

العقد الإلكتروني و أطرافه

The electronic Contract and his limbs

تاريخ الاستلام : 2019/06/29؛ تاريخ القبول : 2019/07/19

ملخص

التجارة من أكثر القطاعات استجابة للتقدم التكنولوجي، وأوسعها إستخداما للتقنيات الحديثة والمتطورة، هذه الأخيرة تعد محور تحول تجاري، نتج عنه تغير عميق في سلوك المتعاملين و في قواعد المعاملات التجارية، حيث ظهر نوع جديد من المبادلات التجارية اصطلح عليه بالتجارة الإلكترونية، أفرزته شبكة التواصل الاجتماعي و وفرت له الوسائل الخاصة به والتي تتناسب مع طبيعته، وأضحت هذه الشبكة سوقا وطنية و دولية افتراضية غير عادية، نظرا لما تمتاز به التجارة الإلكترونية من المردود الحسن والفعال، واختصارا للوقت وتوفيرا في التكاليف. و من بين أدوات التجارة الإلكترونية تلك العقود التي تبرم عبر الوسائط الإلكترونية عن بعد، والتي تدعى بالعقود الإلكترونية وطرفاها هما المستهلك والمتدخل الإلكتروني.

الكلمات المفتاحية: تجارة إلكترونية ؛ عقد إلكتروني ؛ مستهلك إلكتروني ؛ متدخل إلكتروني

* د. الزهراء مراد

كلية الحقوق
جامعة الإخوة منتوري قسنطينة
(الجزائر)

Abstract

Trade sector is one of the most responsive to technological advances, And the most extensive use of modern technologies and sophisticated, the latter is the axis of a trade transformation, resulted in a profound change in the behavior of dealers and in the rules of commercial transactions, where the emergence of a new type of trade, called the electronic commerce, created by the social network and provided him with the means of his own and commensurate with the nature.

This network has become a national and international virtual market, In view of the good and effective benefits of e-commerce, shortening time and saving costs.

Among the tools of e-commerce are those contracts that are concluded via electronic media remotely, which are called e-contracts and their parties are consumer and electronic intermediary.

Keywords: e-commerce ; e-contract ; e-consumer ; electronic intervention.

Résumé

Le commerce est l'un des plus secteurs réactifs aux avancées technologiques, Et l'utilisation la plus extensive des technologies modernes et sophistiquées, ce dernier est l'axe d'une transformation du commerce, entraîné un changement profond dans le comportement des concessionnaires et dans les règles des transactions commerciales, d'où l'émergence d'un nouveau type de commerce, appelé commerce électronique, créé par le réseau social et lui fournissant les moyens propres et adaptés à la nature. Ce réseau est devenu un marché virtuel national et international, compte tenu des avantages positifs et efficaces du commerce électronique, de la réduction des délais et de la réduction des coûts.

Parmi les outils du commerce électronique figurent les contrats conclus à distance via des supports électroniques, appelés contrats électroniques, dont les parties sont des consommateurs et des intermédiaires électroniques.

Mots clés: commerce électronique ; contrat électronique; consommateur électronique; intervention électronique

* Corresponding author, e-mail: merradzohra@yahoo.com

© جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، الجزائر 2019.

النظام الاقتصادي الذي نحياه والتعاملات التجارية التي تتم فيه عبر التعاقد، طغت عليه البيئة الإلكترونية أو الرقمية عبر الوسائط التي تتحكم في هذه البيئة والتقنيات السائدة فيها، هذا التعاقد الذي يدعى بالعقود الإلكترونية - وهي أدوات التجارة الإلكترونية - والتي تتم بين أطرافها عن بعد، فهذا النوع من العقود رغم خضوعه للقواعد والأحكام العامة للتعاقد والتي تحددها النظرية العامة للعقد، إلا أنه أدخل تغييرات على طرق التعاقد بحيث أصبح يتم إدخال البيانات وتبادلها بين أطراف العقد بطريقة إلكترونية دون لقاء مباشر بينهما أي حضور مادي معاصر، مما يجعل من العقد الإلكتروني عقدا ذو طبيعة خاصة لا بد من الإطلاع عليه والكشف عنه.

ونظرا لما يمتاز به هذا النوع من العقود أدى إلى الإقبال و الإستعمال المتزايد والمستمر لهذا الأسلوب من قبل المتعاملين بهدف تلبية الحاجات الشخصية للأشخاص، فهذه العقود تستخدم في إقتناء المنتجات والخدمات والتسوق داخليا ودوليا في أسواق إفتراضية .

هذا التعاقد عن بعد أو التعاقد الإلكتروني طرفاه هما، المستهلك الإلكتروني أو الطرف الضعيف في العلاقة التجارية، والمورد أو مقدم الخدمة أو السلعة، أو المتدخل، أو المزود، أو المهني الذي يملك القوة الاقتصادية والفنية، وهما نفسهما المستهلك والمورد في عملية التعاقد التقليدية.

فما المقصود في نطاق البيئة الإلكترونية بكلّ من مفهوم العقد الإلكتروني وطرفاه المستهلك والمتدخل الإلكترونيين ؟

الإجابة على ذلك اعتمدنا فيها على المنهج الوصفي في الجوانب النظرية وهي الغالبة على البحث، في حين استعنا بالمنهج التاريخي في سرد بعض نقاط التطور لمحاوّر هذا البحث، بالإضافة إلى المنهج التحليلي فيما يخص النصوص القانونية لهذا البحث، كل ذلك وفقا للخطة التالية حيث خصصنا ثلاثة مباحث، الأول لمفهوم العقد الإلكتروني، والثاني لمفهوم المستهلك الإلكتروني، أما المبحث الثالث فيكون لمفهوم المتدخل (المورد) الإلكتروني، وخاتمة تتضمن نتائج البحث، وأهم التوصيات المقترحة.

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

صاحب التقدم العلمي و التكنولوجي ظهور نوع جديد من العقود التي يتم إبرامها عبر الوسائط الإلكترونية، يدعى بالعقود الإلكترونية والتي تعتبر إحدى أدوات التجارة الإلكترونية السائدة ، هذا النوع من العقود يستخدم في الخدمات ، والتسوق داخليا ودوليا في متاجر وأسواق إفتراضية، كما أن هذا النوع من التعاقد رغم خضوعه للقواعد العامة للتعاقد التي تحددها النظرية العامة للعقد في القانون المدني ،حيث أنه لا يختلف من حيث تكوينه ومضمونه عن العقد التقليدي، فالعقد بصورة عامة عبارة عن " اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شئ ما " (1) وهذا التعريف كما ينطبق على العقد التقليدي،

نجده ينطبق كذلك على العقد الإلكتروني، إلا أن هذا الأخير يمتاز بطبيعة خاصة، لأنه يتم عن بعد، بحيث أصبح يتم إدخال البيانات وتبادلها بين أطرافه بطريقة إلكترونية، كشبكة الإنترنت عن طريق المواقع الإلكترونية أو البريد الإلكتروني وغيرها من وسائل الإتصال الإلكترونية، دون لقاء مباشر بين هذه الأطراف أي حضور مادي معاصر، وبالتالي الإفصاح عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني فيما يخص الإيجاب والقبول يتم عن طريق دعائم رقمية إلكترونية، كما أنه ذو طابع استهلاكي، فهو في الغالب يتم بين تاجر ومحترف، مما يؤدي في معظم الأحيان إلى إخضاعه للقواعد الخاصة بحماية المستهلك (2)، والعقد الإلكتروني يتسم بالعمومية فهو مطروح للتعاقد لكل من يرغب في ذلك من مستخدمي الشبكة المعلوماتية (3).

والعقد الإلكتروني يدعى أيضا بعقد التجارة الإلكترونية بسبب ارتباطه بهذا النوع من التجارة، وهي السمة الغالبة عليه، لكن هذا لا يمنع من أن يكون محل العقد الإلكتروني غير تجاري، وأطرافه أشخاص عاديين (4) وما يهمنما في هذا المقام هو العقد الإلكتروني ذو الطبيعة التجارية فلا بد من الإطلاع عليه والكشف عنه من خلال تعرفه فقها، وتشريعا.

المطلب الأول: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

عرف الفقه العقد الإلكتروني بأنه "العقد الذي يتم إبرامه عبرة الإنترنت" إلا أن هذا التعريف انتقد لأنه حصر وسيلة الإتصال في إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الإنترنت دون غيرها (5).

كما عرف بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات عبر شبكة دولية للإتصال عن بعد، بوسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل" (6) وعرف بأنه "توافق الإيجاب بالقبول بخصوص عرض مبيعات وخدمات عبر الشبكة الدولية للاتصالات باستعمال وسائل سمعية بصرية" (7) ونص في تعريف آخر على أنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل" (8) وما يعاب على هذه التعاريف الأخيرة أنها قد اشترطت أن تكون وسيلة التعاقد مرئية ومسموعة حتى نكون أمام عقد إلكتروني، مع العلم أنه يمكن إبرام العقد إلكترونيًا دون استعمال لوسيلة سمعية أو بصرية عبر البريد الإلكتروني بواسطة الكتابة الإلكترونية، ويعتبر العقد في هذه الحالة عقدا إلكترونيًا.

وجاء في تعريف آخر لهذا العقد ما يلي "هو ذلك العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، ويقصد انشاء التزامات تعاقدية" (9).

وهناك من اعتبر العقد إلكترونيًا بالإكتفاء بأن يكون مبرما ولو جزئيا بوسيلة إلكترونية حيث عرفه كما يلي "العقد الإلكتروني هو الإتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليًا أو جزئيا، أصالة أو نيابة" (10).

وهكذا نجد بأن كل التعاريف التي قدمت للعقد الإلكتروني ركزت بالأساس على وسيلة التعاقد، وهي وسيلة إلكترونية، المتمثلة في شبكة الإنترنت والبعض الآخر مدها لكل وسائل الإتصال الإلكترونية الحديثة والمعروفة كالفاكس، والتلكس. بالإضافة إلى

تعريف أخرى للعقد الإلكتروني استند فيها أصحابها على صفة أطراف العلاقة القانونية أو العقد ، من بينها ما جاء في هذا التعريف وهو أنه " تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية للسلع أو الخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر ، أو بين تاجر ومستهلك ، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات " (11).

وعلى هذا ومهما اختلفت آراء الفقهاء حول تعريف العقد الإلكتروني إلا أنها متفقة على كونه يتم بوسيلة الكترونية من وسائل الإتصال الحديثة عن بعد.

المطلب الثاني: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني

اهتمت التشريعات المختلفة بالتجارة الإلكترونية وبعقودها ، باعتبار أن معظم العقود الإلكترونية هي عقود تجارية، كما سبق، وأوردت البعض من هذه التشريعات تعريفا لها، من هذه التشريعات ما جاء في المواثيق والمعاهدات الدولية، حيث نجد الفقرة (ب) من المادة الثانية من قانون الأونسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية (12)، قد عرفت العقد الإلكتروني من خلال تعريف تبادل لبيانات والتي نصت على ما يلي " يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات. " و ما يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يعرف العقد الإلكتروني صراحة، وإنما عرف الوسائل التي تستخدم لإبرامه، وعليه فالعقد الإلكتروني وفقا لهذا القانون هو كل عقد يتم إبرامه باستخدام الوسائل التقنية الإلكترونية التي حددها هذا القانون (13).

كما جاء في المادة (2) من التوجيه رقم 79- 07 الصادر في 20 ماي 1997 الصادر عن البرلمان الأوروبي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين على أنه يقصد بالتعاقد عن بعد " كل عقد يتعلق بالسلع أو الخدمات ، أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد ، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للإتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه ."

ونظرا لكون هذا العقد يبرم بواسطة الاتصالات الإلكترونية ، فقد عرف هذا التوجيه الاتصالات الإلكترونية بأنها " أية وسيلة تستخدم في التعاقد بين المورد والمستهلك ، دون أن يكون هناك تواجد مادي متزامن بينهما حتى الإنتهاء من إبرام العقد " (14).

أما عن تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات الوطنية ، فقد جاء في المرسوم رقم 2001 – 741 من قانون الإستهلاك الفرنسي ، في المادة 121-16 منه ما يلي " كل بيع أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني يستخدمان لإبرام هذا العقد على سبيل الحصر ، وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد " .

ومن بين القوانين العربية التي عرفت العقد الإلكتروني ، نجد قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 والذي عرفت المادة الثانية منه العقد الإلكتروني بأنه " الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً " وعرفت نفس المادة المقصود بالوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد بأنها " أية تقنية

لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها " . وبالتالي نجد بأن المشرع الأردني قد وضع للعقد الإلكتروني تعريفا عاما ينطبق على كافة التصرفات التي تتم بواسطة شبكة الإنترنت (15)، وكما رأينا لم يكتف المشرع الأردني بتعريف العقد الإلكتروني بل عرف كذلك الوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها، وجاء تعريفه لهذه الوسائل واسعا.

المشرع الجزائري ، في القانون المدني لم يقدم أي تعريف للعقد الإلكتروني ، ولم يشر للنظم القانونية التي تنظمه ، إلا أن القانون رقم 18 - 05 المؤرخ في 10 ماي 2018 والمتعلق بالتجارة الإلكترونية ، في الفقرة الثانية من المادة السادسة منه تعرض لمفهوم العقد الإلكتروني كالتالي " العقد في مفهوم القانون 04- 02 المؤرخ في 5 جمادي الأولى ، الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ويتم إبرامه عن بعد ، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني " . ما يلاحظ على هذا التعريف أنه قريب من ذلك الذي أورده المشرع الفرنسي للعقد الإلكتروني ، كما جاء تعريف المشرع الجزائري جامعا ومانعا يصلح للتطبيق على كل العقود التي تتوافر فيها شروطه هي :

- أن يكون العقد متعلقا بالتجارة .
- أن يتم إبرامه عن بعد .
- أن يتم ذلك دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه .
- أن يتم إبرامه بواسطة تقنية الإتصال الإلكتروني. وقد فعل المشرع الصواب إذ لم يحدد الوسيلة المستعملة في ذلك، المهم أن تكون من وسائل الإتصال الإلكتروني.

المبحث الثاني: المستهلك و المتدخل الإلكترونيين

طرفا العقد الإلكتروني هما المستهلك والمتدخل ، واللذان لبقيا إهتماما كبيرا من قبل كل من القانون والفقه ، وعلى هذا الأساس فيما يلي

المطلب الأول: مفهوم المستهلك الإلكتروني

فكرة المستهلك من الأفكار الأساسية والقديمة في علم الاقتصاد حيث اعتبر المستهلك في المفهوم الاقتصادي بأنه ذلك الشخص الذي يستعمل السلع أو الخدمات، بقصد تلبية رغباته وحاجياته وعائلته ، وليس بغرض تصنيع السلع أو خدمات أخرى. وقد أصبحت فكرة المستهلك تحتل مكانة في لغة القانون وإن كانت نظرة كل من علم الاقتصاد والقانون للمستهلك مختلفة . أما في ظل التقدم العلمي والتكنولوجي الهائل الذي نحياه ظهر - في نطاق القانون - مصطلح المستهلك الإلكتروني، بحيث اكتسب المستهلك هذه الصفة من المجال الذي يتعامل فيه ألا و هي البيئة الإلكترونية. وعلى هذا سنعرض لهذا المفهوم في كل من الفقه والقضاء والتشريع

الفرع الأول: التعريف الفقهي للمستهلك الإلكتروني

في نطاق القانون - وهذا موضوعنا - وخاصة في التعاملات التجارية

الإلكترونية ، فإن مفهوم المستهلك الإلكتروني لا يختلف عن مفهومه في نطاق التعاقد التقليدي إلا من حيث وسائط التعامل الإلكترونية المستعملة في مجال التعاقد⁽¹⁶⁾ فالمستهلك الإلكتروني ، هو كل شخص يبرم عقدا مع متدخل (مورد) حول منتج أو خدمة لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية ، ليس في أي إطار كان بل لابد أن يكون في نظام بيع أو تقديم لهذا المنتج أو الخدمة - عن بعد - من قبل المورد باستعمال وسائط الإتصال الإلكترونية.

والمفهوم التقليدي للمستهلك يحكمه إتجاهان مختلفان ' أحدهما يوسع في هذا مفهوم ' والثاني يضيق فيه

الفقرة الأولى: الإتجاه الموسع لمفهوم المستهلك الإلكتروني

هذا الإتجاه يهدف إلى بسط مفهوم المستهلك إلى أبعد مدى ممكن بحيث يشمل عددا كبيرا من المتعاملين ، فهو يعتبر المستهلك بصورة عامة كل شخص يتعاقد إلكترونيا من أجل الإستهلاك حتى ولو كان التعاقد بهدف مهني⁽¹⁷⁾، أي يستوي في ذلك من يقتني السلع والخدمات من أجل استعماله الشخصي أو العائلي، ومن يقتنيها من أجل احتياجاته المهنية، كالتاجر الذي يتعاقد مع مصنع لتجهيز محله، والطبيب الذي يقتني المعدات الطبية اللازمة لعيادته، حيث اعتبر أصحاب هذا الإتجاه كل من التاجر والطبيب مستهلكا مادام العقد الذي أبرمه كل واحد منهما يخرج من نطاق إختصاصه، لأن كل واحد منهما في هذه الحالة يعتبر في وضعية الجاهل أمام المتعاقد معه أي طرف ضعيف في مواجهة متعاقد محترف وهنا وضعيته تشبه وضعية المستهلك العادي⁽¹⁸⁾.

على أن إعادة التصرف في تلك التجهيزات ببيعها مثلا- والذي يعتبر النشاط المميز للمهني- لا يعتبر استهلاكا لأن المال لا يستهلك في هذه الحالة⁽¹⁹⁾، وحسب هذا الإتجاه فإن المعيار المعتمد عليه في تحديد مفهوم المستهلك هو القدرة الاقتصادية والتقنية للمستهلك ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا المستهلك شخص طبيعي عادي أو مهني أو شخص معنوي .

فإذا كان التعاقد بهدف إشباع الحاجات الشخصية أو العائلية أو بهدف توفير متطلبات المهنة أو الحرفة من أجهزة أو وسائل وأدوات أي بتوفير كل ما يحتاجه المهني من سلع وخدمات دون أن يقصد من ذلك إعادة تسويقها وأن لا تتوافر له الخبرة الفنية في معالجة هذه الأشياء وإصلاحها فهو مستهلكا يتمتع بالحماية القانونية .

وصفة المستهلك الإلكتروني حسب هذا المفهوم تشمل زيادة على الشخص الطبيعي العادي أو المهني، الأشخاص المعنوية للقانون الخاص كالشركات والجمعيات التي تتعاقد الكترونيا من أجل الحصول على سلعة أو خدمة ليس لها خبرة بها مع مهني متخصص⁽²⁰⁾ أي أن الشخص المعنوي هنا يوجد في مركز ضعف حيث لا يملك الإمكانيات الفنية والمالية التي تسمح له من خلال ذلك بالحصول على موارد مالية .

وهكذا نستخلص من هذا الإتجاه رغم وجاهة حججه في مفهوم المستهلك، إلا أنه يعاب عليه مدّ نطاق مفهوم المستهلك لدرجة يصعب فيها تحديد هذا المستهلك بشكل دقيق، والتميز بينه وبين المهني، بالإضافة إلى أن عدم تخصص المهني ليس بالضرورة دلالة على ضعفه.

الفقرة الثانية: الإتجاه المضيق لمفهوم المستهلك الإلكتروني

يرى أصحاب هذا الإتجاه بأنّ المستهلك هو " كل شخص يتعاقد بهدف اشباع حاجاته ورغباته الشخصية والعائلية " (21) أي كل من يستهلك بشكل غير مهني سلعا إستهلاكية خاصة باستخدامه الشخصي، أو " هو الذي يبرم عقدا مع مورد حول سلعة أو خدمات في اطار بيع أو تقديم خدمة عن بعد من قبل مورد يستعمل تقنية الإتصال عن بعد لغاية إبرام العقد " (22)، إن هذا التعريف الأخير لم يحدد الهدف من التعاقد، وعليه يصلح هذا التعريف في نطاق المفهوم الموسع للمستهلك كما يمكن الإعتماد عليه في تحديد المفهوم الضيق لهذا المستهلك .

وعرف بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص الذي يتحصل أو يستعمل المنتجات أو الخدمات لأغراض غير مهنية " .

وحسب التعاريف السابقة لا يكتسب صفة المستهلك وفقا لهذا المفهوم من يتعاقد لأغراض مهنته، أو مشروعه، و هذا المستهلك يتمثل في الشخص الطبيعي أو المعنوي للقانون الخاص بشرط أن يقتني أو يستعمل السلع أو الخدمات لغرض غير مهني بهدف إشباع متطلباته الشخصية والعائلية (23).

ووفقا لهذا الإتجاه فإن صفة المستهلك الإلكتروني تلحق بمن يتوافر فيه ما يلي :

- أن يكون حصوله على السلعة أو الخدمة لغرض شخصي أو عائلي.
- أن يكون محل عقد الإستهلاك سلعة أو خدمة (24).

وقد اعتمد أنصار هذا الإتجاه في تحديد مفهوم المستهلك على معيار الغرض من التصرف، فإذا كان التعاقد بغرض إشباع حاجات المتعاقد الشخصية أو العائلية اعتبر مستهلكا طبقا لهذا الإتجاه، أما إذا كان الغرض من التصرف هو الحصول على الربح فلا يتمتع بصفة المستهلك وبالتالي الحماية القانونية .

وهذا الإتجاه المضيق في تعريف المستهلك هو الراجح فقها، لأنه الأقرب في تحديد شخصية المستهلك، وقد حدد مفهومه بصورة بسيطة وسهلة التطبيق وبالتالي يوفر الأمان والحماية لهذا المستهلك في علاقاته التعاقدية باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقات.

الفرع الثاني: المفهوم القضائي للمستهلك الإلكتروني

القضاء الفرنسي عند تعرضه لمفهوم المستهلك تأرجح بين الإتجاهين الموسع والمضيق له (25)

، فقد إعتد في أحد أحكامه على الغرض من التصرف القانوني الذي يبرمه

الشخص للحصول على السلعة أو الخدمة حيث عرفته إحدى محاكم أول درجة بأنه " : الفرد الذي من أجل حاجاته الشخصية يصبح طرفا في عقد يتعلق بالتزويد بالمال، السلع والخدمات" (26)، فالمستهلك يستخدم المال المكتسب للاستهلاك الشخصي بخلاف المهني التاجر الذي يستخدم المال المكتسب في إطار المهنة أو التجارة المستثمرة. وعلى الرغم من وضوح هذا التعريف واعتماده على الإتجاه المضيق لمفهوم المستهلك إلا أنه اقتصر على إشباع الحاجات الشخصية دون العائلية ، وكذا اقتصره على الشخص الطبيعي.

و تطور القضاء الفرنسي في تعريف المستهلك أدى إلى أن يطلق وصف المستهلك على الأشخاص المعنوية بالإضافة إلى الأشخاص الطبيعية. فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية في دائرتها الأولى المدنية حكما حديثا وهاما بتاريخ 28 ابريل 1987 والذي اعتبر شركة تجارية بوصفها مستهلكة وتستفيد من نصوص قانون 10 ابريل 1978 المتعلق بحماية المستهلكين للسلع والخدمات من الشروط التعسفية رغم أنها شخص معنوي يباشر أنشطة تجارية في مجال العقارات (27).

ويتبين من هذا الحكم أن القضاء الفرنسي قد أخذ بالمفهوم الموسع للمستهلك منذ عام 1987 حيث أصبح وصف المستهلك يشمل الشخص الطبيعي والمعنوي أما قبل ذلك فكان قاصرا على الشخص

الطبيعي فقط. كما أن الشخص المعنوي في هذا الحكم شخص مهني إلا أنه تعاقد خارج مجال تخصصه مما يدل على أنه يجهل عيوب السلعة أو الخدمة التي تعاقد عليها فينطبق عليه وصف المستهلك .

وفي نفس الإتجاه قررت هذه المحكمة بأن شراء آلة تصوير المستندات بهدف استعمالها لإدارة مؤسسة دينية لا ينفي على هذه المؤسسة وصف المستهلك، رغم ارتباط عملية الشراء بنشاط هذه المؤسسة (28).

ثم حادت محكمة النقض الفرنسية عن موقفها السابق وأخذت بالتعريف الضيق للمستهلك ، ومن بين الأحكام التي أصدرتها في هذا السياق ، حكمها الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 11 / 24 / 1993 والذي قضت فيه برفض اعتبار المزارع الذي تعاقد مع صاحب مشنلة لشراء شجيرات التفاح مستهلكا ، وأسست حكمها على اعتبار تصرف المزارع يدخل ضمن مقتضيات مهنته ومصالحها ، وعليه لا يمكن اعتباره مستهلكا (29).

الفرع الثالث: المفهوم التشريعي للمستهلك الإلكتروني

يرجع الفضل للتشريعات الوطنية للدول المختلفة في وضع تعريف جامع مانع للمستهلك ومنهم المشرع الفرنسي في قراره الوزاري الصادر في 14 جانفي 1972 بشأن تنظيم الإعلان عن أسعار السلع المستهلكة، حيث عرف المستهلك بأنه "من يقوم باستعمال السلع و الخدمات لإشباع الحاجات الشخصية له و لمن يعولهم وليس بهدف

بيعها أو تحويلها أو استخدامها في إطار نشاط مهني." كما عرفه هذا المشرع في المادة 02 من القانون 78 - 23 الخاص بحماية المستهلك في مجال عمليات الإئتمان، حيث نصت هذه المادة على أنه " يطبق القانون المالي على كل عمليات الإئتمان التي تمنح للأشخاص الطبيعيين و المعنويين، والتي لا تكون مخصصة لتمويل النشاط المهني ".

غير أن قانون الإستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993 وكذا المرسوم رقم 741 لسنة 2001 الخاص بحماية المستهلك⁽³⁰⁾ لم يضع تعريفا محدد للمستهلك، حتى جاء التعديل الأخير لقانون الإستهلاك في 01 جانفي 2017 حيث عرف فيه المشرع المستهلك بأنه " كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في نشاطه التجاري أو الصناعي أو المهني أو الحر أو الزراعي " .

وما يعاب على هذا التعريف أنه أغفل ذكر الشخص المعنوي ، إذ أن هذا الأخير إذا كان لا يهدف إلى المضاربة من وراء إقتنائه للسلع أو الخدمات عن طريق العقود الإلكترونية التي يبرمها مع الموردين فهو يعتبر مستهلكا كالشخص الطبيعي.

وفي القانون المصري رقم 67 لسنة 2006 المؤرخ في 19 ماي 2006 و المتعلق بحماية المستهلك المصري، عرف هذا المشرع المستهلك في المادة الأولى من هذا القانون التي تنصّ على أنه " كل شخص تقدم إليه المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص ". و الملاحظ على هذا التعريف أنه تبنى المفهوم الضيق للمستهلك من خلال اعتماده على الغرض من الإستهلاك و هو كما ذكر إشباع إحتياجاته الشخصية والعائلية .

كما أضفى صفة المستهلك على الشخص المعنوي وبالتالي الحماية القانونية، ويتضح ذلك من العبارة التي بدأ بها المادة السابقة و هي " كل شخص ... "وعلى هذا ينطبق نص هذه المادة على الشخص الطبيعي، كما ينطبق على الشخص المعنوي بكل أنواعه.

أما في التشريع الجزائري وحسب الترتيب الزمني للقوانين المتعلقة بحماية المستهلك.

حيث جاء في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90 - 39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المعدل والمتمم والمتعلق برقابة الجودة وقمع الغش⁽³¹⁾ ما يلي : المستهلك كل شخص يفتني بثمان أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للإستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به " وهذا التعريف هو موقف من المشرع الجزائري بتبني المفهوم الضيق للمستهلك .

ويؤكد موقفه هذا في المرسوم التنفيذي 97 - 254 المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة واستيرادها و التي تشكل خطرا من نوع خاص . حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة الثانية من هذا المرسوم ما يلي " يقصد بالمنتوج الإستهلاكي في مفهوم هذا المرسوم ، المنتوج النهائي الموجه للإستعمال الشخصي للمستهلك " وأكدت هذا الموقف الفقرة الثانية من المادة نفسها بقولها " لا تعتبر المواد المستعملة في إطار نشاط مهني كمنتوجات إستهلاكية ، في مفهوم هذا المرسوم " ⁽³²⁾.

كما جاء في الفقرة الثانية من المادة 3 من القانون 04 - 02 المؤرخ في

23 يونيو 2004 المعدل والمتمم⁽³³⁾ بالقانون رقم 10 - 06 المؤرخ في 15 غوشت 2010 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم⁽³⁴⁾ تعريف للمستهلك على أنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني "

وبالرجوع - أيضا - إلى الفقرة الأولى من المادة 3 من القانون - 03 09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽³⁵⁾، نجدها قد أوردت تعريفا للمستهلك هذا نصه " المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجات شخص آخر أو حيوان يتكفل به "

أما مصطلح المستهلك الإلكتروني فلم يرد إلا في القانون 18- 05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المؤرخ في 10 مايو 2018⁽³⁶⁾ حيث نصت الفقرة 3 من المادة 6 منه على مايلي : المستهلك الإلكتروني هو " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعبء أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الإستخدام النهائي " والواضح من هذا التعريف أن المشرع الجزائري لم يأت بجديد ، فمضمون هذا التعريف الذي يحدد فيه المستهلك الإلكتروني لا يختلف عن ما جاء في التعاريف السابقة لهذا المشرع إلا من حيث اشتراطه استعمال الاتصالات الإلكترونية في حصوله على المنتج من قبل المورد الإلكتروني ، ويتبين لنا من خلال ذلك بأن هذا المشرع قد:

- وضع تعريفا جامعا ومانعا للمستهلك الإلكتروني ، مما يؤدي إلى إغلاق الباب أمام الإجتهد

- أنه قد تبنى المفهوم الضيق للمستهلك ويظهر ذلك من العبارات الواردة في التعاريف " موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصيةالخ.

- أنه قد بسط مفهوم المستهلك الإلكتروني على كل من الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، وبذلك يكون قد تبنى آخر الإجتهدات لما توصل إليه كل من التشريع والقضاء⁽³⁷⁾.

كما نستنتج بأن مفهوم المستهلك الإلكتروني لا يمكن اصفاءه إلا على من تتوافر فيه الشروط التالية:

- أن يكون شخصا طبيعيا أو معنوياً.
- الحصول على السلعة أو الخدمة عن طريق وسيلة اتصال الكترونية.
- أن يكون ذلك بهدف الإستهلاك، أي اشباع حاجات شخصية أو عائلية، وليس بهدف مهني.

المطلب الثاني: مفهوم المتدخل الإلكتروني

يعتبر المتدخل أو المورد أو المهني أو المحترف أحد أطراف العلاقة التعاقدية في عقود التجارة الإلكترونية، والتعريف به وتحديد شخصيته من الأولويات في التعاقد عن بعد أو التعاقد الإلكتروني لما يمنحه ذلك من أمان في هذا النوع من التعاقد الذي

يفتقر إليه، وقد يكون هذا الشخص، طبيعياً كما قد يكون شخصاً معنوياً، يمارس نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو حرفياً أو فلاحياً أو أي نشاط آخر تتوفر فيه صفة المهنية أو الاحترافية، يكون في مركز قوة ذو خبرة ودراية فيما يخص المنتج أو الخدمة التي يوردها أو يقوم بها لحاجات المستهلك، هذا الأخير الذي يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

و عادة ما يأتي القصور في العلاقة التعاقدية من قبل المتدخل عندما يستغل وضعه ومركزه التفاوضي بما يملكه من قوة اقتصادية وبسبب هذا المركز الذي يتمتع به هذا المتدخل فلا بد من التعريف به.

الفرع الأول: تعريف المتدخل الإلكتروني

في نطاق نتعرض في هذا المطلب إلى رأي كل من الفقه والتشريع في مفهوم المتدخل
الفقرة الأولى: من الناحية الفقهية

المتدخل أو المورد أو المحترف أو المهني أو المزود..... الخ من الأسماء التي تطلق على الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية الإلكترونية .
وقد عرفه البعض من الفقه بأنه الشخص الذي يتعاقد أثناء مباشرة حرفته المعتادة دون النظر إلى طبيعة هذه الحرفة فيما إذا كانت تجارية أو صناعية أو فنية أو زراعية (38).

كما عرف بأنه الشخص الذي تتوافر لديه المعلومات والبيانات والمعرفة بحيث تسمح له بالتعاقد وهو على دراية وبينة حتى يتقاضي كل ما من شأنه أن يعرضه للمخاطر (39).

وفي تعريف آخر للمتدخل يرى بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي والذي يظهر في العقد الإلكتروني كمحترف ، فهذا الشخص يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو زراعياً ، يمتلك موقعا الكترونياً، أو محلا تجارياً بقصد ممارسة نشاطه ، أو يشتري البضائع بقصد إعادة بيعها ، أو يقوم بتأجير السلع وتقديم الخدمات " (40).

كما جاء في تعريف آخر للمتدخل بأنه " ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يعمل من أجل حاجات مهنته ويسعى إلى الربح " (41).

و اعتبر البعض المتدخل بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي من القطاع العام أو الخاص الذي يمارس باسمه أو لحساب غيره نشاطاً يتمثل في توزيع السلع و بيعها أو تأجيرها أو تقديم الخدمات، كما يعتبر متدخلاً من يقوم باستيراد السلع بهدف بيعها، أو تأجيرها أو توزيعها كل ذلك في إطار ممارسته لمهنته (42).

و يعتبر- أيضا - متدخلاً أي محترفاً أي شخص يقوم باستيراد السلعة بهدف بيعها أو تأجيرها أو توزيعها، وذلك في إطار ممارسته لنشاطه المهني.

وهكذا ومهما اختلفت التعبيرات والألفاظ الواردة في التعاريف السابقة، إلا أنها تتفق جميعاً في مضمون وكنه المتدخل في العلاقة العقدية الإلكترونية أو عن بعد

،وترى بأن المتدخل هو كل شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يقوم بعرض المنتجات للإستهلاك الإلكتروني بهدف تحقيق الربح .

وحسب التعاريف التي سردناها لهذا المتدخل ، ما هو إلا تاجر يكتسب هذه الصفة طبقاً لأحكام المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري والتي تنص " يعد تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجارياً ، ويتخذ مهنة معتادة له ، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك " (43).

وبالتالي لا بد أن تتوفر في هذا المتدخل الشروط التالية :

- أن يمارس العمل التجاري على وجه الإعتياد والديمومة أي الإحتراف، ويجعله مهنة له ، بحيث يسيطر على خباياها مما يؤهله أن يصبح قوة في مواجهة الطرف الآخر في العلاقة العقدية الإلكترونية أي المستهلك .
- أن يهدف من وراء عرض المنتجات للإستهلاك تحقيق الربح.

الفقرة الثانية: من الناحية التشريعية

المتدخل عرّف المشرع الفرنسي المتدخل بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص يتعاقد لأغراض متعلقة بنشاطه التجاري أو الحرفي أو الصناعي، حتى لو تعاقد باسم أو نيابة عن شخص مهني " (44).

كما عرفه القانون المصري المتعلق بحماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 بأنه " كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو بإنتاج أو استيراد أو توزيع أو عرض أو تداول أو الإتجار في إحدى المنتجات أو التعامل عليها ، وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعاقد ، أو التعامل معه عليها بأية طريقة من الطرق " .

وحسب هذا التعريف، نجد بأن المشرع المصري قد تبني مصطلح المورد وأطلقه على الطرف المقابل للمستهلك في التعاقد.

أما المشرع الجزائري عند تعرضه للمتدخل بالتعريف استعمل البعض من التسميات والمصطلحات التي أطلقت عليه ، إلى أن استقر به الأمر في الأخير على مصطلح المتدخل وذلك قبل صدور القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ويظهر ذلك فيما يلي :

استعمل مصطلح المحترف في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90 – 266 الصادر 15 سبتمبر 1990 وعرفه كما يلي " المحترف هو المنتج والوسيط حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كلّ متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للإستهلاك " .

كما أطلق المشرع تسمية العون الاقتصادي على المتدخل أو المحترف ضمن الفقرة 02 من المادة 03 من القانون رقم 04 -02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، والتي تنص على أن العون الاقتصادي هو " كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيًا كانت صفته القانونية ، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسست من أجلها "

وعرفته الفقرة 02 من المادة 03 من القانون رقم 08 - 12 المتعلق بالمنافسة بأن " المؤسسة كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج والتوزيع أو الخدمات أو الإستيراد ".

و جاء في الفقرة 08 من المادة 03 من القانون رقم 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والذي إستعمل فيه المشرع مصطلح المتدخل ووسع من مفهومه ما يلي " المتدخل ، كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للإستهلاك " .

و المشرع قد عرف مفهوم المنتج في المادة الأولى من القانون 09 - 03 بأنه " كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا " ، كما عرفته كذلك المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90 - 39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المعدل والتمم بأنه " كل شيء منقول يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية " .

أما الإستهلاك فالمشرع وضح المقصود منه في الفقرة 07 من المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90 - 39 المعدل والتمم ، بأن التسويق ، يعني " مجموع العمليات التي تتمثل في خزن كل المنتجات بالجملة أو نصف الجملة ، ونقلها وحيازتها وعرضها قصد البيع أو التنازل عنها مجانا ، ومنها الإستيراد والتصدير وتقديم الخدمات " .

وعليه يكون المتدخل هو " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في مجموع مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة سواء تعلق الأمر بالسلع أو خدمات " .

ومن ثم فإن مصطلح المتدخل يشمل المنتج للسلعة أو المستورد والمخزن والناقل والموزع لها بالجملة أو بالتجزئة، أو مقدم الخدمة، فكل ممتهن لواحد من هذه الأنشطة في مرحلتها الأولى إلى حين وضع المنتج للإستهلاك يعتبر مت دخلا بغض النظر عن طبيعة نشاطه، سواء كان تجاريا، أو صناعيا، أو زراعيا، يمارسه باسمه أو لحساب الغير، ويمتلك موقعا إلكترونية يعرض فيه منتوجه أو يقوم بالإشهار له ويتواصل من خلاله مع المستهلكين .

ويلاحظ بأن تعريف المشرع للمتدخل لا يكاد يختلف عن تعريفه للمحترف الوارد بمقتضى المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90 - 266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات (45).

أما بالنسبة للمتدخل الإلكتروني فإن القانون 18 - 05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية عاد إلى مصطلح المورد مرة أخرى وعرفت الفقرة 04 من المادة 06 من هذا القانون المورد الإلكتروني بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية " .

فحسب هذا التعريف نجد بأن المشرع قد قام بتضييق مفهوم المورد الإلكتروني حيث قصره على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية وبالتالي استبعاد الفئات التي تتدخل في باقي مراحل عرض السلع أو الخدمات، كالإنتاج، والإستيراد، والتخزين، والنقل، والتوزيع (46).

والسلع أو الخدمات التي تكون محلا للمعاملات، والتي يتم توفيرها وعرضها من قبل المورد واقتناؤها عن طريق وسائل الإتصال الإلكترونية تعتبر محلا للإستهلاك الإلكتروني متى توافرت فيها الشروط المطلوبة طبقا للقانون المدني وقانون حماية المستهلك .

فقد عرف المرسوم التنفيذي رقم (90 - 39)⁽⁴⁷⁾ المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش السلع في الفقرة 02 من المادة 02 منه بأنها " كل منقول يمكن وزنه أو كيله أو تقديره بالوحدة ويمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية "، كما عرفها المشرع في الفقرة 17 من المادة 03 من القانون 09- 03 بأنها " كل شئ مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا " .

وطبقا لما سبق نجد بأن السلع تتمثل فقط في الأشياء المادية المنقولة، والتي تكون بمقابل أو مجانا، ويستبعد من مفهوم السلع العقار، والأشياء المنقولة المعنوية⁽⁴⁸⁾.

إلا أنه في عالم الاتصالات الإلكترونية خاصة الإنترنت ، وفي أسواقها الافتراضية يمكن أن تكون السلع محل العقد الإلكتروني أشياء معنوية رقمية أو ما يدعي بالمصنفات الفكرية كبرامج الحاسوب ، وقد ذكر المشرع أمثلة لهذه المصنفات في المادة 04 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق الجوارية⁽⁴⁹⁾.

والتي يتم نشرها الكترونيا، وهذه يمكن اقتنائها عبر شبكة الإنترنت وتكون محل استهلاك الكتروني إلا أن المشرع لم يتخذ أي موقف منها .

أما الخدمة فهي حسب الفقرة 04 من المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90 - 39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش " كل مجهود يقدم ما عدا تسليم منتج ولو كان هذا التسليم بمجهود المقدم وعماله "

كما أن الفقرة 16 من المادة 03 من القانون 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش عرفت الخدمة بأنها " كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى لو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة "

والمتدخل أو المورد الإلكتروني قد يكون شخصا طبيعيا كما قد يكون شخصا معنويا، وهذا الأخير إما شخص معنوي خاص كالشركات والجمعيات ، أو شخص معنوي عام كالمؤسسات العمومية ، فإذا كان دخول الشخص المعنوي الخاص ضمن مفهوم المتدخل أمرا سار من المسلمات ، فإن دخول فكرة الشخص المعنوي العام (المؤسسات العمومية) ضمن مفهوم المتدخل يتطلب بعض التوضيحات :

فبالنسبة للمرافق العامة الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري ، والتي هي عبارة عن هيئات عمومية تخضع للقانون العام حسب ما جاء في القانون المؤرخ في 12 جانفي 1988 (الملغى)، و المتضمن توجيه المؤسسات العمومية ، وقد عرفت المادة 4 من الأمر رقم 01 - 04 المؤرخ في 20/08/2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وخصصتها بأنها " شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام ، أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة أو غير مباشرة ، وهي تخضع للقانون العام وهي تخضع في إنشائها وتنظيمها وسيرها للأشكال التي تخضع لها شركات رؤوس الأموال

المنصوص عليها في القانون التجاري، أي شركات المساهمة (50) كالمؤسسة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، والمؤسسة الوطنية للكهرباء والغاز، أو المؤسسة الوطنية للمياه، و بريد الجزائر.

وقد صار هذا النوع من المؤسسات اليوم - في ظل اقتصاد السوق - في علاقة تجارية بحتة مع المنتفعين أي المستهلكين، حيث اضطرت هذه المؤسسات للدخول في معترك المنافسة مع الأفراد والمجموعات الخاصة لاستقطاب الزبائن (المستهلكين) بعد أن كان توفرهم لها مضمون فيما مضى، مستعملة في ذلك أساليب التسويق الحديثة كالإشهار وغيره، حتى أصبح المرفق العام الاقتصادي لا يقدم أداء عاما يهدف إلى تحقيق النفع العام، بقدر ما يقدم خدمة أو منتجاً أكثر فردية ويهدف أساساً إلى إرضاء المنتفع أي المستهلك، يضاف إلى ذلك أن اعتبار المشرع المؤسسات العمومية الاقتصادية شركات تجارية وبالتالي خضوعها لقواعد القانون الخاص، وفي هذا الصدد نصت الفقرة 01 من المادة 45 من القانون 88 - 01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية (الملغى جزئياً) (51) على أنه " تخضع الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقتها مع الدولة، وتعد تاجرة في علاقتها مع الغير، وتخضع لقواعد القانون التجاري..." مع بقائها شخصاً من أشخاص القانون العام باعتبار أن الدولة تملك غالبية رأس مالها، وهذا ما يبرر إدخالها ضمن مفهوم المتدخل واعتبار المنتفعين من خدماتها مستهلكون يستفيدون من الحماية التي قررها لهم القانون 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

أما فيما يخص المرافق العامة الإدارية فهي نوعان:

مرافق عامة إدارية تقدم خدماتها بصفة مجانية كمرفق العدالة، والديوان الوطني للخدمات الجامعية ومرفق الأمن الوطني. ومرافق عامة إدارية تقدم خدماتها بمقابل كالمستشفيات.

فإذا كان الإجماع منعقد بين فقهاء القانون على أن النوع الأول من المرافق العامة الإدارية لا تخضع لأحكام قانون الاستهلاك ولا يمكن اعتبار المستفيدين من خدماتها مستهلكين، فإن النوع الثاني من هذه المرافق والتي تقدم خدماتها بمقابل يمكن، حسب الفقه الفرنسي إخضاعها لقواعد حماية المستهلك واعتبار المنتفعين من خدماتها لأغراض غير مهنية بمثابة مستهلكين يتمتعون بحماية قواعد قانون الاستهلاك لهم (52).

الفرع الثاني: معايير تمييز المتدخل عن المستهلك الإلكتروني

رأينا فيما سبق، بأن مفهوم المستهلك يختلف تماماً عن مفهوم المتدخل، والرابط الوحيد بينهما هو العلاقة العقدية الإلكترونية، فبينما تكون غاية المستهلك من هذه العلاقة هي تلبية حاجته الشخصية وحاجيات من يعولهم، يكون تعاقده المتدخل في إطار عمله غايته البحث عن تحقيق الربح، بالإضافة إلى أن تصرف المستهلك هو تصرف عابر وليس دائم يلتجئ إليه - فقط - لتلبية احتياجه واحتياج من يعوله. أما المتدخل فهو شخص محترف في المجال الذي يمارس فيه نشاطه مهما كان هذا

النشاط - فكل من يقوم بدور في العلاقة الإنتاجية من بدايتها إلى عرض المنتج للإستهلاك - والذي يقوم باستمرار ويجعله مهنة له، ومصدر رزقه. وعلى هذا الأساس وضعت معايير للتمييز بين المستهلك والمتدخل نجمها في الآتي :

الفقرة الأولى: معيار الإحتراف

يعتبر معيار الإحتراف معيارا أساسيا للتمييز بين المستهلك وبين المتدخل، وهو أيضا من أهم الشروط لإكتساب صفة التاجر، والذي يقصد به ممارسة الأعمال التجارية بصفة دائمة ومستمرة، واتخاذ هذه الأعمال مهنة ومورد رزق، أو هو توجيه النشاط بشكل رئيس ومعتاد للقيام بعمل معين بغية تحقيق الربح (53)، وفي هذه الحالة يكفي لإعتبار الشخص متدخلا (موردا) أن يحترف العمل المرتبط بمهنته دون أن يكون تاجرا (54) بمفهوم القانون التجاري، وإنما يعتبر متدخلا أي مورد الكتروني في مواجهة المستهلك الإلكتروني.

الفقرة الثانية: معيار الربح

هذا المعيار أحد المعايير المعول عليها في التمييز بين المستهلك والمتدخل، كما أنه أهم معايير تمييز العمل التجاري وبالتالي إكتساب صفة التاجر المعلوماتي سواء كان الشخص المتدخل طبيعيا أو معنويا، والذي يمارس نشاطه عبر شبكة الإنترنت أو الواب أو أية وسيلة إلكترونية.

فإذا كان المستهلك من وراء تعاقدته يسعى إلى إشباع احتياجه وإحتياجات من يعولهم أو الآخرين، فإن المتدخل يهدف أساسا إلى تحقيق الربح عن طريق تدخله في عملية عرض السلع والخدمات للإستهلاك بغرض الحصول على مقابل يتمثل في شكل أرباح أو أتعاب مقابل السلعة أو الخدمة التي يقدمها. وهذا من بين ما يميز بينهما .

الخاتمة

حظي مفهوم كل من العقد الإلكتروني والمستهلك والمتدخل الإلكترونيين باهتمام كبير من قبل المشرع والباحثين القانونيين لما لهذا العقد من أهمية كبيرة في الحياة العملية بين الأشخاص، وخاصة منها التجارية، وهي عصب الحياة الاقتصادية في المجتمع، والتي طغت عليها تقنيات تكنولوجيا الإعلام والاتصال الحديثة التي قربت المسافات واختصرت الزمن ويسرت التواصل بين الأشخاص.

كما أن المركز القانوني لكل من المستهلك والمتدخل يمتاز بنوع من الحساسية في العلاقة القانونية التي تربطهما، فعقداهما عقد إلكتروني ذو طبيعة خاصة إذ يتم عن بعد بواسطة الوسائط الإلكترونية، دون الحضور الشخصي والمادي، والمعاناة الفعلية من قبل المستهلك لمحل أو موضوع العقد، كما أنهما طرفان في العقد الإلكتروني غير متساويان من حيث المركز الاقتصادي، إذ أن المستهلك يكون هو الطرف أو المتعامل الضعيف الذي لا يملك القدرة أو الخبرة في أبرام العقود ، في مقابل المتدخل الذي يحتل

مركز إقتصادي أقوى بسبب ما يتمتع به من خبرة ودراية فيما يخص إستعمالات وخدمات وسائل الإتصال الإلكترونية والإستفادة منها لمصلحته. ولهذا حصر المشرع مفهومهما وحدده تفاقيا وحماية لكل طرف وخاصة الطرف الضعيف.

أما عن النتائج التي يمكن استخلاصها من هذا البحث فتتمثل فيما يلي :

- أن كل التعاريف التي قدمت للعقد الإلكتروني، الفقهية منها والتشريعية، اتفقت على كونه، العقد الذي يتم إبرامه عن بعد، بوسائط إلكترونية دون الحضور الفعلي والمادي للمتعاقدين .

- أن مفهوم كل من المستهلك والمتدخل الإلكترونيين هو نفسه مفهوم المستهلك والمتدخل التقليديين، ولا يفترقان إلا من حيث وسائط التعاقد.

- معظم التشريعات الوطنية، قد عرفت المستهلك والمتدخل ومنها القانون الجزائري، والذي إعتد التعريف الضيق للمستهلك، وذلك حسب ما جاء في الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون 09 – 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، معتمدا على معيار الإستعمال النهائي للمنتوج الخاص بالمستهلك ومن يعوله.

- أن مفهوم المستهلك والمتدخل ينطبقان على كل من الشخص الطبيعي والشخص المعنوي مهما كانت طبيعة هذا الأخير.

- إن معايير التمييز بين المستهلك والمتدخل قد جاء الاتفاق عليها، وهي معيار الإحتراف مهما كانت طبيعة النشاط أو المهنة التي يمارسها المتدخل، ومعيار الربح. وفي الأخير نقترح على المشرع الجزائري توحيد المصطلحات المستعملة في مفهوم المستهلك الإلكتروني وأن يتخذ منها موقفا موحدا لهذا المفهوم.

المراجع

- (1) – الجريدة الرسمية، العدد 28 الصادر في 16 ماي 2018.
- (2) – أحمد رباحي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، الجزائر، المجلد، 5 العدد 2، ص 99.
- (3) – أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، 2003، ص 39.
- (4) – زهير بن خضرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الجزائر(1)، 2015 – 2016 ، ص14.
- (5) – عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، مصر، 2002 ص45.
- (6) - Olivier meau. L'internet et le droit. Aspects juridiques du commerce électronique ed.eyrolles. Paris 1996 P.23
مشار له لدى بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر ، 2014 – 2015 ، ص 27 .
- (7) – زهير بن خضرة، المرجع السابق، ص11.
- (8) – أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق ، ص39.
- (9) – خالد ممدوح براهيم، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2006 ، ص52.

- (10) - عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 49.
- (11) - مشار له لدى بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 27.
- (12) - الصادر عن الجلسة العامة رقم 85 للجمعية العمومية للأمم المتحدة في 06 ديسمبر 1996.
- (13) - www.unicitral.org - تاريخ الإطلاع 2018-12-06.
- (14) - محمد خميخ، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة - أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2016 - 2017، ص 18.
- (15) - بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 26.
- (16) - مليكة جامع، حماية المستهلك المعلوماتي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، الجزائر، 2017 - 2018 ص 9.
- (17) - مليكة جامع، المرجع نفسه، ص 13.
- (18) - مفهوم المستهلك، منظمة الحريات للتواصل بين موظفي قطاع العدل بالمغرب
تم الإطلاع عليه في 2018- 12-08 www.Alhoriyatmaroc.yoo7.com
- (19) - هامل هوارى، دور الجمعيات في حماية المستهلك، مجلة العلوم القانونية والإدارية - عدد خاص - مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 35.
- منال (حنين) شعباني، التزامات المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير في المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2012 ص 26.
- (20) - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 24.
- (21) - عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعامل الإلكتروني - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009 ص 8.
- (22) - إبراهيم محمود يوسف المبيضين، الحماية المدنية للمستهلك في عملية التعاقد الإلكتروني، مجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، مصر، المقال (7)، المجلد (18)، العدد (1)، 2016 ص 607.
- (23) - محمد بودالي، المرجع السابق، ص 24.
- (24) - الصادق صياد، حماية المستهلك وفق الطرق المتعلقة بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير، جامعة قسنطينة (1)، الجزائر، 2013، ص 34.
- (25) - راجع مختار بن قوية، دور العلامة في حماية المستهلك، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر (1)، يوسف بن خدة، 2016، ص 11-12.
- (26) - أحمد محمد محمود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الإحتكار، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2005، ص 58.
- (27) - أحمد محمد محمود علي خلف، المرجع نفسه، ص 23-25.
- (28) - شعباني (حنين) منال، المرجع السابق، ص 27.
- (29) - مختار بن قوية، المرجع السابق، ص 12.
- (30) - عبد الله ذيب عبد الله محمود، المرجع السابق، ص 12.
- (31) - الجريدة الرسمية العدد 05 لسنة 1990.
- (32) - سفيان شبة، حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة و القانون، الجزائر، العدد 4، جانفي 2011، ص 227.
<https://revues.univ.ouargla.dz> تاريخ الإطلاع 2018-12-19
- (33) - الجريدة الرسمية العدد 41 لسنة 2004.
- (34) - الجريدة الرسمية العدد 46 لسنة 2010.

- (35) – الجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة في 08 / 03 / 2009.
- (36) – الجريدة الرسمية العدد 28 صادرة في 16 مايو 2018.
- (37) – أنظر الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 28 / 04 / 1987 ، مشار له لدى أحمد محمد محمود علي خلف ، المرجع السابق ، ص 59، ومختار بن قوية، المرجع السابق، ص 23.
- (38) – حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى 1997، ص 38-39.
- (39) – المطيري مساعد زيد عبد الله، الحماية المدنية للمستهلك في القانون المصري والكويتي ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة، مصر 2007 ص 46.
- (40) – عبد الله ذيب عبد الله محمود، المرجع السابق ، ص 20.
- (41) – مليكة جامع، المرجع السابق ، ص 16.
- (42) – دينا محمود حبال، حماية المستهلك المتعاقد عن بعد، بحث علمي قانوني مقدم لنيل لقب أستاذ محاماة ، فرع دمشق، سوريا
تمّ الإطلاع عليه في 2018-12-20
www.Arablawinfo_2007.com
- (43) – الأمر رقم 75 – 59 المؤرخ في 26 / 09 / 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 101 لسنة 1975.
- (44) v- art liminaire de code de consommation مشار له لدى مليكة جامع ، المرجع السابق ، ص 19.
- (45) - الجريدة الرسمية العدد 40 صادرة في 15 سبتمبر 1990 (الملغى).
- (46) - رشيدة أكسوم علام، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، أطروحة دكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون : تخصص قانون خاص داخلي – جامعة مولود معمري، تيزي وزو – الجزائر، 2018 ص 26.
- (47) - الجريدة الرسمية العدد 05، صادرة في 31 يناير 1990.
- (48) - رشيدة أكسوم علام، المرجع السابق ص 39.
- (49) – الجريدة الرسمية العدد 44، صادرة بتاريخ 23 حويلية 2003.
- (50) – أحسن بوصقبة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص – جرائم الموظفين– جرائم الأعمال – جرائم التزوير ، الجزء الثاني ، طبعة 2004 ، دار هومة ، الجزائر، ص 13.
- (51) – الجريدة الرسمية عدد 02، صادرة في 13 يناير 1988.
- (52) - محمد بودالي مدى خضوع المؤسسة العامة ومرتقيها لقانون حماية المستهلك – مجلة إدارة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر العدد 24، 2002، ص 55 وما بعدها.
- (53) – مليكة جامع، المرجع السابق، ص 20.
- (54) – عبد الله ذيب عبد الله محمود، المرجع السابق ، ص 46.