجزائري من إبطال الشروط عند غياب السبب.

أ- موقف المشرع من ابطال الشروط التعسفية عند غياب السبب

يتنازع مفهوم السبب نظريتين (تقليدية وحديثة)، من خلالها استندت التشريعات إلى إمكان أو عدم إمكان إعمال فكرة غياب السبب لإلغاء بعض الشروط التعسفية.

أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة، إذ صب اهتمامه على مشروعية السبب ورتب البطلان على عدم مشروعية، وهو ما يستشف من الأحكام المقررة في المادتين 97 و 98 ق م ج السالف الذكر وقد وضع قرينة على افتراض مشروعية السبب وأن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي وعلى من يدعي خلاف ذلك إقامة البينة على من يدعي. غير أن المشرع أشار في المادتين 97 و 98 ق م ج إلى سبب الالتزام لا سبب العقد الشيء الذي جعل البعض يقول أن المشرع أخذ بازدواجية السب (النظرية التقليدية والحديثة).

ب- موقف الفقه من ابطال الشروط التعسفية عند غياب السبب

يرى جانب من الفقه أن هذه التقنية تؤدي إلى ابطال بعض الشروط وليس إقامة التوازن العقدي[1] ، فضلا عن أن إعمال فكرة انعدام السبب وفقا للمعنى الموروث من النظرية التقليدية للسبب يؤدي إلى بطلان العقد برمته وهو أمر يناقض مصلحة المستهلك، والذي من مصلحته ابطال الشرط والابقاء على العقد.

(1) – محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص56.

ثانيا: مبدأ حسن النية ودوره في تحقيق التوازن العقدي

يعتبر مبدأ حسن النية مظهر من مظاهر الحماية العامة للمستهلك والتي يمكن إعمالها، وإن كان ذلك في حدود ضيقة لتوفير الحماية من الشروط التعسفية، سواء للمستهلك أو غيره من المتعاقدين الضعفاء، لهذا سندرس هذا المبدأ من حيث تعريفه ومن حيث عرض مدى إمكانية الاعتماد عليه للحماية من الشروط التعسفية.

1. تعريف مبدأ حسن النية

يعرف مبدأ حسن النية على أنه تلك النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع، وهو القصد السوي أو الصراحة، فالنية الحسنة تصد سوء النية والغش والرغبة في الاضرار بالغير، وهذا المبدأ بصفة عامة ذو مفهوم واسع يعبر عن كل احساس بالأمانة واستقامة الضمير [1]. وبالتالي فأفعال المتعاقد بما يخالف حسن النية، أي أفعاله الصادرة عن سوء النية إما أن تكون سلبية، كامتناع البائع من اعلام المشتري بعيوب البيع الخفية، وإما أن تكون هذه الأفعال ايجابية كإدراج شرط تعسفي في العقد المبرم بين المتدخل والمستهلك يسعى من خلاله المتدخل إلى الحصول على ميزة فاحشة، وبالنتيجة إلحاق الضرر بالمستهلك في العلاقة التعاقدية.

ومن هنا نتساءل: إلى أي مدى يمكن أن يعتمد القاضي على مبدأ حسن النية لإبطال الشروط التعسفية؟

(1) – عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المصري المقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2002، ص ص193،194.

2. مدى إمكان اعتماد القاضي على مبدأ حسن النية للحماية من الشروط التعسفية

نصت المادة 107 / 1 ق م ج على أنه :"يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية" ، وفي ذلك اعتراف للقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد بأن يستوجب منهما تنفيذه بشكل يتفق ومبدأ حسن النية، فضلا عن استخلاص نهيه بمفهوم المخالفة عن الغش في تنفيذ العقد .

ومن المعلوم أن المشرع الجزائري لم ينص على أي جزاء محدد في حالة مخالفة هذه القاعدة "عدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد" ، إلا أن ذلك يرجع لانعدام الاجتهاد القضائي الذي يعتمد على مبدأ حسن النية من أجل إعادة التوازن العقدي لصالح الطرف الضعيف وهو المستهلك.

فإدراج شرط من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك من طرف المتدخل ما هو إلا تصرف ناجم عن سوء نيته، وهذا ما يؤدي الى القول بعدم جدوى هذا المبدأ في تحقيق التوازن للعقد في القانون الجزائري[1].

الفرع الثاني: اعتماد نظام القائمة للحماية من الشروط التعسفية

لقد وضع المشرع الجزائري نظام القائمة وذلك من أجل محاولة تحقيق التوزان العقدي بين المتعاقدين مسايرا القانون الفرنسي لسنة 1978، المتعلق بحماية وإعلام المستهلك، وكذلك القانون الألماني في تشريعه الخاص بالشروط العامة للأعمال[2].

(1) – محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 66.

(2) – علي بولحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص50.

تعرض المشرع الجزائري للممارسات التعاقدية التعسفية من خلال القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وهذا في الفصل الخامس المتضمن المادتين 29و30 منه وكذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

نصت المادة 29 على ثمانية شروط اعتبرت تعسفية، وهذه الشروط مذكورة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وهي قائمة ملزمة منذ صدورها سواء للمتدخلين أو غير المتدخلين في علاقاتهم مع المستهلكين، كما أنها ملزمة للقاضي بحث ليس له أي سلطة تقديرية بشأن الطابع التعسفي.

كما أن المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306 تضمنت 12 شرطا تعسفيا، بما فيها الشروط المحددة في م 29 المذكورة اعلاه .

من خلال القائمة المذكورة في المادة 29 يتجلى السؤال التالي: هل يعتبر التعداد الوارد في النص القانوني تعداد على سبيل المثال أم على سبيل الحصر؟

بالرجوع إلى النص القانوني[1] فإنه يستشف من مضمون الفقرة الأولى أن هذه القائمة المحددة للشروط التعسفية غير حصرية وإنما وردت على سبيل المثال وهذا ما أكده مضمون المادة 30 من القانون رقم 04-02 المذكور سابقا، التي فتحت المجال أمام التنظيم لمنع بعض الشروط التي تعتبر تعسفية .

إن الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك، لا يمكن أن تقع تحت الحصر، لأن حرية التعاقد تسمح بوجود أنواع لا حصر لها من الشروط التعسفية

(1) – المادة 29 من القانون رقم 04-02 المرجع السابق.

التي يمكن للمتدخلين أن يدرجوها في عقودهم المتنوعة المعروضة على المستهلكين.

إن اتخاذ المشرع لقائمة بيانية لا حصرية للشروط المعتبرة تعسفية يهدف من خلالها توفير حماية فعالة وواسعة للمستهلك، وذلك من خلال توسيع نطاق هذه الحماية القانونية على جميع الشروط التي يتوافر فيها الطابع التعسفي، وليس فقط تلك المحددة بالقائمة، وبناء على ذلك يمكن للقضاء أن يعتبر أي شرط معين من الشروط التعسفية بالرغم من عدم ذكره ضمن القائمة وذلك بالاستناد على المعيار العام للشرط التعسفي.

إن تحديد الشروط المعتبرة تعسفية في القائمة من شأنه أن يسهل على المستهلك والهيئات التي تمثله كجمعيات حماية المستهلك من معرفة أنواع الشروط التعسفية والمطالبة بإلغائها، كما يسهل على القاضي حل النزاع القائم بين أطراف العلاقة التعاقدية، بحيث يكتفي بالرجوع إلى هذه القائمة للحكم بوجود شرط تعسفي من عدمه، لكن يمكن أن يقوم المتدخل بتضمين العقود التي يبرمها مع المستهلك شروط تعسفية أخرى غير تلك الموجودة في القائمة، ففي هذه الحالة يلجأ القاضي إلى القاعدة، والتي تقضي بأن أي شرط من شأنه الاخلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد يعتبر تعسفيا.

وما تجدر اليه الاشارة بأن المشرع الجزائري باعتماده القائمة الواردة في القانون رقم 04-02 وفي المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 [1] فإنه حدد معظم الشروط التعسفية التي يمكن أن تتضمنها العقود المبرمة بين المستهلكين

(1) – المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المرجع السابق.

والمتدخلين، بالإضافة إلى تمتعها بالقوة الالزامية، وهذا سواء بالنسبة للأطراف أو القاضي.

وبعد أن تطرقنا الى آليات الحماية التشريعية التي اعتمدها المشرع الجزائري، فإننا نطرح تساؤل إن كان المشرع قد اكتفى بهذه القائمة فقط لتوفير الحماية للمستهلك؟ للإجابة على السؤال لابد من التطرق للحماية المقررة من طرف الاجهزة الادارية و القضائية .

المبحث الثاني: الرقابة القضائية و الادارية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية

لقد حرص المشرع الجزائري على حماية المستهلك من الشروط التعسفية ولهذا خول لهيئات مختلفة ممارسة الرقابة على الشروط التعسفية، اذا ما تضمنتها العقود الاستهلاكية، وهذا ما سنراه في الرقابة القضائية(المطلب الأول)، والرقابة الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الرقابة القضائية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية

سبقت الاشارة الى أن المادة 110 من ق م ج تجيز للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وبهذا نفهم أن المشرع الجزائري اعطى السلطة التقديرية للقاضي في تعديل الشروط التعسفية او إلغائها[1] في حالة ما إذا كانت تعتبر تعسفا في حق المستهلك.

يتمثل دور القاضي في الرقابة في تقدير الطابع التعسفي للشروط محل النزاع و التي يعتبرها تعسفية تمهيدا لتعديلها أو الحكم بإلغائها.

(1) – المادة 110 ق م ج.

كذلك منح المشرع للقاضي سلطات واسعة في التدخل لمحاربة كل شرط تعسفي تضمنه العقد، وذلك بفرض الجزاء المناسب عند الفصل في الدعاوى المرفوعة أمامه وهذا ما سندرسه في النقطة الموالية.

الفرع الأول: دور القاضي في إعادة التوازن العقدي

بالرجوع لنص المادة 110 ق. م. ج نلاحظ أن المشرع قد وفر حماية خاصة للطرف المدعي في عقود الاذعان، حيث أعطى للقاضي سلطة لتعديل العقود، مما يخرجه من مهمته التقليدية المقتصرة على التفسير، إذ أن النص يخول القاضي تعديل عقد الإذعان إذا كان قد تضمن شروطا تعسفية فيجوز للقاضي استثناءا من مبدأ سلطان الإرادة ، أن يعدل من شروط العقد بحيث يزيل ما فيها من تعسف أو يعفي الطرف المذعن منها بشكل تام، وذلك في حدود ما تقضي به العدالة، ولا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على استبعاد سلطة القاضي، حيث أن سلطة القاضي من النظام العام [1].

تتخذ سلطة القاضي التقديرية في مجال العقود الاستهلاكية التي تتم بالإذعان احدى الصور التالية:

- الصورة الأولى: تتمثل في تعديل الشرط التعسفي.
- الصورة الثانية: تتمثل في إلغاء الشرط (اعفاء الطرف المدعي منه)

(1) – تنص المادة 110 ق م ج على:" ..... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

أولا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

تعديل الشرط يعني الإبقاء عليه، مع رفع أوجه التعسف التي يتضمنها بالوسيلة التي يراها ملائمة، وتتعدد هذه الأوجه بحسب ما يضمنه الطرف المذعن من بنود وشروط تعسفية في العقد الاستهلاكي، ومن هذه الأوجه نجد:

1. قد تكون هذه الشروط متعلقة بوسائل التنفيذ، أو مدته فيكون التعديل إما بالزيادة أو النقصان بحيث يتحقق من خلال ذلك ازالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض الذي توخاه المشرع من منح القاضي هذه السلطة، وهو التوازن بين الأداءات المتقابلة[1]. ومثال ذلك: أن يقضي عقد توزيع الكهرباء بحق شركة الكهرباء أن تقطع التيار عن المستهلك في اليوم التالي من استحقاق الفاتورة في حالة عدم دفعها، فتخلص المحكمة أو القاضي إلى أن هذا الشرط تعسفي، وبالتالي تقرر تعديله بإعطاء الشركة الحق بقطع التيار بعد أسبوع من اشعار المستهلك بدفع الفاتورة في حال انقضت المدة دون دفع.
2. كما أنه قد يرد الشرط موضوع الطعن في صورة شرط جزائي مبالغ في تقديره، وهنا تنصب سلطة القاضي في تعديله أو إعفاء المتعاقد المذعن منه على أساس اعتباره شرطا تعسفيا [2]. وأي تعديل يقوم به القاضي لشرط تعسفي يتعلق بحجم الأداءات المتبادلة، ينتهي إلى الزيادة أو الانقاص من بعض الالتزامات الناجمة عن العقد لصالح الطرف المذعن بما يحقق التوازن بين هذه الأداءات ويزيل الضرر عن كاهل الطرف المذعن.

(1) – عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري – دراسة فقهية وقضائية مقارنة – رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مصر، 1946، ص285.

(2) – عبد الحكيم فودة، المرجع السابق، ص 304.

ثانيا: سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية

يعني أن القاضي إذا ارتأى أن الشرط الوارد في العقد هو شرط تعسفي، وأن مجرد تعديله لا يخفف الالتزام الذي يفرضه على الطرف المذعن أي أنه لا يفي بغرض الحماية المطلوبة له، فإنه يستطيع أن يعطل هذا الشرط بإعفاء المستهلك منه لا من تنفيذه مخالفا بذلك قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين"

مثل الشرط المتمثل في الاعفاء من المسؤولية ، هنا جاز للقاضي إلغاء الشرط ليخضع العقد للقاعدة العامة، وهنا تتضح السلطة الاستثنائية لقاضي الموضوع [1] ومثال ذلك إذا تضمن عقد توزيع الكهرباء، شرطا مفاده حق الشركة بقطع التيار الكهربائي نهائيا في أي وقت دون بيان الأسباب حتى ولو درج المستهلك على دفع فواتيره دوريا دون تأخير، في هذه الحالة قد تقرر المحكمة الغاء الشرط التعسفي وليس مجرد تعديله فحسب.

ويرى البعض أن القاضي يملك كامل الحق لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا، ولا معقب للقضاء على تقديره ما دامت عبارات العقد تحمل المعنى الذي اخذ به القاضي، فإذا بدا له أن الشرط تعسفيا في عقد الإذعان، فإن له أن يعدله إذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف، وإلا فيكون له أن يلغيه، وهو بذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة[2].

(1) – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المجلد 1، ب ط، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، ص250.

(2) – نفس المرجع، نفس الصفحة .

الفرع الثاني: الجزاء العقابي المقرر للشرط التعسفي

ينقسم الجزاء المترتب عن ادراج الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك والمتدخل إلى جزائين، جزاء مدني يتمثل في الحكم ببطلان الشرط الذي يكتسي الطابع التعسفي، وجزاء جنائي يتضمن العقوبات المقررة قانونا على المتدخل نتيجة اخلاله بتطبيق الأحكام القانونية .

أولا: الجزاء المدني

لم ينص المشرع الجزائري في القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر على ترتيب الجزاء المدني في حالة ما إذا تم ادراج شروط تعسفية في أي عقد من العقود الاستهلاكية، ويرى البعض أن هذا النقصان يرجع إلى سهو المشرع، وهو نقص ينبغي استكماله وذلك بالنص صراحة على بطلان الشرط التعسفي، وبقاء العقد صحيحا إذا أمكن أن يستمر قائما دون تلك الشروط الباطلة.

واكتفى المشرع الجزائري بالإشارة الى ذلك في القواعد العامة في القانون المدني، وذلك من خلال نص المادة 110 ق م ج.

ثانيا: الجزاء الجنائي

لقد تناول المشرع الجزائري الجزاء الجنائي المقرر ضد الشروط التعسفية المدرجة في العقود [1] وذلك في المادة 38 من القانون رقم 04-02، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر.

(1) – راضية العيطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، ص 167.

المطلب الثاني: الرقابة الادارية على الشروط التعسفية

لقد حاول المشرع من خلال القواعد العامة والخاصة توفير الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية، غير أن هذه القواعد عاجزة على توفير الحماية الكافية لمكافحة الشروط التعسفية، والحد من تعسف المتدخلين، هذا ما دفع بالمشرع إلى استحداث أجهزة مركزية ادارية مكنها بصلاحيات ووسائل لتدعيم حماية المستهلك، كالمجلس الوطني لحماية المستهلكين(الفرع الأول) و لجنة البنود التعسفية (الفرع الثاني) و جمعيات حماية المستهلكين (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المجلس الوطني لحماية المستهلكين

أنشأ هذا المجلس بموجب المادة 24 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[1] ، وأعيد النص عليه بموجب المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 12-355 المحدد لتشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلك واختصاصاته.

يعد هذا المجلس هيئة حكومية استشارية، لا يجوز له أن يصرح بقرارات بل فقط أن يبدي رأيه واقتراح تدابير من شأنها أن تساهم في تطوير وترقية حماية المستهلك[2] ، وذلك من خلال الدور التحسيسي في إعلام المستهلكين وتنبيههم من مخاطر المنتجات مثلا، ويكون ذلك عن طريق الاعلام العام.

(1) – المادة 24 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 /2009/02، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

(2) – المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 12-355، المؤرخ في 2012/10/02، المحدد لتشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلك و اختصاصاته، ج ر، العدد 56، الصادر في 2012/10/11.

أولا: تشكيلة المجلس

نصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 12-355 السالف الذكر على أن المجلس الوطني لحماية المستهلكين يتشكل من ممثل واحد عن كل من :

أ. الوزارات

ب. الهيئات والمؤسسات العمومية

ج. الحركة الجمعوية

د. الشخصيات الخبيرة

يعين أعضاء المجلس من الوزير المكلف بحماية المستهلك لمدة 5 سنوات قابلة للتجديد.

ثانيا: انعقاد المجلس

يجتمع المجلس في دورات عادية مرتين في السنة بناء على استدعاء من رئيسه كلما دعت الحاجة إلى ذلك، إما بطلب من رئيسه أو بطلب ثلثي (3/2) أعضائه

ثالثا: مهام المجلس

- يدلي المجلس بآراء ويقترح تدابير لها علاقة على الخصوص بما يأتي: مشاريع القوانين والتنظيمات التي يمكن أن يكون لها تأثير على الاستهلاك وكذا على شروط تطبيقها.
- يقوم المجلس بإبداء رأيه في المسائل المتعلقة بتحسين الوقاية من المخاطر التي قد تحملها المنتجات و الخدمات المقدمة للمستهلك و ما ينجم منها من

أضرار، و بالتالي فإن المجلس لا يجوز له أن يصدر قرارات بل يبدي آراء تتعلق أساسا بحماية المستهلك[1].

- البرامج السنوية لمراقبة الجودة وقمع الغش.
- جمع المعلومات الخاصة بمجال حماية المستهلك واستغلالها وتوزيعها.
- برامج ومشاريع المساعدة المقررة لصالح جمعيات المستهلكين.
- كما يدلي المجلس بآراء و يقترح تدابير لها علاقة بالوقاية من الأخطار التي يمكن ان تتسبب فيها المنتوجات المعروضة في السوق و تحسينها، وله ان يقترح مشاريع القوانين و التنظيمات المتعلقة بالمستهلك .... الخ[2].

نلاحظ أن للمجلس آراء واقتراحات من شأنها استبعاد ومحاربة الشروط التعسفية، ولكن في مقابل ذلك يبقى رأيه مجرد رأي استشاري خالي من أي الزام.

الفرع الثاني: لجنة البنود التعسفية ودورها في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

أنشأ المشرع الجزائري لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التعسفية، وهذا وفقا للمادة 6 والتي تنص على أنه «تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية، وهذه الأخيرة عبارة عن تنظيم قانوني أوجده المشرع الفرنسي لدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للاعتداء من جانب المتدخلين، والذين يرتبطون معهم بعقود استهلاك يغلب عليها

(1) – بختة موالك، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد 2 ، ص من 61 الى 82.

(2) – المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 12-355 مؤرخ في 02 /10/ 2012, المحدد لتشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين و اختصاصاته.

طابع الإذعان[1].تهتم هذه اللجنة بدراسة نماذج العقود المعروضة على المستهلكين والمعدة من قبل المتدخلين، إضافة إلى دراسة نظام إدراج الشروط وطرق صياغتها ومدى ملائمتها لموضوع العقد، الأمر الذي مكن المستهلك من أجل إجراء مقارنة بين الادعاءات المتقابلة في العقد بصورة أفضل لما لذلك من الأثر في تدعيم رضاه الذي يؤدي إلى تحقيق التوازن العقدي.

أولا: تشكيلة لجنة الشروط التعسفية

تتكون لجنة الشروط التعسفية الجزائرية [2] من (05) أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كمايلي:

2 ممثلا عن الوزير المكلف بالتجارة، مختصان في مجال الممارسات التجارية.

2 ممثلا عن وزير العدل، حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.

2 ممثلان عن مجلس المنافسة.

2 متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة التجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

2 ممثلان عن جمعيات حماية المستهلك، مؤهلان في مجال الأعمال والعقود.

كما يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيد في أعمالها.

ثانيا: انعقاد اللجنة

تنعقد اللجنة انعقادا صحيحا بحضور نصف الأعضاء على الأقل، ومع ذلك للجنة أن تجتمع بعد 8 أيام بصفة صحيحة بعد استدعاء ثان حتى وإن لم

(1) – حمد الله محمد حمد الله، المرجع السابق، ص135.

(2) – مرسوم تنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 /02/ 2008 يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 09/10/ 2006، ج ر، العدد 07, الصادر في 15 /02/ 2008.

يكن قد بلغ النصاب مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين، وتتخذ قرارتها بأغلبية أصوات الحاضرين، وفي حالة تعادل الأصوات يرجح صوت الرئيس.

يتم تبليغ الأعضاء بحضور الاجتماع بواسطة استدعاءات فردية إلى الأعضاء مع تحديد تاريخ الاجتماع، وتوقيته ومكانه وجدول أعماله قبل انعقاده بـ 15 يوما على الأقل غير أن الدورات الاستثنائية يمكن تقليص المدة إلى 8 أيام.

على الأطراف الحضور الدائم للاجتماعات اللجنة وفي حالة الانقطاع النهائي لأحد الأطراف يتم استبداله بنفس الأشكال ويتابع العضو الجديد مهام العضو المستخلف إلى غاية انتهاء العهدة.

يتم تعيين الأعضاء لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد وتنتهي عهدتهم بنفس الطريقة التي عينوا بها[1].

يمكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها، أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة أو جمعية مهنية، كل جمعية لحماية المستهلك أو كل مؤسسة اخرى لها مصلحة في ذلك[2].

تجتمع اللجنة مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر في دورة عادية كما يمكنها الاجتماع لدورة استثنائية وهذا يتم بطلب من رئيسها أو بطلب من نصف الأعضاء على الأقل.

يتبين من هذه التشكيلة أن اللجنة تضم عناصر قضائية، وعناصر إدارية ومستشارين في مجال العقود، أو القانون، وعناصر من المجتمع المدني ممثلة للمستهلكين والمهنيين، فالمشرع قد مثل جميع الأطراف المعنية بحل لمشكلة الشروط التعسفية في هذه اللجنة وذلك للقيام بالمهام الموكلة لها دون تقاعس، وهذا

(1) – المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السابق الذكر.

(2) – المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306, السابق الذكر.

يعكس وجهة نظر المشرع الجزائري في مقاومة الشرط التعسفي عن طريق أهل الخبرة والاختصاص.

ثالثا: دور لجنة الشروط التعسفية في مكافحة الشروط التعسفية

تعد لجنة الشروط التعسفية الجزائرية هيئة إدارية رقابية، حيث تقوم بمساعدة الحكومة أو الإدارة في أدائها دورها المتعلق بمكافحة الشروط التعسفية، من أجل حماية فعالة للطرف الضعيف وهو المستهلك في عقد الاستهلاك، وتحقيقا لذلك فقد أسند لها القانون عدة اختصاصات، جاءت شبيهة إلى حد كبير باختصاصات نظيرتها في القانون الفرنسي، حيث أن هذه اللجنة تبحث في كل العقود المبرمة بين المستهلكين و المتدخلين، والنظر في البنود ذات الاطار التعسفي، أيضا مباشرة كل عمل يدخل في مجال اختصاصها، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، كما يمكنها ايضا أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين[1].

فتنص المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم08-44 على أنه تكلف اللجنة لاسيما بالمهام التالية:

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

(1) – المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306, السابق الذكر.

ومنه نلاحظ أن لجنة البنود التعسفية تقوم في الأساس بالبحث والتحري عما إذا كانت نماذج العقود التي يعرضها المهنيون أو المتدخلون على المستهلكين وكذا العقود التي تم ابرامها تتضمن شروط ذات طابع تعسفي أو لا.

الفرع الثالث: جمعيات حماية المستهلك ودورها في محاربة الشروط التعسفية

إن حاجة المستهلك إلى جمعيات تسهر على حماية مصالحه هي حاجة ملحة، لاسيما أن المستهلك في الوقت الحاضر يقع فريسة للعديد من المغريات وتحيط به الكثير من المخاطر جراء تعامله مع المتدخلين، ولذا فقد أعطى المشرع للأفراد حرية انشاء جمعيات ونظمها بالقانون رقم 90-31، حيث يعرف هذا القانون الجمعية على أنها " اتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها ويجتمع في إطارها أشخاص طبيعيون أو معنويون على أساس تعاقدي ولغرض غير مربح" [1].

ولقد جاء القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر بتعريف لجمعيات حماية المستهلك " جمعية حماية المستهلك هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله" [2].

وتؤسس جمعيات حماية المستهلك لأغراض غير سياسية أو تجارية أو اقتصادية، وتهدف إلى توعية المستهلكين وتثقيفهم وإرشادهم وحماية مصالحهم وحقوقهم لدى الجهات الإدارية الوصية [3].

(1) – المادة 02 من القانون رقم 90-31 المؤرخ في 1990/12/04 الخاص بالجمعيات الملغى بموجب القانون رقم 12-06، المؤرخ في 12 /2012/01، ج ر، العدد 2، الصادر بتاريخ 15 /01/ 2012.

(2) – المادة 21 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر

(3) – أبو عمرو مصطفى أحمد، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص213.

بينما عرفها القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات بشكل عام على أنها " تعتبر جمعية في مفهوم هذا القانون تجمع أشخاص طبيعيين أو معنويين على أساس تعاقدي لمدة محددة أو غير محددة" [1].

والملاحظ على التعريف الذي أورده المشرع في قانون الجمعيات، أنه جاء عاما يصلح لأي جمعية، سواء كانت لحماية المستهلك أو لغيرها.

بينما التعريف الذي اورده المشرع في قانون حماية المستهلك، يظهر أنه يميل إلى الحديث عن أهداف جمعية حماية المستهلك والوسائل التي تستخدمها لتحقيق أهدافها، من إعلام وتحسيس وتوجيه خاصة في ما يخص تحقيق التوازن العقدي ومحاربة الشروط التي تعتبر تعسفية، المدرجة من طرف المتدخل.

أولا: تشكيل جمعيات المستهلكين

نص القانون رقم 12-06 على أن تؤسس الجمعيات بحرية، فإن جمعيات حماية المستهلك على غرار الجمعيات الأخرى لم تعد تخضع لأجراء الاعتماد بحيث تتشكل بمجرد تصريح عادي.

والجدير بالذكر أن تصريح الإنشاء يودع من طرف الأعضاء المؤسسيين إما لدى الوالي إذا كان الأمر يتعلق بالمجال الإقليمي إن كان هذا المجال يخص واحدة أو أكثر من بلدية من نفس الولاية، وإما لدى وزير الداخلية وذلك بالنسبة للجمعيات الوطنية أو ما بين الولايات.

وتتكون جمعية حماية المستهلك على الأقل من 15 عضوا، وهذا ما نستخلصه من المادة 6 فقرة 3 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات.

(1) – المادة 2 من القانون رقم 12-06 الصادر بتاريخ 2012/01/12 المتعلق بالجمعيات.

ثانيا: دور جمعيات حماية المستهلك في محاربة وحماية المستهلك من الشروط التعسفية

إن الاعتداء على حقوق المستهلك والمساس بسلامته أصبح امرا مألوفا، بالرغم من الاجراءات المتخذة من قبل الجهات المعنية لضمان حمايته، وبما أن القضاء يعد جهازا مكملا لهذه الجهات فيما يتعلق بمهمة الحماية والدفاع عن المستهلك والمحافظة على حقوقه[1] ، فمن الطبيعي أن يمارس المستهلك المتضرر حقه في اللجوء إلى الهيئات القضائية المختصة قصد المطالبة بردع المخالفين والتعويض عما لحقه من ضرر، وذلك تطبيقا لحق اللجوء إلى القضاء الذي يعد من الحقوق العامة المعترف بها لكل أفراد المجتمع.

غير أن المستهلك الذي يعتدى على حقه من طرف المتدخل نادرا ما يقدم دعوى أمام الجهات القضائية بمفرده في مواجهة هذا الأخير، إذ تحول بينه وبين ذلك عدة أسباب أهمها المركز الاقتصادي المالي والتقني الذي يجعل المهني في موقع قوي يمكنه من مواصلة السير في الدعوى الأمر الذي يجعل المستهلك يتردد وإن لم نقل يتنازل عن المطالبة بحقه لمعرفته أنه أعزل أمام قوة المتدخل، كما أن أعباء الدعوى وما سيتحمله المستهلك من نفقات ومصاريف ووقت ضائع قد يكون أكبر بكثير من قيمة المصلحة موضوع الحماية. لهذه الأسباب وأخرى كانت جمعيات حماية المستهلك خير وسيلة لتمثيل المستهلك من أجل دعاوى إبطال الشروط التعسفية أمام القضاء[2] ، لما تملكه من دوافع تمكنها في مواجهة المتدخل، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في تشجيعه ووضع

(1) – المادة 33 من دستور 28 نوفمبر 1996الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 /1996/12، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 /11/ 1996، ج ر العدد 76، الصادر بتاريخ 12/08/ 1996 ، معدل.

(2) – أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 264.

القواعد المنظمة لممارسة الجمعيات لهذا الدور، فالإمكانيات المادية والبشرية المفروض توفرها لدى هذه الأخيرة تسمح لها بمباشرة الدعوى القضائية وتحمل التكاليف وطول الاجراءات.

لقد وسع المشرع الجزائري[1] من حق التقاضي لجمعيات حماية المستهلكين إلى التأسيس بصفة أصلية أمام مختلف الهيئات القضائية، حيث منح هذه الجمعيات حق رفع الدعوى أمام القاضي المدني بصفة أصلية ضد كل متدخل قام بمخالفة أحكام القانون رقم 04-02 والتي من بينها الشروط التعسفية.

أهم ما يلاحظ في هذا الصدد هو عدم نص المشرع الجزائري صراحة على حق جمعيات حماية المستهلك في رفع دعوى حذف الشروط التعسفية، وإنما اكتفى فقط بعبارة "رفع دعوى أمام العدالة"، وبذلك لم يحدد ما نوع هذه الدعوى، وإن كان يمكن أن يستشف من عبارة "قام بمخالفة أحكام هذا القانون"، أنه أجاز لجمعيات حماية المستهلكين رفع دعوى قضائية ضد المتدخل للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية التي تتضمنها العقود التي يبرمها مع المستهلكين، وذلك لاسيما أن أحكام هذا القانون تهدف أصلا لمكافحة هذه الشروط باعتبارها ممارسات تعسفية غير قانونية. وبما أن القانون يمنع ويحضر العمل بهذه الشروط في العقود الاستهلاكية فإن مخالفة المتدخل لأحكامه يمكن المستهلك أو الجمعية من رفع دعوى ضده من اجل الغاء هذه الشروط.

وبالعودة إلى أحكام القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نجد أن المشرع الجزائري أعطى أو منح الحق للجمعية في

(1) – المادة 24 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 /02/ 2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحق المستهلكين[1].

ويمكن للجمعية أن تدعي بحق مدني أمام قاضي التحقيقات أو الجهة القضائية المختصة لمحل إقامة المهني المختصم، وإن لم يوجد فأمام قاضي التحقيق أو أمام الجهة القضائية المختصة لمقر الجمعية الموكلة من قبل المستهلكين.

(1) – المادة 65 من القانون رقم 04-02 المذكور سابقا.

خاتمة

من خلال دراستنا للموضوع فإنه توضح لنا بأنه غالبا ما يحاول الطرف القوي استغلال الطرف الضعيف، هذا راجع لجهله ونقص خبرته ليفرض عليه شروطا ظالمة مجحفة لا تخدم مصلحته.

ومن الناحية العملية لا يمكن الحديث عن الشرط التعسفي المدرج بالعقد إلا بافتراض وجود عدم توازن بين مراكز أطراف العلاقة التعاقدية، الذي ينتج عنه إمكانية فرض الطرف القوي على الطرف الآخر ما يراه من الشروط التي تخدم مصلحته الخاصة، وبالتالي فمسألة فرض الشرط التعسفي هي نتيجة لتفوق (مالي أو فني) لدى الطرف القوي في العقد .

لطالما حاول المشرع التصدي لمختلف الشروط التعسفية التي تتضمن تعسفا في شتى المجالات، وذلك بالنص عليها في القواعد التقليدية حيث تضمنها القانون المدني وجاءت هذه القواعد كحماية للمستهلك من الشروط التعسفية، منها ما هي عامة تتعلق بشروط تعسفية غير معينة، ومنها ماهي خاصة بشروط معينة.

غير أنه امام التطورات التي شهدها العالم اليوم، في شتى مجالاته خاصة الاقتصادية و القانونية، وزيادة معدل انتاج السلع وتنوع الخدمات ما دفع الطرف القوي مقدم السلعة أو الخدمة إلى تحرير نماذج تضم مثل هذه التصرفات نظرا لكثرة التعاملات وسرعتها في اليوم الواحد.

لم تعد هذه القواعد كفيلة بمواجهة الشروط التعسفية، ما دفع المشرع إلى البحث عن وسائل أخرى أكثر نجاعة للحد من مثل هذه الشروط ومراقبتها، فظهرت عدة طرق في سبيل تحقيق ذلك.

تنوعت هذه الطرق بين الرقابة القانونية والإدارية على الشروط التعسفية وكذا الرقابة القضائية.

فالرقابة القانونية تمثلت في إيراد قوائم محددة للشروط التي تحمل وصف التعسف أيضا حماية رضا المستهلك, أخذ بها المشرع الجزائري مستوحيا هذه الرقابة من المشرع الألماني.

أما الرقابة الإدارية فتمثلت في إنشاء لجنة الشروط التعسفية والمجلس الوطني لحمية المستهلك وجمعيات حماية المستهلك، تختص هذه الهيئات والأجهزة بدراسة الشروط المعروضة عادة من قبل المهنيين والبحث عما إذا كانت تتضمن تعسفا أم لا.

وعن الرقابة القضائية على شروط العقد تتمثل في تدخل القاضي في تعديل الشروط التي يراها مجحفة في حق أحد الطرفين رغم ما لهذا من تأثير على أهم مبدأ في التعاقد وهو مبدأ سلطان الإرادة، بهدف إعادة التوازن بين الطرفين المتعاقدين.

فمن خلال ما سبق يمكننا القول بأن المشرع الجزائري وفق الى حد ما وسار في الطريق الصحيح، بوضعه لنظام قانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك.

وهذا الامر يبدو واضحا على الأقل من الناحية النظرية أما من الناحية العملية فإن الزمن كفيل بتوعية المستهلكين بأن ليس عليهم الإذعان لتلك الشروط والاعتقاد بمشروعيتها وإنما عليهم التصدي بجميع الوسائل القانونية المتاحة بصفة فردية أم جماعية.

قائمة المراجع

أولا: الكتب

1. أبـو عمـرو مصـطفى أحمـد، مـوجز أحكـام قـانون حمايـة المسـتهلك، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
2. أحمـد محمـد الرفـاعي، الحمايـة المدنيـة للمسـتهلك إزاء المضـمون العقـدي، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.
3. الجريـدلي جمـال زكـي، البيـع الالكترونـي للسـلع المقلـدة عبـر شـبكة الأنترنـت، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
4. حسـن عبـد الباسـط جميعـي، الحمايـة لرضـا المسـتهلك فـي عقـود الاسـتهلاك، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
5. حمـد الله محمـد حمـد الله، حمايـة المسـتهلك فـي مواجهـة الشـروط التعسـفية فـي عقود الاستهلاك، ب ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ب س ن.
6. خالـد عبـد الفتـاح محمـد خليـل، حمايـة المسـتهلك فـي القـانون الـدولي، الخـاص، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة 2002.
7. خالـد ممـدوح ابـراهيم، حمايـة المسـتهلك فـي المعـاملات الالكترونيـة (دراسـة مقارنة) الدار الجامعية، الاسكندرية، 2007.
8. زاهيـة حوريـة سـي يوسـف، المسـؤولية المدنيـة لمنـتج، دار هومـة، الجزائـر، ب س ن.
9. السـيد محمـد عمـران، حمايـة المسـتهلك أثنـاء تكـوين العقـد، دراسـة مقارنـة، ب ط، منشاة المعارف الاسكندرية، مصر، ب س ن.
10. عبـد الحكـيم فـودة، تفسـير العقـد فـي القـانون المصـري المقـارن، ب ط، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002.
11. عبـد الـرزاق أحمـد السـنهوري، نظريـة العقـد، منشـورات الحلبـي الحقوقيـة، ط2، بيروت لبنان، – الجديدة – 1998.

12. .....، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، المجلد 1، ب ط، منشورات الحلبي، بيروت لبنان، ب س ن.
13. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2005.
14. عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الارادة عن طريق الانترنيت وإثبات التعاقد الالكتروني ، ب ط، دار الفكر الجامعي, الاسكندرية, مصر, 2010.
15. عبد المنعم فرج الصدة، العقد في قوانين البلاد العربية، ب ط، دار النهضة للطباعة بيروت، ب س ن.
16. عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
17. علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، ب. س. ن.
18. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في ق م ج) ط3، ب د ن، الجزائر، ب س ن.
19. علي فتاك, تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج، ط 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
20. علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة لعقد) ب ط، موقع للنشر والتوزيع، الجزائر، ب س ن.

21. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، ط2، ابن خلدون، الجزائر، 2003.

22. محفوظ بن حمد الشعب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، ب ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

23. محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق العقود والخدمات، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2005.

24. ..... ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2007.

25. ..... ، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب، الجزائر، 2007.

ثانيا: الرسائل والمذكرات

أ. الرسائل

1. عبد المنعم فرج الصدة، عقود الإذعان في القانون المصري، دراسة فقهية وقضائية ومقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مصر، 1946.

2. كريمة بركات ، حماية المستهلك في ظل اقتصاد السوق (دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2014.

3. محمد بودالي، الحماية القانونية للمستهلك في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2002-2003.

ب. **المذكرات**

1. حنين نوال شعباني، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع مسؤولية مهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
2. راضية العيطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر 2010-2011.
3. سليمة أحمد يحياوي، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر.
4. عز الدين غمري، حماية الرغبة المشروعة للمستهلك في القانون الجزائري، دراسة مقارنة – المطابقة والضمان – مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران، السانيا 2004-2005.
5. فتيحة حدوش، ضمان سلامة المستهلك من المنتوجات الخطرة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2009-2010.
6. نبهات بن حميدة، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007.
7. الياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2001-2002.

ثالثا: المقالات و الملتقيات

1. بختة موالك، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، العدد 2، 1999، ص من 61 الى 62.
2. جابر محجوب علي, ضمان سلامة المستهلك من الاضرار الناشئة عن عيوب المنتوجات الصناعية, مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت, العدد20, 4 ديسمبر 1996, ص ص 264-270.
3. ربيعة صبايحي، حول فعالية احكام واجراءات حماية المستهلك في القانون الجزائري، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، يومي 17-18، نوفمبر 2009.
4. ليندة عبد الله، المستهلك والمهني مفهومان متباينان، عنوان مداخلة في الملتقى الوطني الخاص بحماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي يومي: 13-14 أفريل 2008، المركز الجامعي بالوادي 2008.
5. محمد بودالي, مدى خضوع المرافق العامة ومرتفقيها لقانون حماية المستهلك، مجلة الادارة، عدد 24، الجزائر 2002، ص37 الى ص 57.

النصوص القانونية:

أ. *الدساتير*:

1. مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 1996/12/07، يتعلق باصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، ج ر العدد 76 ، الصادر في 1996/12/08 المعدل و المتمم.

ب. *النصوص التشريعية:*

1. قانون رقم07-05 المؤرخ في 2007/05/13، يتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 31، الصادر في 13 /05/ 2007.
2. قانون رقم 04-02 مؤرخ في 2004/06/23, يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ،ج ر، العدد 41 ، الصادرة في 2004/06/27 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06، المؤرخ في 2010/08/15 ،ج ر، العدد 46 الصادر في 2010/08/18.
3. قانون رقم 09-03 مؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، العدد 15 ، الصادرة في 2009/03/08.
4. قانون رقم 12-06 مؤرخ في 2012/01/12، المتعلق بالجمعيات، ج ر، العدد 02، الصادر في 2012/01/15.

ج/ النصوص التنظيمية

1. مرسوم تنفيذي رقم 90-31 مؤرخ في 1990/12/04 الخاص بالجمعيات الملغى بموجب القانون رقم 12-06، المؤرخ في 2012/01/12 ، ج ر، العدد 2 ، الصادر في 2012/02/15.
2. مرسوم تنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 1990/01/30، يتعلق برقابة الجودة و قمع الغش، ج ر، العدد 5، الصادر في 1990/01/31

3. مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 2006/09/10 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر، العدد 56، المؤرخ في 2009/09/11 المعدل المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 2008/02/03 ، ج. ر، العدد 07 الصادر في 2008/02/10.
4. مرسوم تنفيذي رقم 12-355 المؤرخ في 02 /10/ 2012 المحدد لتشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصه ،ج ر، العدد 56، الصادر بتاريخ 10/01/ 2012.

فهرس

المحتويات

المحتويات

الصفحة

مقدمة 2

الفصل الأول: التوازن العقدي بين الحماية القانونية للمستهلك والشروط التعسفية

المبحث الأول: مفهوم الأطراف المتعاقدة 8

المطلب الأول: مفهوم المستهلك 8

الفرع الأول: اختلاف الفقه في مفهوم المستهلك 8

أولا: المفهوم الضيق للمستهلك 9

ثانيا: المفهوم الموسع للمستهلك 10

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مفهوم المستهلك 12

المطلب الثاني: مفهوم المتدخل 13

الفرع الأول: مفهوم المتدخل في الفقه 14

أولا: معيار الاحتراف 14

ثانيا: معيار الربح 15

ثالثا: معيار القوة 15

الفرع الثاني: مفهوم المتدخل في القانون الجزائري 16

أولا: النصوص القانونية المحددة لمفهوم المتدخل 16

ثانيا: اعداد سلسلة المتدخلين في العملية الاستهلاكية 17

المبحث الثاني: تطبيق الحماية القانونية من الشروط التعسفية في حالة اختلال التوازن العقدي 20

المطلب الأول: مفهوم عقود الاستهلاك 20

الفرع الأول: تعريف عقد الاستهلاك 20

الفرع الثاني: نموذج التعسف في العقود الاستهلاكية 23

اولا: تعريف عقد الاذعان 26

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

المطلب الثاني: الشرط التعسفي كسبب للاختلال التعاقدي 29

الفرع الأول: مفهوم الشرط التعسفي 29

أولا: تعريف الشرط التعسفي 29
ثانيا: معيار التعسف 31
ثالثا: مجال تطبيق الشرط التعسفي 31
الفرع الثاني: صور الممارسات التعسفية 32
أولا: وجود اختلال في الالتزامات المتقابلة 33
ثانيا: التفرد بتعديل العقد شروطه وآثارها 33
ثالثا: رفض حق المستهلك في فسخ العقد 34
رابعا: تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية 35
الفصل الثاني: آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية
المبحث الأول: آليات الحماية التشريعية من الشروط التعسفية 40
المطلب الأول: حماية رضا المستهلك من تعسف المتدخل 40
الفرع الأول: التزام المتدخل بإعلام المستهلك 41
أولا: تعريف الالتزام بالإعلام 42
ثانيا: جزاء الاخلال بالإلتزام بالإعلام 43
الفرع الثاني: افادة المستهلك بمهلة للتفكير 45
المطلب الثاني: مظاهر الحماية العامة للمستهلك من الشروط التعسفية 47
الفرع الثاني: دور نظرية السبب وحسن النية في تحقيق التوازن العقدي 47
أولا: نظرية السبب 47
ثانيا: مبدأ حسن النية ودوره في تحقيق التوازن العقدي 49
الفرع الثاني: اعتماد نظام القائمة للحماية من الشروط التعسفية 50
المبحث الثاني: الرقابة الادارية و القضائية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية 53
المطلب الأول: الرقابة القضائية للحماية من الشروط التعسفية 54
الفرع الأول: دور القاضي في إعادة التوازن العقدي 53
أولا: سلطة القاضي في تعديل الزامات الطرفين 54
ثانيا: سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية 55
الفرع الثاني: الجزاء العقابي المقرر للشرط التعسفي 55
أولا: الجزاء المدني 56
ثانيا: الجزاء الجنائي 57

المطلب الثاني: الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية 57
الفرع الأول: المجلس الوطني لحماية المستهلكين 57
أولا: تشكية المجلس 58
ثانيا: انعقاد المجلس 58
ثالثا: مهام المجلس 59
الفرع الثاني: لجنة البنود التعسفية ودورها في حماية المستهلك من الشروط التعسفية 60
أولا: تشكيلة لجنة الشروط التعسفية 60
ثانيا: انعقاد اللجنة 61
ثالثا: دور لجنة الشروط التعسفية في مكافحة الشروط التعسفية 62
الفرع الثالث: جمعيات حماية المستهلك ودورها في محاربة الشروط التعسفية 63
أولا: تشكيل جمعيات حماية المستهلكين 65
ثانيا: دور جمعيات حماية المستهلك في وحماية المستهلك من الشروط التعسفية 65
الخاتمة 69
قائمة المراجع 72
فهرس المحتويات 80