الشروط التعسفية في ظل القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم

Arbitrary conditions under loco N° 04-02 related to the rules applicable to amended and complementary business practices

حبيبة كالم أستاذة محاضرة "ب"[1]

1كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البليدة 02،

habiba. kalem1974@gmail. com

تاريخ الإرسال: 2020/05/02 تاريخ القبول: 2020/05/27 تاريخ النشر: 2022/06/16

الملخص

إن الصورة التقليدية للتعاقد تعتمد أساسا على المفاوضة والمساومة بحيث يسمح لأطراف العقد مناقشة شروطه والتفاوض بشأنها، غير أنه في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية ظهر نوع من العقود أطلق عليها اصطلاح "عقود الإذعان"، بموجبه يملأ أحد الأطراف شروطه على الطرف الآخر دون مناقشة، وهي عقود نجدها أكثر انتشارا في العلاقات بين المستهلكين والمحترفين الذين يستغلون وضعيتهم المتميز بإدراج شروط تعسفية لترجيح مصالحهم على حساب مصالح المستهلكين.

الكلمات المفتاحية: العقد، المستهلك، المحترف، الشرط التعسفي، الاختلال.

Abstract

In the light of economic and social developments a type of contract colled the "contracts of submission" has emerged, whereby one party fills its terms with the other party without discussion. These are contracts that are more prevalent in consumer and professional relations wich exploit their privileged position by including unfair clauses to favor their interests at the expense of those of consumer.

Keywords: Contract, Consumer, professional, unfair, disruption..

1- حبيبة كالم ، habiba. kalem1974@gmail. com

مقدمة:

إن التحولات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية جعلت ظروف التعاقد وشروطه عملية معقدة في ظل تعدد وتنوع السلع والخدمات واتسامها بقدر كبير من الفنية والتقنية، بحيث لا تسمح للطرف العادي وهو المستهلك من معرفتها والاختيار بمحض إرادته بشأنها، مما يخلق اختلال في التوازن المعرفي والاقتصادي، باعتبار أن الطرف الآخر وهو المحترف الأكثر قدرة وخبرة لفرض شروطه دون تدخل الطرف الأقل قدرة أو عديم الخبرة، فيقوم المحترفون بتحرير عقودهم بشكل فردي قد تتضمن شروطا تعسفية في حق المستهلكين، إذ غالبا ما يستغل المحترف تفوقه ليرجح مصالحه على حساب مصالح المستهلك، فالعلاقة التي تربط بين المحترين والمستهلكين غالبا ما تتسم بعدم المساواة بين أطرافها. هذا فضلا عن عجز القواعد العامة على إيجاد الحماية اللازمة للطرف الضعيف من الشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك، وعلى هذا الأساس تدخل المشرع الجزائري لوضع قواعد قانونية لحماية هذا الطرف الضعيف من مثل هذه الممارسات التعاقدية التعسفية، وكان أول قانون كرس لبسط هذه الحماية هو قانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل بموجب القانون رقم 06/10[1].

فما مدى نجاعة هذه النصوص القانونية في ضمان حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك؟ وللإجابة على هذه الإشكالية كان من الضروري تحديد المقصود بالشرط التعسفي (المبحث الأول)، والجزاء المقرر في مواجهة هذا الشرط في ظل القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم (المبحث الثاني).

1. المقصود بالشرط التعسفي

من خلال أحكام القانون رقم 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، استحدث المشرع الجزائري نظام خاص بالشروط التعسفية بهدف ضمان حماية فعالة للطرف الضعيف في الممارسات التجارية، وعلى ضوء ذلك كان من الضروري التطرق لمفهوم الشرط التعسفي (المطلب الأول)، ومعرفة المعايير المعتمدة من قبل المشرع لتحديد الطابع التعسفي للشرط (المطلب الثاني).

1.1. مفهوم الشرط التعسفي

سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الشرط التعسفي (الفرع الأول) مع ذكر عناصره (الفرع الثاني).

1.1.1. تعريف الشرط التعسفي

عرف كل من الفقه (أولا) والقانون (ثانيا) الشرط التعسفي.

1.1.1.1. تعريف الفقه للشرط التعسفي

لقد تعددت تعريفات الفقه للشرط التعسفي واختلفت باختلاف الرؤية لهذا الشرط، فمنهم من عرفه على أنه:« الشرط المعد سلفا من طرف المتعاقد القوي بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة»[2] معتمدا في تعريفه على انفراد الطرف القوي (المهني) بتحرير العقد مسبقا، وعرفه السيد محمد عمران[3] بأنه:« الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة تعسف هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة»، فهذا التعريف جعل التعسف في استعمال القوة الاقتصادية معيارا لتحديد الشرط التعسفي، وعرف كذلك بأنه:« الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقتضي به العدالة»[4]، وهو تعريف اعتمد في تقديره للطابع التعسفي للشرط على ما تقتضي به العدالة، وهناك من اعتمد في تعريفه للشرط التعسفي على التفوق المهني في جميع النواحي، فعرفه[5] على أنه:« هو

الشرط الذي يفرض على عديم الخبرة بسبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه الواقعي والاقتصادي والتقني والفني».

وبصفة عامة يمكن القول بأن الشروط التعسفية هي شروط ترد خاصة في عقود الإذعان أو العقود النمطية، يتولى إعدادها مسبقا مختصون يتمتعون بالتفوق الاقتصادي والكفاءة الفنية، تبدو وفقا للقواعد العامة شروطا عادية لا تنال من سلامة الرضا، ولكنها في حقيقتها مجحفة ظالمة، ترهق المتعاقد وتثقل من التزامه[6].

2.1.1.1. تعريف المشرع الجزائري للشرط التعسفي

في بادئ الأمر لم يبد المشرع الجزائري أي اهتمام بمسألة تعريف الشروط التعسفية ولعل السبب يعود لكون أن الفكرة حديثة النشأة، ولكون التعريف يعد من عمل الفقه وليس التشريع، غير أن التطورات الاقتصادية والاجتماعية دفعت به إلى ضرورة وضع قوانين خاصة تحكمها وترفع عنها اللبس فيما يخص تحديد طبيعة هذه الشروط والمعايير المعتمدة لتحديد الطابع التعسفي لها، فكان ذلك بموجب إصداره قانون متعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية رقم 02/04 السالف الذكر، ليعرف من خلاله الشرط التعسفي، حيث تنص المادة 05/03 منه بأنه:« كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند آخر أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد».

باستقرائنا لنص المادة المذكورة أعلاه، نستخلص أن الشرط التعسفي قد عرف من خلال الأثر المترتب عليه، وهو الإخلال بما يفترض من تحقيق توازن عقدي بين الحقوق والواجبات المترتبة على العلاقة التعاقدية بين أطراف هذه العلاقة، كما نجد أن المشرع قد استعمل عبارة "أطراف العقد"، هذا ما يجعل نطاق الحماية من الشروط التعسفية يشمل كل من المستهلك والعون الاقتصادي (المهني) على حد سواء، وبمعنى آخر فإن مفهوم الشرط التعسفي لا يقتصر على عقود الاستهلاك فقط، وإنما يمتد ليشمل عقود المهنيين.

مما سبق يتضح أن المشرع الجزائري، قد أورد تعريفا عاما للشرط التعسفي لا يعكس الهدف من تقرير الحماية للطرف الضعيف وهو المستهلك من الشروط التعسفية، فهو بذلك يعطي انطباعا بتقرير نفس درجة الحماية للطرفين (المستهلك والعون الاقتصادي) دون تفضيل، وهو ما يتعارض وغاية نظام الشروط التعسفية في تحقيق الحماية القانونية للمستهلك.

2.1.1. عناصر الشرط التعسفي

يمكن أن نستخلص عناصر الشرط التعسفي من تعريف الذي جاء به نص المادة 05/03 من القانون رقم 02/04 السالف ذكرها، وعليه تتمثل عناصره في كون مجال الشرط عقد إذعان (أولا)، وأن يكون العقد محررا مسبقا (ثانيا)، وأن يكون الشرط سببا في الاختلال الظاهر لتوازن العقد (ثالثا).

1.2.1.1. أن يكون مجال الشرط التعسفي عقد إذعان

عرف المشرع الجزائري لأول مرة عقد الإذعان بموجب القانون رقم 04-02 من خلال نص المادة 1-4/3 حيث جاءت تنص بأنه:« يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي:....4- عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه».

وقام المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية[7]، بتكرار تعريف عقد الإذعان وذلك من خلال نص المادة 2/1 من المرسوم، حيث جاءت تنص على أنه:« يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم»، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه».

يتبين لنا أن المشرع قد حصر مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان دون سواها، ومع ذلك يوجد التعسف أحيانا خارج عقود الإذعان،

أي في عقود المفاوضة أو المساومة، كما أن الأشكال الحديثة للتعاقد قد تظهر أن خضون المتعاقد لا يحصل بمناسبة عقد محدد من العقود، وإنما يتحقق تقريبا في غالبية الصور الحديثة للتعاقد (كالعقود المبرمة خارج المحلات التجارية، والعقود المبرمة عن بعد)[8]، كما أن هناك عقود إذعان لا تتضمن أية مشارطة تعسفية على الرغم من أن عقد الإذعان هو المجال الخصب لمثل هذه الشروط[9]، فكان من الأجدر على المشرع عند تعريفه للعقد المتضمن الشروط التعسفية أن يضفي الحماية على كل متعاقد يكون في حالة ضعف كيفما كان شكل العقد.

2.2.1.1. أن يكون الشرط التعسفي واردا ضمن عقد مكتوب

يتضمن نص المادة 04/03 من القانون رقم 04-02 السالف ذكرها، عبارة "حرر مسبقا"، مما يفهم أن العقود التي تدرج فيها الشروط التعسفية هي عقود مكتوبة كما وضحته المادة 4/3-2 بقولها:«...يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع[10] العامة المقررة سلفا».

فالحماية تقتصر على الشروط التي تكون مكتوبة مسبقا فقط ، إذ يكفي وجود نص مكتوب من قبل شخص المحترف يهدف إلى إذعان شخص المتعاقد.

والجدير بالذكر أن هناك شروط ترد في بعض العقود أصبحت إلزامية بموجب قانون أو تنظيم، وهي حالة عقود المرفق العام، ولا شك أن هذه الشروط تخلق أحيانا نوعا من عدم التوازن البين على حساب المستهلك، ومع ذلك فإنها تفلت من تطبيق نظام قانون الاستهلاك المتعلق بالشروط التعسفية عليها، وهو نقص لا بد من تداركه في نظر البعض[11].

3.2.1.1. أن يكون الشرط سببا في الاختلال الظاهر لتوازن العقد

ليكون الشرط تعسفيا، يجب أن يكون هناك اختلالا في الالتزامات المتبادلة بين الطرفين، أي تكون الالتزامات التي تقع على كاهل المستهلك لا تتناسب مع الامتيازات التي سيحققها[12]، فالاختلال بين الحقوق والواجبات في

العقد يكون في صالح المهني دائما لما له من توفق فني، لأنه متعود على إبرام العقود والصفقات مما يمكنه من فرض شروط تعسفية[13].

2.1. تحديد الطابع التعسفي في ظل أحكام القانون رقم 04-02

اعتمد المشرع لتحديد الطابع التعسفي للشرط على معيار الاختلال الظاهري في التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد (الفرع الأول)، وعمل على اتمام المعيار العام في تحديد الشرط التعسفي بنصه على قائمة غير حصرية تضم مجموعة من الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية (الفرع الثاني).

1.2.1. المعيار المعتمد في ظل القانون رقم 04-02 لتحديد الشرط التعسفي

انطلاقا من التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري في المادة 05/03 من القانون رقم 04-02 الذي يخص الشرط التعسفي، نستخلص أن المشرع قد أخذ بمعيار عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد لتحديد الطابع التعسفي للشرط، وهو المعيار الأمثل الذي يمكن الاستناد عليه في إطار الشروط التعسفية، ذلك أنه يوسع من نطاق الحماية ضد كل المهنيين حتى ولو لم تكن لديهم قوة اقتصادية[14]، حيث أثبت الواقع العملي خطورة التفوق التقني والفني لهؤلاء التي تمكنهم من فرض شروط تعسفية.

إن القيام بمقارنة بين مختلف الشروط التعاقدية هو الذي يمكننا من اكتشاف ما إذا كان هناك اختلال في التوازن بترجيح كفة المهني أو على العكس من ذلك وجود مقابل حقيقي توصل به المستهلك[15].

فقد يبدو الشرط تعسفيا إذا نظر إليه بمعزل عن بقية الشروط الأخرى، على حين أنه لا يعد كذلك إذا نظر إليه في مجموع شروط العقد وأحكامه، وعليه يجب أن يؤخذ العقد في مجموعه ومجموع شروطه وآثاره[16]، وهذا ما نصت عليه نفس المادة:« كل بند...أو مشتركا مع بند آخر أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد».

ذلك أن طبيعة الشرط تختلف بحسب الحالات والظروف الذي أدرج فيها بحيث يكون تعسفيا أو صحيحا بحسب ما إذا كان المستهلك قد توصل بمقابل

فعلي أم لا، وبالتالي فإن خضوع بعض شروط العقد أو شرطا مستقلا لمفاوضات فردية لا يسمح بإبعاد تطبيق المادة 05/03 على باقي العقد، إذا كان تقدير الكلي يسمح باستنتاج أن هذا الأخير يتضمن اختلالا في التوازن بين التزامات الطرفين[17]، على أن يكون هذا الاختلال كبيرا، أما إذا تعلق الأمر باختلال بسيط، فإنه يعد من الأمور المتجاوزة حفاظا على استقرار المعاملات وتماشيا مع ما هو جار به العمل في عالم المال والأعمال[18].

2.2.1. القائمة كأسلوب مباشر لتحديد الطابع التعسفي للعقد

نظرا لصعوبة المهمة التي أناطها المشرع بالقاضي عند تطبيقه للمعيار العام "الاختلال الظاهر في التوازن" المنصوص عليه في المادة 05/03 من القانون رقم 02/04 السالف ذكره، قام المشرع الجزائري في نفس القانون بوضع لائحة لبعض الشروط التعسفية ضمن المادة 29 من الفصل الخامس المعنون:" الممارسات التعاقدية التعسفية"، كما توعد في المادة 30 من نفس القانون بإمكانية تحديد العناصر الأساسية للعقود ومنع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية عن طريق تنظيم، وتجسيدا لذلك أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 السالف ذكره.

لقد نصت المادة 29 من القانون رقم 04-02 على قائمة غير حصرية تضم ثمانية شروط تعسفية، حيث استعملت عبارة "لاسيما" بقولها:« تعتبر بنودا أو شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير...»، هذا ما يفيد أن هذه الشروط ذكرت على سبيل المثال، فهذه المادة تمنح للقاضي مجالا واسعا لتقدير الطابع التعسفي لأي شرط غير وارد في هذه القائمة وفق المعيار القانوني (الإخلال الظاهر في حقوق والتزامات أطراف العقد)، وقد أحسن المشرع صنعا، لأنه بذلك يمنح للقضاء مواكبة الأحداث والتطورات التي قد تطرأ على المعاملات بصفة عامة وعلى عقود الاستهلاك بصفة خاصة، لأن التعسف يتخذ عدة أشكال تختلف باختلاف العقود، ما من شأنه أن يوسع من دائرة حماية المستهلك.

كما يعاب عليها أنها تضيق من مجال الحماية من حيث الأشخاص حينما استعملت عبارة "البائع" بدل "العون الاقتصادي"، ذلك لأن العلاقة التعاقدية لا تخص عقد البيع فقط وإنما تأخذ أشكالا أخرى كيفما كانت طبيعتها (مقاولة، تأمين، نقل، قرض)، أو محلها (منقول، عقار، سلع، خدمات) والدليل على ذلك استعمال عبارة "العقود" بدل "عقد البيع"، وحسب تقديرنا فإنه يعد خطأ مادي وقع فيه المشرع، حيث لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيح العبارة أو اللفظ الخاطئ على النحو الآتي:« تعتبر بنودا أو شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والعون الاقتصادي»، والدليل على ذلك أن المشرع قد تدارك ذلك الخطأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر، في المادة 05، حيث جاءت بالعبارة الصحيحة كالآتي:« تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي...».

2. الجزاء المقرر في مواجهة الشرط التعسفي في ظل القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم

في ظل القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، أورد المشرع في مواجهة الشروط التعسفية جزاءات إدارية (المطلب الأول) وجزاءات قضائية (المطلب الثاني).

1.2. الجزاء الإداري في مواجهة الشرط التعسفي

الأصل أن تخضع الممارسات التعاقدية التعسفية لاختصاص الجهات القضائية، غير أن المشرع منح للإدارة صلاحية إجراء المصالحة (الفرع الأول)، وصلاحية غلق المحل التجاري أو المؤسسة (الفرع الثاني).

1.1.2. إجراء المصالحة

لم يرد ضمن القانون 04-02 المعدل والمتمم تعريفا للمصالحة، وبالرجوع لنص المادة 60 من القانون 04-02 المعدل والمتمم، نجد أن المشرع قد قام بتوزيع اختصاص ممثل الإدارة الذي يمنح المصالحة بحسب مبلغ الغرامة التي يقدرها الموظفون المؤهلون لذلك.

حيث يختص المدير الولائي المكلف بالتجارة بمنح المصالحة إذا كانت المخالفة التي تمت معاينتها في حدود غرامة تقل أو تساوي مليون دينار، أما إذا كانت المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق مليون دينار وتقل عن ثلاثة ملايين دينار، فإن الوزير المكلف بالتجارة هو الذي يمنح المصالحة استنادا إلى المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين والمرسل من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة، إذا فاقت غرامة المخالفة المسجلة ثلاثة ملايين دينار جزائري، فإن المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين يرسل مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية.

وتجدر الإشارة أنه في حالة العود لا يستفيد مرتكب المخالفة من المصالحة، ويرسل المحضر مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعة القضائية حسب ما نصت عليه المادة 62 من القانون 04- 02 المعدل والمتمم.

غير أن الواقع أثبت غير فعالية المصالحة، لأن الأعوان الاقتصاديين يفضلون اللجوء إلى القضاء بدل دفع غرامة المصالحة، وذلك بسبب طول الإجراءات وإمكانيات استعمال الحيل حولها، ما يساعدهم على ربح الوقت من أجل توفير قيمة الغرامة التي تحكم بها المحكمة، بالإضافة لإمكانية الاستفادة من ظروف التحقيق أو من حكم غير نافذ[19].

2.1.2. إجراء الغلق الإداري

إلى جانب إجراء المصالحة أقر المشرع للإدارة إجراء آخر متمثل في الغلق الإداري، حيث نص القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم على هذا الإجراء كعقوبة تبعية للعقوبة الأصلية المتمثلة في الغرامة – كما سنوضحه لاحقا- وذلك في الفصل الثاني من الباب الرابع المعنون بـ "عقوبات أخرى" بموجب نص المادة 47 من نفس القانون، غير أن هذا الإجراء الإداري لا يقره

المشرع إلا إذا كنا أمام ظرف العود عكس الغرامة التي تسلط على كل من يخالف هذا القانون وغير مرتبطة بالعود.

وقد عالجت مسألة العود المادة المذكورة أعلاه في الفقرة الثانية بقولها:« يعد حالة عود، في مفهوم هذا القانون، قيام العون الاقتصادي بمخالفة أخرى لها علاقة بنشاطه خلال السنتين (02) التي تلي انقضاء العقوبة السابقة المتعلقة بنفس النشاط».

وباستقرائنا لنفس المادة في فقرتها الأولى:« تتخذ إجراءات الغلق الإدارية، المنصوص عليها في المادة 46 أعلاه، وفق الشروط نفسها في حالة العود، لكل مخالفة لأحكام هذا القانون»، نجد أن صياغتها جاءت عامة، ومن ثمة نستخلص أن المشرع قد أقر بموجب هذه المادة إجراء غلق المحل التجاري أو المؤسسة لمدة أقصاها ستون (60) يوما، لكل عون اقتصادي يقوم بممارسة تعاقدية تعسفية متى تعلق الأمر بحالة من حالات العود ، ويكون ذلك بموجب قرار صادر من الوالي المختص إقليميا بناء على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالتجارة[20].

2.2. الجزاء القضائي المقرر في مواجهة الشرط التعسفي

سنتناول في هذا المطلب الجزاء المدني (الفرع الأول) والجزاء الجزائي (الفرع الثاني).

1.2.2. الجزاء المدني

يعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينص صراحة على الجزاء المدني المترتب على إيراد أحد الشروط التعسفية في العقد سواء بموجب القانون 04-02 المعدل والمتمم، أو بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف ذكرهما، مما يفهم أن المشرع قد أحال ذلك إلى القواعد العامة، وبالرجوع إلى هذه القواعد نجد أن المادة 110 من القانون المدني قد أجازت للقاضي في حالة وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان إما بتعديلها لإزالة عدم التوازن في

العلاقة التعاقدية، أو بإعفاء الطرف المذعن منها عن طريق الحكم ببطلان الشرط التعسفي، وذلك بإزالة الشرط من العقد واستمرار العقد بين أطرافه إذا كان بالإمكان بقاؤه دون ذلك الشرط التعسفي الملغى، أما إذا تبين أن العقد ما كان ليبقى قائما بدون الشرط التعسفي الملغى، فإن العقد يبطل كله بما يستتبع ذلك من تطبيق الآثار القانونية لهذا البطلان[21].

والجدير بالذكر أن القانون المدني قد تضمن تقنيات وآليات خول بموجبها للقاضي عدة سلطات لمكافحة الشروط التعسفية، فلدينا سلطة القاضي في تعديل العقد أو إبطاله في حالة الغبن[22]، أو لثبوت سوء نية المحترف الذي أدرج شروطا تعسفية[23]، وفي مواجهة الشرط الجزائي[24].

يظهر أن النظام المنصوص عليه في قانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، غير متلائم مع نظام الذي تقترحه القواعد العامة، وأن النقصان الذي شابه من حيث عدم إشارته إلى الجزاء المدني واكتفائه بالعقوبة الجزائية، تشكل نقصا كبيرا يتعين تداركه، إذ من غير المعقول أن يجد القاضي نفسه أمام نص قانوني لا يقرر جزاء مدني[25].

غير أنه بالرجوع لنص المادة 01/65 من القانون 04-02 المعدل والمتمم، فإنه:« يمكن لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون».

فقد جاء نص المادة عام يشمل كل الدعاوى بما فيها دعوى بطلان الشرط التعسفي وإن لم تذكر صراحة، وعلى هذا الأساس يمكن لكل من له مصلحة وتضرر من إدراج أحد الشروط التعسفية في عقودهم المبرمة مع الأعوان الاقتصاديين أن يرفع دعوى بطلان هذا الشرط التعسفي.

كما منحت لهم نفس المادة في فقرتها الثانية حق التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض عن الضرر الذي لحقهم بسبب وجود شروط تعسفية في علاقاتهم التعاقدية مع الأعوان الاقتصاديين.

2.2.2. الجزاء الجزائي

أقر المشرع في مواجهة الشروط التعسفية عقوبة أصلية (أولا) وعقوبات تبعية (ثانيا).

1.2.2.2. العقوبة الأصلية

وضع المشرع عقوبة أصلية متمثلة في الغرامة، تسلط على كل عون اقتصادي أدرج شروطا تعسفية تخل بتوازن العقود التي تربطه بالمستهلك، فحسب المادة 38 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم والمادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدل والمتمم السالف الذكر، فإنه يعاقب بغرامة من خمسين ألف دينار إلى خمسة ملايين دينار، كل مرتكب للممارسات التعاقدية الواردة في المادة 29 من نفس القانون، وكذا المادة 05 من نفس المرسوم التنفيذي.

وبالرجوع لأحكام المادة 05 من قانون العقوبات[26]، التي تجعل الغرامة التي تتجاوز ألفين دينار (2000 دج) بمثابة جنحة، فإن الجرائم المتعلقة بإدراج الشروط التعسفية المنصوص عليها في المادة 38 المذكورة أعلاه، تكيف على أنها جنح.

على الرغم من أن الحد الأقصى للغرامة المحددة في ذات المادة بـ 5.000,000 دج يعتبر الأكبر مقارنة مع الغرامة المسلطة على مخالفة بقية الممارسات، إلا أنه يعتبر زهيدا مقارنة بحجم النشاط والعائدات التي يحصل عليها الأعوان الاقتصاديين، فكان من الأجدر على المشرع أن يدرج العقوبة السالبة للحرية إلى جانب العقوبة المالية للحد من الممارسات التعاقدية التعسفية[27].

2.2.2.2. العقوبات التبعية

إلى جانب العقوبة الأصلية نص المشرع على عقوبات تكميلية في حالة العود طبقا لنص المادة 47 من القانون 04-02 المعدل والمتمم (كما سبق توضيحه)، وعليه إذا قام العون الاقتصادي بمخالفة أخرى لها علاقة بنشاطه

خلال السنتين التي تلي انقضاء العقوبة السابقة المتعلقة بنفس النشاط، فإنه يمكن للقاضي أن يضاعف العقوبة ويمنع العون الاقتصادي الذي يكون في حالة العود من ممارسة أي نشاط المذكور في المادة 02 من نفس القانون وبصفة مؤقتة، وهذا لمدة لا تزيد عن عشر (10) أشهر.

لقد أحسن فعلا المشرع حينما شدد في نص المادة بعد تعديلها بموجب القانون 10 -06 السالف ذكره، حيث جاء نص المادة قبل تعديله يمنع العون الاقتصادي من مزاولة نشاطه الأساسي دون الأنشطة الأخرى المذكورة في المادة 02 من القانون.

كما أضاف المشرع في حالة العود عقوبة الحبس وشدد فيها من ثلاث أشهر إلى خمس سنوات طبقا لنص المادة 04/47 من نفس القانون التي عدلت بمقتضى القانون رقم 10-06، حيث كانت قبل تعديلها تجعل عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة واحدة، ويكون بذلك المشرع قد وقع في تناقض، إذ جعل المبدأ العام استثناء، ذلك أن عقوبة الحبس تعتبر وفقا لقانون العقوبات عقوبة أصلية في جعلها في المادة 47 السالف ذكرها استثناء إلى جانب عقوبات أخرى يغلب عليها الطابع الإداري، كالغلق الإداري والمنع من مزاولة النشاط، مما يعني إعادة النظر في هذا التناقض أمر لا بد منه[28].

الخاتمة

لقط خطى المشرع الجزائري خطوة تشريعية لا بأس بها لتوفير الحماية اللازمة للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية من خلال القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التعاقدية الذي عدل بموجب القانون رقم 10-06 وقد انتهت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج أهمها:

- يعتبر القانون رقم 04-02 أول نص خاص يتناول تنظيم الشروط التعسفية في العقود بصفة عامة وفي عقود الاستهلاك بصفة خاصة بشيء من الدقة، حيث قام المشرع لأول مرة بوضع تعريفا للشرط

التعسفي استنادا على المعيار الذي يقوم عليه وهو معيار الاختلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد، دون أن يذكرهم بدقة.

- حصر المشرع بموجب المادة 29 من نفس القانون الحماية على عقود البيع المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلك المشتري مستبعدا بذلك عقود تقديم الخدمات.
- وضع المشرع بموجب المادة 29 لائحة غير حصرية تضم جملة من الشروط ذات طابع تعسفي ودعمتها بلائحة أخرى غير حصرية بموجب المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 المعدل والمتمم السالف ذكره.
- أغفل المشرع النص على الجزاء المدني، واقتصر فقط على الجزاء الجنائي، كما وقع في تناقض عندما جعل عقوبة الحبس كاستثناء والغرامة كعقوبة أصلية.

مما سبق يمكن أن نتقدم ببعض التوصيات:

- أن يقوم المشرع بتحديد بدقة أطراف العقد المشمولين بالحماية من الشروط التعسفية، وأن يمد الحماية لتشمل أيضا عقود الخدمات.
- ضرورة الإقرار بالجزاء المدني، فلا يمكن الاكتفاء بالجزاء الجنائي، لذلك يتعين جعل النصوص المنظمة للشروط التعسفية نصوص كاملة بذاتها لا تحتاج إلى غيرها.
- جعل العقوبة السالبة للحرية "الحبس" كعقوبة أصلية بدلا من الغرامة نظرا لفعاليتها لردع الأعوان الاقتصاديين المخالفين لأحكام هذا القانون.

قائمة الهوامش

1 - القانون رقم 02/04 المؤرخ في 06/23/ 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، العدد 41 بتاريخ 2004/06/27، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06/10 المؤرخ في 2010/08/15، ج ر، العدد 46 بتاريخ 2010/08/18.

2 - Jean calais Auloy, droit de la consommation, precis Dalloz, 3ed, 1992, P 134.

3 - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية 1986، ص 32.

4 - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة 2006، ص 261.

5 - إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلة الحقوق، صادرة عن مجلس النشر العلمي، العدد الرابع، ديسمبر 2006 الكويت، ص 253.

6 - عمر أنجوم، حماية المستهلك في عقد الاستهلاك المبرم عن بعد، مجلة القانون المدني، العدد 03، 2016، المغرب، ص 136.

7 - المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 المؤرخ في 2006/09/10، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر، عدد 56 بتاريخ 2006/09/11، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 2008/02/03، ج ر عدد 07 بتاريخ 2008/02/10.

8 - أبو بكر مهم، حماية المستهلك المتعاقد، دراسة تحليلية معمقة في ضوء مستجدات القانون رقم 31-08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الطبعة الأولى، دار الأفاق المغربية، الدار البيضاء، المغرب 2017، ص 235.

9 - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر 2007، ص 82.

10 - استعمل المشرع عبارة "البيع" بدل "التعاقد"، فيكون بذلك قد ارتكب خطأ ماديا، إذ لا يستقيم معنى النص إلا بتصحيح العبارة الخاطئة كالآتي: "... يتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط التعاقد العامة المقررة سلفا"، ذلك لأن عقد البيع هو شكل من أشكال التعاقد.

11 - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 240.
12 - محمد المسلومي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية أثناء التعاقد، مجلة المحاكم المغربية، العدد 100، فيفري 2006، المغرب، ص 105.
13 - عمر أنجوم، المرجع السابق، ص 137.
14- إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012/2011، ص 68.
15 - أبو بكر مهم، المرجع السابق، ص 238.
16 - محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر 2011، ص 34.
17 - عبد الكريم عباد، دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، أشغال اليوم الدراسي حول "حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه"، بتاريخ 14 مارس 2013، بكلية الحقوق سطات، دار المعارف الجديدة، الرباط 2015، ص 114.
18 - عبد القادر الصادق، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، العدد 2019/01، ص 46.
19 - فتيحة حماز، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس 2018/2017، ص 113.
20 - المادة 46 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم السالف الذكر.
21 - المادة 104 من القانون المدني.
22 - المادة 90 من القانون المدني.
23 - المادة 107 من القانون المدني.
24 - المادة 184 و185 من القانون المدني.
25 - كريم بن سخرية، المسؤولية المدنية للمنتج وآليات تعويض المتضرر، دار الجامعة الجديدة، مصر 2013، ص 171.
26 - أمر رقم 66-155 المؤرخ في 1966/06/08 يتضمن قانون العقوبات، ج / ر العدد 49، المعدل والمتمم.

27 - رضا معوش، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2015/2014، ص 115.

28 - رضا معوش، المرجع السابق، ص 117.

قائمة المراجع

أولا- المؤلفات

1 - أبو بكر مهم، 2017، حماية المستهلك المتعاقد، دراسة تحليلية معمقة في ضوء مستجدات القانون رقم 31-08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الطبعة الأولى،، الدار البيضاء، المغرب، دار الأفاق المغربية.

2 - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف الإسكندرية.

3 - كريم بن سخرية، 2013، المسؤولية المدنية للمنتج وآليات تعويض المتضرر، دار الجامعة الجديدة، مصر.

4- محمد بودالي، 2006، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، القاهرة.

5- محمد بودالي،2007، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر.

6 - محمود عبد الرحيم الديب، 2011، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر.

ثانيا- الأطروحات

1- إيمان بوشارب، 2012/2011، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك.، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي.

2- رضا معوش، 2015/2014، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.

3- فتيحة حماز، 2018/2017.، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس.

ثالثا- المقالات

1- إسماعيل محمد المحاقري، ديسمبر 2006، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلة الحقوق، صادرة عن مجلس النشر العلمي، العدد الرابع ، الكويت.

2- عبد القادر الصادق، 2019، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، العدد 01.

3- عبد الكريم عباد، 2015، دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، أشغال اليوم الدراسي حول "حماية حقوق المستهلك الاقتصادية والتمثيلية والإنصات إليه"، بتاريخ 14 مارس 2013، بكلية الحقوق سطات، دار المعارف الجديدة، الرباط.

4- عمر أنجوم، 2016، حماية المستهلك في عقد الاستهلاك المبرم عن بعد، مجلة القانون المدني، العدد 03، المغرب.

5- محمد المسلومي، فيفري 2006، حماية المستهلك من الشروط التعسفية أثناء التعاقد، مجلة المحاكم المغربية، العدد 100، ، المغرب، ص 105.

رابعا- القوانين

1- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 1966/06/08 يتضمن قانون العقوبات، ج / ر العدد 49، المعدل والمتمم.

2- الأمر رقم 75/ 58 المؤرخ في 1975/09/26 يتضمن القانون المدني، ج / ر، العدد 78، المعدل والمتمم.

3 - القانون رقم 02/04 المؤرخ في 06/23/ 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، العدد 41 بتاريخ 2004/06/27، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06/10 المؤرخ في 2010/08/15، ج ر، العدد 46 بتاريخ 2010/08/18.

4 - المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر، عدد 56 بتاريخ 2006/09/11، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 2008/02/03، ج ر عدد 07 بتاريخ 2008/02/10.

1 - Jean calais Auloy,1992, droit de la consommation, precis Dalloz, 3ed,.