مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال
The Journal of Research in Contracts and Business Law
المجلد 09 / العـدد: 01 (جوان 2024)، ص112–126

التفاوض التعاقدي، دراسة على ضوء القانون رقم 18–05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية)

Contractual negotiation, According to the Law 18/05 Relating to E-commerce

خلوي نصيرة*
جامعة باتنة 1 الحاج لخضر (الجزائر) ، nacera.khaloui@univ-batna.dz
مخبر الأبحاث والدراسات متعدد التخصصات في القانون، التراث والتاريخ

تاريخ الاستلام: 2024/01/17 تاريخ القبول:2024/06/07 تاريخ النشر:2024/06/20

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان النظام القانوني الذي يحكم المفاوضات في مجال عقود التجارة الإلكترونية، مساهمة منا في توضيح المعالم القانونية لهذه المرحلة الحساسة التي تسبق إبرام مثل هذه العقود، وذلك من خلال التطرق إلى ماهية التفاوض الإلكتروني، وتحديد الالتزامات والمسؤولية التي تنشأ عن هذه المفاوضات.

نظرا للدور الفعال الذي تلعبه المفاوضات في حل النزاع الذي قد ينشأ مستقبلا في إطار إبرام وتنفيذ عقود التجارة الإلكترونية، أولت التشريعات المقارنة أهمية خاصة لهذه المرحلة، من بينها التشريع الجزائري الذي نظمها في قانون التجارة الإلكترونية 18–05 بعد أن أغفل عن تنظيمها في نصوص القانون المدني. بالتالي الإشكالية تتمحور حول الإطار القانوني للتفاوض في عقود التجارة الإلكترونية.

كلمات مفتاحية: النظام القانوني، التفاوض التعاقدي، التجارة الإلكترونية، المسؤولية، المورد.

Abstract:

This study aims at stating the legal system which rules negotiations in the field of E- commerce contracts through the electronic negotiation and specifies the commitments and responsibilities that rise up from these negotiations.

And, regarding the efficient role of such negotiation in solving the conflict which may occur in the future under the obligation and the execution of the E-commerce contracts, the comparing legislations gave an extreme importance to this stage, among which the "Algerian Legislation" which included it into the E-commerce law 18/05 after it refused to introduce it into the civil law texts, thus the Problematic is centered around the legal framework of negotiating the E-commerce contracts.

Keywords: the legal system, Contractual negotiation, E-commerce, the responsibility, the supplier.

* المؤلف المرسل.

مقدمة:

كانت العقود سابقا تنعقد بمجرد اقتران القبول بالإيجاب نظرا لبساطتها؛ في وقتنا الحالي الأمر لم يعد كذلك، نظرا للتطور التقني والعلمي الذي مس مختلف المجالات، الذي صاحبه ظهور عقود تتسم بالتعقيد والتركيب، خاصة تلك المبرمة عن الطريق الإلكتروني دون الحضور المادي لطرفي العقد؛ الأمر الذي يستوجب أن يسبق مرحلة التوقيع على هذا العقد، مرحلة المفاوضات التي يهدف من خلالها كل طرف تحقيق مصلحته الخاصة.

أغفل المشرع الجزائري عن تنظيم مرحلة ما قبل التعاقد أو ما يسمى بالمفاوضات، في القانون المدني رغم التعديلات الأخيرة التي مست كثير من مواده في سنتي 2005 و2007، ولكنه تدارك هذه الثغرة في قانون التجارة الإلكترونية 18-05[1]، أين نظم هذه المرحلة، بالتالي إشكالية تثار حول: أهمية المفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية؟ والآثار المترتبة عنها؟

للإجابة عن هده الإشكالية نعالج موضوعنا في العناصر التالية:

المحور الأول: مفهوم التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية

المحور الثاني: الالتزامات الناشئة عن التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية وجزاء مخالفتها

المحور الثالث: المسؤولية الناشئة عن التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية.

المحور الأول: مفهوم التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية

تعتبر مرحلة التفاوض في العقود الإلكترونية من أهم المراحل وأخطرها، نظرا لما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم الالتزامات وحقوق طرفي العقد وما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة.

لمعرفة ماهية مرحلة المفاوضات، يستلزم منا تحديد معنى التفاوض مع تبيان خصائصه وأهميته، وأخيرا التطرق إلى طبيعته القانونية ومراحل إبرام عقد التفاوض.

أولا: تعريف المفاوضات الإلكترونية

نجد عدة محاولات فقهية لتعريف التفاوض، فعرفه البعض بأنه: "لجوء أطراف العلاقة العقدية المستقبلية الى تبادل الأراء و الاقتراحات ومناقشتها من أجل الوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، و تبيان ما قد ينتج عن الاتفاق النهائي من آثار"[2].

عرّف أيضا بأنه: "حوار أو تبادل الاقتراحات بين طرفين أو أكثر، بغية الوصول إلى اتفاق يهدف إلى حل قضية أو قضايا نزاعية بينهم، وفي الوقت نفسه يحقق المصالح المشتركة بينهم ويحافظ عليها"[3].

ثمة تعريف آخر للتفاوض بأنه: "التحادث والتحاور بين طرفين أو أكثر بغية تحقيق اتفاق على تعاقد معين كتحديد نوع المبيع أو الربح الذي قد ينتج وراء أية معاملة تجارية"[4].

بالرجوع إلى قانون التجارة الإلكترونية 18-05 ،نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى المقصود بالمفاوضات في صلبه، بل نص في المادة 10منه على وجوب سبق كل المعاملات الالكترونية بعرض تجاري[5].

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري، جعل مرحلة المفاوضات أمر إلزامي في عقود التجارة الإلكترونية وذلك باستعماله مصطلح "يجب"، وتكون المفاوضات حسب نص هذه المادة عن طريق عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك.

نقصد بالمفاوضات، بناء على ما سبق، المرحلة الأولى التي تسبق مرحلة التعاقد النهائي، وهي عبارة عن تصرفات قانونية، تتم بدعائم إلكترونية، الغرض منها إبرام عقد أولي، يتم فيه تبادل الآراء من أجل تبيان التزامات وحقوق الطرفان، وكل ما قد ينشأ من آثار عند إبرام العقد النهائي.

ثانيا: خصائص المفاوضات الإلكترونية

تلعب المفاوضات دورا لا يستهان به في مجال العقود الإلكترونية، حيث يقوم الأطراف بمناقشة وجهات النظر والاقتراحات، قصد الوصول إلى اتفاق نهائي[6].

تتميز المفاوضات الإلكترونية بعدة خصائص، نذكر منها:

- تعتبر المفاوضات تمهيد لإبرام العقد النهائي، فهي تهدف إلى تهيئة الأرضية اللازمة لإبرام هذا الأخير.
- تتم المفاوضات بإرادة الطرفين واتفاقهما.
- تعتبر المفاوضات مؤقتة ، ذلك لأن الطرفان يعينا أجلا محددا لإنهاء المفاوضات[7].
- التفاوض الذي يتم عبر الوسائل الالكترونية تصرف إرادي، فكل طرف له الحرية في الدخول لبدء المفاوضات والانسحاب منها، وأساس ذلك يرجع إلى مبدأ سلطان الارادة[8].
- المفاوضات في الغالب نتيجتها احتمالية، إذ ليس كل تفاوض يؤدي بالضرورة إلى إبرام العقد، وإنما قد يكون التفاوض سلبي، كون التفاوض العقدي يحكمه مبدآن: الأول مبدأ حسن النية، و مبدأ حرية التفاوض[9].

ثالثا: أهمية التفاوض

تظهر أهمية التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية في إيجاد حلول تتلاءم وطبيعتها، التي تتسم بالسرعة في انجاز المعاملات.

تكمن أهمية التفاوض فيما يلي:

- يوفر التفاوض الزمن والنفقات، و يلعب دورًا لا يستهان به في تفسير العقد، والتوصل إلى معرفة قصد طرفيه عند غموض عباراته، و غالبا ما يتم الرجوع إليه لتحديد الحقوق، الالتزامات والآثار المترتبة، وبالتالي تصبح ملزمة، وهذا يدل على أن للمفاوضات دورًا تفسيرًا وتكميليًا لانعقاد العقد[10].
- تعتبر العقود الإلكترونية من العقود المبرمة عن بعد، مما يثير القلق وعدم الثقة واليقين بالنسبة للجوانب العملية التعاقدية، كتأكد من هوية المورد، طبيعة المحل، طريقة التنفيذ...لذلك فإن التفاوض أمر ملح في عقود التجارة الالكترونية.

- تبرز أهمية المفاوضات كذلك بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ذات الطابع الدولي عندما يثار نزاع على تطبيقه بين طرفيه، وتعتبر كذلك وسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين اللذان أبرما اتفاقا بذلك في مرحلة التفاوض[11].
- تعمل المفاوضات على تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتعاقدة، وسعي كل طرف إلى مصالحه.
- إن مرحلة المفاوضات تعد مرحلة تمهيدية للعقد المزمع إبرامه، وذلك بتوفير المناخ الملائم لذلك.

رابعا: مراحل التفاوض في عقود التجارة الالكترونية

تتم مرحلة التفاوض حسب نص المادة 12 من قانون 18-05 على ثلاثة مراحل، وهي: وضع الشروط التعاقدية، التحقق من تفاصيل الطلبية، تأكيد الطلبية.

المرحلة الأولى: وضع الشروط التعاقدية

هي عملية تحديد شروط التعاقد ووضعها تحت متناول المستهلك الإلكتروني لتمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة.

نصت المادة 11 من قانون 18-05 على مجموعة من الشروط ذكرت على سبيل المثال لا الحصر، يجب أن يتضمنها عقد التفاوض الإلكتروني[12].

عملا بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، يحق لأطراف العقد الإلكتروني تحديد ووضع أي شرط يرونه ضروري، فالشروط التعاقدية تحل محل النصوص القانونية، في حال عجز هذه الأخيرة في إعادة توازن العقد .[13]

المرحلة الثانية: التحقق من تفاصيل الطلبية

يقوم المستهلك الإلكتروني في هذه المرحلة بالتحقق من تفاصيل الطلبية، خاصة ما تعلق بمحل التعاقد، والشروط الجوهرية للتعاقد كتلك المتعلقة: بالسعر، مكان وزمان تنفيذ العقد...بغرض تمكينه من تعديل الطلبية، وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة.

المرحلة الثالثة: تأكيد الطلبية

بعد وضع الشروط التعاقدية، وتحقق المستهلك من تفاصيل الطلبية، تأتي المرحلة الأخيرة ، وهي تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد، و إقرار الاتفاق بشكل مكتوب وتحديد التفاصيل القانونية[14].

يجب أن يكون قبول المستهلك الإلكتروني بإبرام العقد صادرا عنه بإرادته الصحيحة؛ لذلك يجب ألا يتضمن العرض على أية بيانات تؤثر على توجيه اختياره.

المحور الثاني: الالتزامات الناشئة عن التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية وجزاء مخالفتها.

يفرض النظام القانوني للمفاوضات – استنادا إلى مبدأ حسن النية– التزامات على عاتق الأطراف المتفاوضة، وذلك بغرض الوصول إلى إبرام عقد أساسه الإرادة المستنيرة للأطراف، وتجنب كل خلافات عند إبرامه.

اهم الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية تتمثل في: الالتزام بالإعلام، الالتزام بالتعاون، الالتزام بالسرية، الالتزام بالنصح والإرشاد.

أولا: الالتزام بالإعلام

أصبح الالتزام بتوفير المعلومات من أهم الآليات القانونية في مجال التعاقد، لا سيما في مرحلة السابقة له، ويستند تبريرها إلى التطور المذهل لوسائل الاتصال الحديثة والزيادة في الإنتاج، الذي أدى إلى زيادة الفجوة ودرجة التفاوت الملحوظ بين منتجي السلع ومستهلكيها، حيث أصبح من المستحيل على المستهلك العادي معرفة التفاصيل الدقيقة والفنية لهذه العقود.

سعى جهاز القضاء – استناد لما سبق ذكره – إلى إيجاد طريقة لاستعادة التوازن المفقود في المعرفة بين المتعاقدين وإعادة التوازن إلى المراكز العقدية، التي أنشئ الالتزام بتقديم المعلومات بشأنها.

عرف بعض شراح القانون الالتزام بالإعلام أنه:" التزام سابق على التعاقد، يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر قبل إبرام العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضاء مستنير متنور، بحيث يكون المتعاقد الآخر على علم بكافة تفصيلات هذا العقد".[15]

اعتبره البعض": الواجب الضمني الذي أوجده القضاء، والذي بمقتضاه يلتزم الطرف الأكثر خبرة، والأفضل معرفة بإبلاغ الطرف الآخر بالبيانات المتعلقة بموضوع العقد".[16]

أما جانب آخر فضل استعمال مصطلح الإفضاء بدلا من الإعلام[17]، ويقصد به:" إحاطة المشتري علما بالخصائص الجوهرية للسلعة، من مكوناتها، خصائصها...، وتوجيهيه إلى اتخاذ التدابير اللازمة أثناء الاستعمال. وتجسد هذا الإفضاء – على عاتق المنتج- في كيان مادي، ألا وهو الوسم".[18]

نستنتج من هذه التعاريف الفقهية، أنها جاءت في فقرات مطولة تتضمن الشرح المستفيض، وهذا ليس من مواصفات التعريف، كما لمسنا كذلك تباين في المصطلحات "الإعلام" و "الإفضاء".

مما سبق يمكن أن نعرف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد الإلكتروني كما يلي: هو التزام قانوني سابق على إبرام العقد الالكتروني، يقع على عاتق المورد، بموجبه يلتزم بتقديم كافة المعلومات المتعلقة بمحل العقد عن طريق وسائط الكترونية.

رغم الاختلاف الفقهي في تعريف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، فإن التشريعات المقارنة أولت أهمية بالغة لهذا الالتزام لما له من آثار في التعاقد الإلكتروني، من بينها المشرع الجزائري الذي أولى عناية خاصة لهذا الالتزام في قانون التجارة الإلكترونية، في المادتين 11 و13 أين ألزم بموجها المورد الإلكتروني بضرورة إعلام المستهلك، وذكر على سبيل المثال لا الحصر مجموعة من المعلومات التي يجب الإدلاء بها لصالح هذا الأخير.

وحسب نص هاتين المادتين، فإن مضمون الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يتمحور في ثلاث عناصر وهي:

- تحديد هوية المورد الإلكتروني
- موصفات المنتوج بصفة تفصيلية.
- شروط وبنود العقد.

نظرا لأهمية الالتزام بالإعلام، اشترطت التشريعات المقارنة وجوب اعلام المستهلكين باللغة الوطنية، ليتسنى معرفة طبيعة ومضمون العقد المراد إبرامه. لكن نظرا لخصوصية شبكة الانترنت، باعتبارها سوق عالمية مفتوحة للجميع؛ هذه الخصوصية تثير مسألتين: فالعديد من الشركات تعرض سلعا وخدمات من خلال هذه الشبكة بلغات مختلفة، وبما أن اللغة الانجليزية هي اللغة الأكثر استخداما في العالم، فإن التشريعات المقارنة تنص على وجوب أن تكون مصحوبة بترجمة إلى اللغة الوطنية لأي بلد، لكي يتسنى للجميع فهم لغة العرض.

نصت المادة 18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري رقم 09-03[19] على الزامية تحرير بيانات الوسم باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم على المستهلكين وبطريقة مرئية و مقروءة و متعذر محوها. إلا أن المشرع الجزائري لم يكتف بذلك، بل أصدر قانونا خاصا بإلزامية تعميم استعمال اللغة العربية[20]، و الذي نص في المادة 19 منه، على أن وجوب اعتماد اللغة العربية في الاشهار، استثناء يمكن اللجوء الى استعمال لغات أجنبية بالموازاة مع اللغة العربية. كما أكد المشرع الجزائري على ذلك في المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378. بهذا نرى بأن المشرع الجزائري وفق عندما نص على اعتماد لغة أجنبية أخرى مصاحبة للغة العربية، خاصة فيما يتعلق بموضوع التفاوض والإشهار وأحكامه التي هي محل تطبيق حتمي في مجال التعاقد الإلكتروني.

يتطلب مبدأ حسن النية، في الالتزام بالإعلام قبل التعاقد الإلكتروني، أن تكون المفاوضات ساحة للأمان، لذلك يعتبر اعتماد لغة المستهلك لإعلامه، التزام يقع على عاتق المورد الالكتروني [21].

أورد المشرع الجزائري على غرار مشرعي دول العالم، جزاء لمخالفة إلزامية إعلام المستهلك قبل التعاقد الإلكتروني جزاء ، يتمثل في طلب إبطال العقد الإلكتروني والمطالبة بالتعويض، وهذا في نص المادة 14 من قانون التجارة الإلكترونية[22].

ثانيا: الالتزام بالتعاون

الالتزام بالتعاون في المفاوضات يرمي إلى تحديد هدف العقد، وتمكين كل طرف من دراسة حالة الطرف الآخر وقدرته على تنفيذ العقد؛ ومن خلال هذا التعاون يكون المورد قادرا على بيان المزايا المطلوبة في المنتوج أو السلعة، لتحقيق رغبات المستهلكين[23].

يتمثل هذا الالتزام في التعاون بين الأطراف المتفاوضة بما يكفل الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية، إما بانعقاد العقد المتفاوض بشأنه، وإما بفشل المفاوضات، وبالتالي عدم انعقاد العقد المتفاوض عليه.

للالتزام بالتعاون صور معينة لا تدخل تحت حصر، ويمكن أن نذكر منها المواظبة على مواعيد التفاوض، وعدم الرفض غير المبرر لتعيين خبير أو أكثر لحسم مسألة تقنية مختلف عليها[24] .

ثالثا: الالتزام بالسرية

المقصود بالالتزام بالسرية، كتمان سرية المعلومات المتصلة بالعقد، وخاصة في عقود نقل التقنية أو التكنولوجيا أو الصناعية وغيرها[25].

تقتضي عملية التفاوض أحيانا أن يظهر أحد الأطراف للآخر معلومات سرية ، لذلك يوجب مبدأ حسن النية المحافظة عليها، لأن كل طرف ما كان ليعلم بها لولا اتفاق التفاوض ، مثل عرض أو إيجاب أو رغبة في شراء مصنع أو توريد منتجات أو غير ذلك، ولأن أحد الطرفين على الأقل يسعى لإقناع الطرف الآخر بالتعاقد، فإنه يقدم من خلال المفاوضات تفاصيل ومعلومات دقيقة عن الموضوع، وهذه المعلومات قد تكون من المعلومات العامة المتداولة، وقد تكون خاصة بالطرف الذي قدمها، كما أنها قد تكون معلومات تتعلق بنقل المعرفة الفنية[26].

يعتبر الالتزام بالسرية التزام مزدوج بين المورد والمستهلك، فكلا الطرفين ملزم بتنفيذه. ففي القانون الجزائري تتمتع براءة الاختراع والعلامات التجارية، والرسوم والنماذج الصناعية وكذا معطيات أنظمة المعالجة الآلية، بحماية قانونية خاصة[27]. هذا وقد ألزم المشرع الجزائري في المادة 26 من قانون التجارة الإلكترونية المورد الإلكتروني بضرورة ضمان أمن المعلومات وسرية البيانات، وألا يجمع إلا البيانات الضرورية لإبرام العقد الإلكتروني، والكل بعد موافقة المستهلك.

استنادا لما سبق، إذا أفشى أحد أطراف العقد هذه الأسرار دون موافقة الطرف المتفاوض، فإنه يكون قد ارتكب خطأ يوجب مساءلته إذا ثبت وقوع ضرر للطرف الآخر.

رابعا: الالتزام بالنصح والإرشاد

يقصد بالنصيحة الرأي المصرح به للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، أو ذلك الرأي المقدم لشخص ما لتوجيهيه[28].

الالتزام بتقديم النصيحة، التزام مستنبط من مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، طبقا لنص المادة 107[29] قانون مدني جزائري، ملقى على عاتق المورد، يستوجب من خلاله تقديم النصح والإرشاد الضروري للمتعاقد الثاني، للحفاظ على العلاقة العقدية وسلامتها من أي خلل في المستقبل.

يتكون الالتزام بالنصح والإرشاد من عنصرين: الأول هو الالتزام بتقديم ما تفرضه حرفته بمعاملة صادقة وخدمة متميزة لكي يكون الرضا الصادر صحيحا غير قابل للإبطال، أما الثاني فهو التزام المستهلك بالنصيحة التي تم تقديمها وإتباعه لها.

الالتزام بتقديم النصح والإرشاد يجب أن يتم بشكل واضح وسليم وبلغة المستهلك أو العميل ليتم فهمها من قبله، وغالبا ما ترفق هذه النصائح والإرشادات مع البرنامج عبر شبكة الانترنت بفولدر[30] بحيث لا يمكن الفصل بين البضاعة وإرشاداتها[31].

يعتبر الالتزام بالنصح التزام يقع على المورد في كل العقود الإلكترونية دون استثناء، ذلك نتيجة للتطورات السريعة التي تتميز بها التجارة الإلكترونية، الأمر الذي يستوجب بيان النصح والإرشاد الضروري لأي تعاقد يبرم من خلال الانترنت للحفاظ على العلاقة العقدية سليمة من أي اختلال في المستقبل، كما أن النصح والإرشاد يبين للمستهلك المقدرة التي يتوجب توافرها لديه للتعاقد الذي سوف يبرم.

المحور الثالث: المسؤولية الناشئة عن التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية

رتب المشرع الجزائري جزاء في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لأحكام المادة 10 من قانون التجارة الإلكترونية، التي تلزمه بتوثيق العرض التجاري الإلكتروني بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك، وكذا أحكام المادة 13 التي تلزمه بإعلام المستهلك، بإعطاء الحق لهذا الأخير بطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به.

فحسب المشرع الجزائري وطبقا لنص المادة 10، إذا أخل المورد الإلكتروني بأحد الالتزامات ما قبل التعاقدية، المنصوص عليها في المادتين 10 و13، جاز للمستهلك أن يطالب بإبطال العقد وبالتعويض في نفس الوقت.

أولا: إبطال العقد لإخلال المورد بالتزاماته

قرر قانون التجارة الإلكترونية الإبطال لحماية المصالح الخاصة للمستهلك، بموجب نص قانوني خاص (المادة 14 منه)، وذلك في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لأحكام المادتين 10 و13، ويحق للمستهلك في هذه الحالة أن يتمسك بالإبطال أمام محكمة الموضوع.

والحق في الإبطال هو حق مالي، بالتالي فهو ينتقل إلى الخلف العام لصاحب الحق فيه عن طريق الميراث أو الوصية، كما أنه يجوز لخلفه الخاص أن يتمسك به، وكذلك يجوز لدائنيه أن يتمسكوا به عن طريق الدعوى غير المباشرة، وكذلك يجوز لنائبه القانوني أن يتمسك به نيابة عنه. ويترتب على ذلك أن دعوى الإبطال يمكن أن ترفع من الشخص الذي تقرر الإبطال لحماية مصلحته، أو من نائبه القانوني، أو خلفه العام، أو خلفه الخاص، أو دائنيه .[32]

نلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 10 السالفة الذكر، رتب الجزاء على المورد دون المستهلك، رغم أن هناك التزامات مزدوجة بين المورد والمستهلك في العقد الإلكتروني، يمكن لهذا الأخير أن يخل بها، كالالتزام بالسرية على سبيل المثال، خاصة في مجال عقود نقل التكنولوجيا، ولعل مرد ذلك أن القانون الجزائري يحمي البيانات التقنية، وأسرار المعرفة الفنية، وكذا الأسرار الصناعية، وأسرار الأعمال، وغيرها من الأسرار الفنية والتقنية والأسرار المالية؛ فضلا عن المهارات الفنية والخبرات التقنية المكتسبة التي يطلع عليها المتفاوضون في مرحلة التفاوض. وهي الأسرار المحمية مدنيا وجنائيا، بشكل خاص، ذلك أن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات أو البيانات يمنع إفشاء هذه الأسرار، كما أنه يمنع استغلالها بدون رضا صاحب المعلومات السرية[33]؛ هذا ما جعله يحيل هذه المسألة إلى هذه النصوص وذلك في نص المادة26 . [34].

ثانيا: حق التعويض كجزاء لإخلال المورد بالتزاماته

يهدف التعويض إلى جبر الضرر الذي ألحق المستهلك نتيجة اخلال المورد الإلكتروني للالتزامات المفروضة عليه قبل التعاقد الإلكتروني، وترجع مبررات هذا التعويض إلى الأسباب التالية[35]:

- قد يكون جزاء البطلان لا يتناسب مع خطأ المورد الإلكتروني، الأمر الذي يستدعى مواجهته بأشد الجزاء أو تقرير جزاء آخر يعد مكملا له.
- قد تتوفر شروط الإبطال لكن المستهلك لا يطلبه، لأسباب، رغم حدوث أضرار له.
- جزاء البطلان غير كاف لتعويض المستهلك عما أصابه من ضرر.

يهدف المشرع الجزائري من خلال إقراره البطلان والتعويض كجزاء يطبق على المورد الإلكتروني الذي لم ينفذ التزاماته ما قبل التعاقد الإلكتروني، حماية لمصالح المستهلك.

أما عن طريقة وكيفية تقدير التعويض لم ينص قانون التجارة الإلكترونية على ذلك، بالتالي نرجع إلى القواعد العامة، أي أن القاضي هو الذي يقدر مبلغ التعويض طبقا لنص المادة 182 قانون مدني جزائري، ذلك لأن تقدير التعويض تعد من مسائل الواقع لا القانون[36].

طبقا لما سلف ذكره، أنه في حالة اخلال المورد بالالتزامات الملقاة عليه بموجب نصوص قانونية، فإنه تقوم **مسؤوليته المدنية التقصيرية**، التي تقوم على الخطأ الذي يعرف بأنه تقصير في مسلك المتفاوض عبر وسائط الكترونية.

خاتمة:

نثمن جهود المشرع الجزائري في تنظيم مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني، نظرا لأهمية هذه المرحلة الحساسة، التي تلعب دور كبير في حماية المستهلك بصفة خاصة، وحل النزاعات والخلافات التي قد تنشأ مستقبلا خلال مرحلة إبرام وتنفيذ هذه العقود بصفة عامة.

من أهم النتائج التي توصلنا من خلال دراسة النظام القانوني لمرحلة المفاوضات على ضوء القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ما يلي:

- يعتبر التفاوض الإلكتروني عقد تمهيدي وتكميلي وتفسيري للعقد المنشود.
- رتب المشرع الجزائري لمصلحة المستهلك جزاء إبطال العقد والمطالبة بالتعويض إذا أخل المورد الإلكتروني بالالتزامات الملقاة عليه قبل إبرام العقد الإلكتروني.
- لم ينظم المشرع الجزائري تقدير وكيفية تعويض المستهلك إذا أخل المورد بالتزاماته.
- أغفل المشرع الجزائري على ترتيب الجزاء على أطراف التعاقد، خاصة فيما يتعلق بالعدول عن المفاوضات الذي يقترن بخطأ، ذلك لأن القواعد العامة تقضي بمسؤولية كل من ارتكب خطأ وأصاب الغير بالضرر.

التوصيات:

- نقترح على المشرع الجزائري بتوقيع المسؤولية المدنية، في حالة عدول أحد طرفي العقد عن المفاوضات نتيجة خطأ ارتكبه، وكان هذا الخطأ سبب حدوث الضرر للطرف الآخر، ذلك لأن القواعد العامة تقضي بمسؤولية كل من ارتكب خطأ وتسبب في ضرر للغير.
- كما نقترح عليه أيضا تنظيم مسألة التعويض.

قائمة المراجع:

الكتب

1- المهدي نزيه محمد الصادق، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بأنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

2- بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، جامعة عين الشمس،2001.

3- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، الجزائر 2010.

4- بشار طلال موني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، عالم الكتاب الحديث للنشر والتوزيع، 2004.

5- بشار محمود دودين، محمد يحيى المحاسنة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.

6- زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2009

7- حمدي أحمد سعيد، الالتزام بالإضفاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والفقه الإسلامي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، دون بلد النشر، 1999.

8- ياسر سيد محمد الحديدي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري في الفكر الاقتصادي والقانوني، منشأة المعارف الإسكندرية، 2007.

9- محمد حسين منصور، العقود الدولية، (ماهية العقد الدولي، مفاوضات العقد، وإبرامه ومضمونه وآثاره وانقضائه...)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999.

10- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.

11- نادر أحمد أبو شيخة، أصول التفاوض، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2010.

12- نزيه محمد الصادق، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.

13- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفورية وحجيتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، دون سنة النشر.

14- عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنيت، منشورات الحلبي الحقوقية ،2010.

15- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000.

16- فواز صالح، إبطال وبطلان العقد في القانون الخاص، الموسوعة العربية، الرياض، دون سنة النشر.

17- خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

المقالات:

1- أحمد بن فهد بن حمين الفهد، "مفاوضات عقود التجارة الدولية، دراسة فقهية"، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، عدد 38 لسنة 2017، ص 125.

2- أحمد السيد البهي الشبري، "التفاوض التعاقدي، إطاره القانوني وأثره في الالتزام"، مجلة كلية الدراسات العربية والإسلامية للبنات بدمنهور، العدد الرابع، الجزء الأول، 2019، ص 1188.

3- إيناس مكي عبد النصار، "التفاوض الإلكتروني في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة"، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد 3، 2013.

4- زاهية حورية سي يوسف، "الالتزام بالإفضاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 02، 2009.

5- زهرة جقريف، وسيلة شربيط،" الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد الإلكتروني كضمانة لحماية المستهلك الإلكتروني"، مجلة المعيار، مجلد 24، عدد 51 لسنة 2020

6- يسمينه لعجال، "فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، عدد 17، 2018، ص 799.

الوثائق القانونية:

1- قانون رقم 91-05 المؤرخ في 16جانفي 1991، المتعلق بتعميم استعمال اللغة العربية، ج ر رقم 03 المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-30 المؤرخ في 21 ديسمبر 1996 ج ر رقم 81.

2- قانون رقم 09-03 المؤرخ في فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، صادرة في 2009/03/08، المعدل والمتمم.

3- قانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28، صادرة في 16 ماي 2018.

المراجع باللغة الفرنسية:

1- Cf. Huet (J) et Dupuis (F). Violation de la confidentialité des négociations, Les petites Affiches, 1990, p.4 ; Lassalle,(B). Les Pourparlers, R.R.J,1994.

2- JOANNA Schmidt, SEALE Wski , la négociation des contrats de transfert de techniques, droit et pratique du commerce international, T 10 n° 2, 1984, p 188.

التهميش:

[1] قانون 18-05 مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28، صادرة في 16 ماي 2018

[2] عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنيت، منشورات الحلبي الحقوقية ،2010، ص 153.

[3] نادر أحمد أبو شيخة، أصول التفاوض، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، 2010.

[4] أحمد بن فهد بن حمين الفهد، "مفاوضات عقود التجارة الدولية"، دراسة فقهية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، عدد 38 لسنة 2017، ص 125

[5] Art. 10 : "Toute transaction de commerce électronique doit être précédée par une offre commerciale électronique et formalisée par un contrat électronique validé par le consommateur" .

[6] JOANNA Schmidt, SEALE Wski, la négociation des contrats de transfert de techniques, droit et pratique du commerce international, T 10 n° 2, 1984, p 188.

[7] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000، ص 221.

[8] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفورية وحجيتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، دون سنة النشر، ص 88.

[9] المرجع نفسه، ص 88 وما يليها.

[10] بشار طلال موني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، عالم الكتاب الحديث للنشر والتوزيع، 2004، ص 45.

[11] بشار محمود دودين، محمد يحي المحاسنة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 97.

[12] **Art. 11** : Le fournisseur doit présenter l'offre commerciale électronique de manière visible, lisible et compréhensible. Elle doit comporter, sans toutefois s'y limiter, les informations suivantes : — le numéro d'identification fiscale, les adresses physique et électronique ainsi que le numéro de téléphone du e-fournisseur ; — le numéro de registre du commerce ou le numéro de la carte professionnelle d'artisan ; — la nature, les caractéristiques et le prix des biens ou services proposés en toutes taxes comprises. — l'état de disponibilité du bien ou du service ; — les modalités,

les frais et les délais de livraison ; — les conditions générales de vente, notamment les indications relatives à la protection des données à caractère personnel ; — les conditions de garantie commerciale et du service après-vente ; — le mode de calcul du prix, lorsque celui-ci ne peut être fixé à l'avance ; — les modalités et les procédures de paiement ; — les conditions de résiliation du contrat, le cas échéant ; — une description complète des différentes étapes d'exécution de la transaction électronique ; — la durée de l'offre, le cas échéant ; — les conditions et les délais de rétractation, le cas échéant ; — le mode de confirmation de la commande ; — le délai de livraison, le prix du produit objet de la précommande et les modalités d'annulation de la précommande, le cas échéant ; — le mode de retour du produit, d'échange ou de remboursement ; — le coût d'utilisation des moyens de communications électroniques lorsqu'il est calculé sur une autre base que les tarifs en vigueur

[13] يسمينه لعجال، "فعالية الشروط التعاقدية في تحقيق التوازن الاقتصادي في عقود الاستثمار الدولية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، عدد 17، 2018، ص 799.

[14] أحمد السيد البهي الشبري، "التفاوض التعاقدي، إطاره القانوني وأثره في الالتزام"، مجلة كلية الدراسات العربية والإسلامية للبنات بدمنهور، العدد الرابع، الجزء الأول، 2019، ص 1188.

[15] المهدي نزيه محمد الصادق، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بأنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 15.

[16] زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2009 ، ص 137.

[17] وذلك لأن الإعلام أوسع من الإفضاء. فمصطلح الإفضاء ينصرف إلى تقديم للمستهلك مختلف البيانات أثناء تنفيذ العقد. أما مصطلح الإعلام لغة هو تحصيل حقيقة الشيء أي معرفته، أنظر سي يوسف زاهية حورية، "الالتزام بالإفضاء عنصر من ضمان سلامة المستهلك"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 02، 2009، ص 55.

[18] سي يوسف زاهية، المرجع نفسه، ص 59.

[19] قانون 09-03 مؤرخ في فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، صادرة في 2009/03/08، المعدل والمتمم.

[20] قانون رقم 91-05 المؤرخ في 16جانفي 1991، المتعلق بتعميم استعمال اللغة العربية، ج ر رقم 03 المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-30 المؤرخ في 21 ديسمبر 1996 ج ر رقم 81.

[21] بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية، جامعة عين الشمس،2001، ص 64.

[22] تنص المادة 14 على:" في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني، يمكن المستهلك الالكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به.

[23] نزيه محمد صاق، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 216.

[24] محمد حسين منصور، العقود الدولية، (ماهية العقد الدولي، مفاوضات العقد، وإبرامه ومضمونه وآثاره وانقضائه...)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص 58.

[25] Cf. Huet (J) et Dupuis (F). Violation de la confidentialité des négociations, Les petites Affiches, 1990, p.4 ; Lassalle, (B). Les Pourparlers, R.R.J,1994, 3, p839 et s.

[26] ياسر سيد محمد الحديدي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري في الفكر الاقتصادي والقانوني، منشأة المعارف الإسكندرية، 2007، ص 228.

[27] بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، الجزائر 2010 ص 73.

[28] حمدي أحمد سعيد، الالتزام بالإضفاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والفقه الإسلامي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، دون بلد النشر، 1999، ص 36.

[29] تنص المادة 1/107 على: "في جميع الأحوال يجب على المهني تزويد المتعاقد معه بكل المعلومات الضرورية عن مجمل العلاقة التعاقدية لتنويره وتبصيره".

[30] في علم الحاسوب يستخدم هذا المصطلح في أنظمة ملفات الحاسوب، لغرض جمع عدة ملفات في مكان واحدة لترتيبها.

[31] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011، ص 48.

[32] فواز صالح، إبطال وبطلان في القانون الخاص، الموسوعة العربية، الرياض، دون ستة النشر، ص 174.

[33] وفاء أبو جميل. الالتزام بالتعاون، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، القاهرة، 1993، ص25 وما يليها، نقلا عن بلحاج العربي، المرجع السابق ص 72.

[34] Art. 26 :" Le fournisseur qui collecte des données à caractère personnel et constitue des fichiers de clients et de prospects ne doit recueillir que les données nécessaires à la conclusion des transactions commerciales. Il doit : — recueillir l'accord des e-consommateurs préalablement à la collecte des données ; — garantir la sécurité des systèmes d'information et la confidentialité des données ; — se conformer aux dispositions législatives et réglementaires applicables en la matière.

Les modalités de stockage et de sécurisation des données à caractère personnel sont définies conformément à la législation et à la réglementation en vigueur".

[35] الزهرة جقريف، وسيلة شربيط، "الالتزام بالإعلام ما فبل التعاقد الإلكتروني كضمانة لحماية المستهلك الإلكتروني، دراسة على ضوء القانون 18-05، المتعلقة بالتجارة الإلكترونية"، مجلة المعيار، المجلد 24، عدد 51، سنة 2020، ص 721.

[36] إيناس مكي عبد نصار، "التفاوض الإلكتروني في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة"، مجلة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 21، العدد 3، 2013، ص 960.