الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة وهران
كلية الحقوق

حماية المستهلك من الشروط التعسفية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال المقارن

من إعداد :
سويلم فضيلة

تحت إشراف:
أ. كحلولة محمد

لجنة المناقشة :

الأستاذة : زناكي دليلة	أستاذة التعليم العالي	رئيسا
الأستاذ : كحلولة محمد	أستاذ التعليم العالي	مشرفا و مقررا
الأستاذ : تشوار الجيلالي	أستاذ التعليم العالي	مناقشا
الأستاذة : ناصر فتيحة	أستاذة محاضرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2010 – 2011

إهداء

إلى أبي و أمي أطال الله في عمرهما .

إلى كل أفراد العائلة.

والى كل من ساعدني في انجاز هذه المذكرة.

أدى التقدم العلمي و التكنولوجي في مجالات الصناعة و الإنتاج المختلفة، الذي شهدته المجتمعات المعاصرة إلى تطور ملحوظ في مجال الاستهلاك، وذلك من خلال تزايد إنتاج السلع و الخدمات المعروضة للاستهلاك، و على ضوء هذه التحولات الاقتصادية أصبح الفرد مستهلكا في مختلف جوانب حياته لتلبية احتياجاته من هذه السلع و الخدمات، فهو يعقد يوميا العديد من العلاقات التعاقدية مع المحترفين، إلا أن هذه العلاقات لا تكون عادة متوازنة[1]، نظرا لما يتميز به العون الاقتصادي أو المحترف مقدم السلعة أو الخدمة من قوة اقتصادية و إختصاص و خبرة في مجال المعاملات الاستهلاكية التي يبرمها مع المستهلك، و في ظل هذه الظروف أصبح المحترف يتمتع بمركز أقوى بالمقارنة مع المستهلك المتعامل معه الذي يجد نفسه في مركز أضعف[2].

لقد اتسع مجال ضعف المستهلك في المجتمع الاستهلاكي بإتساع نطاق المعاملات الاستهلاكية المبرمة بينه و بين المحترف[3]، و ذلك نتيجة لتقدم و تطور الحياة الاقتصادية و الاجتماعية لأفراد المجتمع، حيث أصبح الجانب الاقتصادي و التقني يشكل القاعدة الأساسية التي تحكم العلاقات التعاقدية، مما أدى إلى إنعدام التكافؤ بين حقوق و التزامات المتعاقدين و عدم المساواة بين مراكزهم القانونية.

إن عدم المساواة بين أطراف العقد ليست وليدة الوقت الراهن، بل هي قديمة قدم العلاقات التعاقدية، غير أنها قد إتخذت مظهرا آخرا مختلفا في الوقت الحاضر، خاصة مع إنتشار العقود التي تربط بين المحترفين والمستهلكين، فلم يعد عدم المساواة ناتج فقط عن ضعف طبيعي بل أصبح يوصف بالضعف الوظيفي.

في الواقع، إن ما يتمتع به المحترف من وضعية اقتصادية و اجتماعية قوية تسمح له بفرض شروط العقد مسبقا على المستهلك، و من هنا يظهر جليا ضعف المستهلك في مواجهة المحترف، و هذا الضعف الذي يعاني منه المستهلك هو ضعف وظيفي، و ذلك بحكم وظيفته التي يؤديها في العملية الاقتصادية، التي تجعله يخضع للشروط المفروضة عليه من قبل المحترف، حيث تعد هذه الوظيفة ضرورية و حيوية لا يمكن الاستغناء عنها، سواء بالنسبة للمستهلك بصفة خاصة أو للاقتصاد بصفة عامة.

يظهر ضعف المستهلك في علاقته بالمحترف عند تعاقده معه، و ضرورة التعاقد هذه ناتجة عن حاجة المستهلك إلى الاستهلاك، الأمر الذي يفرض عليه الخضوع لشروط

---

[1]- V. LAMY, *Droit de l'entreprise*, Lamy S.A., 2000-2001, n° 4-219, p. 596 ; O. CARMET, *Réflexions sur les clauses abusive au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978*, R.T.D. com., 1982, p. 01.

[2]- فاروق العربي، دور التشريعات في إقامة التوازن بين المستهلك و التاجر، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998، ص. 2.

[3]- بن حميدة نبهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007، ص. 03.

المحترف، و على هذا الأساس يوصف هذا الضعف قانونيا بالضعف التعاقدي للمستهلك[1].

تعتبر عدم المساواة بين أطراف العقد أهم مظهر من مظاهر العقد المبرم بين المستهلك و المحترف و التي تعد في الحقيقة نتيجة الظروف المغايرة التي يتم فيها إبرام هذا النوع من العقود، فاختلال التوازن العقدي في هذه الحالة ناتج عن عدم تكافؤ بين مراكز كل من المستهلك الذي تدفعه ضرورة الاستهلاك إلى التعاقد و المحترف الذي يستغل مركزه القوي و حاجة المستهلك الملحة للسلعة أو الخدمة، في فرض شروطه التي تحقق مصلحته الشخصية على حساب حقوق المستهلك[2].

لقد بلغت عدم المساواة بين طرفي العقد ذروتها مع سيادة المذهب الفردي الذي ابتدع جملة من الوسائل و المبادئ التي تسمح بتكريس عدم المساواة في جميع المجالات، أهمها مبدأ سلطان الإرادة[3] في مجال العقود، و الذي يقضي بإحترام كل من التشريع و القضاء للعقود، و بعدم التدخل في الرابطة العقدية حتى و إن إتسمت بعدم التوازن لمصلحة أحد الطرفين[4].

من هنا يتضح أن المذهب الفردي لم يأخذ بعين الاعتبار اختلاف الأشخاص عن بعضهم البعض، خاصة و أن هذا الاختلاف في تزايد مستمر كلما ازدادت المجتمعات تحضرا، فبقدر تطور الاقتصاد بقدر ما تزداد عدم المساواة بين الأشخاص، حيث أثبت الواقع أن طرفي العلاقة التعاقدية ليسوا في الحقيقة سوى طرف قوي يفرض ما يشاء على الطرف الضعيف، ليتحول العقد في النهاية من أداة عدالة إلى أداة ظلم و ضغط[5].

إن التطور العلمي و التكنولوجي الذي ساعد على وجود إنتاج متدفق من السلع و الخدمات، إضافة إلى تزايد عدد المستهلكين، قد أدى بصورة مباشرة إلى إتساع المعاملات خاصة التي تربط بين المستهلك و المحترف، و التي أصبحت تتم بسرعة فائقة في الوقت الراهن، و قد صاحب ذلك حدوث تغيير جذري و تطور في طرق و وسائل التعاقد، الأمر الذي أدى إلى عدم إستطاعة أطراف العقد، و لاسيما المستهلك من إجراء دراسة متأنية و القيام بمفاوضات و مناقشات لبنود العقد قبل التعاقد.

---

[1]- غمري عز الدين، حماية الرغبة المشروعة للمستهلك في القانون الجزائري، دراسة مقارنة – المطابقة و الضمان -، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران – السانيا-، 2004-2005، ص. 8.

[2]- غمري عز الدين، حماية الرغبة المشروعة للمستهلك في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 10.

[3]- يعد مبدأ سلطان الإرادة من نتائج المذهب الفردي الذي يقدس الحرية الفردية، والذي يعتبر الفرد هو محور المجتمع، فالهدف من تنظيم المجتمع في نظر هذا المذهب هو حماية الفرد وتحقيق مصلحته الخاصة، و طالما كان الإنسان حراً فإن إرادته يجب أن تكون كذلك، وهذه الإرادة الحرة هي وحدها التي تملك إنشاء العقد وهي التي تملك أيضاً تحديد آثاره بمنأى عن أي قيد يرد في القانون.

[4]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007، ص. 01.

[5]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 02.

في ظل هذه الظروف و التطورات، أصبح التعاقد يتم عن طريق التوقيع بصورة تلقائية دون مناقشة لشروط العقد[1]، الأمر الذي أدى بالمحترفين إلى تحرير نماذج للعقود معدة مسبقا[2]، تتضمن كل شروط العقد المراد إبرامه سلفا، و ما على المستهلك إلا التوقيع عليها، إذا أبدى الرغبة في التعاقد، دون السماح له بتعديل هذه الشروط[3].

قد يظهر في الوهلة الأولى أن إعداد هذه النماذج مسبقا يكون في صالح المستهلك، مما يساعده على ربح الوقت و الحصول على السلعة أو الخدمة بأقل مجهود، غير أن الواقع يثبت خلاف ذلك، فقد أدى انتشار نماذج العقود تدريجيا إلى عدم التوازن المفرط بين مركزي كل من المستهلك و المحترف، مما يمس من اعتبارات العدالة العقدية التي ينبغي أن تتم بها العلاقات العقدية.

في الواقع، يتولى إعداد هذه النماذج مجموعة من الخبراء في مجال التعاقد، حيث يقومون بتضمينها عددا من الشروط التي تحقق مصالح المحترفين، و تخفف عنهم أكبر قدر ممكن من الالتزامات الملقاة على عاتقهم، مما يؤدي إلى إختلال المساواة بين مراكز المتعاقدين بصورة تؤثر على توازن العقد و عدالته، و يرجع ذلك إلى طريقة إعداد هذه النماذج[4] التي تتم في غياب أي رقابة إدارية أو قانونية، خاصة و أن ما تتميز به شروط هذه النماذج في الغالب من صعوبة في الفهم، قد أدت إلى عدم إهتمام المستهلكين بقراءتها[5].

و من ثم لجأ المحترفين إلى إيراد الشروط التي تخدم مصالحهم في هذه العقود التي يبرمونها مع المستهلكين، و هكذا أصبحت إحدى أدوات ممارسة هذه القوة الاقتصادية هو ما يدرجه المتعاقد القوي من شروط تتصف بالتعسف و الإجحاف سميت بالشروط التعسفية، و التي عرفت تنوعا و اتساعا في مداها و انتشارا مذهلا خاصة في مجتمعات الدول الصناعية التي تعرف إنتاجا و توزيعا جماهريا[6].

إن غياب التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية التي تربط بين المستهلك و العون الاقتصادي أو المحترف، و ذلك بحكم الظروف الاقتصادية والاجتماعية لأحدهما، يعكسه وجود طرف "المحترف" في وضعية أقوى اقتصاديا وماليا وفنيا وقانونيا[7] ناتج عن وضعه المهيمن في السوق أو احتكار للسلعة أو الخدمة، أو على الأقل سيطرته عليها

---

[1]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 322.

[2]- و هكذا أصبح اللجوء إلى العقود المعدة مسبقا أمرا حتمياً لا غنى عنه من الناحية الاقتصادية، خاصة في ظل الكثافة و السرعة التي تتم بهما المعاملات، و اللذان أديا إلى إستخدام هذه العقود على نطاق واسع.

[3]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 322 و 323.

[4]- و ذلك إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، و التي تعد من أهم نتائج مبدأ سلطان الإرادة، طالما أن العقد غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة.

[5]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 323 و 324.

[6]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 2.

[7] - M. FONTAINE, *Rapport de synthèse*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996, p.614.

سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق بتأثير عوامل الإنتاج والتوزيع، وكذا بامتلاكه للمعلومات بشأن أساليب أو خصائص إنتاج أو تداول السلعة أو الخدمة، أو معرفته المعمقة والدقيقة بقانون وشروط العقد.

في الواقع، تزداد حصيلة هذه المعلومات مع التطور العلمي و التكنولوجي، و مهما كان وعي المستهلك و تمتعه بخبرات معينة، إلا أنه غالبا ما يجد نفسه أمام محترف أكثر علم و خبرة منه بمجال المعاملة، و بذلك فإن إختلاف المراكز التعاقدية نتيجة اختلال موازين القوى أدى إلى استغلال الطرف الضعيف[1] من قبل القوي، و قد ساهم في ذلك :

- جهل المتعاقد الضعيف " المستهلك" بمجال المعاملات الاستهلاكية نتيجة تعاقده خارج تخصصه.
- انتشار الشروط التعسفية في العقود نتيجة إنفراد الطرف القوي " المحترف" بتنظيم شروط العقد كاملة بطريقة موحدة بالنسبة لجمهور المستهلكين.
- اعتقاد المتعاقد الضعيف بصفة خاطئة إما بقانونية أو شرعية الشروط النموذجية أو بكونها موحدة في السوق.
- صعوبة فهم الوثائق التعاقدية إما لأسباب راجعة للطرف الضعيف أو لسوء صياغة العقد.
- عدم إعلام المتعاقد الضعيف بشروط العقد، و عدم منحه الوقت الكافي للإطلاع عليها، و مقارنتها مع الشروط المعروضة من طرف المحترفين.
- حاجة المستهلك الضرورية أو الملحة للسلعة أو الخدمة إما واقعا أو قانونا.

لقد أدت الرغبة في تشجيع حرية التجارة و الصناعة في ظل انتشار النظام الرأسمالي[2]، إلى ترسيخ مبدأ سلطان الإرادة، و بالتالي فقد خلت التشريعات من أي قواعد تحقق الحماية للمستهلك، غير أن تطور الحياة الاجتماعية و الاقتصادية عن طريق تطور وسائل الإنتاج و تقديم الخدمات و زيادة الاستهلاك، و ما رافق ذلك من مساس بحقوق المستهلك، أدى إلى ضرورة تدخل القوانين لتحقيق الحماية و العدالة بين طرفي العقد، و نتيجة لذلك نشأت الحاجة إلى حماية المستهلك[3].

---

[1] -A. SINAY-CYTERMANN, *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996, p. 261.

- J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996, n° 13, p .9.

- J. GHESTIN, *Traité du droit civil, La formation du contrat*, L.G.D.J., 3ème éd., 1993, p. 53.

[2]- و الذي بمقتضاه تمتنع الدولة عن التدخل في الحياة الاقتصادية على إعتبار أن قانون العرض و الطلب هو الذي يحقق التوازن المطلوب.

[3]- ظهرت أهمية صدور قانون خاص بحماية المتهلك بصفة خاصة بعد إنحسار دور القطاع العام في الأنشطة الانتاجية و التوزيعية و التسويقية، الذي حل محله دور القطاع الخاص، حيث إتسع نطاق المبادرة الفردية في هذه الأنشطة على حساب دور الدولة في هذه المجالات.

إن عدم التوازن في العلاقة العقدية بين المحترف و المستهلك موجود منذ القدم، و مع ذلك لم تظهر فكرة وجود المستهلك في مواجهة المحترف بمفهومها الحديث إلا منذ ظهور التطور الاقتصادي، حيث أدت المنافسة الحرة بين المشاريع المختلفة إلى كثافة السلع و الخدمات المعروضة للاستهلاك، الأمر الذي أدى بدوره إلى إزدياد التفوق و التفاوت بين مراكز المحترف و المستهلك، و بذلك ظهرت مسألة حماية المستهلك بشكل أقوى و أبرز مما كانت عليه من قبل، كما لم تعد ضرورة الحماية قاصرة على مواجهة المحترف، و إنما إتسعت لتشمل حماية المستهلك في مواجهة تعسف المحترف من إستغلال مركزه الاقتصادي القوي.

يمثل المستهلك الذي أنتجه المجتمع الاستهلاكي كل أفراد المجتمع، و بالتالي تدخل حمايته في مجمل الالتزامات العامة للدولة التي تتكفل بالأمن العام و ضبط و تنظيم علاقات أفراد المجتمع بصفة عامة، و بناء على ذلك فقد أصبحت حماية المستهلك في الوقت الراهن تشكل أهم الواجبات الأساسية للدولة المعاصرة[1]، و التي يقع على عاتقها مسؤولية ضمان تقديم السلع و الخدمات إلى المستهلكين في منأى عن أي تعسف أو إجحاف من طرف المحترفين.

فالدولة إذن مطالبة بتحقيق نوع من التوازن بين اعتبارات المصلحة الاقتصادية العامة و بين مصلحة الفرد، و إلا تغلّبت مصالح المحترفين (الأقوياء) على حساب مصالح المستهلكين (الضعفاء)، و هو ما لا يتفق مع مبادئ العدالة الاجتماعية، و من هنا يظهر أهمية دور الدولة في حماية المستهلك في علاقته غير المتوازنة الناشئة مع المحترفين.

إن إختلال التوازن العقدي المترتب عن وجود الشروط التعسفية في العلاقات التي تربط بين المستهلك و المحترف يزيد من يوم لآخر، و تبعا لذلك يبرز في هذا الإطار دور تدخل الدولة لتحقيق هذا التوازن، من خلال إصدار القوانين و اللوائح اللازمة لحماية المستهلك مما يعترضه في تعاملاته الاستهلاكية من جانب المحترف الأكثر منه خبرة و دراية بطبيعة السلع و الخدمات التي يتم التعامل بها[2]، و بالتالي فإن التشريعات في مجال تعرضها لتحقيق التوازن في العلاقة بين المستهلك و المحترف في ظل المتغيرات الحديثة، تسعى في واقع الأمر إلى وضع ضوابط لإعادة هذا التوازن لصالح الطرف الأضعف في العلاقة الاستهلاكية ألا و هو المستهلك[3].

---

[1]- فاروق العربي، المرجع السابق، ص. 2 : " لقد إمتدت وظيفة الدولة و إتسعت في العصر الحالي لكي تشمل إطارات جديدة لم تكن معهودة مسبقا، و إذا كان المفهوم القديم لوظيفة الدولة يتمثل في الدولة الحارسة التي تسعى لتوفير الأمن و الاستقرار، فقد اتسع هذا المفهوم لكي يحل محله مفهوم جديد يشمل بالإضافة إلى ما سبق، مفهوم الدولة التي تسعى إلى تحقيق رفاهية المجتمع و حماية أفراده."

[2]- عبد الله عبد العزيز الصعيدي، حماية المستهلك في إقتصاد السوق، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998، ص. 2.

[3]- فاروق العربي، المرجع السابق، ص. 2 و 3 ; محمود أحمد الكندري، دور القانون التجاري في حماية المستهلك في الكويت، مجلة الحقوق، العدد 1، 1998، ص. 383.

يقصد بحماية المستهلك ضمان حصوله على حقوقه في مواجهة المحترف، حيث تمتد هذه الحماية لتغطي الكثير من المجالات المتصلة بالنشاطات و الممارسات التجارية، للحفاظ على شفافيتها و نزاهتها، و يعد العمل على تحقيق حماية فعالة للمستهلك - على ضوء ذلك – أمرا يجب معه معالجة كل ما يحيط بتعاملاته مع المحترف[1]، حتى يصبح مؤهلا لأن يؤدي دور إيجابي بوصفه أهم عنصر من عناصر السوق.

في الحقيقة، إن تحديد نطاق حماية المستهلك لا يتوقف على تحديد مفهوم أو معنى الاستهلاك في حد ذاته، و ذلك لأن الاستهلاك[2] لا ينصرف إلى فئة أو طبقة أو مجموعة معينة، إنما هو ضرورة يمارسها المجتمع[3]، و من ثم فإن كافة أفراد المجتمع يندرجون في فئة المستهلكين، و بناء على ذلك يجب عدم الوقوف عند المفهوم الاقتصادي للاستهلاك لتحديد المقصود بالمستهلك[4].

إن الهدف عند رجال الاقتصاد من مرحلتي الإنتاج و التوزيع هو تحقيق الربح و ازدهار السوق، إلا أن ذلك لا يتحقق إلا إذا تم استهلاك السلعة أو الخدمة من قبل المستهلك، و لذلك فقد حضي هذا الأخير باهتمام كبير من طرف رجال الاقتصاد، و قد تجلى ذلك بوضوح من خلال اهتمام المنتجين و الموزعين اهتماما كبيرا به خاصة في مرحلة التسويق و الاستهلاك، و من هنا يطرح التساؤل حول ما إذا كان هذا المستهلك يتمتع بالحماية القانونية الكافية عند ممارسته وظيفة الاستهلاك التي تعد هدف المنتج و الموزع في المؤسسة الاقتصادية؟

لقد تعدى مفهوم المستهلك الإطار الاقتصادي ليدخل الميدان القانوني، حيث إقتضت الضرورة أن يشمل الاهتمام كذلك بالجانب القانوني للمستهلك، من خلال وضع قواعد و أحكام قانونية تحكم العلاقات التي تربط المنتجين و الموزعين (المحترفين) بالمستهلك، و يرجع ذلك بصفة خاصة للخصائص الراهنة التي تتميز بها العقود التي يبرمها المستهلك مع المحترف بهدف سد احتياجاته الأساسية في حياته اليومية، الأمر الذي تطلب إصدار قانون لحماية المستهلك بصفة عامة بوصفه الطرف الضعيف في هذه العقود، و لاسيما حمايته من الشروط التعسفية.

---

[1]- أنور أحمد رسلان، الحماية التشريعية للمستهلك، ندوة حماية المستهلك في الشريعة و القانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998، ص. 3.

[2]- الاستهلاك : هو نشاط اقتصادي يتمثل في إستخدام السلع و الخدمات الإستهلاكية من أجل إشباع الحاجات الإنسانية، و الاستهلاك بهذا المعنى يعتبر نشاطاً إقتصادياً يمارسه جميع أفراد المجتمع، و هو بذلك يختلف عن بقية الأنشطة الاقتصادية الأخرى، كالإنتاج و التوزيع.

[3]- عبد الله عبد العزيز الصعيدي، المرجع السابق، ص. 2.

[4]- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية و حماية المستهلك في عقود التجارة الاليكترونية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2005، ص. 26.

بالرغم من أن المستهلك قد حضي كطرف ضعيف بحماية خاصة من الشروط التعسفية وفقا للقواعد العامة[1]، لا تتعدى بعض الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني[2]، و التي تضمنت وسائل لحماية المتعاقد من الشروط التعسفية المدرجة في عقود الإذعان، عندما يكون في مواجهة متعاقد في مركز أقوى منه، إلا أن هذه الحماية لم ترق إلى المستوى المطلوب، ذلك أن هذه الحماية التي تقتصر على عقود الإذعان التقليدية تطبق على كل متعاقد يكون طرفاً مذعَناً (adhérent) أياُ كانت صفته سواء مستهلكاً أو محترفاً ، و أياُ كان الهدف المقصود من التعاقد[3]، فمن يتعاقد على سلعة أو خدمة بموجب عقد الإذعان لأغراض نشاطه المهني يستفيد من الحماية تماماُ كمن يكون الهدف من تعاقده هو إشباع حاجاته الشخصية[4].

لقد منحت القواعد العامة التقليدية المتعلقة بعقود الإذعان الحماية القانونية من الشروط التعسفية إلى أي طرف متعاقد يتضرر بسبب قيام الطرف الآخر بإدراج شرط تعسفي في هذه العقود - دون تمييز بين المستهلك و المحترف -، غير أن الوضع من الناحية الواقعية يبيِّن أن المحترف يملك في أغلب الحالات، القدرة و الدراية الكافية ليحمي نفسه من الشروط التعسفية، حتى و لو كان أضعف اقتصاديا بالمقارنة مع الطرف المقابل له، و بذلك يمكنه أن يتجنب إدراج هذه الشروط في العقود التي يكون طرفا فيها، و على النقيض من ذلك غالبا ما يكون المستهلك هو المتضرر من هذه الشروط المجحفة.

كما أنه في ظل الظروف الاقتصادية الحديثة و التطور التكنولوجي، أصبحت الحماية التقليدية المقررة لعقود الإذعان وفقا للقواعد العامة تتميز بالنقص و القصور في مجال الشروط التعسفية، لكونها تقتصر فقط على عقود الإذعان بمفهومها التقليدي، و ليس الحديث الذي يشمل عقود الاستهلاك، و بذلك فهي لا تستجيب للمتطلبات المستجدة على العلاقات التعاقدية التي تربط بين المستهلك و المحترف.

فضلا عن ذلك تظهر هذه الحماية غير كافية إلى حد ما لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، نظرا لإعتماد المشرع الجزائري على رقابة القضاء فقط كوسيلة لمكافحة هذه الشروط الواردة في عقود الإذعان، و التي تعتبر في الحقيقة حماية لاحقة على إبرام العقد[5]، و بذلك يعد أبرز عامل محدد لعدم فعالية الحماية التقليدية هو غياب وسائل وقائية تجنب إدراج هذه الشروط في العقود.

---

[1]- تفترض القواعد العامة في إبرام العقود المساواة بين المتعاقدين، غير أنها لا تشترط لصحة العقد تحقيق هذه المساواة أو التوازن بين التزامات و حقوق طرفي العقد.

[2]- المادة 110 و 111 من ق.م.ج.

[3]- يتمتع المتعاقد المذعَن بالحماية القانونية في جميع الحالات طالما توافر في عقده وصف الإذعان.

[4]- محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998، ص. 03.

[5]- بالرغم من تبني المشرع المصري لقانون حماية المستهلك مؤخرا، إلا أنه لم يوفر لحد الآن حماية خاصة للمستهلك من الشروط والتعسفية، و في غياب هذه الأحكام القانونية، يتم مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك باللجوء إلى القواعد العامة في القانون المدني.

نتيجة لذلك، ظهرت الحاجة إلى إيجاد وسائل أكثر تطوراً، من خلال نظم قانونية محددة و حديثة تستهدف حماية المستهلك من الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك، و من هنا جاء تدخل المشرع الجزائري الذي إستحدث نظام قانوني خاص بحماية المستهلك من الشروط التعسفية يمكن تطبيقه على العلاقة التعاقدية التي تنشأ بينه و بين المحترف، سواء عند اقتناء السلعة أو تقديم الخدمة، و ذلك أسوة بنظيره الفرنسي و معظم التشريعات الأوروبية[1]، رغبة منه في توفير حماية أكثر فعالية للمستهلك، تتلاءم مع هذه الظروف المستجدة في مجال العلاقات التعاقدية الاستهلاكية.

إن مشكلة إيجاد وسائل لحماية المستهلك من الشروط التعسفية غالبا ما تثير مسألة فعاليتها، و أيا كانت هذه الوسائل المتخذة، ينبغي أن تتضمن حتما قواعد تراعي بصورة أو بأخرى المركز الخاص بالمستهلك في تعاملاته مع المحترف باعتباره الطرف الضعيف، و من هنا تظهر ضرورة توفير هذه الوسائل و الآليات أكثر إلحاحا بالنسبة للمستهلك.

تأسيسا على ما سبق، فإن الإشكالية التي سيتم مناقشتها في هذا البحث تتمثل فيما يلي : ما مدى فعالية الحماية القانونية المقررة للمستهلك من الشروط التعسفية؟ بتعبير آخر هل الآليات القانونية المستحدثة من قبل المشرع الجزائري كفيلة بأن تضمن الحماية اللازمة للمستهلك في مواجهة هذه الممارسات التعسفية، و تحقيق التوازن للعقود المبرمة بينه و بين العون الاقتصادي؟

إن دراسة موضوع الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، و التي تمثل الإطار العام لهذه الدراسة، تقتضي بالضرورة و لدواعي المقارنة التعرض لنموذج من أهم التشريعات الحديثة التي حاولت معالجة ضعف المستهلك إزاء الشروط التعسفية التي تفرض عليه من قبل المحترف - بهدف توفير الحماية الكافية له - ألا و هو التشريع الفرنسي، بالإضافة إلى إلقاء الضوء و بصورة موجزة على ملامح حماية المستهلك في بعض التشريعات الأوروبية و العربية إجمالا.

يستلزم موضوع حماية المستهلك من الشروط التعسفية الاعتماد على المنهج التحليلي النقدي المقارن، كآلية لبحث مظاهر وآثار هذه الحماية وأهميتها ومدى فعاليتها، و ذلك على ضوء الأحكام القانونية الجزائرية الجديدة، و قانون الاستهلاك الفرنسي، لذلك يظهر من الأهمية دراسة آليات حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية بكافة أبعادها، لبيان موقف المشرع الجزائري اتجاهها، في ظل الظروف

[1]- في ظل تصاعد الرغبة في توفير الحماية للمستهلكين أصدر المجلس الأوروبي في هذا الشأن قراراً في 14 أبريل 1975أطلق عليه "البرنامج الأول للتجمع الاقتصادي الأوروبي نحو حماية وإعلام المستهلكين"، كما صدر في عن المجلس 19 ماي 1981 قرار آخر أطلق عليه "البرنامج الثاني للتجمع الاقتصادي الأوروبي من أجل تنظيم حماية و إعلام المستهلكين". و في ضوء هذه القرارات استشعرت بلدان الإتحاد الأوروبي الحاجة إلى إصدار تشريعات خاصة بمكافحة الشروط التعسفية في العقود الاستهلاكية منذ السبعينات، بدأ بالتشريع الألماني (1976) ثم الانجليزي (1977) و الفرنسي (1978) و هكذا توالى صدور هذه التشريعات من قبل معظم الدول أوروبية.

الاجتماعية و الاقتصادية المعاصرة، و كيفية تحقيق حماية فعالة للمستهلك إزاء هذه الشروط.

إن الإجابة على هذا التساؤل تستدعي الكثير من الإشكالات وثيقة الصلة به، و التي واجهت أغلبية التشريعات المتعلقة بمكافحة الشروط التعسفية يمكن تلخيصها في ما يلي:

من هو الشخص المستفيد من الحماية القانونية، المستهلك فقط أم كل متعاقد يتضرر من الشروط التعسفية حتى و لو كان المحترف؟

هل يمكن أن يستفيد المحترف من الحماية المقررة للمستهلك من الشروط التعسفية، لاسيما و أنها هذه الحماية وجدت في الأساس لمواجهة الممارسات التعسفية التي يفرضها هذا الأخير على المستهلك؟

ما المقصود بمصطلح المستهلك و المحترف أو العون الاقتصادي؟

هل تنصرف الحماية القانونية إلى شروط محددة أم إلى كل شرط يتضمنه عقد معين من العقود؟

هل تشمل الحماية نوع من العقود أم أنها تمتد إلى كل عقد مهما كانت طبيعته؟

ما هو معيار تحديد الطابع التعسفي للشرط؟

ما مدى تأثير الشروط التعسفية على توازن العلاقة العقدية بين المستهلك و المحترف؟

ما هي الآليات التي يوفرها القانون لحماية المستهلك من الشروط التعسفية؟

هل يساهم تعدد وتنوع تقنيات و آليات مكافحة الشروط التعسفية في تحقيق حماية فعالة و حقيقية للمستهلك؟

كل هذه التساؤلات سيتم الإجابة عليها من خلال فصلين : يتضمن الفصل الأول مسألة تحديد نطاق تطبيق القواعد المقررة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، أما الفصل الثاني فيخصص لبحث وسائل و آليات حماية المستهلك من هذه الشروط.

أصبحت مسألة حماية المستهلك من الشروط التعسفية ذات أهمية بارزة لاسيما في الوقت الراهن، خاصة مع إنتشار هذه الشروط في العقود المبرمة بين المحترف و المستهلك، الأمر الذي أدى إلى تدخل التشريعات الحديثة لسن قوانين خاصة بحماية المستهلك من هذه الشروط، و هو ما سار عليه المشرع الجزائري الذي إستحدث أحكام قانونية خاصة بحماية المستهلك من هذه الممارسات التعاقدية التعسفية[1]، و لتحديد نطاق تطبيق هذه الحماية القانونية، ينبغي تحديد مفهوم كل من المستهلك و المحترف، بوصفهما الطرفان الرئيسيان المعنيان بهذه الأحكام القانونية المقررة لمواجهة الشروط التعسفية.(المبحث الأول)

إن مجال تطبيق قواعد حماية المستهلك من الشروط التعسفية، لا يتحدد فقط بالنظر إلى صفة الطرفين المتعاقدين، و إنما أيضا بالنظر إلى العقد المتضمن شروط تعسفية، و تبعا لذلك يتم تطبيق هذه الحماية، في حالة وجود اختلال في التوازن العقدي ناتج عن إدراج شروط توصف بأنها تعسفية، ضمن العقود التي تجمع بين كل من المستهلك و المحترف اللذان يشكلان طرفي عقود الاستهلاك، إذ غالبا ما تعتبر هذه العقود مجالا رحبا لاستغلال المحترف لوضعيته المتميزة من أجل فرض شروطه التي تغلب مصالحه على حساب المستهلك[2]، الذي لا يملك إلا الخضوع لها، الأمر الذي أفرز تفاوت كبير بين مراكز الطرفين(المبحث الثاني).

المبحث الأول : مجال تطبيق الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص

يقتضي تحديد نطاق تطبيق قواعد حماية المستهلك من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص، تحديد الشخص المستفيد من هذه الحماية، غير أن هذه مسألة قد أثارت إشكالا هاما، يتمثل فيما يلي : هل يجب قصر الحماية من الشروط التعسفية على الشخص الذي يوصف بالمستهلك؟ بإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، أم يمكن مدها لتشمل كل متعاقد يتضرر من هذه الشروط[3] -حتى و لو كان عون إقتصادي أو محترف-؟، و لإيجاد حل لهذا الإشكال ينبغي تحديد ما المقصود بالمستهلك الجدير بالحماية القانونية.(المطلب الأول)

---

[1]- راجع القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. 27 يونيو 2004، العدد 41، ص. 03.

[2]- أبو العلا علي أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ط. 1، 1998، ص. 08.

[3]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر، ط. 1، 2007، ص. 119.

بالرجوع للأحكام القانونية[1] المتعلقة بالشروط التعسفية، يستفاد أنه لتطبيق هذه الحماية ينبغي مبدئيا أن يتصف أحد طرفي العقد بالمستهلك و الآخر بالمحترف أو العون الاقتصادي، و لهذا يظهر من الضروري تحديد مفهوم العون الاقتصادي أو المحترف، باعتباره الطرف المقابل في العلاقة التعاقدية مع المستهلك، هذا فضلا عن أن المستهلك ذاته الذي تعنيه هذه الحماية لا يمكن تمييزه إلا بمقارنته مع مصطلح المحترف[2].(المطلب الثاني)

المطلب الأول : تحديد مفهوم المستهلك

يكتسي تحديد مفهوم المستهلك أهمية بالغة، و ذلك لأنه يعتبر معيار لتحديد نطاق تطبيق قواعد حماية المستهلك من الشروط التعسفية سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع، فهو يعد مسألة أولية يتعين توافرها مسبقا لتطبيق قواعد الحماية القانونية، سواء كانت هذه القواعد ذات طابع موضوعي أو إجرائي[3].

يعد مصطلح المستهلك (Consommateur) حديث الظهور في المجال القانوني[4]، فهو بحسب الأصل مصطلح اقتصادي[5]، أما من الناحية اللغوية، فيرجع مصطلح المستهلك إلى العبارة اللاتينية " Consummare "[6]، التي تعني أنهى أو نفذ " " Achever.

الجدير بالذكر، أن المفهوم الاقتصادي للمستهلك قد حضي بالإجماع لدى علماء الاقتصاد الذين عرفوا المستهلك على أنه : " الشخص الذي يستعمل السلع و الخدمات ليفي بحاجاته و رغباته، و ليس بهدف تصنيع السلع الأخرى التي اشتراها "[7]، و على النقيض من ذلك، فإن مفهوم المستهلك في المجال القانوني قد أثير بصدده جدلا فقهيا و قضائيا حادا، الأمر الذي أدى إلى صعوبة تحديد مضمونه، لدرجة أن أغلبية التشريعات

---

[1]- راجع المادة 29 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 27 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. 27 يونيو 2004، العدد 41، ص. 7.

[2] - L. BIHL, *Vers un droit de la consommation*, Gaz. Pal., 1974, II, Doc., p. 756.

[3]- طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم و القضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص. 99.

[4]- في الواقع، لم يحض مفهوم المستهلك باهتمام الفقه القانوني حتى بداية النصف الثاني من القرن العشرين، حيث كان هذا المصطلح مستعملا فقط من قبل علماء الاقتصاد، لكن تزايد استعماله في المجال القانوني خاصة مع بداية حركة الدفاع عن المستهلكين و بتبلور فكرة حماية المستهلكين التي انطلقت من الولايات المتحدة الأمريكية، وانتقلت بعد ذلك إلى الدول الأوروبية لتصبح اليوم مفهوما منتشرا في الكثير من الدول.

[5]- عرف علماء الاقتصاد الاستهلاك على أنه : المرحلة الأخيرة من مراحل الدورة الاقتصادية - بحيث تمثل الغاية من هذه الدورة - ، و التي تتميز عن مرحلتين سابقتين و هما : الإنتاج و التوزيع اللتين تهدفان إلى جمع (تحصيل) و تحويل و توزيع الثروات.

[6]- J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, D., 5 édi., 2000, n° 6, p. 6 : « consommer vient du latin consummare, qui signifie accomplir, achever. La consommation achève le processus économique.»

[7]- بودالي محمد، مدى خضوع المرافق العامة و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 33.

المتعلقة بحماية المستهلك لم تتعرض لتعريفه، و تبعا لذلك فقد تباينت التعاريف حول إيجاد مفهوم محدد لهذا المصطلح.

عموما، يتنازع تحديد المقصود بالمستهلك إتجاهين أساسيين[1]، أحدهما يعتد بالهدف أو الغاية من التصرف، حيث يتعين أن يكون هذا التصرف بعيداً عن نشاط الشخص المهني، لذلك ينظر الفقه إلى هذا الإتجاه على أنه يضيق من نطاق مفهوم المستهلك، حيث يقصر الاستفادة من الحماية على طرف محدد في العقد ألا و هو المستهلك الذي يعد وحده الجدير بالحماية القانونية.(الفرع الأول)

أما الإتجاه الآخر، فهو يعتد بصفة الشخص كطرف ضعيف و جاهل في مواجهة طرف أقوى منه حتى لو كان محترف، حيث ينظر إليه على أنه شخص يتصرف خارج نشاطه المهني دون إعتبار للغاية من هذا التصرف، وعليه فإن هذا الإتجاه يوسع من نطاق مفهوم المستهلك لتشمل الحماية كل متعاقد يتضرر من الشروط التعسفية مهما كانت صفته، و دون تمييز بين المستهلك و المحترف.(الفرع الثاني)

الفرع الأول : التعريف الضيق للمستهلك

يعتبر الاتجاه الذي يضيق من مفهوم المستهلك هو السائد في كل من التشريع و الفقه و كذا القضاء، و يقصد بالمستهلك حسب هذا المفهوم : " كل شخص يتعاقد بقصد إشباع احتياجاته غير المهنية من السلع أو الخدمات "، و قد أخذت به أغلبية التشريعات التي إهتمت بحماية المستهلك، و يعد هذا التعريف المقيد لفكرة المستهلك في نظر غالبية الفقه هو الأقرب إلى بيان ذاتية المستهلك، فضلا عن تميزه بالبساطة و الدقة القانونية مما ييسِّر مسألة تطبيقه بما يوفره من حماية للمستهلك[2].

يظهر جليا من إستقراء الأحكام القانونية المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، أن المشرع الجزائري[3] قد تبنى موقف غالبية التشريعات التي أخذت بالمفهوم الضيق للمستهلك[4]، حيث عرف المستهلك على أنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا مقدمة للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت و مجردة من كل طابع مهني"[5].

---

[1] - D. FERRIER, *La protection des consommateurs*, D., 1996, p. 13 et 14 :« au sens juridique, le consommateur peut être défini soit de manière stricte à travers la finalité de l'acte qu'il accomplit, soit de manière souple à travers sa qualité de profane face à un professionnel agissant pour les besoins ou dans le cadre de sa profession.»

[2]- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص. 77.

[3]- راجع المادة 03 الفقرة 2 من القانون 04-02 السالف الذكر.

[4]- لقد أورد المشرع الجزائري تعريف للمستهلك، و ذلك على خلاف بعض التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك، التي تركت أمر التعريف للفقه و القضاء، كالتشريع الفرنسي.

[5]- لقد ضيق المشرع الجزائري من مفهوم المستهلك بموجب القانون رقم 04-02، و ذلك على خلاف التعريف الواسع الواسع الوارد في المادة 3 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش، و التي

تجدر الملاحظة إلى أن هذا التعريف القانوني للمستهلك مطابق للتعريف المقترح من طرف لجنة إعادة صياغة قانون الاستهلاك الفرنسي[1] التي عرفت المستهلك على أنه هو : " الشخص الطبيعي أو المعنوي للقانون الخاص الذي يقتني أو يستعمل مال أو خدمة لغرض غير مهني"[2]، مع العلم أن هذا التعريف لم يتم تبنيه من قبل المشرع الفرنسي، نتيجة لذلك صدر قانون الاستهلاك في 1993 خاليا من تعريف المستهلك.

يستخلص من التعريف الذي أورده المشرع الجزائري، أن هناك عدة شروط قانونية يستلزم توافرها في المتعاقد حتى يكتسب وصف المستهلك، و بالتالي يستفيد من الحماية القانونية المقررة في مواجهة الشروط التعسفية، لهذا فإن التطرق إلى موقف المشرع الجزائري يتطلب بيان العناصر المكونة لهذا التعريف، كما يفرض ذكر موقف بعض التشريعات الأجنبية مقارنة مع التشريع الجزائري.(أولا)

فضلا عن ذلك، يقتضي تحديد التعريف الضيق للمستهلك التعرض للمعيار الذي يرتكز عليه هذا التعريف، و ذلك من خلال إبراز موقف بعض التشريعات الحديثة التي تبنت هذا المعيار المضيق لمفهوم المستهلك، على سبيل المقارنة مع التشريع الجزائري، و كذا ذكر موقف الفقه و القضاء من هذا المعيار.(ثانيا)

أولا : شروط إكتساب صفة المستهلك وفقا للتعريف الضيق للمستهلك

يستخلص من التعريف الذي أقره المشرع الجزائري أنه يجب توافر 4 (أربعة) عناصر لإكتساب صفة المستهلك :

1- أن يكون الشخص طبيعي أو معنوي :

تنص على أن المستهلك هو : "كل شخص يقتني بثمن أو مجانا، منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي، لسد حاجته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

كما ينبغي الإشارة، إلى أن التعريف الوارد في القانون رقم 04-02 يتفق مع التعريف الذي جاء به القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 الذي يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، من حيث تبنيه للمعيار الضيق، مع العلم أن القانون رقم 09-03 قد تضمن نفس التعريف المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 90-39، و لكن قد تم حذف عبارة "معدين للاستعمال الوسيطي" منه.

[1]- La commission de refonte هي لجنة إعادة صياغة و تنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي و التي أنشأت بموجب مرسوم صادر في 22 فيفري 1982، موقعا عليه من وزير الدولة للاستهلاك و وزير العدل الفرنسيين، و تضم أكبر أساتذة القانون بالإضافة إلى قضاة و محامين و ممثل من مجلس الدولة الفرنسي، باعتبارهم خبراء و متخصصون في مسائل الاستهلاك، وقد تبنت هذه اللجنة تعريف الفقيه Jean Calais-Auloy.

[2]- J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 7, p. 7 : « le consommateur est une personne physique ou morale de droit privé, qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non professionnel ».

يتمثل المستهلك غالبا في الشخص الطبيعي، ذلك أن إقتناء السلع أو الخدمات لهدف غير مهني يقتضي وجود إحتياجات خاصة أو شخصية و التي هي أساسا إحتياجات الشخص الطبيعي[1]، و بالتالي فإن صفة المستهلك تنحصر في الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي.

إن الشخص الطبيعي هو الوحيد الذي يمكن أن تتجسد فيه صفة المستهلك، و بذلك لا يتصور أن يكون الشخص المعنوي مستهلكا[2]، و هذا ما يفسر الموقف الذي إتجهت إليه التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية، التي استبعدت صراحة الشخص المعنوي من تعريف المستهلك، بحيث قصرت الاستفادة من الحماية من الشروط التعسفية على الشخص الطبيعي فقط[3] بنصها على أنه : " طبقا للعقود المتعلقة بهذه التوجيهة، يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار نشاطه المهني"[4]، و هو نفس الموقف الذي تبنته محكمة العدل الأوروبية[5] و التي لم تعترف بدورها بوصف المستهلك للشخص المعنوي.

لكن يطرح التساؤل فيما يخص موقف التشريع الجزائري، عما إذا كانت الشروط القانونية لإكتساب صفة المستهلك تجد تطبيقا موحدا، سواء تعلق الأمر بالشخص الطبيعي أو المعنوي، أم يجدر التمييز بينهما.

يتجلى موقف المشرع الجزائري بوضوح من خلال مضمون التعريف القانوني[6] الذي يضفي صفة المستهلك ليس على الشخص الطبيعي فحسب، و إنما حتى على الشخص المعنوي[7]، مما يعني أنه يدخل في مجال تطبيق النص القانوني و يعتبر مستهلكا و من ثم يستفيد من الحماية القانونية، و عليه فلا مجال إذن للتمييز بين الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي طالما أن هذا الأخير لا يمارس نشاط مهني يحصل منه على موارده المهنية أو على أسباب وجوده، و هو بذلك يشبه المستهلك تماما، خاصة و أن طبيعة نشاطه تستبعده من المجال المهني و تسمح بتشبيهه بالمستهلك الشخص الطبيعي.

---

[1]- بودالي محمد، مدى خضوع المرافق العامة و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك، المرجع السابق ص. 45.

[2]- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص. 149.

[3]- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص. 24.

[4] - V. Art. 02 du la Dir. C.E.E. n° 93-13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives, J.O.C.E. 21 avril 1993, n° L. 95-29, p. 29 : « b) consommateur : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle».

[5] - V. C.J.C.E., 22 novembre 2001, R.T.D. Civ. 2002, p. 397, J.C.P. 2002, II, 10047, note PAISANT : « la notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b, de la directive n° 93/13/C.E.E. du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques.»

[6]- راجع المادة 03 فقرة 2 من القانون 04-02 سالف الذكر.

[7]- يقصد به الشخص المعنوي من القانون الخاص الذي يحصل على السلع و الخدمات أو يستعملها لغرض غير مهني، كالجمعيات التي لا تهدف إلى تحقيق ربح، و النقابات التعاونية و غيرها.

يستخلص مما سبق ذكره، أن كل من الشخص الطبيعي أو المعنوي على حد السواء مقيدان بفحوى الأحكام القانونية، مما يستوجب على كلاهما إستيفاء كافة الشروط القانونية اللازمة لإكتساب وصف المستهلك.

لقد إتجه جانب من الفقه الفرنسي[1] إلى إعتبار أن مفهوم المستهلك يشمل الشخص الطبيعي و كذلك الشخص المعنوي، فطالما أن النص القانوني[2] لا يستبعد صراحة الشخص المعنوي من مجال تطبيقه، فلا يوجد مانع من إمتداد هذا الوصف إلى بعض الأشخاص المعنويين للقانون الخاص الذين لديهم نشاط غير مهني، و هو ما أيدته العديد من أحكام القضاء الفرنسي، التي إعترف فيها بصفة المستهلك للشخص المعنوي[3].

تجب الإشارة في هذا الصدد، إلى أنه بالرغم من إستبعاد محكمة العدل الأوروبية للشخص المعنوي من مجال تطبيق القواعد المقررة لحماية المستهلك، إلا أن محكمة النقض الفرنسية[4] قد تبنت في قرارها الصادر في 15 مارس 2005 صراحة، و لأول مرة موقفا متناقضا تماما مع موقف محكمة العدل الأوروبية، قضت فيه بإمكانية تطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بالشروط التعسفية على الشخص المعنوي، مما يفتح المجال أمام الأشخاص المعنوية للإستفادة من الحماية القانونية.

2- أن يقتني أو يستعمل :

يتبين من القراءة الأولية لتعريف المستهلك، أن المشرع الجزائري قد أخذ بعين الاعتبار عملية الاقتناء في تحديده لمفهوم هذا المصطلح، و عليه فإن المستهلك هو المقتني و ليس بالضرورة المستعمل، فهذا الأخير لا يشمله التعريف، و بالتالي لا يستفيد من الحماية القانونية من الشروط التعسفية، و من هنا يظهر أن هناك نوعا واحدا من المستهلكين ألا و هو المستهلك المقتني فقط للسلعة أو الخدمة[5].

لكن بإستقراء مضمون النص العربي للمادة 03 في فقرتها 2 التي عرفت المستهلك، يلاحظ أنه قد أسقط عبارة يستعمل (utilise) الواردة في النص الفرنسي[6]، و

---

[1] - J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 8, p. 8.

[2] -V. Art. L.132-1 al. 1 c. consom. f.

[3] - V. T.G.I. Paris 07 septembre 1999, D. 1999, n° 44, p. 89 ; Cass. Civ. 1re, 23 février 1999, Bull. civ. 1999, I , n° 59, D. 1999, I. R., p. 82 ; Cass. Civ. 1re , 5 mars 2002, Bull. civ. 2002, I, n° 78, p. 60, J.C.P. 2002, n° 31, p. 1459, note G. PAISANT.

[4] - V. Cass. Civ. 1re,15 mars 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 135, R.T.D. civ. 2005, p. 393, obs. J. MESTRE et B. FAGES : « si, par arrêt du 22 novembre 2001, la Cour de Justice des communautés européennes a dit pour droit : "la notion de consommateur… doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques", la notion distincte de non professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives.»

[5]- بودالي محمد، مدى خضوع المرافق العامة و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 44.

[6]- V. art. 3 al. 2 du Loi n° 04 - 02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales : « consommateur : toute personne physique ou morale qui acquit ou utilise, à des fins excluant tout caractère professionnel, des biens ou des services mis en vente ou offerts.»

و من ثم يمكن القول أن التعريف القانوني يشمل كذلك الشخص المستعمل للسلع أو الخدمات، و بناء على ذلك يتضح أن هناك نوعين من المستهلكين :

النوع الأول : المستهلك المقتني للسلعة أو الخدمة

يبرز هذا النوع من المستهلكين الطابع التعاقدي في تعريف المستهلك، فعملية إقتناء السلع و الخدمات تتم في الأساس عن طريق إبرام عقد، و هو ما يطلق عليه الفقه بعقد الاستهلاك، حيث يكون المستهلك طرفا في هذا العقد بهدف الحصول على السلع أو الخدمات، و يسمى في هذه الحالة المستهلك المتعاقد، أما الطرف الآخر الذي يقدم له هذه السلع أو الخدمات فلا يمكن وصفه بالمستهلك.

إذن فالشخص الذي تجب حمايته هو الذي أبرم عقد الاستهلاك، بوصفه مستهلكا إقتنى المال أو الخدمة[1]، و يظهر ذلك جليا من نص المادة 3 الفقرة 2 بصياغتها العربية المتضمن عبارة الإقتناء، و التي تفيد أنه يكفي لإضفاء صفة المستهلك أن يقتني الشخص السلعة أو الخدمة حتى و لو لم يستعملها، و تبعا لذلك فإنه لا يؤثر هذا التعريف القانوني- الذي لم يذكر الشخص المستعمل للسلعة أو الخدمة - على مفهوم المستهلك المتعاقد.

يستنتج مما سبق، أن المشرع الجزائري يشترط للتمتع بوصف المستهلك و بالتالي الاستفادة من الحماية القانونية أن يقوم الشخص بإبرام عقد الاستهلاك بذاته، لأن المقصود هنا في التعريف القانوني هو المستهلك المتعاقد فهو المعني أساسا بالحماية دون غيره.

النوع الثاني : المستهلك المستعمل للسلعة أو الخدمة

إن المستهلك الذي يقتني السلع أو الخدمات يكون في الغالب هو المستعمل المباشر لها، بمعنى آخر هو المستفيد منها بالمقارنة مع من قد يعقبه في الإستفادة من هذه السلع أو الخدمات التي تعاقد عليها[2]، ذلك أن عملية الاقتناء تسبق بالضرورة الاستعمال، لأن المنطق يقضي بأن يتم الاقتناء بهدف الاستعمال[3]، إلا أن هذا التلازم ليس مطلقاً، فقد يكون أحيانا المستعمل شخصا آخر، إذ كثيرا ما يتم إستعمال السلعة أو الخدمة من قبل الغير كأفراد أسرة المقتني مثلا، فهم يعتبرون من الغير بالنسبة للعقد المبرم بين المقتني الذي يحتل مركز المستهلك المتعاقد و المحترف[4].

إن هذا الغير الذي يستعمل السلعة أو الخدمة هو أيضا مستهلك ، لكنه ليس طرفا في عقد الاستهلاك و إن كان يرتبط به، و يطلق عليه على هذا النحو المستهلك المستفيد،

---

[1]- أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص. 80 و 81.

[2]- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص. 144.

[3] - J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 8, p. 7.

[4]- بودالي محمد، مدى خضوع المرافق العامة و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك، ص. 44.

لكن وصف هذا الغير بالمستهلك من عدمه لا يفيد أي معنى قانوني، ذلك لأن العقد يرتب آثاره على طرفيه وفقا لمبدأ نسبية أثر العقد[1].

تبعا لذلك يختلف نظام الحماية المقررة للمستهلك المتعاقد عن تلك المقررة للمستهلك المستفيد في مجال الشروط التعسفية، فالأول هو وحده الذي يستفيد من قواعد الحماية من الشروط التعسفية، المقررة له بوصفه الطرف الضعيف في العقود المبرمة بينه و بين المحترف[2].

بالتالي فإن الشخص الذي يستعمل السلعة أو الخدمة دون أن يكون طرفا في العقد، لا يدخل في مجال تطبيق النص القانوني و لا تشمله الحماية القانونية، لأن القانون في مجال الحماية من الشروط التعسفية يهتم فقط بالتصرف القانوني الذي يقوم به الشخص[3]، أما فعل الاستهلاك المادي في حد ذاته فيبقى مستبعدا من ميدان الحماية القانونية[4]، و من هنا يتضح أن القواعد المقررة لمكافحة الشروط التعسفية لا تحمي المستهلك المستفيد الذي يقوم بفعل الاستهلاك فقط[5].

تأسيسا على ذلك، يتضح أنه سواء كان الشخص مقتني أو مستعمل للسلعة أو الخدمة، فإنه يشترط لإكتساب صفة المستهلك و من ثم التمتع بالحماية القانونية من الشروط التعسفية، أن يكون طرفاً في علاقة تعاقدية في مواجهة طرف آخر و هو العون الاقتصادي أو المحترف.

3- السلع أو الخدمات :

يتبيّن من تضمن التعريف القانوني لمصطلحي السلع و الخدمات، مدى إتساع نطاق مفهوم المستهلك، فمحل الإستهلاك يمكن أن يمتد لكل ما يعد سلعة أو خدمة، لأن عقد الاستهلاك يرتبط دائما بالحصول على السلعة أو الخدمة التي يلتزم الطرف الآخر (المحترف) في العقد بأدائها للمستهلك[6]، و من هنا تبرز أهمية هذين المصطلحين في تحديد مفهوم المستهلك.

---

[1]- أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص. 79.

[2]- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص. 145.

[3]- BEAUCHARD (J), *Droit de la distribution et de la consommation*, P.U.F., coll. Thémis droit privé, 1996, p. 236 : « l'action de consommer proprement dite n'intéresse pas le droit. L'objet du droit c'est l'acte juridique par lequel le consommateur se procure un bien ou un service. »

[4]- للاستهلاك منظوران أحدهما مادي و الآخر قانوني، و يعني الاستهلاك في منظوره المادي الفعل ذاته، أي إستخدام السلعة أو الخدمة ذاتها، أما الاستهلاك القانوني فيقصد به الحصول على سلعة أو خدمة لإشباع حاجات شخصية.

[5]- أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص. 5.

[6]- خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص. 17.

إن المقصود بالسلع هنا تلك التي يتم استخدامها من طرف المستهلك في إطار هدف غير مهني[1]، مما يعني أن كل أنواع السلع يمكن أن تكون محل إستهلاك مادام أن الحصول عليها أو إستعمالها يكون لغرض غير مهني، فالإستهلاك لا ينحصر في السلع التي تنتهي من أول إستعمال[2]، بل يشمل كذلك السلع ذات الاستعمال الطويل المدى[3] أي التي تقبل الاستعمال المتكرر.

تجب الإشارة في هذا السياق، إلى أن نص المادة 03 الفقرة 02 في صياغتها العربية قد إستعمل مصطلح السلع للدلالة على عبارة (biens) الواردة في النص الفرنسي و التي تعني الأموال، لكن في الواقع تعد هذه الترجمة غير متطابقة، لأن مصطلح الأموال[4] يقصد به كل من المنقولات و العقارات و حتى الأموال المعنوية[5]، و و هو بذلك أوسع و أعم من عبارة السلع، التي تقتصر على المنقولات المادية فقط، و عموما فإن كل الأموال التي يتم إقتناؤها أو إستعمالها لغرض غير مهني، يجوز أن تكون محلا للاستهلاك.[6]

تجدر الملاحظة إلى أن القانون رقم 04–02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية لم يتعرض لتعريف السلع، لكن بالرجوع لأحكام قانون حماية المستهلك و قمع الغش، يمكن تعريف السلعة على أنها : " كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا "[7].

فضلا عن ذلك، أورد المشرع الجزائري تعريف للمنتوج في قانون حماية المستهلك و قمع الغش، يشمل السلعة و الخدمة معا، حيث عرفه على أنه : " كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا "[8].

إن إستعمال المشرع الجزائري لمصطلح السلع بدل الأموال[9] في الصياغة العربية العربية للنص القانوني، يطرح تساؤل بشأن مسألة العقارات، فهل تدخل هذه الأخيرة في نطاق تطبيق الحماية القانونية من الشروط التعسفية أم لا؟

---

[1] - J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 9, p. 08.

[2]- كالمواد الغذائية.

[3]- كالسيارات و الآلات المنزلية...

[4]- تعرف الأموال على أنها: " كل شيء يصلح لأن يكون محلا لحق مالي يدخل في تقدير ذمة شخص طبيعي أو معنوي."

[5]- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص. 154 : " الأموال المعنوية لا تصلح لأن تكون محلا لعلاقة إستهلاك، بسبب إقترانها بمجتمع الأعمال، فلا يتصور أن يقوم شخص بشراء براءة إختراع مثلا لغير أغراض مهنته ".

[6]- بودالي محمد، مدى خضوع المرافق العامة و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 46

[7]- لقد عبر المشرع الجزائري عن مصطلح السلعة بالمال في الصياغة الفرنسية لنص المادة 3 الفقرة 18 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج. ر. العدد 15، 08 مارس 2009، ص. 14.

[8]- المادة 3 الفقرة 11 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، سالف الذكر.

[9]- إن مصطلح السلع هو مصطلح اقتصادي، على عكس المال الذي يعد من المصطلحات الكلاسيكية في القانون المدني.

نظرا لأن عملية بيع و إيجار العقارات لاسيما ذات الطابع السكني، قد أصبحت تتم تحت إشراف محترفين متخصصين في هذا المجال، يتفوقون على المتعاقد العادي الذي غالبا ما يكون في وضعية الطرف الضعيف الجاهل، نتيجة لذلك يجد هذا الأخير نفسه بحاجة إلى الحماية كونه يشبه المستهلك في هذه الحالة.

إستنادا على مضمون الفقرة 2 من المادة 03 في صياغتها العربية التي تضمنت مصطلح السلع، يمكن القول أن محل عقد الاستهلاك والحماية القانونية المقررة له تشمل المنقولات المادية فقط، و بالتالي فإن العقار يعتبر مستثنى من مفهوم السلع، و على النقيض من ذلك اعتبر جانب من الفقه[1] إصطلاح السلع مرادفا للأموال المادية، سواء كانت هذه الأموال ذات طبيعة عقارية أو منقولة.

إن عبارة السلع المستعملة من قبل المشرع الجزائري تقصر عقود الإستهلاك على تلك التي يكون محلها بيع السلع فقط، و هو ما لا يتناسب مع عبارة الإقتناء الواردة في نفس التعريف، و التي توسع من العقود التي يرد عليها محل الاستهلاك، خاصة و أن عقود الإستهلاك ذات طبيعة متنوعة، فهي تشمل إضافة إلى عقد البيع، عقد الإيجار و عقد التأمين و غيرها، علاوة على ذلك فقد أصبحت الشروط التعسفية تجد مجالها الخصب في عقود أخرى غير عقود بيع السلع[2].

لكن إذا تم الأخذ بمصطلح الأموال وفقا للنص القانوني في صياغته الفرنسية فإن الحماية القانونية يمكن أن تمتد في هذه الحالة لتشمل العقار، و يميل جانب من الفقه الجزائري[3] الذي يتفق مع موقف بعض الفقه الفرنسي[4]، إلى إعتبار العقار محل قابل للاستهلاك، و بالتالي يحضى المستهلك له بالحماية الخاصة المقررة في مواجهة الشروط التعسفية.

أما بالنسبة إلى الأشياء المستعملة (les choses d'occasion)، فيلاحظ أن التعريف لم يشر إلى الجدية في السلعة، و بالتالي يمكن اعتبارها من قبيل السلع التي تعد محل للاستهلاك[5].

إضافة إلى السلع، يمتد الاستهلاك أيضا إلى الخدمات[6] (les services)، و على هذا هذا الأساس يمكن أن يكون محل عقد إستهلاك المتضمن شروط تعسفية أداء خدمة، و يشتمل الاستهلاك كل الخدمات القابلة للتقدير النقدي و التي يمكن تقديمها عن طريق التعاقد مع المحترف بصرف النظر عن طبيعتها.

---

[1]- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص. 154.

[2]- بودالي محمد، مدى خضوع المرافق العامة و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 46

[3]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 110 و 111.

[4] - J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 9, p. 08.

[5]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 46.

[6]- إن مفهوم الخدمة غير مألوف في القانون المدني إلا أنه شائع الاستعمال في القانون الاقتصادي.

لقد عرف المشرع الجزائري[1] الخدمات على أنها : " كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى و لو كان هذا التسليم تابع أو مدعما للخدمة المقدمة "، و يعد إستبعاد المشرع للالتزام بتسليم السلعة من مفهوم الخدمة أمر منطقي، فالخدمة باعتبارها العمل المقدم الممكن تقديره نقدا، تعتبر محل لعقد الاستهلاك في حد ذاته، و بهذا فهي تختلف تماما عن الجهد المبذول في تسليم السلعة، الذي يدخل في الالتزام بالتسليم الذي يقع على عاتق المحترف[2]، و الذي يعد بمثابة أثر مترتب عن عقد الاستهلاك يتعين عليه تنفيذه ، حتى و لو كان هذا التسليم تابع أو مدعما للخدمة المقدمة.

كما عرف جانب من الفقه[3] الخدمات بأنها: " كل أداء يمكن تقويمه نقدا فيما عدا تقديم الأموال ذاتها "، و يستفاد من هذا التعريف أن الأساس الذي بمقتضاه يمكن أن يعد كل أداء خدمة، يكمن في إمكانية تقويم المنفعة المتحصلة عليه نقدا[4].

إن طبيعة الخدمات التي يشملها نطاق الاستهلاك مختلفة، فهناك بعض الخدمات ذات طبيعة مادية[5] ، والأخرى لها طبيعية مالية[6]، والبعض الآخر ذات طبيعية فكرية أو أو ذهنية[7]، و تعد كل هذه الخدمات صالحة لأن تكون محلا لعقد الاستهلاك (أي قابلة للاستهلاك) مادام أنها مقدمة لشخص غير محترف (المستهلك)، شريطة أن يتم إستهلاكها لهدف غير مهني[8].

يرجع إختلاف طبيعة الخدمات أو الأداءات التي تقدم للمستهلك إلى الطبيعة المتغيرة و المتنوعة لعقود الاستهلاك في حد ذاتها، فهذه الأخيرة يمكن أن تكون عقد نقل أو عقد توريد أو عقد إيجار...، و تعد حماية المستهلك في هذه العقود واجبة باعتباره الطرف الضعيف فيها في مواجهة الطرف الأقوى (المحترف)[9]، أما فيما يخص الشخص الذي يقدم له هذه السلعة أو الخدمة فلا يمكن وصفه بالمستهلك حتى ولو لم يكن محترفا.

4- أن يكون الهدف مجرد من الطابع المهني :

يعد الهدف المجرد من الطابع المهني الوارد في تعريف المستهلك هو المعيار الجوهري للتمييز بين المستهلك و المحترف، و هذا التمييز هو أساس تطبيق قواعد

---

[1]- راجع المادة 3 الفقرة 17 من في القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، المذكور أعلاه.

[2]- يعد الالتزام بالتسليم التزام مستقل يقع على عاتق أحد المتعاقدين و هو البائع (المحترف) في عقد البيع بموجب المادة 364 من القانون المدني.

[3] - J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, op. cit., n° 09, p. 08 : «la notion de service…couvre toutes les prestations appréciables en argent, en dehors de la fourniture de biens.»

[4]- أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص. 83.

[5]- كالتصليح، التنظيف.

[6]- كالتأمين، القرض.

[7]- كالعلاج الطبي، الاستشارات القانونية.

[8] - J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, précité.

[9]- خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص.18.

حماية المستهلك من الشروط التعسفية[1]، و بناء على ذلك يعد مستهلكا وفقا لهذا المعيار، كل من يقتني أو يستعمل السلعة أو الخدمة لهدف غير مهني، بمعنى آخر لهدف شخصي أو عائلي.

لقد أخذ التعريف القانوني للمستهلك بعين الاعتبار معيار الغرض من التصرف أي الغرض من التعاقد لأجل الحصول على السلعة أو الخدمة - و هو الاستعمال الشخصي غير المرتبط بالنشاط المهني- ، و بذلك يلاحظ أن الهدف من إبرام العقد و الحصول على السلعة أو الخدمة يعدان أهم عنصرين محديين لمفهوم المستهلك.

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري قد إعتمد على معيار الهدف غير المهني لتحديد مفهوم المستهلك، حيث إشترط لتطبيق الحماية القانونية من الشروط التعسفية، ألا يكون الغرض من إقتناء أو إستعمال السلعة أو الخدمة لأجل نشاط مهني، و ذلك سواء كان المستهلك شخصا طبيعيا أو معنويا[2]، فطالما أن هدف الاستهلاك هو إشباع الاحتياجات الشخصية أو العائلية للمستهلك، يظل هذا الأخير مشمولا بالحماية التي توفرها له النصوص القانونية نظرا لحالة الضعف التي يتصف بها عند تعاقده مع المحترف.

ثانيا : أساس المعيار المحدد للتعريف الضيق للمستهلك

إن الكشف عن أساس المعيار المحدد للمفهوم الضيق للمستهلك، يقتضي إبراز موقف التشريعات و الفقه من معيار الهدف غير المهني، إضافة إلى دور القضاء في تكريس هذا المعيار.

يكمن أساس الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك في معيار الهدف غير المهني، الذي ينبغي توافره لإعتبار الشخص مستهلكا، و عليه فالمستهلك الجدير بالحماية القانونية وفقا لهذا المعيار، هو الشخص الذي يتعاقد لغرض الحصول على ما يلزمه من السلع أو الخدمات لاستهلاكه النهائي الذي يشبع حاجاته الخاصة، و يدخل في معنى الحاجة الخاصة تلك المخصصة لإشباع حاجات شخصية أو عائلية، أي غير المرتبطة بنشاطه المهني و هو ما يسمى بالمستهلك النهائي.

[1]- يقع على القاضي عبء تحديد ما إذا كان التعاقد من أجل الحصول على السلعة أو الخدمة قد تم بهدف الاستعمال غير المهني أي الشخصي و العائلي، أو كان متعلق بالنشاط المهني للمتعاقد.

[2] - V. D. FERRIER, op. cit., p. 14.

تأسيسا على ذلك، إذا كان هذا الغرض بعيدا عن النشاط المهني للشخص، مثل التصرفات التي يجريها لإشباع حاجاته اليومية أو حاجات أسرته، فإنه يحوز صفة المستهلك، بخلاف ما إذا كان الغرض من التصرف يتعلق ولو من بعيد بنشاط الشخص المهني، أو يتصرف لحاجات مهنته، حيث لا يعد في هذه الحالة مستهلكا جديرا بالحماية الخاصة من الشروط التعسفية.

و على العكس من ذلك، تنتفي صفة المستهلك طبقا لهذا المفهوم الضيق عن الشخص الذي يتصرف في إطار نشاطه المهني أي الذي يقتني سلعة أو خدمة بهدف مهني و ليس للاستعمال الشخصي، و بالتالي لا يكتسب هذه الصفة كل من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه[1]، حتى لو إتسم مركزه الاقتصادي بالضعف.

إن الهدف من التصرف غير المهني هو الذي يسمح بتصنيف الشخص إما في فئة المستهلكين أو في فئة المحترفين، و يبرر أنصار تضييق نطاق الحماية من الشروط التعسفية ذلك بأن المستهلك يكون دون سلاح، نظرا لوجوده في وضعية ضعف في مواجهة المحترف الذي هو بالضرورة شخص متبصر و باستطاعته إملاء شروطه التعسفية[2].

بالرغم من أهمية معيار الغرض غير المهني في التفرقة بين المستهلك و المحترف، إلا أن هناك حالات قد أثارت إشكالا و تتمثل في :

1- حالة الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقتني أو يستعمل سلع أو خدمات لغرض مزدوج : بمعنى لهدف مهني و آخر غير مهني أي خاص، و هو ما يسمى بالاستعمال المختلط[3]، ففي هذه الحالة يكون للشخص صفتين معا، صفة المحترف و صفة المستهلك، الأمر الذي يقتضي تحديد مركز هذا الشخص[4]، ذلك أن اعتباره مستهلكا يعني استفادته من الحماية المقررة للمستهلك، أما في حالة إعتباره محترفا فسيحرم من هذه الحماية، و من هنا يطرح التساؤل التالي : هل يعد هذا الشخص مستهلكا أم محترفا؟

وفقا لمعيار الهدف غير المهني، لا يعتبر الشخص مستهلكا و لا يستفيد من قواعد الحماية القانونية، إلا في حدود المعاملات المرتبطة بحاجات استهلاكه النهائي الخاص أي الشخصي أو العائلي، و تنتفي عنه هذه الصفة إذا ما اختلطت هذه الحاجات الخاصة،

---

[1]- كإيجار محل تجاري، أو شراء سلع لإعادة بيعها...

[2]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 124.

[3]- بودالي محمد، مدى خضوع المرافق العامة و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 38.

[4]- إن لهذه المسألة أهمية بالغة، لما لذلك من أثر في تحديد مجال الحماية القانونية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص.

بحاجات مهنية، و ذلك حتى و لو كانت هذه الأخيرة غير متصلة بتخصصه المهني الأصلي، أو كان الغالب على الغرض غير مهني.

بهدف التخفيف من المغالاة في التضييق من مفهوم المستهلك، إقترح بعض الفقه[1] في هذه الحالة إعمال قاعدة "الفرع يتبع الأصل"، بمعنى يتوجب البحث عن الغرض الرئيسي لاقتناء أو استعمال السلعة أو الخدمة، الذي يعتبر هو المحدد لصفة المستهلك، و هنا تلعب السلطة التقديرية للقاضي دورا أساسيا في رسم الحدود بين ما يمكن اعتباره غرضا مهنيا، و غير مهنيا أي إستهلاكي، فإذا كان الاستعمال الأصلي خارج المجال المهني فإن قواعد الحماية تكون قابلة للتطبيق، حتى و لو كان الشخص يتصرف جزئيا لأجل الاستعمال المهني، و يعتبر تصرفه في هذه الحالة إستهلاكي (عقد إستهلاك) و العكس[2].

تجنبا للصعوبات العملية التي يطرحها تطبيق قاعدة " الفرع يتبع الأصل " - لأنه يصعب من الناحية العملية إقامة مثل هذه التفرقة -، خاصة و أن الاجتهاد القضائي قليل جداً في هذا المجال، فقد اتجه جانب آخر من الفقه[3] إلى حد رفض صفة المستهلك حتى بالنسبة للشخص الذي يتصرف جزئيا لأغراض مهنية.

2- حالة الشخص الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه : وفقا لمعيار الهدف غير المهني يستبعد من مجال تطبيق الأحكام القانونية الخاصة بالشروط التعسفية، و لا يعتبر مستهلكا الشخص الذي يتصرف لحاجات مهنته، حتى و لو كان خارج مجال تخصصه[4]، و السبب في رفض منح صفة المستهلك للمتعامل على هذا النحو يكمن في الغاية المهنية من هذا التصرف، و يبرر أنصار الاتجاه الضيق[5] ذلك بأن المحترف الذي يتصرف خارج مجال تخصصه ليس في نفس مركز المستهلك، إذ لا يعتبر فاقد للخبرة تماما كالمستهلك فهو أكثر خبرة و دراية من الشخص العادي الذي يتصرف لغرض خاص.

و بصفة عامة يعد الشخص الذي يتصرف لاحتياجاته المهنية هو أكثر فعالية من الشخص الذي يعمل لاحتياجاته الخاصة، مما يمكنه من الدفاع أكثر عن نفسه، فضلا عن ذلك، فإن الحماية الحقيقية للمستهلك لا يمكن أن تتحقق إلا إذا كانت الاستفادة من القواعد

---

[1] - J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 11, p. 10 (Cass. Civ. 1re, 4 mai 1999, I.R., p. 170).

[2]- J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 08, p. 08.

[3] - PAISANT, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, J.C.P., éd. G. 1993, I, 3655.

[4]- بودالي محمد، مدى خضوع المرافق العامة و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 38.

[5]- سواء القضاء أو الفقه الذين يرفضون تماما توسيع مفهوم المستهلك.

المقررة لحمايته غير قابلة لمدها على المحترف، و الذي تعد حاجته للحماية غير مماثلة[1].

لقد تصدت العديد من المعاهدات الدولية إلى تحديد مفهوم المستهلك، تهدف من وراء ذلك إزالة الغموض الذي يحيط بهذا المصطلح، و إن كانت أغلب هذه الاتفاقيات لا تتعلق مباشرة بحماية المستهلك و لاسيما في مجال الشروط التعسفية، إلا أنها تضمنت نصوص خاصة بحمايته، حيث أوردت معاهدة بروكسل بخصوص الاختصاص القضائي[2] تعريف للمستهلك كرست فيه المفهوم الضيق بقولها أنه : "فيما يخص العقود التي يبرمها الشخص لاستعمال يعتبر خارجا عن نشاطه المهني و الذي يطلق عليه المستهلك...".

على هذا النحو، يتفق هذا التعريف مع ذلك الوارد في معاهدة روما المبرمة في 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية[3]، و التي اعتمدت ذات المعيار حيث نصت على أنه : " تطبق هذه الاتفاقية على العقود المبرمة لغرض توريد قيم مادية منقولة أو خدمات إلى شخص (المستهلك) لإستخدام يعتبر غريبا عن نشاطه المهني... ".

يتضح من مضمون النصين، أن كلاهما ينظر إلى المستهلك على أنه شخص يتعاقد ليحصل على ما يلزمه من سلع أو خدمات لأجل إستخداماته الأجنبية عن نشاطه المهني أي غير المتصلة بهذا النشاط، فضلا عن ذلك فقد تضمن تعريف المستهلك الذي وضعه مشروع اتفاقية لاهاي في 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بعض عقود المستهلكين[4] نفس المعنى، حيث نص على أنه :" يعتبر مستهلكا، الشخص الذي يشتري بضائع بصفة أساسية من أجل الاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي ".

لقد إهتم الاتحاد الأوروبي بالحماية من الشروط التعسفية ضمن مجمل اهتماماته بحماية المستهلكين، و ذلك في محاولة وضع إطار عام للدول الأوروبية من أجل توفير حماية قانونية للمستهلك في مجال الشروط التعسفية، و لهذا فقد قام المشرع الأوروبي بسن توجيهة أوروبية تتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين[5] ، تضمنت تعريف يحدد المقصود بالمستهلك تبنت فيه المفهوم الضيق، حيث اشترطت أن

---

[1] - V. L. LEVENEUR, *Vente entre professionnels et clauses limitatives de responsabilité*, contrats, conc., consom., 1994, chron., p. 3.

[2]- المادة 13 فقرة 1 من اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي و تنفيذ الأحكام المدنية و التجارية المبرمة في 27 سبتمبر 1968 و المعدلة بموجب اتفاقية الانضمام كل من الدانمارك و ايرلندا و المملكة المتحدة إلى الاتحاد الأوروبي المبرمة في 09 أكتوبر 1978 .

[3]- المادة 05 فقرة 1 من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية و المبرمة في 19 يونيو 1980، و الجدير بالذكر أن بعض أحكام و قواعد معاهدة روما لا تطبق إلا على عقود الاستهلاك من بينها المادة 05 سالفة الذكر.

[4]- المادة 02 من مشروع اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بعض عقود المستهلكين و المبرمة في1980، و قد جاء هذا المشروع ضمن الدورة الرابعة لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص في 25 أكتوبر 1980.

[5]- V. Dir. C.C.E. n° 95-13, 05 avril 1993, clauses abusives, J.O.C.E. 21 avril 1993, n° L. 95, p. 29.

يكون تصرف الشخص في إطار غير مهني، و بذلك فقد جعلت الحماية من هذه الشروط تتصرف للمستهلك فقط، و استثنت المحترف صراحة منها.

كما تصدت محكمة العدل الأوربية في العديد من قراراتها لمفهوم المستهلك[1]، و قد حرصت على تكريس معيار الغرض غير المهني الذي اعتمدت عليه في تعريفها للمستهلك على أنه : " الشخص الذي يتصرف لغرض الحصول على سلعة أو خدمة يستعملها في غير نشاطه المهني "، و في هذا الصدد، إنتهت إلى ما أسمته -على حد تعبيرها- "بالمستهلك النهائي الخاص"[2] (le consommateur final privé)[3] والذي يشترط لتمتعه بقواعد الحماية أن يكون تصرفه لغرض مستقل تماما عن حاجات نشاطه التجاري أو المهني، حيث أكدت على أنه لا يعتبر مستهلكا الشخص الذي يبرم عقدا من أجل ممارسة أنشطة مهنية.

بمفهوم المخالفة، لا يعتبر مستهلكا، الشخص الذي يتصرف في إطار أي نشاط تجاري أو مهني، و لا يغيّر من ذلك أن تكون ممارسة هذا النشاط معاصرة لإبرام العقد أو لاحقة عليه، فالشخص الذي يتعاقد لهدف ممارسة نشاط مهني في المستقبل لا يعتبر مستهلكا، ذلك أن العقد المهني بطبيعته لا يتصور إبرامه لغرض الاستهلاك.

و هكذا فقد ركزت محكمة العدل الأوروبية على الهدف غير المهني في تحديدها لمفهوم المستهلك بصفته الطرف الضعيف اقتصاديا و قانونيا و بالنظر إلى قلة خبرته بالمقارنة مع المتعاقد معه، و يبرز ذلك حرص المحكمة على تكريس مفاهيم قانونية موحدة يسترشد بها القضاء الداخلي، مما يدعم الجهود الرامية إلى الوصول إلى قانون أوروبي موحد[4].

حرصت غالبية التشريعات الحديثة[5] المتعلقة بحماية المستهلك و التي أوردت تعريف محدد لمصطلح المستهلك على تبني معيار الهدف غير المهني بهذا المعنى الضيق، بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية بينه و بين المحترف، و على العكس من ذلك لم تتعرض العديد من التشريعات[6] الأخرى التي اهتمت بحماية المستهلك لتعريف هذا المصطلح و ذلك نظرا للخلاف الواقع حول تحديد مضمونه.

---

[1] - V. C.J.C.E, 3 juillet 1997 ; .

[2]- يقصد به الشخص الذي يتعاقد ليحصل على لوازم استهلاكه النهائي الذي يشبع حاجاته الخاصة و هو الوحيد الجدير بالحماية. راجع طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص. 113.

[3]- LAMY *droit économique*, n° 100, 1997, Bull. d'actu., p. 02 : «La cour de justice des communautés européennes observe successivement que : le consommateur…s'entend seulement du consommateur final privé, non engagé dans des activités commerciales ou professionnelles».

[4]- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص. 100.

[5]- مثال ذلك المادة 01 من القانون الاسباني الصادر في 19 يونيو 1984 الخاص بالدفاع عن المستهلكين و المستخدمين، و كذلك المادة 01 فقرة 7 من قانون حماية المستهلك البلجيكي الصادر في 14 يوليو 1993.

[6]- كالقانون الفرنسي رقم 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 الذي ألغي بعد صدور قانون الاستهلاك في 26 جوان 1993، و القانون الألماني المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة في العقود النموذجية " عقود الإذعان "، و كذا القانون الانجليزي الصادر في 1977 الخاص بالشروط المجحفة في العقد " Unfair contract terms act".

الجدير بالذكر، أن المشرع العربي لم يهتم بدرجة كافية بالمستهلك على خلاف التشريعات الأجنبية المقارنة التي أصدرت عدة قوانين هدفها حماية المستهلك، غير أنه يلاحظ في السنوات الأخيرة، صدور بعض التشريعات العربية[1] التي اهتمت بحماية المستهلك، و ذلك لضرورة مواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية، و في هذا الصدد سنَّ المشرع اللبناني قانوناً خاصاً بحماية المستهلك[2].

لقد أجمعت التشريعات أرجح المعايير التي أبرزها الفقه في تحديد مفهوم المستهلك، إلا أنه نظرا لحداثة هذا المصطلح في المجال القانوني فإن عمل الفقه قد جاء لاحقا على هذه التشريعات، و بالرغم من أهمية قوانين الاستهلاك المقررة لحماية المستهلك بصفة أساسية، إلا أنه كان للفقه دورا بارزا في بلورة مفهوم محدد للمستهلك، حيث كان هذا التحديد ضرورة لتطبيق النصوص الحمائية[3].

رغم الخلاف الفقهي السائد حول تحديد تعريف المستهلك الذي تهدف التشريعات الحديثة إلى حمايته، يكاد يجمع غالبية الفقه على إعتناق معيار الغرض غير المهني لتمييز المستهلك الجدير بالحماية عن المحترف، و الذي بموجبه يعد مستهلكاً :" كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية من السلع و الخدمات "، و على هذا النحو، يتفق هذا التعريف مع ذلك الذي اقترحه جانب من الفقه الفرنسي[4] في محاولته لإيجاد مفهوم محدد لمصطلح المستهلك، إضافة إلى بعض الفقه العربي[5] الذي اعتمد بدوره في تعريفه للمستهلك على هذا المعيار.

الجدير بالذكر في هذا الصدد، أن الخلاف الفقهي و القضائي في فرنسا حول تحديد مفهوم المستهلك، يرجع أساسا إلى عدم وجود تعريف محدد له في قانون الاستهلاك الفرنسي[6]، لاسيما و أن نص المادة L.132-1 منه قد جمع بين مصطلحي المستهلك و غير المحترف، و نتيجة لذلك انقسم الفقه و القضاء إلى اتجاهين : أحدهما يؤيد مفهوم ضيق للمستهلك حيث يستبعد تلقائيا المحترف من مجال الحماية عن طريق معيار الهدف

---

[1]- يلاحظ أن المشرع المصري قد تبنى معيار الهدف غير المهني عند تعريفه للمستهلك في قانون حماية المستهلك – مع العلم أن هذا القانون لم يتعرض لحماية المستهلك من الشروط التعسفية-، راجع المادة 01 من قانون حماية المستهلك رقم 67 – 06، ج.ر. ماي 2006، العدد 20 مكرر.

[2]- القانون رقم 05-659 المؤرخ في 4 فيفري 2005، و الذي تضمن نصوص قانونية خاصة بمكافحة الشروط التعسفية.

[3]- خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 25 و 26.

[4] - V. J. CALAIS AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, R.T.D. Civ., éd. S. 1994, p. 239 ; J. GHESTIN, *Traité du droit civil, La formation du contrat*, L.G.D.J., 3e éd., 1993, n° 77, p. 54.

[5]- راجع علي بولحية بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك و المسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص. 15.

[6] -B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, *Droit civil*, Dalloz-Sirey. coll. aide mémoire, 3ème éd., 2005, p. 227.

غير المهني ، و الآخر يوسع منه لتشمل الحماية القانونية المقررة للمستهلك من الشروط التعسفية حتى المحترف[1].

اتجه الفقه الفرنسي[2] المؤيد للمفهوم الضيق إلى اعتبار اصطلاح غير المهني كمرادف لمصطلح المستهلك، بحيث يعد غير المحترف مستهلكا و العكس، و بالتالي لا يؤثر إعتباره كذلك على النصوص التشريعية المتعلقة بالشروط التعسفية، لأن هذه الأخيرة عبارة عن تشريع خاص بحماية المستهلك، في حين ذهب البعض الآخر[3] إلى حد المطالبة بحذف مصطلح غير المهني من النص القانوني، ذلك أن هذا المصطلح قد يوسع من مفهوم المستهلك الذي يمكن أن يشمل المحترف الذي يتعامل خارج مجال تخصصه.

لقد كان للقضاء الفرنسي دورا كبيرا في تكريس معيار الهدف غير المهني لتمييز المستهلك الجدير بالحماية القانونية في مجال الشروط التعسفية عن المحترف، حيث اتجهت محكمة النقض الفرنسية في بداية الأمر إلى تبني المفهوم الضيق[4]، عندما استبعدت تطبيق الحماية القانونية على العقود المبرمة بين المحترفين، و اعتبرت أن المحترف حتى و لو كان تعاقده خارج مجال تخصصه، فلا ينبغي أن يتساوى مع المستهلك في حالة الضعف التي هو عليها، و من ثم لا يمكنه الاستفادة من القواعد القانونية المقررة لحماية المستهلك.

غير أنه لم يكد يمر عام على إجتهاد محكمة النقض المذكور أعلاه، حتى عدلت عن موقفها هذا، من خلال تبنيها لمفهوم يوسع من مجال الحماية من الشروط التعسفية يشمل حتى المحترف الذي يتعامل خارج مجال تخصصه.

لكن بعد صدور التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية، يلاحظ أن محكمة النقض قد رجعت لاعتماد مفهوم أكثر تضييق بتبنيها معيار الهدف غير المهني[5] المهني[5] و الذي بدأ يتضح منذ 1993، و ذلك لفترة وجيزة انقضت في 1994، حيث أصدرت في هذا الصدد بعض الأحكام القضائية المؤيدة لهذا المعنى الضيق للمستهلك، على أساس أن المستهلك الذي يجوز له أن يستفيد من الحماية القانونية و التي يبقى

---

[1] - V. N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, L.G.D.J., 2000, n° 392, p. 245 ; J.-P. CHAZAL, *les clauses abusives*, Encyc. Dalloz, Droit commercial, t. II, avril 2004, n° 20, p. 5.

[2] -V. J. CALAIS-AULOY, op. cit., n°07, p. 07 ; R. MARTIN, *le consommateur abusif*, D. 1987, Chr. , n° 5, p. 151.

[3] - V. G. PAISANT, *La protection par le droit de la consommation*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 17 et s., spéc. P. 30.

[4] - V. Cass. Civ.1re, 15 avril 1986, R.T.D. Civ. 1987, p. 86, obs. J. MESTRE.

[5] - V. Cass. 1re civ. 24 novembre 1993, J.C.P. édi. E 1994, II, n° 593, note L. LEVENEUR ; D. 1994 som. P. 236 obs. G. PAISANT ; Cass. Com., 10 mai 1994, D. 1995, som., p. 89, obs. D. MAZEAUD ; Cass. Civ. 1re ,21 février 1995, J.C.P., éd., E, 1995, II, n° 22502, note G. PAISANT.
تجدر الملاحظة إلى أنه لم يتم نشر أي قرار من هذه القرارات الصادرة منذ 1993 في النشرة الرسمية للقرارات المدنية : " Le bulletin officiel des arrêts civils "

نطاقها محدودا، هو فقط الشخص الذي يبرم عقد الاستهلاك من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية.

بناء على ذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية إضفاء صفة المستهلك أو غير المحترف على الشخص المحترف على أساس أن تصرفه و إن كان خارج نطاق اختصاصه المهني، إلا أنه لحاجاته المهنية، حيث اعتبرت أن العقد مبرم في هذه الحالة بين محترفين[1]، و بذلك فهو يخرج من مجال تطبيق الأحكام القانونية المقررة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية[2].

يتضح مما سبق، أن موقف محكمة النقض الفرنسية جاء متفقا مسبقا مع ما تضمنته التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية سالفة الذكر، التي رفضت تطبيق قواعد حماية المستهلك من الشروط التعسفية على المحترف، و قد أكدت محكمة النقض موقفها هذا بأحكام أخرى بعد صدور هذه التوجيهة، علاوة على ذلك يلاحظ أن جهود المحكمة العدل الأوروبية في تحديد المقصود بالمستهلك الجدير بالحماية، و لاسيما تمسكها بمعيار الغرض غير المهني للتصرف المميز للمستهلك، قد انعكست بشكل كبير على بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية[3]، التي تمسكت بدورها بضرورة أن يكون هذا الغرض غير مهني و لا يخالطه أي غرض آخر.

لقد تأيد هذا الاتجاه الضيق لمفهوم المستهلك كذلك من خلال الموقف الذي أعلنته لجنة الشروط التعسفية[4] بناء على رأيها الصادر في 14 سبتمبر 1993، حيث رأت اللجنة أن الشرط وارد في عقد مبرم بين محترفين لتحقيق احتياجات مهنية، و من ثم أدلت برأيها بأنها غير مختصة بتقديم مشورتها في هذا الصدد، و من هنا يتضح موقف لجنة الشروط التعسفية من مفهوم المستهلك و غير المحترف، من خلال اعتمادها لمفهوم ضيق[5]، حيث اعتبرت أن صفة المستهلك أو غير المحترف لا تمنح إطلاقا للمحترف الذي يتعاقد من أجل احتياجاته المهنية[6].

عموما يتجه أنصار الاتجاه الضيق إلى تخصيص و قصر الحماية القانونية المقررة للمستهلك على طرف العقد الأقل قدرة و كفاءة فيما يتعلق بمجال المعاملة دون سواه،

---

[1] - V. D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, L.G.D.J., 2005, n° 191, p. 182.

[2]- ينبغي الإشارة إلى أن هناك بعض الأحكام الصادرة مؤخرا، قد إستند فيها القضاء الفرنسي على معيار الهدف غير المهني منها :

V. C.A. Colmar 15 février 2006 ; Cass. Civ. 1re , 11 décembre 2008, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm

[3] - V. Cass. Com., 10 mai 1994, D. 1995, som., p. 89, obs. D. MAZEAUD.

[4] - V. Commission des clauses abusives, 14 septembre 1993, contrats, conc., consom., 1992, n° 92, note L. LEVENEUR.

[5] - V. A. SINAY-CYTERMANN, *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996, n° 36, p. 263.

[6] - Ibid : « la qualité de non- professionnel ou consommateur n'est jamais reconnue au professionnel qui contracte pour les besoins de sa profession, sans qu'il faille chercher à distinguer selon que le contrat entre ou non dans sa compétence professionnelle.»

سواء من الجوانب الاقتصادية أم الفنية و الإدارية و القانونية، و ذلك بالنظر إلى ضعف المستهلك في مواجهة المحترف، و طبيعة السلعة أو الخدمة محل عقد الاستهلاك، و كذا ظروف العلاقة العقدية غير المتوازنة بينهما، و من ثم يخرج ضمنا عن أطر هذه الحماية كل من يقوم بإبرام تصرفات قانونية موجهة لأغراض مهنية أو حرفية.

فضلا عن ذلك، فإن قصر الحماية القانونية من الشروط التعسفية على فئة قليلة من الأشخاص المحميين يدعم هذه الحماية، و لاسيما خصوصية قانون حماية المستهلك، هذا بالإضافة إلى أهمية تحقيق إستفادة المستهلك من هذه القواعد وفق ضوابط محددة[1].

لما كانت الاستفادة من القواعد المقررة لحماية المستهلك[2] قصرا على الشخص الذي يحوز صفة المستهلك، اشترط المشرع الجزائري[3] أن يكون هذا الشخص بذاته طرفا في العقد في مواجهة العون الاقتصادي أو المحترف، مهما كانت طبيعة شخص المستهلك سواء كان شخص طبيعي أو معنوي، بحيث لا يستفيد من تطبيق القواعد الخاصة بالمستهلك أي شخص آخر تحت أي صفة، خاصة و أن النص القانوني[4] يرفض يرفض تمديد الحماية القانونية للمستهلك على العون الاقتصادي، لاعتباره مستبعدا من مجال الحماية، و خاضع لأحكام أخرى[5].

تجب الملاحظة في هذا الصدد، إلى أن الشخص الطبيعي يعتبر مستهلكا في مختلف فترات حياته، أما الشخص الذي يمارس نشاطا مهنيا يعد محترفا، غير أنه حينما يقتني سلع أو خدمات لهدف الاستعمال غير المهني أي الشخصي أو العائلي فإنه يعد مستهلكا.

الفرع الثاني : المفهوم الموسع للمستهلك

يتفق غالبية الفقه على أن الشخص الجدير بالحماية هو المستهلك النهائي لهدف غير مهني، - حيث ترجع حاجة المستهلك للحماية على وجه التحديد إلى مركزه الاقتصادي الضعيف بالنسبة للمتعاقد الآخر، نظرا لإفتقاده للخبرة القانونية -، إلا أن هناك جانب من الفقه و القضاء الفرنسي بصفة خاصة يميل إلى إمكانية التوسيع من مجال الحماية القانونية المقررة للمستهلك من الشروط التعسفية، و ذلك استنادا إلى أن هناك فئات

---

[1]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، رقم 37، ص. 29.

[2]- يميز الإقتصاديين بين صنفين من المستهلكين، المستهلك الوسيط (intermediaire) و المستهلك النهائي (final) ،غير أن الحماية القانونية لا تشمل سوى هذا الصنف الأخير، ذلك أن الصنف الأول يعتبر من ذوي المهن أي المحترفين، فالمستهلك الصناعي أو الوسطي هو الشخص الذي يقتني السلعة بغرض استخدامها في أغراض إنتاجية تجارية لإعادة بيعها أو إنتاج سلعة أخرى أو خدمة و توزيعها، و تسمى هذه السلع في هذه الحالة بالسلع الصناعية.

[3]- المادة 29 من القانون رقم 04-02 سالف الذكر.

[4]- المادة 3 الفقرة 2 من القانون رقم 04-02 سالف الذكر.

[5]- قانون المنافسة، راجع الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، ج.ر. 20 يوليو 2003، العدد 43، ص. 25.

أخرى من المتعاقدين، لا تستهلك على النحو المذكور سابقا[1]، و لكن تشترك مع المستهلك في نفس العلة ألا و هي حالة الضعف الاقتصادي[2].

تأسيسا على ذلك، يدخل أنصار الاتجاه الموسع[3] لمفهوم المستهلك كل من يقتني أو يستعمل مال أو خدمة في دائرة المستهلكين، حيث يعرفون المستهلك على أنه : "كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك"، فيعتبر مستهلكا من يقتني مال أو خدمة سواء لاستعماله الشخصي أو المهني[4]، و مادام أن الشخص في حالة ضعف، فهو يستحق الاستفادة من الحماية المقررة للطرف الضعيف.

لقد تبنت بعض التشريعات الأجنبية المتعلقة بحماية المستهلك المفهوم الواسع للمستهلك، كالمشرع الألماني الذي إتجه بموجب القانون المتعلق بالشروط العامة في العقود[5] إلى عدم قصر الحماية القانونية من الشروط التعسفية على المستهلك فقط، و إنما مدها لتشمل كل طرف في العقد لم يتسن له مناقشة مضمون العقد بشكل حر، سواء كان مستهلك أم لا، و هو ما يتفق مع موقف القانون الانجليزي[6].

علاوة على ذلك، تم اعتماد التعريف الموسع لمصطلح المستهلك من طرف جانب من التطبيقات القضائية، كما ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى تبني ما أقرته الأحكام القضائية في الأخذ بهذا المفهوم الواسع.

إن توسيع مفهوم المستهلك إلى أشخاص آخرين يمكنهم من الاستفادة من الحماية القانونية المقررة للمستهلك، لا يعني أنهم حتما مستهلكين بل يمكن تشبيههم بمستهلكين[7]، و يعتبر الخلاف حول اكتساب بعض الأشخاص لوصف المستهلك، مصدر الصعوبة التي يجدها الفقه و القضاء الفرنسي في تحديد مفهوم المستهلك، و من أهم الحالات التي أثارت الجدل : حالة المحترف الذي يتصرف خارج نطاق إختصاصه(أولا)، و كذلك حالة المنتفعين أو المستفيدين من خدمات المرافق العامة(ثانيا).

أولا : توسيع مفهوم المستهلك إلى المحترف الذي يتعامل خارج نطاق

---

[1]- بمعنى لا ينطبق عليهم وصف المستهلك وفقا للمفهوم الضيق.

[2]- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص. 131.

[3]- يهدف أنصار هذا الاتجاه إلى التوسيع في فرض الحماية المقررة للمستهلك، بحيث تشمل كل من يبرم تصرف قانوني بهدف الاستهلاك، حتى و لو كان ذلك لأغراض مهنته أو حرفته.

[4]- أنور أحمد رسلان، المرجع السابق، ص. 4.

[5]- القانون الصادر في 9 ديسمبر 1976، و الذي بدأ العمل به في 1 أفريل 1977.

[6]- قانون الشروط التعاقدية غير العادلة (U.C.T.A. : Unfair Contracts Terms act) الصادر في 1977.

[7]- J. GHESTIN, *Rapport introductif*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 10.

إختصاصه

لقد إهتم الفقه و القضاء الفرنسي بوجه خاص بمسألة التوسيع من نطاق تطبيق حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية من حيث الأشخاص[1]، و ذلك بسبب اقتران مصطلح غير المهني بلفظ المستهلك في النص القانوني[2]، الذي يقضي بأنه : " تعتبر شروط تعسفية في العقود المبرمة بين المحترف أو غير المحترف أو المستهلك ..."[3]، و نظرا لغياب تعريف قانوني للمستهلك انقسم كل من الفقه و القضاء بشأن تصنيف غير المحترف، الأمر الذي أفسح المجال إلى تفسيرات مختلفة فيما يتعلق بمصطلح غير المحترف.

فهل يعد مستهلكا و بالتالي يستفيد من الحماية القانونية، أم يعتبر محترفا فيستبعد من مجال تطبيق الأحكام القانونية المقررة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية؟

لقد أثارت مسألة تحديد مفهوم المستهلك أو غير المحترف جدل فقهي و قضائي كبير، لأنه في حالة عدم توافر هذه الصفة في المتعاقد، فلن يستفيد من الحماية القانونية من الشروط التعسفية، و مما زاد من صعوبة المسألة ما اتجه إليه بعض الفقه[4] إلى إعتبار غير المحترف هذا محترفا في حد ذاته، إنما يتعامل في غير تخصصه المهني في مواجهة محترف آخر تخصصه يتوافق مع موضوع العقد المبرم بينهما، و من هنا طرحت مسألة إمكانية توسيع الحماية ليستفيد منها هذا المحترف، نتيجة لذلك ينبغي الوقوف حول مدى إمكانية تصور مفهوم أوسع للمستهلك، بحيث يشمل المحترف الذي يتعامل خارج مجال تخصصه.

تجب الإشارة، إلى أن المشرع الفرنسي[5] قد أبقى على نفس صياغة الفقرة 1 من المادة L.132-1 التي تتضمن مصطلحي غير المحترف و المستهلك، و ذلك حتى بعد تبنيه للتوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية التي تأخذ بالتعريف الضيق للمستهلك، و بناء على ذلك اعتبر بعض الفقه[6] أن تمسك المشرع الفرنسي بمصطلح غير

---

[1] - V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, op. cit., n° 12, p. 10.

[2] -V. Art. L.132-1 al. 1 c. consom. f.

[3]- يجد هذا النص القانوني مصدره في مشروع القانون المقدم في 1977 إلى مجلس الشيوخ الفرنسي للمصادقة عليه، و المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين، و قد كان هذا المشروع الذي نتج عنه القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10جانفي 1978 المتضمن المادة 35 (و التي أصبحت حاليا محتواة في المادة L.132-1 من ق.إ.ف.) يتضمن عبارة المستهلك فقط، غير أن الجمعية الوطنية أصرت على إستبدال مصطلح المستهلك بغير المحترف، دون توضيح سبب إختيارها هذا، و نتيجة عدم الاتفاق على أحد المصطلحين، قامت اللجنة المختلطة بالجمع بين هذين المصطلحين معاً، الأمر الذي أثار مسألة تحديد تعريف لهما.

[4] - V. J.- P. PIZZIO, *L'introduction de la notion de consommateur en droit français,* D. 1988, n° 20, p. 91.

[5]- تم تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 26 جويلية 1993 بموجب القانون رقم 95-96 المؤرخ في 01 فيفري 1995 الذي نص على إدماج التوجيهة الأوروبية رقم 93-13 الصادرة في 05 أبريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في قانون الاستهلاك.

[6] - V. J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens*, op. cit, n° 19, p. 16.

غير المحترف إلى جانب المستهلك في النص القانوني يدل على رغبته في حماية المحترف الذي يتعامل في إطار نشاطه المهني لكن خارج مجال تخصصه.

لقد عرف المفهوم الموسع لاصطلاح المستهلك تطورا ملحوظا نتيجة للاجتهاد القضائي، لاسيما و أن محكمة النقض الفرنسية لم تتبع نفس الموقف في تحديدها لمفهوم المستهلك أو غير المحترف، حيث اعتمدت في بداية الأمر على معيار شخصي أو ذاتي يتمثل في معيار الاختصاص المهني، ثم في مرحلة ثانية إستندت على معيار موضوعي ألا و هو معيار العلاقة المباشرة[1].

1- معيار الاختصاص المهني:

أول معيار تبنته محكمة النقض الفرنسية لتحديد غير المحترف، هو معيار الاختصاص المهني[2] (le critère de compétence professionnelle)، و قد أيد البعض من الفقه و جانب من الاجتهاد القضائي في فرنسا ضرورة تبني هذا المعيار بوصفه الأكثر اتساعا و المؤدي إلى ضبط الحماية القانونية للمستهلك، فهو يتوافق مع تقابل مصطلحي غير المحترف و المستهلك[3] الواردين في النص القانوني[4].

يسمح معيار الاختصاص المهني المستعمل من طرف محكمة النقض الفرنسية بتوسيع نطاق الحماية القانونية من الشروط التعسفية إلى المحترف الذي يتصرف خارج مجال تخصصه المعتاد، و لم يكد يمر عام على قرارها الذي إستبعدت فيه المحترف - و في حالة مشابهة - من مجال الحماية القانونية[5]، حتى قامت محكمة النقض بتغيير جذري جذري في موقفها إزاء المحترف، و ذلك على إثر قبولها تطبيق النصوص القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية لمصلحته، و قد بررت المحكمة موقفها هذا، بقولها أن المحترف المتعامل خارج نطاق تخصصه يعتبر جاهل (– profane) ignorant مثل أي مستهلك[6]، و على هذا الأساس يكون في نفس حالة الضعف الذي يوجد يوجد فيها المستهلك[7].

---

[1] - V. NATHALIE SAUPHANOR, op. cit., n° 392, p. 245.

[2] - V. Cass. Civ. 1re , 28 avril 1987, D. 1987, som. P. 455, obs. J. L. AUBERT ; R.T.D.Com. 1987, n° 3, p. 537, obs. J. MESTRE : J.C.P. 1987, éd. G. II n° 20893, note G. PAISANT.

[3]- أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، الفقرة 24، ص. 61.

[4] -V. Art. 35 de la loi n° 78-23 (devenu art. L.132-1 c. consom. f.)

[5] - V. Cass. Civ. 15 avril 1986, R.T.D. Civ. 1987, p. 86, obs. J. MESTRE.

[6] - V. Cass. Civ. 1re , 28 avril 1987, D. 1987, som. com., p. 455, obs. J.L. AUBERT ; J.C.P. 1987, édi. G. II, 20893, note G. PAISANT ; R.T.D. Civ. 1987, n° 3, p. 537, obs. J. MESTRE ; D. 1988, J., p. 1, note PH. DELEBECQUE.

[7] - V. A. SINAY-CYTREMANN, op. cit., n° 35, p. 262.

إذن المحترف المستفيد من الحماية من الشروط التعسفية هو الذي يتصرف خارج مجال تخصصه، و لهذا السبب يجد نفسه مجرد من اختصاصه التقني الضروري بالمقارنة مع المحترف الآخر الذي يتعاقد معه، و بذلك يظهر غير المحترف في هذه الحالة مثل المحترف الجاهل[1]، و على هذا الأساس أيدت بعض الأحكام القضائية الصادرة في مجال الشروط التعسفية تمسكها بمعيار الاختصاص المهني[2]، و هكذا كرس الاجتهاد القضائي الفرنسي مفهوم جديد للمستهلك ألا و هو : المحترف المستهلك[3].

وفقا لمعيار الإختصاص المهني يعتبر المحترف الذي يتعاقد خارج نطاق إختصاصه المهني مستهلكا يستحق الحماية القانونية، و بذلك يمكِّن هذا المعيار القضاء من إبطال أي شرط تعسفي يرد في العقد سواء كان مبرم بين المحترف و المستهلك أم بين المحترف نفسه و محترف آخر، مادام أن أحدهما يتعاقد خارج مجال اختصاصه المهني، لذلك يعد معيار الاختصاص المهني[4] الذي يسمح بتحديد مجال تطبيق قواعد الحماية استنادا على حالة الجهل التي يكون عليها المحترف، معيار شخصي أو ذاتي.

لقد تبنت محكمة النقض الفرنسية موقف لصالح المحترف المتضرر من الشروط التعسفية، و بالتالي أصبحت الاستفادة من الحماية من هذه الشروط غير مقتصرة على الشخص الجاهل المتعاقد لأجل غايات غير مهنية فقط، و إنما حتى المحترف الذي يجد نفسه في نفس حالة الجهل التي يوجد فيها أي مستهلك، لأنه يتعامل خارج نطاق اختصاصه فهو مجرد من الاختصاص الخاص به بالنظر إلى العقد الذي أبرمه[5].

فضلا عن ذلك، يضيف بعض الفقه[6] أنه لا يمكن حماية المحترف الذي يتصرف خارج مجال تخصصه من الشروط التعسفية، إلا في حالة وجود تعسف من طرف المتعاقد الآخر، مما يعني أنه لا يكفي لتشبيه المحترف بالمستهلك التمسك أو الاستناد على جهل المحترف فقط، بل ينبغي إثبات تعسف المحترف الآخر في استعمال سلطته الاقتصادية[7].

---

[1] - G. PAISANT, *La protection par le droit de la consommation*, in Les *clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, n° 17 , p. 23.

[2] - V. Angers, 1re ch. B. 16 décembre 1987, D. 1988 chron. P. 206, obs. G. PAISANT ; Paris, 16e ch. B. 22 mars 1990, D. 1990, I.R. p. 98 ; R.T.D. Civ. 1990, p. 475, obs. J. MESTRE.

[3] - V. A. SINAY-CYTERMANN, op. cit., n° 34, p. 260 et 261 : « le professionnel-consommateur est celui qui n'accomplit pas un acte de la profession, même s'il contracte à l'occasion de l'exercice de son activité professionnelle, il n'agit pas pour les besoins de cette dernière à des fins lucratives.»

[4]- إن مسألة تحديد أن الشخص يتصرف خارج نطاق تخصصه المهني من عدمه، مسألة موضوعية يستقل قضاة الموضوع بتقديرها دون رقابة من محكمة النقض.

[5] - V. D. BAKOUCHE, op. cit,. n° 190, p. 181.

[6] - V. M.-L. IZORCHE, *Consommateur et professionnel*, in *Grands arrêts du droit des affaires*, 1995, n° 28, p. 46.

[7] - V. M.-L. IZORCHE, op. cit., n° 29, p. 46.

في هذا الصدد، يثور التساؤل حول مدى ملائمة هذا الاتجاه القضائي الذي يذهب إلى تسوية الحماية من الشروط التعسفية بين المستهلك و المحترف؟

لقد ساند هذا الموقف جانب من الفقه الفرنسي[1] الذي يميل إلى بسط الحماية المقررة للمستهلك لتشمل المحترف الذي يتصرف لغرض مهني و لكن يتعامل خارج مجال اختصاصه المهني المعتاد، و ذلك على أساس أن هذا المحترف غير المختص قد يجد نفسه في مواجهة متعاقد محترف آخر متخصص، و بالتالي يكون في وضعية ضعف تشبه وضعية المستهلك العادي الجدير بالحماية القانونية[2]، أي بمفهوم المخالفة إذا تصرف المحترف في مجال تعامله، فلا يمكن وصفه بأنه غير المحترف شبيه بالمستهلك.

على هذا الأساس، يعارض إتجاه فقهي[3] في فرنسا إستفادة المستهلك فقط من الحماية القانونية في مواجهة الشروط التعسفية، و يرى بتوسيع نطاق هذه الحماية إلى المحترفين في هذا المجال، مادام أن المحترف يظهر أحيانا غير مختص عند إبرامه لعقد معين، و قد يوجد في وضعية إذعان وقت إبرام العقد نتيجة غياب أي سلطة تفاوضية نظراً للعلاقة غير المتكافئة بينه و بين المتعاقد الآخر.

كما ذهب البعض الآخر من الفقه[4] إلى حد المناداة بتوسيع دائرة الاستفادة من قواعد الحماية لتشمل جميع المتعاقدين الأضعف اقتصاديا ، و ذلك استنادا إلى أن قرينة الضعف التي يتحدد على أساسها مفهوم المستهلك، تعد قرينة بسيطة قابلة لإثبات عكسها، الأمر الذي يقتضي دراسة كل حالة على حدة لتحديد المقصود بالمستهلك.

على النقيض من ذلك، إعتبر بعض الفقه[5] المؤيد للمفهوم الضيق للمستهلك - على حد تعبيره - أن عبارة : " في نفس حالة الجهل مثل أي مستهلك " المستعملة من طرف محكمة النقض، تدل على أن المحترف يعتبر مستهلكا وليس فقط شبيه به، و بذلك فإن وصف المحترف بالمستهلك يؤدي إلى تشويه مفهوم المستهلك في حد ذاته، الأمر الذي دفع بالبعض[6] إلى حد إعتبار أن فئة المحترف-المستهلك لا معنى لها، فهي

---

[1] - V. D. MAZEAUD, *Le juge face aux clauses abusives*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, 1993, P.U.M.A., p. 23 : « le critère qui conduit le juge à assimiler le professionnel au consommateur ne réside ni dans la finalité de l'acte, ni dans le lien objectif existant entre l'acte et la spécialité professionnelle, mais bien dans la compétence du professionnel quant à l'activité contractuelle qui a donné lieu à la clause.»

[2] - V. A. SINAY-CYTERMANN, op. cit., n° 33, p. 260 : «le professionnel contractant en dehors de sa compétence est ignorant, c'est un profane risquant de se trouver dans une situation d'infériorité comparable à celle d'un consommateur.»

[3] - V. D. MAZEAUD, *L'attraction du droit de la consommation*, R.T.D. Com., 1998, p. 105.

[4] - V. J.-P. CHAZAL, *Le consommateur existe-il*?, D., 1997, Chr., p. 26.

[5] - H. CAUSSE, *De la notion de consommateur*, in *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Litec, actualités droit de l'entreprise, p. 33 : « ce membre de phrase (dans le même état d'ignorance que n'importe quel consommateur) montre que le professionnel est ainsi considéré comme consommateur et non seulement assimilé au consommateur.»

[6] - V. J.-P. CHAZAL, *Le consommateur existe-t-il?*, op. cit., p. 260 et s., spéc., p. 261.

تتناقض مع تناسق التعبير أو الأسلوب المستعمل من طرف المشرع الفرنسي في صياغة قانون الاستهلاك[1].

إضافة إلى ذلك، يعد معيار الاختصاص المهني متناقض مع الوسائل المعتمدة من طرف المشرع الفرنسي لحماية المستهلك، فلجنة الشروط التعسفية غير مؤهلة لإبداء رأيها فيما يخص الشروط التعسفية المدرجة في العقود المبرمة بين المحترفين[2]، كما أنه ليس من مهمة جمعيات حماية المستهلكين الدفاع عن مصالح أخرى غير تلك المتعلقة بالمستهلكين[3]، الأمر الذي أدى إلى اعتبار أن هذا الاجتهاد القضائي الموسع لمفهوم المستهلك المؤسس على معيار الاختصاص يسبب عدم تناسق بين الأحكام القانونية المتعلقة بقانون حماية المستهلك[4].

بالرغم من أن توسيع محكمة النقض الفرنسية للحماية القانونية بموجب معيار الاختصاص المهني لصالح المحترف غير المتخصص، يرجع أساسا لاعتبارات العدالة العقدية، كون أن هذا المحترف يوجد في مركز ضعف، مما يفترض أنها حالة مشابهة للمستهلك و تتطلب حماية مماثلة، لكن أهم ما يلاحظ من خلال اجتهاد محكمة النقض، هو أنها غير قادرة على إيجاد حماية كاملة و مناسبة للمحترف بهذا المعيار.

ففي الواقع العملي، هناك عقود مبرمة بين محترفين لهما نفس الاختصاص، و مع ذلك فقد يترتب عنها اختلال في العلاقة العقدية نتيجة استغلال أحد الطرفين لضعف الآخر من خلال فرض سلطته الاقتصادية عليه، و على العكس من ذلك، قد يتعاقد متعاقدين من مجال اختصاص مختلفين تماما، دون أن ينتج عن ذلك اختلال بين القوة الاقتصادية بينهما، و ضرورة لحماية الطرف الضعيف[5].

يعد من الصعب قبول حماية المحترف عن طريق قواعد قانون الاستهلاك، بحجة مقتضيات العدالة، ذلك أن الغاية من هذا القانون هي حماية المستهلك، و باعتبار أن قواعد حماية المستهلك تشريع خاص، فهي لا تعدو سوى قواعد تتضمن أحكام خاصة مخالفة لما تقضي به القواعد العامة، و طالما أنها إستثناء فينبغي حصرها[6].

---

[1] - V. N. SAUPHANOR, op. cit., n° 393, p. 246.

[2] - L. LEVENEUR, obs. sous Cass. Civ. 1re, 21 février 1995 et Cass. Civ. 1re, 24 janvier 1995, contrats, conc., consom., 1995, n° 84, p. 5.

[3] - V. N. SAUPHANOR, op. cit., n° 394, p. 246 : « les modèles de conventions pouvant faire l'objet d'actions en suppression de clauses abusives sont, selon L.421-6, ceux : habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs, ce qui exclut les contrats entre deux professionnels.»

[4] - V. G. PAISANT, J.C.P. 1993, II, n° 22007 : « ce serait dénaturer le droit de la consommation que d'admettre au bénéfice de ce dernier les professionnels qui, tout en contractant en dehors de leurs spécialités, agissent au soutien direct de leurs intérêts professionnels.»

[5] - J.P. CHASAL, *Le consommateur existe-t-il?*, op. cit., n° 7, p. 261 .

[6] - V. N. SAUPHANOR, op. cit., n° 395 , p. 247.

إن الحماية المقررة للمستهلك لا تشمل المحترف نظرا لتعاقده في مجال نشاطه المهني الذي غالبا ما يكون مجرد من غاية الاستهلاك، لأن مبررات هذه الحماية لا تتوافر في حقه بسبب تمتعه بالخبرة و المعرفة في مجال معاملاته و سلطته الاقتصادية، و بذلك يعتبر معيار الاختصاص المهني الذي يوسع من نطاق مفهوم المستهلك بصفة عامة غير متفق مع الغاية التي من أجلها تم وضع نصوص قانونية خاصة بحماية المستهلك، و التي تتمثل أساسا في العمل على إعادة التوازن للعلاقة العقدية التي تربط المحترف بالمستهلك بغية توفير الحماية للطرف الضعيف فيها، عن طريق الحد من آثار الاختلال الناجم عن عدم تساوي مراكز الأطراف المتعاقدة.[1]

نظرا لكون أن جوهر الحماية القانونية للمستهلك يكمن في فكرة ضعف مركزه القانوني - و هو بالضرورة غير محترف- فلا ينبغي تحديد نطاق آخر للحماية على أساس التخصص المهني، لأن ذلك يؤدي إلى صرف معنى المستهلك عن غايته، فمصطلح المحترف يقوم على أساس قرينة القوة، هذه الأخيرة هي العنصر الغالب و الراجح للمحترف بصرف النظر عن الطبيعة القانونية لتصرفه، و بما أن عدم التخصص المهني و القوة غير متناقضان فلا ينبغي إذن أن تؤديان إلى فرض قرينة أخرى قوامها ضعف المركز القانوني للمحترف الذي يتصرف خارج نطاق تخصصه المهني[2].

إنتقد جانب من الفقه الفرنسي[3] المؤيد للاتجاه الضيق موقف الاجتهاد القضائي الذي يمنح الاستفادة من قواعد حماية المستهلك إلى بعض المحترفين، و إعتبره نوع من المبالغة في الحماية المقررة للمستهلك[4]، ذلك لأنه في العلاقة العقدية التي تربط بين المحترفين، غالبا ما يمكن لأحدهما إدعاء صفة المستهلك، علاوة على ذلك، فإن هذا التوسع غير المبرر في نطاق تطبيق الحماية القانونية للمستهلك، يفقد قواعد الحماية فعاليتها، كونه يسمح للمحترف من الاستفادة من الحماية القانونية لمصالحه المهنية غير المستحقة[5].

إن المحترف الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه لا يبلغ درجة من الضعف تبرر حمايته شأنه في ذلك شأن المستهلك تماما، فهو غالبا ما يكون متفوق من الناحية الاقتصادية، لأن أهلية المحترف و قدراته في مجال التفاوض أكبر بكثير من المستهلك العادي، و بالتالي تكون حاجته للحماية أقل حدة[6].

---

[1]- أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994، ص. 31.

[2]- أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، فقرة رقم 27، ص. 68 و 69.

[3] - V. A. SINAY-CYTERMANN, op. cit., n° 33, p. 259.

[4]- بمعنى أنه يعد من المبالغ فيه معاملة بالمثل لأطراف ذوي قدرات غير متكافئة.

[5] - V. A. SINAY-CYTERMANN, op. cit., n° 31, p. 259.

[6] - V. A. SINAY-CYTERMANN, op. cit., n° 35, p. 262.

هذا فضلا عن أن المحترف عندما يتعاقد لحاجات مهنية يكون أكثر خبرة و تبصر من الذي يتعاقد لتحقيق أغراض خاصة، و بذلك فهو يستطيع الدفاع بشكل أفضل عن مصالحه العقدية[1]، و حتى إذا تصادف و وجد محترف في وضعية ضعف فإن ذلك يستدعي حمايته بقواعد خاصة، لا بقواعد قانون الاستهلاك، التي تقتصر على حماية المستهلك وحده دون غيره[2]، و على إثر ذلك، يبقى التساؤل حول مبرر تمتع هذا المحترف بهذه الحماية التي لا يستحقها.

إن المفهوم الموسع للمستهلك الذي يعكس إمكانية اعتبار المحترف المتعاقد في غير تخصصه مستهلكا، يؤدي إلى جعل مصطلح المستهلك من المصطلحات التي يصعب تحديدها، الأمر الذي دفع ببعض الفقه[3] إلى وصفه بأنه مفهوم غير محدد و يستحيل تعريفه، نظرا لصعوبة التمييز بين المستهلك و المحترف، و كذا صعوبة تحديد الهدف المقصود من الاقتناء.

علاوة على ذلك، فإن توسيع مفهوم المستهلك ليشمل هذا المحترف يضفي على حدود قانون الاستهلاك طبيعة غير محددة[4]، لأن معرفة ما إذا كان المحترف يتصرف داخل مجال تخصصه أم لا، يتطلب البحث في كل الحالات حالة بحالة و هو أمر صعب بما كان، إضافة إلى أن نتيجة هذا البحث غير مضمونة أي احتمالية، مع العلم أنه يجب على المتعاقدين معرفة القانون الواجب التطبيق على روابطهم العقدية مسبقا دعما لاستقرارها[5]، و بذلك يظهر المفهوم الضيق للمستهلك أكثر دقة و يحمل حماية قانونية أكبر من التي لا يوفرها المفهوم الواسع.

نتيجة للجدل الفقهي الذي ثار حول إعتبار المحترف الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه مستهلكا أو محترفا، إنقسم الاجتهاد القضائي بدوره في هذا الصدد، و بذلك اختلفت أحكام القضاء الفرنسي حول إكتساب المحترف لصفة المستهلك عندما يتعامل خارج مجال تخصصه مع شخص محترف آخر، فأصدرت محكمة النقض الفرنسية[6]

---

[1] - V. PH. MALINVAUD, *la protection des consommateurs*, D. 1981, Chr.,p. 49.

[2]- بودالي محمد، مدى خضوع المرافق العامة و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 39.

[3] - V. J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, P.U.F., 1996, p. 37 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et sociétés*, 8ème éd., Economica, p. 941 ; G. BERLIOZ, *Droit de la consommation et droit des contrats*, J.C.P. 1979, éd. G., I, 2954 ; J.- P. PIZZIO, *L'introduction de la notion de consommateur en droit français*, D. 1982, Chr., p. 91 ; PH. MALINVAUD, *La protection des consommateurs*, D. 1981, Chr., p. 49 ; G. PAISANT, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif, Réflexions sur un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation*, J.C.P., 1993, éd. G., I, 3655.

[4] - V. A. SINAY-CYTERMANN, op. cit. n° 35, p. 261 : « ces controverses quant à la catégorie de professionnels-consommateurs trahissent à notre avis les imperfections d'une conception large du consommateur protégé : cette conception large rend imprécises les frontières du droit de la consommation.»

[5] - V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, op. cit., n° 9, p. 7.

[6] - V. Cass. Civ. 1er 28 avril 1987, D. 1988, J. p.1, note PH. DELEBECQUE ; Angers, 1re ch. B. 16 décembre 1987, D. 1988 chr. p. 206, obs. G. PAISANT ; Paris, 16e ch. B. 22 mars 1990, D. 1990, I.R. p. 98.

بعض الأحكام إعتبرته مستهلكا، إنطلاقا من أنه في هذا الوضع لا يتصرف كمحترف، و من ثم يكون في مركز أقل أو أضعف بالنسبة للمحترف الآخر المتخصص الذي يتعامل معه، و بالتالي يحق له بهذا الوصف الاستفادة من قواعد الحماية، بينما رفضت في أحكام أخرى[1] إضفاء صفة المستهلك على هذا المحترف، على أساس أن تصرفه و إن كان خارج نطاق اختصاصه المهني، إلا أنه لحاجة مهنته[2].

يلاحظ أن هذه الأحكام القضائية المستبعدة لحماية المحترف قد ظهرت بشكل واضح بعد صدور التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية التي تبنت معيار الهدف غير المهني، و بناء على ذلك لم تعد محكمة النقض الفرنسية تأخذ بمعيار الاختصاص المهني، و إنما تأخذ بعين الاعتبار صفة المتعاقد فقط، فإذا تعاقد بوصف المحترف إستبعد من مجال تطبيق الحماية القانونية، على أساس أن العقد في هذا الحالة مبرم بين محترفين.

عموما لا يغير من هذا الرفض في تقدير الفقه المؤيد لهذا الاتجاه، إتساع نطاق تطبيق قواعد الحماية من حيث الأشخاص، ليشمل فئات أخرى لا يصدق عليها المفهوم الضيق للمستهلك، و ذلك مع التسليم بحق هذا المحترف في الحماية بقواعد خاصة[3] مستقلة عن القواعد المتعلقة بالمستهلك، مع مراعاة لمركزه الضعيف بالنسبة للمحترف الآخر الذي يتعامل معه.

ينبغي الإشارة في هذا السياق، إلى أنه لا يوجد خلاف حول إمكانية إكتساب المحترف لصفة المستهلك عند تعاقده على السلع أو الخدمات من أجل الاستهلاك غير المهني أي لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية، فهو في هذا المقام يعتبر مستهلكا حسب المفهوم الضيق، شأنه في ذلك شأن المستهلك تماما، مما يستوجب حمايته، إنما المقصود في هذا الموضع ذلك المحترف أو المهني الذي يتعاقد في غير تخصصه و لأغراض مهنته المعتادة.

2- معيار العلاقة المباشرة بين النشاط المهني و موضوع العقد :

تبنت محكمة النقض الفرنسية في مرحلة ثانية، منذ 1995 معيار العلاقة المباشرة بين موضوع العقد و النشاط المهني[4]، حيث قضت أنه لا يمكن للمحترف أن يستفيد من الحماية في مواجهة الشروط التعسفية إذا كان للعقد علاقة مباشرة مع ممارسة نشاطه

---

[1] - V. Cass. 1re civ. 26 mai 1993 ; Cass. 1re civ. 24 novembre 1993, J.C.P. éd. E 1994, II, n° 593, note L. LEVENEUR ; D. 1994 som. p. 236 obs. G. PAISANT ; Cass. Com. 10 mai 1994, D. 1995, som., p. 89, obs. D. MAZEAUD ; Cass. 1re civ. 21 février 1995, J.C.P., éd., E, 1995, II, n° 22502, note G. PAISANT.

[2]- مثلا كالتاجر أو الصانع الذي يقوم بإبرام عقد تامين على مصنعه أو يشتري جهاز إنذار أو إطفاء، ما كان ليبرم هذا العقد لولا حرصه على حماية مصنعه أو متجره.

[3]- طبقا لقواعد قانون المنافسة.

[4] - V. Cass. Civ. 1ère ,24 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 54, D. 1995, J, p. 327, note G. PAISANT.

المهني[1]، و هكذا أصبحت تستعمل في قراراتها صيغة جديدة تتمثل في عدم اعتباره مستهلكا، و بالتالي لا يستفيد من قواعد الحماية كل شخص يبرم عقدا ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني.

تأسيسا على هذا المعيار، يمكن القول أن صفة المحترف لم تعد تمثل في حد ذاتها سبب لاستبعاد الاستفادة من مجال الحماية القانونية، و لا معيار الاختصاص المهني الذي استند عليه الاجتهاد القضائي سابقا.

تجدر الإشارة، إلى أنه بعد قرار لمحكمة النقض[2]، إستبعدت فيه تطبيق الحماية القانونية من الشروط التعسفية على المحترف على أساس أن العقد قد تم إبرامه لحاجات مهنية مستندة في ذلك على معيار الهدف غير المهني، رجعت إلى تطبيق معيار العلاقة المباشرة، حيث تبنت محكمة النقض هذا الحل الجديد في مجموعة من القرارات الصادرة عنها[3]، أقرت فيها بتطبيق الحماية القانونية للمستهلك على المحترف و لكن مع مراعاة أنه لا يتعلق الأمر بعقود توريد الأموال أو الخدمات التي لها علاقة مباشرة مع نشاطه المهني.

لقد أكدت محكمة النقض[4] بموجب العديد من القرارات الصادرة عنها في السنوات الأخيرة تمسكها بمعيار العلاقة المباشرة، مستبعدة بذلك من نظام الحماية من الشروط التعسفية تلك العقود التي لها علاقة مباشرة مع النشاط المهني الممارس من طرف المحترف المتعاقد، و هكذا أصبحت محكمة النقض ترفض تطبيق الحماية القانونية على المحترف الذي يبرم العقود التي يكون لها علاقة مباشرة مع نشاطه المهني.

طبقا لمعيار العلاقة غير المباشرة استخلص الفقه بمفهوم المخالفة، أن المحترف يشبَّه بالمستهلك و يستفيد من الحماية القانونية، ليس فقط عندما يتعاقد خارج نطاق تخصصه المهني، و إنما ينبغي إضافة إلى ذلك أن لا يكون لموضوع العقد علاقة مباشرة مع النشاط المهني الممارس، و بالتالي فإن المحترف يدخل في مجال تطبيق قواعد الحماية المقررة للمستهلك، عندما يبرم عقد ليس له علاقة مباشرة مع نشاطه المهني، و قد استقت محكمة النقض هذا المعيار من التشريع المتعلق بالسعي التجاري[5]، ثم وسعت

---

[1] -B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, op. cit., éd. 2005, p. 227.

[2] - V. Cass. Civ. 1ère , 21 février 1995, contrats, conc., consom., 1995, comm., n° 84, obs. L. LEVENEUR. (arrêt non publié au bulletin officiel des arrêts civils.)

[3] - V. Cass. Civ. 1ère 03 janvier 1996, Bull. civ. I, n° 9, D. 1996, J, p. 228, note G. PAISANT ; Cass. Civ. 1ère 30 janvier 1996, Bull. civ. I, n° 55 D. 1996, J, p. 228, note G. PAISANT ; Cass. Civ. 1ère 05 novembre 1996, Bull. civ. I, n° 377 ; Cass. Civ. 1re, 17 novembre 1998, Contrats, conc., consom., 1999, n° 21, obs. LEVENEUR.

[4]- V. Cass. Civ. 1re , 5 mars 2002, Bull. civ. 2002, I, n° 78, p. 60 ; Cass. Civ. 1re , 12 mars 2002, Bull. civ. 2002, I ,n° 92, p. 71 ; Cass. civ. 1re , 18 mars 2004, J.C.P. 2004, II, 10106, note D. BAKOUCHE ; Cass. Civ. 1re , 27 septembre 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 347, p. 287.

[5]- القانون المنظم للسعي التجاري الصادر في 31 ديسمبر 1989، راجع المادة L.122-22-4 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

استعماله بخصوص القواعد المتعلقة بالشروط التعسفية و قد كرسته صراحة في أحكامها الصادرة منذ 1995.

يتضح مما سبق، أن مجرد التصرف في إطار النشاط المهني لا يكفي لاستبعاد تطبيق النصوص القانونية، و بذلك فقد أصبحت محكمة النقض تميز بين ما إذا كان للعقد علاقة مباشرة مع النشاط المهني من عدمه، بدلا من البحث عن المستهلك-المحترف المستعمل للسلع و الخدمات أو الاستناد على مجال نشاطه و تخصصه.

إن مسألة تكييف المستهلك و غير المحترف و تقدير العلاقة المباشرة بين موضوع العقد و النشاط المهني، تتعلق بالسلطة التقديرية لقاضي الموضوع[1]، غير أن هذه المسألة قد ترتب عنها تناقضت في أحكام القضاء نتيجة الإختلاف في هذا التقدير[2]، فصدرت بذلك أحكام إعتبرت المحترف مستهلكا جدير بالحماية القانونية بينما رفضت أحكام أخرى حمايته، و من ثم يطرح هذا المعيار عدة تساؤلات : على أي أساس يتم تحديد أو وصف العلاقة المباشرة و تمييزها عن العلاقة غير المباشرة؟ بتعبير آخر كيف يمكن للمحترف إبرام عقد لحاجاته المهنية و لا يكون متصلا مباشرة بمهنته؟

إذا كان معيار العلاقة المباشرة لا يستبعد - نظريا على الأقل - المحترف من مجال تطبيق النص القانوني، بشرط ألا يكون للعقد المبرم علاقة مباشرة مع نشاطه المهني، حيث يميز هذا المعيار بين التصرف المهني أي الذي له علاقة مباشرة مع النشاط المهني للمحترف والمستبعد من أية حماية قانونية، و بين التصرف المتعلق بالمهنة أي التصرف المبرم بمناسبة النشاط المهني و لكن دون علاقة مع مجال تخصص المتعاقد المحترف، إلا أنه من الناحية العملية يلاحظ أن القضاء في مجال الشروط التعسفية كان في الغالب يرفض تطبيق الحماية القانونية[3]، و يقضي بإعتبار أن العقد المبرم من طرف المحترف في ممارسة مهنته له علاقة مباشرة مع نشاطه المهني[4]، و من هنا يتضح أن هذا الاجتهاد القضائي قد إتجه إلى التضييق من مفهوم المستهلك.

نظرا للانتقادات التي وجهت إلى معيار الاختصاص المهني المؤيد لاعتبار المحترف الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه مستهلكا، و ما يعكسه ذلك من تأكيد الرغبة في تحقيق متطلبات العدالة العقدية بصورة شاملة، و بالنظر أيضا إلى حرص أنصار الاتجاه الضيق إلى قصر الحماية القانونية المقررة للمستهلكين لهذه الفئة دون سواها، فقد برزت الحاجة إلى إيجاد حل أكثر واقعية لتجنب ما وجه من نقد إلى كل من معياري الهدف غير المهني و الاختصاص المهني، و يحقق في نفس الوقت أهداف كل منهما.

---

[1] -V. Cass. Civ. 1re, 17 juillet 1996, J.C.P. 1996, II, 22747, obs. G. PAISANT ; C.J.C.E. 01 avril 2004, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm

[2]- Cass. Civ. 1re, 27 juin 2000, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm

[3] - V. D. BAKOUCHE, op. cit., n° 198, p. 187.

[4]- F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 7ème éd., 1999, n° 69 2°, p. 77 : « la haute juridiction a jusqu'à présent considéré que tout contrat conclu à des fins professionnelles présentait un tel rapport.»

نتيجة لذلك اتجه بعض الفقه الفرنسي[1] إلى تأييد موقف جانب من الاجتهاد القضائي المتبني لمعيار العلاقة المباشرة، الذي أضاف شرط لاعتبار المحترف الذي يتعاقد في غير تخصصه مستهلكا، و هو ألا يكون محل العقد المبرم ذو صلة مباشرة بممارسة نشاطه، بمعنى أنه لا يمكن أن تتوافر في هذا المحترف أو المهني صفة المستهلك إلا بقدر عدم الارتباط المباشر بين تخصصه و موضوع العقد، و هكذا يتضح أنه لاعتبار المحترف مستهلكا ينبغي ألا يكون مضمون تعاقده تنفيذا لعمل من أعمال مهنته أو حرفته[2].

يعد معيار العلاقة المباشرة المطبق من قبل الاجتهاد القضائي متوافقا مع موقف جانب من الفقه[3]، الذي يرى أنه بالإمكان تحديد مفهوم المستهلك عن طريق إعمال معيار العلاقة المباشرة، الذي يتحدد مضمونه في حقيقة العلاقة أو الرابطة التي تجمع بين التصرف القانوني أو العقد الذي يبرم، و المهنة التي تمارس.

كما يرى جانب آخر من الفقه[4]، أنه بتبني محكمة النقض لمعيار العلاقة المباشرة، تكون قد اعتمدت حل وسط بين معيار الاختصاص و معيار الهدف غير المهني، و هكذا فقد أصبح إستبعاد المحترف من نطاق الحماية القانونية لا يتم لتوافر هذه الصفة فيه، و إنما فقط في حالة ما إذا كان لموضوع العقد الذي أبرمه علاقة مباشرة مع نشاطه المهني، و على هذا الأساس، يكون الاجتهاد القضائي المتبني لمعيار العلاقة المباشرة قد أقام تمييز بين العقود الضرورية و المرتبطة بممارسة النشاط المهني للمتعاقد، و تلك العقود التي تكون فعلا مبرمة بمناسبة النشاط المهني للمتعاقد، غير أنها تخرج عن الموضوع الخاص لهذه المهنة، لدرجة أن أي محترف آخر يمكنه إبرامها لممارسة مهنته الخاصة به.

قد يظهر أن معيار العلاقة المباشرة من الناحية النظرية يؤدي إلى التوسيع من مفهوم المستهلك، إلا أنه في الواقع يعتبر أكثر تحديد و تضييق من معيار الاختصاص المهني، فهو على حد تعبير بعض الفقه[5] يمثل مرحلة مهمة نحو توحيد مفهوم المستهلك، لكونه يفيد في إمكانية إيجاد مفهوم موحد لمصطلح المستهلك، حيث يحقق هذا المعيار

---

[1] - V. J. MESTRE, R.T.D. civ. 1996, p. 608.

[2] - V. A. SINAY-CYTERMANN, op. cit., n° 34, p. 261.

[3] - V. O. CARMET, *Réflexions sur les clauses abusive au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978*, R.T.D. com., 1982, p. 10 ; J. P. CHAZAL, *Les clauses abusives*, op. cit., n° 25, p. 6 : « c'est à M. CARMET que revient le mérite d'avoir émis l'idée d'une distinction en fonction de la nature du lien unissant l'acte conclu à la profession exercée.» ; V. J. L. AUBERT, obs. Sous Cass. Civ. 1re , 3 mai 1988, D. 1988, somm., p. 407.

[4] - V. D. MAZEAUD, *L'attraction du droit de la consommation*, op. cit., p. .101

[5] -J. P. CHAZAL, *Les clauses abusives*, op. cit., n° 25, p. 6.

عدالة في الحماية القانونية لبعض المحترفين عندما يوجدون في نفس موقف المستهلكين، أي في حالة عدم ارتباط العقود التي يبرمونها مع مهنتهم المعتادة[1].

على النقيض من ذلك، يرى البعض الآخر من الفقه[2] أن هذا المعيار لا يسمح بتحديد تعريف دقيق لمصطلح المستهلك، ذلك أن مد الحماية القانونية المقررة للمستهلك إلى المحترف الذي يتعاقد خارج نطاق اختصاصه، يؤدي إلى تشبيهه بالمستهلك، و من غير المنطق اعتباره مستهلكا، كونه يتعامل في إطار مهنته، و حتى لو إعتبرت العلاقة غير مباشرة بين العقد المبرم و المهنة التي يمارسها هذا المحترف، فهذا لا ينفي وجود هذه علاقة مع مهنته، الأمر الذي قد يوحي بعدم وجود المستهلك في الناحية القانونية هذا من جهة.

و من جهة أخرى يصطدم هذا الحل الذي إعتمدته محكمة النقض مع فكرة العدالة العقدية، لأن إستبعاد المحترف من الاستفادة من التشريع المتعلق بالشروط التعسفية يظهر متناقض مع الغاية التي يقوم عليها قانون الاستهلاك – التي على أساسها تتم التفرقة بين المستهلك و المحترف - و التي تكمن في حماية الضعفاء في مواجهة الأقوياء[3].

إذا كانت صفة المحترف تفترض وضعية القوة، فإن وصف المستهلك يفترض وضعية ضعف، و هذه الأخيرة تعد قرينة بسيطة، غير أنه يظهر من اجتهاد محكمة النقض الذي استندت فيه على معيار العلاقة المباشرة، أنها قد أصبحت قرينة قاطعة[4].

بالرغم من أن هذا المعيار قد يقود في جانب من تطبيقاته إلى تحديد إطار للاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك، إلا أنه لا يصلح لأن يكون ضابط يحكم مفهوم المستهلك، و ذلك لأنه لا يعتد بعدم التوازن الاقتصادي بين الطرفين[5]، فهو لا يهتم لوجود مركز قانوني قوي أو ضعيف، و إنما يرتكز فقط على مجرد وجود صلة تربط بين العقد الذي يبرم و المهنة التي تمارس[6]، أي أنه يعد معيار يخدم بالدرجة الأولى المحترف، حيث يتمكن القضاء بمقتضاه من بسط الحماية القانونية على المحترف، وفق شروط هذا المعيار[7].

على هذا الأساس، ينظر جانب من الفقه[8] إلى معيار العلاقة المباشرة على أنه لا يحدد ذاتية المستهلك، و لكنه يشير فقط إلى المحترف الذي يعد مستهلكا، و تجب حمايته

---

[1] - V. J. P. PIZZIO, *Un apport législatif en matière de protection du consentement*, R.T.D. civ., 1976, p. 107 et 108.

[2] - V. G. PAISANT, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, op. cit., p. 3655

[3] - V. D. BAKOUCHE, préc., n° 198, p. 188 ; J. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, R.T.D. Civ., S., 1994, p. 245.

[4] - V. D. BAKOUCHE, op. cit., n° 198, p. 188.

[5] - V. J. P. CHAZAL, *Clauses abusives*, op. cit., n° 26, p. 6.

[6]- أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص. 74.

[7]- يكمن جوهر معيار العلاقة المباشرة في وجود الرابطة ما بين العقد الذي أبرمه المحترف و المهنة التي يمارسها.

[8]- أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص. 71.

وفقا لمضمون هذا المعيار، و عليه فإن هذا المعيار لا يقوم على فكرة حماية الجانب الضعيف في الرابطة العقدية[1]، فهو لا يحمي المستهلك في حد ذاته، بل يحمي بعض المحترفين مادام لم توافرت العلاقة المباشرة بين العقد المبرم من جانبهم و المهنة التي يمارسونها.

و أخيرا، يمكن القول، أنه إذا كان النقد الذي وجه لمعيار العلاقة المباشرة و المعتمد حاليا من قبل محكمة النقض الفرنسية يرتكز على كون أن الغاية الحقيقية من تقرير الحماية القانونية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، تكمن في الضعف الاقتصادي و التقني و العلمي الذي يعاني منه المستهلك، فإنه لا مانع إذن من مد هذه الحماية لتشمل المحترف الذي يعاني من نفس الضعف في مواجهة محترف آخر و الذي عند تعاقده معه يفرض عليه شروط تعسفية تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين هذين الطرفين[2].

ثانيا: توسيع مفهوم المستهلك إلى مستعملي المرافق العامة :

لقد أثير حديثا إشكال آخر يتصل اتصالا وثيقا بمسألة تحديد مفهوم المستهلك، يتعلق بالمرافق العامة و مدى اعتبارها من المحترفين و مدى اعتبار المنتفعين أو المستفيدين من خدماتها بالمستهلكين، للاستفادة من الحماية التي يوفرها قانون حماية المستهلك.

يقصد بالمرفق العام[3] كل مشروع أو نشاط يمارسه شخص من أشخاص القانون العام (الدولة، الولاية ، البلدية ، المؤسسات العمومية) بهدف إشباع الاحتياجات ذات المصلحة العامة.

و في هذا الصدد يطرح التساؤل التالي : إذا كانت الخدمة التي تقدمها المرافق العامة قد تم إقتناؤها بهدف الاستعمال شخصي أو عائلي، فهل يمكن اعتبار المستفيدين منها كمستهلكين ؟ و المرافق العامة كمحترفين؟

تكمن أهمية هذا التساؤل في معرفة ما إذا كان يمكن تطبيق قانون الاستهلاك على المستفيدين من مرافق العامة (les usagers des services publics) أم لا، و للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التمييز بين مستعملي المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري، و كذا مستعملي المرافق العامة الإدارية.

---

[1] -V. J. P. CHAZAL, *Clauses abusives*, op. cit., n° 28, p. 6

[2] - V. D. BAKOUCHE, op. cit., n° 198, p. 189.

[3]- تتجه محاولات تعريف المرفق العام في اتجاهين أساسيين، اتجاه يركز في تعريفه للمرفق العام على الجانب العضوي أو الشكلي، و الاتجاه الثاني يركز على الجانب المادي أو الموضوعي، و هناك اتجاه ثالث يجمع بين الجانبين العضوي و المادي في تحديده لفكرة المرفق العام.

1 -الأشخاص المستفيدين من خدمات المرافق العامة الصناعية و التجارية :

أصبحت المرافق العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري منذ القرار الشهير في قضية " Bac d'eloka "[1] الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية، تخضع في علاقاتها مع المستفيدين للقانون الخاص، أي لاختصاص القضاء العادي، و عليه، يمكن تصنيف هذه المرافق ضمن قائمة المحترفين، كما يمكن للمستفيدين من خدماتها اكتساب صفة المستهلك[2]، طالما أنهم يقومون باقتناء السلع أو الخدمات لسد حاجاتهم الشخصية أو العائلية[3].

إن المنتفع أو المستفيد من علاقته مع هذه المرافق ليس في مركز تنظيمي أو لائحي، و إنما هو في مركز تعاقدي ناشئ عن توافق إرادتين، غير أن هذا التوافق يبقى صوريا، و يخفي في حقيقته صورة إذعان المنتفع للشروط التي تضعها هذه المرافق من جانب واحد، خاصة إذا كانت احتكارية، حيث يجبر المنتفعون إلى التعامل معها، مما يؤدي إلى استمرار تبعية المنتفع للمرفق العام.

غير أنه مع زوال تبعية المنتفع للمرفق العام الاقتصادي، نتيجة للانفتاح نحو المنافسة، لم يعد يقدم المرفق العام أداء عاما، و إنما خدمة أو سلعة بصفة أكثر فردية، و هكذا تحول هذا المرفق العام الاقتصادي إلى محترف حقيقي يعمل على إرضاء المنتفع – المستهلك- بشكل أساسي قبل أن يهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، و تبعا لذلك تحول المنتفع من هذه المرافق الاقتصادية إلى مستهلك.

2 -الأشخاص المستفيدين من خدمات المرافق العامة الإدارية :

تطرح مسألة اكتساب المرافق العامة الإدارية[4] الخاضعة للقانون العام، لصفة المحترف صعوبة أكثر، بإعتبارها لا تهدف إلى البحث عن الربح المادي، و إنما تحقيق المنفعة العامة، و من هنا يستخلص أنه لا مجال لتطبيق قانون حماية المستهلك على هذه المرافق، فهل يمكن توفير حماية للمستفيدين من المرافق العامة الإدارية؟

نظرا لكون المستفيدين أو مستعملي هذه المرافق غالبا ما يكون في وضعية ضعف في مواجهة المرافق العامة الإدارية، فهم إذن بحاجة إلى حماية تماما كالمستهلكين العاديين، الأمر الذي يطرح إمكانية تطبيق الحماية القانونية لمستعملي المرافق العامة الإدارية، و ذلك بإخضاع هذه الأخيرة لأحكام قانون حماية المستهلك.

---

[1] - V. Arrêt Bac d'eloka, Trib. Confi. 22 janvier 1921, D. 1921, 3, 1.

[2]- G. ECKERT, *Note de jurisprudence administrative*, Revue du droit public, n° 5, L.G.D.J., 2001, p. 1495.

[3]- راجع أعلاه، الدراسة المتعلقة بالمرافق العامة ذات الطابع التجاري و الصناعي، ص. 54.

[4]- راجع أعلاه، الدراسة المتعلقة بالمرافق العامة الإدارية، ص. 56.

لكن يتم التمييز في هذا الصدد، بين المرافق العامة الإدارية التي تقدم خدمات جماعية و مجانية (بدون مقابل)، و التي لا تخضع إلى قواعد قانون الاستهلاك، و بالتالي فإن المستفيدين من هذه الخدمات ليسوا بمستهلكين، و بين المرافق العامة الإدارية التي تقدم خدمات بصفة فردية و بمقابل مادي، حيث يعد مستعملي أو المستفيدين غير المحترفين لهذه المرافق الأخيرة بمثابة مستهلكين، مما يمكنهم من الاستفادة من قانون حماية المستهلك[1].

المطلب الثاني : تحديد المقصود بالعون الاقتصادي أو المحترف

تكمن صعوبة تحديد مفهوم المستهلك - الذي تقررت الحماية القانونية من الشروط التعسفية أساساً لصالحه - في التمييز بينه و بين مصطلح العون الاقتصادي أو المحترف، كونه يعد الطرف المقابل له في علاقته التعاقدية، خاصة و أن مفهوم المستهلك في حد ذاته لا يمكن أن يتضح إلا بمقارنته بوصف العون الاقتصادي أو المحترف، فما المقصود إذن بهذا المصطلح.(الفرع الأول)

إن مسألة تحديد مفهوم العون الاقتصادي أو المحترف ، يطرح تساؤل حول مدى اكتساب المرافق العامة - التي تهدف إلى توفير متطلبات ذات مصلحة عامة - لصفة المحترف، و بالتالي إمكانية خضوعها لقانون حماية المستهلك، و مما يثير صعوبة أكثر مسألة اعتبار المرافق العامة ذات الطابع الإداري التي تخضع للقانون العام لوصف العون الاقتصادي أو المحترف. (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف العون الاقتصادي أو المحترف

عرف المشرع الجزائري العون الاقتصادي[2] بأنه : " كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها "[3]، تبعا لذلك ينبغي تحديد العناصر المكونة لهذا التعريف، و كذلك المعيار الذي على أساسه يتم تحديد مفهوم المحترف أو العون الاقتصادي.

أولا : شروط توافر صفة العون الاقتصادي أو المحترف

[1]- S. PERDU, *Le juge administratif et la protection des consommateurs*, A.J.D.A. n° 9, Dalloz, 2004, p. 483.

[2]- لقد درج المشرع الجزائري على إستعمال مصطلح المحترف في القوانين المتعلقة بحماية المستهلك، لكنه أطلق عليه تسمية العون الاقتصادي عند إصداره للقانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و يلاحظ من استقراء مضمون تعريف المحترف الوارد في المادة 2 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتجات و الخدمات أنه يتفق مع تعريف العون الاقتصادي.

[3]- راجع المادة 3 الفقرة 1 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المذكور سالفا.

يستخلص من فحوى التعريف القانوني أنه لإكتساب وصف العون الاقتصادي (l'agent économique) أو المحترف (le professionnel)، ينبغي توافر الشروط القانونية اللازمة في الشخص، و المتمثلة في ما يلي:

1 -أن يكون الشخص منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات :

باستقراء مضمون هذا التعريف القانوني، يلاحظ أن المشرع لم يكتف فقط بتحديد مفهوم العون الاقتصادي- كما فعل مع مصطلح المستهلك- بل قام بداية بتعداد بعض أنواع الأعوان الاقتصاديين أو المحترفين الذين يتواجدون في الميدان العملي كالمنتج و التاجر و الحرفي و مقدم خدمات.

تجب الإشارة، إلى أن ذكر أصناف الأعوان الاقتصاديين في التعريف، قد جاء على سبيل المثال لا الحصر، و يتضح ذلك من خلال عبارة " أيا كانت صفته القانونية "، و هذا الإطلاق يتناسب مع مرحلة الاقتصاد الحر الذي قد يفرز كل يوم عن أصناف جدد من الأعوان الاقتصاديين أو المحترفين، و الذين لا يستطيع المشرع حصرهم جميعا، لذلك فقد وضع معيار لضبط أصناف المحترفين الذين يعنيهم قانون حماية المستهلك.

يلاحظ من تعريف العون الاقتصادي أنه لا يقتصر على التاجر[1] الذي يتعامل مباشرة مع المستهلك، و إنما يمتد لشمل كل شخص يمارس نشاطا مهنيا مهما كان نوعه أو صنفه، و عليه يدخل في تعداد الأعوان الاقتصاديين كل من الصانع و التاجر و الحرفي و الموزع و المحترف و المقاول، و مستغل النشاط الفندقي...دون تفرقة بينهم[2]، و يرجع هذا التعداد أساسا إلى اعتبار أن هذا العون الاقتصادي يعد بمثابة كل متدخل في إطار عملية وضع سلعة أو خدمة للاستهلاك، و هذه الأخيرة لا تشمل فقط العرض في الأسواق، و إنما جميع المراحل من طور الإنشاء الأولى إلى العرض النهائي للاستهلاك، قبل الاقتناء من طرف المستهلك، على أن يتم توجيه السلع أو الخدمات إلى الاستهلاك من قبل العون الاقتصادي سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، و بذلك، يمكن إجمال أصناف النشاط المهني في كل من عمليات الإنتاج و التوزيع أو تقديم الخدمات.

2 -أن يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي:

تعتبر ممارسة النشاط المهني (l'activité professionnelle) عنصرا جوهريا في تحديد مفهوم المحترف أو العون الاقتصادي، و ذلك سواء كان هذا النشاط تجاري أو حرفي أو تقديم خدمات أو غيرها، على أن يتم ذلك في إطار مهنته المعتادة، أي طبقا

---

[1]- إن مصطلح المحترف حديث الظهور في المجال القانوني بالمقارنة مع مصطلح التاجر الذي يعد مجاله أوسع، و بناء على ذلك كل تاجر هو محترف، لكن ليس كل محترف تاجر.

[2]- تعتبر التجارة من أهم و أوائل أشكال النشاطات المهنية المنظمة، غير أن تطور الحياة الاقتصادية و إزدياد متطلباتها قد أدى إلى ظهور الكثير من أصحاب المهن الحرة إلى جانب المنتجين و الموزعين، كالأطباء و المحامين و غيرهم.

للشروط التي تقتضيها كل مهنة، فإذا كان تاجرا ينبغي أن تتوافر فيه شروط إكتساب هذه الصفة، و كذلك بالنسبة للحرفي و المنتج و غيرهم.

يعرَّف النشاط المهني على أنه كل نشاط منظم يتم بهدف الإنتاج أو التوزيع أو أداء الخدمات، فهو يشمل مفهوم المشروع و الاستغلال الاقتصادي أو المؤسسة الاقتصادية[1] ، و بذلك يستخلص بمفهوم المخالفة أن كل نشاط يدخل في مجال الإنتاج والتوزيع و تقديم الخدمات، يخرج من نطاق الاستهلاك.

على خلاف المستهلك، فالعون الاقتصادي هو الشخص الذي يتصرف من أجل حاجات مهنته، كاستئجاره لمحل تجاري لتجارته أو شرائه لسلع بقصد إعادة بيعها، تبعا لذلك يصنف من بين المحترفين كل من يقتني سلع أو يستعملها لأغراض مهنية حتى ولو لم يقم ببيعها، مثل الشركة التي تشتري آلات لمصانعها، فهذا التصرف يعتبر عملا مهنيا، لأن هذه الأعمال تندمج في إطار عمليات الإنتاج أو التوزيع و هي ليست أعمال استهلاكية.
بناء على ذلك عرف بعض الفقه[2] المحترف بأنه : "الشخص الذي يتصرف من أجل احتياجاته المهنية"، و يلاحظ من مضمون هذا التعريف أنه يعتمد على طبيعة النشاط الذي يمارسه الشخص و هو النشاط المهني.

على الرغم من اقتناء العون الاقتصادي أو المحترف للسلع أو الخدمات، فإن ذلك يتم بغرض تصنيعها أو استعمالها في إنتاج سلع أخرى في إطار مشروعه التجاري أو الصناعي أو الحرفي... أو أي نشاط مهني آخر، أو تسويقها بقصد تحقيق الربح[3]، و عليه فإن قانون الاستهلاك يطبق على أصحاب هذه المهن في علاقاتهم مع المستهلكين، سواء كانت حرفية أو زراعية أو حرة أو غيرها، و هذا ما أكدته التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية و التي استعملت نوعان من الوصف النشاط المهني أو التجاري، أما في القانون الفرنسي فإن عبارة النشاط المهني تشمل كل المهن[4].

3 -أن يقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها:

سيتخلص من هذا العنصر أن المشرع الجزائري قد وسع من تعريف العون الاقتصادي، فلا ينصرف هذا المصطلح للشخص الطبيعي فقط، و إنما المقصود في هذا المقام، الشخص المعنوي الذي يقدم السلعة أو الخدمة، و بالتالي فلا مجال إذن للتمييز حسب المركز القانوني للعون الاقتصادي، بين الشخص الطبيعي أو المعنوي، و بذلك فإن مفهوم العون الاقتصادي يشمل أيضا الشركات التي تمارس أنشطة مهنية، صناعية

---

[1]- عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني و المقارن، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة ، الطبعة الأولى، عمان، 2002، ص. 11.
[2] - V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, op. cit., n° 7, p. 6.
[3]- علي بولحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص. 16.
[4] - V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, op. cit., n° 4, p. 4.

أو تجارية أو زراعية أو حرفية... الهدف منها الحصول على الربح، و يعد هذا الأخير كغاية لنشاطه المهني معبرا عن عدم التكافؤ في العقود التي يبرمها مع المستهلك[1]، و بذلك تلتزم هذه الأشخاص المعنوية اتجاه المستهلك بنفس الالتزامات التي تقع على عاتق العون الاقتصادي الشخص الطبيعي.

لم يتعرض المشرع الفرنسي لمفهوم المحترف أو المهني و ذلك على مثال مفهوم المستهلك، و إن كان يلاحظ أن التعريف القانوني الذي قدمه المشرع الجزائري يتفق مع ذلك الذي اقترحته لجنة صياغة وتنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي، و الذي يعتبر في نظر الفقه من أبرز التعاريف، حيث ورد فيه أن : "المحترفين هم الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين أو المتخصصين الذين يعرضون الأموال أو الخدمات أثناء مزاولتهم لنشاط اعتيادي".

على هذا النحو، يتطابق هذا التعريف مع ذلك الوارد في التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية[2] سالفة الذكر و التي عرفت المحترف بأنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي... يتصرف في إطار نشاطه المهني، سواء كان النشاط عاما أو خاصا "، و بذلك يتضح أن المشرع الأوروبي قد اتجه إلى توسيع مفهوم المحترف ليشمل كذلك الأشخاص المعنوية.

في غياب تعريف للمحترف في التشريع الفرنسي، حاول الفقه إيجاد مفهوم لهذا المصطلح، حيث عرفه البعض[3] على أنه : " الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتصرف في إطار مهنته المعتادة و المنظمة، بحيث يقوم من خلال هذا النشاط بالإنتاج و التوزيع و تقديم الخدمات "، و من هنا يظهر أن المحترف هو الشخص الذي يقوم بإستغلال مشروع، و ذلك مع أخذ مصطلح المشروع بمفهومه الواسع.

ثانيا: معيار تحديد مفهوم العون الاقتصادي أو المحترف

يقتضي تحديد مفهوم المحترف أو العون الاقتصادي، التطرق لمعيارين أساسين و هما معيار الاحتراف و معيار الربح، من أجل الوقوف على مدى صلاحيتهما في الكشف عن أساس المفهوم المحدد للمحترف، بالإضافة إلى معيار ممارسة النشاط المهني بصفة إعتيادية.

[1]- خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 36.

[2] - V. Art. 2 de la Dir. C.E.E. n° 95-13 du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

[3] - V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, op. cit., n° 3, p. 4 ; Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Armand Colin, 2005, p. 25.

1 -معيار الاحتراف :

يقصد بالاحتراف توجيه النشاط الإنساني بصفة منتظمة و مستمرة لمزاولة عمل معين، بحيث تتخذ ممارسة هذا النشاط كوسيلة لكسب عيش صاحبه و إشباع حاجاته[1]، و من ثم يمكن تعريف الإحتراف على أنه ممارسة الأعمال التجارية بصفة منتظمة و مستمرة مع إتخاذها مهنة للحصول على مورد رزق، و بذلك يلاحظ أن الاحتراف يرتكز على عنصرين هما الانتظام و الاستمرار.

يعتبر الاحتراف بهذا المعنى شرطا لاكتساب وصف التاجر[2]، و ليس صفة المحترف أو المهني، بناء على ذلك يتضح أن الاعتماد على معيار الاحتراف لا يصلح لتحديد مفهوم المحترف الذي يشمل علاوة على التاجر، الحرفي و الموزع و المنتج و مقدم الخدمات، و حتى أصحاب المهن الحرة.

2 -معيار تحقيق الربح :

يعتبر البحث عن تحقيق الربح[3] معياراً هاماً في القانون التجاري، بوصفه عنصراً أساسياً لتحديد العمل التجاري، فوفقا لهذا المعيار يعد كل عمل منجز من أجل تحقيق الربح عملاً تجارياً، فهل يمكن الإعتماد عليه في تحديد مفهوم المحترف؟ بتعبير آخر هل ينبغي لإعتبار الشخص محترفا أن يكون الهدف من وراء ممارسة مهنته تحقيق الربح المادي؟

تتم ممارسة المهنة في الأصل بهدف تحقيق ربح مادي، و لكن يميل بعض الفقه[4] إلى ضرورة توسيع مفهوم المهنة ليشمل بعض النشاطات التي بالرغم من أن لها طابع معتاد و منظم، إلا أنها لا تهدف إلى تحقيق الربح، كالتعاونيات و بعض الجمعيات التي تقدم سلع و خدمات، و التي تعتبر في مركز قوة في علاقاتها مع زبائنها المستهلكين، الأمر الذي يبرر تطبيق قواعد حماية المستهلك عليها، و لهذا السبب لم يتم إدراج الهدف المادي أو الربح في التعريف الفقهي للمحترف.

على هذا النحو، فضلت لجنة تنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي من جهتها عدم الأخذ بمعيار الربح لتحديد المحترف أو المهني، حيث رأت أنه ينبغي الأخذ كذلك بعين الإعتبار بعض الأشخاص الذين لا يكون هدفهم من وراء ممارسة بعض الأنشطة المهنية هو تحقيق الربح، كما هو الحال بالنسبة للتعاونيات التي لها أنشطة إقتصادية و تقوم في

---

[1]- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري، إبن خلدون، ط. 2، 2003، رقم 107، ص. 165.

[2]- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 107، ص. 164 و ما بعدها.

[3]- راجع شرح معيار المضاربة و الانتقاد الموجه إليه، فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 50، ص. 69 و ما بعدها.

[4] - V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, op. cit., n° 4, p. 4.

نفس الوقت بأنشطة خيرية، فبالرغم من أنها لا تهدف إلى تحقيق الربح نظريا على الأقل، إلا أنها تدخل في طائفة المحترفين، لأن الطرق التي تستخدمها لا تختلف من حيث الأساس عن تلك المستعملة من قبل الشركات التجارية[1].

3 -معيار ممارسة النشاط المهني بصفة إعتيادية :

يظهر من التعريف القانوني أن ممارسة النشاط المهني بصفة إعتيادية يعتبر العنصر الجوهري الذي على أساسه يتم تحديد صفة المحترف أو العون الاقتصادي، و يقصد بهذا المعيار تكرار القيام بالنشاط المتعلق بالمهنة دون إشتراط الاحتراف الذي يعتبر شرط لازم لإكتساب الشخص لصفة التاجر، ذلك أن الاحتراف يختلف عن الاعتياد، الذي يعني تكرار وقوع العمل من وقت لآخر، دون أن يصل لدرجة الإستمرار و الإنتظام[2]، بناء على ذلك يتضح أنه يكفي لإعتبار الشخص محترفا أن يعتاد القيام بالنشاط المتعلق بمهنته، مهما كان نوع هذا النشاط الممارس، سواء تجاري أو حرفي أو صناعي، أو تقديم خدمات.

إن طابع المهنة المعتاد و المنظم هو الذي يبرز قوة المحترف، فهو يتعامل في مجال اختصاصه، و يمتلك المؤهلات التي تجعله يتفوق في تعاملاته مع المستهلك، بإعتباره صاحب خبرة و دراية بما يقدمه من سلع و خدمات، و فعالية في مجال مهنته، مما يسمح له إستنادا على هذه القدرات أن يكون في موقف أقوى فنيا و قانونيا و إقتصاديا، بالمقارنة مع المستهلك الطرف الضعيف المتعاقد معه.

يعد عنصر ممارسة النشاط المهني، أهم مبررات تطبيق قواعد الحماية القانونية على المستهلك ، لاسيما في مجال الشروط التعسفية، ذلك أن المستهلك يتعاقد في إطار النشاط الشخصي، و يسعى من وراء تعاقده إلى إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، أما العون الاقتصادي أو المحترف فهو يتعاقد في إطار أنشطة مهنية، و هدفه في الغالب من وراء ذلك هو الحصول على الربح، و لذلك يعمل على تكريس كل إمكانياته من أجل تحقيق أكبر قدر من الربح على حساب المستهلك، نتيجة لذلك يجد المستهلك نفسه كطرف ضعيف في مواجهة العون الاقتصادي، الذي يضمن عقده ما يشاء من الشروط التعسفية المجحفة بالمستهلك، الذي يكون مضطرا للتعاقد من أجل الحصول على السلعة أو الخدمة التي يرغب في الحصول عليها[3]، و من هنا تظهر أهمية توفير حماية للمستهلك بهدف إعادة التوازن في العلاقة العقدية بينه و بين العون الاقتصادي أو المحترف.

الفرع الثاني : مدى خضوع المرافق العامة لوصف العون الاقتصادي أو المحترف:

---

[1]- جرعود الياقوت، عقد البيع و حماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001-2002، ص. 29.

[2]- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 107، ص. 166.

[3]- خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 35.

لقد أثارت مسألة تحديد مفهوم لمصطلح المحترف أو العون الاقتصادي، إشكال هاما يتعلق بالمرافق العامة و مدى اكتسابها لوصف المحترف، و بالتالي خضوعها لقانون حماية المستهلك، و عموما يتم التمييز في ظل القانون الإداري، بين المرافق العامة ذات الطابع التجاري و الصناعي[1] و المرافق العامة الإدارية.

أولا: المرافق العامة ذات الطابع التجاري و الصناعي

(les établissements publics à caractère commercial et industriel)

تعتبر المرافق العامة ذات الطابع التجاري و الصناعي حديثة النشأة، حيث ظهرت نتيجة تدخل الدولة المعاصرة في مجالات النشاط الاقتصادي و الصناعي، و هي تتميز بمزاولتها لنشاط شبيه بنشاط الأفراد، مما يجعلها في وضعية منافسة معهم، و بناء على ذلك فهي تقوم بإستعمال أساليب التسويق الحديثة بهدف جذب الزبائن.

لم يتعرض التعريف القانوني للعون الاقتصادي إلى إمكانية إكتساب المرافق العامة لوصف العون الاقتصادي أو المحترف، لكن بالرجوع إلى أحكام القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية[2] فإنه ينص على إعتبار المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي و المؤسسات العمومية الاقتصادية[3] أشخاص إعتبارية تخضع للقانون التجاري، و من هنا يستدل على أنها مؤسسات مهنية[4]، مما يسمح بتصنيفها في فئة المحترفين وفق مفهوم قواعد حماية المستهلك.

---

[1]- يميز المشرع الجزائري بين المؤسسات العمومية الاقتصادية و الهيئات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي من جهة، و بين الهيئات العمومية ذات الطابع الإداري من جهة أخرى.

[2]- راجع الفقرة 1 من المادة 45 من القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 الذي يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج. ر. 13 جانفي 1988، العدد 2، ص. 37، و تجدر الإشارة إلى أن هذا القانون قد ألغي بموجب الأمر رقم 95-25 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير الأموال التجارية التابعة للدولة، ج. ر. 27 سبتمبر 1995، العدد 55، ص. 6، لكن الأحكام التي تسري على المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي لازالت سارية المفعول، و ذلك لأن الأمر رقم 95-25 قد أبقى على المواد التي كانت تنظم هذه الهيئات.

[3]- كانت المؤسسات العمومية الاقتصادية خاضعة للقانون التجاري وفقا للقانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 الذي يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، و القانون رقم 88-04 المؤرخ في 12 جانفي 1988 الذي يحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج. ر. 13 جانفي 1988، لكن تم إلغاء هذين القانونين بناء على الأمر رقم 95-25 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير الأموال التجارية التابعة للدولة، المذكور أعلاه، و الذي ألغي بدوره بموجب الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم و تسيير و خوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج. ر. 22 أوت 2001، العدد 47، ص. 9، و للمزيد من التفاصيل راجع فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 254، ص. 438 و ما بعدها.

[4]- من أمثلة هذه المؤسسات : سونلغاز، نفطال، سوناطراك، و بمفهوم أوسع فإن الأمر يتعلق بكل مؤسسات الدولة التي تكتسي طابع الشركات التجارية مثل البنوك و شركات التأمين العمومية.

كما يتأكد موقف المشرع الجزائري من خلال مضمون النص القانوني[1] الذي يحدد إختصاص المحاكم الإدارية، حيث يلاحظ أنه قد اكتفى فقط بحصر المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، و من ثم يستخلص بمفهوم المخالفة أن المشرع قد إستبعد المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري و المؤسسات العمومية الاقتصادية من مجال تطبيقها، أي من اختصاص القضاء الإداري، مما يعني أنها خاضعة لقواعد القانون الخاص و اختصاص القضاء العادي[2]، و خاصة في علاقاتها مع الغير بما فيهم المنتفعين في مجالات الإنتاج و التوزيع.

تتمتع المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي في التشريع الجزائري بالصفة التجارية، و تخضع في علاقاتها مع الغير لأحكام القانون التجاري، و فيما يخص المؤسسات العمومية الاقتصادية، فتعتبر تلك المتعلقة منها بقطاعات غير إستراتيجية شركات تجارية خاضعة للقانون التجاري[3]، أما المؤسسات العمومية الاقتصادية التي يكتسي نشاطها الطابع الاستراتيجي فهي تخضع لنصوص خاصة[4] لكنها تبقى شركات تجارية.

لقد درج مجلس الدولة الفرنسي على تحرير المرافق التجارية و الصناعية من قيود و وسائل القانون العام، خاصة فيما يتعلق بالجوانب المالية و كذلك طرق الإدارة، و على ذلك فإن هذه المرافق لا تطرح إشكال مند قرار"Bac d'eloka"[5] الشهير الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية، و الذي أخضع منازعات هذه المرافق مع مستعمليها إلى جهات القضاء العادي، و قد أقر مجلس الدولة الفرنسي ما إتجه إليه الفقه الإداري الحديث، بإخضاع هذه المرافق في علاقاتها مع المنتفعين لقواعد القانون الخاص و لاختصاص القضاء العادي[6].

تبعا لذلك، إعتبر القضاء الفرنسي[7] المرفق الصناعي و التجاري كمحترف، الأمر الذي يسمح بتطبيق قانون حماية المستهلك من الشروط التعسفية عليه.

يتضح مما سبق، أن مصطلح العون الاقتصادي أو المحترف لا يقتصر على أشخاص القانون الخاص كالشركات التجارية، بل يشمل كذلك بعض أشخاص القانون العام، كالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، ذلك أنها تمارس نشاطها

---

[1]- المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (هي نفسها المادة 7 من قانون الاجراءات المدينة القديم).

[2]- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، ج. 3، د. م. ج.، 1999، ص. 364.

[3]- المادة 2 من الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم و تسيير و خوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية، ص. 10.

[4]- المادة 6 من الأمر رقم 01-04 المذكور آنفا، ص. 11، و المرسوم التنفيذي رقم 01-283 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 يتضمن الشكل الخاص بأجهزة إدارة مؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها، ج. ر. 26 سبتمبر 2001، العدد 55، ص. 15، الذي صدر تطبيقا للفقرة 3 من المادة 5 من هذا الأمر.

[5] - V. T.C. 22 janvier 1921, Bac d'eloka, D. 1921, 3, I.

[6] - V. Y. PICOD et H. DAVO, op. cit., p. 25.

[7] - V. T.G.I. d'Angers, 11 mars 1986, R.T.D. Civ. 1986, p. 589, obs. J. MESTRE, J.C.P. 1987, II, 20789, note J.-P. GRIDEL.

في مجال التجارة و الصناعة، و تقدم السلع و الخدمات في إطار ممارسة نشاطها المعتاد[1].

تجب الإشارة في هذا السياق، إلى أن المرافق التجارية و الصناعية تبقى مرافق عامة[2]، و بالتالي تخضع للقانون العام للمرافق العامة من حيث إنتظامها و إطرادها، و من حيث مساواة المنتفعين أمامها، و من حيث تلاؤمها مع الحاجات المتغيرة[3].

ثانيا: المرافق العامة الإدارية
(les établissements publics à caractère administratif)

عموما، يقر الفقه بصعوبة وضع معيار دقيق يمكن على أساسه تحديد طبيعة المرافق العامة، و ذلك نظراً لتعدد و تنوع مظاهر النشاط الإداري.

يتم تحديد الطبيعة الإدارية للمؤسسات العمومية في الجزائر بالاعتماد على المعيار العضوي[4] (le critère organique)، فإذا كانت الهيئات العمومية تهدف إلى تحقيق الربح الربح تأخذ الطابع التجاري و الصناعي[5]، أما إذا كانت ترمي إلى تحقيق المنفعة العامة، العامة، فتعد هيئات عمومية ذات طابع إداري[6].

إذا كان الأمر قد حسم بخصوص إكتساب المرافق العامة التجارية و الصناعية لصفة المحترف، فإنه على النقيض من ذلك، تعد المسألة أكثر صعوبة بالنسبة للمرافق العامة الإدارية الخاضعة للقانون العام فقط دون الخاص، والتي تزاول نشاطا مختلفا تماماً عن ذلك الذي يزاوله الأفراد عادة، و هي تتميز بخضوعها التام للقانون العام[7]، و

---

[1] - V. M. KAHLOULA et G. MEKAMCHA, *La protection du consommateur en droit algérien*, 1ère partie, IDARA, vol. 5, n° 2, 1995, p. 14 ; S. PERDU op. cit., p. 483.

[2]- تخضع المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي في علاقتها مع الدولة إلى القواعد المطبقة على الإدارة، طبقا للمادة 45 من قانون رقم 88-01 سالف الذكر.

[3]- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، 1973، ص. 47.

[4]- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، رقم 199، ص. 362.

[5]- مثل معهد باستور (Institut Pasteur) الذي يعتبر مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري، راجع المرسوم التنفيذي رقم 94-74 المؤرخ في 30 مارس 1994 الذي يحول معهد باستور في الجزائر إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري، ج. ر. 10 أفريل 1994، العدد 19، ص. 5، و كذلك المرسوم التفيذي رقم 98-234 المؤرخ في 21 جويلية الذي يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي رقم 94-47 سالف الذكر.

[6]- مثال ذلك الوكالة الوطنية للدم التي تعتبر مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، راجع المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 95-108 المؤرخ في 9 أفريل 1995 الذي يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم و تنظيمها و عملها، ج. ر. 19 أفريل 1995، العدد 21، ص. 7.

[7]- المادة 43 من القانون رقم 88-01 المذكور أعلاه، و ينبغي الإشارة إلى أن أحكام هذا القانون قد ألغيت بموجب الأمر رقم 95-25، بإستثناء تلك المتعلقة بالمؤسسات العمومية الإدارية و المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي التي لازالت سارية المفعول.

لا تلجأ إلى وسائل القانون الخاص إلا استثناء، و برغبة الإدارة الخالصة[1]، بناء على ذلك، يتضح أنه لا مجال لتطبيق قانون حماية المستهلك على هذه المرافق، فهل يمكن إخضاع المرافق العامة الإدارية لقواعد قانون الاستهلاك بهدف توفير حماية للمستفيدين من خدماتها؟

ينبغي التمييز في هذا النوع من المرافق بين المرافق العامة الإدارية التي لا تهدف إلى البحث عن الربح و تحصيل مقابل مادي، بل يتمثل هدفها في تحقيق المنفعة العامة، حيث يجمع فقهاء القانون الإداري على أن هذه المرافق لا تخضع إلى قواعد قانون الاستهلاك، لأنها تقدم خدمات جماعية و مجانية (بدون مقابل)[2]، بناء على ذلك لا يمكن وصف المستفيدين من خدماتها بالمستهلكين[3]، لكونهم في مركز تنظيمي تحدده القوانين و و النظم بطريقة موضوعية بغض النظر عن شاغله[4].

و بين المرافق العامة الإدارية التي تقدم خدمات بمبالغ مالية[5]، حيث يعتبر المنتفعين من خدماتها من المستهلكين، و من ثم يمكنهم التمسك بقواعد الحماية الخاصة التي يضمنها قانون حماية المستهلك، شريطة أن لا يكونوا محترفين[6].

لقد إعترفت التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية[7] صراحة للمرفق العام بوصف المحترف بقولها أنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي الذي ... يتصرف في إطار نشاطه المهني، سواء كان النشاط عاما أو خاصا "، و بذلك يتضح أن المشرع الأوروبي قد وسع من مفهوم المحترف ليشمل حتى المرفق العام، مما يعني أن مفهوم المهنة يمتد حتى إلى القطاع العام[8]، كما أيدت لجنة الشروط التعسفية[9] هذا التعريف، و و ذلك من خلال قيامها بفحص العديد من نماذج العقود المحررة من قبل مؤسسات من القطاع العام و إصدار توصيات بشأنها.

يستخلص من كل ما سبق، أن مفهوم العون الاقتصادي أو المحترف يتعلق بكل نشاط مهني يمارسه الشخص في إطار مهنته المعتادة سواء كان تجاري أو صناعي أو

---

[1]- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص. 313.

[2]- كمرفق العدالة و الشرطة، و الجامعات.

[3] -Y. PICOD et H. DAVO, op. cit., p. 25.

[4]- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص. 214.

[5]- مثل المستشفيات.

[6] - J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, op, cit., n° 5, p. 6.

[7] - V. Art. 2 al. 3 de la Directive européenne n° 93-13 concernant les clauses abusive dans les contrats conclus avec les consommateurs : « professionnel : toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée».

[8] -J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens*, op. cit., n° 18, p. 14.

[9] - Recommandation n°84-02 concernant les contrats de transport terrestres de voyageurs, D.O.C.C., 05 décembre 1984, J.O. édi. 1986, p. 51.

حرفي أو زراعي، طالما أنه يرد على تقديم السلع و الخدمات للمستهلك- سواء كان هو ذاته منتج السلعة أو مجرد موزع لها- و يستوي أن يتم هذا التقديم من جانب شخص طبيعي أو شخص معنوي (شركات، مؤسسات)[1]، كما يستوي أن يكون من أشخاص القطاع العام أو الخاص.

[1] - V. M. KAHLOULA et G. MEKAMCHA, op. cit., p. 14.

تختلف آليات مكافحة الشروط التعسفية باختلاف التشريعات، فمنها من ركز على تقنيات الحماية التشريعية، و التي تتطلب تدخل المشرع في المرحلة السابقة على التعاقد أي قبل اقتناء المستهلك للسلع أو الخدمات المعروضة للاستهلاك، من أجل حمايته من هذه الشروط التي تفرض عليه من قبل المحترف، و يتميز هذا النوع من الحماية بالطبيعة الوقائية، ذلك لأنه قد أصبح من الضروري في ظل إنتشار الشروط التعسفية، أن تمتد حماية المستهلك لتشمل هذه المرحلة بما يتلاءم معها من آليات تهدف إجمالا إلى الوقاية من إمكانية إدراج هذه الشروط في العقود.(المبحث الأول)

غير أن بعض التشريعات لم تكتف بالتقنيات الوقائية فقط، بل اعتبرت أن حماية المستهلك لا تتحقق إلا بتدخل المشرع في المرحلة اللاحقة على إبرام العقد، من خلال الحماية الفردية الممنوحة للمستهلك عن طريق اللجوء إلى القضاء، للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية التي تم إدراجها في العقود المبرمة بينه و بين المحترف، هذا فضلا عن الحماية الجماعية الوقائية التي أوكلت لجمعيات حماية المستهلكين من أجل المطالبة بحذف هذه الشروط من نماذج العقود.(المبحث الثاني)

المبحث الأول : آليات الحماية التشريعية من الشروط التعسفية

تجد مسألة حماية المستهلك مصدرها في تضاعف عقود الإذعان، خاصة مع إنتشار الممارسات التعسفية في هذه العقود التي تتقيد فيها حرية المستهلك في إختيار و تحديد شروط العقد، و في ظل هذه الظروف أصبح رضا المستهلك كطرف ضعيف عاجزا عن مواجهة هذه الشروط[1]، مما يعني أن إرادته بحاجة إلى تدعيم و حماية قانونية، نتيجة لذلك تدخلت معظم التشريعات الحديثة، لتنظيم معاملات المستهلك بالمحترف، من خلال آلياتها الوقائية بهدف حماية رضا المستهلك. (المطلب الأول)

بغرض حماية التوازن العقدي للعقود المبرمة بين المستهلك و العون الاقتصادي أو المحترف، حاولت هذه التشريعات التصدي للشروط التعسفية، بإعتماد تقنية حظر الشروط المعتبرة تعسفية، و التي تعتبر مصدر الاختلال العقدي بين حقوق و التزامات طرفي العقد، عن طريق تحديدها في قوائم، بحيث يمنع على المحترفين إدراجها في عقودهم التي يعرضونها على المستهلكين.(المطلب الثاني)

المطلب الأول : آليات تدعيم و حماية رضا المستهلك

[1] - V. PH. MALINVAUD, *Droit des obligations, Les mécanismes juridiques des relations économiques*, LITEC, coll. Droit et gestion, 6ème édi., 1992, n° 91, p. 97.

تقتضي ضرورة توفير حماية للمستهلك عند إبرامه العقد، التدخل بقوانين و مراسيم آمرة، تحدد البيانات الإجبارية الجوهرية الواجب توافرها في العقود المبرمة بينه و بين العون الاقتصادي، للحد من تعسف هذا الأخير في تضمين العقد ما يشاء من الشروط، التي تحقق مصالحه على حساب المستهلك، و التي غالبا ما تنال من إرادته التعاقدية.(الفرع الأول)

كما أنه بهدف حماية إرادة المستهلك في مواجهة تعسف المحترف، فقد حرصت التشريعات على تكريس بعض الالتزامات على عاتق العون الاقتصادي أو المحترف، و التي تعد في الأصل بمثابة حقوق للمستهلك يتعذر عليه الحصول عليها و إستعمالها في مواجهة المحترف، دون أن يتم فرضها بموجب القانون.(الفرع الثاني)

الفرع الأول : التحديد المسبق لمضمون عقود الاستهلاك

نظرا لإنتشار ظاهرة اختلال التوازن العقدي بين طرفي عقد الاستهلاك، توالت التدخلات التشريعية للحد من غلو حرية الطرف القوي في صياغة بنود العقد وشروطه، وهكذا برزت أهمية تدعيم إرادة المستهلك التعاقدية، لذلك اعتمدت بعض التشريعات الحديثة آلية التحديد المسبق لمضمون العقود المبرمة ما بين المستهلك و المحترف، و ذلك في إطار العقود النموذجية أو نماذج العقود (Les contrats types ou les modèles types de contrat) المحررة مسبقا من قبل المحترفين.

لقد سلك المشرع الجزائري هذا الاتجاه الحديث، في العقود المبرمة بين المستهلك و العون الاقتصادي، والذي يستهدف تنظيم هذه العقود ومحتوياتها تنظيما قانونيا مباشرا، على مستوى مضمون التزامات و حقوق أطراف العقد، على نحو لا يترك معه للأطراف المتعاقدة خيارا كبيرا في تحديد شروطها وآثارها.

يعتبر التنظيم المسبق لشروط العقود المبرمة بين المستهلك و العون الاقتصادي، آلية وتقنية تشريعية وقائية وعلاجية، مهمة و فعالة لحماية رضا الطرف الضعيف في هذه العقود، وكذا حماية مصالحه الاقتصادية، تحقيقا للتوازن العقدي بين طرفي عقد الاستهلاك[1].

لا يقتصر التحديد المسبق لمضمون العقود المبرمة بين المستهلك و العون الاقتصادي أو المحترف، على ما تفرضه إرادة المشرع وحدها، بل قد تتم صياغتها من خلال التفاوض الذي ينتهي بإتفاق جماعي بين جمعيات حماية المستهلكين و

[1] - J. CALAIS AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, op. cit., p. 248.

المحترفين، بناء على ذلك يتضح أن تنظيم العلاقة العقدية بين المستهلك و المحترف، قد يتم إما من جانب المشرع من خلال تحديده العناصر الأساسية لهذه العقود(أولا)، أو عن طريق الاتفاقيات الجماعية للاستهلاك[1] (ثانيا).

أولا : تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين المستهلك و العون الاقتصادي

لقد منح المشرع الجزائري[2] للحكومة سلطة تحديد العناصر و البيانات الإجبارية و الأساسية التي ينبغي أن إدراجها في جميع العقود المبرمة بين المستهلك و العون الاقتصادي أو المحترف، و تعد هذه العناصر الأساسية مرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك و التي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك و نزاهة و شفافية العمليات التجارية و مطابقة السلع و/ أو الخدمات و كذا الضمان و الخدمة ما بعد البيع[3]، و تتعلق هذه العناصر[4] حسب نص المادة[5] بما يلي :

- خصوصيات السلع و/أو الخدمات و طبيعتها.
- الأسعار و التعريفات.
- كيفيات الدفع
- شروط التسليم و آجاله
- عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم
- شروط تعديل البنود التعاقدية
- إجراءات فسخ العقد
- شروط تسوية النزاعات
- مطابقة السلع و/أو الخدمات
- كيفيات الضمان و مطابقة السلع و/أو الخدمات

---

[1] -. CALAIS AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, op. cit., p. 248.

[2]- تطبيقا لأحكام المادة 30 من القانون رقم 04-02 المذكور سالفا والتي تنص على أنه : "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"، تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التعسفية.

[3]- راجع المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، ج. ر. 11 سبتمبر 2006، العدد 56، ص. 16 و 17.

[4]- ينبغي التذكير في هذا الصدد، إلى أنه يجب أن تكون هذه العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين المستهلك و العون الاقتصادي موافقة لأحكام القانون رقم 04-02 المؤرخ في 27 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و كذا القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج. ر. 08 مارس 2009، العدد 15، ص. 12.

[5]- راجع المادة 3 من المرسوم التنفيذي المذكور سالفا.

يهدف العون الاقتصادي بموجب الشروط التعسفية التي يدرجها في العقود المبرمة بينه و بين المستهلك إلى تحقيق مصالحه على حساب هذا الأخير، و التي قد تؤدي إلى إلحاق الضرر به، و تظهر أكثر صور التعسف الممارس من قبل العون الاقتصادي أو المحترف، في وسائل التعاقد و طرق إعلام المستهلك، سواء قبل أو أثناء إبرام العقد[1].

إن ضعف المركز القانوني للطرف الضعيف (المستهلك) في عقد الاستهلاك، على مستوى القدرة التفاوضية حول شروط العقد، مرده أساسا إنتشار العقود النموذجية، لما تحتويه من شروط تعسفية ترهق كاهله، و تعفي في المقابل المحترف من أهم التزاماته، و التي تؤثر على التوازن الاقتصادي للعقد لمصلحة الطرف القوي.

نتيجة لهذا الوضع المخالف لمبادئ العدالة العقدية وحسن النية، بادر المشرع الجزائري إلى منح الصفة الآمرة للتنظيم القانوني لعقد الاستهلاك استثناءا من مبدأ الحرية التعاقدية، و بذلك أصبح العقد يستمد إلزاميته من إرادة المشرع لا من إرادة الأطراف، فالنصوص الآمرة هي بمثابة تعبير عن ترجيح المصلحة العامة على الإرادة الفردية[2].

يمتاز هذا التدخل التشريعي بكونه يهتم بحماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، بقصد إحداث تكافؤ على العلاقات التعاقدية، بحيث يأخذ بعين الاعتبار عدم المشاركة المستهلك في مناقشة محتوى و شروط العقد، كما يتميز أيضا بطابعه الإلزامي مما يساعد في تفعيله على المستوى العملي.

تقوم علاقة المستهلك مع العون الاقتصادي في الأصل على أساس تعاقدي، تخضع في كثير منها إلى قواعد خاصة، ألا و هي قواعد حماية المستهلك من الشروط التعسفية، حيث تعد هذه الأخيرة استثناء من القواعد العامة، و ذلك لتعلقها بالنظام العام، و من ثم تعتبر هذه القواعد آمرة لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها.

لقد ربط المرسوم التنفيذي العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين المستهلك و العون الاقتصادي بالحقوق الجوهرية للمستهلك، أي أن الغاية من إدراج هذه العناصر هي حماية المستهلك، و بناء على ذلك إتجه المشرع إلى فرضها في شكل قاعدة آمرة، لذلك تعتبر هذه العناصر الأساسية إلزامية في حق العون الاقتصادي، بوصفها وسيلة وقائية لتوقي إمكانية إدراج العون الاقتصادي لشروط تعسفية في العقد، باعتباره ينفرد بتحرير محتوى و شروط العقد بمفرده و دون تدخل المستهلك، الأمر الذي يؤدي إلى إدخال هذه القاعدة في النظام العام للحماية.

---

[1]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 409.

[2] -V. M. FANTAINE, op. cit., n° 26, p. 632 : « le mode le plus radical est pour le législateur d'intervenir par une réglementation imperative du contenu du contrat (revelant de l'ordre public de protection) qui portant atteinte à la liberté des conventions, fera obstacle à la stipulation de clauses déséquilibrées.»

يجسد النظام العام للحماية التوازن بين الطرف الضعيف و القوي، و هو ما لا يتحقق تلقائيا في العقود التي تكون مبرمة بين أطراف غير متكافئة، من هنا تظهر أهمية تنظيم المشرع بصفة آمرة لمحتوى و مضمون هذه العقود، لاسيما في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية[1].

تهدف هذه العناصر الأساسية إلى إعلام المستهلك حول الالتزامات المتبادلة بينه و بين العون الاقتصادي، مما يسمح له بإبرام العقد و هو على معرفة مسبقة بالالتزامات المترتبة عليه و الحقوق الممنوحة له، و من ثم يتضح أن هذه البيانات الإجبارية هدفها الإعلام فقط و لا تمس بأي حال من الأحوال الحرية العقدية[2].

تساهم هذه البيانات الإجبارية في توضيح رضا المستهلك، و التي يميل العون الاقتصادي إلى عدم ذكرها، إذا كان بإمكانه تحرير العقد بكل حرية، و يرجع حرص المشرع في الواقع على ضرورة أن يكون المستهلك على علم بهذه البيانات، إلى كون أن عدد كبير من المستهلكين يوقعون على العقد دون قراءته، لذلك كان ينبغي تحسيس المستهلكين بأهمية الوثائق العقدية[3].

لتدعيم الإعلام المسبق للمستهلكين بالبيانات الإجبارية، يقترح بعض الفقه الفرنسي[4]، إلزام المحترفين بتوحيد الوثائق العقدية المقدمة للمستهلكين، لتكون مفهومة حتى بالنسبة للقارئ ذو المعرفة المحدودة، لكن لا يتعلق الأمر هنا بتوحيد محتوى العقد و إنما فقط طريقة تقديمه أو تحريره، مثلا كفرض تنظيم البنود بأسلوب معين، و تحديد مكان كل بند في الوثيقة و طريقة طبعها...

لقد إعتبر جانب من الفقه[5] أن إستعمال المشرع لتقنية الشكلية بتحديثها من خلال إضافة البيانات الإجبارية، تقلص من مجال تطبيق الخطأ و التدليس، لاسيما في إطار العقود المبرمة ما بين المستهلك و المحترف، و من ثم فإن غياب هذه العناصر الأساسية من هذه العقود، يسبب البطلان دون الحاجة إلى إثبات أي عيب للرضا.

لم ينص المشرع الجزائري كنظيره الفرنسي على عقوبة البطلان صراحة، لكن مادام أن النص القانوني يقضي بوجوب إدراج هذه البيانات الإجبارية بإعتبارها قاعدة آمرة، تهدف إلى حماية المستهلك، فإن هذه القاعدة من النظام العام للحماية، و بالتالي

[1] -V. F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, op. cit., n° 384, p. 382 et 383.
[2] -V. JEAN CALAIS-AULOY et FRANK STREINMETZ, op. cit., n° 58, p. 59.
[3] - Ibid.
[4] -V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, op. cit., n° 167, p. 175 : « la présentation uniforme offre en outre l'avantage de développer la concurrence, en facilitant la comparaison entre les contrats proposés par des entreprises concurrentes. »
[5] - PH. MALINVAUD, op. cit., n° 99, p. 111.

فإن مخالفتها تؤدي إلى بطلان العقد، بحيث توجب البطلان النسبي و ليس المطلق[1]، ذلك لأنه إذا كان العقد مخالفا للنظام العام التقليدي أو النظام العام الاقتصادي الموجه (l'ordre public économique de direction)، يعتبر باطلا بطلانا مطلقا[2]، لأن الأمر يتعلق بحماية المجتمع ضد المبادرات الفردية التي يمكن أن تحمل تعدي على المصلحة العامة، و على العكس من ذلك إذا كان العقد مخالفا للنظام العام الاقتصادي للحماية يعد باطلا بطلانا نسبيا[3]، ذلك أن الأمر يتعلق بحماية مصالح بعض الأشخاص[4].

بناء على ما سبق، يمكن للمستهلك التمسك في مواجهة العون الاقتصادي ببطلان العقد المبرم بينهما لغياب البيانات الإجبارية التي فرضها القانون، لمخالفته قاعدة قانونية من النظام العام، و ذلك قبل إنتهاء مدة التقادم، لأن التقادم يعتبر مسقط لكل الحقوق، وفقا للقواعد العامة في القانون المدني[5] التي يقضي بأنه : " يترتب على التقادم انقضاء الالتزام..."، و بالتالي إذا إنقضى إلتزام العون الاقتصادي بتضمين العقد البيانات الإجبارية، فإنه ينقضي معه حق المستهلك في المطالبة ببطلان العقد.

يطرح التساؤل في هذا الصدد، حول مدة التقادم التي تسقط إلتزام العون الاقتصادي، و التي يمكن للمستهلك خلالها أن يطالب بحقه في إبطال العقد لغياب عناصره الأساسية الملزمة، لذلك ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة للتقادم المنصوص عليها في القانون المدني[6] و المتعلقة بالبطلان النسبي حيث تقضي بأنه : "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات"، و تبعا لذلك يمكن تطبيق هذه المدة للمطالبة بإبطال العقد لغياب البيانات الإجبارية[7].

قياسا على نفس مضمون النص القانوني[8] المتعلق بالبطلان النسبي في فقرته الثانية، يمكن إعتبار مدة سريان تقادم إبطال العقد المبرم بين العون الاقتصادي و المستهلك لغياب البيانات الإجبارية، هي خمس سنوات من وقت إكتشاف عدم وجود البيانات الإجبارية، و عشر سنوات من يوم تمام العقد.

ثانيا : تحديد مضمون عقود الاستهلاك عن طريق الاتفاقيات الجماعية للإستهلاك

---

[1] -V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, op. cit., n° 167, p. 175 : « la loi prévoit diverses sanctions, pour le cas où les mentions obligatoires seraient omises, la nullité du contrat est la première d'entre elles : elle est relative, puisqu'elle a pour but de protéger le contractant le plus faible. Mais la nullité n'est pas une sanction suffisamment dissuasive. Aussi le législateur menace généralement de sanctions pénales le professionnel qui omettrait une mention obligatoire. »

[2] -J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen*, op. cit., n° 63, p. 55.

[3]- V. M. FANTAINE, op. cit., n° 26, p. 633 : « la nullité ne peut être invoquée que par la partie que la loi entendu protéger.»

[4]- فتيحة بلقاسم، شفافية الممارسات التجارية و حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 163.

[5]- المادة 320 من ق.م.ج.

[6]- المادة 101 الفقرة 1 من ق.م.ج.

[7]- فتيحة بلقاسم، شفافية الممارسات التجارية و حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 164.

[8]- المادة 101 الفقرة 2 من ق.م.ج.

نظرا لعدم قدرة المستهلك بمفرده على مناقشة شروط العقد المقترحة عليه من قبل المحترف و التفاوض عليها، فإنه يمكن لجمعيات حماية المستهلكين المفاوضة مع المحترفين أو المنظمات المهنية للإتفاق على شروط تحقق أكثر توازن للعقد. من هنا برزت فكرة تحديد محتوى عقود الاستهلاك - التي تحرر بصورة فردية من قبل المحترف - بالتفاوض بينهما.

يلاحظ أن هذه التقنية لم يتم إعتمادها بعد في الجزائر، خاصة و أن دور جمعيات حماية المستهلكين لا يزال ضعيف في هذا المجال لكونها تفتقر إلى الفعالية و الخبرة.

اقترح بعض الفقه الفرنسي[1] العمل بالاتفاقيات الجماعية في مجال الاستهلاك على غرار ما هو معمول به في مجال العمل من خلال الاتفاقيات الجماعية للعمل، و ذلك من أجل التخلص من دعوى إزالة و حذف الشروط التعسفية، و هو نفس الموقف الذي اقترحته لجنة إعادة صياغة و تنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي.

لقد ظهرت في فرنسا بوادر لمثل هذه الاتفاقيات بين منظمات المهنيين و السلطات[2]، ثم انتشرت بين المحترفين و المستهلكين في عدة مجالات، بخصوص بعض أنواع العقود[3].

إن الاتفاقيات الجماعية للمستهلكين لا تلزم إلا المنظمات المهنية الموقعة عليها في مواجهة جمعيات حماية المستهلكين الموقعين فقط، و بالتالي فإن المستهلك الفرد لا يمكنه إلزام المحترف العضو في تلك المنظمة الموقعة بتنفيذ الإلتزامات التي تعاقدت عليها المنظمة التي ينتمي إليها[4].

بمجرد توقيع المنظمات المهنية على هذه الاتفاقيات الجماعية يقع على عاتقها محاولة إقناع المحترفين المنظمين إليها، من أجل إستعمال العقود النموذجية - التي تم التفاوض بشأنها جماعيا - في علاقاتهم بالمستهلكين، غير أن التأثير على المحترفين بهذا الشكل يعد غير كافي، ذلك لأنه في الواقع العملي نادرا ما يستخدم المحترفين هذا النوع من العقود النموذجية.

---

[1] -V. LUC BIHL, le droit de la vente, vente immobilière, DALLOZ, 1996, p. 754 et s. ; D. FERRIER, op. cit., p. 81.

[2]- مثل تعهد التجارة الصادر في 27 ديسمبر 1979 الذي نص على حقوق جديدة للمستهلكين في مجال الحماية و الإعلام.

[3] -V. D. FERRIER, op. cit., p. 80 : «Accords Delmon en 1973 et 1976, dans le domaine de la location immobilière (ses stipulations furent reprises dans la loi du 22 juin 1982 sur le bail) ; accord entre l'I.N.C. et la chambre syndicale des réparateurs automobiles, en 1976, concernant la vente de véhicules d'occasion ; accord entre organisations de consommateurs et sociétés d'assurance en 1977 dans le domaine de l'assurance (ses stipulations furent reprises par la loi du 7 janvier 1981).»

[4] - D. FERRIER, op. cit., p. 81.

نصت لجنة إعادة صياغة و تنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي[1] على أنه يمكن مد الاتفاقيات الجماعية ذات النطاق الوطني لكافة المحترفين، إذا كانت موقعة من طرف أغلبية المنظمات ذات التمثيل الوطني الهادفة إلى حماية مجموع المستهلكين من جهة، و من طرف منظمة وطنية أو أكثر ممثلة للمحترفين من جهة أخرى.

لكن يطرح التساؤل فيما يتعلق بالصفة الإلزامية لهذه الاتفاقيات الجماعية للاستهلاك، بتعبير آخر هل تأخذ هذه الاتفاقيات الجماعية الممتدة حكم القانون على كل المحترفين سواء كانوا منظمين للمنظمات الموقعة عليها أم لا؟

لإلزام المحترفين بالاتفاقيات الجماعية يرى جانب من الفقه الفرنسي[2] بأنه ينبغي على المنظمات المهنية أن توقع على الاتفاقيات الجماعية بوصفها وكيل عن المحترفين المنظمين إليها، و يجب أن تتضمن هذه الاتفاقيات إشتراط لمصلحة الغير لفائدة زبائن المحترفين. و بذلك يمكن للمستهلكين إلزام المحترفين بتنفيذ الاتفاقيات الجماعية من خلال رفع دعوى مباشرة ضدهم، لكن الاجتهاد القضائي رفض تأسيس فكرة إلزام المحترفين على وجود نيابة أو اشتراط لمصلحة الغير.

من الناحية القانونية لا يمكن فرض احترام الاتفاقيات الجماعية على المحترفين غير المنظمين للمنظمات المهنية الموقعة على هذه الإتفاقيات[3]، إذن فما هو الأساس الذي بموجبه يمكن إلزام هؤلاء المحترفين؟

ينبغي تدخل القانون من أجل فرض هذه الاتفاقيات الجماعية بطريقة إلزامية على المحترفين المنظمين إلى المنظمات المهنية الموقعة عليها، كما يمكن النص أيضا - وفق شروط خاصة - على تمديد هذه الاتفاقيات على كل المحترفين التابعين لقطاع معين، طبقا لما إقترحته لجنة إعادة صياغة و تنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي، حيث يتضح من مشروع القانون المقترح من قبلها ، أنه يستفيد من هذه الاتفاقية سواء كانت محددة أم غير محددة، كل المستهلكين المنتمين للجمعيات الموقعة عليها و غير المنتمين إليها[4]، بالإضافة إلى ذلك فإن الاتفاقيات الجماعية تأخذ قيمة القانون ليس فقط بالنسبة للموقعين عليها، بل أيضا للمحترفين الذين ينتمون للمنظمات الموقعة على هذه الاتفاقيات[5].

الفرع الثاني : فرض الإلتزامات على عاتق العون الاقتصادي

[1]- المادة 24 من مشروع القانون المقترح من قبل لجنة إعادة صياغة و تنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي.
[2] -J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, op. cit., n° 196, p. 211.
[3] - M. FANTAINE, op. cit., n° 24, p. 632.
[4]- المادة 25 من مشروع القانون المقترح من قبل لجنة إعادة صياغة و تنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي.
[5]- المادة 19 من مشروع القانون المقترح من قبل لجنة إعادة صياغة و تنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي.

بهدف حماية رضا المستهلك من الممارسات التعسفية التي يفرضها عليه العون الاقتصادي، سعى المشرع الجزائري للبحث عن آليات فعالة تهدف لتوفير أكبر حماية له خاصة قبل إبرامه للعقد، و تحقيقاً لذلك فقد حرص على تكريس عدة التزامات على عاتق العون الاقتصادي أو المحترف، و المتمثلة في الالتزام بإعلام المستهلك بشروط العقد(أولا)، و كذلك الالتزام بمنحه مهلة للتفكير قبل إبرام العقد(ثانيا)، على أن تسري هذه الالتزامات على كل العقود المبرمة بين المستهلكين و الأعوان الاقتصاديين.

أولا : الالتزام بإعلام المستهلك بمضمون و شروط العقد

إن عدم قدرة المستهلك على مناقشة شروط العقد، لن يسمح له من التحقق بنفسه من مضمون العقد، لذلك يوجب القانون الالتزام بالإعلام حتى يوضع المستهلك الموجه إليه الإعلام في نطاق العلم أو إمكانية العلم بشروط العقد المزمع إبرامه[1].

حماية لرضا المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العقود المبرمة ما بين المستهلك و العون الاقتصادي أو المحترف، فرض المشرع الجزائري[2] على عاتق هذا الأخير، الالتزام بإعلام المستهلكين بمضمون العقد و بالشروط العامة و الخاصة ببيع السلع و/أو تأدية الخدمات، فما المقصود بهذا الالتزام ؟ و ما هو الجزاء المترتب على الإخلال به؟

1 -تعريف الالتزام بإعلام المستهلك بشروط العقد :

يعرف الالتزام بالإعلام بصفة عامة بأنه : " التزام عام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك، و يتعلق بكافة المعلومات اللازمة لإيجاد رضاء حر و سليم "[3]، و يعد هذا الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد التزام قانوني سابق على إبرام عقد الاستهلاك، يلتزم بموجبه أحد الطرفين و هو العون الاقتصادي أو المحترف - الذي يملك المعلومات الجوهرية و الشروط العامة للعقد المزمع إبرامه - بتقديمها إلى الطرف الآخر و هو المستهلك، الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة، بهدف أن يصدر الرضا صحيحا و سليماً من طرفي العقد عند إبرامه، و من ثم يتضح أنه يحق للمستهلك إعلامه بالشروط الواردة في العقد قبل اتخاذ قراره بالتعاقد من عدمه.

يعتبر حق المستهلك في الإعلام من الحقوق الأساسية له، ذلك أن عدم إعلامه بشروط العقد قد يؤثر سلبا على رضاه، كونه مقدم على إبرام عقد دون معرفته لمضمونه و الشروط الواردة فيه، لذلك يتم إعلام المستهلكين مباشرة من قبل الأعوان الاقتصاديين

[1]- الأمر الذي يبرر بدوره أهمية إعطاء المستهلك مهلة للتفكير لتفحص العقد قبل إبرامه.
[2]- المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المذكور سابقا.
[3]- حسن عبد الباسط جميعي، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، رقم 15، ص. 15.

أو المحترفين ، الذين يقع عليهم عبء الإعلام بحكم مركزهم القوي، الذي يخول لهم الانفراد بتحديد كل شروط العقد مسبقا دون مشاركة المستهلك، أو إحداث أي تغيير حقيقي في مضمونه.

ينشأ الالتزام بإعلام المستهلك بشروط العقد، بمناسبة كل عقد يجمع بين المستهلك و العون الاقتصادي أو المحترف، و يجد أساسه في عدم التكافؤ بين طرفي العقد، و يكون الهدف منه هو تحقيق المساواة بين طرفي العقد، من حيث المعرفة بمضمون وشروط العقد، مما يلقي على الطرف المحترف بصفة خاصة عبء تنفيذه، تأسيسا على ذلك فإن عدم المساواة في العلم بين المحترف أو المهني من ناحية وبين المستهلك من ناحية أخرى، يعتبر الأساس الجوهري الذي أدى إلى وجود و بلورة الالتزام بالإعلام بشروط العقد قبل التعاقد، و ذلك بهدف تفادي إدراج الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك[1].

يوفر الالتزام بالإعلام بالشروط العامة للعقد قبل التعاقد حماية فعالة للمستهلك المتعامل مع العون الاقتصادي، لكون أن التعاقد يتم بين متعاقد محترف على درجة من الخبرة و المعرفة و بين مستهلك يحتاج إلى الحماية القانونية، بناء على ذلك يعتبر الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من أهم الضمانات القانونية الكفيلة بإيجاد الرضا السليم الواعي و الواضح للمستهلك[2]، مما يساهم بالفعل في إيجاد توازن عقدي بين أطراف عقد الاستهلاك.

إن المقصود بمضمون و شروط العقد التي يلتزم العون الاقتصادي بإعلامها للمستهلك هي مميزات السلع و الخدمات، و شروط البيع و تقديم الخدمات، كطرق الدفع إذا كانت بالتقسيط و مواعيدها ، طرق و مواعيد التسليم أو تنفيذ الخدمات ، الشروط الجزائية عند عدم دفع الثمن أو التأخير في دفعه ، و كذا شروط وفسخ العقد أو إبطاله أو تجديده...

استنادا إلى الأحكام القانونية[3]، يسري الالتزام بالإعلام بشروط العقد العامة على كل عقد حرر مسبقا من طرف أحد المتعاقدين، و على كل ما ينجر عن هذا العقد من ملحقات سواء كان وصل أو طلبية أو فاتورة أو وصل التسليم أو جدول أو أي سند آخر.

يعتبر الحق في الإعلام و طرق تجسيده العنصر الأساسي لحماية رضا المستهلك في مواجهة الممارسات التعسفية التي تفرض عليه من قبل العون الاقتصادي أو المحترف، من خلال المعرفة التي يحملها للمستهلك والمقارنات التي يسمح له بالقيام بها.

---

[1]- حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، رقم 20، ص. 21 و 22.

[2]- يعد الالتزام بالإعلام التزام مستقل و ضروري لصدور التعبير السليم عن الإرادة، لذلك لا يمكن اعتباره أحد تطبيقات الحماية المقررة للطرف المذعَن في عقود الإذعان، طبقا للقواعد العامة التقليدية، فهو يوفر الحماية للمستهلك المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد، أما نصوص القانون المدني فتوفر الحماية للطرف المذعَن بعد إبرام العقد.

[3]- المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التعسفية، السالف ذكره.

يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري[1] لم يقيد العون الاقتصادي بوسيلة خاصة لإعلام المستهلك بشروط العقد، لذلك يتم إعلامه بكل الوسائل التي يراها العون الاقتصادي ملائمة.

بالتالي يمكن القول، أنه يتعين على كل عون اقتصادي مقدم سلعة أو خدمة قبل إتمام إبرام العقد، أن يمكّن المستهلك من التعرف بأية وسيلة ملائمة على شروط العقد، و إن كان غالبا ما يتم تنفيذ هذا الالتزام بالإعلام عن طريق تقديم نسخة من محرر العقد للمستهلك قبل التوقيع عليه قصد الاطلاع على شروطه. مما يعني أنه يتعين على العون الاقتصادي تسليم المستهلك نموذج من العقود التـي يتعامل بها بصفة اعتيادية للاطلاع على مضمونه، حتى يكون على علم بكل الشروط العامة للعقد قبل إبرامه.

إستناداً على المادة 4 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، يسري الإلتزام بالإعلام بشروط العقد على كل عقد حرر مسبقا من طرف العون الاقتصادي أو المحترف، و على كل ما ينتج عن هذا العقد من ملحقات، سواء كان وصل أو طلبية أو فاتورة أو وصل تسليم أو جدول أو أي سند آخر...

تحقيقا لشفافية العلاقات التعاقدية، و وضوح رضا الطرف الضعيف (المستهلك)، ألزم المشرع الفرنسي[2] من جهته المحترف بتسليم العقد النموذجي للمستهلك قصد الاطلاع عليه، بنصه على أنه : " يجب على المحترفين البائعين أو مقدمي الخدمات تسليم لكل شخص مهتم بناء على طلبه نموذج من الاتفاقيات التي يعرضها عادة على المستهلكين".

كما ألزم المحترف بإعلام المستهلك بجميع شروط العقد، حتى و لو سبق مناقشة بعض شروطه[3]، ذلك أنه لإضفاء الطبيعة التعاقدية على الشرط لابد من تعرف المستهلك عليه، و قبوله أثناء إبرام العقد. و في نفس السياق إعتبر القضاء الفرنسي شروط العقد تعسفية إذا قدمت للمستهلك بعد إبرام العقد، إذا تبيّن أن المستهلك لم تصل إلى علمه تلك الشروط أثناء إبرام العقد.

على الرغم من توقيع المستهلك (الطرف المذعَن) على الوثيقة العقدية، فلا يجب أن يفترض فيه أنه قرأها و وافق بشكل تلقائي على كل الشروط الواردة فيها، أو على الأقل يكون قد فهمها[4]، لذلك لا ينبغي التمسك إلا بالشروط التي علم بها فعلا ووافق عليها بمحض إرادته.

---

[2]- راجع المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المذكور آنفا.

[2]- راجع نص المادة 1- L 134 فقرة 1 من ق.إ. ف.، و ينبغي الإشارة إلى أن هذه المادة مقتبسة من نص المادة 35 من القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978، و المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين.

[3] -V. art. L 132-1 al. 4 du c. consom. f. : « Sont applicables quelque soient la forme ou le support du contrat…contenant des clauses négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies ».

[4] -J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 165, p. 173 : « il est demandé au consommateur de faire précéder sa signature de la mention ‘lu et approuvé’,

لتحديد مضمون العلم بشروط العقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها لها بأنه :" يتعيّن على قاضي الموضوع البحث إذا كان المستند أو الوثائق قد عرضت فعليا على المكتتب أو أن مضمونها يظهر في البيان الذي من المفروض أن يقدم له"[1]، كما طالبت لجنة الشروط التعسفية بمقتضى توصية صادرة عنها، بحذف الشروط التي تجعل رضا المستهلك غامضا، و تعد هذه الشروط تعسفية إذا وقع عليها المستهلك دون أن يعلم بها فعليا أثناء إبرام العقد[2].

علاوة على ما سبق، لم يلزم القضاء الفرنسي[3] الطرف الضعيف بالشرط الذي يحرر في الوجه الخلفي للعقد و الموقع على وجهه الأمامي، إذا حرر هذا الشرط بطريقة غير واضحة يصعب قراءتها من طرف القارئ العادي، و ذلك بالرغم من التصريح في العقد بأن المتعاقد على علم بكل الشروط العامة في الوجهين الأمامي و الخلفي للعقد[4]، و هو نفس الموقف الذي اعتمدته لجنة الشروط التعسفية الفرنسية[5] التي اعتبرت أن الشروط المحررة في الوجه الخلفي للعقد غير نافذة لأنها لا تعبر عن الرضا الفعلي و الحقيقي للمستهلك.

الجدير بالذكر في هذا الصدد، إلى أن المشرع الفرنسي[6] قد ألزم المحترف بتوضيح شروط العقد نظرا لكونه ينفرد بتحديد شروط العقد فينبغي عليه صياغتها بصورة واضحة حتى تكون مفهومة من قبل المستهلك[7]، غير أنه لم ينص على الجزاء

---

mais cette mention n'est pas exigée par la loi (Civ. 1re , 27 janvier 1993, R.T.D. Civ. 1993, p. 583, obs. J. MESTRE). »

[1]- بن حميدة نبهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، المرجع السابق، ص.57.

[2] - V. Recommandation de synthèse n°91-02 relative à certaines clauses insérées dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, http://www.clauses-abusives.fr/recom/ : « dans les contrats proposés par les professionnels aux non-professionnels ou consommateurs, soient présumées abusives…les clauses ou combinaisons de clauses qui ont pour objet ou pour effet de : Constater l'adhésion du non-professionnel ou consommateur à des stipulations contractuelles dont il n'a pas eu une connaissance effective au moment de la formation du contrat, soit en raison de la présentation matérielle des documents contractuels, notamment de leur caractère illisible ou incompréhensible, soit en l'absence de justification de leur communication réelle au consommateur »

[3] - V. Cass. Civ. 1re ,16 juillet 1987, D. 1988, p. 49, note J. CALAIS-AULOY ; J.C.P., 1988, II, 21001, note G. PAISANT.

[4] - V. B. MERCADAL et P. MACQUERON, *Le droit des affaires en France, principe et approche pratique du droit des affaires et des activités économiques*, F. L., 1996-1997, paris, p. 271.

[5] -V. Recommandation n°94-02 relative aux contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit, http://www.clauses-abusives.fr/recom/ : « Considérant que de nombreux contrats prévoient l'apposition de la signature du consommateur au recto du document contractuel alors que des clauses figurent à son verso ; que de tels documents ne garantissent pas que le consommateur ait pu prendre effectivement connaissance des clauses insérées au verso du document et qu'il y ait valablement souscrit.»

[6] -V. Art. L.133-2 c. consom. f.

[7] -J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 166, p. 174 : « La loi du 1er février 1995 a généralisé la règle de clarté à l'ensemble des contrats de

المترتب في حالة إخلال المحترف بهذا الالتزام، و من ثم ينبغي الرجوع إلى قواعد القانون المدني، حيث يجد إلتزام المحترف بتوضيح الشروط مصدره في قواعد تفسير العقد، فالشرط الغامض يتم تفسيره لمصلحة المستهلك من قبل القاضي فقط، و نظرا لكون أن المنازعات الاستهلاكية تفلت في غالبها من المحاكم فإن هذا الالتزام يبقى بدون نتائج عملية[1]، لذلك يظهر من الضروري فرض الجزاء على مخالفة هذا الالتزام من أجل تدعيم حماية رضا المستهلك.

أ - جزاء الإخلال بالالتزام بإعلام المستهلك بشروط العقد :

بالرغم من أهمية الالتزام بإعلام المستهلك بشروط العقد في مكافحة الشروط التعسفية، لكن يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يرتب جزاء على العون الاقتصادي أو المحترف في حالة إخلاله بهذا الالتزام، و ذلك على غرار نظيره الفرنسي الذي يخول للمستهلك - عند إخلال المحترف بهذا الإلتزام - طلب إبطال العقد و/ أو طلب التعويضات المستحقة عن الأضرار حسب القواعد العامة.

نظرا لعدم وجود نص خاص يقضي بإبطال العقد أو فسخه في حالة الإخلال بالالتزام بإعلام المستهلك بشروط العقد، وجب الرجوع للقواعد العامة في القانون المدني، فإذا إبرم العقد دون أن يعلم العون الاقتصادي المستهلك بكل شروط العقد فإنه يمكنه طلب إبطال العقد.

فضلا عن ذلك، يمكن تطبيق نفس الاستنتاج الذي استنبط بالنسبة لغياب البيانات الإجبارية، فمادام أن النص القانوني يقضي بوجوب إعلام المستهلك بشروط العقد، بإعتباره قاعدة آمرة تهدف لحماية المستهلك، فإن مخالفتها توجب البطلان، و بما أن هذه القاعدة من النظام العام للحماية فإن البطلان يكون نسبيا، أما فيما يخص تطبيق أحكام التقادم المنصوص عليها في القانون المدني و التي تم القياس عليها بخصوص البطلان لغياب البيانات الإجبارية، فيظهر الأخذ بهذه المدة لإبطال العقد لعدم إعلام المستهلك بشروط العقد مدة طويلة.

علما أنه طبقا لنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المذكور سالفا، الصادر تطبيقا للقانون 04-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، يمكن تطبيق عقوبة الغرامة المالية التي فرضها المشرع الجزائري على المحترف في حالة إخلاله بأحكام هذا القانون[2].

---

consommation…cette loi transpose la directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives, dont l'article 5 énonce l'obligation de clarté.»

[1] -J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 166, p. 174.

[2]- المادة 38 من القانون رقم 04-02 المذكور أعلاه.

ثانيا : الالتزام بمنح المستهلك مهلة للتفكير قبل إبرام العقد :

لم يكتفي المشرع الجزائري بفرض الالتزام بإعلام المستهلك بشروط العقد على الأعوان الاقتصاديين فقط، بل ألزمهم بمنحه مدة كافية لفحص العقد و إبرامه[1]، و يعد هذا الالتزام مهلة للتفكير بما يضمن إعطائه فرصة كافية للاطلاع على العقد و شروطه و إزالة غموض بنوده على الوجه الذي يتحقق بها رضاؤه، إذ لا جدوى من منح المستهلك حق الاطلاع على شروط العقد و إحاطته علما بكل مضمونه دون إعطائه مهلة أو فرصة للتفكير قبل الإقدام على إبرامه.

على هذا الأساس يعتبر الالتزام بمنح مهلة للتفكير مكمل للالتزام بالإعلام، فالقانون و إن كان لا يجبر المستهلك على التفكير لكنه على الأقل يلزم المحترف المتعاقد معه بترك فرصة للمستهلك حتى يفكر قبل إبرامه للعقد[2].

يهدف المشرع الجزائري من خلال إلزام العون الاقتصادي بمنح المستهلك مهلة للتفكير، إلى تدعيم حقه في التفكير قبل إبرام العقد، و يظهر ذلك بصفة خاصة عند رفض المحترف تسليمه نموذج العقد، إلا بعد التوقيع عليه أي تعاقده، حيث يحرم المستهلك في هذه الحالة من أية إمكانية للتفكير المسبق في شروط العقد قبل إبرامه، و بذلك أصبح تسليم نماذج العقود إلى المستهلك بموجب هذا الالتزام أمرا إلزاميا على المحترف[3].

إن منح المستهلك مهلة كافية لفحص العقد قبل إبرامه يعتبر تدعيما لحماية رضاه، بحيث تسمح له هذه المدة من تفحص الشروط العامة و الخاصة للعقد المعدة من قبل العون الاقتصادي، و قراءتها بتروي و طلب النصيحة قبل الالتزام النهائي، كما تسمح له من مراقبة مدى مطابقة الشروط المدرجة في العقد للعناصر الأساسية للعقود التي حددها القانون[4]، خاصة منها تلك المتعلقة بخصوصية و طبيعة السلع و الخدمات و كذا الأسعار، كما تمكنه هذه المدة من التأكد من عدم وجود شروط تعسفية طبقا لما يقضي به القانون.

---

[1]- راجع المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التعسفية، المذكور سابقا.

[2]- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية و حماية المستهلك في عقود التجارة الاليكترونية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2005، ص. 29.

[3]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 29.

[4]- المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف ذكره.

يعد منح المشرع الجزائري للمستهلك حق تفحص العقد المقترح عليه من طرف العون الاقتصادي قبل إبرامه خطوة مهمة في مجال مكافحة الشروط التعسفية، لكن ما يعاب عليه هو عدم تحديده لمدته و اكتفائه بذكر مدة كافية، الأمر الذي قد يثير خلاف حول تحديدها بين المستهلك و العون الاقتصادي الذي يعتبر في مركز قوة بالمقارنة بالمستهلك، كما قد يرتب ذلك صعوبة بالنسبة للقاضي في تقدير المدة الكافية لفحص العقد من طرف المستهلك.

إضافة إلى ذلك، لم ينص المشرع الجزائري على الجزاء المترتب في حالة مخالفة العون الاقتصادي لالتزامه بمنح المستهلك مهلة للتفكير، لذلك يمكن تطبيق نفس الاستنتاج الذي استنبط بالنسبة لغياب البيانات الإجبارية، فمادام أن النص القانوني يقضي بوجوب منح المستهلك مدة للتفكير قبل إبرامه للعقد، بإعتباره قاعدة آمرة تهدف لحماية المستهلك، فإن مخالفتها توجب البطلان، و بما أن هذه القاعدة من النظام العام للحماية فإن البطلان يكون نسبيا، لكن فيما يخص تطبيق أحكام التقادم المنصوص عليها في القانون المدني و التي تم القياس عليها بخصوص البطلان لغياب البيانات الإجبارية، يظهر أنه إذا تم الأخذ بهذه المدة لإبطال العقد لعدم منح المستهلك مدة للتفكير فإنها تعتبر مدة طويلة.

إلى جانب ذلك يمكن تطبيق العقوبة الجزائية المنصوص عليها في القانون رقم 04-02 و المتمثلة في الغرامة المالية على العون الاقتصادي في حالة إخلاله بتنفيذ إلتزامه بمنح المستهلك مهلة للتفكير قبل إبرام العقد، و ذلك نتيجة مخالفة العون الاقتصادي لأحكام هذا القانون[1].

قد يرجع السبب في عدم تحديد المشرع لمهلة تفكير المستهلك لكون أن هذه القاعدة عامة تطبق على جميع العقود المبرمة ما بين المستهلكين و الأعوان الاقتصاديين، و كلما تطلب الأمر تحديد مهلة تفكير معينة للمستهلك بخصوص عقد معين، فينبغي أن يتم تنظيمها بقاعدة خاصة[2].

بالنسبة للتشريع الفرنسي، هناك تنظيم لمهلة التفكير في العقود المبرمة ما بين المحترف و غير المحترف أو المستهلك في بعض أنواع العقود فقط، حيث تختلف مدة التفكير بحسب كل نوع من العقود، و في هذا الصدد يرى بعض الفقه الفرنسي[3] أن تعميم منح مهلة للتفكير على كل العقود التي تتضمن شروط عامة، يظهر غير مستحسن، فهي تثقل و بدون فائدة عملية إبرام العقود، ذلك أنه ينبغي أن تبقى تقنية مهلة التفكير مخصصة فقط للعقود التي تتسم بالتعقيد و كذلك بالنسبة للحالات التي يفقد فيها المستهلك لحرية الاختيار.

---

[1]- المادة 38 من القانون رقم 04-02 المذكور أعلاه.

[2]- بلقاسم فتيحة، شفافية الممارسات التجارية و حماية المستهلك، ص. 126.

[3] -V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 169, p. 177.

لكن في حالة ما إذا منح المستهلك مهلة للتفكير من طرف العون الاقتصادي لإبرام العقد لكنه لم يعدل عن إبرامه خلال هذه المدة، فإن هذا لا يؤدي إلى حرمانه من المطالبة ببطلان العقد على أساس عيوب الرضا أو ضمان العيوب الخفية طبقا لقواعد القانون المدني[1].

فضلا عن منح المشرع الفرنسي للمستهلك مهلة للتفكير قبل إبرام العقد في بعض العقود، منحه وحده كذلك الحق في الرجوع في التعاقد بعد إبرام العقد و التوقيع عليه في بعض الحالات[2] التي يكون فيها المستهلك قد أقبل على التعاقد دون تمهل أو تروي، و ذلك عندما تكون شروط العقد غير متفقة مع مصالحه[3].

المطلب الثاني : آليات تحديد الشروط التعسفية في قوائم

تكتسي مسألة تحديد الشروط التعسفية في إطار قانون حماية المستهلك أهمية بارزة، و ذلك راجع لكون أن هذا التحديد يرتبط ارتباطا وثيقا باستبعاد هذه الشروط، فمنع إدراج هذه الشروط في العقود حماية للمستهلك من آثارها، يتطلب تحديد صفتها أو طابعها التعسفي، ومن ثم، كان لزاما للحد من إدراج هذه الشروط، أن يتم تحديدها وفق آليات قانونية بإتباع نظام القوائم القانونية.(الفرع الأول)

نظرا لتعدد و تنوع الشروط التعسفية في الواقع العملي، فقد إستلزم الأمر لمكافحتها، إسناد تقنية تحديدها إلى الحكومة بموجب المراسيم الصادرة عنها، و بهدف حظر أكبر عدد ممكن من الشروط المعتبرة تعسفية، سعت بعض التشريعات إلى إنشاء هيئات إدارية تختص برقابة هذه الشروط الواردة في نماذج العقود المعروضة على المستهلك من قبل المحترف.(الفرع الثاني)

[1] -V. C.A. VERSAILLES, 8 juillet 1994, R.T.D.Civ. 1995, p. 97. Obs. J. MESTRE ; R.T.D. Civ. 1996, p. 147, obs. J MESTRE : « le consommateur qui n'a pas exercé sa faculté de renonciation peut cependant agir sur la base d'un vice du consentement ou de garantie de défauts cachés, car l'existence d'un dispositif spécial n'écarte pas le droit commun. »

[2] -V. J. BEAUCHARD, op. cit., p. 357.

[3] -V. LAMY droit économique, op. cit., n° 4296, p. 1490 : «La faculté de rétractation est la faculté accordée à un contractant de remettre en cause unilatéralement, l'engagement qu'il a déjà pris. Elle engendre donc un bouleversement du schéma contractuel classique selon lequel le contrat une fois formé doit être exécuté. Ici le contrat est signé, mais l'une des parties va bénéficier d'un délai de réflexion durant lequel il lui sera possible de revenir sur on engagement.»

الفرع الأول : الآليات القانونية لتحديد الشروط التعسفية

غالبا ما يتعرض المستهلك، من أجل الحصول على حاجاته من السلع و الخدمات المقدمة له من قبل العون الاقتصادي أو المحترف، لتأثير هذا الأخير على إرادته عن طريق استغلال مركزه التعاقدي القوي لفرض شروط تعسفية، الأمر الذي استلزم تدخل المشرع لمنع الطرف الأقوى اقتصاديا من تحرير شروط تعسفية تقيد أو تسقط حقوق الطرف الآخر، أو تثقل كاهله بالتزامات مجحفة، عن طريق سن قائمة محددة بالشروط التعسفية[1] غير المشروعة و المحظور على المحترف العمل بها أو إدراجها في العقود المبرمة بينه و بين المستهلك.

أولا : تحديد الشروط التعسفية عن طريق نظام القائمة السوداء

يسعى المحترف في علاقته التعاقدية مع المستهلك إلى تضمين عقد الاستهلاك جملة من الشروط التي غالبا ما تخدم مصالحه، و تهدف إلى تحقيق الأرباح، و الواقع أن تحقيق هذه الغاية يظل أمر مشروع و منطقي بالنسبة للمحترف، طالما أنها مقترنة بالنزاهة و الشفافية و حسن النية، لكن أحيانا قد يتعمد المحترف إضفاء بعض الغموض على شروط العقد، أو تضمينها ما يحقق له ميزة مجحفة و تعسفية على حساب المستهلك.

غالبا ما يبرم المستهلك العقد دون قراءة شروطه، و في حالات عديدة فإنه يوقع عليه بدون أن يحصل على كافة المستندات، و حتى إذا تمكن من قراءة بنود العقد و الإطلاع على كافة شروطه، فإنه قد لا يستطيع أن يتعرف على نطاق و مدى الإلتزامات الواردة فيه، أو لا يستطيع أن يتبين خطورتها و آثارها، لذلك يظهر من الضروري تحديد هذه الشروط التعسفية ضمن قائمة حتى يتسنى للمستهلك من التعرف عليها و من ثم المطالبة بإلغائها.

لقد إتَّبع المشرع الجزائري نفس أسلوب نظيره الفرنسي المتمثل في إعداد قائمة بالشروط التعسفية[2]، حيث أورد لأول مرة قائمة تتضمن (8) ثمانية أنواع من الشروط

---

[1]- هناك العديد من الدول الأوروبية التي تستخدم نظام القوائم السوداء و الرمادية المحددة للشروط التعسفية، مثل ألمانيا و البرتغال و هولندا و فرنسا مؤخراً، في حين إكتفى البعض الأخر بالأخذ بنظام القائمة السوداء فقط، مثل بلجيكا و إسبانيا.

[2]- يتجلى تأثر المشرع الجزائري بالتشريع الفرنسي من خلال اقتباسه لبعض الشروط الواردة في القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك الفرنسي و التي تم ألغاؤها مؤخرا، كما نقل حرفيا البعض الآخر و أدرجها ضمن القائمة مباشرة و هي الشروط المتعلقة بالفقرات 3 و 4 و 5 و 6 من المادة 29 من القانون 04-02 سالف الذكر.

التي اعتبرها تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك و العون الاقتصادي[1]، و هي كالآتي :

- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك :

يعد تعسفيا الشرط الذي يمنح العون الاقتصادي حقوق و/أو يفرض التزامات على عاتق المستهلك، مع عدم وجود شرط آخر يعترف لهذا الأخير بحقوق و إلتزامات مماثلة.

- فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد :

يعتبر الشرط الذي يرتب إلتزامات فورية و نهائية على المستهلك فقط تعسفي، لما في ذلك من إجحاف في حقه، خاصة و أنه لا يملك إلزام العون الاقتصادي بتنفيذ إلتزاماته، نظرا لمركزه الإقتصادي الضعيف.

- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك :

يعتبر تعسفيا كل شرط يمنح العون الاقتصادي حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك، لكونها تمثل حقوق جوهرية للمستهلك لا يجوز المساس بها.

- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية :

لا يجوز تأويل عبارات العقد إلا إذا كانت غير واضحة، و إذا كان ثمة تأويل فيجب أن يكون وفقا للنية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ[2]، لذلك يعتبر تعسفيا كل شرط يمنح العون الاقتصادي حق تفسير شروط العقد بصفة منفردة، لأن ذلك يسمح له بتفسير الشروط وفق ما يحقق مصالحه على حساب المستهلك.

---

[1]- لقد ذكر المشرع الجزائري مصطلح البائع بدلا من العون الاقتصادي في نص المادة 29 من القانون رقم 04-02 المذكور آنفا، لكنه تدارك ذلك في المرسوم التنفيذي رقم 306-06 و استعمل عبارة العون الاقتصادي.

[2]- المادة 111 من ق.م.ج.

- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها :

يعد تعسفيا كل شرط يفرض العون الاقتصادي من خلاله على المستهلك بتنفيذ التزاماته، و في المقابل يترك لنفسه الحرية التامة في تنفيذ التزاماته.

- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته :

يمنح القانون حق الفسخ للمتعاقد لمواجهة عدم أو سوء تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته، لذلك فإن رفض حق المستهلك في فسخ العقد عند إخلال العون الاقتصادي بتنفيذ التزاماته، يمثل في هذه الحالة شرطا تعسفيا.

- التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة :

طبقا لقواعد القانون المدني[1] التي تنص على أنه : " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"، يملك أطراف العقد الحرية الكاملة في تحديد وقت تنفيذ الالتزام بالتسليم أو تقديم الخدمة، لكن إذا إنفرد العون الاقتصادي بتحديدها فيعد ذلك تعسفا من قبله، لأنه يحرم المستهلك من حقه في طلب التنفيذ أو الفسخ، و كذلك حقه في الدفع بعدم التنفيذ.

- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة :

تظهر هذه الشروط في العقود التي يستمر تنفيذها مدة من الزمن، كعقود توريد الخدمات والسلع، حيث يلجأ العون الاقتصادي من أجل ضمان ما قد يطرأ من ظروف في المستقبل تمس بمصالحه، إلى وضع بند في العقد يسمح له بإضافة شروط جديدة كلما دعته الحاجة إلى ذلك، مع تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية في حالة رفضها.

[1]- المادة 281 فقرة 1 من ق.م.ج.

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

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

يكتسي هذا الحظر التشريعي من الشروط التعسفية أهمية بالغة، خاصة و أن صياغة المادة 29 من نفس هذا القانون، قد جاءت عامة تشمل من جهة جميع العقود التي تجمع بين المستهلك و المحترف، و من جهة أخرى كل شرط وارد في هذه العقود يؤدي إلى إختلال ظاهر بين حقوق و التزامات المتعاقدين.

إن الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك لا يمكن أن تقع تحت الحصر، لكون أن حرية التعاقد تسمح بوجود أنواع لا حصر لها[2] من الشروط التي تحقق مصالح العون الاقتصادي أو المحترف على حساب المستهلك، الأمر الذي يؤدي إلى اتساع مجال الشروط التعسفية التي يمكن أن يدرجها المحترفين في عقودهم المعروضة على المستهلكين.

يوفر إيراد المشرع الجزائري لقائمة بيانية لا حصرية للشروط المعتبرة تعسفية، حماية فعالة للمستهلك، تظهر من خلال توسيع نطاق هذه الحماية القانونية على جميع الشروط التي يتوافر فيها الطابع التعسفي و ليس فقط تلك المحددة بالقائمة، و بناء على ذلك يمكن للقضاء أن يعتبر شرط معين من الشروط التعسفية بالرغم من عدم ذكره ضمن القائمة و ذلك بالإستناد على المعيار العام للشرط التعسفي[3].

لقد إنتقد أسلوب إعداد قائمة للشروط التي تعتبر تعسفية على سبيل الحصر، على أساس أنه أكثر جمودا من الأسلوب القضائي الذي يتجه إلى منح القاضي سلطة إبطال شروط العقد التي يقدر أنها تعسفية، ذلك أنه يضيق من نطاق تطبيق الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية من حيث الموضوع، كونه لا يسمح للقضاء بإبطال بعض شروط العقد رغم توافرها على الطابع التعسفي لأنها لم تذكر بالقائمة الحصرية[4].

كما يؤخذ على هذا الأسلوب، أنه يفرض على السلطات العامة أن تحرص باستمرار على إتمام قائمة الشروط التعسفية من وقت لآخر وفقا للمستجدات التي

---

[1]- المادة 29 من القانون رقم 04-02 المذكور سابقا.
[2]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 406.
[3]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 135 و 136.
[4]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 136.

يقتضيها الواقع الاقتصادي، عندما يتبيّن قصورها على نحو تعجز معه على أن تشمل كافة الشروط التي يمكن أن تتصف بالتعسف.

بالرغم من كل هذه العيوب المذكورة أعلاه، يوصف أسلوب القائمة المحددة للشروط التعسفية على سبيل الحصر في نظر بعض الفقه بأنه يحقق ميزة أساسية، تكمن في كونه يوفر الأمن القانوني بالنسبة للمحترفين، فبموجب هذه القائمة الحصرية يتمكَّن المحترفين من التعرف على أمثلة الشروط التعسفية المحظورة قانونا، و بالتالي تجنب إدراجها في عقودهم المعروضة على المستهلكين، بغية تفادي تعرضهم للطعن أمام القضاء، الأمر الذي يحقق لهم استقرار في المعاملات العقدية الاستهلاكية التي يبرمونها مع المستهلكين.

فضلا عن ذلك يهدف المشرع من التحديد الحصري للشروط التعسفية إلى تجنب تحكم القضاء في تقدير الصفة التعسفية للشرط، بالرغم من أن ذلك يؤدي إلى تضييق من نطاق تطبيق الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية من حيث الموضوع.

إن تحديد الشروط المعتبرة تعسفية في قائمة من شأنه أن يسهل على المستهلك و الهيئات التي تمثله كجمعيات حماية المستهلكين معرفة أنواع الشروط التعسفية للمطالبة بإلغائها، كما يسهل على القاضي حل النزاعات القائمة بين المستهلكين و الأعوان الاقتصاديين بخصوص الشروط العامة و الخاصة المحررة من قبل الأعوان الاقتصاديين في عقودهم و التي يدعي المستهلكين بأنها تعسفية، بحيث يكتفي القاضي بالرجوع إلى هذه القائمة للحكم بوجود شرط تعسفي من عدمه.

لكن يمكن أن يقوم العون الاقتصادي بتضمين العقود التي يبرمها مع المستهلك شروط أخرى غير محتواة في القائمة، ففي هذه الحالة يلجأ القاضي إلى القاعدة العامة للشرط التعسفي[1] و التي تقضي بأن كل شرط من شأنه الإخلال الظاهر بين حقوق و واجبات أطراف العقد يعتبر تعسفي.

ثانيا : تحديد الشروط التعسفية عن طريق نظام القوائم السوداء و الرمادية

لقد اتجهت أغلبية التشريعات الحديثة[2] إلى تبني تقنية سن قوائم محددة للشروط التعسفية غير المشروعة و المحظور العمل بها، بهدف الحد من إدراج هذه الشروط في العقود المبرمة بين المستهلك و المحترف، و تبعا لذلك سيتم التعرض إلى موقف القانون الألماني الذي كان سباقا في استعمال نظام القوائم السوداء و الرمادية المحددة للشروط

[1]- راجع المادة 3 من القانون رقم 04-02 سالف الذكر، و التي تقابلها المادة L.132-1 الفقرة 1 من ق.إ. ف.
[2]- مثل ألمانيا و بلجيكا و إسبانيا، و فرنسا مؤخراً.

التعسفية[1]، كما يقتضي الأمر التطرق لدراسة التجربة الفرنسية، نظرا لأهميتها في مجال الشروط التعسفية.

تبنى المشرع الألماني نظام إعداد و وضع قائمة بالشروط التعسفية الباطلة، حيث قسم هذه الشروط إلى قسمين : شروط تعسفية باطلة بقوة القانون و المسماة الشروط السوداء (les clauses dites noires)، و شروط تعسفية أخرى يفترض فيها الطابع التعسفي والمسماة شروط رمادية (les clauses dites grises).

1 - القائمة السوداء :

تعتبر الشروط الواردة في القائمة السوداء[2]، باطلة بقوة القانون دون الاعتراف بأية سلطة تقديرية للقاضي لتقدير طابعها التعسفي، و تشمل هذه القائمة (08) ثمانية أصناف من الشروط التعسفية[3] الباطلة و الممنوعة و المحظورة قانونا، تتعلق أهم هذه الشروط بـ :

- إطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف، و نصه على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه.
- حق المحترف في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر أو في تعديله، آخذا في الاعتبار مصالحه دون الاهتمام بعدم قبول المستهلك لذلك.
- حق المحترف في المطالبة بتعويضات و مصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو فسخه.
- حق المحترف في إختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أو القانون الوطني الساري المفعول إذا لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة.

2 - القائمة الرمادية :

على غرار القائمة السوداء، تخضع شروط هذه القائمة للسلطة الرقابية و التقديرية للقضاء، حيث يجوز له استبعادها إذا كانت تتوافق مع المعيار العام للشرط التعسفي الذي

---

[1]- تعتبر ألمانيا من أوائل الدول الأوروبية التي سارعت إلى إصدار قانون في مجال الشروط التعسفية، بموجب القانون الصادر في 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود، و الذي بدأ العمل به في 01 أبريل 1977.

[2] -J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen*, op. cit., n° 56, p. 47 : «l'adoption d'une liste noire est cependant nécessaire. Outre qu'elle vise les abus les plus graves, la liste noire de clauses abusives qui, par le seul fait d'y être inclues, sont réputées non écrites, présente l'avantage de permettre de déceler aisément les clauses de cette nature dans les contrats.»

[3]- المادة 10 من قانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود.

حدده القانون الألماني، و تتضمن هذه القائمة (10) عشرة أصناف من الشروط التعسفية[1] الباطلة، و تتعلق أبرز هذه الشروط على وجه الخصوص بـ :

- حق المحترف في رفع أسعار المنتجات و الخدمات التي تسلم أو يوفى ثمنها في خلال مدة (04) أربعة أشهر.
- استبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتوج أو الخدمة، أو استبعاد أو تحديد حق المستهلك في الحبس.
- حرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له على المحترف، خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي.
- الإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد، أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعه.
- استبعاد أو تحديد حق المتعاقد (المستهلك) في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير.
- تحديد و تقييد إمكانية مخالفة أحكام الضمان القانوني الذي يعاقب على العيوب اللاحقة بالأشياء المعيبة الجديدة بموجب الشروط العامة.

يعد هذا الشرط الأخير المتعلق بالضمان من أهم الشروط التعسفية الواردة في هذه القائمة، حيث يقضي النص القانوني[2] بأنه : يعتبر باطلا الشرط الذي يستبعد كليا أو جزئيا الحقوق المحتملة للمستهلك في إصلاح الشيء المعيب أو استبداله، و خاصة في الحالات التي تكون فيها الأشياء المعيبة موّردة من قبل الغير، و يجوز في هذه الحالة للبائع أن يفرض على المستهلك ضرورة الرجوع أولا على الغير، خاصة إذا كان حاصلا على الضمان من المنتج، و لكن في جميع الأحوال يجب أن يبقى ضمان البائع بصفة احتياطية.

إعترف هذا القانون صراحة بصحة الشرط الذي يسمح للمحترف بفرض تصليح الشيء المعيب، و بالتالي استبعاد خيار الفسخ أو إنقاص السعر، و لكن بشرط أن يتضمن هذا الشرط حق المستهلك في المطالبة بالفسخ أو إنقاص السعر في حالة عدم نجاح عملية التصليح.

علاوة على ذلك، يجب على البائع أن يتحمل المصاريف المتعلقة بتصليح الشيء المعيب مثل مصاريف النقل و التنقل و اليد العاملة و الأدوات الضرورية لإصلاحه.

كما تعتبر باطلة مختلف الشروط التي يكون الغرض منها الحيلولة دون ممارسة المستهلك لحقوقه أو عرقلتها، كما هو الحال بالنسبة للشروط التي تربط بين تصليح

[1]- المادة 11 من قانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود.
[2]- المادة 11 من قانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود.

الشيء المعيب و الوفاء بكامل السعر أو بجزء مبالغ فيه مقارنة بعيوب الشيء، و كذلك بالنسبة للشرط الذي يفرض أجلا أقصر من الأجل القانوني المتعلق بضمان العيوب الخفية (و هو ستة أشهر تسري من يوم التسليم) للإعلان عن وجود العيب، و كذا بالنسبة للشرط المنقص لأجل الضمان القانوني.

أما في فرنسا، فقد لاحظت لجنة إعادة صياغة و تنقيح قانون الاستهلاك[1]، حينما التمست إعادة صياغة الأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية، مدى الصعوبة الناجمة عن تحديد و حصر الشروط التعسفية بموجب اللوائح التنفيذية، فأعدت نظاما آخر أكثر فعالية في هذا الصدد، يقضي بتحديد الشروط التعسفية مباشرة داخل نصوص قانون الاستهلاك، حيث اقترحت قائمتين إحداهما سوداء تحتوي على الشروط التعسفية التي تعتبر باطلة بطبيعتها و مهما كانت الظروف المتعلقة بإبرام العقد، و قائمة أخرى رمادية تشمل مجموعة من الشروط التي تتضمن قرينة التعسف، و قد إستوحت اللجنة نموذج نظام القوائم المحددة للشروط التعسفية مباشرة من القانون الألماني.

فضلا عن هذه القوائم وضع المشروع نصا عاما يمنح للقاضي سلطة تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا رغم عدم وروده في أي من القائمتين السوداء أو الرمادية، و ذلك وفقا للمعيار العام المعتمد لتحديد الطابع التعسفي للشرط[2]، و التي يمكن للمحترف أن يثبت عكسها.

لكن المشرع الفرنسي كان قد إكتفى بموجب القانون رقم 95-96 الصادر في 1 فيفري 1995 بإضافة قائمة ملحقة بقانون الاستهلاك بيانية و غير حصرية لشروط يمكن إعتبارها تعسفية، و قد كانت هذه القائمة مستوحاة من التعليمة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين الصادرة في 1993.

نتيجة للإنتقادات الموجهة لهذه القائمة نظرا لافتقارها للقوة الإلزامية التي تتميز بها المراسيم الصادرة عن مجلس الدولة من جهة، و كذا لكونها تحمل المدعي (المستهلك) عبء إثبات الطابع التعسفي للشروط الواردة بالملحق وفقا لنص المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك من جهة أخرى، و هو ما يشكل عقبة أمام المستهلك المتضرر[3]، فقد تدخل المشرع الفرنسي[4] و ألغى هذه القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك التي كانت تضم

---

[1]- لقد أعدت لجنة إعادة صياغة قانون الاستهلاك التي أنشأت سنة 1981 مشروعا لقانون الاستهلاك سنة 1985، و أعادت مراجعته و تنقيحه عام 1990.

[2]- تضمنت القائمة السوداء 18 شرطا يعد تعسفيا بطبيعته و في حد ذاته (المادة 105 من المشروع) و قائمة رمادية تتكون من 16 شرط يفترض فيها الطابع التعسفي (المادة 107 من المشروع)، كما نص المشروع على سلطة القاضي في تقدير وصف التعسف للشرط حتى و إن لم يكن وارد في القائمتين (المادة 108 من المشروع)، عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، المرجع السابق، ص. 146 و 147.

[3] -J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 184, p. 194.

[4] - V. Art. L.132-1 c.consom. f. modi. par l'art. 86 de la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, J.O.R.F. n°0181 du 5 août 2008, p. 12471, abroge la liste annexée au code de la consummation.

(17) سبعة عشر نوعا من الشروط التي يفترض أنها تعسفية، إذا توافر فيها المعيار المحدد للشرط التعسفي.

الفرع الثاني : الآليات الإدارية لتحديد الشروط التعسفية

لم تقتصر الأنظمة القانونية المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية على الوسائل التشريعية فحسب في تحديدها لهذه الشروط، بل عمدت إلى توسيع الحماية القانونية للمستهلك، من خلال تبنيها للرقابة الإدارية على الشروط التعسفية، لكون أن التشريع وحده لا يستطيع الإحاطة بكل هذه الشروط المدرجة في عقود الاستهلاك، لذلك أوكلت الحكومة مهمة تحديد الشروط التي تعتبر تعسفية بموجب المراسيم.(أولا)

علاوة على ذلك، فقد بادرت بعض التشريعات[1] إلى إنشاء هيئة إدارية تعرف بلجنة الشروط التعسفية (la commission des clauses abusives)، تهدف إلى مراقبة الشروط ذات الطابع التعسفي في مختلف نماذج العقود المقترحة من قبل المحترفين على المستهلكين، من أجل تفعيل حماية المستهلك في مواجهة هذه الشروط.(ثانيا)

أولا : رقابة الحكومة على الشروط التعسفية :

يتم إسناد تحديد الشروط التعسفية في إطار قانون حماية المستهلك إلى أجهزة إدارية مختصة، ففيما يخص القانون الجزائري فقد أوكل ذلك للحكومة عن طريق المراسيم المحددة لهذه الشروط، بينما يسند هذا الدور في فرنسا إلى مجلس الدولة.

1 -تحديد الشروط التعسفية بموجب مراسيم الحكومة :

لقد أفسح المشرع الجزائري[2] المجال أمام التنظيم لمنع بعض الشروط التي تعتبر تعسفية، و يكتسي هذا الحظر للشروط التعسفية أهمية بالغة خاصة و أنه يشمل جميع البنود التي تعتبر تعسفية في العقود التي تجمع بين العون الاقتصادي و المستهلك، و التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي :

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 02 و 03 من نفس المرسوم:

---

[1]- كالقانون الفرنسي بموجب المادة L.132-2 من ق.إ. ف.، و القانون البلجيكي في مادته 35 من القانون الصادر في 14 جويلية 1991 المتعلق بالممارسات التجارية و حماية المستهلك، التي أنشات لجنة لها نفس مهام اللجنة الفرنسية.

[2]- المادة 30 من القانون رقم 04-02 المذكور آنفا.

لقد ألزم المشرع الجزائري[1] العون الاقتصادي بتضمين العقد البيانات الإجبارية المحددة قانونا، و فرضها عليه بشكل إلزامي بحيث لا يمكن له مخالفتها، و بالتالي فإن كل شرط في العقد ينص على تقليص أحد هذه العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3، يعتبر تعسفيا يجب إلغاؤه بقوة القانون.

- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض:

في حالة القوة القاهرة ليس بالإمكان توقعها أو دفعها، بحيث يترتب على حدوثها أن يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مستحيلا، يعفي القانون المدني[2] المدين من تنفيذ إلتزامه دون دفع التعويض، و من ثم فإن عدم سماح العون الاقتصادي للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع التعويض يعتبر شرط تعسفي.

- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن أخرى :

يعد حق اللجوء إلى القضاء في حالة وجود نزاع للمطالبة بحله وفق ما يقضي به القانون و العدالة، حق مضمون دستوريا لكافة المواطنين، و من لذلك فإن نص العون الاقتصادي على تخلي المستهلك عن ذلك يعد شرطا تعسفيا.

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

تعتبر الشروط التي يضعها العون الاقتصادي في العقد تعسفية لمجرد عدم علم المستهلك بها قبل إبرام العقد[3]، ذلك لأنه يحق للمستهلك إعلامه بكل الشروط الواردة في العقد قبل إتخاذ قراره بالتعاقد، و بناء على إذا ورد شرط في العقد لم يكن المستهلك على علم به، يؤدي ذلك إلى المطالبة بإلغائه على أساس أنه تعسفي.

- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك :

[1]- راجع المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المذكور سالفا.

[2]- راجع المادة 176 من ق.م.ج.

[3]- ينبغي التمييز في هذا الصدد بين حالتين : حالة عدم قيام العون الاقتصادي بإعلام المستهلك ببعض شروط العقد، فتعد تلك الشروط التي لم يكن المستهلك على علم بها تعسفية، و حالة عدم قيام العون الاقتصادي بإعلام المستهلك بكل شروط العقد، فيعتبر عندئذ قد أخل بإلتزامه بالإعلام بشروط العقد المنصوص عليه في المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المذكور آنفاً.

طبقا للقانون المدني[1] لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام، و عليه إذا قام العون الاقتصادي بإدراج بنود في العقد تفرض على المستهلك واجبات غير تلك التي يتطلبها القانون فيعتبر هذا الشرط تعسفيا.

- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته :

يجوز لطرفي العقد الاتفاق مسبقا على تحديد مبلغ التعويض الذي يستحق أحدهما قبل الآخر عند الإخلال بالإلتزام الملقي على عاتقه[2]، سواء كان ناتجا عن عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخير في تنفيذه و هو ما يسمى بالتعويض الإتفاقي، و من ثم يعد تعسفياً الشرط الذي يفرض على المستهلك فقط دفع مبلغ التعويض عند إخلاله بتنفيذ إلتزامه دون أن يلزم العون الاقتصادي بذلك.

- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته :

من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق العون الاقتصادي، إلتزامه بإعلام المستهلك بأسعار السلع و الخدمات و شروط البيع و بموصفاتها و مميزاتها، و إلتزامه بتسليم الفاتورة للمستهلك، و كذا واجبه بالضمان و تحقيق الأمن و مطابقة السلع و الخدمات، لذلك فإن كل شرط يتضمن إعفاء من هذه الالتزامات يعد تعسفيا.

- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

طبقا لأحكام القانون المدني[3]، يلزم كل طرف في العقد بتنفيذ إلتزامه طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية، و عليه إذا فرض العون الاقتصادي شرطاً يحمل بموجبه المستهلك عبء تنفيذ واجباته الملزم هو بتنفيذها، فيعد هذا الشرط تعسفياً.

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك :

وفقا لقواعد القانون المدني[4]، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه في العقود الملزمة لجانبين، جاز للمتعاقد الآخر أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة إما بتنفيذ العقد أو فسخه، مع المطالبة بالتعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك، و بذلك فقد أقر المشرع الجزائري بالحق في التعويض في حالة الفسخ، بالإضافة إلى ذلك تقتضي قاعدة

[1]- المادة 107 الفقرة 2 من ق.م.ج.
[2]- المادة 183 من ق.م.ج.
[3]- المادة 107 الفقرة 1 من ق.م.ج.
[4]- المادة 119 من ق.م.ج.

العقد شريعة المتعاقدين أنه لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون[1].

لكن في إطار حماية المستهلك من الشروط التعسفية، يلاحظ أن المشرع الجزائري قد ربط حق تعديل العقد و فسخه مع عدم التعويض، أي بمفهوم المخالفة إذا إحتفظ العون الاقتصادي بحق تعديل العقد و فسخه بصفة منفردة مع تعويض المستهلك فإنه لا يعتبر هذا الشرط تعسفيا.

- التخلي عن مسؤوليته بصفة مفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته :

يترتب عن عدم تنفيذ العون الاقتصادي لإلتزاماته قيام مسؤوليته إتجاه المستهلك، إما بإلزامه بالتنفيذ أو بالتعويض، لذلك إذا قام العون الاقتصادي بتضمين العقد شرطاً يقضي بإعفائه من المسؤولية في حالة عدم تنفيذه لإلتزاماته دون تعويض المستهلك، مع عدم إعفاء هذا الأخير من إلتزاماته في المقابل، سواء كان عدم التنفيذ هذا كلياً أو جزئياً أو تنفيذ غير صحيح أي مخالف لما إتفق عليه الطرفان، فيعتبر هذا الشرط تعسفياً.

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

يسمح القانون المدني[2] للمتعاقدين بالعدول عن تنفيذ العقد خلال المدة المتفق عليها و ذلك في حالة دفع العربون وقت إبرامه، ما لم يوجد إتفاق بين المتعاقدين على خلاف ذلك، و يترتب على هذا العدول، أنه إذا عدل من دفع العربون فقده و إذا عدل من قبضه رده و مثله و لو لم يترتب على العدول أي ضرر.

بالتالي يعتبر تعسفيا الشرط الموضوع من قبل العون الاقتصادي، و الذي يقضي باحتفاظه بالمبالغ المدفوعة إليه من طرف المستهلك، في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض، و ذلك في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق :

---

[1]- المادة 106 من ق.م.ج.

[2]- المادة 72 مكرر من ق.م.ج. المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 الذي يعدل و يتمم الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

في حالة عدم تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد، يمكن المطالبة إما بتنفيذ العقد أو فسخه مع المطالبة بالتعويض في كلتا الحالتين، و ذلك دون تمييز بين المتعاقدين، و بناء على ذلك فإن إحتفاظ العون الاقتصادي بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق، يعتبر شرط تعسفي.

2 - تحديد الشروط التعسفية عن طريق مراسيم مجلس الدولة الفرنسي:

ينفرد النظام التشريعي الفرنسي المتعلق بالرقابة على الشروط التعسفية بمنح السلطة التنفيذية سلطة إصدار مراسيم تمنع أو تحدد أو تنظم الشروط المعتبرة تعسفية، حيث أجازت المادة L.1-132 من قانون الاستهلاك[1] لمجلس الدولة (le conseil d'état) تحديد أنواع الشروط المعتبرة تعسفية، و لكن بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، لتصبح هذه المراسيم بعد صدورها ملزمة للمحترفين و للمحاكم معا، و تعد هذه الشروط التعسفية غير مشروعة، و يجوز إبطالها لمخالفتها النص القانوني[2]، و بناء على ذلك يمكن القول أن السلطات الواسعة لمجلس الدولة تمكنه من أن يمنع أو يحدد أو ينظم أي شرط تعسفي في هذا الإطار.

تطبيقا للمادة 35 من قانون 1978 الملغى منذ صدور قانون الاستهلاك سنة 1993، أصدر مجلس الدولة الفرنسي المرسوم رقم 464-78 الصادر في 24 مارس 1978[3] الذي نص على ثلاثة شروط تعسفية (محظورة) و هي كالآتي :

1 - الشروط التي تنص على إذعان المستهلك لبنود تعاقدية ، و التي لم يرد ذكرها في الوثيقة التي يوقعها[4].
2 - الشروط التي تستبعد أو تنقص من حق غير المحترف أو المستهلك في التعويض عن إخلال المحترف لأحد التزاماته[5].

كما هو الحال بالنسبة للشروط التي ترمي إلى إنقاص الضمان القانوني أو تلك التي ترمي إلى إعفاء المحترف من المسؤولية عن التأخير في التسليم، و يقتصر هذا المنع على الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية التعاقدية للمحترف الواردة في عقود البيع

---

[1]- منح المشرع الفرنسي هذه السلطة لمجلس الدولة بموجب المادة L.1-132، المقتبسة من مضمون المادة 35 في فقرتها 1 من قانون رقم 23-78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين.

[2]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 31.

[3]- Décret n°78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services, abrogé par le Déc. n°97-298 du 27 mars 1997, J.O.R.F. du 3 avril 1997.

[4]- لقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي هذا الشرط الوارد في نص المادة الأولى من هذا المرسوم، على أساس أن هذه الشروط المتعلقة بتكوين العقد لم ترد في التعداد الحصري للمادة 35 من قانون رقم 23-78 .
V. C.E. 3 décembre 1980, D 1981, J. Chron. note LARROUMET, p. 228.

[5] -V. Art. 2 du Déc. n°78-464 du 24 mars 1978 abrogé par art. 4 du Déc. n°97-298 du 27 mars 1997, J.O.R.F. du 3 avril 1997.

فقط، و ذلك في حالة عدم الوفاء بالتزامه، و لا يشمل الشروط المتعلقة بعقود أداء الخدمات[1].

3 - الشروط التي يحتفظ بموجبها المحترف بحق التعديل – من جانبه فقط- لخصائص المال أو الخدمة التي يقدمها دون موافقة الطرف الآخر و هو المستهلك.

لكن يمكن النص على إمكانية إدخال تعديلات على العقد من قبل المحترف المرتبطة بالتطور التكنولوجي، بشرط أن لا يسبب ذلك ارتفاع في الأسعار أو تدهور في الجودة، و أن يتم إدراج المميزات التي علق غير المحترف أو المستهلك عليها إلتزامه[2].

يتميز هذا الشرط عن سابقه بشموله لجميع العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين.

يجدر التذكير، إلى أنه قد تم إدراج هذين الشرطين في قانون الاستهلاك الفرنسي[3] ضمن الجزء التنظيمي منه.

يعد هذا الأسلوب المعتمد من طرف المشرع الفرنسي خطوة مهمة من أجل مكافحة الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين، إلا أنه لم يحقق النجاح المتوقع، و يتضح ذلك من عدد المراسيم الصادرة عن من مجلس الدولة، و التي لم تتعد مرسوم واحد منذ بدء العمل بنظام المراسيم في سنة 1978، مما أدى ببعض الفقه الفرنسي إلى الحكم على هذا النظام بشبه الفاشل[4]، خاصة و أن القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك – التي ألغيت – إتسمت بعدم إلزاميتها، نتيجة لذلك إتجه المشرع الفرنسي[5] إلى منح مجلس الدولة الفرنسي[6] مؤخراً سلطة إصدار مرسوم يحدد قائمتين من الشروط التعسفية، ميز فيه بين نوعين من الشروط التعسفية إحداهما سوداء و الأخرى رمادية.

أ - القائمة السوداء :

---

[1] -V. J. BEAUCHARD, op. cit., p. 352 ; PH. MALINVAUD, *Droit des obligations, Les mécanismes juridiques des relations économiques*, op. cit., n° 128, p. 147.

[2]- V. Art. 3 al. 1 et 2 du Décret n°78-464 du 24 mars 1978 abrogé par art. 4 du Déc. n°97-298 du 27 mars 1997, J.O.R.F., 3 avril 1997.

[3]- في أحكام المادتين R.132-1 و R.132-2 من ق.إ. ف. اللذان تم إضافتهما بموجب :

Déc. n°97-298 du 27 mars 1997 relatif au code de la consommation (partie réglementaire), J.O.R.F., 3 avril 1997, p. 5123.

كما تم إضافة المادة R.132-2-1 المتعلقة بالخدمات المالية بموجب :

Décret n°2005-1450 du 25 novembre 2005 relatif à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, J.O.R.F., 26 novembre 2005.

[4] -V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., p. 197.

[5] - V. art. L.132-1 al. 2 et 3 c.consom. f. modi. par la Loi n°2008-776 du 4 août 2008.

[6] -V. Déc. n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation , J.O.R.F. n°0067 du 20 mars 2009, p. 5030.

تتضمن هذه القائمة 12 شرطا تعسفيا[1] بطبيعته، و هي محظورة في كل في العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين، و تعتبر هذه الشروط تعسفية بصفة قطعية طبقا لأحكام الفقرتين 1 و 3 من المادة L.132-1، و التي يكون غرضها أو أثرها[2] :

1 - النص في العقد على التزام أو إذعان غير المحترف أو المستهلك لشروط لم ترد في العقد المكتوب، أو التي تكون مدرجة في وثيقة أخرى، و لم يتم الإشارة إليها صراحة عند إبرام العقد، و التي لم يعلم بها قبل إبرامه.

2 -الحد من إلتزام المحترف في احترام الإلتزامات التي تقع على عاتق تابعيه أو وكلائه.

3 -تفرد المحترف بحق تعديل شروط العقد المتعلقة بمدته و بمميزات أو ثمن المال الواجب تسليمه أو الخدمة الواجب تقديمها، من جانبه فقط[3].

4 -منح المحترف بصفة منفردة، حق تقدير ما إذا كان الشيء المسلم أو الخدمة المقدمة تتطابق و شروط العقد، أو منح المحترف الحق المطلق في تفسير بعض شروط العقد.

5 - إلزام غير المحترف أو المستهلك بتنفيذ إلتزاماته، في حين أنه بالمقابل لم ينفذ المحترف التزاماته بتسليم أو ضمان المال، أو إلتزاماته بتقديم الخدمة.

6 -إستعباد أو تحديد الحق في التعويض عن الضرر المترتب على غير المحترف أو المستهلك، في حالة إخلال المحترف بتنفيذ أحد إلتزاماته[4].

7 -حرمان غير المحترف أو المستهلك من الحق في طلب إبطال العقد أو فسخه، في حالة عدم تنفيذ المحترف لإلتزاماته، بالتسليم أو ضمان المال، أو إلتزامه بتقديم الخدمة.

8 -منح المحترف حق إنهاء العقد بصفة تقديرية، دون منح غير المحترف أو المستهلك مثل هذا الحق.

9 -السماح للمحترف بالاحتفاظ بالمبالغ التي دفعت له كمقدمات مقابل التزامات لم يتم تنفيذها من جانبه، عندما قيامه بفسخ العقد بطريقة تقديرية.

10 - إخضاع الفسخ في العقود محددة المدة لأجل طويل بالنسبة لغير المحترف أو المستهلك، مقارنة مع المحترف.

11 - تعليق الفسخ في العقود محددة المدة من قبل غير المحترف أو المستهلك، بدفع مبلغ تعويض لصالح المحترف.

---

[1]- تتضمن القائمة السوداء أنواع الشروط التي تشكل في حد ذاتها التعسفات الخطيرة التي تمس بالتوازن العقدي بشكل فادح، و هي تعد تعسفية بصفة قطعية أي أنها تعتبر قرينة قانونية قاطعة على تعسف الشرط، بحيث لا يمكن تقديم الدليل بخلافها، لذلك فهي تعد تعسفية في أية حالة كان عليها الشرط، و في كل العقود المبرمة أو المقترحة على المستهلكين من قبل المحترفين، لكونها باطلة بقوة القانون.

[2] -V. Art. R.132-1 modi. par l'art. 1 du Déc. n°2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation.

[3]- يلاحظ أن هذا الشرط مقتبس من الفقرة 1 من المادة R.132-2 من ق.إ. .ف.

[4]- هو نفس الشرط الذي كان منصوص عليه في المادة R.132-1 من ق.إ. .ف.

12 - إلقاء عبء الإثبات على غير المحترف أو المستهلك، و الذي وفقا للقانون المطبق ينبغي أن يفرض على الطرف الآخر في العقد.

ب - القائمة الرمادية :

في العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين، يفترض أنها شروط تعسفية[1] طبقا لأحكام الفقرتين 1 و 2 من المادة L.132-1، إلا إذا أثبت المحترف عكس ذلك، و التي يكون غرضها أو أثرها[2] :

1 -النص على التزام غير المحترف أو المستهلك بشكل نهائي، في حين أن التزامات المحترف يتوقف تنفيذها على إرادته المفردة.
2 -السماح للمحترف بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل غير المحترف أو المستهلك في حالة تراجعه عن إبرام أو تنفيذ العقد، دون النص على حق غير المحترف أو المستهلك في الحصول على تعويض مساوي للمبالغ المدفوعة، أو ضعفها في حالة دفع العربون طبقا لنص المادة L.114-1، و ذلك عند تراجع المحترف عن التعاقد.
3 -إلزام غير المحترف أو المستهلك الذي لا ينفذ التزاماته بدفع تعويضا مبالغا فيه.
4 -السماح للمحترف بإنهاء العقد دون إخطار سابق بمدة معقولة.
5 -السماح للمحترف بالقيام بإنهاء العقد دون مرافقة غير المحترف أو المستهلك، إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى إنقاص الحقوق الممنوحة لغير المحترف أو المستهلك.
6 -إحتفاظ المحترف بصفة فردية بحق تعديل شروط العقد المتعلقة بحقوق و إلتزامات الطرفين، غير تلك المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة R.132-1.
7 -تحديد تاريخ لتنفيذ العقد في غير الحالات التي يسمح بها القانون.
8 -إخضاع إبطال أو فسخ العقد لشروط أو كيفيات أكثر صرامة بالنسبة لغير المحترف أو المستهلك مقارنة مع المحترف.
9 -تقييد بدون وجه حق، وسائل الإثبات المتاحة لغير المحترف أو المستهلك.
10 -حرمان أو عرقلة المستهلك من ممارسة حق التقاضي أو اللجوء إلى طرق الطعن، لاسيما إلزامه باللجوء فقط لقضاء التحكيم غير الخاضع لأحكام قانونية، أو توجيهه فقط عن طريق نظام بديل لتسوية النزاعات.

إلى جانب هذين القائمتين، تضمن المرسوم جزء آخر يتعلق بالاستثناءات، حيث تم إستبعاد تكييف بعض الشروط على أنها تعسفية، و ذلك مراعاة لمصلحة المحترف، رغم كونها تعسفية في حالات أخرى، و تتمثل هذه الشروط المستثناة[1] فيما يلي :

---

[1]- تتضمن القائمة الرمادية شروط يفرض فيها الطابع التعسفي، لذلك فإنه في حالة النزاع بشأن عقد يتضمن شرط من هذه الشروط يتعين على المحترف إثبات عكسها، أي إثبات طابعها المشروع (غير التعسفي).

[2]- Art. R.132-2 modi. par art. 2 du Déc. n°2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation.

1 -الشروط المتعلقة[2] :

أ - بالعمليات الخاصة بالقيم المنقولة و السندات المالية و غيرها من الإيرادات أو الخدمات الأخرى، التي يكون سعرها مرتبطا بتقلبات الأسعار بالبورصات أو بسعر سوق مالي لا يشرف عليه المحترف.

ب -بعقود البيع و الشراء المختلفة، و الشيكات السياحية و التوكيلات البريدية الدولية التي يكون موضوعها نقد أجنبي.

2 -الشروط التي يحتفظ بمقتضاها المحترف لنفسه بحق تعديل سعر الفائدة المستحقة على لغير المحترف أو المستهلك أو المستحقة للمحترف، أو المبلغ أو الأعباء المالية الأخرى المتعلقة بخدمات مالية، دون إخطار سابق في حالة وجود مبرر مقبول، بشرط التزام المحترف بإعلام الطرف أو الأطراف الأخرى المتعاقدة في مدة مناسبة، و أن لهم حرية الفسخ الفوري للعقد، و يسري نفس الحكم على الشروط التي تمنح المحترف حق التعديل من جانبه فقط، لشروط العقد غير محدد المدة، بشرط التزام المحترف بإعلام الطرف أو الأطراف المتعاقدة بإخطار سابق و مناسب، و أن يكون من حق هذا الأخير فسخ العقد[3].

3 -الشروط التي يحتفظ المحترف بمقتضاها بحق إنهاء العقد غير محدد المدة بصفة منفردة، دون إخطار سابق عند وجود مبرر مقبول، بشرط التزام المحترف بإعلام الطرف أو الأطراف الأخرى المتعاقدة على الفور[4].

4 -الشروط التي بمقتضاها ينص العقد غير محدد المدة على إمكانية المحترف و بصفة منفردة، تعديل الشروط المتعلقة بثمن المال المسلم و الخدمة المقدمة، بشرط أن يتم تنبيه المستهلك خلال أجل معقول حتى يتمكن من إنهاء العقد عند الاقتضاء[5].

5 -الشروط التي بمقتضاها ينص العقد على إمكانية المحترف و بصفة منفردة، إدخال تعديلات على العقد و المتصلة بالتطور التقني، عندما لا يترتب عن ذلك ارتفاع

---

[1]- Art. R.132-2-1 modi. par art. 3 du Déc. n°2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation.

[2]- لا تطبق الفقرة 3 من المادة 1-132 R و 4 و 6 من المادة 2-R.132 على هذه الشروط.

[3]- الفقرة 3 من المادة 1-R.132 و 6 من المادة 2-R.132 لا تتعارض مع وجود هذه الشروط.

[4]- الفقرة 8 من المادة 1-R.132 و 4 من المادة 2-R.132 لا تتعارض مع وجود هذه الشروط.

[5]- الفقرة 3 من المادة 1-R.132 و 6 من المادة 2-R.132 لا تتعارض مع وجود هذه الشروط.

في الأسعار أو تدهور في الجودة، و أن المميزات التي علق غير المحترف أو المستهلك على أساسها تنفيذ إلتزامه، لم تدرج في العقد[1].

ثانيا : رقابة لجنة الشروط التعسفية

إستحدث المشرع الجزائري أسوة بنظيره الفرنسي، لجنة الشروط التعسفية كهيئة إدارية، لدعم حماية المستهلك في مواجهة تعسف المحترف في إطار العقود المبرمة بينه و بين المستهلك، و التي يغلب عليها طابع الإذعان[2].

تهتم هذه اللجنة بدراسة نماذج العقود المعروضة على المستهلكين و المعدة من قبل المحترفين، بالإضافة إلى دراسة نظام إدراج الشروط و طرق صياغتها و طباعتها، بحيث تعمل على الوقوف على مدى موضوعيتها و ملائمتها لموضوع العقد، الأمر الذي يمكن المستهلك من إجراء مقارنة بين الالتزامات و الحقوق المتقابلة في العقد بصورة أفضل، لما لذلك من الأثر في تنوير و تدعيم رضائه على النحو الذي يؤدي إلى تحقيق نوع من التوازن في مضمون العقد[3].

1 -تشكيلة لجنة الشروط التعسفية و مهامها :

تتكون لجنة الشروط التعسفية الجزائرية[4] من (05) خمسة أعضاء دائمين، و (05) خمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يلي :

- (02) ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة، متخصصان في مجال الممارسات التجارية.
- (02) ممثلان عن وزير العدل، حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.
- (02) ممثلان عن مجلس المنافسة.
- (02) متعاملان إقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال و العقود.

---

[1]- الفقرة 3 من المادة R.132-1 و 6 من المادة R.132-2 لا تتعارض مع وجود هذه الشروط.
لقد كان هذا الشرط منصوص عليه في الفقرة 2 من المادة R.132-2 من ق.إ. .ف.
V. Art. 1 du Décret n°97-298 du 27 mars 1997relatif au code de la consommation (partie réglementaire), J.O.R.F. du 3 avril 1997.

[2]- V. G. PAISANT, *De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives*, D. S., 1986, chron., p. 299 et 300.

[3]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، رقم 531، ص. 429.

[4]- أنشأ المشرع الجزائري لجنة الشروط التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، و قد عدلت المادة (08) الثامنة منه بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 3 فبراير 2008 يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر. 10 فبراير 2008، العدد 7، ص. 17 و 18.

- (02) ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال و العقود.

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

تعتبر لجنة الشروط التعسفية ذات طابع إستشاري، و تختص هذه اللجنة الموضوعة تحت رئاسة الوزير المكلف بالتجارة، بالبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين، حيث تقوم بالبحث عن الشروط ذات الطابع التعسفي ضمن هذه العقود، و بناء على ذلك تصدر توصيات إلى الوزير المكلف بالتجارة و المؤسسات المعنية من أجل إبطال أو إلغاء أو حذف هذه الشروط، كما يمكنها أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود إتجاه المستهلكين، و يمكنها كذلك مباشرة أي عمل يدخل في مجال إختصاصها[1].

يمكن للجنة الشروط التعسفية أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلك أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك[2].

أما فيما يخص التشريع الفرنسي[3] فتتكون لجنة الشروط التعسفية[4] من 15 عضوا، و تتمثل تشكيلة أعضاء هذه اللجنة على النحو التالي:

- الرئيس : و يتمثل في قاضي من القضاء العادي.
- (2) قاضيان من القضاء العادي أو الإداري أو من أعضاء مجلس الدولة.
- (2) شخصيتان مؤهلتان في مجال القانون، و يتم اختيارهما بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك.
- (4) أربعة ممثلين للمحترفين.
- (4) أربعة ممثلين للمستهلكين.
- محافظ الحكومة : و يمثل هذه الوظيفة المدير العام لمديرية المنافسة و الأسعار و الاستهلاك و قمع الغش.

---

[1]- المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المذكور أعلاه.

[2]- المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المذكور سالفا.

[3] - V. Art. R.132-3 c. consom. f. devenu l'art. R.534-1 crée par l'art. 3 du Décret n°2010-1221 du 18 octobre 2010 .

[4]- أنشأت لجنة الشروط التعسفية الفرنسية بموجب القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10 يناير 1978، المتعلق بإعلام و حماية المستهلكين للسلع و الخدمات - بناء على وصاية السيدة Christiane Scrivener الأمينة العامة للدولة - و الموضوعة تحت وصاية الوزير الممثل للاقتصاد و المالية الذي أصبح فيما بعد الوزير المكلف بالاستهلاك، و قد تم تنصيب أعضاء اللجنة بناء على القرار الوزاري المؤرخ في 26 جانفي 1978، الذي عدل بالقرار الوزاري المؤرخ في 1 أوت 1978، و قد تم الإبقاء عليها - بعد الإصلاحات التي جاء بها القانون رقم 95-96 الصادر في 1 فبراير 1995 - بموجب المادة L.132-2 و ما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي، و التي عوضت المادة 35 فقرة 1 من قانون 23-78 الملغى، و التي أصبحت حاليا محتواة في المادة L.534-1 من ق.إ.ف.

يتبين من التشكيلة المكونة للجنة الشروط التعسفية الفرنسية، أنها تنقسم إلى فئتين : الأولى تضم رجال قانون، حيث أوكل للهيئة القضائية مهمة رئاسة هذه اللجنة عن طريق قاضيان، أحدهما رئيسا و الآخر نائبا له، و الثانية تتضمن ممثلين عن المحترفين من جهة و المستهلكين من جهة أخرى، غير أنه يبدو أن الفئة الثانية قد طغت على الأولى من حيث عدد أعضائها، و نتيجة لذلك تظهر كلجنة تمثيلية أكثر منها حيادية[1].

إن لجنة الشروط التعسفية الفرنسية موضوعة تحت سلطة الوزير المكلف بالاستهلاك، و هي مكلفة بالمهام[2] التالية :

- تفحص نماذج العقود المقترحة عادة من طرف المحترفين أو المهنيين على عملائهم المستهلكين أو غير المحترفين الذين يتعاقدون معهم، و ذلك للبحث عما إذا كانت تتضمن شروطا ذات طابع تعسفي[3]، و بناء على ذلك توصي بحذف أو تعديل الشروط التي يكون موضوعها أو الأثر المترتب عنها إحداث إختلال ظاهر بين حقوق و التزامات طرفي العقد، على حساب المستهلك أو غير المحترف، و في هذا الإطار تصدر هذه اللجنة توصيات.
- إبداء رأيها حول تقدير الطابع التعسفي للشرط التعاقدي، بطلب من القاضي و ذلك بمناسبة دعوى مرفوعة إليه، و في هذا الإطار تصدر اللجنة آراء.

2 - دور لجنة الشروط التعسفية في مكافحة الشروط التعسفية :

تعد لجنة الشروط التعسفية الجزائرية وكذا نظيرتها الفرنسية هيئة إدارية رقابية، حيث تقوم بمساعدة الحكومة أو الإدارة في أداء دورها المتعلق بمكافحة الشروط التعسفية، من أجل ضمان حماية فعالة للطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، و تحقيقاً لذلك فقد أسند لها القانون عدة مهام وقائية و إستشارية.

أ - الدور الوقائي للجنة الشروط التعسفية :

يتمثل الدور الوقائي للجنة الشروط التعسفية من خلال إصدارها للتوصيات بهدف تنظيم نماذج عقود الاستهلاك، كما تقوم اللجنة بتقديم اقتراحات من أجل تعديل الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بالشروط التعسفية، هذا فضلا عن إعدادها لتقرير سنوي عن نشاطها.

- **إصدار التوصيات :**

يكمن أهم دور وقائي للجنة الشروط التعسفية في التوصيات التي تصدرها بعد تفحص و تحليل نماذج العقود المقترحة على غير المحترفين أو المستهلكين، و ذلك من أجل البحث و الكشف عن الشروط المفترض استعمالها أو فرضها من قبل

[1]- راجع بن حميدة نبهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات المرجع السابق، ص. 135.

[2] -V. art. L.534-3 du c. consom. f. créé par l'art. 62 de la Loi n°2010-737 du 1er juillet 2010.

[3]- راجع المادة L.132-1 من ق.إ. ف.

المحترف على المستهلك، أو الشروط الشائع استعمالها في عقود الاستهلاك. فإذا ما استخلصت الصفة التعسفية لهذه الشروط، ينعقد اختصاصها بإصدار توصيات بإلغائها أو بطلانها أو تعديلها[1] من نماذج عقود المحترفين المعروضة عليها، و ترتكز اللجنة في ممارستها لاختصاصاتها على المعيار العام للشرط التعسفي الوارد في مضمون النص القانوني[2]، و المتمثل في الاختلال الظاهر أو عدم توازن حقوق و التزامات كلا طرفي العقد[3].

تتخذ لجنة الشروط التعسفية عدة إجراءات لإصدار التوصيات، و تبدأ برفع الطلب إليها من طرف الهيئات المختصة و المحددة قانونا، حيث تنعقد هذه اللجنة من أجل ممارسة مهامها، بناء على طلب أو إخطار يرفع إليها من طرف الوزير المكلف بالاستهلاك، أو بطلب من قبل جمعيات حماية المستهلكين المعتمدة قانونا، أو بطلب من المحترفين أو المنظمات المهنية المعنية، كما يجوز للجنة الشروط التعسفية أن تنعقد تلقائيا، و أن تبادر مهامها بنفسها[4].

تبعا لذلك، تعيّن اللجنة مقررا لتفحص نماذج العقود المعنية، بعد ذلك يحرر هذا المقرر مشروع تقرير يعرضه على اللجنة لدراسته في إجتماع عام بحضور جميع أعضائها، و في نهاية هذا الاجتماع يرسل التقرير إلى المحترفين المعنيين بالعقود النموذجية لتقديم ملاحظاتهم، ثم يحرر المقرر مشروع توصية تعرض مرة أخرى على اللجنة لمناقشته في إجتماع عام لجميع أعضائها، و بناء على ذلك يقوم أعضاء اللجنة بإعداد توصية كاملة ترسل إلى الوزير المكلف بالاستهلاك لينشرها في كشف رسمي للمنافسة و الاستهلاك و قمع الغش[5].

لقد قامت لجنة الشروط التعسفية الفرنسية منذ السنة الأولى على إنشائها بتلقي الطلبات، و الاجتماع لإصدار التوصيات المحددة للشروط المعتبرة تعسفية[6]، و في هذا

---

[1] -V. JEAN CALAIS AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, op. cit., p. 247.

[2]- المادة 3 من القانون رقم 04-02 المذكور سالفا، و التي تقابلها الفقرة الأولى من المادة L.132-1 من ق.إ. ف.

[3]- لقد كانت لجنة الشروط التعسفية الفرنسية تعتمد قبل تعديل قانون الاستهلاك سنة 1993 على المعيار السابق، المتمثل في التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي الذي يسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها، لكن بعد تبني المشرع الفرنسي لمعيار الاختلال الظاهر بين التزامات و حقوق، غيرت موقفها تماشيا مع هذا المعيار الجديد.

[4]- المادة L.132-3 من ق.إ. ف و التي أصبحت حاليا محتواة في المادة L.534-2 من ق.إ.ف.

[5]- ينبغي الإشارة إلى أنه بعد صدور القانون رقم 2010-737 المؤرخ في 1 جويلية 2010 لم يعد الوزير المكلف بالاستهلاك هو المكلف بنشر توصيات لجنة الشروط التعسفية (L.132-4 ق.إ.ف.) و هذا طبقا لنص المادة :

art. L. 534-8 c. consom. f. créé par l'art. 62 de la Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, J.O.R.F. n° 151 du 2 juillet 2010**:** «Les commissions mentionnées aux articles L. 534-1 *(commission des clauses abusives)*, L. 534-4 *(commission de la sécurité des consommateurs)* et L. 534-7 *(commission de la médiation de la consommation)* assurent la diffusion des informations, avis et recommandations qu'elles estiment nécessaire de porter à la connaissance du public. Les informations, avis et recommandations diffusés par la commission mentionnée à l'article L. 534-1 *(commission des clauses abusives)* ne peuvent contenir aucune indication de nature à permettre l'identification de situations individuelles.»

[6]- أصدرت لجنة الشروط التعسفية الفرنسية منذ نشأتها سنة 1978 و لغاية سنة 2009 حوالي 68 توصية تتعلق بعدد كبير من الشروط التعسفية، و قد تم نشر تلك التوصيات.

الصدد كشفت هذه اللجنة عن العديد من الشروط ذات الطابع التعسفي طبقا للمعيار[1]، و يمكن أن تقسم هذه التوصيات إلى نوعين :

النوع الأول : ذات طابع عام تعرف بالتوصيات العامة و هي تتعلق بشروط عامة للعقد بغض النظر عن صفة المحترف الذي يشترطها، و تتمثل هذه التوصيات العامة على سبيل المثال في التوصية المتعلقة بشروط تنازل المستهلك عن ممارسة الطعون القضائية[2]، و تلك المتعلقة توازن الالتزامات في حالة عدم تنفيذ العقود[3]، و عموما فقد أصدرت اللجنة حوالي (08) توصيات عامة منذ نشأتها.

من بين أهم هذه التوصيات العامة التي أصدرتها لجنة الشروط التعسفية الفرنسية، يمكن ذكر التوصية رقم 01-02 المتعلقة بالشروط العامة للعقود الزمنية المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين[4]، حيث إستندت اللجنة أثناء وضعها على توصيات نشرت سابقا بشأن العقود الزمنية، كما إرتكزت على مضمون التوجيهة الأوروبية رقم 93-13 المؤرخة في 5 أفريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، و تتمثل أهم الشروط التعسفية التي أوصت اللجنة بإلغائها أو تعديلها بمقتضى هذه التوصية في ما يلي :

- الشرط الذي يجيز للمحترف تعديل بإرادة منفردة مدة سريان العقد.
- الإعتراف بصفة مباشرة أو غير مباشرة للمحترف بفسخ العقد المحدد المدة بإرادة منفردة، دون مبرر مشروع.
- الشرط الذي يجيز للمحترف وقف مفعول العقد غير محدد المدة دون إخطار المستهلك مسبقا، ما لم يتوفر مبرر شرعي يمنع من ممارسة.
- الشرط الذي يلزم المستهلك إذا أراد فسخ العقد غير محدد المدة إخطار المحترف خلال مدة أطول عن تلك المقررة للمستهلك، في حالة الفسخ الصادر عن المحترف.
- الشرط الذي يمنع المستهلك من فسخ العقد في حالة عدم تنفيذ المحترف لالتزاماته التعاقدية.
- الشرط الذي يعتبر أن مدة سريان العقد المحدد المدة تتجدد بصفة ضمنية لأجل مفرط.

V. le site internet : http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm

[1]- المادة L.132-1 من ق.إ. ف.

[2] -V. Recommandation n°79-02 sur les clauses concernant les recours en justice, http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm

[3] -V. Recommandation n°81-01 relative à l'équilibre des obligations en cas d'inexécution des contrats, http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm

[4] -V. Recommandations n° 01-02 sur les clauses abusives relatives à la durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs, http://www.clauses-abusives.fr /recom/ index.htm

أما **النوع الثاني** : فيتمثل في التوصيات الخاصة التي تحتوي على قائمة من الشروط التعسفية المتعلقة بنماذج عقود محترفي قطاعات مهنية معينة أو تتعلق بعقود معينة، و تتمثل على سبيل المثال في التوصية رقم 02-03 المتعلقة بعقود التأمين والحماية القانونية[1]، والتوصية رقم 04-03 المعلقة بعقود القرض العقاري[2]، و كذلك التوصية رقم 07-02 المتعلقة بعقود بيع بالقائمة في مجال العقارات[3]، و في هذا الصدد يلاحظ أن التوصيات الخاصة تغلب على العامة، فهناك 59 توصية من مجموع 67 توصية صادرة عن اللجنة تتعلق بعقود خاصة تختلف بحسب موضوعها أو نشاط المحترف.

لقد تفحصت لجنة الشروط التعسفية الفرنسية عدد معتبر من نماذج العقود و الاتفاقيات لمختلف القطاعات المهنية، حيث أصدرت حوالي 67 توصية تتعلق بعدد كبير من الشروط التي تكتسي الطابع التعسفي، و قد اهتمت توصيات هذه اللجنة سواء العامة أو الخاصة بإعادة التوازن بين الالتزامات و الحقوق في العقود التي تبرم بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين، للحد من إنتشار ظاهرة الشروط التعسفية.

لم يقتصر دور لجنة الشروط التعسفية الفرنسية في إصدار توصيات متنوعة، بل عملت في بعض الأحيان على تنقيح أو تكملة توصيات نشرت مسبقا، و يرجع سبب تنقيح اللجنة للتوصيات إلى التعديلات التشريعية المتتالية للأحكام القانونية المتعلقة بالشروط التعسفية، فعلى سبيل الذكر أوصت اللجنة[4] في التوصية الصادرة في 25 جانفي 2001 المتعلقة بحذف (06) ستة شروط إعتبرتها اللجنة تعسفية في عقود توزيع الماء[5]، و ذلك تكملة للتوصية الصادرة سنة 1985 التي كانت قد حددت حوالي (13) ثلاثة عشر شرطا تعسفيا، كما أصدرت التوصية رقم 08-03 الصادرة في 2008 و المتعلقة بعقود النقل البري الجماعي للمسافرين[6] المكملة للتوصية رقم 84-02 الصادرة في 1984.

تعتبر لجنة الشروط التعسفية الفرنسية الهيئة الإدارية الوحيدة المختصة بفحص نماذج العقود المقترحة على المستهلكين من قبل المحترفين، و الإعلان عن الشروط التعسفية الواردة فيها، و نظرا لخبرتها في هذا المجال فقد أحال لها المجلس الوطني الفرنسي للاستهلاك في 21 ديسمبر 2000 نماذج عقود التأمين لتحدد و تكشف عن

---

[1] -V. Recommandation n°02-03 relative aux contrats d'assurance de protection juridique, http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm

[2] -V. Recommandation n° 04-03 relative aux contrats de prêt immobilier, http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm

[3]- V. Recommandation n° 2002-01 relative aux contrats de vente de listes en matière immobilière, http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm

[4]- أصدرت لجنة الشروط التعسفية الفرنسية 04 توصيات مكملة منذ نشأتها.

[5] -V. Recommandation n°01-01complémentaire à la recommandation n° 85-01 du 19 novembre 1985 concernant les contrats de distribution d'eau, http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm

[6] -V. Recommandation n°08-03 relative aux contrats de transports terrestres collectifs de voyageurs (complétant la recommandation n° 84-02), http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm

الشروط التي تعتبر تعسفية فيها، و في نفس الصدد، إلتمست المديرية العامة الفرنسية للمنافسة و الأسعار و الاستهلاك و قمع الغش من اللجنة الفرنسية للشروط التعسفية[1] أن تفحص شروط بعض عقود التأمين، و إعلان عن الشروط التعسفية وفقا لأحكام قانون الاستهلاك الفرنسي.

كما تصدر لجنة الشروط التعسفية الفرنسية سنويا توصية تحتوي على ملخص إجمالي لمجموع التوصيات التي أصدرتها مسبقا، كالتوصية الإجمالية[2] التي أصدرتها اللجنة في 23 مارس 1993 و المتضمنة 22 شرط تعسفي من مجموع الشروط المعلن عنها في توصيات تم نشرها مسبقا[3].

- **تقديم الاقتراحات لتعديل الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالشروط التعسفية :**

على غرار لجنة الشروط التعسفية الجزائرية، يمكن للجنة الفرنسية في إطار اختصاصاتها أن تقترح على السلطة الحكومية المختصة (الوزير المكلف بالاستهلاك) إجراء كل التعديلات التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بالشروط التعسفية، التي تبدو لها ضرورية، و يلاحظ من الناحية العملية أنه كان لها الفضل في دفع المشرع الفرنسي إلى إصدار قوانين لتنظيم بعض الشروط العامة لنماذج عقود المحترفين في قطاعات معينة[4].

لقد إقترحت لجنة الشروط التعسفية الفرنسية في التقرير السنوي لعام 1978 أن يوقع المشرع الفرنسي الجزاء على المحترفين و المنظمات المحررة لنماذج العقود و الاتفاقيات المقترحة على المستهلكين، حيث إقترحت عقوبة المخالفة من الدرجة الخامسة، في حالة ما إذا ثبت أن المحترف قد أورد شروط تعسفية في عقوده المعروضة على المستهلكين أو غير المحترفين، بمقتضى المادة 35 من القانون رقم 23-78 المتعلق بحماية المستهلكين و إعلامهم بالسلع و الخدمات، التي تعتبر الشرط تعسفيا إذا إستغل المحترف قدرته الاقتصادية للحصول على ميزة مفرطة.

كما إلتمست اللجنة في نفس التقرير بأن يتخذ مجلس الدولة الفرنسي لوائح أخرى تنظم كل قطاع مهني على حدا، فتنص هذه اللوائح حسب كل قطاع مهني بحظر الشروط التعسفية التي يحررها المحترفين في نفس القطاع بنفس الشكل،

---

[1] -V. le site internet : www. Finances.gouv.fr/dgccrf/consommation

[2] - V. B.O.C.C.R.F. 23 mars 1993, p. 89.

[3] -JACQUES GHESTIN, *L'annulation des clauses abusives par le juge en droit français*, in Mél. ROGER O. DALCQ, Responsabilités et assurances, LARCIER Bruxelles, 1994, n° 17, p. 224.

[4]- أصدر المشرع الفرنسي عدة تشريعات نتيجة لذلك و منها : القانون المؤرخ في 06 جويلية 1989 المتعلق بإيجار المساكن و القانون المؤرخ في 31 ديسمبر 1989 المتعلق بالتأمين المتعدد الأخطار للمساكن، و القانون المؤرخ في 19 ديسمبر 1990 المتعلق ببناء مسكن فردي، و أخيرا القانون المؤرخ في 18 جويلية 1992 المتعلق بآجال التسليم و الذي أصبح يشكل حاليا المادة 114-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

كالشروط المتعلقة بعقود الضمان، و الشروط المعلقة بالخدمات ما بعد البيع، و الشروط المتعلقة ببيع السيارات، و الشروط المتعلقة بالبيع عن طريق المراسلة...

لقد إلتمست اللجنة في التقرير السنوي لسنة 2001 من المشرع الفرنسي بأن ينص على قائمة سوداء موسعة للشروط التعسفية، بناء على مضمون المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك، و كذلك التوصيات التي سبق للجنة الشروط التعسفية أن أصدرتها، بالإضافة إلى الشروط التعسفية المعلن عنها قضائيا، علاوة على ذلك، طالبت اللجنة بإبرام الاتفاقات الجماعية للاستهلاك للتقليل و الحد من تحرير الشروط التعسفية.

أما في الآونة الأخيرة فقد إقترحت لجنة الشروط التعسفية الفرنسية في تقريرها السنوي سنة 2005 أن ينص المشرع الفرنسي على الصفة التعسفية في الشرط الذي يكون محل أو يترتب عنه إلقاء عبء إثبات عدم تنفيذ المحترف لإلتزاماته التعاقدية على المستهلك. و تحقيقا لهذا الاقتراح نص مشروع تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي المقترح في 24 نوفمبر 2006 بتحميل المحترف عبء إثبات إلتزاماته التعاقدية، و أن الشروط المتنازع عليها لا تتسم بالطبيعة التعسفية، و بذلك خفف المشروع على المستهلك من إثبات الطابع التعسفي لشروط العقد محل النزاع[1].

- **إعداد التقارير السنوية :**

تقوم لجنة الشروط التعسفية الجزائرية بإعداد تقرير نشاط سنويا يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة و ينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة مناسبة[2]، يتضمن كل التوصيات و الآراء التي أصدرتها خلال السنة.

كما تقوم لجنة الشروط التعسفية الفرنسية بإعداد تقرير سنوي عن نشاطها يتضمن النص الكامل للتوصيات و الآراء الاستشارية التي قدمتها، و الاجتماعات، و كذلك الإقتراحات التـي أصدرتها خلال السنة، و تعرض اللجنة سنويا على الوزير المكلف بالاستهلاك هذا التقرير السنوي الذي تقترح فيه تعديلات قانونية و تنظيمية في مجال الشروط التعسفية، و لكن بعد صدور القانون رقم 2010-737 الصادر في 1 جويلية 2010 المعدل للقرض الاستهلاكي، أصبح المعهد الوطني للاستهلاك يقوم بإعداد تقرير سنوي لنشاطه يعرض فيه اقتراحات تعديل القوانين من عدة لجان من بينها لجنة الشروط التعسفية و يقدم هذا التقرير إلى رئيس الدولة و إلى البرلمان ثم ينشر في الجريدة الرسمية.[3]

---

[1] - Projet de loi du 14 novembre 2006, www.legifrance.fr.

[2]- المادة 12 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المذكور أعلاه.

[3]- V. art. L. 531-2 c. consom. f. créé par l'art. 62 de la Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, J.O.R.F. n° 151 du 2 juillet 2010 : «L'institut national de la consommation établit chaque année un rapport d'activité dans lequel figurent, le cas échéant, les propositions de modifications législatives ou réglementaires proposées par les commissions mentionnées aux articles L. 534-1 (commission des clauses abusives)…
Ce rapport est présenté au Président de la République et au Parlement. Il est rendu public. »

ب - الدور الاستشاري للجنة الشروط التعسفية :

لا يقتصر دور لجنة الشروط التعسفية على إصدار التوصيات و تقديم الاقتراحات في تقاريرها السنوية، بل يمكنها بوصفها جهاز استشاري أن تقوم بإصدار آراء بشأن المراسيم المحددة للشروط التعسفية الصادرة من طرف مجلس الدولة الفرنسي، و تقديم آرائها للقضاء، و كذلك لجمعيات حماية المستهلكين و للمحترفين المهتمين أثناء تحرير شروط نماذج عقودهم.

- **إبداء الآراء والاقتراحات بشأن المراسيم الصادرة عن مجلس الدولة :**

إشترط المشرع الفرنسي[1] من قانون الاستهلاك أن يستعين مجلس الدولة برأي لجنة الشروط التعسفية قبل إصدار اللائحة المتضمنة قائمة للشروط المعتبرة تعسفية، و تطبيقا لهذه المادة أبدت اللجنة في سنة 1978 رأيها الاستشاري حول مشروعين للائحتين الأولى تتعلق باللائحة رقم المؤرخة في 24 مارس 1978 المتضمنة قائمة الشروط التعسفية، أما الثانية تمثلت في اللائحة المؤرخة في 25 أبريل 1978 المتعلقة بالشروط العامة لسير وكالات السفر.

يلاحظ أن هذه اللجنة لم تبدي منذ 1978 رأيها في اللوائح المقترحة من مجلس الدولة المتضمنة قائمة الشروط التعسفية إلى غاية سنة 2005[2]، أين عرض عليها مشروع للائحة معدلة و متممة للمرسوم التنظيمي المؤرخ في 06 جوان 2005 المتعلق بالاتجار عن بعد في الخدمات المالية[3]، و المقتبس من التعليمة الأوروبية المؤرخة في 23 سبتمبر 2002 المتعلق بالاتجار عن بعد في الخدمات المالية للمستهلكين[4].

لقد أكدت اللجنة على تعسفية الشرط الذي يلقي عبء إثبات عدم تنفيذ المحترف لإلتزاماته التعاقدية المفروضة على عاتق المستهلك، و قدمت رأيا إيجابيا بشأن مشروع اللائحة المحال إليها، خاصة و أنه من الناحية العملية سيخفف إلغاء هذا الشرط على المستهلكين عبء إثبات عدم تنفيذ المحترف لالتزاماته التعاقدية، و هكذا يُلزَم المحترفون بإثبات التنفيذ الكلي لالتزاماتهم التعاقدية، إلا أن شرط الإثبات هذا يقتصر فقط على عقود الاتجار عن بعد المتعلقة بالخدمات المالية دون غيرها من عقود الاستهلاك.

---

[1] - Art. L.132-1 al. 2 c. consom. f. : « un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission instituée à l'article L.534-1…»

[2]- V. Rapport d'activité année 2005, www.clauses-abusives.fr, cf :annexe2, p. 210.

[3]- لقد نقلت هذه اللائحة نص الفقرة الثانية من المادة 15 من هذه التعليمة و التي تعتبر تعسفي كل شرط يكون محل أو يترتب عنه إلقاء على عاتق المستهلك عبء إثبات عدم تنفيذ المحترف لإلتزاماته التعاقدية المفروضة بموجب المواد التالية: كالمادة L.121 20-8 و المواد من 20-17- 121 L إلى L.122-3 قانون الاستهلاك الفرنسي و المادة L.112-2-1 من قانون التأمين الفرنسي.

[4]- Directive européenne 2002-65 du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.

كما أبدت لجنة الشروط التعسفية[1] مؤخرا رأيها بشأن المرسوم الصادر عن مجلس الدولة، و المحدد لقائمتين من الشروط التعسفية.

في الواقع يظهر دور لجنة الشروط التعسفية الفرنسية الفعال في مكافحة الشروط التعسفية، في إبداء الآراء والاقتراحات بشأن المراسيم التنظيمية المتعلقة بتحديد قائمة الشروط المعتبرة تعسفية التي ترمي إلى تحسين إعلام المستهلك والدفاع عن مصالح المستهلكين في مجال الشروط التعسفية.

- **تقديم آراء للقضاء :**

طبقا للنص القانوني الفرنسي[2] فإن لجنة للشروط التعسفية مكلفة بتقديم رأي استشاري للقاضي و ذلك أثناء نظره الدعوى القضائية المعروضة عليه، بشأن تقدير الطابع التعسفي للشروط الواردة في العقد محل الدعوى.

لم تعرف لجنة الشروط التعسفية الفرنسية تقنية إبداء رأيها بخصوص الطابع التعسفي للشروط المعروضة على القاضي إلا بموجب المرسوم التنظيمي رقم 97-289 المؤرخ في 27 مارس 1997 المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية، الذي أجاز لقاضي الموضوع إلتماس رأيا إستشاريا من لجنة الشروط التعسفية بمناسبة تحديد الطبيعة التعسفية للشروط المتنازع عليها[3].

تنعقد اللجنة لإعطاء رأي استشاري بطلب من المحكمة أثناء النظر في دعوى مرفوعة أمامها، عندما يثار الطابع التعسفي لشروط تعاقدية، و تبدي اللجنة رأيها في هذه الشروط خلال ثلاثة أشهر على الأكثر، و لا يتطرق القاضي لموضوع الدعوى إلا بعد الحصول على هذا الرأي أو بعد إنقضاء المدة المحددة لإبداء الرأي، و لا يمنع قانون

---

[1]- V. Rapport d'activité pour l'année 2008, http://www.clauses-abusives.fr/activ/index.htm : « Le 24 octobre 2008, la Commission a été saisie pour avis d'un projet de décret portant application de l'article L. 132-1 nouveau du code de la consommation. Ce projet trouve son origine dans l'article 86 de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 qui a réformé les dispositions de l'article L. 132-1 du code de la consommation en prévoyant qu'un décret en Conseil d'État établirait deux listes de clauses abusives. »

[2] -Art. R.132-6 al. 1 et 2 c. consom. f. devenu l'art. R.534-4 créé par l'art. 6 du Décret n°2010-1221 du 18 octobre 2010 : « La commission peut être saisie pour avis lorsque à l'occasion d'une instance le caractère abusif d'une clause contractuelle est soulevé.
Le juge compétent demande à la commission, par décision non susceptible de recours, son avis sur le caractère abusif de cette clause tel que défini à l'article L. 132-1. L'avis ne lie pas le juge. »

[3] -V. J. GHESTIN, *L'annulation des clauses abusives par le juge en droit français*, op. cit. n° 6, p. 208 : « la qualification donnée par la commission des clauses abusives servirait alors, non de fondement textuel de l'annulation, mais seulement de révélateur, aidant le juge à mettre en œuvre des dispositions générales de notre droit positif » ; A. RIEG, *La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande et française)*, in Mél. RENÉ RODIERE, D. 1981, p. 236.

الاستهلاك الفرنسي أطراف الدعوى من إتخاذ الإجراءات الاستعجالية، و الإجراءات التحفظية الضرورية[1].

بالرغم من عدم إلزامية التوصيات الصادرة من لجنة الشروط التعسفية الفرنسية المحددة للشروط المعتبرة تعسفية، فقد عمد القضاء الفرنسي[2] في الكثير من الأحيان إلى إستشارتها، حول الطابع التعسفي للشروط المعروضة عليه، الذي لم يتردد في الاسترشاد بتوصياتها كلما دعته الحاجة إلى ذلك.

إن إستعانة قضاة الموضوع بالتوصيات اللجنة يكرس إلزاميتها، نظرا لتمتع القضاء بسلطة توقيع الجزاء، و طالما أنها هيئة استشارية تساعد القضاء في مواجهة الشروط التعسفية، فإن للقضاء سلطة تقديرية في الاستعانة بقائمة الشروط التعسفية المعلن عنها في التوصيات دون رقابة محكمة النقض الفرنسية[3].

لقد إعتبرت محكمة النقض الفرنسية[4] أن توصيات لجنة الشروط التعسفية لا تلزم قاضي الموضوع، و عدم الاستعانة بها لا يعتبر سببا للنقض، لأنها لا تنشأ أو تولد قواعد تفتح مخالفتها طريق الطعن بالنقض[5]، فإذا ما إستعان قضاة الموضوع بتوصيات اللجنة كوسيلة للتسبيب الإضافي، جاز لمحكمة النقض الفرنسية في هذه الحالة مراقبة هذا التسبيب.

يلاحظ أن تقنية تقديم لجنة الشروط التعسفية آراء إستشارية للقضاء قد وسعت من نشاطها، و رغم عدم إلزاميتها إلا أنها تعد السبيل الأنجع لمساعدة القاضي في تقدير الطبيعة التعسفية للشروط المتنازع عليها، و نظرا لإختصاص اللجنة في الكشف عن الشروط التعسفية لم يتأخر القضاء[6] في إلتماس رأيها بشأن تقدير الطبيعة التعسفية للعديد من الشروط المتنازع عليها قضائيا.

---

[1] - Art. R.132-6 al. 3 et 4 c. consom. f. devenu l'art. R.534-4 créé par l'art. 6 du Décret n°2010-1221 du 18 octobre 2010 : « La commission fait connaître son avis dans un délai maximum de trois mois à compter de sa saisine.
Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à réception de l'avis de la commission ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de trois mois susmentionné. Toutefois, les mesures urgentes ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. »

[2] - V. Cass. Civ. 1re 10 février 1998, R.T.D. Civ., 1998, p. 674, obs. J. MESTRE ; Cass. Civ. 1re , 19 juin 2001, Bull. civ. 2001, I, n° 181, p. 116 ; T.I. Vanves, 28 décembre 2005.

[3] - V. C.A. Paris, 1 décembre 2005, http://www.clauses-abusives.fr/ juris /index .htm ; Rapport d'activité année 1998, http://www.clauses-abusives.fr/activ/index.htm

[4] - V. C. A. Versailles, 29 janvier 1998, http://www.clauses-abusives.fr/ juris /index .htm : « S'agissant d'une norme dépourvue de caractère obligatoire, un consommateur ne peut invoquer utilement une recommandation de la Commission des clauses abusives.» ; Cass. Civ. 1re , 08 nov. 2007, http://www.clauses-abusives.fr/ juris /index .htm.

[5] -V. Cass. Civ. 1re , 13 novembre 1996, D. 1997, somm., P. 174, obs. PH. DELEBECQUE ; Cass. Civ. 1re, 19 juin 2001, bull. n°181.

[6] -V. Cass. Civ. 1re , 10 fév. 1998, Contrats, conc., consomm. 1998, comm.70 ; Cass. Civ. 1re , 19 juin 2001, J.C.P. édi. G. 2001, II, 10631, note G. PAISANT ; Cass. Civ. 1re , 14 nov. 2006 :

- **تقديم آراء إستشارية لجمعيات حماية المستهلكين و للمحترفين :**

يمكن لجمعيات المستهلكين أن تطلب من اللجنة رأيها حول الطابع التعسفي للشروط المدرجة ضمن العقود النموذجية المقترحة على المستهلكين، كما بإمكانها أن تقدم آراء استشارية للمحترفين[1] أو المنظمات المهنية، بخصوص مشاريع الشروط المقترحة في عقود بيع السلع والخدمات التي يحررونها.

لقد تأثرت العديد من المنظمات المهنية بتوصيات لجنة الشروط التعسفية، أثناء تحرريها لنماذج العقود و الاتفاقيات، و قد تجسد ذلك في موقف المجلس الوطني الفرنسي المختص بعمليات إستغلال السيارات، الذي عدّل عقده النموذجي لتأجير السيارات مستعينا بتوصيات لجنة الشروط التعسفية المتعلقة بنماذج عقود استغلال السيارات[2]، حيث إستبعد الشروط التعسفية التي أوصت اللجنة بحذفها في هذا المجال، و هكذا يظهر حسب موقف بعض الفقه الفرنسي[3] أنه بالرغم من عدم إلزامية توصيات اللجنة، إلا أنها أثرت معنويا على العديد من المحترفين، و تركت بصمة قانونية فعالة.

التمست لجنة الشروط التعسفية الفرنسية في السنوات الأخيرة من الوزير المكلف بالاستهلاك أن يفتح لها موقع إلكترونيا، يفسح المجال للمستهلكين للإطلاع على توصياتها و آرائها، و مختلف الإجتهادات و الأحكام القضائية المتعلقة بالشروط التعسفية، و إستجابة لطلبها أنشأ لها موقع إلكتروني في ديسمبر 2000 يتضمن القوانين الأساسية كقانون الإستهلاك الفرنسي و التعليمة الأوروبية المؤرخة في 05 أفريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، كما إحتوى الموقع على التوصيات الصادرة عنها منذ 1978 إلى يومنا هذا، و قد تم فتح نافذة بالموقع الالكتروني في سنة 2003 تشمل مختلف الآراء الاستشارية و الأحكام و القرارات القضائية التي يرتفع عددها بإستمرار.

ما مدى فعالية لجنة الشروط التعسفية؟

لقد هدف المشرع الفرنسي من وراء إنشاء لجنة الشروط التعسفية، توفير حماية للمستهلك في مرحلة إبرام العقد من الشروط التعسفية المفروضة عليه من قبل المحترف، لكنه اهتم فقط بوضع الخطوط العريضة التي تعلن عن رغبته في مكافحة هذه الشروط[4]،

Contrats, conc., consomm. 2007, étude 2, obs. G. RAYMOND, J.C.P. édi. G. 2007, II, 10056, note G. PAISANT.

[1] -Art. L.132-3 c. consom. f. devenu l'art. L.534-2 créé par l'art. 62 de la Loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 : « Elle peut être saisie à cet effet soit par le ministre chargé de la consommation, soit par les associations agréées de défense des consommateurs, soit par les professionnels intéressés. Elle peut également se saisir d'office. »

[2] - V. Rapport d'activité année 1999, http://www.clauses-abusives.fr/activ/index.htm

[3] -V. Rapport d'activité année 1999, http://www.clauses-abusives.fr/activ/index.htm

[4]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، رقم 531، ص. 429.

و منع إدراجها في عقود الاستهلاك المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين.

لكنه يلاحظ من الناحية العملية أن المشرع الفرنسي لم يقدم حلا مباشرا و محددا لتحقيق هذا الهدف، و يظهر ذلك بصفة خاصة من خلال طبيعة عمل هذه اللجنة الذي يوصف بالطابع الإداري، فهي لا تتمتع بأية سلطة قضائية أو تشريعية، و بإعتبار أنها جهاز استشاري فقط[1]، يجوز لها أن توصي إما بإلغاء أو بإبطال أو تعديل الشروط - التي ترى أنها تعسفية طبقا للمعيار العام[2] - في العقود.

بناء على ذلك، لا يمكن لهذه اللجنة أن تصدر أوامر أو قرارات أو تفرض على المحترفين إستبعاد أو تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقودهم، أو تتخذ عقوبات في حق المخالفين لها[3]، لهذا يعد دورها تحريضي بحث[4]، لكون أن الكشف عن هذه الشروط التعسفية و نشرها من قبل لجنة الشروط التعسفية، من شأنه أن يمارس ضغطا معنويا غير مباشر[5]، قد يؤدي إلى فرض إلتزام أدبي على مجموع المحترفين، بحيث تدفعهم إلى تعديل أو حذف الشروط المعتبرة تعسفية التي أوصت اللجنة بحذفها من نماذج عقودهم مستقبلا، و ذلك خشية تعرضها للطعن قضائيا و التشهير بها، و بالتالي يأخذ المحترفين بمضمون التوصيات بإرادتهم المنفردة أو يتم مناقشة شروط العقد مع جمعيات حماية المستهلكين، لإعتناق عقود نموذجية جديدة تتماشى مع توصيات لجنة الشروط التعسفية.

لم تحقق توصيات هذه اللجنة النجاح المتوقع منها، لكونها تفتقر للطابع الإلزامي الذي يكسبها فعالية على المستوى العملي، فبالرغم من حظرها لعدد كبير من الشروط التعسفية، إلا أن هذه الشروط ما تزال تدرج ضمن أغلب الشروط العامة للعقود، و حسب رأي بعض الفقه الفرنسي، يمكن أن يكون لتوصيات هذه اللجنة قدر من الفعالية، في حالة ما إذا صاحبتها دعاية واسعة[6]، أو تم إقترانها بعقوبة[7].

---

[1]- V. J. BEAUCHARD, op. cit., p. 351.

[2]- المادة L.132-1 الفقرة 1 من ق.إ. ف.

[3]- ينبغي التذكير إلى أن لجنة الشروط التعسفية الفرنسية ليست جهاز مقابل لمجلس المنافسة، نظرا لكونها لا تملك ما يملكه المجلس من صلاحيات، فهي جهاز استشاري فقط، و يعتبر قصر سلطاتها على هذا النحو رأي سديد بالنظر إلى أن المشرع أو القاضي هو الذي يملك سلطة إقرار منع الشروط، كما أن هذا الاتجاه يتطابق و تقاليد القانون الفرنسي التي تأبى نقل مثل تلك السلطات من القضاء إلى لجنة إدارية لا تتوافر على نفس الضمانات. بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص. 37.

[4] -V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 146, p. 167.

[5] - V. J. CALAIS AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, op. cit., p. 247.

[6] -V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 146, p. 142.

[7] -V. PH. MALINVAUD, *La protection des consommateurs*, op. cit., p. 58.

على الرغم من ذلك، إعترف جانب من الفقه[1] لتوصيات لجنة الشروط التعسفية بدور وقائي، يتمثل في أنها تساهم في إحاطة أطراف العقد بأنواع الشروط التعسفية على سبيل الاسترشاد، و هو ما يعد ملائما مع مقتضيات مرحلة إبرام العقد، تفاديا لنشوء منازعات قضائية بصدد هذه الشروط.

إن عدم إلزامية توصيات لجنة الشروط التعسفية[2] لم يمنعها من إصدارها في كل مرة رفع إليها الأمر، حيث أثبتت خلال فترة 33 سنة منذ إنشاءها، مدى إختصاصها و خبرتها في تحديد الشروط المعتبرة تعسفية في عقود الاستهلاك، الأمر الذي أدى إلى زيادة فعالية نشاطها كل سنة، سواء استنادا على آلياتها الوقائية أو الاستشارية.

[1] - M. FONTAINE, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, op. cit., p. 635.

[2]- إن عدم إلزامية التوصيات الصادرة عن اللجنة جعلها تتسم بعدم الفعالية، بإعتبارها هيئة استشارية و لعل ذلك راجع إلى ظروف استحداث هذه اللجنة، حيث حاول المشرع الفرنسي التوفيق بين المعارضة الشديدة من قبل المحترفين الرافضين منح القضاء سلطة تقدير الشرط التعسفي من جهة، و ضرورة توفير حماية للمستهلك كطرف ضعيف من جهة أخرى.

المبحث الثاني : نطاق تطبيق الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية من حيث الموضوع

يقتضي تحديد نطاق تطبيق قواعد حماية المستهلك من الشروط التعسفية من حيث الموضوع، تحديد المجال العقدي لهذه الشروط، حيث يستفاد من فحوى الأحكام القانونية[1]، أن الحماية من الشروط التعسفية لا تطبق على كل متعاقد يكون في وضعية ضعف، و إنما تقتصر فقط على المستهلك الذي يكون طرف في عقد مبرم مع العون الاقتصادي، و هو ما يعرف بعقود الاستهلاك.(المطلب الأول)

تكمن مبررات هذه الحماية القانونية في تعسف الطرف القوي في استعمال قوته الاقتصادية، من خلال فرض شروطه التعسفية، التي تمس بحقوق المستهلك الطرف الضعيف، و التي يترتب عنها إختلال في التوازن العقدي بين حقوق و إلتزامات طرفي العقد، فما المقصود إذن بالشرط التعسفي الذي تقررت هذه الأحكام القانونية لمكافحته.(المطلب الثاني)

المطلب الأول : تحديد ماهية عقد الاستهلاك

إن النمط الحالي للمجتمع الصناعي و الاقتصاد الحر، يستلزم وفرة الإنتاج و تدفق السلع و الخدمات في سوق الاستهلاك، و هو ما أدى في نفس الوقت إلى إنتشار العقود التي تجمع بين المستهلك و المحترف، و التي أطلق عليها الفقه مصطلح عقود الاستهلاك، لذلك ينبغي لتطبيق قواعد الحماية المقررة في مواجهة الشروط التعسفية، وجود عقد يربط بين شخص له معرفة واسعة بالنشاط الذي يمارسه (العون الاقتصادي أو المحترف)[2]، و بين طرف آخر ليس على نفس درجة المعرفة و الدراية بالسلعة أو الخدمة التي اقتناها (المستهلك).(الفرع الأول)

تتمحور إشكالية حماية المستهلك من الشروط التعسفية حول الطبيعة القانونية للعقود المبرمة بينه و بين المحترف، ذلك أنه غالبا ما ينتج عن هذه العقود التي ظهرت حديثا، عدم توازن في العلاقة العقدية بين أطرافها، نظرا لعدم تساوي المراكز القانونية، فالهيمنة الاقتصادية الغالبة للمحترف على المستهلك تجعل هذا الأخير في كثير من الأحيان يذعن للطرف الأول، و بالتالي، يثور التساؤل حول طبيعة عقود الاستهلاك؟(الفرع الثاني)

الفرع الأول : مفهوم عقد الاستهلاك

[1]- المادة 29 من القانون رقم 04-02 سالف الذكر.

[2] - V. J-P. CHASAL, *Clauses abusives*, op. cit., n° 35, p. 08.

تتسم العقود المبرمة ما بين المستهلك و العون الاقتصادي أو المحترف بوجود خلل في مراكز القوى بين المتعاقدين، حيث يفترض أن لدى أحد المتعاقدين من وسائل المعرفة، أو القوة ما لا يتوافر للآخر، الأمر الذي يعكس في حد ذاته خطورة التعاقد بموجب عقود الاستهلاك، و ضرورة حماية رضا المستهلك فيها، خاصة فيما يتعلق بالشروط التعسفية الواردة فيها.(أولا)

نظرا للطبيعة المميزة لعقد الاستهلاك باعتباره عقد مبرم بين طرفين يتمتعان بصفتين متناقضتين، ألا و هما المستهلك من جهة و العون الاقتصادي أو المحترف من جهة أخرى، فإن تحديد مفهومه يتطلب التطرق للخصائص العامة المميزة له عن بقية العقود.(ثانيا)

أولا: تعريف عقد الاستهلاك

لقد خص المشرع الجزائري[1] بالذكر العقود التي تجمع بين المستهلك و العون الاقتصادي، و بذلك فإن الحماية القانونية المقررة للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية تقتصر فقط على العقود التي يحصل بمقتضاها المستهلك على السلع أو الخدمات بهدف الاستعمال المجرد من الطابع المهني، و المقدمة له من قبل العون الاقتصادي ألا و هي عقود الاستهلاك. و على هذا النحو إشترط المشرع الفرنسي[2] من جهته وجود علاقة تجمع بين المستهلك و المحترف ذات طبيعة تعاقدية، لتطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بمكافحة الشروط التعسفية، هذا فضلا عن تمتع الشخص بصفة المستهلك أو غير المحترف.

تأسيسا على ذلك، يتضح أنه مبدئيا يستوجب لتطبيق النصوص القانونية المقررة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، أن يكون العقد مبرما بين طرفين غير متكافئين في القوة، وهما المستهلك والعون الاقتصادي أو المحترف، حيث يؤدي وجود هذين الطرفين إلى إمكانية إستغلال المحترف لمركزه القوي و حاجة المستهلك الملحة للسلعة أو الخدمة، في فرض شروطه التي تحقق مصلحته على حساب حقوق المستهلك، مما يترتب عنه اختلال في توازن العلاقة العقدية، الأمر الذي يتطلب حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف.

---

[1]- المادة 29 من القانون رقم 04-02 المذكور أعلاه، و تجب الملاحظة، إلى أن نص هذه المادة قد أورد عبارة البائع بدل العون الاقتصادي، و يعد مصطلح البائع قاصرا لأنه لا يشمل كل العمليات التي يقوم بها العون الاقتصادي من إنتاج و توزيع و تسويق، كما أن و صف البائع لا يشمل مقدم الخدمات، و من ثم يتضح أن مصطلح العون الاقتصادي أفضل و أنسب نظرا لشموليته و إحتوائه جل أوجه العلاقات التعاقدية.

[2]- المادة L.132-1 من ق.إ. ف.

خلافا لذلك، لم تستلزم بعض التشريعات الأوروبية[1] ضرورة وجود علاقة عقدية بين المستهلك و المحترف لتطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بالشروط التعسفية، مما يؤدي إلى بسط هذه الحماية لتشمل حتى العقود التي يكون كلا طرفيها محترفين أو مستهلكين على حد السواء، طالما كانت تتضمن شروط تعسفية، و ذلك راجع لكون أن هذه التشريعات إهتمت أساساً بمكافحة الشروط التعسفية المدرجة في العقود، و ليس المتعاقد في حد ذاته، بحيث يمكن تطبيقها على كل متعاقد ضعيف سواء كان مستهلكاً أو محترفا، لذلك فقد ركزت على تنظيم العقود و أنواع الشروط التعسفية التي تتضمنها.

أما فيما يخص التشريعين الجزائري و الفرنسي فقد إهتما بحماية الطرف الضعيف في العقد و هو المستهلك، لذلك فقد ركزا على توفير الحماية له، من خلال وضع قوانين خاصة به، و هو ما كانت تهدف إليه التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية سالفة الذكر.

يعد مصطلح عقود الاستهلاك (contrat de consommation) من الاصطلاحات القانونية الحديثة، و التي تغطي في الحقيقة عقود تقليدية في مسمياتها، و إن كان قد اقترن بها جانب التدخل التشريعي لحماية الطرف الضعيف، و تكمن الحكمة من تمييز الفقه لهذا النوع من العقود و تسميتها بهذا المصطلح، هي الرغبة في حماية المستهلك في ظل تنوع السلع و الخدمات التي يعرضها المحترف.

قد يوحي مصطلح عقود الاستهلاك بوجود طائفة من العقود مستقلة بذاتها، إلى جانب الطوائف الأخرى من العقود، لذلك إنتقد بعض الفقه الفرنسي[2] مصطلح عقود الاستهلاك، لأنه لا يتعلق الأمر بعقد للاستهلاك، و إنما بنوع من العقود يستغرق مجموعة من العقود التي تجمعها نقاط مشتركة فيما بينها تسمح بإدراجها في فئة معينة.

لقد عرَّف بعض الفقه[3] عقد الاستهلاك على أنه : " كل عقد مكتوب يبرم عن طريق الانضمام أو الإذعان بين المستهلك و المحترف أو المهني "، و بما أن المستهلك هو الشخص الذي يتعاقد من أجل حاجاته الشخصية غير المهنية بموجب عقد تقديم السلع و الخدمات، بمعنى آخر هو الشخص الذي يبرم عقد استهلاك، فيمكن تعريف عقد الاستهلاك على هذا الأساس بأنه : " التصرف القانوني الذي يسمح للمستهلك بالحصول على السلعة أو الخدمة بهدف إشباع حاجته غير المهنية أي الشخصية أو العائلية ".

---

[1]- كالتشريع الألماني المتعلق بالشروط العامة للعقد، و القانون الانجليزي المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين بالسلع و الخدمات، سالفا الذكر.

[2] - V. H. BRICKS, *Les clauses abusives*, L.G.D.J., 1982, n° 4, p. 3 : « l'expression est tout d'abord trompeuse : il ne s'agit pas, en effet, d'un contrat de consommation mais d'un type de contrats que leurs traits communs permettent de regrouper. »

[3] - V. H. BRICKS, op. cit., n° 4, p. 3.

إذن فعقد الاستهلاك هو العقد الذي يربط المحترف - الذي يتعاقد لأغراض مهنية باعتباره مقدم السلع أو الخدمات - بالمستهلك والذي يسمح لهذا الأخير بالحصول على هذه السلع و الخدمات من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية.

إذا كان لعقد الاستهلاك طبيعة خاصة و مميزة و التي ترجع أساسا إلى صفة أطرافه، و إلى موضوعه، و كذا سبب إبرامه، فإنه عقد ذو طبيعة متنوعة، فقد يكون عقد بيع أو إيجار أو قرض أو توريد...، و يترتب على ذلك، أن عقد الاستهلاك ليس عقدا من العقود الخاصة، بل هو عقد يستغرقها جميعا، بحيث تتوحد جميع العقود الخاصة في ظل أحكامه و قواعده، و تنتفي عنه صفة العقد الخاص أيا كان نوعه، كلما اتصف أحد طرفيه بالمستهلك و الآخر بالعون الاقتصادي أو المحترف، و هكذا فإن عبارة عقد الاستهلاك تطلق على أي عقد سواء كان مسمى أو غير مسمى، بشرط أن يكون أحد طرفيه مستهلكا أو غير محترف و الطرف الآخر عون اقتصادي أو محترف.

طالما أن عقد الاستهلاك يعد في حقيقته عقد بيع أو قرض أو إيجار أو مقاولة أو وكالة... فهو يخضع للأحكام العامة للعقود ، فضلا عن الأحكام القانونية الخاصة بحماية المستهلك[1].

ثانيا: الخصائص العامة المميزة لعقد الاستهلاك

تنشأ علاقة المستهلك بالعون الاقتصادي أو المحترف في الأساس عن طريق التعاقد (عقد الاستهلاك) حيث يقوم بموجبها أحد الطرفين بتقديم سلعة أو خدمة مقابل أجر أو بدونه للطرف الآخر - و التي ينظمها قانون حماية المستهلك - غير أن هذه العلاقة العقدية تتصف بمميزات خاصة، لذلك ينبغي تحديد الخصائص أو السمات العامة التي تميز أركان عقد الاستهلاك سواء من حيث أطرافه، أو من حيث موضوعه أو سبب الإبرام.

1 -أطراف عقد الاستهلاك:

تتميز العقود المبرمة بين المستهلك و العون الاقتصادي أو المحترف في الوقت الراهن بعدم المساواة بين أطرافها، مما يؤدي إلى اختلال التوازن بين حقوق و التزامات أطراف العقد، و يرجع ذلك في الأساس إلى كون أن هذه العقود تمثل في حقيقتها مجرد تضارب بين مصلحتين مختلفتين[2]، حيث تستلزم ضرورة الاستهلاك على المستهلك أن يبرم عقودا مختلفة لتلبية حاجاته اليومية، و من هنا يظهر أن ضرورة الاستهلاك هي التي تجعل المستهلك أمام ضرورة التعاقد.

[1] - V. J. BEAUCHARD, op, cit., p. 38.

[2]- جمال كناس، حماية المستهلك و أثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد 2، الكويت، 1989، ص 89.

إن أهم ما يميز عقد الاستهلاك هو صفة أطرافه، بإعتباره عقد يربط بين المستهلك و العون الاقتصادي أو المحترف[1]، و بذلك فإن مفهوم عقد الاستهلاك يتحدد أساسا من خلال طرفيه.

تتسم العلاقات التي تربط بين المستهلك و المحترف بنوع من الخصوصية أو الذاتية، ذلك أنها تجمع بين طرفين ذي صفتين متناقضتين، طرف ضعيف بالمقارنة مع الطرف الآخر الأقوى اقتصاديا و فنيا، مما يؤدي إلى عدم التساوي بين مراكز هذين الطرفين[2]، الأمر الذي يطرح مسألة حماية المستهلك بوصفه الأضعف.

تحتل نظرية العقد أهمية خاصة في تنظيم علاقات المستهلكين بالمحترفين، ذلك أن المستهلك يحصل على حاجاته من السلع أو الخدمات لاستخدامها في غير نشاطه المهني عن طريق التعاقد، و يطلق عليه في هذه الحالة مصطلح المستهلك المتعاقد، و هو المعني أساساً بالحماية القانونية من الشروط التعسفية[3].

يوصف مقدم السلعة أو الخدمة بالعون الاقتصادي أو المحترف، و هذه الصفة هي التي تضع المستهلك في حالة ضعف، و هذه الأخيرة هي التي تبرر تطبيق قواعد الحماية، غير أنه يمكن في بعض الأحيان أن يكون مقدم السلع أو الخدمة غير محترف، بل شخصا عاديا، و في هذه الحالة يتم استبعاد تطبيق قواعد حماية المستهلك على هذا الأخير.

أما الشخص الذي يقتني أو يستعمل سلعة أو خدمة ما لغرض غير مهني فتبقى له صفة المستهلك، طالما توافرت فيه الشروط القانونية اللازمة حتى و لو لم يتصف الطرف الآخر في العقد بوصف العون الاقتصادي أو المحترف، و ذلك راجع لكون أن صفة المستهلك تعبر عن مركز شخص في علاقة عقدية محددة و الذي يكشف عنه طبيعة أو غاية هذه العلاقة، و لا تعبر عن مركزه أو حالته الشخصية، فهذه الصفة ليست من أوصاف حالة الشخص، فذات الشخص يعتبر مستهلكا عند قيامه ببعض المعاملات الاقتصادية، و لا يعتبر كذلك في تصرفات أخرى[4].

بالرغم من ضرورة توافر صفة المستهلك لأحد المتعاقدين لتطبيق قواعد الحماية من الشروط التعسفية، إلا أن العقود التي يكون كلا طرفيها مستهلكين لا تعد من عقود الاستهلاك، التي تتميز بوجود طرف ضعيف فيها يستوجب الحماية القانونية لصفة

---

[1] - V. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 7ème éd., 1999, n° 69-2°, p. 77 ; LUIS RIGAUD, *Dictionnaire encyclopédique du français des affaires*, la maison du dictionnaire, Paris, 2005-2006, p. 180.

[2] - V. H. BRICKS, op. cit., n° 6, p. 4.

[3]- بالرغم من أن المستهلك هو محور الحماية القانونية من الشروط التعسفية، إلا أن هذه الحماية تعد في حقيقة الأمر حماية للمستهلك المتعاقد.

[4]- خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 34.

الضعف الملازمة له بالمقارنة مع المحترف[1]، فإذا وجد المستهلك في علاقة تعاقدية متكافئة مع مستهلك آخر، فإن الحماية لا تكون واجبة له لعدم وجود اختلال في التوازن العقدي في هذه الحالة، لذلك لا يستفيد من الحماية المقررة للمستهلك كطرف ضعيف في العقد.

كما يخرج من نطاق عقود الاستهلاك، العقد الذي يكون كلا طرفيه محترفين، ذلك أنه إذا تم العقد بين شخصين على نفس درجة الاحتراف، استعاد التوازن العقدي موقعه بين الطرفين، و بالتالي لا يوجد مبرر لتطبيق هذه الحماية على هذه العقود، مما يقتضي إستبعادها من مجال الحماية القانونية[2]، فغياب صفة المستهلك عن الشخص يمنع اعتبار هذا العقد من قبيل عقود الاستهلاك، و بالتالي يحرم من التمتع بالمزايا المقررة للمستهلك.

إن التمييز بين المستهلك و العون الاقتصادي أو المحترف، هو الأساس في تطبيق القواعد الخاصة بحماية المستهلك، إذ يتجلى من خلال هذا التمييز أن العون الاقتصادي أو المحترف يتمتع بمركز أقوى في مواجهة المستهلك، و أهم ما يميز العون الاقتصادي أو المحترف هو وجوده في وضعية تفوق وضعية المستهلك، بما يحوزه من معرفة تقنية و معلومات فضلا عن القدرة المالية، لهذا كان هدف قانون حماية المستهلك هو إعادة التوازن في العلاقة العقدية بين مركز العون الاقتصادي أو المحترف القوي و مركز المستهلك الضعيف[3]، و ذلك بمنح المستهلك حقوقا كمقابل للامتيازات التي يتمتع بها المحترف.

بالرغم من أهمية طرفي عقد الاستهلاك في تحديد مفهومه، إعتبر بعض الفقه الفرنسي[4] أن صفة الأطراف لا تعد معيار كافي لتكييف عقد الاستهلاك، و ذلك نظرا لغياب تعريف محدد لمصطلح المستهلك في قانون الاستهلاك الفرنسي من جهة، و كذا تضارب و اختلاف الاجتهادات الفقهية و القضائية حول تحديد مفهوم للمستهلك من جهة أخرى، و بالتالي يقتضي الأمر الرجوع إلى موضوع العقد و كذا سبب إبرامه لتحديد مفهوم عقد الاستهلاك.

---

[1]- خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 21.

[2] -V. Cass. Civ. 1re, 24 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 54, D. 1995, J, p. 327, note G. PAISANT ; Cass. Civ. 1re, 03 janvier 1996, Bull. civ. I, n° 9, J.C.P. éd. E 1996, II, P. 380, obs. PH. DELEBECQUE ; Cass. Civ. 1re, 10 juillet 1996, D. 1996, I.R., p. 191 ; Cass. Civ. 1re, 11 décembre 2008, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm

لقد لجأت المحاكم الفرنسية إلى تطبيق مفهوم الإلتزام الأساسي أو السبب لإبطال الشروط التعسفية المدرجة في العقود المبرمة بين المحترفين :

V. en ce sens N. MOLFESSIS, *Remarques sur l'efficacité des décisions de justice (à propos des effets de l'arrêt Chronopost),* R.T.D. Civ. 1998, n° 2, p. 213.

Cass. Com. 22 octobre 1996 ; Cass. Civ. 1re, 17 novembre 1998, Contrats, conc., consom., 1999, Comm. n° 21, obs. L. LEVENEUR .

[3]- عامر قاسم احمد القيسي، المرجع السابق، ص. 12.

[4] -V. H. BRICKS, op. cit., n° 170, p. 108.

2 -محل عقد الاستهلاك:

تصلح جميع السلع و الخدمات لأن تكون محلاً لعقد الاستهلاك، لذلك فإن موضوعه يتميز بالاختلاف و التغيير، فقد يكون اقتناء سلعة سواء كانت صناعية[1] أو طبيعية[2] أو أداء خدمة تقدم للمستهلك بغرض الاستهلاك غير المهني، إذ لا يتصور وجود عقد استهلاك بدون وجود سلعة أو خدمة معروضتين للاستهلاك.

إن تكييف عقد الاستهلاك في الواقع يقوم على صفة طرفيه و هما المستهلك من جهة و المحترف من جهة أخرى، و عليه فإن هذا عقد لا يتميز بموضوعه أو الالتزامات الأساسية لأطرافه، فهي تبقى ذاتها حتى بالنسبة للعقد الذي يكون مبرم بين محترفين أو بين مستهلكين[3].

3 -سبب إبرام عقد الاستهلاك:

يقصد بركن السبب في عقد الاستهلاك الغرض من إبرامه، و المتمثل في إشباع حاجات غير مهنية، بمعنى أنها لا تتصل بمهنة الشخص المتعاقد، و إنما بهدف إشباع احتياجات شخصية أو عائلية، لذلك ينبغي لإكتساب وصف المستهلك و من ثم الإستفادة من الحماية القانونية، أن يقتني المتعاقد السلع أو الخدمات لغرض غير مهني.

تقتصر الحماية القانونية من الشروط التعسفية[4] على عقود الاستهلاك، أي تلك العقود المبرمة بين المستهلك و العون الاقتصادي أو المحترف، التي يكون الهدف منها الاقتناء أو الاستعمال المستهلك للسلع أو الخدمات مجرد من الطابع المهني، بمعنى أن الحصول على السلعة أو الخدمة يكون من أجل استخدام لا يرتبط بنشاط مهني، أي لهدف شخصي أو عائلي، أما إذا كان المتعاقد متصرفا في إطار نشاطه المهني، فإنه لا يستفيد من هذه الحماية.

تتميز العقود التي يبرمها المستهلك بكونها لا تخضع لحصر، فوصف عقد الاستهلاك يلحق بكل عقد يبرمه المستهلك لغرض غير مهني، سواء كان هذا العقد من قبيل البيوع أو الإيجار أو التأمين...، حيث تعتبر كل هذه العقود من قبيل عقود الاستهلاك طالما أبرمت لهدف مجرد عن الطابع المهني، أيا كان نوعها.

إذا كان الهدف من الاستهلاك في العقود التي يكون أحد طرفيها مستهلكا هو الاستعمال الشخصي، فإن توافر هذا الهدف وحده لا يكفي لتطبيق قواعد الحماية القانونية

---

[1]- يقصد بها المنتجات المتغيرة من حالتها الطبيعية عن طريق عمل يدوي أو آلي.

[2]- هي المنتجات الزراعية و النباتية أو الحيوانية التي تقدم للمستهلك بحالتها الطبيعية.

[3] -V. J. BEAUCHARD, op. cit., p. 38.

[4]- راجع الفقرة الثانية من المادة 03 و المادة 29 من القانون رقم 04-04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المذكور آنفا، و التي تقابلها المادة L.132-1 من ق.إ. ف.

على العقود التي يكون كلا طرفيها مستهلكين أو محترفين على حد السواء، إذ ينبغي استبعادها في الحالتين، و يرجع السبب في ذلك إلى إنتفاء الغاية التي على أساسها يكون عدم التكافؤ بين أطراف العقد مبرراً لتدخل المشرع، ألا و هي حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

تتم التفرقة بين المستهلك و العون الاقتصادي أو المحترف على أساس الهدف من الاستهلاك غير المهني أو الاستعمال النهائي للسلع أو الخدمات، و بالشكل الذي اقتنيت به، ذلك لأنه من الممكن أحيانا أن تستخدم السلعة نفسها لغرض استهلاكي، و في أحيان أخرى لغرض صناعي أو تجاري أو حرفي[1]، و عموما أياً كانت صفة الشخص المتعاقد مع المستهلك (تاجر، حرفي، موزع، منتج...) تصلح جميع أنواع العقود لأن تكون محلا لعقد الاستهلاك، طالما أبرمت لغرض الاستهلاك الخاص غير المهني (الشخصي أو العائلي).

يعتبر التمييز بين المحترف والمستهلك هو أساس تطبيق قانون الاستهلاك، حيث يرجع السبب الرئيسي لوجود الحماية القانونية المقررة للمستهلك، بصفة عامة إلى وضعية المحترفين أو المهنيين المتفوقة بالمقارنة مع المستهلكين، نظرا لخبرتهم التقنية المتخصصة و إلى قدرتهم المالية.

إن تحديد الوصف القانوني لعقد الاستهلاك ضروري لمعرفة القواعد واجبة التطبيق، و هي ما تسمى بعملية التكييف القانوني للعقد، فهذه الأخيرة تستلزم تفسير إرادة المتعاقدين و إعطائها الوصف القانوني للوقائع المستخلصة، و البحث عن النصوص الواجبة التطبيق عليها، و بالتالي، يستوجب البحث أو التأكد من نية الشخص المقتني للسلعة أو الخدمة و ما إذا كانت تتجه إلى اقتناء السلعة أو الخدمة للاستهلاك الشخصي النهائي المباشر أو غير المباشر، فالقانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة القانونية هو قانون حماية المستهلك، أما إذا كان الاقتناء لأغراض مهنية، فيطبق القانون المدني أو التجاري أو قانون المنافسة بحسب طبيعة المعاملة[2].

ثالثا : شكل عقد الاستهلاك

هل يشترط المشرع الجزائري شكلا معينا أو خاصا لإبرام عقد الاستهلاك، أم أنه ينعقد بمجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين (شفهيا)؟ بتعبير آخر هل يعتبر عقد الاستهلاك عقد رضائي أم شكلي؟

[1]- علي بولحية بن بو خميس، المرجع السابق، ص. 16
[2]- على بولحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص. 19.

باستقراء مضمون تعريف العقد الذي أورده المشرع الجزائري، يتضح أنه استلزم الشكلية، و يستخلص هذا الشرط صراحة و بصفة خاصة من عبارة "حرر مسبقا"، و إذا كان عقد الإذعان يتسع ليشمل في مفهومه العقود المبرمة شفاهة، فإن المقصود في هذا التعريف ليس جميع عقود الإذعان، بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقا، مما يجعلها تتعلق بعمليات مستمرة، و أكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهة.

إشترط المشرع الجزائري الشكلية في العقود المبرمة ما بين المستهلكين و الأعوان الاقتصاديين، وهذه الشكلية تهدف في الحقيقة لحماية المستهلكين، فقبل أن يقدم المستهلك على توقيع الوثائق المتعلقة بهذه العقود، يجد نفسه مجبرا لمراجعة مضمون العقد والتفكير، إذا ما كان فعلا يريد الإقدام على التعاقد، وهل هو راض بالشروط الواردة في ذلك العقد أم لا، و بذلك تشكل الكتابة في حد ذاتها نوع من الحماية للمستهلكين[1].

إن المقصود بالكتابة هنا ليس الكتابة الرسمية، و إنما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن العون الاقتصادي أو المحترف، كما هو الحال في طلب الشراء، الفاتورة، سند الضمان، وصل التسليم...و غيرها، و هذا ما أكدته الفقرة 2 بقولها : " يمكن أن تنجر 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 العامة المقررة سلفا "[2].

يترتب عن ذلك، تنوع في أشكال عقود الإذعان المتضمنة لشروط التعاقد العامة، و التي لا تندرج تحت حصر، و من ثم يشترط فقط أن يكون العقد مكتوب أو محرر مسبقا من قبل العون الاقتصادي أو المحترف، و الذي يهدف من ورائه إلى إذعان الطرف الآخر و هو المستهلك، و بالرغم من هذا التنوع في عقود الإذعان، إلا أنها تعتبر في الأساس عقد مكتوب حرر مسبقا من قبل المحترف يفرضه على عامة الأشخاص[3].

لقد درج المشرع الفرنسي على استعمال مصطلح " contrat prérédigé "، ثم عدل عن ذلك في قانون الاستهلاك باستخدامه لمصطلح " conditions générales des contrats "، و يقصد بالشروط العامة للعقود : تلك الشروط المعدة سلفا في العقود و المحررة من قبل الشخص الأكثر قوة ليتم عرضها على كل من يرغب في التعاقد معه، بناء على ذلك، يظهر أن الشروط العامة للعقود لا يمكن أن تكون محل مناقشة أو مفاوضة من قبل المستهلك، فهي تعتبر بمثابة عقود الإذعان.

---

[1]- جرعود الياقوت، عقد البيع و حماية المستهلك في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 05.

[2]- أنظر المادة 3 الفقرة 2 من القانون رقم 04-02 سالف الذكر.

[3] - V. H. BRICKS, op. cit., n° 7, p. 5.

تحرر الشروط العامة للعقود إما من طرف المحترف المتعاقد أو من قبل المنظمات المهنية التي ينتمي إليها، و يتم إدراجها في الوثائق المعروضة على المستهلك للتوقيع عليها، كما قد توجد ضمن الوثائق التي لا يتم توقيعها من قبل المستهلك و إنما يفترض عليه قبولها، كما يمكن أن يتم إدراجها على جداول أو طلبيات أو فواتير أو سندات ضمان أو وصول تسليم أو سندات الفواتير أو الإعلانات...[1]، و مهما كان نوع الوثيقة التي تدرج فيها هذه الشروط، يتعلق الأمر دائما بنص مكتوب محرر من قبل شخص لأجل فرضها على مجموعة من الأشخاص.

تعتبر هذه العقود المحررة مسبقا ضرورية في نظام الإنتاج و التوزيع، لكونها تحقق فوائد هامة بالنسبة للمؤسسات الإقتصادية، فهي تضمن في نفس الوقت السرعة و الأمان للصفقات التي يبرمونها، لكنها تشكل خطر بالنسبة للمستهلكين الذين ينظمون إلى العقد دون مناقشة أو معرفة كل شروطه، خاصة و أن هذه العقود تكون محررة لصالح المحترفين الذين يقترحونها، لذلك فهي تعد في الغالب غير متوازنة[2].

إن عقود الإذعان بمفهومها الواسع لا تقتصر فقط على العقود المكتوبة، و إنما يلحق هذا الوصف حتى العقود التي تتم شفاهة، و لكن نظراً لأهمية المعاملات التي تتم عن طريق عقود الإذعان من حيث الحجم و المدة، فغالبا ما يتخذ الإذعان صورة عقد مكتوب يعده المحترف سلفاً، و يعرضه على زبائنه أو تعده هيئة أو منظمة مهنية لإستخدامه من قبل أعضائها[3].

غير أنه يستخلص بمفهوم المخالفة من مضمون التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية[4]، أن الحماية من الشروط التعسفية لا تطبق فقط على العقود المكتوبة.

الفرع الثاني : تحديد طبيعة عقد الاستهلاك :

في الواقع، قد يحصل المستهلك على ما يحتاجه من سلع أو خدمات عن طريق إبرام عقد رضائي (مساومة)، و لكنه غالبا ما يتم التصرف القانوني للاستهلاك بواسطة عقد إذعان، لذلك اتجهت غالبية التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك إلى إعتبار أن عقود الاستهلاك هذه من عقود الإذعان، التي يقتصر فيها المستهلك على مجرد التسليم بشروط العقد دون مناقشة.

---

[1]- J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, op. cit., n° 162, p. 171.
[2]- V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, op. cit., n° 162, p. 171.
[3] -Ibid
[4] -V. Art. 5 du Dir. C.E.E. n° 95-13, 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O.C.E., 21 avril 1993 : « dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible…»

إن اعتبار عقد الاستهلاك من عقود الإذعان يستلزم بحث مفهوم هذا العقد، و يكتسي ذلك أهمية بالغة، لأنه بتوافر هذا الوصف في العقد يمكن للمتعاقد المذعَن (المستهلك) أن يستفيد من الحماية التي قررها له القانون، أما إذا إنتف هذا الوصف فإنه سيحرم من هذه الحماية، حتى و لو تضمن عقده شروطا تعسفية[1].

لقد تبنى معظم الفقه و القضاء المصري مفهوما تقليديا ضيقاً لعقود الإذعان، و ذلك على الرغم من أن نصوص القانون المدني المنظمة لهذه العقود لم تقيدها بتلك القيود التي إستقر عليها الفقه و القضاء المصري، منذ نشأة هذه العقود و ظهورها في أوائل القرن العشرين، و الذي ما زال لحد الآن لم يحد عنها، بالرغم من التطور الذي عرفته المجتمعات في طرق و أساليب التعاقد[2].(أولا)

في المقابل تبنى الفقه الفرنسي مفهوم حديث موسع، بهدف إسباغ الحماية القانونية على أكبر عدد ممكن من المستهلكين، الذين يكونون في موضع إذعان و خضوع عند إبرامهم للعقد(ثانيا)، و بناء على ذلك ينبغي التطرق إلى المفهوم التقليدي و الحديث لعقود الإذعان، كل على حدا، لبيان موقف المشرع الجزائري و التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك من هذين المفهومين.

أولا : المفهوم التقليدي لعقود الإذعان

الأصل أن العقد يقوم في صورته التقليدية على المساومة (gré à gré)، و التي تفترض مناقشة شروط العقد، بحرية من جانب الطرفين على قدم المساواة، و لكن نتيجة للتطورات الاقتصادية الحديثة، و التفاوت المحسوس في المراكز الاقتصادية للطرفين[3]، أصبح الموجب ينفرد بوضع شروط العقد، و لا يقبل المناقشة و المساومة فيها[4]، و بذلك ظهر نوع من العقود يطلق عليه عقود الإذعان[5] contrats (d'adhésions)[1].

---

[1]- محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص. 6.

[2]- محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص. 11.

[3]-V. F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 7ème éd., 1999, n° 188, p. 181.

[4]- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، 1974، رقم 81، ص. 134 و 135 ; سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، مطبعة السلام، طبعة 4، 1987، رقم 63 مكرر، ص. 117 ; أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، الطبعة 4، 1983، رقم 333، ص. 225.

[5]- صاحب هذا المصطلح هو السنهوري الذي آثر تسميته في العربية بعقد الإذعان، لما يوحي به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول، و قد إستقرت هذه التسمية في الفقه و القضاء و كذا التشريع المصري، ثم إنتقلت بعد ذلك إلى جميع التشريعات العربية، و هي تعتبر أصح من التسمية الفرنسية contrat d'adhésion، التي تعني عقد الانضمام، و يقصد بتعبير adhésion موافقة الشخص على شروط عقد حرره غيره، و من يقبل هذا العقد ينضم إليه دون مناقشة.

عقد الإذعان هو العقد الذي ينفرد أحد طرفيه بوضع شروطه مسبقاً دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشتها أو تعديلها أو إلغاء شيء منها، ليتقيد بها كل من يرغب في التعامل معه، مما يؤدي إلى رجحان مصلحة الطرف الموجب على حساب الطرف القابل لهذه الشروط التي قد تكون تعسفية، و الإضرار بحقوقه.

بناء على ذلك، عرف بعض الفقه[2] عقد الإذعان على أنه :" العقد الذي يسلم فيه المشتري (المستهلك) بشروط مقررة يضعها الموجب (البائع) و لا يقبل المناقشة فيها، فيما يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية، تكون محل احتكار فعلي أو قانوني، أو تكون المناقشة محدودة النطاق في شأنها".

بناء على هذا التعريف يمكن إستخلاص خصائص أو مميزات عقود الإذعان على النحو الآتي :

1 -**خصائص عقود الإذعان :**

يتكون ركن الرضا في عقود الإذعان - كبقية العقود - من إيجاب وقبول، غير أن الإيجاب و القبول يتميزان ببعض الأحكام الخاصة، و ذلك نتيجة إنعدام النقاش الحقيقي بين المتعاقدين، المترتب عن عدم التوازن الاقتصادي بين مراكز طرفي العقد، فأحدهما يكون في مركز إقتصادي قوي لإحتكاره سلعة أو خدمة ضرورية، و الآخر في مركز ضعيف نظرا لحاجته الملحة لها[3]، و من هنا يتضح أن هناك بعض مميزات الخاصة التي تتوافر في كل من الإيجاب و القبول بالإضافة إلى المحل في عقود الإذعان.

أ - الإيجاب في عقود الإذعان :

يصدر الإيجاب في عقود الإذعان من قبل شخص قوي اقتصاديا دون مناقشة أو مفاوضة، حيث يتضمن شروطاً موحدة لكل من يريد التعاقد بصورة دائمة و مستمرة.

-عمومية الإيجاب و إستمراريته :

كما تعد عبارة الانضمام أوسع دلالة من الإذعان، فهي تشمل عقد الإذعان و غيره من العقود التي ينظم إليها القابل دون مناقشة للشروط.

[1]- أول من استعمل مصطلح contrat d'adhésion هو الفقيه الفرنسي R. SALEILLES في كتابه :
De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, 1901, n° 891 s., p. 229 s., cité par F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, op. cit., 7ème éd., 1999, n° 68, p. 75.

[2]- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، رقم 81، ص. 136.

[3]- محمد عبد الظاهر، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، س. 22، العدد 2، يونيو 1998، ص. 750.

يتميز الإيجاب بكونه عام يوجه إلى الجمهور عامة أو إلى فئة معينة منه تتوافر فيها صفات معينة[1]، و لا يوجه إلى شخص معين بذاته.

كما يتميز الإيجاب بأنه معروض بشكل دائم و مستمر لمدة غير محددة، بمعنى أن يكون ملزما بالنسبة للموجب لمدة طويلة إلى أن يتغير بتعديله، و ذلك على خلاف عقود المساومة، التي لا يستمر فيها الإيجاب و لا يلزم من صدر منه إلا خلال الفترة الكافية للرد على هذا الإيجاب[2].

-القوة الاقتصادية للموجب :

يتمتع الموجب في عقود الإذعان بمركز إقتصادي قوي[3] يمكنه من فرض شروطه على المتعاقد الآخر، الذي يتميز بالضعف الظاهر في مواجهة هذا الموجب.

-الشروط الموحدة للإيجاب :

إن أهم ما يميز الإيجاب هو صدوره بشروط موحدة (standardisation) و تكون هذه الشروط في الغالب مطبوعة و مصاغة بأسلوب معقد يصعب فهمها على معظم الأشخاص، و تحرير عقود الإذعان بهذه الصورة المعدة سلفاً هي التي تجعل الشخص يذعَن بسهولة.

لذلك يكون الإيجاب ملزما للمتعاقد وإن لم يطلع على شروط العقد، ما دام أنه كان بإمكانه الإطلاع عليها لأنها مطبوعة و في متناول الجميع.

-حتمية الإيجاب :

يتحتم على الموجب في عقود الإذعان أن يكون في حالة عرض لسلعته أو خدمته، و أن يقدمها لكل من يطلبها من الجمهور، نظرا لما يتمتع به في الغالب من إحتكار قانوني و فعلي (monopole de fait).

ب - القبول في عقد الإذعان :

ينحصر القبول في عقود الإذعان في مجرد الخضوع أو الإذعان لما يمليه عليه الموجب (الطرف القوي) بدون مناقشة أو مفاوضة، فالطرف المذعَن لا يملك إلا أن يقبل بشروط العقد ككل أو يرفضها، و لكن هذا الخيار في إبرام العقد من عدمه يكون فقط من الناحية النظرية، أما من الناحية العملية فلا يستطيع الرفض، لأن التحرير

---

[1]- بمعنى يتم تقديم السلعة أو الخدمة للمستهلكين وفق شروط معينة تعرض عليهم، وكل من يوافق على هذه الشروط يحصل عليها دون تمييز بين مستهلك وآخر.

[2]- محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص. 08.

[3]- لقد إرتبط ظهور عقود الإذعان بهذا المركز الاقتصادي القوي، و الذي بدأ في القرن التاسع عشر (19) و بلغ ذروته في أوائل القرن العشرين (20) نتيجة التقدم التكنولوجي و الاقتصادي.

الانفرادي لشروط العقد يشمل كل من يتعامل بالسلعة أو الخدمة[1]، ولما كان في أغلب الحالات في حاجة إلى التعاقد على سلعة أو خدمة لا غنى له عنها، فهو مضطر إلى القبول فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه[2]، و بذلك فهو يذعَن لمشيئة الطرف القوي، و من هنا سميت هذه العقود بعقود الإذعان، لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول[3].

ج- محل عقود الإذعان :

يتمثل المحل في عقود الإذعان في السلع و الخدمات التي تكون محتكرة من قبل الموجب، كما أنها تعد ضرورية بالنسبة للمستهلك.

إحتكار السلعة أو الخدمة :

يتعلق عقد الإذعان بسلع أو خدمات تكون خاضعة لإحتكار قانوني[4] أو فعلي[5]، أو على الأقل تكون المنافسة فيها محدودة النطاق سواء نتيجة الظروف الإقتصادية أو بإتفاق المحترفين فيما بينهم، فعقد الإذعان إذن لا يسود إلا في ظل الاحتكار لاسيما الناشئ عن إتفاق بين مقدمي السلع أو الخدمات، و ذلك على خلاف المنافسة الحرة التي لا يمكن أن تظهر فيها هذه العقود، لأن إنعدام الإحتكار يتيح الفرصة أمام المستهلك لإيجاد سلعة أو خدمة بشروط أفضل لدى أحد المنافسين الذين يرغبون في جلب أكبر عدد ممكن من الزبائن.

ضرورية السلعة أو الخدمة :

ينبغي أن يتعلق عقد الإذعان بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات[6] بالنسبة لجمهور المستهلكين[7]، و ليس لشخص بعينه، بحيث لا يمكن الاستغناء عنها، أو يصعب ذلك بالنسبة لأغلب الجمهور إن لم يكن للكل.

---

[1]- محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص. 9.

[2]- سليمان مرقس، المرجع السابق، رقم 63 مكرر، ص. 117

[3]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ص. 93.

[4]- مثل الامتياز المعطى لإحدى الشركات لتوزيع الكهرباء أو الغاز على المستهلكين.

[5]- كأن يسمح القانون بتقديم الكهرباء من قبل أي شركة وفق شروط معينة، ولكن لا توجد سوى شركة واحدة تتوفر فيها التقنيات اللازمة لذلك.

[6]- نقض مدني، طعن 851، تاريخ 4 فيفري 1993، المكتب الفني ، سنة 44، صفحة 782، و قد أقرت محكمة النقض المصرية في هذا الحكم بالنسبة لشرط الضرورة، أن السلع الضرورية هي التي لا غنى للناس عنها والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي وضعها الموجب ولو كانت جائرة.

[7]- مثل التعاقد مع مؤسسات الكهرباء والغاز ومصالح البريد والهاتف، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وطائرات وسيارات و سفن، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه.

لقد اهتم الفقه المصري[1] بدراسة عقود الإذعان لبيان الشروط الواجب توفرها فيها، واستقر في هذا الشأن على الشروط التالية :

1 -أن يكون احتكار السلعة أو الخدمة من جانب الموجب، سواء كان الاحتكار قانونياً أو فعليا ، أو على الأقل مسيطر عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق.

2 -أن تكون السلعة أو الخدمة من الضروريات للمستهلكين أو المنتفعين.

3 -أن يكون الإيجاب موحداً بالنسبة للجمهور أو لفئات معينة، على وجه الدوام.

في كل هذه العقود يعرض الموجب إيجابه في صيغة نهائية لا تقبل المناقشة فيه ولا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل أو يرفض، فلا غنى له عن التعاقد، ولكن هذا الإذعان للتعاقد ليس إكراهاً يعيب الرضا، بل هو نوع من الإكراه الاقتصادي الذي لا أثر له على صحة التراضي و بالتالي في وجود العقد.

ينبغي التذكير في هذا السياق إلى أنه، عند مناقشة مشروع القانون المدني المصري، لم يخرج واضعوه على هذه الشروط التي استقر عليها كل من الاجتهاد الفقهي و القضائي المصري، و ذلك قبل صدور ونفاذ هذا القانون سنة 1948، حيث يستخلص من مجموعة الأعمال التحضيرية[2] بأن عقود الإذعان تتميز عن غيرها باجتماع هذه الشروط الثلاثة[3] المذكورة أعلاه.

2 -الطبيعة القانونية لعقود الإذعان :

إن لعقد الإذعان طبيعة مميزة، فهو عقد يملي فيه أحد المتعاقدين شروطه على المتعاقد الآخر الذي لا يملك سوى رفض العقد أو قبوله، حيث يتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، فيفرض عليه شروطه و لا يقبل مناقشتها، و ترجع هذا السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف

---

[1]- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، رقم 81، ص. 136; سليمان مرقس، المرجع السابق، رقم 63 مكرر، ص. 117 ; أنور سلطان، المرجع السابق، رقم 333، ص. 225 ؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، رقم 116، ص. 231 ؛ لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص. 58 و 59.

[2]- مجموعة الأعمال التحضيرية، ج 2، ص 69 (المادة 100 ق.م.م.)، و قد أقرت محكمة النقض المصرية هذه الشروط في عقد الإذعان في أكثر من حكم (مثلا نقض مدني، طعن 208، تاريخ 22 أفريل 1954، المكتب الفني، سنة 5، ص 788 ؛ نقض مدني، طعن 851، تاريخ 4 فيفري 1993، المكتب الفني ، سنة 44، صفحة 782).

[3]- لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص. 58.

المتعاقد القوي[1]، و تعد هذه الميزة لعقود الإذعان - أي الطريقة التي يتم بها إبرامها - سبب إختلاف الفقهاء حول طبيعة هذه العقود، الأمر الذي جعل بعض الفقه ينكر الطبيعة العقدية لعقد الإذعان (النظرية اللائحية أو غير العقدية)، في حين ذهب البعض الآخر إلى إعتباره عقداً بالمفهوم القانوني، و من ثم يخضع لكافة الأحكام القانونية العامة للعقود.

و بذلك فقد انقسموا إلى فريقين رئيسين: و يدور اختلافهم في الواقع حول الجواب عن التساؤل التالي : هل يمكن اعتبار عقد الإذعان عقدا وفقا للقواعد العامة للعقود، أم لا؟

الاتجاه الأول : النظرية اللائحية أو غير العقدية

لقد ذهب بعض الفقه أكثرهم من فقهاء القانون العام[2] إلى اعتبار أن عقود الإذعان ليست عقودا حقيقية، و أنكروا عليها الطبيعة التعاقدية، فالعقد هو توافق إرادتين عن حرية و إختيار، أما عقد الإذعان فلا تتوافر فيه الإرادة التعاقدية أي الإرادة المشتركة للطرفين، و لا المساواة العقدية التي يفرضها العقد، ذلك أن النقاش فيه معدوم، و قبول المذعَن فيه لا يكون عن حرية تامة، بل هو مجرد خضوع و تسليم بشروط العقد دون إمكانية مناقشتها[3].

و بالتالي فإن هذا التصرف الذي يوصف بالعقد ليس إلا تصرفاً قانونياً صادر من جانب واحد، و هي إرادة المحتكِر التي إستقلت بوضع شروط التعاقد ثم فرضتها على الجانب الضعيف، لذلك فإن إذعان و انضمام هذا الأخير لا يعد عنصر أساسي في إنشاء هذا التصرف القانوني، فالرابطة القانونية فيما بين المذعَن والمحتكِر قد خلقتها إرادة المحتكِر لوحدها.

تأسيسا على ذلك، عرف بعض الفقه الفرنسي[4] عقد الإذعان بأنه : " محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، و تملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على

---

[1]- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية و غير الإرادية، دراسة فقهية و قضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، رقم 2، ص. 46.

[2]- أمثال L. DUGUIT و HAURIOU و على رأسهم الفقيه الفرنسي R. SALEILLES

[3]- لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص. 42 و ما بعدها.

[4] - R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, 1901, n° 891, p. 229 : « les contrats d'adhésions dans lesquels il y a une seule volonté agissant comme unilatéral e, qui dicte sa loi non plus à un individu mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance unilatéralement son adhésion, de ce qui voulait accepter la loi du contrat et s'emparer de cet engagement déjà crée sur soi-même. »

مجموعة غير محددة، و تفرضها مسبقا و من جانب واحد و لا ينقصها سوى إذعان من يقبل بقانون العقد."

نتيجة لذلك يعتبر عقد الإذعان في نظرهم مركز قانوني (institution) منظم تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب (مقدم السلعة أو الخدمة) ينظم المصلحة العامة لمجموع الأفراد الذين يخضعون له - فتكون بمثابة قانون أو لائحة مما يبعد وصف العقد عنه - و يقتصر دور الطرف المذعَن فيه على قبول سريان هذه الأحكام عليه، فيطبق هذا القانون التعاقدي تطبيقا تراعى فيه مقتضيات المصلحة العامة والعدالة وحسن النية، وفق ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها[1].

و من ثم، ينبغي أن يتم تفسير عقد الإذعان وتحديد الالتزامات المترتبة عنه في ظل هذه الاعتبارات، كما يفسر القانون أو اللائحة، و ليس كما يفسر العقد - أي طبقا لما يقصده المتعاقدان بإعتبار أنه وليد إرادة طرفيه - و بذلك يظهر أن وضع الطرف المذعَن مماثل تماما لمستعمل المرفق العام[2]. و قد ترسخ الإعتقاد لدى المستهلك و هو يتلقى هذه العقود المعدة سلفا، أنه لا تمييز بين النصوص التشريعية أو التنظيمية و بين الوثائق التعاقدية التي يصدرها المحترفون، من حيث كونها تفرض عليه فرضاً[3].

الاتجاه الثاني : النظرية العقدية

بالرغم من تصدع مبدأ المساواة التي تقوم عليه العقود، فإن صحة عقود الإذعان لم تختصم من قبل غالبية التشريعات[4] و كذا الفقه، حيث يرى غالبية فقهاء القانون المدني، أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، إذ ليس من المحتم أن تسبق القبول في العقود مفاوضات ومناقشات فكل ما يتطلبه القانون هو اتفاق الطرفين على إحداث أثر قانوني معين[5]، و لو لم يكن طرفي العقد متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية[6].

فمهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الطرف المذعَن، فإنه لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا أو على الأقل يفسده، و مهما كان ضعف أحد المتعاقدين أمام

---

[1]- ذلك أن الضرورات الاجتماعية تبرر أحيانا منح بعض أشخاص القانون الخاص سلطة التنظيم، و هكذا أصبح عقد الإذعان أقرب إلى المركز القانوني المنظم.

[2]- لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص. 46 و 47.

[3]- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 14.

[4]- لقد تبنى المشرع الجزائري و التشريعات العربية هذا الموقف من القانون المدني المصري.

[5] -J. CARBONNIER, op. cit., n°950, p. 1981 : «Ce qui caractérise le contrat c'est à la fois d'être un accord de volontés et de se voir reconnaître le pouvoir de créer des effets juridiques par le droit objectif. L'accord de volontés reste ainsi le critère du contrat. Il est une procédure spécifique de création d'effets juridiques.»

[6]- لشعب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص. 35 و ما بعدها.

الآخر، فهذا لا أثر له على طبيعة العقد، لأن هذا الضعف هو ظاهرة اقتصادية لا قانونية، و بالتالي فإن علاج هذه الوضعية و حماية الطرف المذعَن من هذا النوع من العقود، لا يكون بإنكار صفة العقد الذي يعد عقد حقيقي تم بتوافق إرادتين، و بذلك فهو ينطوي تحت تعريف العقد بأنه :" تبادل تعبير عن إرادتين متطابقتين بقصد إنشاء التزام أو أكثر"، بل إن هذه العقود تتميز عن العقود المعتادة بكونها موحدة بالنسبة للجميع، لذلك يقل فيها خطر وقوع المتعاقد في الغلط أو التدليس، كما تسهل على القاضي رقابة شروطها[1].

تطبيقا لذلك ذهب بعض الفقه[2] إلى القول بأن حماية الطرف المذعَن لا يكون من خلال إنكار صفة هذا العقد، بل العلاج الناجع يكمن في العمل على تقوية الطرف الضعيف حتى لا يستغله الطرف القوي، لذلك فإن أفضل صور هذه الحماية يكون من خلال تدخل تشريعي ينظم عقود الاستهلاك و يضع أسس الحماية المناسبة لها.

ثانيا : المفهوم الحديث لعقود الإذعان

في ظل التطورات الاقتصادية و الاجتماعية الحديثة، أدى تركيز وسائل الإنتاج و تقديم الخدمات في أيدي المحترفين، إلى تصدع مبدأ المساواة العقدية، بصفة خاصة على إثر ظهور المؤسسات الاقتصادية الكبرى، و الشركات الإنتاجية و الخدماتية الضخمة، التي أصبحت تمثل الطرف الأقوى في عقود الاستهلاك التي يبرمها المستهلك بهدف حصوله على هذه السلع أو الخدمات التي تقدمها، و نتيجة هذا التفاوت المتزايد في المراكز القانونية بين طرفي العقد، فقد انفرد الطرف القوي في العقد بتحرير شروطه بمفرده دون مفاوضة أو مناقشة بينه و بين المستهلك.

يظهر ضعف الطرف المذعَن (المستهلك) من مجرد أن إعداد العقد قد تم مسبقا بواسطة الطرف الآخر الذي يقوم بتحديد الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد بالصورة التي تحقق مصلحته، و لا يقبل المناقشة فيها، و عليه يتمثل ضعف الطرف المذعَن في أنه يقوم بعملية منفردة لم يفكر فيها ملياً و لم يعد نفسه لها مقدماً عند طلبه الحصول على السلعة أو الخدمة، و تتمثل قوة الطرف المذعِن في أنه محترف يقوم بعمليات متكررة و متشابهة، يكتسب من خلالها خبرة في مجال تخصصه تمكنه من وضع شروط العقد بما يحقق مصالحه و أهدافه، لذلك فهو يستقل بإعداد كافة شروط العقد دون أن يسمح للطرف المذعَن بمناقشتها[3]، الأمر الذي يتيح له فرض الشروط

[1]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، رقم 117، ص. 231.
[2]- السنهوري، المرجع السابق، رقم 117، ص. 232.
[3] -J. CARBONNIER, op. cit., n°950, p. 1981 : « Le contrat d'adhésion n'est pas rigoureusement définissable, mais plusieurs traits s'y retrouvent habituellement : 1° la supériorité économique de l'un des contractant, qui le met *de facto* en mesure de dicter ses conditions à l'autre dans son intérêt exclusif ; 2° le caractère unilatéral des clauses, préparées par les soins du *potentior*, en l'absence de négociation individuelle (c'est un des critères retenus par une directive du conseil de la C.E.E. du 5

التعسفية، و هو ما أفرز إختلال في التوازن بين الحقوق و الالتزامات المتعاقدين، و ذلك حتى مع عدم وجود الاحتكار و إنتشار المنافسة الحرة.

و هكذا تطورت فكرة عقد الإذعان لتستوعب ضرورات حماية المستهلك في مواجهة مؤسسات الإنتاج الضخمة و شركات توزيع السلع و الخدمات التي أصبحت تتعامل من خلال عقود محررة مسبقا و في غياب أي مفاوضة أو مناقشة عند إعدادها، فعقد الإذعان أصبح يشكل عنصر أساسي لسير هذه المؤسسات[1].

إن التعامل مع محترف يستقل بإعداد شروط العقد مقدماً دون أن يقبل الناقشة فيها يكفي كمعيار لتوافر علاقة إذعان، خاصة و أن مجرد الاستقلال بإعداد العقد كفيل بتمكين المحترف من وضع الشروط التعسفية التي وجدت فكرة عقود الإذعان لمواجهتها[2].

على هذا الأساس، عرف جانب من الفقه[3] عقد الإذعان على أنه : "عقد محرر مسبقا من قبل أحد طرفيه، و ما على المتعاقد الآخر إلا القبول بشروط العقد دون إمكانية حقيقية لمناقشتها ".

إذن فعقد الإذعان هو عقد يتحدد مضمونه التعاقدي كليا أو جزئيا بشكل مجرد وعام قبل المرحلة التعاقدية، فهو ينعقد بدون مفاوضة سابقة مما يجعل مضمونه يتحدد بشكل أحادي وفردي من جانب المذعِن، هذه الإرادة الفردية أو الأحادية هي التي تتولى تحديد اقتصاد العقد أو بعض عناصره، أما إرادة المذعَن فلا تتدخل إلا من أجل منح فعالية قانونية لهذه الإرادة الأحادية[4]، فالطرف المذعَن ينضم إلى عقد نموذجي حرر بصفة انفرادية من طرف المذعِن، دون أن يكون له أية إمكانية حقيقية لتعديله، و عليه يمكن إجمالا تحديد خصائص عقد الإذعان حسب رأي بعض الفقه الفرنسي[5] بتوافر عنصرين :

---

avr. 1993), comme un tout qui est à prendre ou à laisser (on y adhère plutôt que l'on n'y consent) ; 3° l'invariabilité, la rédaction standardisée (c'est un contrat de masse).»

[1]- حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص. 06.

[2]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، رقم 382، ص. 313.

[3] -V. L. RIGAUD, op. cit., p. 180 ; J. GHESTIN, *Rapport introductif*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 09 ; R. CABRILLAC, Droit des obligations, D., Coll. Cours, 5ème éd., 2002, n° 43, p. 29 : « Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.»

[4] -G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, 2ème éd., L.G.D.J ., 1976, p. 27 et s. ; LAMY *Droit de l'entreprise*, op. cit., n° 4-219, p. 596.

[5] -G. BERLIOZ, op. cit, p. 30 et s. ; J. GHESTIN, op. cit, p.50 ; LAMY *Droit économique*, op. cit., n° 4277, p. 1486.

- وضع شروط التعاقد مسبقا من قبل أحد الأطراف وعرضها على الجمهور في شكل موحد.
- تسليم الطرف الآخر بكل شروط العقد ودون إمكانية مناقشتها[1].

أما شرط وجود الموجب في وضعية متفوقة اقتصاديا أو تقنيا فيمكن أن يستشف ضمنيا من خلال الشرطين السابقين.

بغرض تلبية حاجاته من السلع و الخدمات فإن المستهلك غالبا ما يذعَن إلى الشروط العامة المحررة مسبقا من قبل المحترف دون إمكانية تغييرها، و على هذا النحو عرف المشرع الجزائري[2] العقد الذي يجمع بين المستهلك و العون الاقتصادي بأنه : " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق، مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه. "

بإستقراء مضمون هذا النص القانوني، يتضح أن المشرع الجزائري قد قدم تعريف لعقد الإذعان، بعدما كان قد اكتفى في القانون المدني ببيان بعض الأحكام المتعلقة بتكوينه و تفسيره، و هكذا أصبح لازما للاستفادة من الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، وجود عقد إذعان بين المستهلك و العون الاقتصادي.

إن تحديد مفهوم عقد الإذعان يستدعي بالضرورة الرجوع لأحكام القانون المدني التي تضمنت نصوص بشأنه، و في هذا الصدد نصت المادة 70 على أنه : " يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها "[3].

يستخلص من فحوى كلا هذين النصين، أنه ينبغي توافر شرطين لاعتبار العقد من عقود الإذعان[4] :

---

[1]- و هكذا لم يعد يشترط لا ضرورة السلعة أو الخدمة لمن يطلبها، و لا الإحتكار بالنسبة لمن يقدمها، و إنما يشترط فقط إعداد شروط العقد من قبل أحد الطرفين، و إذعان الطرف الآخر لها دون مناقشة أو تفاوض بشأنها، و ذلك خلافا لما ذهب إليه الفقه والقضاء المصريين اللذان ضيقا إلى حد كبير من عقد الإذعان حيث اشترطا توافر ثلاث عناصر لاعتبار العقد من فئة عقود إذعان.

[2]- المادة 3 من قانون 04-02 المذكور سالفا.

[3]- إن مصدر هذا النص القانوني هو المادة 100 من القانون المدني المصري، و قد إقتبستها العديد من قوانين الدول العربية، مثل سوريا (المادة 101 من ق. م) ؛ ليبيا (المادة 100 من ق. م) ؛ الكويت (المادة 81 من ق. م) ؛ العراق (المادة 2/167 ق.م.).
طبقا لنص المادة 70 ق.م.ج. فالمعيار الجوهري لعقد الإذعان هو صدور القبول في صورة التسليم بالشروط التي عرضها الموجب دون أدنى مناقشة، لكن يجب أن يتم ذلك في إطار علاقة بين الموجب و سائر العملاء أي في غير علاقة بين طرفين، و بالتالي لا مجال لإشتراط الاحتكار الفعلي أو القانوني أو ضرورية السلعة أو الخدمة كمعيار.
يتوافق هذا التعريف الحديث لعقد الإذعان مع ضرورات حماية المستهلك الذي يجد نفسه في مواجهة محترف يضع شروط العقد سلفاً دون أن يستطيع المستهلك مناقشتها أو تعديلها، لاسيما و أن كثير من الدول العربية مازالت حتى اليوم لم تسن قانون لحماية المستهلك على غرار ما فعلته غالبية الدول الأوروبية.

الأول: تحرير شروط العقد مسبقا من قبل أحد المتعاقدين وعرضها على المتعاقد الآخر

ينفرد أحد المتعاقدين (العون الاقتصادي أو المحترف) بوضع شروط العقد كاملة و يعرضها على المتعاقد الآخر الموجه له الإيجاب (المستهلك)، و يظهر من عبارة "شروط مقررة" الواردة في نص المادة[1] أن المشرع الجزائري قد أراد إبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروطه، إلى درجة أنه قد يتعسف في ذلك[2].

الثاني: إذعان الطرف الآخر بكل شروط العقد دون إمكانية مناقشتها أو إحداث أي تغيير حقيقي فيها

نتيجة لعدم إمكانية مناقشة شروط العقد من قبل الطرف المذعَن، فإن قبوله لا يصدر بعد مناقشة ومفاوضة، فهو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يقبل بكل الشروط أو يرفضها، دون أن يقترح أي تعديل عليها، فإذا قبل الطرف المذعَن بالشروط انعقد العقد واعتبر عندئذٍ من قبيل عقود الإذعان، مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية.

تبعا لذلك، إذا وضعت شروط التعاقد من قبل الطرفين معا، أو من أحدهما لمناقشتها والتفاوض بشأنها مع الطرف الآخر، وبالتالي تم إبرام العقد في ضوء هذه المناقشة والمفاوضة، فلا يعتبر هذا العقد من عقود إذعان، و بذلك، يعد الشرط الأول تكملة للشرط الثاني، فهو يترجم سيطرة و قوة الموجب مقارنة مع الطرف المذعَن.

يعد القبول في عقد الإذعان مجرد الإذعان و التسليم بشروط العقد التي إستقل الموجب بوضعها، و الحقيقة أن مجرد التسليم في القانون لا يتميز عن القبول في عقود المساومة، ذلك أن التسليم يكون عن طريق تعبير الشخص عن إرادته بقبول إبرام العقد، فهو يدل على رضا نسبي للطرف المذعَن لكونه قبل العقد، و مع ذلك يظهر من عبارة "مجرد التسليم" أن المشرع الجزائري أراد إبراز ضعف الطرف المذعَن، و التفاوت الاقتصادي و الاجتماعي بين طرفي عقد الإذعان[3].

---

[4]- يلاحظ أن المفهوم الحديث لعقود الإذعان يتماشى مع نصوص القانون المدني (المادة 70 ق.م.ج.) و كذلك القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (المادة 3 منه)، و اللذان لم يشيرا إلى فكرة الاحتكار أو فكرة ضرورية السلعة أو الخدمة.

[1]- المادة 70 من ق.م.ج.

[2]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، ط. 2، 2005، ص. 60.

[3]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 60

من هنا يظهر، أن المشرع لم يشترط لصحة العقد المبرم بين المستهلك و المحترف، وجود مساواة حقيقية بين المتعاقدين أو مناقشة سابقة على إبرام العقد، لكنه وضع تقنيات تسمح بحماية الطرف الضعيف، تكون أكثر فعالية[1] من تلك التي قررتها قواعد القانون المدني.

فضلا عن ذلك، حدد المشرع الجزائري محل عقد الإذعان بالسلع أو الخدمات، و ذلك بإعتبار أن هذا العقد يجمع بين المستهلك الذي يهدف من وراء تعاقده الحصول على هذه السلع أو الخدمات و بين العون الاقتصادي أو المحترف الذي يقدمها له.

يستخلص من خلال هذه الخصائص أن عقد الاستهلاك هو عقد إذعان يضم كافة العناصر المميزة لهذه الفئة من العقود، فمضمونه يتحدد بصفة مسبقة من جانب المحترف و يعرض على جمهور المستهلكين في شكل موحد، و يقتصر المستهلك فيه على التسليم و الانضمام للعقد دون إمكانية مناقشته أو تعديله، نتيجة للقوة الاقتصادية والفنية التي يتمتع بها المحترف، والتي تخول له فرض شروطه باعتباره الطرف القوى في العقد بحكم خبرته، الأمر الذي يجعله و المستهلك في وضعية غير متكافئة.

تأسيسا على ما سبق، يلاحظ أن المشرع الجزائري قد قصر قواعد تطبيق الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية على عقود الإذعان[2] بمفهومها الواسع، في حين كان ينبغي مدها إلى عقود المساومة، مما يؤدي إلى توسيع نطاق الحماية القانونية في مواجهة هذه الشروط[3]، و بالرغم من ذلك، يظهر أن موقف المشرع الجزائري يتوافق مع ما إعتمدته التوجيهة الأوروبية[4] المتعلقة بالشروط التعسفية سالفة الذكر، و كذلك بعض التشريعات الأجنبية[5].

على النقيض من ذلك، ذهب القانون الفرنسي[6] إلى توسيع مجال الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، لجميع العقود أيا كان شكلها أو سندها، مما يعني أن أنها

---

[1] - LAMY Droit économique, op. cit., n° 4277, p. 1487.

[2]- إستعمل المشرع الجزائري في نص المادة 29 من القانون 04-02 مصطلح البائع بدل العون الاقتصادي، و بذلك يكون قد قصر الحماية القانونية من الشروط التعسفية على عقود البيع فقط، لاسيما و أن العلاقات الاستهلاكية قد تأخذ عدة أشكال في التعاقد فعلاوة على عقد البيع قد تكون عقد تقديم الخدمات، فضلا عن ذلك، فإن اصطلاح البائع في حد ذاته لا يتناسب مع عبارة الخدمة الوارد ذكرها في تعريف المستهلك، لكن يلاحظ أن هذا التناقض قد تم تداركه في المرسوم التنفيذي المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التعسفية المشار إليه آنفا الذي إستخدم مصطلح العون الاقتصادي.

[3]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 112.

[4] -V. Art. 3 al. 2 du Dir. C.E.E. n° 95-13, 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O.C.E., 21 avril 1993 : « Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion.»

[5]- كالمشرع الألماني بموجب القانون الصادر في 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقد، سالف الذكر.

[6]- المادة L.132-1 الفقرة 4 من ق.إ. ف.

لا تسري فقط على عقود الإذعان[1]، و إنما على كل العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين دون تفرقة، حتى لو كانت عقود المساومة[2]، و هو ما بيرز أهمية توفير حماية ذات نطاق أوسع للمستهلك، خاصة في الحالات التي لا يتصف فيها العقد محل المعاملة الاستهلاكية بالإذعان[3]، و على هذا النحو، يتفق موقف المشرع الفرنسي مع نظيره الانجليزي[4]، والذي لم يقصر بدوره الحماية من الشروط التعسفية على عقود الإذعان فقط، حيث مدها لتشمل كل العقود التي يبرمها المستهلك، حتى ولو كانت هناك نصوص خاصة بها.

تجب الإشارة في هذا السياق، إلى أن المشرع الفرنسي لم يقدم تعريف لعقد الإذعان سواء في القانون المدني[5] أو قانون الاستهلاك، و بالرغم من أنه لم يخص عقود الإذعان الإذعان بنصوص عامة تنظمها، و تعمد إلى إضفاء الحماية التشريعية على الطرف الضعيف فيها[6]، إلا أن الجدل الفقهي الذي ثار حول طبيعية هذه العقود حدا بالمشرع الفرنسي للتدخل بنصوص خاصة لتنظيم محتوى أهم هذه العقود، كعقد التأمين و عقد العمل، عقد النقل...[7]

أما فيما يخص موقف الفقه، فقد اعتبر البعض[8]، أن عقود الاستهلاك التي تجمع بين بين المستهلك و المحترف هي بمثابة عقود إذعان، كونها تعد اتفاق من جانب واحد محرر مسبقا من قبل المحترف، و ما على المستهلك إلا رفضه أو قبوله في مجمله بدون مناقشة للشروط، و بالرغم من أن عقود الاستهلاك هي عقود متنوعة، لكنها تشترك في خاصية واحدة وهي أنها تعتبر عقود إذعان.

ثالثا : علاقة عقود الإذعان بالشروط التعسفية

نظرا لأن عقد الإذعان يستوجب طريقة إبرام خاصة ، كونه عقد محرر من جانب واحد، فإنه يطرح تساؤل حول مدى إرتباط الشروط التعسفية بهذا العقد؟

---

[1]- رغم أن مشروع القانون الفرنسي الصادر في 10 يناير 1978 كان قد قصر الحماية من الشروط التعسفية على هذا النوع من العقود، إلا أن الجمعية الوطنية الفرنسية ألغت عبارة "...في كل عقود الإذعان..." من نص المادة 35 من هذا القانون و التي أصبحت حاليا محتواة في نص المادة L.132-1 من ق.إ.ف..

[2] -J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, op. cit., n° 22, p. 20 : « l'adverbe " notamment" traduit la volonté du législateur de viser tous les documents contractuels.»

[3]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، رقم 536، ص. 434 و 435.

[4]- القانون الانجليزي الصادر في 1977 الخاص بالشروط المجحفة في العقد (Unfair contract terms act)

[5]- لم ينظم القانون المدني الفرنسي عقود الإذعان بنصوص خاصة، على الرغم من أن ظهور فكرة الإذعان كان قد سبق إليها الفقه الفرنسي.

[6] - F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, 7ème éd., 1999,op. cit., n° 68, p. 75.

[7]- عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، رقم 223، ص. 408.

[8] - V. H. BRICKS, op. cit., n° 7, p. 5 ; LAMY, *Droit de l'entreprise*, éd. Lamy S.A., 2000-2001, n° 4-219, p. 596.

إن تحرير عقد الإذعان من جانب واحد يسمح بإدراج شروط تعسفية، ذلك أن المحترف يملك السلطة الاقتصادية التي تمكنه من توجيه إرادة المستهلك للتعاقد معه من أجل تلبية حاجاته من السلع و الخدمات، نتيجة لذلك يجد المستهلك نفسه في مركز ضعف أمام المحترف، مما يؤدي لاختلال في توازن العلاقة العقدية بينهما[1].

في الواقع، ينفرد المحترف بتحديد شروط العقد استنادا إلى تفوق مركزه الاقتصادي و المعلوماتي بدرجات كبيرة، مما يبرز تفاوت ملموس و شاسع بينه و بين المستهلك، و كأثر لواقع هذه المعاملات الاستهلاكية، فإن المستهلك لا يتمكن من مناقشة شروط العقد و بحثها بحرية، نظرا لعدم وجوده في مركز متساوي مع المحترف، و من ثم فإن الإيجاب الصادر بخصوص عقد الاستهلاك بإقتناء السلعة أو الخدمة يتضمن شروط العقد ككل، و لا يخول المستهلك إلا القبول المذعَن إذا ما أراد التعاقد.

إن قبول المستهلك للشروط التي يفرضها المحترف غالبا ما يكون نتيجة ضعف قدراته الاقتصادية و التقنية، و بالنظر إلى حاجته الملحة للسلعة أو الخدمة، مما يحتم عليه الإذعان لإرادة المحترف.

إن عدم تمكن المستهلك من مناقشة شروط العقد على قدم المساواة مع المحترف، يسمح لهذا الأخير بفرض شروطه على المستهلك، و من هنا يظهر أن صعوبة مناقشة شروط عقد الإذعان تكمن في عدم تكافؤ المتعاقدين، فضلا عن طريقة إبرام عقد الإذعان في حد ذاته[2].

يتميز المستهلك الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك بكونه شخصا عديم الخبرة أو التجربة أو الكفاءة بالمقارنة مع العون الاقتصادي أو المحترف المتعامل معه، و مهما كان وعي المستهلك و تمتعه بخبرات معينة، لكنه ملزم بقبول الشروط المتضمنة بالعقد، لأنه لا تتوافر لديه حرية الاختيار أي القدرة على المفاوضة والمساومة لمناقشة شروط العقد[3].

تجدر الملاحظة، إلى أن عقد الإذعان و إن كان يشكل في الواقع الميدان الخصب للشروط التعسفية[4]، إلا أن هذا لا يعني تضمنه بالضرورة شروطا تعسفية، فهذه الأخيرة غير محصورة في نطاق هذا العقد، فهناك العديد من عقود الإذعان التي لا تتضمن

---

[1]- إن ظاهرة عقود الإذعان ليست مقصورة في العلاقة بين المحترفين و المستهلكين، و إنما يمكن أن تتوافر في كل مرة يكون فيها أحد المتعاقدين على قدر من القوة لفرض شروطه المتشابهة على فئة معينة من المتعاقدين، كما هو الحال بالنسبة لأرباب العمل و العمال، أو الموردين مع الموزعين، و لكنها تظهر أكثر إنتشاراً في العلاقات بين المستهلكين و المحترفين.

[2] - V. H. BRICKS, op. cit., n° 7, p. 5.

[3] -V. M. FONTAINE, op. cit, p.614.

[4]- إن عقد الإذعان ليس معيار لتطبيق الحماية من الشروط التعسفية و لكنه قرينة بسيطة على وجود التعسف، لأن الطرف القوي الذي ينفرد بتحرير شروط العقد يملك السلطة و القوة الاقتصادية التي تمكنه من التعسف في فرض الشروط التي تحقق مصالحه على حساب الطرف الضعيف.

شروطها أي تعسف، علاوة على ذلك فإن الممارسات التعسفية التي يفرضها المحترف على المستهلك، قد تكون إما نتيجة استغلال سلطته الاقتصادية أو لضعف المستهلك، الأمر الذي يقتضي حماية المتعاقد الذي يوجد في وضعية ضعف مهما كانت طبيعة العقد[1].

المطلب الثاني : تحديد مفهوم الشروط التعسفية

إن ما يتمتع به الشخص المحترف من معرفة فنية و تقنية متخصصة، بما يتعامل فيه من سلع أو خدمات، تعزز مركزه القوي في مواجهة المستهلك الذي يفتقر إلى هذا المستوى من الخبرة و الدراية[2]، و هكذا تنعكس القوة الاقتصادية و الكفاءة المهنية للمحترف على قدرته في فرض إرادته و شروطه التعاقدية على المستهلك، التي غالبا ما تكون تعسفية، فما المقصود إذن بالشرط التعسفي الذي قرر المشرع للمستهلك حماية خاصة منه.(الفرع الأول)

إن تحديد مفهوم شامل للشرط التعسفي لا يتأتى فقط من خلال عرض تعاريفه المختلفة من قبل التشريع و الفقه، و إنما ينبغي إيجاد معيار محدد يتم على أساسه تقدير الطبيعة التعسفية للشرط، و تتجلى أهمية تحديد المعايير التي يعتبر بموجبها الشرط تعسفيا من عدمه، في توسيع الحماية القانونية للمستهلك في مواجهة هذه الشروط، و كذا توحيد أحكام القضاء في هذا المجال، تجنباً للمساس باستقرار المعاملات الاستهلاكية.(الفرع الثاني)

الفرع الأول : تعريف الشرط التعسفي

يقصد بمصطلح التعسف من الناحية اللغوية الاستخدام السيئ، و إصطلاحاً هو إنحراف الحق عن غايته على وجه غير مشروع، أما في المجال القانوني فيعني " الاستخدام الفاحش[3] لميزة قانونية "[1] (le mauvais usage d'une prérogative juridique).

---

[1] - J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, op. cit., n° 22, p. 20 : « même si les clauses ont fait l'objet d'une négociation individuelle, le professionnel peut abuser le consommateur, soit en profitant de sa puissance économique, soit en en profitant de la faiblesse (économique ou d'autre) du consommateur, il convient donc de protéger quelle que soit la forme du contrat, les contractants en position d'infériorité.»

[2] -V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, op. cit., n° 3, p. 4.

[3] - J.-P. BOUSCHARAIN, *Le bilan de 22 ans de lutte contre les clauses abusives*, http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_conso/atelier20b.htm : "Étymologiquement, le terme abus signifie " mauvais usage ". Selon cette première approche, la clause abusive aboutirait à un mauvais usage contractuel, et s'écarterait par conséquent du " contractuellement convenable "

ينبغي التمييز في هذا السياق، بين المقصود بالتعسف و الإجحاف، ذلك أنه قد ثار خلاف كبير حول الفرق بين التصرف التعسفي و المجحف، فالتصرف التعسفي هو الذي يترتب عليه تحويل الحق عن وظيفته، و على العكس من ذلك فإن التصرف المجحف لا يحول الفعل أو الحق عن وظيفته الاجتماعية العادية، و لكنه فعل أو تصرف غير مقبول[2].

كما ينبغي التمييز بين التعسف في إستعمال الحق[3] و التجاوز، حيث يقصد بالتعسف في استعمال الحق[4] هو استعمال الشخص لحقه بقصد الإضرار بالغير، أي أن صاحب الحق له أن يستعمل حقه كما يشاء، و لكن دون قصد الإضرار بالغير، فإذا قصد ذلك يكون متعسفا[5]، و على العكس من ذلك، يقصد بالتجاوز استعمال و استغلال الشخص لحقه متجاوزا الحد المألوف فيحدث ضررا للغير، فالتجاوز إذن يكون في حالة تعدي الشخص حدود ملكه أي حدود حق الغير.

إن التجاوز هو خروج عن حدود الحق، أي تجاوز للسلطة الممنوحة للشخص، و بالتالي يصبح العمل خارج الحق، فيعد ذلك إعتداءاً أو إستعمالاً لما ليس حقاً، أما التعسف في استعمال الحق فهو انحراف في مباشرة سلطة من السلطات الداخلية في حدود الحق، أي أن صاحب الحق يعمل داخل حقه لا يخرج عنه، و لكن يتعسف في استعماله[6]، فليس هناك تعدي على حق الغير و لكن يستعمل الشخص حقه على وجه غير مشروع - أي أن الحق مشروع لكن إستعمل إستعمالاً غير مشروع - لذا يعتبر التعسف أكثر شخصية، أما التجاوز فهو أكثر موضوعية، غير أنه أحيانا قد يكون التجاوز تعسفا، كما قد يكون التعسف تجاوزا، و في كلتا الحالتين هناك شيء مضاف إلى الممارسة العادية للحق[7].

---

[1]- أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994، ص. 50.

[2]- السيد محمد سيد عمران، المرجع السابق، الهامش رقم 2، ص. 32.

[3]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، رقم 517، ص. 416 و 417 : " ينبغي عدم الخلط بين مفهوم كل منهما، إذ يعتبر التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ التقصيري، يترتب عليه نشوء المسؤولية التقصيرية و تخرج بالتالي من نطاق العقد حتى لو كان تعسفا متصلا بالتعاقد، أما الشرط التعسفي بإعتبار أنه مدرج في عقد فأحكامه تدخل في المجال العقدي و ليس التقصيري."

[4]- لقد حدد المشرع الجزائري الحالات التي يكون فيها التعسف في إستعمال الحق تعسفاً في المادة 41 مكرر من ق.م.ج.

[5]- إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها و قضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2، 2002، ص. 39 و 40.

[6]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج. 2، د.م.ج.، الطبعة 1999، ص. 110 و 111.

[7]- السيد محمد سيد عمران، المرجع السابق، الهامش رقم 2، ص. 32.

يقصد بالشروط التعسفية طبقا للتشريع الفرنسي[1] تلك الشروط : " التي يكون هدفها أو أثرها إحداث ضرر لغير المحترف أو المستهلك نتيجة الاختلال الظاهر بين التزامات و حقوق أطراف العقد "، خلافا لذلك، وسعت بعض التشريعات من مفهوم الشرط التعسفي، كالتشريع الألماني الذي يستدل على التعسف من خلال غياب حسن النية، حيث عرف الشروط التعسفية على أنها : " تلك الشروط التعاقدية التي حررت مسبقا لعدد كبير من العقود، و التي يفرضها المشترط على الطرف الآخر، فيتضرر هذا الأخير بصفة مفرطة، لأنها تخالف مبدأ حسن النية أو الأحكام التنظيمية."

يستخلص من هذا التعريف، أن المشرع الألماني قد تمسك بمبدأ حسن النية في التعاقد، لتقدير الطابع التعسفي للشرط التعاقدي، حيث ربط تعسف هذا الشرط المحرر مسبقا، و تضرر المتعاقد منه بمخالفته لهذا المبدأ.

على إثر تبنيه للتوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية، عدل المشرع الفرنسي أحكام المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك، و هكذا أصبح تعريفه للشرط التعسفي متفق مع التعريف الذي أوردته التوجيهة الأوروبية[2]، التي نصت على أنه : عرف المشرع الجزائري الشرط التعسفي[3] على أنه : " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد "، و يستخلص من هذا التعريف أن المشرع قد عرف الشرط التعسفي من خلال الآثار المترتبة عنه، ألا و هي إحداث اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق و التزامات الأطراف.

و يلاحظ أنه بالرغم من تبني المشرع الفرنسي لمفهوم الإختلال الظاهر كمعيار لتحديد الشرط التعسفي، غير أنه لم يأخذ بالعنصرين اللذين إشترطتهما هذه التوجيهة، ألا و هما : المفاوضات الفردية و مبدأ حسن النية.

لقد أحيط تعريف الشروط التعسفية باهتمام كبير من قبل الفقهاء، و ذلك من عدة زوايا، فمن حيث المصدر يرى البعض[4] بأن المقصود بالشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف و يسمح بحدوثه، و من حيث الطبيعة، فقد عرفه البعض[5] على

---

[1] - Art. L.132-1 al. 1 c. consom. f. modi. par loi n° 95-96 du 01 février 1995 : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. ».

[2] - Art. 3 al. 1 Directive C.E.E. n° 95-13, 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs : «Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat.»

[3]- المادة 3 الفقرة 6 من القانون رقم 04-02 سالف الذكر.

[4] - O. CARMET, op. cit., p. 19.

[5]- أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 212.

أنه الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف و نزاهة و حسن نية و مع روح الحق و العدالة، أما من حيث الآثار، فهو الشرط الذي يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته، الأمر الذي يؤدي إلى إحداث اختلال في توازنه.

تتميز عقود الاستهلاك بوجود تفاوت ظاهر في القدرة العلمية و الاقتصادية بين أطرفها، لذلك يعتبر تعسفيا، كل شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن ظاهر بين حقوق و التزامات كل من المستهلك و المحترف في عقد الاستهلاك، و ذلك نتيجة استخدام المحترف لقوته الاقتصادية و المالية في مواجهة المتعاقد معه و هو المستهلك، الذي يوجد في مركز عدم المساواة الفنية و القانونية و الاقتصادية في مواجهة الطرف الآخر."

لقد اعتبر بعض الفقه[1] من قبيل التعسف، الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، و الذي يمنح له ميزة فاحشة عن الطرف الآخر، أو هو ذلك الشرط الذي يترتب عليه تجريد الالتزام الأساسي للعقد بالنسبة للمحترف من أي محتوى أو مضمون.

كما عرف جانب آخر[2] الشرط التعسفي بأنه : " شرط يفرضه المحترف على المستهلك، مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، مما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي، من جراء هذا الشرط المحرر مسبقا من جانب واحد بواسطة المحترف، و يقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض، سواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثراً من آثاره."

تأسيسا على ما سبق، يمكن تعريف الشرط التعسفي الوارد في عقود الاستهلاك بأنه : " بند في العقد يؤدي إلى اختلال توازنه العقدي، اشترطه طرفه القوي بما له من سلطة اقتصادية بهدف تحقيق ميزة فاحشة له، على حساب الطرف الآخر دون وجه حق "[3].

يميل جانب من الفقه[4] إلى التفرقة بين نوعين من الشروط التعسفية، النوع الأول يشمل الشروط التعسفية بذاتها، و هي تلك الشروط التي يظهر فيها التعسف منذ إدراجها في العقد، و تكشف عنها ذات ألفاظها، فتأتي متناقضة مع جوهرها، أما النوع الثاني فيتضمن الشروط التعسفية بحكم إستعمالها، و هي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد، و لكن عند تطبيقها أو تنفيذها، و ذلك نتيجة التمسك بحرفيتها و عدم مراعاة روحها.

---

[1] - V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 140, p. 134.

[2]- أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 215.

[3] - O. TOURNAFOND, *Les clauses abusives relatives à l'inexécution du contrat*, Etudes juridiques, n° 7, 2000, p. 129.

[4]- عبد الحكم فوده، المرجع السابق، رقم 237، ص. 435 و 436.

ينبغي الإشارة في هذا الصدد، إلى أن الشروط التعسفية التي تشملها الحماية القانونية تتعلق فقط بالنوع الأول، و هي الشروط التعسفية في ذاتها أو بطبيعتها، إذ يتضح من النص القانوني أن الحماية تقتصر فقط على تلك الشروط التي تكون متضمنة في عقد إذعان، بمعنى أن التعسف كان عند إبرام العقد أي منذ إدراجها فيه، و ليس عند تنفيذه، بناء على ذلك يعرف الشرط التعسفي على أنه : " الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة، و هذه الصفة نسبية، يختلف مفهومها بحسب البيئات و المجتمعات المختلفة، و أمر تقديرها متروك لقاضي الموضوع، دون رقابة من محكمة النقض."

لذلك يدخل في نطاق الشروط التعسفية على سبيل المثال، شروط الإعفاء من المسؤولية أو الإعفاء من الضمان القانوني، كضمان العيوب الخفية أو ضمان التعرض، و الشرط الذي يمنح الطرف القوي حق التعديل في الخدمة أو في مواصفات السلعة دون تعديل الثمن، و شرط عدم تحديد موعد التسليم و تركه لمحض إرادة الطرف القوي، و المبالغة في الشرط الجزائي الذي يوقع على الطرف المذعَن وحده (غير التبادلي)، و عموما الشروط التي تتعارض مع محتوى العقد و تؤدي إلى حرمان الطرف المذعَن من حقوقه لمصلحة الطرف القوي و غيرها[1].

ترد الشروط التعسفية بصفة خاصة في عقود الإذعان و العقود النموذجية، التي يتولى إعدادها مسبقا متخصصون يتمتعون بالتفوق الاقتصادي و الكفاءة الفنية، و قد تبدو وفقا للقواعد العامة شروطا عادية لا تمس بسلامة الرضا، و لكنها في حقيقتها مجحفة و ظالمة، ترهق المستهلك و تثقل من التزامه، و إذا كانت التشريعات تهدف إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية أو التخفيف من حدتها، فإنها تواجه صعوبة في تحديدها و الكشف عن مختلف مظاهرها.

تجدر الإشارة، إلى أنه لا ينبغي اعتبار الشرط التعسفي مرادفا للشرط غير المشروع، فبالرغم من أن هناك بعض الشروط التعسفية التي تعد غير مشروعة أي مخالفة للنظام العام، إلا أن الإشكال لا يطرح بالنسبة لهذه الشروط، ذلك أنه للتخلص منها يكفي على المستهلك إثبات طابعها غير الشرعي فقط، و على النقيض من ذلك، هناك العديد من الشروط المشروعة التي قد تكون تعسفية، إذا ما رتبت عدم توازن في العقد لصالح أحد الطرفين – العون الاقتصادي أو المحترف-، من هنا يظهر أن مسألة الحماية من الشروط التعسفية هي التي تطرح أكثر صعوبة[2].

---

[1]- حسام الدين كامل الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، ندوة حماية المستهلك في الشريعة و القانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998، ص. 17.

[2] - V. H. BRICKS, op. cit., n° 11, p. 09.

من خلال ما سبق، يمكن تحديد مميزات الشرط التعسفي في ما يلي:

1 - أن لا يكون الشرط خاضعا للمفاوضة الفردية.

2 -أن يترتب عن الشرط عدم توازن أو تكافئ بين الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العلاقة العقدية.

3 -أن يكون الشرط مكتوبا بصفة مسبقة دون أن يكون للمستهلك أي تأثير في محتوى أو مضمون العقد.

الفرع الثاني : معيار تحديد الطابع التعسفي للشرط

يختلف المعيار الذي يتم الاستناد عليه لتحديد الطابع التعسفي للشروط بإختلاف التعريفات التي تبنتها التشريعات، فبالنسبة التشريع الفرنسي كان قد إعتمد في البداية على معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للحصول على ميزة مفرطة(أولا)، ثم تراجع عن ذلك بتبنيه لمعيار الاختلال الظاهر بين حقوق و التزامات المستهلك و المحترف، و هو ذات المعيار الذي إعتنقه المشرع الجزائري.(ثانيا)

أولا : معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للحصول على ميزة مفرطة

من خلال استقراء فحوى النص القانوني القديم[1]، الذي يقضي بأنه : " في العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين، تعتبر تعسفية الشروط التي تبدو مفروضة بواسطة المحترف على غير المحترف أو على المستهلك، نتيجة التعسف في استخدام التفوق الإقتصادي (abus de puissance économique) و تسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها"، يستخلص أنه يوجد عنصران هامان لاعتبار الشرط تعسفيا وهما : قيام المحترف بناء على سلطته الاقتصادية باستغلال حاجة المستهلك، و

[1]- المادة 35 فقرة 1 من قانون رقم 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام و حماية المستهلكين، حيث نص المشرع الفرنسي على الشرط التعسفي بالفعل أو التصرف الذي يمنح المحترف ميزة مفرطة.

الأثر المترتب على هذا الاستغلال، و هو حصوله على ميزة فاحشة على حساب المستهلك.

1 -التعسف في استعمال القوة أو السلطة الاقتصادية للمهني :

يتبين مما سبق، أن المشرع الفرنسي يضفي الطابع التعسفي على الشرط الذي يفرض على المستهلك أو غير المحترف من قبل المحترف نتيجة تعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة.

بمفهوم المخالفة، يعد الشرط تعسفيا إذا كانت الميزة المجحفة الممنوحة للمحترف ناتجة عن تعسفه في استعمال سلطته الاقتصادية، و هو ما يعرف بالتعسف في استعمال السلطة التعاقدية، و يتم استخلاص هذا الشرط من الصفة الخاصة بأطراف العقد لذلك يوصف هذا المعيار بأنه شخصي، حيث أن خضوع المستهلك لضغوط عملية هو الذي يجعله يقبل بمثل هذه الشروط، فهذه الأخيرة غالبا ما تفرض على المستهلك من قبل المحترف الذي يسيطر على العقود خاصة التي يتم إعدادها مسبقا لينضم إليها المستهلك.

يمكن تعريف الشرط التعسفي وفقا لهذا المعيار بأنه ذلك الشرط الذي يعرضه المحترف على المستهلك أو غير المحترف، و يقوم على التعسف في استعمال القوة الاقتصادية كما يؤدي إلى استفادة المحترف بمزايا مبالغ فيها.

ذهب بعض الفقه[1] إلى أن المقصود من التعسف في استعمال القوة الاقتصادية هو تعسف في الموقف المستخدم في نطاق إبرام التصرفات القانونية، تمييزا له عن التعسف في استعمال الحق المعروف في القواعد العامة، و الذي يعني تجاوز الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية، و ذلك نظرا لما يملكه المحترف من تفوق اقتصادي و علمي بالمقارنة مع المستهلك، الأمر الذي تتضح معه مظاهر استغلال المحترف لحاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة، و بالتالي يتيح إمكانية فرض شروطه عليه، لكونه لا يملك إلا قبول التعاقد أو رفضه، دون أن تتوافر لديه أي إمكانية حقيقية لمناقشة هذه شروط، و ما يؤدي إليه ذلك من انعدام القدرة على الاختيار[2].

غير أن هذا المعيار يثير تساؤل حول مدى أهمية التعسف في استعمال القوة الاقتصادية كأساس لتقدير الطابع التعسفي للشرط؟ بتعبير آخر، هل يمكن للمحترف فرض شروطه التعسفية على المستهلك لمجرد أنه الأقوى اقتصاديا؟ و على أي أساس يتم تقدير التعسف في استعمال القوة الاقتصادية؟

[1] - V. J. GHESTIN, *L'abus dans les contrats*, Gaz. Pal., 1981, 2, doc., p. 379.
[2] - V. PH. STOFFL MUNCK, op. cit., p. 302.

إعتبر بعض الفقه[1] أن التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية هو تعسف في ممارسة سلطة واقع - من خلال التحرير المنفرد للعقود النموذجية التي تعد ضرورة لا غنى عنها - و ليس تعسفا في استعمال حق يمتلكه الشخص، مما يؤدي إلى استبعاد تكييف الشروط التعسفية على أنها مجرد تطبيق للتعسف في استعمال الحق.

يعد معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية بدون جدوى من الناحية العملية في نظر بعض الفقه[2]، ذلك أن القوة التي يتمتع بها المحترف، غالبا ما تكون نتيجة السيطرة الفنية و التقنية أكثر منها اقتصادية، و أن هذا التفوق الفني هو الذي يمكن المحترف من فرض شروطه التعسفية، نظرا لخبرته في إبرام العقود والصفقات، و معرفته بالالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، و إمتلاكه للوسائل التي تمكنه من تخفيف إلتزاماته و فرض الشروط التي تحقق مصالحه على حساب الطرف المتعاقد معه، الأمر الذي أدى بالمشرع الفرنسي إلى إلغاء هذا المعيار.

تأسيسا على ما سبق، يعتبر البعض[3] أن هذا المعيار يتسم بالغموض وعدم الدقة، خاصة و أن القوة الاقتصادية للمحترف تقدر على أساس حجم المشروع الذي يستغله و الوسائل التي يمتلكها في ممارسة نشاطه، غير أن القوة الاقتصادية ليست دائما ملازمة للمشروعات الكبرى و القوية اقتصاديا، فضخامة المشروع لا تعني دائما القوة الاقتصادية، فقد يتمتع تاجر صغير باحتكار محلي يجعله يتمتع بقوة اقتصادية تماثل قوة مشروع اقتصادي.

أمام هذا الغموض حاول الفقه البحث عن المقومات التي تكشف عن القوة الاقتصادية للمحترف، حيث ذهب رأي[4] إلى أن المؤشر على السلطة أو القوة الاقتصادية للمحترف يظهر ابتداء من لحظة وجود الشرط في العقد الذي يؤدي إلى نشوء عدم تعادل جسيم، غير أن ذلك غير كافي لاعتبار هذا الشرط باطلا.

يتميز الوضع الاقتصادي للمحترف بالتفوق المهني، بعيدا عن حالات الاحتكار الذي يكون كبير في المجال التقني، نظرا لما يتمتع به المحترف من خبرة في إطار التصرفات التي تدخل في نطاق مهنته، من حيث علمه بالشروط المختلفة للعقد و بالمخاطر المتكررة، كما أنه غالبا ما يستند على شروط معدة مسبقا من قبل المنظمات المهنية، مما يبرز هذا التفوق بصورة أكبر.

---

[1]- أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 217.

[2]- عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني و المقارن، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة ، الطبعة الأولى، عمان، 2002. ص. 141.

[3] - V. P. GODE, *Protection des consommateurs, Clauses abusives*, R.T.D. Civ. 1978, p. 744.

[4]- أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 218.

لتوضيح مفهوم الوضع الاقتصادي للمحترف ينبغي الرجوع إلى قانون المنافسة المشروعة لمقارنته بتعسف النفوذ الاقتصادي المسيطر فيها، حيث يقصد بالهيمنة الاقتصادية : " تلك القوة الاقتصادية التي تحوز عليها مؤسسة و التي بموجبها تستطيع إعاقة المنافسة الفعلية في السوق، و انتهاج سلوك يتسم بقدر كاف من الاستقلال إزاء منافسيها و عملائها و أخيرا إزاء المستهلكين"[1]، و هكذا، يسمح هذا الوضع المسيطر للمستفيد منه بالتأثير عن طريق نفوذه على منافسيه و إجبارهم على الخضوع له.

أما التعسف فيظهر من خلال الوضع المسيطر و الناتج بدوره عن حصول المحترف على شروط ملائمة له بصورة مبالغ فيها[2]، و بذلك يتضح أن مفهوم التعسف في استخدام السلطة الاقتصادية في نطاق قانون المنافسة يتجاوز بشكل كبير جدا نطاق الشروط العقدية المفروضة.

إضافة إلى ذلك فإن وضع المستهلك ذاته، يصلح كمؤشر لتقدير النفوذ الاقتصادي، إذ غالبا ما يستغل المحترف وضعية المستهلك لكونه في مركز ضعف لا يسمح له بوجود خيارات متعددة تمكنه من مناقشة شروط العقد، فهو إما يتعاقد أو يرفض ذلك، و بناء على ذلك يفرض المحترف عليه شروطه من منطلق نفوذه و تفوقه الاقتصادي.

2 ـ الميزة المفرطة والمتجاوزة التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد :

ذهب المشرع الفرنسي[3] إلى تحديد الطابع التعسفي للشرط من خلال ما يحصل عليه المحترف من نتيجة، فلا يعتبر الشرط تعسفيا إلا إذا منح هذا الأخير ميزة فاحشة (l'avantage exessif) [4]، غير أنه لم يحدد رقما معينا تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا لإبطال بعض العقود إذا بلغ حدا معينا، و لذلك فإن هذا المعيار لا يصلح بمفرده كمعيار لتحديد وصف الشرط التعسفي، نظرا لعدم وضوحه، و عدم تحديده برقم معين[5].

---

[1]- محمد شريف كتو، حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مجلة الادارة، عدد 23، 2002، ص. 61.

[2] -V. J. P. GRIDEL, *Remarques de principes sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives*, D. 1984, chron., p. 153.

[3]- لقد كان مشروع القانون القديم (المادة 35 من القانون 23-78 المذكور سالفا) المقدم من الحكومة ينص على معيار عدم التوازن الظاهر، و لكن تم استبعاد هذه الصيغة لاختلاطها بفكرة الغبن، و تم الاحتفاظ آنذاك بمفهوم الميزة المفرطة.

[4]- V. Cass. Civ. 1re, 6 janvier 1994, J.C.P. 1994, édi. G., II, n° 22237 ; T.G.I. Brest, 21 déc. 1994, R.T.D. Civ. 1995, p.360, obs. J. MESTRE.

[5]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 129.

لذلك عرف بعض الفقه[1] الميزة الفاحشة بأنها : مقابل مغالى فيه مفروض بواسطة شرط أو شروط عديدة مخالفة للقانون المدني أو القانون التجاري.

يعد هذا المعيار موضوعي يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمحترف، تؤدي بالضرورة إلى اختلال التوازن العقدي بين الحقوق و الالتزامات المترتبة عن العقد، مهما كان نوع هذه المزايا مادام أن النص القانوني[2] لم يشر إلى أي نوع من أنواع المزايا نقدية أو غير نقدية، لذلك يؤكد بعض الفقه[3] بأن معنى الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد لا تتعلق فقط بثمن السلعة، بل تعني كذلك الالتزامات الملقاة على عاتق المستهلك، أو عن طريق التخفيف من التزامات المحترف،أي أنها ليست ذات الطابع المالي فقط، كما أن الميزة المفرطة قد تعني انعدام سبب العقد و لو جزئيا، لذلك يجب أن يؤخذ في الاعتبار المنفعة التي حصل عليها المحترف نتيجة للشرط الوارد بالعقد.

يثير هذا المعيار من ناحية مسألة الغبن، حيث تقترب فكرة الميزة المفرطة من فكرة الغبن كما هي معروفة في القواعد العامة من حيث ترتيب الفكرتين لضرر مباشر يمس بالعدالة العقدية و يؤدي إلى عدم التوازن بين حقوق و التزامات المتعاقدين، و ذلك بالرغم من اختلاف محل كل منهما، حيث ينصب محل الغبن على الثمن، بينما في الشروط التعسفية ينصب على الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد[4].

على إثر ذلك ذهب بعض الفقه الفرنسي[5]، إلى اعتبار أن مسألة تقدير الصفة التعسفية للشرط، لا يجوز أن تتعلق بمحل العقد أو موضوعه الأساسي أو الثمن، إنما تتعلق بما يترتب عن هذا الشرط من اختلال توازن كبير بين الحقوق و الالتزامات الواقعة على طرفي العقد، و هو ما يميز أساسا الشرط التعسفي عن الغبن.

و من ناحية أخرى، اتجه جانب آخر من الفقه[6] إلى عدم حصر هذه الميزة المجحفة المجحفة في هذا المجال الضيق، و إنما ينبغي النظر إليها من حيث الأثر الذي تخلفه في

---

[1]- أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 223.

[2]- المادة 35 من القانون الفرنسي رقم 23-78 المؤرخ في 10 جانفي 1978، و الجدير بالذكر أن هذه المادة ألغيت و حلت محلها المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، لكنها أبقت على نفس المعيارين، غير أنه بعد تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم 95-96 المؤرخ في 01 فيفري 1995، تم استبدل هاذين المعيارين بمعيار الإخلال الظاهر بين الحقوق و الالتزامات بين طرفي العقد.

[3]- بالرجوع إلى قائمة الشروط التعسفية الواردة في المادة 55 من القانون رقم 23-78 الملغى، يلاحظ أن الكثير منها ذات طابع مالي، مثل الشروط المتعلقة بالأسعار و كيفيات الدفع، كما أنها لا تخلو من شروط أخرى ليست ذات طابع مالي مثل الشروط المتعلقة بتسليم و شروط السلعة، و انفساخ و تجديد العقد.
أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 222.

[4] - V. J. GHESTIN, Traité du droit civil, les obligations, Le contrat, Formation, 1re édi., L.G.D.J., 1980, P. 686.

[5] - V. M. BRUSCHI, *L'amélioration de la protection du consommateur*, LAMY, droit économique, n° 145, nov. 2001, édi. 2002, p. 20.

[6] - V. J. P. GRIDEL, op. cit., p.158.

العقد، و هو عدم التوازن بين حقوق و التزامات طرفيه، و ذلك من أجل تحقيق حماية أشمل للمستهلك.

في الواقع توجد صعوبة في تحديد أو تقدير الميزة المفرطة الناشئة عن الشرط التعسفي، و عليه يطرح التساؤل فيما يخص كيفية تقدير الميزة المفرطة، فهل تتحدد صفة التعسف للشرط بالنظر إلى هذا الشرط منعزلا عن غيره من الشروط، أم من خلال النظر إلى بنود العقد في مجمله؟

يتفق الفقه الراجح مع موقف المشرع الفرنسي[1] الذي يعتد بكل العقد في تحديد صفة التعسف، و كذا الملابسات المحيطة به، بمعنى آخر وجوب النظر إلى جميع الشروط التعاقدية لتقدير عدم التوازن العقدي، ذلك أنه لا يجب في رأي بعض الفقه[2] تقدير المنفعة أو الميزة التي حصل عليها المحترف والوضع المتميز له دون مراعاة مضمون العقد الذي تضمن الشرط الذي يمنح هذه المنفعة ، وغيره من العقود الأخرى المرتبطة بذلك العقد.

فالعقد كيان واحد يستلزم النظر إلى الالتزامات المتقابلة في مجملها حتى يتسنى تقدير عدم التوازن في الالتزامات العقدية الناجم عن تمتع أحد الطرفين بمزايا مبالغ فيها[3]، فمن غير المنطق اعتبار الشرط تعسفيا لمجرد أنه يمنح بعض المزايا لأحد الأطراف، فقد يبدو الشرط تعسفيا ولكنه يكون مبررا إذا تم النظر إليه في ضوء مجموع شروط العقد، إذ يمكن أن يتضمن العقد شرط آخر يعطي المتعاقد الآخر مزايا تعيد التوازن إلى العقد[4]، فمثلا قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المحترف، تخفيض ثمن السلعة المعروض على المستهلك.

قد يبدو هذا المعيار ناجحا من الناحية النظرية، خاصة إذا كانت الاداءات المتقابلة من طبيعة واحدة، لكنه يطرح صعوبات عملية، تكمن في تقدير التوازن بين التزامات أي الأداءات المتقابلة من طبيعة مختلفة[5]، فضلا عن ذلك فإن تقدير المزايا المبالغ فيها و و الاختلال العقدي الناجم عنها من خلال النظر إلى العقد في مجمله يؤدي إلى قصر تلك المزايا على المزايا النقدية.

على ذلك، يمكن تعريف الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك بأنه كل شرط في العقد يؤدي إلى اختلال توازنه، و الذي يشترطه الطرف القوي بما له من سلطة اقتصادية بهدف تحقيق ميزة مجحفة له على حساب الطرف الآخر الأضعف اقتصاديا.

---

[1]- الفقرة 5 من المادة L 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي قبل تعديلها.

[2] - V. O. CARMET, op. cit., p. 17 et 18 ; J. P. GRIDEL, op. cit., p. 152.

[3] -V. H. BRICKS, op. cit., n° 11, p. 10.

[4] -V. J. MESTRE, *Des notions de consommateur*, R.T.D. Civ, 1989, p. 62.

[5]- مثال ذلك، أن يضمن العقد شرط يقضي بتحديد مسؤولية المحترف من جهة، و من جهة أخرى شرط آخر يعطي المستهلك الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة.

يرى جانب من الفقه الفرنسي[1] أن معياري الشرط التعسفي أي استعمال القوة الاقتصادية للمهني، وحصول المهني بسبب هذا الشرط على ميزة مفرطة أو مجحفة بالمستهلك، هما في الحقيقة معيارين متحدين و مرتبطان ارتباط السبب بالنتيجة، فالميزة المتجاوزة أو المفرطة التي يحصل عليها المحترف هي نتيجة للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها هذا الأخير، فالميزة المفرطة تفترض التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، وهكذا فإن أحد المعيارين يعد نتيجة طبيعية للمعيار الآخر، كما يستفاد من مضمون النص القانوني، أن معيار الميزة المفرطة لوحده غير كافي لوصف الشرط بالطابع التعسفي، و إنما يتطلب أن يكون هذا الشرط مفروض على المستهلك بسبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه و نفوذه الاقتصادي.

على هذا الأساس، ينفرد قاضي الموضوع بتقدير الميزة المفرطة في كل حالة على حدا حسب ظروفها، باعتبار أنها مسألة واقع لا مسألة قانون، لا يخضع فيها لرقابة المحكمة النقض.

إزاء هذه الانتقادات التي وجهت لهذين المعيارين من قبل الفقه، تدخل المشرع الفرنسي و تبنى صراحة موقف التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية، حيث استبدال هذا المعيار المزدوج أي التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للحصول على ميزة مفرطة، بمعيار واحد يتمثل في الإخلال الظاهر بين الحقوق و الالتزامات طرفي العقد[2].

ثانيا : معيار الاختلال الظاهر بين حقوق و التزامات المستهلك و العون الاقتصادي

يستشف من فحوى التعريف القانوني للشرط التعسفي، أن المشرع الجزائري قد تبنى معيار الإختلال الظاهر (le déséquilibre significatif) بالتوازن بين حقوق و التزامات طرفي عقد الاستهلاك، و هما المستهلك و العون الاقتصادي.

بناء على ذلك، يتضح أنه ينبغي لوصف الشرط على أنه تعسفي، أن يترتب عن وجوده في عقد الإذعان إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق و التزامات أطراف العقد، مما يعني أن الطابع التعسفي للشرط يرتبط بمدى توافر الخلل بين حقوق و التزامات طرفي

[1] - O. CARMET, op. cit., p. 16.
[2]- V. N. SAUPHANOR, op. cit., n° 555, p. 359.

العقد، و بالتالي لا يهم أن يكون المحترف حسن أو سيء النية، كما لا يشترط وجود تعسف في إستعمال القوة الاقتصادية من قبله، الأمر الذي يؤدي إلى توسيع الحماية من الشروط التعسفية[1].

يظهر الاختلال بين طرفي عقد الاستهلاك نتيجة امتلاك العون الاقتصادي أو المحترف السلطة الاقتصادية التي بموجبها يملك توجيه إرادة المستهلك للتعاقد معه تلبية لحاجاته الأساسية أو الثانوية من السلع أو الخدمات، و من ثم يجد المستهلك نفسه في مواجهة طرف أقوى، مما يؤدي لفرض هذا الأخير لشروطه على المستهلك الضعيف، و الذي لا يملك رفضها نظرا لوضعية المحترف المتميزة سواء الاقتصادية أو القانونية من جهة، و لاحتياجاته الملحة لهذه السلع أو الخدمات التي يقدمها المحترف من جهة أخرى.

إن الشرط التعسفي هو الذي يحدث اختلال في التوازن العقدي بين حقوق و التزامات الطرفين في العقد مبرم بين المستهلك و المحترف[2]، بمعنى أن إدراج الشرط التعسفي في العقود يؤدي إلى إحداث إختلال ظاهر بين التزامات و حقوق الطرفين، و بالتالي فإن هذه الشروط في حقيقتها إما تزيد من حقوق العون الاقتصادي أو المحترف، و في المقابل تحرم المستهلك من حقوقه، و إما تخفف من التزامات المحترف و في المقابل تثقل من التزامات المستهلك.

طبقا لمعيار الإختلال الظاهر يتعين على القاضي مراعاة أثر الشرط على التوازن العقدي لتحديد ما إذا كان هذا الشرط تعسفي أم لا، دون الإهتمام بسبب هذا الإختلال سواء كان ناتجا عن تعسف في إستعمال القوة الاقتصادية أم لا، لذلك لم يعد تقدير الطابع التعسفي للشرط يقوم على معيار شخصي، و إنما موضوعي[3].

لقد إستوحى المشرع الجزائري هذا المعيار من نظيره الفرنسي[4]، الذي استمده بدوره من التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية المذكورة أعلاه[5]، غير أنه يستشف من تعريفه للشرط التعسفي عدم أخذه بمسألة غياب المفاوضات الفردية لشروط العقد و مبدأ حسن النية الوارد ذكرهما في التوجيهة، حيث إقتصر فقط على معيار

---

[1]-V. D. BAKOUCHE, op. cit., n° 23, p. 23.

[2] - V. L. RIGAUD, op. cit., p. 130.

[3] -V. D. BAKOUCHE, op. cit., n° 23, p. 23.

[4]- المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدلة بموجب القانون رقم 95-96.

[5]- بموجب القانون رقم 95-96 المؤرخ في 01 فيفري 1995 الذي نص على إدماج التوجيهة الأوروبية رقم 93-13 الصادرة في 05 أبريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في قانون الاستهلاك الفرنسي، تم تبني معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق و الالتزامات بين الطرفين.

الاختلال الظاهر بين حقوق و إلتزامات المتعاقدين المترتب عن إدراج الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك[1].

يلاحظ في هذا الصدد، أن المشرع البلجيكي[2] هو الوحيد الذي إستند على معيار الإختلال التعاقدي قبل إعتناقه للتعليمية الأوروبية، حيث عرف الشرط التعسفي على أنه : " كل شرط لوحده أو مرتبط بشرط آخر أو شروط أخرى، من شأنه أن ينشأ عدم توازن ظاهر بين حقوق و إلتزامات الأطراف."

وفقا لهذا المعيار يتحقق وجود الطابع التعسفي للشرط في عقود الاستهلاك، من خلال توافر الاختلال الظاهر بين حقوق و التزامات طرفي العقد[3]، و في الواقع يعتبر هذا المعيار عام و يصعب تميزه[4]، فهو يميل إلى مفهوم عدم التوازن العقدي الذي يعتبر في حد ذاته مفهوم واسع[5].

يرى بعض الفقه[6] أن نظرة المشرع الفرنسي الحديثة إلى الشروط التعسفية قد تجاوزت المعيار الذي يقصر أثر الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك التي ترتب ميزة مجحفة و مفرطة للمحترف، ليحل محله معيارا آخر و هو الإخلال الظاهر بين حقوق و التزامات طرفي العقد، و ذلك راجع لكون أن الشروط التعسفية ترتبط أساسا بإختلال ظاهر بين الحقوق و الالتزامات بين طرفي العقد، على نحو يلحق الضرر بالمستهلك.

بينما إعتبر البعض الآخر[7] أن معيار الإخلال الظاهر ليس سوى ترديدا لمعيار الميزة المفرطة،- إذ لا يوجد فرق بينهما من حيث الموضوع -، و الذي يقترب بدوره من فكرة الغبن وفقا لنظريته المادية، حيث تبنى هذا المعيار فكرة الغبن المجرد أي النظرية المادية للغبن، من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة، غير أن معيار الإخلال الظاهر يختلف عن الغبن من عدة أوجه منها : عدم تحديده لعدم التكافؤ

---

[1] - PH. STOFFEL-MUNCK, op. cit. n° 366, p. 309 : « la qualification de clause abusive est essentiellement objective : le regard se porte sur la clause et non sur le contractant.»

[2]- المادة 31 من القانون البلجيكي الصادر في 14 جويلية 1991.

[3]- V. Cass. Civ. 1re 13 novembre 1996, Bull. Civ. I, n° 399, D. 1997, somm., p. 174, obs. PH. DELEBECQUE ; Cass. Civ. 1re , 26 mai 1993, D. 1993, p. 568, note G. PAISANT ; Cass. Civ. 1re, 7 juillet 1998, D. 1999, somm., p. 111, obs. D. MAZEAUD.

[4]- J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens*, op. cit., n° 60, p. 53.

[5]- V. J. BEAUCHARD, op. cit., p. 349 ; E. HONDIUS, *La directive sur les clauses abusives et les Etats membres de l'Union européenne*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996, n° 7, p. 596.

[6]- PH. STOFFEL MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, L.G.D.J., 2000, p. 307.

[7] - V. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, op. cit., p. 192 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, P.U.F., coll. Thémis droit privé, 22ème éd., 2000, n° 79, p. 161 ; J.-P. CHAZAL, *Clause abusive*, op. cit., n° 55, p. 11.

بين الأداءات المتقابلة برقم معين، و من حيث عدم اقتصاره على عدم التعادل في الثمن، و امتداده لمختلف الشروط التي يتضمنها عقد الإذعان، و من حيث عدم اقتصاره على المزايا المالية، كونه يشمل كذلك المزايا غير المالية.

تأكيدا على هذا الاختلاف بين فكرة عدم التوازن الظاهر و فكرة الغبن[1]، حرص المشرع الفرنسي على إضافة الفقرة 7 إلى المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك، التي نصت على أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد، و لا على تعادل الثمن مع السلعة أو الخدمة، و هذا تأكيد على أن الهدف من هذا النظام هو مكافحة مظاهر الاختلال في التوازن الملازم لشروط العقد، و ليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة[2].

فضلا عن ذلك، فإن مسألة تحديد أسعار السلع أو الخدمات تتم في الأصل عن طريق المنافسة الحرة، و ذلك وفقا لآليات السوق، مع مراعاة مصلحة المستهلك، كما أن المحل الرئيسي للعقد تراعى فيه إرادة الطرفين، مما يجنب المساس بالتوازن العقدي.
في هذا الصدد ذهب البعض إلى القول[3]، بأن المشرع الفرنسي قد عدَّل من مفهوم الشرط التعسفي تعديلا إصطلاحيا فقط دون المضمون، لأن إختلال التوازن بين الحقوق و الالتزامات ما هو إلا نتيجة لتعسف المحترف في استعمال سلطة اقتصادية للحصول على ميزة مفرطة.

ثالثا : **كيفية تقدير الطابع التعسفي للشروط**

إستند المشرع الجزائري في تقديريه لتحقيق التوازن العقدي لحقوق و إلتزامات العقد من عدمه - أي تقدير الطابع التعسفي للشرط- على مجموع شروط العقد، و يستشف ذلك من مضمون تعريف الشرط التعسفي، سواء كان هذا الشرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى في العقد.

لقد سعى المشرع الجزائري لتحقيق حماية للمستهلك من الشروط التعسفية بطريقة صارمة، حيث إكتفى حتى بوجود شرط واحد تعسفي من جملة شروط العقد لإعتباره يرتب إختلال بالتوازن العقدي، و بذلك يمكن القول أن وجود شرط واحد قد يكون كافيا

[1] -J. CALAIS-AULOY, *Clauses abusives : le concept* in Colloque "La Commission des clauses abusives en action : 30ème anniversaire", http://www.clauses-abusives.fr/colloque /index. htm : « Le concept de clause abusive est, en droit des contrats, distinct de celui de lésion. La lésion est un déséquilibre global entre l'objet et le prix. Une clause abusive revèle un déséquilibre inhérent à une clause particulière du contrat.

[2] - V. J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens*, op. cit., n° 59, p. 52.

[3]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 129.

للإخلال بالتوازن بين حقوق و إلتزامات طرفي العقد، كما قد توجد عدة شروط مجتمعة من شأنها أن تحقق خللا في التوازن في الآثار المترتبة عن العقد.

حدد المشرع الفرنسي عدة معايير لمساعدة قاضي الموضوع أثناء تقدير الطبيعة التعسفية للشرط محل النزاع، و إن كان يلاحظ أن هذه المعايير قد تم نقلها مباشرة من مضمون التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين[1] سالفة الذكر.

يتم تقدير الطابع التعسفي للشرط[2] بالنظر إلى وقت إبرام العقد، مع الأخذ بعين الإعتبار الظروف و الملابسات المصاحبة لإبرامه، و لا يمكن إضفاء الطابع التعسفي على الشرط بصفة منعزلة، و إنما بالنظر إلى مضمون العقد ككل، أي إلى الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد، باعتباره كلا لا يتجزأ، و عليه ينبغي النظر إلى الالتزامات المتقابلة في مجموعها من أجل اعتبار الشرط تعسفيا[3]، و التأكد من وجود اختلال في التوازن العقدي[4]، إذ لا يمكن أن يظهر تعسفه بمجرد قراءه، كما يقدر الطابع التعسفي بالاستناد على شروط واردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يرتبط فيه قانونا أحدهما بالآخر[5].

إن تقدير الطابع التعسفي لشرط وارد في عقد سبق إبرامه، يتم بالاستناد على معيار شخصي، أي ينبغي الأخذ بعين الاعتبار وضعية المستهلك المتعاقد و ظروف إبرامه للعقد، أما إذا تعلق الأمر بشروط عامة للعقد، دون الاستناد على عقد معين، فإن تقدير الطابع التعسفي للشرط يتم بطريقة مجردة وفقا لمعيار المستهلك العادي، و في ظل ظروف عادية لإبرام العقد[6].

---

[1] -V. Art. 4 du Directive C.E.E. n° 95-13, 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O.C.E., 21 avril 1993.

[2] - Art. L.132-1 al. 5 c. consom. f. : « le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre. »

[3] -S. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2e année, Les obligations*, Dalloz, 4ème éd., 2006, n° 209, p. 99 : « la clause abusive se caractérise donc par un critère purement objectif : le déséquilibre significatif induit au sein de la convention. Pour l'apprécier, le juge doit raisonner par apport à l'économie générale du contrats, en se placent au jour de sa conclusion.»

[4]- مثال ذلك الشرط الذي يمنح المحترف حق حل الرابطة العقدية، قد يظهر أنه تعسفي، و لكن إذا تضمن العقد شرط آخر يعطي المستهلك نفس هذا الحق فإن التعسف في هذه الحالة يختفي تماما.

[5]- كعقد القرض لأجل تمويل شراء سلعة و عقد البيع لهذه السلعة.

[6]- V. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, op. cit., n° 182,p. 192 et 193.

لقد وضع المشرع الفرنسي[1] إستثنائين على مسألة تقدير الطابع التعسفي، حيث أكد على أن صفة التعسف لا تتعلق بالمحل الأصلي للعقد، و لا على تناسب الثمن مع السلعة أو الخدمة المقدمة، و بذلك إستبعد نوعين من الشروط هما :

- الشروط التي ترد على تحديد المحل الرئيسي للعقد، ذلك لأن مضمون المحل الأساسي للعقد، ينبغي أن يتحدد بتوافق إرادة الطرفين.
- الشروط التي ترد على تحديد علاقة الثمن بالسلعة أو الخدمة المقدمة، ذلك أن تناسب أو عدم تناسب ثمن السلعة أو الخدمة موضوع العقد، لا يمثل عنصرا يدخل في تقدير البنود التعسفية، فالعبرة بوصف الشرط بالتعسفي، هو ترتيبه لاختلال ظاهر بين حقوق و التزامات المستهلك و العون الاقتصادي أو المحترف، لكن هناك بعض الاستثناءات في مجال العقود المتعلقة بالخدمات المالية.

بالإضافة إلى ذلك، لا يدخل ما هو متوقع من اختلال في التوازن بين الاداءات الاقتصادية في مجال الحماية القانونية، كما يخرج من نطاق الحماية من الشروط التعسفية بعض الشروط ذات الطبيعة التشريعية أو التنظيمية و التي تخلق أحيانا اختلال توازن ظاهر على حساب المستهلك[2].

إن التوازن الظاهر بين حقوق و إلتزامات طرفي العقد، الذي ينبغي تحققه لإعتبار الشرط تعسفيا، لا يمكن إن يكون ذو طابع إقتصادي، لأن الثمن لا يأخذ فيه بعين الاعتبار عند تحديده.

علاوة على ما سبق، منح المشرع الفرنسي للقاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي للشروط عند اللزوم وفقا لأحكام العامة للتفسير المنصوص عليها في القانون المدني[3].

عمليا لا يشكل تقدير الطابع التعسفي للشروط إشكالا بالنسبة للعقود النموذجية، ذلك أن الثمن محدد مسبقا و كذلك السلعة أو الخدمة، مما يسهل عملية تقدير الإختلال بين الحقوق و الإلتزامات، لذلك يسهل تطبيق هذا المعيار على العقود النموذجية، أما عقود المساومة فيصعب ذلك فيها[4]، خاصة و أن تقدير الطابع التعسفي للشرط في هذه العقود يقتضي أن يتم حالة بحالة، لذلك إتجه المشرع الفرنسي إلى منح السلطة التنظيمية سلطة

[1] -Art. L.132-1 al. 7 c. consom. f. : « l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert. »

[2] - V. JEAN CALAIS-AULOY et FRANK STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 180, p. 191.

[3]- المواد من 1156 إلى 1161 و 1163 و 1164 من ق.م.ف.

[4] -F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 9ème éd., 2005, n° 325-3°, p. 334.

تحديد الشروط التعسفية عن طريق المراسيم، بحيث تعتبر هذه الشروط باطلة بمجرد النص عليها في المرسوم[1].

[1] -Ibid.

المبحث الثاني : آليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية

إن الغاية من التنظيم القانوني لعقود الاستهلاك هي حماية الطرف الضعيف، بقصد ضمان توازنها العقدي تحقيقا لمتطلبات استقرار المعاملات، لذلك ينبغي تفعيل هذه الحماية عن طريق تطبيق القواعد الحمائية من طرف الجهات القضائية المختصة، ذلك أن وجود النصوص القانونية التي تسعى إلى تحديد مفهوم الشرط التعسفي و إيراد قوائم للشروط المعتبرة تعسفية لا تشكل حماية ناجعة للمستهلك، ما لم تتم المطالبة القضائية بإلغاء و إستبعاد هذه الشروط من العقود، مع توقيع العقوبات المقررة قانونا على المحترف لارتكابه هذه الممارسات التعسفية في حق المستهلك.(المطلب الأول)

نتيجة لانتشار الشروط التعسفية في العقود الاستهلاكية المبرمة بين المستهلك و المحترف بشكل ملحوظ، و قصور الحماية القانونية إلى حد ما في مواجهتها، برز الاهتمام بدور جمعيات حماية المستهلكين بهدف تدعيم و مساندة الأجهزة المكلفة بمكافحة الشروط التعسفية، و تفعيل الحماية القضائية في مواجهة هذه الشروط، وصولا إلى تحقيق حماية أفضل للمستهلك.(المطلب الثاني)

المطلب الأول : الحماية الفردية من الشروط التعسفية

لقد منحت التشريعات للمستهلك حق رفع دعوى أمام القضاء من أجل المطالبة بإلغاء الشروط التعسفية المدرجة في العقد الذي أبرمه مع المحترف، كما منحت للقضاء سلطة الرقابة على هذه الشروط، و تنقسم الرقابة القضائية على الشروط التعسفية إلى الرقابة المخولة للقضاء المدني بإعتباره القاضي الطبيعي للمنازعات المتعلقة بعقود الاستهلاك، علاوة على ذلك فقد ظهرت مؤخرا رقابة القضاء الإداري على الشروط التعسفية الواردة في عقود المرافق العامة الصناعية و التجارية، و كذا المراسيم المحددة للشروط التعسفية الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي.(الفرع الأول)

علاوة على ذلك، يعتمد القضاء على عدة آليات لحماية الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك، سواء على مستوى إقرار الجزاء المدني المترتب على إدراج الشروط التعسفية في هذه العقود، من خلال إبطالها أو إلغائها، أو على مستوى توقيع العقوبات الجزائية على المحترف عند إخلاله بالنظام القانوني المتعلق بمكافحة الشروط التعسفية.(الفرع الثاني)

الفرع الثاني : رقابة القضاء المدني

تتمثل رقابة القاضي المدني على الشروط التعسفية في تقدير الطابع التعسفي للشروط محل النزاع المشتبه أنها تعسفية تمهيداً للحكم بإلغائها، وعليه ينبغي التطرق لنطاق هذه السلطة الممنوحة للقاضي بإعتبارها آلية ردعية لمكافحة الشروط التعسفية المدرجة في العقود التي تم إبرامها بين المستهلك و المحترف.

أولا : سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشروط

تختلف السلطة المخولة للقضاء فيما يتعلق بمكافحة الشروط التعسفية من تشريع لآخر حسب نظرة كل مشرع، و يمثل إعتراف المشرع للقاضي بسلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط تمهيدا لإلغائه خطوة هامة في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية، إذ من شأنه أن يساهم في إعادة التوازن العقدي.

إن منح هذه السلطة للقاضي يعتبر وسيلة فعالة لمكافحة إختلال التوازن العقدي الناجم عن إدراج الشروط التعسفية في العقود المبرمة ما بين المستهلك و المحترف، و ذلك من أجل تقريب الفجوة الناجمة عن عدم المساواة الاقتصادية بين طرفي العقد، الأمر الذي يؤدي إلى إستقرار المعاملات الاستهلاكية المهدد بعدم التوازن بين أطراف هذه العقود[1].

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على منح القاضي سلطة إلغاء شروط العقد التي يقدّر أنها تعسفية، لكن يلاحظ أنه قد أخذ بمنهج المشرع الفرنسي و ذلك بوضعه لقائمة غير حصرية تتألف من 8 شروط تعسفية بطبيعتها، و ذلك فضلا القائمة المتضمة 12 شرطا معتبرا تعسفيا و المحددة بموجب مرسوم صادر من الحكومة.

كما لم يكتفي المشرع بإيراد هذين القائمتين فحسب، و إنما حدد تعريف للشرط التعسفي، الأمر الذي يسمح للقضاء ببسط سلطته على كل الشروط التي يتحقق فيها الطابع التعسفي و التي لم يرد ذكرها في هذين القائمتين، خاصة و أن الشروط المحددة فيهما لم ترد على سبيل الحصر، كل ذلك تحت رقابة المحكمة العليا على تطبيق قضاة الموضوع لهذه السلطة التقديرية[2].

على النقيض من ذلك، عرف القضاء الفرنسي في تقدير الصفة التعسفية للشروط محل النزاع مرحلتين أساسيتين إنتقلت فيهما السلطة التقديرية للقاضي من الدور الكاشف إلى الدور المنشئ، تميزت المرحلة الأولى بتقييد المشرع الفرنسي لسلطة القاضي في مجال الشروط التعسفية، أما في المرحلة الثانية فقد حاز القاضي الفرنسي على إعتراف

[1]- أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 257.
[2]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 137.

صريح يمنحه سلطة واسعة في رقابة الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين.

1 -مرحلة تقييد سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشروط :

يستخلص من مضمون المادة 35 من القانون رقم 23-78 المذكور سابقا، أن المشرع الفرنسي لم يمنح القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية الواردة في العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين، لذلك فقد كانت سلطة القاضي مقيّدة في تقدير الطابع التعسفي للشروط المتنازع عليها[1]، حيث تمثل دوره في إلغاء الشروط التي تم تحديدها بموجب مرسوم صادر عن مجلس الدولة و ذلك بعد إستشارة لجنة الشروط التعسفية.

نتيجة لذلك تباين موقف الفقه و القضاء حول منح قاضي الموضوع سلطة تقدير الطبيعة التعسفية للشروط من عدمها، و بالتالي إنقسموا إلى فريقين أحدهما يرفض فكرة إعطاء القاضي الفرنسي هذه السلطة على غير تلك الشروط الواردة في المرسوم رقم 78-464 الصادر في 24 مارس 1978، أما الفريق الآخر فيؤيد منح القاضي تلك السلطة، حتى و لو لم يصدر بها مرسوم تطبيقي.

بناء على ذلك، تضاربت أحكام القضاء في هذه المرحلة حول تقدير الطابع التعسفي للشروط التي لم يرد مرسوم تطبيقي بشأنها، بين إتجاه يأخذ بالتفسير الضيق لنص المادة 35، و آخر يميل لأخذ بالتفسير الموسع للنصوص القانونية، دون إشتراط صدور مرسوم تطبيقي لإعتبار الشرط تعسفيا.

أ - الإتجاه المضيق لسلطة القاضي :

لقد إتجه جانب من الفقه الفرنسي[2] إلى رفض منح القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية، حيث يرى أن القانون رقم 23-78 قد منح الحكومة وحدها ممثلة في مجلس الدولة الفرنسي حق تقرير ما إذا كان الشرط يحمل الطابع التعسفي أم لا، و ذلك من خلال إصداره مراسيم بهذا الصدد، و هو غير مقيد في ذلك إلا بإحترام المعايير التي جاءت بها المشرع[3].

---

[1]- ينبغي التذكير إلى أنه قبل صدور قانون 23-78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين و إعلامهم بالمنتوجات و الخدمات كانت سلطة القضاء مقيدة وفقا للقواعد العامة التقليدية للقانون المدني، و حتى في المرحلة اللاحقة على صدور هذا القانون، فقد بقيت سلطة القاضي مقيّدة في تقدير الطابع التعسفي للشروط المتنازع عليها.

[2] - V. B. STARCK, *Droit civil, Les obligations*, Litec, 4ème édi., 1989, n° 122, p. 172 ; PH. MALINVAUD, op. cit., p. 49 spec. p. 57 ; A. RIEG, *La lutte contre les clauses abusives des contrats*, op. cit., p. 22 et s.

[3]- المادة 35 من القانون رقم 23-78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين و إعلامهم بالمنتوجات و الخدمات، و الذي تم إلغاؤه بعد صدور قانون الاستهلاك الفرنسي في 1993.

بالرغم من أن دور القاضي يكمن من وجهة نظر الدستور في إقامة العدالة بين الأطراف، إلا أن دوره هذا مستبعد في مجال الشروط التعسفية، ذلك أن إستناده على نص المادة 35 المذكورة أعلاه - لإلغاء الشرط غير الوارد في القائمة المحددة بموجب المرسوم- غير كافي، و بالتالي يعتبر حكمه غير مؤسس.

فضلا عن ذلك إستشهد جانب آخر من الفقه[1] بالمناقشات البرلمانية السابقة على مصادقة القانون رقم 23-78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين و إعلامهم بالمنتوجات و الخدمات[2]، و التي أظهرت أن المشرع الفرنسي يرفض منح قضاة الموضوع سلطة تحديد الطابع التعسفي للشروط.

لقد فسر بعض الفقه الفرنسي[3] تقييد سلطة القاضي بمرسوم تنظيمي من خلال تمسك المشرع بنظام القوائم، على أساس أن الشروط المحددة بموجب مرسوم من مجلس الدولة قد صدرت بعد إستشارة لجنة مختصة في تقدير الطابع التعسفي للشروط التعاقدية المحررة في عقود الاستهلاك، أما إذا منح القاضي سلطة تقديرية بشأن الشروط غير الواردة في المراسيم، فقد يلغي شرط يمكن أن يظهر له تعسفي في حين أنه يشكل نوع من التوازن بالنظر إلى مجموع شروط العقد[4].

تأسيسا على ذلك، يشكل هذا التقييد وسيلة فعالة للحفاظ على الأحكام القضائية الموحدة في مختلف الجهات القضائية المختصة، لاسيما و أن منح القضاء سلطة تقدير الطبيعة التعسفية للشروط، من شأنه أن يولد تعارض في الأحكام القضائية لنفس الشرط، الذي قد يرى بعض القضاة أنه تعسفي بينما يعتبره البعض الآخر صحيح و غير تعسفي.

يستند المشرع الفرنسي في موقفه بعدم منح القضاة سلطة تقدير الطابع التعسفي للشروط، إلى مسألة السلطة التقديرية السيادية للقضاة فيما يتعلق بمسائل الواقع - التي لا تخرج عن إطارها الشروط التعسفية - و التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض، و بالتالي لا تملك المحكمة إزاءها إحلال سلطتها التقديرية محل سلطة قضاة الموضوع[5].

---

[1] - V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation* ,op. cit., n° 146, p. 142.

[2]- لقد كان المشروع التمهيدي المبدئي لهذا القانون يعترف بوضوح بإعطاء القاضي السلطة في مراقبة الشروط التعسفية، لكن أثناء المناقشات البرلمانية تم مهاجمة سلطة القاضي في الرقابة و وصفها بعدم الدستورية، و كان ذلك بإيعاز من المحترفين، لأن منح سلطة الرقابة على الشروط التعسفية للقضاء يتعارض مع مصالحهم، و بناء على ذلك قيّد القانون رقم 23-78 بعد صدوره سلطة القاضي في الرقابة على هذه الشروط.

[3] -J. MESTRE, *Vingt ans de lutte contre les clauses abusives*, in Mél. FRANÇOIS TERRÉ, Dalloz, L'avenir du droit, 1998 , p. 679.

[4]- GUYON (Y), *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et société*, Economica, 11ème éd., 2001, p. 995.

[5]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 47.

يلاحظ أن تخوف المشرع الفرنسي من تحكم القضاء، قد أدى إلى تحكم السلطة التنظيمية، التي بدلا من أن تتدخل تدخل إيجابي إكتفت بإصدار مرسوم واحد فقط، خاصة و أن نصوص هذا المرسوم[1] لم تأتي بالجديد، بل أنها تعد في الواقع مجرد ترديد لبعض الحلول التي سبق أن إبتدعها القضاء، و البعض الآخر تم إلغاؤه من قبل مجلس الدولة بسبب عيب تجاوز السلطة[2].

لقد إستند القضاء المؤيد لهذا الموقف بالتفسير الضيق لنصوص القانون رقم 23-78 لاسيما المادة 35 منه، حيث رفض إبطال الشروط محل النزاع التي لم يرد بها مرسوم تطبيقي يعتبرها تعسفية، و في هذا الصدد، إعتبرت بعض أحكام القضاء الفرنسي[3] أن القانون رقم 23-78 المتعلق بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية و المرسوم رقم 464-78 المؤرخ في 24 مارس 1978 الصادر تطبيقا له، لا يحتملان سوى التفسير الضيق[4]، خاصة و أن هذا القانون يحتفظ للسلطة التنظيمية فقط بسلطة تقدير الصفة التعسفية للشروط و تحديد العقود التي يحظر إدراجها فيها، و كذا سلطة تنظيم و تحديد و منع هذه الشروط، فيتقيد قاضي الموضوع المختص بقائمة الشروط التعسفية الواردة في هذا المرسوم التنظيمي، أثناء الكشف عن الطابع التعسفي للشروط المعروضة عليه. و بذلك أخضع بعض القضاة إستبعاد الشروط التعسفية للمنع المسبق عن طريق المراسيم المحددة لها.

نظرا لإلزامية الشروط التعسفية الصادرة بموجب مرسوم من مجلس الدولة الفرنسي، فإنه يكون طبيعيا ألا يملك القاضي إزاءها أية سلطة تقديرية[5]، فحكمه في هذه الحالة يكون كاشف لوجود الصفة التعسفية للشرط و ليس منشئا لها[6]، نتيجة لذلك فقد حصرت سلطة القاضي في تطبيق شبه آلي للنصوص القانونية، التي تقضي بأن الشروط التي تكون محل مرسوم مجلس الدولة هي وحدها التي يمكن إعتبارها غير مكتوبة.

ب - الإتجاه الموسع لسلطة القاضي :

---

[1]- المرسوم رقم المؤرخ في 24 مارس 1978 سالف الذكر.

[2]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 47.

[3] - V. C.A. Aix-en-Provence, 20 mars 1980, D. 1982, p. 131, note PH. DELEBECQUE ; Cass. Civ. 1re , 19 janv. 1982, D. 1982, p. 457, note C. LARROUMET ; C. A. Paris 22 mai 1986, D. 1986, J. P., p. 563, note PH. DELEBECQUE ; G. PAISANT, *De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives (à propos d'un arrêt de la cour de Paris du 22 mai 1986)*, D. 1986, Chron., p. 299.

[4] - PH. MALINVAUD, *Droit des obligations, Les mécanismes juridiques des relations économiques*, op. cit., n° 124, p. 145.

[5]- إن الشروط التي صدر بها مرسوم يعتبرها تعسفية لا خلاف بشأنها من حيث سلطة القاضي، حيث يكمن دوره في تطبيق هذا المرسوم إذا ما عرض عليه نزاع بين المحترف أو غير المحترف و المستهلك، و رأى أن الشرط محل النزاع يندرج تحت طائلة هذا المرسوم، و هو الدور الطبيعي للقاضي في تطبيق القانون.

[6]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، رقم 533، ص. 433.

لم يبادر المشرع الفرنسي في منح القاضي صراحة سلطة إبطال الشروط التعسفية، التي لم يتم تحديدها بموجب المراسيم الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، نتيجة لذلك ظهر الإشكال في حالة غياب صدور التنظيم لتحديد الشروط التعسفية، حيث ثار جدل فقهي و قضائي حول ضرورة صدور المرسوم و مدى ارتباط القاضي به.

إذا عرض على القضاء الفرنسي شروط لم تتضمنها القائمة الواردة في المرسوم المحدد للشروط التعسفية، فهل يملك القاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط المتنازع عليه وفقا للمعيار العام للشرط التعسفي، ألا و هو معيار إستغلال المحترف لسلطته الاقتصادية للحصول على ميزة مفرطة؟ لاسيما و أن الحكومة من الناحية العملية لم تمارس سلطتها في تحديد الشروط التعسفية إلا مرة واحدة.

يرى أنصار هذا الاتجاه[1] أنه يمكن للقاضي أن يبادر بإلغاء الشروط المعتبرة تعسفية وفق المعيار العام للشرط التعسفي، حتى و لو لم يصدر مرسوم تطبيقي بشأنها، إذ لا يمكن الاستغناء عن دور القاضي في هذا الصدد بوصفه القاضي الطبيعي للمنازعات، و قد إستندوا في موقفهم هذا، على دور القاضي فيما يخص الشرط الجزائي، فمادام بإمكانه التدخل في صدد الشرط الجزائي، فلا مبرر من منعه من التدخل في مجال الشروط التعسفية.

بالرغم من أن المشرع لم يمنح القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية في غياب مرسوم تطبيقي، لكنه في المقابل لم يمنعه صراحة من إلغاء هذه الشروط، طبقا للأحكام العامة في القانون المدني[2]، أو بالتأسيس مباشرة على مفهوم التعسف في إستعمال الحق[3].

إن عدم إعتراف المشرع الفرنسي صراحة، لم يمنع القضاء من تقدير الطابع التعسفي للشرط بالاستناد على نص المادة 35 من قانون 23- 78 المذكور آنفا، و ذلك حتى في حالة عدم صدور مرسوم يحددها، حيث ظهر إتجاه قضائي[4] إستبعد التفسير

---

[1] -V. G. BERLIOZ, *Droit de consommation et droit des contrat*, J.C.P., 1979, I, 2954, n° 24 ; J. GHESTIN, *L'annulation des clauses abusives par le juge en droit français*, op. cit., n° 02, p. 204 ; J. P. GRIDEL, op. cit. , p. 156.

[2]- طبقا لنص المادة 1134 من ق.م.ف. الذي يستوجب تنفيذ العقود بحسن النية، و كذلك المادة 1135 من نفس القانون التي نصت على أن الاتفاقات لا تلزم فقط بما هو وارد فيها، و لكن تشمل الملحقات وفقا لمبادئ العدالة.

[3] -ANNE SINAY-CYTERMANN, *La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations*, R.T.D. Civ. 1985, n° 75 et s. ; J. GHESTIN, *L'abus dans les contrats,* op. cit., p. 383.

[4] -V. Cass. Civ. 1re , 16 juillet 1987, D. 1988, , p. 49 , note J. CALAIS-AULOY ; C.A. Angers, 16 déc. 1987, D. 1988, chron. P. 254, note G. PAISANT ; Cass. Civ. 1re , 25 janv. 1988, D. 1989, p. 253, note P. MALAURIE.

الضيق لإرادة المشرع، و فتح المجال أما التفسير الموسع لهذه المادة من أجل إعطاء القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية التي لم تكن محلا لمرسوم تطبيقي، الأمر الذي سمح للقضاة بالحكم بإلغاء الشروط التي تتصف بأنها تعسفية، دون إشتراط صدور مرسوم تطبيقي بشأنها[1].

2 -مرحلة الإعتراف بسلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشروط :

أمام هذا الركود التشريعي إتجهت محكمة النقض الفرنسية، إلى الإعتراف بمنح قاضي الموضوع سلطة تقدير الطابع التعسفي للشروط، التي لم يصدر مرسوم تطبيقي يحددها، و ذلك قبل أن يتم تكريس هذا الاعتراف من قبل المشرع الفرنسي على إثر تعديله لقانون الاستهلاك.

أ - الإعتراف القضائي :

لقد مر إعتراف محكمة النقض الفرنسية بسلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشروط - حتى مع غياب المرسوم الذي يمنعها - بثلاثة مراحل[2] : حيث استمد القضاء هذه السلطة في بادئ الأمر بالكناية[3] (par allusion)، ثم ضمنا[4] (implicitement)، و أخيرا اعترف له بها صراحة[5] (explicitement).

بناءا على إعتراف محكمة النقض الفرنسية للقضاء بهذه السلطة، يجوز له إستنادا إلى النص القانوني و في غياب أي مرسوم، أن يبسط رقابته على الشروط التعسفية، لإستبعادها من العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين[6]. و بهذا الإعتراف تكون محكمة النقض قد إستجابت لموقف الفقه الفرنسي الذي كان يؤمن بسلطة قاضي الموضوع في التفسير و الاجتهاد، و من هنا بدأ الإشكال في تقدير الطابع التعسفي للشروط.

---

[1] -V. PH. MALINVAUD, *Droit des obligations, Les mécanismes juridiques des relations économiques*, op. cit., n° 124, p. 145 ; J. MESTRE, *Vingt ans de lutte contre les clauses abusives*, op. cit., p. 680.

[2]- V. H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Clauses abusives, Interdiction, Pouvoir du juge* in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 11ème éd., 2000, n° 8, p. 60 ; A. SINAY-CYTERMANN, op. cit., n° 10, p. 247 : « la Première Chambre a ici levé toute ambigüité quant à sa volonté d'autoriser les juges du fond à annuler les clauses abusives en l'absence de tout décret d'interdiction. La Cour de Cassation a tenu compte de l'échec de la voie réglementaire. »

[3] -V. Cass. Civ. 1re , 16 juillet 1987, D. 1988, p. 49, note J. CALAIS-AULOY.

[4]- V. Cass. Civ. 1re , 06 décembre 1989, R.T.D. Civ. 1990, p. 277, obs. J. MESTRE.

[5]- V. en ce sens M.-L. IZORCHE, *Clauses abusives* in *Grands arrêts du droit des affaires*, D. 1995, n° 30, p.57 et s. ;
Cass. Civ. 1re , 14 mai 1991, R.T.D.civ. 1991, p. 526, obs. J. MESTRE ; D. 1991, p. 449, note GHESTIN ; Cass. Civ. 1re , 26 mai 1993, R.T.D.Civ. 1994, p. 97.

[6] - V. J. CARBONNIER, op. cit., n° 996, p. 2060.

لقد تردد القضاء الفرنسي في تقدير الطابع التعسفي للشرط بين الظروف الاقتصادية المحيطة بإبرام العقد، و الطبيعة القانونية له، في الفترة ما بين صدور القانون رقم 23-78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين و إعلامهم بالمنتوجات و الخدمات، إلى صدور القانون رقم 95-96 المؤرخ في 01 فبراير 1995 المعدل لمفهوم الشرط التعسفي، حيث قضى في بعض الحالات أن المكانة الاقتصادية التي يتمتع بها المحترف في السوق، تسمح له بتحرير شروط تعفيه من المسؤولية، بحيث تخدم مصلحته على حساب المتعاقد الآخر[1]، بينما تمسك القضاء في حالات أخرى بالطبيعة القانونية للعقد المبرم (عقد إذعان) لتقدير الميزة المفرطة التي يتمتع بها المحترف[2].

في نفس السياق أكدت محكمة النقض الفرنسية[3] على الطبيعة القانونية للعقد لتقدير القدرة الاقتصادية التي ترتب ميزة مفرطة للمحترف، حيث أعلنت أنه : " لا جدوى من إثبات تعسف في السلطة الاقتصادية إذا تبيّن أن الشرط المتنازع عليه قد ورد في عقد إذعان"، و إن كانت قد عدلت في بعض الأحيان عن الأخذ بهذا الاتجاه رغم توفر عقد الإذعان[4].

كما طبق القضاء الفرنسي[5] في حالات أخرى الشروط التعسفية المحددة بموجب مرسوم من مجلس الدولة، و المدرجة ضمن الجانب التنظيمي من قانون الاستهلاك[6]، التي تعتبر تعسفيا شرط الإعفاء أو التقييد من حق المستهلك في الحصول على التعويض في حالة عدم تنفيذ المحترف لأحد إلتزاماته التعاقدية.

لكن يتضح من مجموع أحكام و قرارات الجهات القضائية الفرنسية[7] الصادرة بعد تعديل قانون الاستهلاك سنة 1995، تمسكها بمعيار الإختلال الظاهر في التوازن العقدي، و بذلك لم يعد يستند قاضي الموضوع على القوة الاقتصادية للمحترف و لا على الطبيعة القانونية للعقد لحذف الشروط التعسفية كما كان معمول به سابقا في ظل القانون القديم.

---

[1]- V. Cass. civ. 1re , 6 décembre 1989, D.1990, p. 289 ; Cass. civ. 1re , 24 février 1993, D.1994, p. 6 ; Cass. civ. 1re , 31 janvier 1995, D.1995. Som., p. 229.

[2] - V. C.A. Grenoble, 13 juin 1991, J.C.P. 1992, 21819, note G. PAISANT.

[3] - V. Cass. Civ. 1re, 6 janvier 1994, J.C.P. 1994, II, n° 22237 ; R.T.D. Civ. 1994, p. 601, obs. J. MESTRE.

[4]- V. Cass. Civ. 1re , 12 mars 2002, Bull. 2002, I ,n° 92, p. 71 ; Cass. Civ. 1re , 01 février 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 64 : « le seul fait qu'un contrat relève de la catégorie des contrats d'adhésion ne suffit pas à démontrer qu'une clause a été imposée par un abus de puissance économique. »

[5] - V. T.G.I. Paris, 21 février 2006, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm

[6]-V. Art. R.132-1 c. consom. f. modi. par le Déc. n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation.

[7] -V. V. Cass. Civ. 1re, 19 juin 2001, J.C.P. 2001, édi. E., p. 1958 ; C.A. Grenoble, 04 février 2004, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm ; Cass. Civ. 3ème, 10 juin 2009, http://www.clauses-abusives.fr/juris/

لقد مارست محكمة النقض[1] رقابتها حول تحديد الشروط التعسفية من قبل قضاة الموضوع[2]، و إن كانت هذه الرقابة من شأنها أن تؤدي إلى نوع من التوحيد في معايير التقدير، مما قد يساهم في استقرار المعاملات الاستهلاكية التي تربط بين المستهلك و المحترف، إلا أنها أثارت تساؤل بعض الفقه[3] إزاءها، خاصة و أن محكمة النقض قد أسندت مسألة تقدير تجاوز الشرط الجزائي للسلطة التقديرية للقاضي، الذي لا يخضع فيها للرقابة، في حين إعتبرت مسألة تقدير الطابع التعسفي للشرط خاضعة لرقابتها.

ب - الإعتراف التشريعي :

إن وجود مرسوم واحد ليس وسيلة كافية للمكافحة الشروط التعسفية، و أمام عجز السلطة التنظيمية أنذاك في حظرها، كان ينبغي أن يتم تحويل سلطة إلغاء هذه الشروط إلى القضاة[4]، حيث دفعت تطورات الإجتهادات القضائية التي تمخض عنها الاعتراف بسلطة القضاء في رقابة الشروط التعسفية إلى تغيير موقف المشرع الفرنسي إزائها.

لقد بادرت محكمة النقض الفرنسية بالإعتراف صراحة لقضاة الموضوع بسلطة تقدير الطابع التعسفي للشروط، و ذلك قبل أن يتجسد هذا الاجتهاد القضائي تشريعيا[5] على إثر تبني المشرع الفرنسي للتعليمة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود

---

[1]- إعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن تقدير الطابع التعسفي للشرط مسألة قانونية تخضع لرقابتها، حيث ألزمت القضاة بتسبيب الحكم لتبيين المعايير الذي تم الإستناد عليها :

V. Cass. Civ. 1re , 26 mai 1993 R.T.D.Civ. 1994, p. 97 ; Cass. Civ. 1re , 06 janvier 1994, J.C.P. 1994, II, 22237, note G. PAISANT ; Cass. Civ. 1re , 7 juillet 1998, Bull. n° 240 ; Cass. Civ. 1re ,19 juin 2001, Bull. n° 181 ; Cass. Civ. 1re , 26 février 2002, Bull. n° 71.

[2]- و هذا ما يتناقض مع موقف محكمة العدل الأوروبية في قرارها :

C.J.C.E., 27 juin 2000, R.T.D. Civ. 2000, p. 939, obs. J. RAYNARD.

[3] -V. A. SINAY-CYTERMANN, op. cit., n° 11, p. 247 : « la Cour de Cassation ne risque -t-elle pas de devenir un troisième degré de juridiction ? Et cette surprise se double de la contradiction avec la jurisprudence sur les clauses pénales. »

[4]- P. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. DALLOZ ACTION, 2000-2001, n° 1086, p. 264.

[5] - V. Art. 4 du déc n° 93-314 du 10 mars 1993 et l'art. L.132-1 al. 2 avant sa modification par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, J.O.R.F. n°0181 du 5 août 2008, p. 12471.

Art. L.421-1 al. 2 c. consom. f. et l'art. L.141-4 c. consom. f. issu de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 :«Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application.»

المبرمة مع المستهلكين[1] الصادرة سنة 1993 و إدماجها في قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب القانون رقم 95-96 المؤرخ في 01 فبراير 1995 المعدل لقانون الاستهلاك.

تبعا لذلك، أصبح القضاء يستند في تقدير الطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين على عدة وسائل :

إذا كان الشرط المعروض على القاضي، منصوص عليه في إحدى القائمتين المحددتين بموجب المرسوم الصادر عن مجلس الدولة[2] بعد إستشارة لجنة الشروط التعسفية، فإنه يلزم بتطبيق هذا المرسوم أثناء تقديره للطابع التعسفي، و بالتالي يعتبر الشرط التعسفي "كأنه لم يكن مكتوبا" و يتم إلغاءه بطريقة تلقائية بواسطة القاضي.

- أما في حالة عدم وجود الشرط التعسفي المتنازع عليه في القائمتين، يجوز للقاضي تقدير الصفة التعسفية وفقا للمعيار العام، أي إذا رتب إختلال ظاهر في التوازن العقدي، أو طلب رأي لجنة الشروط التعسفية[3] أو الاسترشاد بتوصياتها، أو بالرجوع إلى قواعد القانون المدني المتعلقة بالتفسير[4]، و إن كان غير ملزم بها جميعا[5].

تكريسا لهذا الاعتراف الصادر من قبل المشرع قضى القضاء الفرنسي[6] بإلغاء و إستبعاد العديد من الشروط التعسفية لكونها تشكل إختلال بيّن في التوازن العقدي، و ذلك تطبيقا للنص القانوني (L. 132-1 ق.إ.ف.).

---

[1]- لقد منحت هذه التوجيهة الأوروبية للدول الأعضاء مرونة كبيرة بشأن وسائل مكافحة الشروط التعسفية، حيث أجازت لهذه الدول أن تتخذ كل الوسائل الملائمة والفعالة لمنع و حظر استعمال الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترفين و المستهلكين، طبقا للمادة 5 منها.

[2]- بالرغم من الاعتراف للقاضي بسلطة تقدير الطابع التعسفي للشروط، التي كانت قاصرة على الحكومة، فقد أبقى المشرع الفرنسي على نظام اللوائح القديم المتعلق بإستبعاد و إلغاء الشروط التعسفية عن طريق مراسيم مجلس الدولة.

[3]- لقد تم إسناد لجنة الشروط التعسفية الفرنسية مهمة استشارية بموجب مرسوم رقم 93-314 الصادر في 10 مارس 1993، و بناء على ذلك عزز المشرع الفرنسي دور القاضي في مكافحة الشروط التعسفية، الذي أصبح بإمكانه طلب رأي لجنة الشروط التعسفية حول الطابع التعسفي للشرط محل النزاع بمناسبة نظره للدعوى، و إن كان هذا الرأي غير ملزم للقاضي لكن غالبا ما يأخذ بآراء لجنة الشروط التعسفية.

V. A. SINAY-CYTERMANN, op. cit. n°11, p. 147.

[4]- لاسيما المواد من 1156 إلى 1161 و كذا 1163 و 1164 من القانون المدني الفرنسي التي تحدد للقاضي طرق التفسير من أجل تقدير الطابع التعسفي.

[5]- V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 557, p. 577.

[6]- V. Cass. Civ., 1re , 10 février 1998, D. 1998, n° 9, I.R., p. 68 ; Cass. civ. 1re , 17 mars 1998, n° 96-11.593, Bull. Act., Lamy Droit Economique, juin 1998, p. 1.

إن تعدد الوسائل التي يستند عليها القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط يفيد في توسيع قائمة الشروط الملغية[1]، مما يساهم في توفير حماية أكثر فعالية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية[2].

أما فيما يخص موقف المشرع الألماني[3]، فقد اعترف بدوره للقاضي بسلطة تقدير الطابع التعسفي للشروط المحددة في القوائم السوداء و الرمادية و الحكم ببطلانها.

ثانيا : إثبات الشروط التعسفية

لم يلزم المشرع الجزائري المستهلك صراحة بإثبات الطابع التعسفي للشروط، لكن بالرجوع إلى القائمة المدرجة في المادة 29 من القانون رقم 04-02، و كذلك القائمة المحددة بموجب التنظيم[4]، يتضح أن المشرع قد إفترض فيها الطابع التعسفي، مما يؤدي لإعفاء المستهلك من إثبات الطابع التعسفي لها.

تأسيسا على ذلك، يمكن القول بأن الشروط الواردة في القائمتين - سواء تلك المحددة قانونا أو عن طريق التنظيم – تعتبر شروط تعسفية بطبيعتها، لذلك فإن المتعاقد المتضرر (المستهلك) غير ملزم بإثبات طابعها التعسفي، أما بالنسبة للشروط التي لم يرد ذكرها في هذين القائمتين، فيقع على المستهلك عبء إثبات الطابع التعسفي لها، و ذلك وفقاً للقاعدة الثبوتية " البيِّنة على من إدعى ".

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد كان يلقي على المستهلك عبء إثبات الطابع التعسفي للشروط الواردة في القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك الفرنسي و التي تم إلغائها مؤخراً.

لكن بعد التدخل الأخير للمشرع الفرنسي[5] الذي منح بموجبه لمجلس الدولة سلطة إصدار قائمتين من الشروط التعسفية، يلاحظ أنه فرق بين نوعين من الشروط، فإعتبر أن الطابع التعسفي للشروط الواردة في القائمة السوداء بمثابة قرينة قانونية قاطعة، و بالتالي يعفى المستهلك من تقديم الدليل على الطابع التعسفي لهذه الشروط المتضرر منها، أما الشروط المذكورة في القائمة الرمادية فقد إفترض أنها تعسفية، مما يعني أنها بمثابة قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس من قبل المحترف، و ذلك بإثبات عدم ترتيبها لإختلال في التوازن العقدي.

---

[1] - V. A. SINAY-CYTERMANN, op. cit., n° 14, p. 249.

[2]- شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص. 275.

[3]- المادة 2 من القانون الألماني الصادر في 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود.

[4]- المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 سالف الذكر.

[5] - V. Art. L.132-1 al. 2 et 3 c. consom. f. modi. par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie

نتيجة لذلك، أصبح موقف المشرع الفرنسي يتفق مع نظيره الألماني الذي كان سباقا في تبني القائمة السوداء التي لا تلزم المستهلك (المدعي) بتقديم الإثبات للطابع التعسفي للشرط [1].

ثالثا : الجزاء المترتب على إدراج الشروط التعسفية في العقود

إن القضاء و هو بصدد نظره الدعاوى المرفوعة إليه سواء من قبل المستهلكين أو جمعيات حماية المستهلكين، يملك سلطة توقيع الجزاء المناسب على الشروط التعسفية المدرجة في العقود المبرمة بين المستهلكين و المحترفين، إذا ثبت له أنها تحمل الطابع التعسفي، و ذلك طبقا لما يقضي به القانون.

يتنوع الجزاء المترتب على إدراج الشروط التعسفية في العقود، بين جزاء مدني يتمثل في الحكم ببطلان الشرط الذي يكتسي الطابع التعسفي، و جزاء جنائي يتضمن العقوبات المقررة قانونا على المحترف نتيجة إخلاله بتطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بمكافحة هذه الممارسات التعسفية.

1 -الجزاء المدني (البطلان) :

بمجرد ثبوت وجود الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المستهلكين و المحترفين، يثور التساؤل حول مصير هذه الشروط و كذا مصير العقد عموما، الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى القواعد العامة في ظل غياب نص صريح، لتحديد طبيعة هذا البطلان و نطاقه.

طبيعة البطلان:

إستناداً على الأحكام القانونية المتعلقة بالممارسات التعاقدية التعسفية المقررة في القانون رقم 04-02 سابق الذكر، يتضح أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الجزاء المدني للشرط التعسفي، فما هي طبيعة الجزاء المدني المترتب على هذه الشروط.

لقد منع المشرع الجزائري العون الاقتصادي من تضمين العقد المبرم بينه و بين المستهلك الشروط المعتبرة تعسفية، سواء المنصوص عليها في القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[2]، أو تلك المحددة بموجب التنظيم[1]، و ذلك حرصا منه

[1]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 138.
[2]- المادة 29 من القانون رقم 04-02 المذكور سالفا.

على حماية المستهلك في علاقاته مع العون الاقتصادي، و تحقيقاً لشفافية و نزاهة الممارسات التجارية، و بالتالي يعتبر بطلان الشرط التعسفي أفضل عقوبة يمكن تطبيقها على هذه الشروط، بوصفها ممارسات تعسفية مخالفة تماماً لقواعد و مبادئ شفافية الممارسات التجارية.

إن الهدف من منح القاضي[2] سلطة إلغاء الشروط التعسفية الواردة في العقود المبرمة بين المستهلكين و المحترفين، هو حماية التوازن العقدي المختل إثر إدراج الشروط التعسفية في هذه العقود، بمفهوم المخالفة فإن القاضي سيعمل بموجب هذه السلطة على إعادة التوازن الاقتصادي في حالة اختلاله[3]، وكل ذلك يصب في سبيل تحقيق العدالة القانونية، حتى تبقى إرادة الطرف الضعيف حرة وغير خاضعة لعوامل النفوذ الاقتصادي والاستغلال من قبل الطرف القوي.

إعتبر المشرع الفرنسي الشرط التعسفي كأنه غير مكتوب، و بما أن القاضي هو الوحيد المختص بتكييف الشرط عند نظره الدعوى، فإنه عندما يحكم بتعسفية الشرط يقضي بإعتباره غير مكتوب أي لا يرتب أي أثر، كأنه غير موجود أساسا في العقد[4]، و بالتالي لا يمكن للمحترف التمسك أو الادعاء به.

يرى بعض الفقه أن الإلغاء (l'élimination) هو الجزاء المناسب للشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك، و هو ما استعمله القضاء الفرنسي الذي استمده بدوره من القانون رقم 23-78 و ما يليه من القوانين اللاحقة به، كما يستعمل بعض الفقه[5] أحيانا مصطلح الحظر (la prohibition)، بينما يستعمل البعض الآخر[6] عبارة سلطة الرقابة (le pouvoir du contrôle)، في حين يميل جانب آخر[7] لاستخدام مصطلح البطلان (l'annulation)[8].

---

[1]- المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المذكور آنفا.

[2]- لا يملك القاضي إزاء الشروط التعسفية الواردة في المادة 29 من القانون 04-02 ، أو تلك المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306 أية سلطة تقديرية، أما الشروط التي لم يرد ذكرها في القائمتين فبمكن للقاضي تقدير طابعها التعسفي لكن إستنادا على معيار الاختلال الظاهر بين حقوق و إلتزامات أطراف العقد، و ذلك بخلاف القواعد العامة في القانون المدني (المادة 110 ق.م.ج.) حيث يكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه، أو إعفاء الطرف المذعن منه، فضلا عن ذلك تعتبر هذه السلطة جوازية و ليست وجوبية، إذ يمكن للقاضي أن لا يستعمل هذه الرخصة المخولة له من قبل المشرع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان.

[3] -Y. REINHARD et J.-P. CHAZAL, *Droit commercial*, Litec, 6ème éd., 2001, n° 247, p. 191.

[4] -V. J.-L. AUBERT, *Droit des obligations, Le contrat,* Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2ème éd., 2000, p. 93 ; Y. REINHARD et J-P.CHAZAL, op. cit., n° 247, p. 191 ; J. BEAUCHARD, op. cit., p. 350 : « la clause abusive est réputée non écrite. C'est-à-dire qu'elle ne peut recevoir aucun effet et qu'il n'ya pas à en tenir compte. Elle est inexistante. »

[5] -A. SINAY-CYTERMANN, op. cit., n° 14, p. 248.

[6] -Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, A.S.M.P., 1988, p. 871.

[7]- أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 241.

[8]- شهيدة قادة، المرجع السابق، ص. 272.

لقد ذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى تفسير عبارة "كأنها غير مكتوبة" على أنها باطلة، و لكنهم إختلفوا حول نوع البطلان هل هو مطلق أم نسبي؟

إتجه البعض[1] إلى إعتبار أن البطلان المقصود هنا هو البطلان المطلق، و هو يمثل جزاء فعالا للمستهلك، فهو يتيح الفرصة لجمعيات حماية المستهلكين لرفع دعاوى حذف الشروط التعسفية، لكن هذا البطلان المطلق يؤدي إلى حرمان المستهلك من الاستفادة من السلعة أو الخدمة محل العقد الباطل، و التي لا غنى له عنها، و هو ما يتعارض مع مصلحته.

خلافا لذلك ذهب البعض الآخر[2] إلى القول بأن البطلان المقرر في النص القانوني هو البطلان النسبي، ذلك أن إعتبار الشرط التعسفي كأن لم يكن، يؤدي إلى بطلان هذا الشرط فقط و ليس العقد، و بالتالي فإن البطلان الذي يترتب في هذه الحالة يكون نسبيا أي جزئيا و ليس مطلقا[3]، بحيث لا يجوز التمسك به إلا من جانب المستهلكين فقط، لأنه مقرر لمصلحهم و متعلق بالنظام العام، و يعد هذا الرأي هو الصائب على أساس أن البطلان النسبي للشروط التعسفية يتلاءم و مصلحة المستهلك، إذ من شأنه أن يؤدي إلى إبقاء على العقد قائما مما يمكّنه من الإستفادة من السلعة أو الخدمة[4].

يتحقق بطلان الشرط بهذه الصورة بمناسبة نظر القضاء لدعوى قد يرفعها أحد المتعاقدين ضد الآخر، سواء من قبل المحترف - كما هو الحال عند مطالبته بإلزام المستهلك بأداء الثمن - أو من طرف المستهلك في حالة مطالبته بإلزام المحترف بتسليم الشيء المبيع أو أداء الخدمة، و بهذه المناسبة تتاح الفرصة أمام المستهلك للمطالبة بإستبعاد هذه الشروط التي ليست في صالحه[5].

بالنسبة لتقادم دعوى البطلان لوجود شروط تعسفية، فإنه يتم تطبيق نفس الأحكام التقادم المنصوص عليها في القانون المدني، و التي تم القياس عليها فيما يخص البطلان لغياب البيانات الإجبارية، ألا و هي خمس سنوات من يوم معرفة أو إكتشاف وجود شروط تعسفية في العقد، و عشر سنوات من يوم إبرام العقد.

طالما أن المشرع الجزائري قد منع إدراج الشروط التعسفية في عقود الإذعان المبرمة بين المستهلكين و الأعوان الاقتصاديين، فهذا يعني أن سلطة القضاة في الحكم ببطلان هذه الشروط يقتصر فقط على الشروط الواردة في عقود الإذعان، و لا يشمل العقود التي تبرم عن طريق المفاوضة و المناقشة.

---

[1] -J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen*, op. cit., n° 63, p. 55.

[2]- N. REKIK, *Les clauses abusives et la protection du consommateur*, Etudes juridiques, n° 7, 2000, p. 125.

[3]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، رقم 533، ص. 433.

[4]- V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, t. II, P.U.A.M., 2000, n° 661, p. 568.

[5]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 39 و 40.

على النقيض من ذلك يمنع المشرع الفرنسي وجود الشروط التعسفية في جميع أنواع العقود المبرمة بين المحترف و غير المحترف أو المستهلك، بحيث لا يشترط أن يكون العقد من عقود الإذعان، و بذلك يكون المشرع الفرنسي قد تجنب العديد من الصعوبات كون أن عقود الإذعان تتسم بالغموض و عدم الدقة[1]، و طبقا للفقه الفرنسي[2] فإنه لا يهم قبول المستهلك أو عدم قبوله للشرط التعسفي، فهو باطل طبقا لقواعد النظام العام للحماية الذي يهدف إلى حماية المستهلك.

أ - نطاق البطلان :

إن الحكم ببطلان الشروط التعسفية[3] يثير إشكالية حول ما إذا كان هذا البطلان يشمل العقد ككل، أم أنه يقتصر على الشرط التعسفي فحسب مع بقاء العقد صحيحا[4].

لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه المسألة، و بالتالي ينبغي الرجوع إلى أحكام القانون المدني في هذا الصدد، و بصفة خاصة إلى نظرية البطلان.

إن الأخذ بالبطلان النسبي كجزاء للشروط التعسفية يقتضي أن لا ينصرف البطلان المقرر إلى العقد برمته، و إنما يقتصر على الشرط التعسفي فقط ، و بذلك يظل العقد صحيحا، و هو ما يتفق مع أحكام القانون المدني[5] التي تقضي بأنه : " إذا كان العقد في شق منه باطل أو قابل للإبطال، فهذا الشق هو وحده الذي يبطل، إلا إذا تبيّن أن العقد ما كان ليتم يغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

و عليه فإن القاضي إذا ما رفعت إليه دعوى من قبل المستهلك لإبطال الشروط التعسفية، فإما يحكم بإلغاء هذه البنود مع الإبقاء على العقد صحيح، أو إبطال العقد كله

[1] -V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 179, p. 190.

[2] -V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 191, p. 204.

[3]- إن بطلان الشروط التعسفية لا يعني حرمان المستهلك من بعض حقوقه، بل يمكنه أن يطلب من القاضي إلزام المحترف بتنفيذ العقد أو فسخه إذا توافرت شروط الفسخ، كما يمكنه طلب التعويض عن الأضرار إذا إقتضى الأمر ذالك.

[4]- N. REKIK, op. cit., p. 114.

[5]- المادة 104 من ق.م.ج.، و التي تقابلها المادة 144 من ق.م.م.، و هو ما يعرف بنظرية إنقاص العقد المعروفة في إطار الآثار العرضية للعقد الباطل.

إذا ما كان إلغاء هذه الشروط يحول دون صحة أو تنفيذ العقد، و بذلك يتفق هذا الحل مع مصلحة المستهلكين.

طبقا للتشريع الفرنسي[1] يترتب على توافر الصفة التعسفية للشرط إعتباره كأنه لم يكن، مع إبقاء العقد قائما و صحيحا إذا أمكن أن يبقى دون الشروط الأخرى المتبقية، من هنا يظهر أن البطلان المترتب على الشرط التعسفي ينصب على الشرط ذاته فقط و ليس كل العقد (بطلان جزئي)[2]، فالهدف الحقيقي للمشرع الفرنسي من إقرار هذا الجزاء هو استبعاد الأثر الضار للشرط التعسفي دون المساس بالعقد[3]، و هو ما يتماشى و مصلحة المستهلك الذي يسعى إلى الاستفادة من السلعة أو الخدمة محل العقد[4].

في الواقع، إن إقتصار البطلان على الشرط التعسفي وحده، مع بقاء العقد صحيحا منتجا لآثاره، يساهم في إرساء حماية فعالة للمستهلك، حيث يحقق هذا الجزاء المترتب على الشروط التعسفية قدر من الحماية للمستهلك، خاصة و أن هذا الأخير لم يقدم على إبرام العقد مع المحترف لكي يترتب بعد ذلك بطلانه، و إنما بهدف إشباع حاجاته من السلع أو الخدمات المعروضة عليه، و من ثم فإن بطلان الشرط التعسفي هو أفضل حل للمستهلك من بطلان العقد بكامله.

إن البطلان الذي يمس العقد في حالة تضمنه شروط تعسفية يظهر جزاء غير ملائم و لا يتوافق مع الهدف المرجو من قبل المشرع ألا و هو حماية المستهلك، و عليه تقتضي حماية الطرف الضعيف إبقاء العقد قائما مع إبطال الشرط التعسفي فقط، لإعفاء المستهلك المتعاقد من تنفيذه، ذلك أن بطلان العقد برمته يخدم المتعاقد القوي[5]، مما يؤدي إلى إنتفاء الغاية من وجود نظام خاص لحماية المستهلك من الشروط التعسفية[6].

إن أغلبية المستهلكين يجهلون أنه من ممكن أن تكون بعض بنود العقد ممنوعة و محظور العمل بها، و يعتقدون أنه مادام الشرط مطبوع فهو صحيح، و مادام أنهم وقعوا على العقد فهم مرتبطين و ملزمين بكل ما جاء فيه، و عليه فغالبا ما يتم تطبيق الشروط التعسفية الباطلة من قبل المستهلكين كما لو كانت صحيحة[7].

---

[1]- الفقرة 6 و 8 من المادة L.132-1 من ق.إ. ف.

[2]- V. LAMY droit économique, op. cit., n° 4323, p. 1501 ; J. BEAUCHARD, op. cit., p. 350 : « la clause abusive est réputée non écrite…cette sanction n'affecte que partiellement le contrat. Seul le consommateur ou non-professionnel peut l'invoquer et le contrat subsiste, amputé de la clause abusive, à condition toutefois qu'il ne perde pas tout sens ou raison d'être sans la clause litigieuse. »

[3]- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، رقم 533، ص. 433.

[4] -O. TOURNAFOND, op. cit., p. 130.

[5]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 229.

[6] -N. REKIK, op. cit., p. 124.

[7] -V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 191, p. 206.

قد يكون بطلان الشرط في بعض الحالات عاملا لبطلان العقد الذي تضمنه، إذا أثر إلغاء الشرط التعسفي على مضمون العقد أو تنفيذه[1]، بالإضافة إلى ذلك يمكن أن يترتب بطلان العقد إما إستنادا إلى النصوص المتعلقة بالنظام العام أو إلى إرادة الطرفين، و قد تضمن القانون المدني الفرنسي[2] في هذا الشأن بعض الحالات لبطلان العقد بمجرد إعلان بطلان الشرط الذي يتضمنه، و قياسا على ذلك يمكن القول أن بطلان الشرط التعسفي قد يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله، إذا نص القانون على ذلك صراحة، سواء كان هذا الشرط مخالف للنظام العام، أو محظور قانونا.

إذا أعلن القاضي الطابع التعسفي للشروط المتنازع عليها، حكم بحذفها من العقد المعروض عليه دون غيره من العقود المشابهة له[3]، غير أنه بهدف إعطاء حكم القاضي بشأن تقدير الطابع التعسفي للشروط أكثر فعالية، إعترف المشرع الفرنسي صراحة في مشروع تعديل قانون الاستهلاك[4] المقترح في 14 نوفمبر 2006 على غرفتي البرلمان الذي نص في مادته L.132-6 بأنه : " يجوز للقاضي تقدير بصفة رسمية الطابع التعسفي للشرط في المنازعات القائمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين، كما يجوز للقاضي الحكم ببطلان هذا الشرط في كل العقود المشابهة والمبرمة من طرف نفس المحترف مع غير المحترفين أو المستهلكين، و أمره بإعلامهم بذلك بكل وسيلة مناسبة تحت نفقته."

يعتبر هذا الاقتراح وسيلة فعالة لمكافحة الشروط التعسفية في العقود المعروضة على القاضي و كذا العقود المشابهة لها و المحررة من قبل نفس المحترف، ذلك أنه قد يبادر المحترفين إلى إستبعاد هذه الشروط من نماذج عقودهم المقترحة على غير المحترفين أو المستهلكين، تخوفا من تعرض هذه النماذج للمطالبة القضائية من أجل

---

[1]- O. CARMET, op. cit., p. 29.

[2] - Art. 1172 , 1174 et 1591 du c. civ.f.

[3] -STÉPHANIE PORCHY-SIMON, op. cit., n° 212, p. 99 : « Le juge apprécie la clause afin de savoir si elle crée un déséquilibre significatif au sein du contrat, mais sa décision n'ayant qu'une autorité relative de chose jugée, ne s'impose pas à une autre juridiction saisie d'une clause identique. La jurisprudence de la Cour de cassation fait preuve en la matière d'une sévérité sans excès.»

[4]- Art. L. 132-6 c. consom. f. : « En cas de litige entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, le juge peut soulever d'office le caractère abusif d'une clause.
Il peut déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des non-professionnels ou des consommateurs et lui ordonner d'en informer ceux-ci à ses frais par tout moyen approprié. »
conformément à la jurisprudence communautaire et au principe de l'effet utile de la directive 93/13/CE précitée, le projet de loi renforce les pouvoirs du juge en matière de lutte contre les clauses abusives… A cet effet, il est proposé d'aménager le chapitre II du titre III du code de la consommation relatif aux clauses abusives en créant une section 3 consacrée aux pouvoirs du juge, dans laquelle est inséré un article L. 132-6 nouveau reconnaissant au juge saisi cette possibilité. http://www.legifrance.gouv.fr/html/actualite/actualite_legislative/exp_protection_consommateurs.htm

حذف أحد شروطها و التشهير بخدماتهم، و بالرغم من ذلك لم يتم المصادقة على هذا المشروع.

أما بالنسبة لموقف المشرع الألماني[1]، فقد أعطى للقضاء سلطة الحكم إما بالإبقاء على العقد ساريا دون الشروط العامة إذا أمكن، مع تطبيق الأحكام القانونية على الشروط التعسفية في العقد، و إما الحكم ببطلان العقد إذا كان من شأن التعديلات المحتملة نتيجة تطبيق الأحكام القانونية عليه، أن تنشئ على عاتق أحد طرفيه إلتزاما غير مقبول منه.

هل يملك القاضي سلطة إثارة الأحكام القانونية المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه؟

إن تعلق بعض القواعد القانونية بالنظام العام يقتضي وجوب إثارة خرقها، لكون القاعدة تكتسي صبغة آمرة سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للقاضي، و يعتبر عدم إثارتها من طرف محكمة الموضوع سبب للطعن بالنقض على اعتبار أن الأمر يتعلق بمسألة قانونية.

إذا كانت قواعد قانون الاستهلاك[2] تتميز بالصبغة الآمرة كأصل عام بالنسبة للمتعاقدين، فإن الإشكال يتمحور أساسا في علاقة هذه الصبغة الآمرة بالقاضي.

فهل يجوز للقاضي أن يثير تلقائيا بطلان الاتفاقات المخالفة للقواعد الآمرة المرتبطة بالنظام العام؟

إعتبرت محكمة النقض الفرنسية[3] أنه لا يمكن إثارة خرق النصوص القانونية وإن تعلقت بالنظام العام، إلا من طرف الشخص موضوع الحماية، بحيث لا يمكن للقاضي أن يثير عدم مشروعية هذه الاتفاقيات من تلقاء نفسه التزاما منه بمبدأ الحياد، طالما أن عدم الإثارة يفيد تنازل الشخص عن الحماية، لكن محكمة العدل الأوربية[4] ذهبت في اتجاه مخالف معتبرة أنه يحق للقاضي إثارة بطلان الشروط التعسفية من تلقاء نفسه و لو لم يطلب الأطراف منه ذلك صراحة.

إن هذا الاتجاه الذي تبنته محكمة العدل، من شأنه دعم وتقوية حماية الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، عن طريق ضمان فعالية تطبيق القواعد الحمائية، من خلال التدخل القضائي الذي لا غنى عنه لضمان حماية حقيقية للمستهلك، حيث تظهر أهمية و جدوى هذه الحماية القضائية في أن أغلب المستهلكين يجهلون بعض هذه القواعد

[1]- المادة 6 من القانون الألماني الصادر في 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود.

[2] -V. Art. L.132-1 al. 9 c. consom. f. : «les dispositions du présent article sont d'ordre public.»

[3] - V. Cass. Civ. 1ère ,15 février 2000, Bull. civ., n° 49 ; Cass. Civ. 1ère, 23 nov. 2004, Bull. civ. n° 287.

[4]- V. C.J.C.E., 27 juin 2000 ; C.J.C.E., 21 nov. 2002 ; C.J.C.E., 04 juin 2009 ; C.J.C.E., 06 octobre 2009, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm

المقررة لحمايتهم، مما يفوت عليهم الحماية التي يرغب المشرع في تفعيلها من خلال التدخل التشريعي.

الملاحظ أن منح القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه يجعل منه مساندا للطرف الضعيف، و إذا كانت مبادئ العدالة والإنصاف تسعى إلى إزالة التعسف وتحقيق التوازن الاقتصادي في العقد، فهي تستلزم كذلك أن يكون هذا التدخل إجباريا متعلقا بالنظام العام في مفهومه المطلق[1]، فالتدخل القضائي الحر (أي غير المرتبط بإثارة الأطراف) يمكن أن يساهم أيضا في تقوية الإرادة الواعية الصحيحة للطرف الأقل قدرة أو كفاءة عن طريق سد خلل عدم العلم الكافي بالقانون.

تعتبر النصوص القانونية المتعلقة بحماية المستهلك بمثابة الحد الأدنى للحماية، مما يقتضي تطبقها دون الحاجة إلى وجود نص خاص يقررها، فالنصوص التي تنظم عقد الاستهلاك تهدف في مجملها إلى حماية المستهلك بنصوص لا يجوز مخالفتها، إلا أن يكون ذلك لمصلحة المستهلك، أما إذا اتفق على مخالفتها لمصلحة العون الاقتصادي أو المحترف فإن هذا الاتفاق يكون باطلا[2].

2 - الجزاء الجنائي:

بالرغم من أهمية عقوبة بطلان الشروط التعسفية كجزاء لإدراجها في العقود، إلا أنها غير كافية في حد ذاتها لمكافحة هذه الشروط ، فالإلغاء القانوني للشروط المعتبرة تعسفية ليس ردعا ماديا، حيث أثبت الواقع العملي أن هذه الشروط الممنوعة و الملغاة لا تزال تدرج في عدد هام من العقود التي تعرض على المستهلكين الذين يجهلون أنها باطلة.

تبعا لذلك يطرح التساؤل حول أهمية الإعتماد إلى جانب الجزاء المدني المتمثل في إبطال الشرط التعسفي، جزاءا عقابيا للمحترفين المخالفين للأحكام القانونية يكمن في عقوبات جزائية (الحبس و الغرامة)؟

لقد تبنى المشرع الجزائري[3] هذا الاتجاه صراحة من خلال فرض عقوبة على الأعوان الاقتصاديين نتيجة إخلالهم بالأحكام القانونية المتعلقة بالممارسات التجارية، و المتمثلة في غرامة مالية تتراوح من خمسين ألف (50.000) د. ج. إلى (5000.000) خمسة ملايين د. ج.

---

[1] - B. FAGES et J. MESTRE, *L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat*, R.T.D. com., 1998, p.71.

[2] -J. HEMARD, *Droit de la concurrence et protection des consommateurs*. Gaz. Pal. 1971, 2, Doc., p. 575.

[3]- راجع المادة 38 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المذكور سالفا.

وفقا لمضمون النص القانوني سالف الذكر، فإن القضاء المقصود هنا هو القضاء الجنائي الذي ينفرد بتطبيق جزاء الغرامة، أما القضاء المدني فلا دور له في ظل غياب أي نص يشير إلى الجزاء المدني و طبيعته[1].

إن تحديد عقوبة جنائية تطبق على العون الاقتصادي عند مخالفته لأحكام القانون رقم 04-02 المذكور أعلاه، يساهم في ردعه من الممارسات التعسفية التي يفرضها على المستهلك، كما يضع هذا الأخير في مأمن من الإنعكاسات السلبية لعقود الإذعان التي يستغل فيها العون الاقتصادي وضعيته المتميزة لفرض شروطه عليه.

أما فيما يخص القانون الفرنسي فلم ينص على عقوبة جزائية في حق المحترف الذي يدرج الشروط التعسفية في عقوده التي يبرمها مع المستهلكين، و إنما إكتفى فقط بالجزاء المدني، و في هذا الإطار يرى جانب من الفقه الفرنسي[2] أن التشريع المتعلق بالشروط التعسفية لا يتلاءم مع العقوبات الجزائية، لكن يمكن تصور هذا النوع من الجزاء بالنسبة للشروط المعتبرة تعسفية و المحددة عن طريق مراسيم مجلس الدولة تطبيقا للنص القانوني[3]، من خلال نص الحكومة في مراسيمها على غرامة تطبق على كل محترف في حالة المخالفة.

إن عدم فرض المشرع الفرنسي لعقوبة جزائية على المحترف في حالة إخلاله بالأحكام القانونية، لم يمنع الجهات القضائية من الحكم بالتعويض على المحترف في حالة إذا رتب الشرط التعسفي الوارد في العقد ضرر على المستهلك.

الفرع الثاني : رقابة القضاء الإداري على الشروط التعسفية

يملك القضاء الإداري سلطة الرقابة على مدى مطابقة المراسيم المحددة لقائمة الشروط التعسفية، و الصادرة عن مجلس الدولة بعد إستشارة لجنة الشروط التعسفية، تطبيقا للقانون الذي خول لها هذه السلطة.(أولا) علاوة على ذلك يملك القاضي الإداري، سلطة تقدير الطابع التعسفي للشروط الواردة في العقود المبرمة بين المرافق العامة الصناعية و التجارية و بين المستهلكين المرتفقين.(ثانيا)

أولا : رقابة القاضي الإداري على المراسيم المحددة للشروط التعسفية

[1]- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 141.

[2] -V. J.P. CHAZAL, *Les clauses abusives*, op. cit., n° 105, p. 18 : « la définition des clauses abusives, de par sa complexité et les incertitudes qui l'affectent, se prêterait mal à des sanctions pénales qui postulent la nécessité pour le législateur de définir des infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire. »

[3]- المادة L.132-1 الفقرة 2 و 3 من ق.إ. ف.

تتمثل رقابة القضاء الإداري في هذه الحالة في رقابة التي يمارسها مجلس الدولة الفرنسي على الشروط التي تم إعتبارها تعسفية بموجب المراسيم، للكشف عن وجود تجاوز للسلطة من عدمه، مما يسمح لمجلس الدولة من التحقق مما إذا كانت هذه المراسيم الصادرة تطبيقاً للنص القانوني[1] مطابقة له أم لا.

بناء على هذه السلطة المخولة للحكومة لمنع و تحديد أو تنظيم الشروط التعسفية المدرجة في العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين، صدر المرسوم التنفيذي رقم 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978، وقد تضمن هذا المرسوم 03 مواد، المادة الأولى منه كانت محل طعن أمام مجلس الدولة[2]، حيث نصت على أنه : " في العقود المبرمة بين المحترفين من جهة، و غير المحترفين أو المستهلكين من جهة أخرى، فإنه يكون محظوراً بإعتباره تعسفياً - طبقا للفقرة الأولى من المادة 35 من القانون المعني- الشرط الذي يكون موضوعه أو يترتب عنه إذعان غير المحترف أو المستهلك لشروط غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه"، و هو ما يعرف بشروط الإحالة[3].

يتضح من مضمون نص المادة الأولى من هذا المرسوم، أنه يمنع الشروط المدرجة بالإحالة إلى ملاحق أو وثائق أخرى غير مرفقة بالعقد، و التي لم يطلع عليها المستهلك الذي وقع على العقد.

تستعمل عملية الإحالة إلى شروط و ملاحق أخرى في العديد من عمليات التوثيق، و بالتالي على البائع المحترف إذا كان الطرف الآخر المتعاقد معه غير محترف أو مستهلك، أن يرفق هذه الملاحق أو الوثائق بالعقد حتى يوقع عليها هذا الأخير، و إلا إعتبرت تلك الشروط المدرجة فيها باطلة، لكن لوحظ تزايد كبير في عدد الملاحق التي يحفظها الموثقون، كما تزايد العبء المالي الذي يقع على عاتق العميل، مما أدى بالموثقين إلى رفع شكوى بهذا الشأن، و كذلك بالنسبة لشركات التأمين و الشركات العقارية، حيث رفعت 05 شركات تأمين دعوى لإلغاء هذه المادة أمام مجلس الدولة[4].

أصدر مجلس الدولة[5] قرار يقضي بإلغاء تلك المادة، و إستند في ذلك على أن الحكومة ليس مصرح لها بإستخدام السلطات التي تستمدها من الفقرة الأولى لنص المادة 35، إلا من أجل منع أو تحديد أو تنظيم الشروط المتعلقة بالعناصر العقدية التي عددتها هذه المادة على سبيل الحصر[6].

---

[1]- المادة 35 من القانون رقم 23-78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 و التي أصبحت المادة L.132-1 بعد صدور قانون الاستهلاك الفرنسي سنة 1993.

[2] -V. C.E. du 03 décembre 1981, J.C.P., 1981, 2, 19502.

[3]- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 236.

[4]- أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 236 و 237.

[5] -V. Arrêt du C.E. 03 décembre 1981, précité.

[6] - V. H. BRICKS, op. cit., p. 265.

كما أن المادة الأولى في فقرتها الأولى من المرسوم لا تكشف في كل الحالات عن وجود تعسف في إستعمال النفوذ الاقتصادي، مما يعني أنها لا تمنح بالضرورة ميزة فاحشة للمحترفين، و من هنا يتضح أن نص هذه المادة بسبب عموميته لا يدخل في صلاحيات الحكومة، و على هذا الأساس فإن المادة الأولى من المرسوم محل الطعن فيها تجاوز للسلطة، لاسيما و أن الشروط الواردة في المادة 35 مذكورة على سبيل الحصر، و لا يجوز للحكومة تجاوزها، و إلا تعرضت للطعن.

يتعين على القاضي الإداري وهو بصدد مراقبة مدى صحة المراسيم الصادرة تطبيقا للقانون، البحث عن توافر الصفة التعسفية للشروط الواردة في العقود المعروضة عليه، و التي تكون مبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين، بمعنى أن عليه التحقق من وجود أو عدم وجود الميزة الفاحشة نتيجة تعسف المحترف في إستعمال نفوذه الاقتصادي، و ذلك بالنظر للظروف المحيطة بالشرط.

ثانيا : رقابة القاضي الإداري على الشروط التعسفية الواردة في عقود المرافق العامة الصناعية و التجارية

العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يكون موضوعه متعلقا بمرفق عام وتكون الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية طرفا فيه ويتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، كحق الإدارة منفردة في توقيع جزاء على المتعاقد معها، أو حق الإدارة في مراقبة العقد الإداري، أو حق الإدارة في تعديل العقد الإداري وقتما تشاء وفق المصلحة العامة[1].

و عليه، فغالبا ما يتحدد دور المتعاقد مع الإدارة على قبول شروط لم يساهم في صياغتها، و ذلك في صورة عقود نموذجية و دفاتر شروط نموذجية، مما يجعلها عقود إذعان، غير أنه في بعض الأحيان، قد تترك هذه العقود النموذجية حرية التفاوض بشأن ببعض التزامات الطرفين، حتى تتلاءم مع حاجات و أغراض طرفيها، مما يجعلها في هذه الحالة مزيجا من عقود المساومة و عقود الإذعان[2].

بالرجوع إلى قواعد حماية المستهلك، يستخلص أنها لا تسري إلا على الشروط ذات الطبيعة التعاقدية أي عقود القانون الخاص، لكن هناك بعض العقود الإدارية أو عقود المرافق العامة كعقد الإمتياز، و التي تتضمن بعض الشروط التي تكون مفروضة بموجب قانون أو لائحة[3].

[1]- سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة 2، ص. 5.

[2]- S. PERDU, op. cit., p. 483.

[3] - J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., ° 180, p. 191.

إن هذه الشروط الواردة في عقود المرافق العامة، غالبا ما تخلق نوعا من عدم التوازن الظاهر على حساب المستهلك، و على الرغم من ذلك لم يتم إخضاعها لقواعد حماية المستهلك المتعلقة بالشروط التعسفية[1].

أمام سكوت المشرع الفرنسي في هذا المجال، تدخل القضاء في عقد الاستغلال لمرفق توزيع المياه الصالحة للشرب، حيث كان يذهب في البداية إلى التفرقة ما بين الشروط الواردة في دفتر الشروط و التي تعد ذات طابع تنظيمي، بحيث لا يجوز لمحاكم القضاء العادي[2] أن تقضي باعتبارها تعسفية وفقا لقواعد حماية المستهلك في مجال الشروط التعسفية[3]، و بين الشروط التعاقدية التي لا تعتبر ذات طابع لائحي، بحيث يمكن أن تدخل في مجال تطبيق قواعد حماية المستهلك من الشروط التعسفية[4].

ذلك أنه عندما توكل الإدارة مهمة تسيير المرفق العام (affermage) إلى شخص عام أو خاص عن طريق عقد الاستغلال أو عقد الامتياز (concession)، فإن وضعية المرتفق تختلف، فعقد امتياز المرافق العامة هو عقد إداري ذو طبيعة خاصة، فهو عقد مختلط يتضمن نوعين من الشروط : شروط تعاقدية و أخرى لائحية[5].
من بين شروط عقد الامتياز أو دفتر الأعباء - الذي يعد غير قابل للانفصال- تلك الشروط التي تحكم العلاقات ما بين مانح الالتزام و الملتزم و التي تتناول : مدة الامتياز، الامتيازات المالية، كيفية استرداد المرفق، كيفية تنفيذ أعمال المرفق، و هي ذات طبيعة تعاقدية، تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في القانون الخاص.

كما أن هناك شروط أخرى تحكم العلاقات ما بين صاحب الامتياز و المرتفقين، خاصة بتنظيم و تسيير و تنفيذ المرفق العام (الرسوم التي يحصل عليها الملتزم، شروط الانتفاع بالمرفق) و هي تمثل التنظيم المفروض من جانب واحد، لذلك فهي تعد ذات طابع تنظيمي[6].

لكن بناء على اجتهاد لمجلس الدولة الفرنسي[7] في مجال تقدير شرعية الشروط التنظيمية لعقود المرافق العامة الصناعية و التجارية، قام بموجبه بتوسيع مفهوم

---

[1]- و هو ما شكل مطلب ظلت تنادي به جمعيات حماية المستهلك في فرنسا.

[2] - V. Cass. Civ. 1ère , 31 mai 1988, D. 1988, somm., p. 406, obs. J. L. AUBERT ; Cass. Civ. 1ère , 22 novembre 1994, Bull. civ. I, n° 343.

[3]- وفقا لمعيار لشرط التعسفي الوارد في المادة 35 من قانون رقم 1978-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978.

[4] - V. T.G.I. Paris, 17 janvier 1990, D. 1990, p. 289, obs. J. GHESTIN.

[5]- F. LINDITCH, *La protection en droit public*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 72, p. 83.

[6] - V. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, T. 1, MONTCHRESTIEN, 15e édi., 2001, n° 723.

[7] - V. C.E., 11 juillet 2001, Reb. Lebon. ; J.C.P. E. 2001, p. 1260 : « La clause du règlement du service de distribution d'eau qui stipule qu'en cas de dommage résultant de l'existence et du

المستهلك، و ذلك بتشبيه المرفق العام التجاري و الصناعي بالمحترف، و تشبيه المرتفق به بالمستهلك[1].

لقد ساهم هذا القرار في إدماج قانون حماية المستهلك من الشروط التعسفية في مجال اختصاص رقابة القضاء الإداري[2]، و بذلك يمكن القول، أن هذا التوسع في نطاق شرعية الشروط التنظيمية لعقود المرافق العامة الصناعية و التجارية، قد جاء لتصحيح عدم المساواة في المعاملة بالنسبة " للمستهلكين المرتفقين" (les consommateurs-usagers)، و هي عدم مساواة ناتجة عن تنوع طرق تسيير هذه المرافق.

علاوة على ذلك، اعترف هذا القرار باختصاص القاضي الإداري بتقدير الطابع التعسفي للشروط التنظيمية واللائحية، و ذلك بتطبيقه الصريح لنصوص قانون الاستهلاك المتعلقة بالشروط التعسفية[3]، و هذا ما طالب به جانب من الفقه الفرنسي[4].

على إثر هذا القرار توالت أحكام القضاء الإداري[5] التي طبقت القواعد المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية على الشروط الواردة في هذه العقود، و التي ظلت تفلت من تطبيق هذه القواعد عليها، في غياب إعتراف المشرع الفرنسي الصريح للقاضي الإداري بسلطة رقابتها.

أما فيما يخص القضاء الإداري الجزائري، فقد اتجه جانب من الفقه[6] إلى اعتبار أن النصوص الحالية تسمح بإمكان تدخل المحاكم الإدارية على هدي خطوات القضاء الفرنسي لمكافحة الشروط التعسفية في العقود الإدارية.

---

fonctionnement de la partie de l'installation située en partie privative en amont du compteur, la responsabilité du service ne peut être engagée que par une faute de service, est abusive en ce qu'elle peut conduire à faire supporter par un usager les conséquences de dommages qui ne lui seraient pas imputables sans pour autant qu'il lui soit possible d'établir une faute de l'exploitant ; une telle clause ... est abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 1er février 1995. »

[1]- V. en ce sens G. ECKERT, *Note de jurisprudence administrative*, Revue du droit public, n° 5, L.G.D.J., 2001, p. 1495 et s.

[2]- C. DEFFIGIER, *Protection des consommateurs et égalité des usagers dans le droit des services publics*, R.F.D.A n° 4, Dalloz, 2003, p. 775 ; J. NENERT *Les clauses abusives dans les relations entre les services publics et les usagers*, http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr/fonds_documentaire /dgccrf/02_actualite/ateliers_conso/atelier20b.htm : «Le juge administratif réagit ainsi à l'offensive du juge judiciaire qui voulait étendre le contrôle des clauses abusives aux contrats des services publics.»

[3]- المادة L.132-1 من ق.إ. ف.

[4] - V. N. SAUPHANOR, op. cit., n° 219, p. 143.

[5] -V. T.A. Orléans, 20 décembre 2002 ; C.A.A. Nantes, 29 décembre 2005 ; T.A. Nice, 28 avril 2006, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm ; C.E., 16 janv. 2006, Contrats, conc., consomm. 2006, p. 117, note G. RAYMOND.

[6]- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 117.

المطلب الثاني : الحماية الجماعية من الشروط التعسفية

لقد عملت غالبية الأنظمة القانونية، على تدعيم دور جمعيات حماية المستهلكين لتكريس فعالية الحماية القضائية للمستهلك، حيث سعت إلى تنظيم هذه الجمعيات قانونيا تحقيقا للغرض الذي أنشئت من أجله، و يظهر ذلك من خلال الاعتراف لها بالشخصية القانونية منذ اعتمادها وفقا للتشريع المعمول به، و ما يترتب عن ذلك من تمتعها بحق التمثيل أمام القضاء دفاعا عن المصلحة الجماعية للمستهلكين.(أولا)

لقد أدى إنتشار الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك و العون الاقتصادي أو المحترف بشكل ملحوظ، إلى اهتمام جمعيات حماية المستهلكين لمواجهتها، و هو ما دفعها للمطالبة بمنحها حق تمثيل المستهلكين أمام القضاء في دعاوى حذف الشروط التعسفية، بغية تفعيل حماية للمستهلك في هذا المجال، و من هنا تظهر أهمية هذا الدور الذي أوكل لجمعيات حماية المستهلكين المعتمدة قانونا لمكافحة الشروط التعسفية.(ثانيا)

الفرع الأول : تحديد الإطار القانوني لجمعيات حماية المستهلكين

يعد حق تأسيس الجمعيات من الحقوق الأساسية المكرسة دستوريا[1] و المنظم قانونا وفق أحكام القانون المتعلق بالجمعيات[2] الذي حدد بدقة مفهوم الجمعية و مجالات نشاطها و كيفيات تأسيسها.

تعتبر الجمعية عبارة عن إتفاق يجتمع في إطاره أشخاص طبيعيون أو معنويون على أساس تعاقدي و لغرض غير مربح، يشتركون في تسخير معارفهم و وسائلهم لمدة محدودة أو غير محدودة من أجل ترقية مختلف الأنشطة ذات الطابع المحترف أو الاجتماعي أو العلمي أو المعرفي أو الديني أو التربوي و الثقافي و الرياضي و غيرها[3] ، و يجب أن يحدد هدف الجمعية بدقة و أن تكون تسميتها مطابقة له[4].

أولا : تأسيس جمعيات حماية المستهلكين

تختلف شروط إعتماد جمعيات حماية المستهلكين لكي يعترف قانونيا بنشاطها من تشريع لآخر، لكنها تتفق على ضرورة الاعتماد القانوني لإكتسابها الشخصية القانونية، و

---

[1]- المادة 43 من الدستور الجزائري.

[2]- القانون رقم 90-31 المؤرخ في 04 ديسمبر 1990، ج. ر. مؤرخة في 05 ديسمبر 1990، العدد 53، ص. 1686.

[3]- وفق هذا الإطار تنامى ظهور الجمعيات لحماية المستهلكين في الجزائر، و التي بدأت تفرض نفسها شيئا فشيئا كواقع إجتماعي في مختلف الميادين.

[4]- يوسف الجيلالي، مبدأ الحيطة و مبدأ الوقاية في قانون حماية المستهلك، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران - سانيا- ، 2005 – 2006، ص. 123.

ما يترتب عن ذلك من حقوق، أهمها إكتساب الأهلية و التمتع بحق التقاضي، و بذلك تستطيع تحقيق الأهداف التي أنشئت من أجلها.

لم يفرد المشرع الجزائري نصوص خاصة بإعتماد جمعيات حماية المستهلكين، و إنما أصدر نصا عاما يفرض شروط و إجراءات الإعتماد القانوني لمختلف الجمعيات، و بذلك يخضع تأسيس جمعيات حماية المستهلكين إلى أحكام العامة لتأسيس الجمعيات[1]، و عليه تأسس الجمعية بحضور 15 مؤسسا على الأقل من الأشخاص الراشدين في جمعية عامة تأسيسية، يتم خلالها المصادقة على القانون الأساسي للجمعية و تعيين مسؤولي هيئاتها القيادية.

أما فيما يخص الإجراءات الشكلية فيشترط لتأسيس هذه الجمعيات إتباع الإجراءات[2] التالية :

1 -إيداع تصريح تأسيس الجمعيات[3] لدى السلطات العمومية المختصة، حسب المجال الجغرافي الذي تنشط فيه، حيث يختص الوالي بدراسة هذا التصريح إذا كان مقر الجمعيات يقتصر على بلدية واحدة أو عدة بلديات في ولاية واحدة، بينما يعود الاختصاص بدراسة التصريح لوزير الداخلية إذا كانت الجمعيات ذات صبغة وطنية أو مشتركة بين عدة ولايات.
يسلم وصل تسجيل تصريح التأسيس من السلطة المختصة خلال 60 يوما على الأكثر من يوم إيداع الملف، و ذلك بعد دراسة مدى مطابقته لأحكام القانون المتعلق بالجمعيات، مع الأخذ بعين الاعتبار الشروط الواجب توافرها في القانون الأساسي للجمعية[4].
2 -القيام بشكليات الإشهار لهذا التأسيس على نفقة الجمعية في جريدة يومية إعلامية واحدة على الأقل ذات التوزيع الوطني.

إذا توافرت هذه الشروط و الإجراءات سالفة الذكر، تأسس الجمعية قانونا و بهذا تكتسب الشخصية المعنوية و الأهلية المدنية.

---

[1]- المادة 04 من القانون رقم 90-31 المذكور سابقا.
[2]- المادة 07 من القانون رقم 90-31 المذكور سابقا.
[3]- يرفق تصريح تأسيس الجمعية بملف يشمل على ما يلي :
- قائمة بأسماء الأعضاء المؤسسين و أعضاء الهيئات القيادية، و توقيعاتهم و حالاتهم المدنية و وظائفهم و عناوين مساكنهم.
- نسختان متطابقتان للأصل من القانون الأساسي.
- محضر الجمعية العامة التأسيسية.
[4]- المادة 23 من القانون رقم 90-31 المذكور أعلاه.

فيما يتعلق بأنواع جمعيات حماية المستهلكين الممكن تأسيسها، فإنه يمكن تحديد نوعين من الجمعيات و ذلك بالاستناد إلى معيار المجال الجغرافي الذي تنشط فيه و هما :

الجمعيات الوطنية : يقصد بهذه الجمعيات تلك التي يشمل نشاطها جميع التراب الوطني، و يتوجب إيداع تصريح التأسيس هذه الجمعيات لدى وزير الداخلية[1].

الجمعيات الجهوية و المحلية : لا تكتسي جمعيات حماية المستهلكين الطابع الوطني فقط، بل يمكن أن تكون أيضا ذات صبغة جهوية أي تخص عدة ولايات و التي ينبغي إيداع تصريح تأسيسها لدى وزير الداخلية[2]، كما قد تكون ذات طابع محلي[3] أي ينحصر نشاطها في بلدية واحدة أو عدة بلديات تابعة لولاية واحدة، حيث يتوجب إيداع تصريح تأسيسها لدى الوالي.

يتضح من شروط إعتماد الجمعيات عدم إهتمام المشرع الجزائري بضرورة الوجود الفعلي المسبق، حيث لم يعلق نشاط الجمعية على مدة معينة بل ترك الاعتماد مفتوح، ما لم تخالف الجمعية أحكام القوانين و التنظيمات الساري العمل بها، أو أن يتم حلها بإتفاق أعضائها[4].

لقد إعترف المشرع الجزائري بنشاط الجمعيات الأجنبية[5]، حيث إشترط عند تأسيسها الحصول على إعتماد يمنحه وزير الداخلية بعد إيداع تصريح تأسيس الجمعية الأجنبية لدى السلطات العمومية المختصة إقليميا، و لا يمكن أن تؤسس جمعية أجنبية أو يتمتع بعضويتها إلا الأشخاص الذين هم في وضعية قانونية إزاء التشريع المعمول به في مجال إقامة الأجانب بالجزائر.

أما في القانون الفرنسي[6] فقد إشترط المشرع ضمانا لفعالية دور الجمعيات في حماية المستهلكين والدفاع عن حقوقهم، - مع ما يترتب عن ذلك من ضرورة توفرها على الخبرة والكفاءة والتجربة - عدة شروط ينبغي توافرها في هذه الجمعيات حتى يجوز لها الادعاء أمام القضاء :

---

[1]- المادة 10 الفقرة 3 من القانون رقم 90-31 المذكور أعلاه.

[2]- المادة 10 الفقرة 3 من القانون رقم 90-31 المذكور أعلاه.

[3]- تعتبر الجمعيات الجهوية والمحلية أكثر تواجدا بالمقارنة مع الجمعيات الوطنية، فقد تم تأسيس العديد من هذه الجمعيات على مستوى الكثير من الولايات، مثل جمعية حماية و إرشاد المستهلك بوهران التي تأسست في جويلية 2004، و جمعية الأمان لحماية المستهلك لولاية الأغواط، و جمعية حماية المستهلك لولاية غليزان التي تأسست في 03 مارس 1998.

[4]- يوسف الجيلالي، مبدأ الحيطة و مبدأ الوقاية في قانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 124.

[5]- الجمعية الأجنبية هي كل جمعية مهما يكن شكلها أو هدفها، يوجد مقرها في الخارج أو يكون مقرها داخل التراب الوطني، و يسيرها أجانب كليا أو جزئيا.

[6] -Art. L.411-1 c. consom. f.

1 -استقلالية الجمعية عن أي نشاط مهني، أي عدم ممارستها لأي نشاط مهني أو تجاري، لأن من شأن ذلك أن يؤثر على استقلاليتها، باعتبار أن مهمتها التي أنشات من أجلها هي الدفاع عن المستهلك.
2 -أن تثبت أن لها وجود القانوني منذ سنة، أي يجب أن تمارس جمعية حماية المستهلكين نشاطها لمدة سنة على الأقل.
3 -أن تثبت أنها أنجزت خلال هذه السنة أنشطة فعلية وعامة في مجال الدفاع عن الحقوق و المصالح الجماعية للمستهلكين، و يتحقق ذلك من خلال اجتماعاتها المتكررة و منشوراتها المتعددة في مجال الاستهلاك.
4 -يشترط لتوسيع نطاقها الإقليمي أن تضم على الأقل 10.000 منخرط أو عضو مشترك بصفة فردية، هذا فيما يتعلق بالجمعيات الوطنية.

يمنح الترخيص أو الاعتماد القانوني للجمعية[1] لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد من طرف الوزير الفرنسي المكلف بالاستهلاك بالنسبة للجمعيات الوطنية، و من طرف العمدة بالنسبة للجمعيات المحلية بعد أخذ رأي الوكيل العام للجمهورية، و تلتزم هذه الجمعية سنويا بتقديم تقرير عن نشاطها إلى الوزير المكلف للاستهلاك، أو السلطات العمومية الجهوية بحسب المجال الإقليمي للجمعية.

تعمل هذه الجمعيات على تمثيل المستهلكين في الهيئات العمومية كالمجلس الوطني الفرنسي للاستهلاك، و لجنة الشروط التعسفية الفرنسية، و المجلس الوطني الفرنسي للقرض و اللجنة الفرنسية لسلامة المستهلكين، كما تقوم هذه الجمعيات بحل النزاعات القائمة بين المحترفين و المستهلكين وديا.

أما بالنسبة للمشرع الألماني فقد إشترط لاعتماد جمعيات حماية المستهلكين أن تنشط بفعالية في مجال الدفاع عن مصالح المستهلكين، و أن تضم على الأقل 75 عضو، و أن يتم تسجيلها في سجل خاص، و من هنا يلاحظ أن شروط إعتماد جمعيات حماية المستهلكين في ألمانيا أكثر مرونة منه في التشريع الفرنسي.

ثانيا : تمثيل جمعيات حماية المستهلكين أمام القضاء

[1]- لقد منح في فرنسا هذا الاعتراف القانوني لحوالي 18 جمعية وطنية تمارس مهمة الدفاع عن المستهلكين على المستوى الوطني، كما منحت الهيئات الفرنسية المحلية الاعتماد القانوني لحوالي 800 جمعية محلية معظمها أعضاء في الجمعيات الوطنية.

ترجع أهمية تمثيل الجمعيات المعترف بها قانونا للمستهلكين أمام القضاء في الدور الذي تلعبه هذه الأخيرة في حماية حقوق المستهلكين و الدفاع عن مصالحهم، لكونهم يفتقدون في الغالب للخبرة والتجربة، لذلك كثيرا ما يترددون في رفع الدعاوى في مواجهة المحترفين[1].

لقد كفل المشرع الجزائري[2] للجمعيات المعتمدة قانونا حق التقاضي و التأسيس كطرف مدني في الدعوى العمومية، بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية و تلحق ضررا بمصالح أعضائها الفردية و الجماعية، و هو ما أكدته المحكمة العليا[3]، التي رفضت أن ترفع الجمعية دعوى مباشرة أمام القضاء المدني و أن تطالب بالتعويض، و بالتالي إقتصر تمثيل الجمعية قضائيا بالتأسيس كطرف مدني في الدعوى العمومية فقط.

لكن يلاحظ أن المشرع[4] قد وسع في الآونة الأخيرة من حق التقاضي لجمعيات حماية المستهلكين إلى التأسيس بصفة أصلية أمام مختلف الجهات القضائية، مما يسمح لها من رفع دعاوى بصفة أصلية أمام القضاء المدني، و ذلك فضلا عن الحق في التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للمطالبة بالتعويض عما لحقها من أضرار[5].

بالرغم من إعتراف المشرع لها بحق التقاضي و تزايد عددها في السنوات الأخيرة، إلا أنه عمليا نادرا ما تتأسس جمعيات حماية المستهلكين المعتمدة قانونا أمام الجهات المختصة للدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين.

تجب الإشارة، إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على تأسيس الجمعيات في الدعاوى الإدارية، مما يعني عدم قبول القضاء للدعاوى الإدارية المرفوعة من قبل جمعيات حماية المستهلكين المعتمدة قانونا.

منح المشرع الفرنسي[6] لجمعيات حماية المستهلك[7] المعتمدة قانونا، حق ممارسة الدعوى المدنية أمام جميع المحاكم بشأن الوقائع والأعمال المسببة للأضرار الماسة

---

[1] - D. FERRIER, op. cit., p . 71.

[2]- المادة 16 من القانون المؤرخ في 04 ديسمبر 1990 المتعلق بالجمعيات.

[3]- المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية، عدد I، 1997، ص. 66.

[4]- المادة 65 الفقرة 1 من القانون رقم 04-02 المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية سالف الذكر.

[5]- المادة 65 الفقرة 2 من القانون رقم 04-02 المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية سالف الذكر.

[6]- المادة 46 من القانون رقم 73-1193 الصادر في 27 ديسمبر 1973.

[7]- في فرنسا لم يكن لجمعيات حماية المستهلك إلى حد سنة 1973 الصفة للتقاضي أمام القضاء للدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين، لكون النيابة العامة هي الجهة الوحيدة التي تملك الصفة للدفاع عن المصلحة العامة، لكن نتيجة لمطالبات هذه الجمعيات صدر القانون الفرنسي رقم 73-1193 بتاريخ 27 ديسمبر1973 و المعروف باسم قانون Royer.

بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالمصالح الجماعية للمستهلكين، وقد شكل هذا الإعتراف في حينه خطوة مهمة نحو تقدم و تطور قانون الاستهلاك، حيث كان ينظر لهذه الجمعيات أنذاك،على أنها الأكثر كفاءة وقدرة لفرض احترام حقوق المستهلكين.

لكن محكمة النقض الفرنسية[1] أوقفت هذا التقدم، معتبرة أن مفهوم "الدعوى المدنية" لا يمكن أن يقصد به إلا دعوى التعويض عن الضرر الناتج عن جريمة جنائية[2]، أما الدعوى المدنية المستقلة عن الخطأ الجرمي فإنها لا تدخل في اختصاص الجمعية، و قد يفسر إتجاه محكمة النقض هذا بتخوفها من كثرة الدعاوى التي يمكن أن ترفعها الجمعيات في هذا النطاق المدني المحض، خاصة وأن الضرر المدني المستقل عن الجريمة الممنوع على الجمعيات الادعاء بشأنه، يشكل الجانب الأكبر من الأضرار المادية التي يتعرض لها المستهلكون والتي تفوق خطورة وأثرا وحجما أي ضرر آخر.

لكن نتيجة لمطالبات هذه الجمعيات بمنحها حق الإدعاء أمام القضاء المدني حتى في حالة عدم وجود جريمة جنائية، بادر المشرع الفرنسي بموجب المادة 9 من قانون رقم 88-14 الصادر في 5 يناير1988 المتعلق بالدعاوى القضائية لجمعيات حماية المستهلكين، إلى إستحداث أربع أصناف من الدعاوى وهي : الدعوى المدنية و دعوى التمثيل المقترنة و دعوى حذف الشروط التعسفية و كذا التدخل في الدعوى المدنية الفردية للمستهلك.

- الدعوى المدنية :

لقد وسع قانون الاستهلاك الفرنسي[3] من نطاق عمل جمعيات حماية المستهلكين، حيث خولها حق ممارسة حقوق الطرف المدني عن الوقائع والأعمال الضارة أو الماسة بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالمصالح الجماعية للمستهلكين في حالة وقوع جريمة جنائية سواء أمام القضاء الجنائي أو أمام القضاء المدني.

إن المقصود بالمصلحة الجماعية للمستهلكين[4] الضرر الذي يمس مجموعة من المستهلكين الناتج عن أفعال متسعة النطاق وبالغة الانتشار، فهو ليس بضرر يمس المصلحة العامة[5] ولا بضرر يمس المصلحة الفردية[6]، و من خلال طبيعة الضرر ومداه

---

[1] -V. Cass. Civ. 1re , 16 janvier 1985, J.C.P. 1985, 20484, note J. CALAIS-AULOY ; D. 1985, p. 317, note J.-L. AUBERT.

[2]- J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 553, p. 572

[3]- V. Art. L.421-1 à L.421-5 c. consom. f.

[4]- يقصد بالمصلحة الجماعية مصلحة مجموع المستهلكين الذين تمثلهم الجمعية، و تختلف المصلحة الجماعية للمستهلكين عن المصلحة العامة أي مصلحة المجتمع ككل، التي تتولى النيابة العامة تمثيلها عند حدوث ضرر عام يمس المجتمع.

[5] - D. FERRIER, op. cit., p. 72 : l'interet collectif ne saurait être l'interet general, puisque seul le minitre public est le gérant de celui-ci (C.A. Paris, 10 avril 1986, D. 1986, I.R. 392, obs. J.-L. AUBERT.)

[6]- *La protection judicaire des consommateurs*, Lamy de droit économique, 2003, p. 1814.

وأشخاصه يمكن استخلاص مفهوم المصلحة الجماعية[1]، ولا يشترط أن يكون المضرور عضوا في الجمعية، ولكن يشترط أن يكون الضرر قد مس بالمصلحة الجماعية للمستهلكين الفرنسيين[2].

تمثل المصلحة الجماعية حسب تقرير مشروع القانون الفرنسي المؤرخ في 05 جانفي 1988 المتعلق بممارسة الدعوى القضائية من طرف جمعيات حماية المستهلكين : " تلك الفائدة التي تسعى جمعيات حماية المستهلكين للدفاع عنها، وفقا للأهداف التي أنشأت من أجلها و المحددة في قانونها الأساسي"[3].

يمكن لجمعيات حماية المستهلكين أن ترفع الدعوى بطلب أصلي أو عارض للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمصلحة الجماعية لا الفردية للمستهلكين أو المطالبة بإيقاف الأعمال غير المشروعة بالنسبة للمستقبل، كسحب منتوج لعدم المطابقة أو إيقاف الإشهار الكاذب تحت طائلة غرامة تهديدية، و أيضا المطالبة بنشر الحكم على نفقة المخالف، و يكتسي هذا النشر ميزتين أولهما زجر المخالف وثانيهما إعلام المستهلك وتوجيهه بحقوقه، و يهدف المشرع الفرنسي من خلال ذلك إلى ضمان الفعالية لدور هذه الجمعيات، بتمكينها من المطالبة بتطبيق جميع الجزاءات المدنية والزجرية على قدم المساواة باعتبارها طرفا في الدعوى، لكن الملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يخرج عن موقف محكمة النقض بحصر الدعوى المدنية في الضرر الناتج عن جريمة.

-دعوى التمثيل المقترنة :

منح المشرع الفرنسي[4] لجمعيات حماية المستهلك الدفاع عن المستهلكين من خلال دعوى التمثيل المقترنة (Action en représentation conjointe) عندما يتعرض عدد من المستهلكين، لأضرار شخصية وفردية ناتجة عن فعل نفس المحترف و ذات مصدر واحد، حيث مكنها أن تطالب قضائيا باسم هؤلاء المستهلكين بإصلاح الضرر إذا كانت موكلة كتابيا من طرف شخصين على الأقل لهذا الغرض، فالهدف من هذه الدعوى هو تجميع الدعاوى المماثلة من حيث الهدف والتي يرفعها عدد من المستهلكين في إطار دعوى واحدة للدفاع عن المصالح الفردية المتماثلة والمشتركة وليس المصالح الجماعية.

إن قبول مثل هذه الدعوى يفترض وجود عدة مستهلكين في مركز قانوني متماثل، أي أن يكون الضرر الذي لحق كل منهم ناتج من فعل واحد (بمعنى أن يكون لهؤلاء

---

[1]- ينبغي التمييز في هذا الصدد بين الدعوى التي ترفعها الجمعية للدفاع عن المصالح الجماعية، و التي تشكل الغرض الذي أنشئت من أجله، و بين الدعوى التي ترفعها الجمعية عن الأضرار الماسة بالمصلحة المشتركة لجميع أعضائها بإعتبارها وكيلة عنهم.

[2]- T. Corr. Poitiers, 5 Mars 1981, Lamy de droit économique 2003, p. 1817.

[3] -V. Y. GUYON, *Droit des affaires, droit commercial général et société*, T. 1, ECONOMICA, 7ème éd., paris, 1992, p. 1007.

[4]- V. Art. L.422-1 à L.422-3 c. consom. f.

المستهلكين مصلحة مشتركة[1])، و إذا توفرت الشروط السابقة يمكن للجمعية رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمستهلكين الذين تمثلهم [2]، فإذا صدر الحكم لصالحها يستفيد كل المستهلكين الذين قامت الجمعية بتمثيلهم من مبلغ التعويض، أما إذا خسرت الدعوى و صدر الحكم ضدها فسيحرم المستهلكين من التعويض، هذا فضلا عن فقدهم حق مباشرة الدعوى الفردية.

نتيجة لذلك، تظهر عدم فعالية هذه الدعوى، إذ يمكن للجمعية أن تؤيد وترشد المستهلك أثناء مباشرة الدعوى الفردية، فضلا عن أن هذه الدعوى قد تعرض الجمعية لمخاطر تحمل المسؤولية في مواجهة كل من المستهلكين الذين مثلتهم، و كذلك المحترفين الذين رفعت عليهم الدعوى في حالة خسارتها[3].

يعتقد بعض الفقه[4] أن حل مشكلة الأضرار التي تلحق بالمستهلكين، لا يكون إلا بمنح الجمعيات الصفة للدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين عن طريق الدعوى الجماعية[5] "Action de groupe"، التي تمكنها من مباشرة الدعوى إذا أصيب عدة مستهلكين بأضرار من مصدر واحد، و بدون الحاجة إلى وجود توكيل ولا إخطار سابق، و في حالة صدور الحكم لصالح الجمعية، فيمكن لأي من المستهلكين تقديم طلب الاستفادة منه، مع بقاء حق مباشرة الدعوى الفردية بالنسبة للمستهلكين الآخرين، و من أجل ضمان احترام حقوق المستهلكين، تم الإعلان عن إعداد مشروع قانون يقر هذه الدعوى، لكن لم يتم المصادقة عليه[6].

على النقيض من ذلك، اعتبر الرئيس الأول لمحكمة النقض الفرنسية[7] أن "دعوى المجموعة" لا تتلاءم مع النظام القانوني والقضائي الفرنسي من عدة نواحي، من خلال مساسها بمبدأ حرية التقاضي أو عدم التقاضي، المساس بحرية اختيار الممثل أو الوكيل، كون المتقاضي لا يعرف جميع خصومه، عدم مسؤولية المتقاضين، عدم وحدة الأضرار، إشكالية مصاريف الدعوى، إشكالية التعويض، المساس بقوة الشيء المقضي به.

الفرع الأول : دور جمعيات حماية المستهلكين في مكافحة الشروط التعسفية

[1]- كأن يشتري عدد من الأشخاص جهازا من الأجهزة الإلكترونية ثم يكتشفوا أنه يوجد عيبا في الصناعة بكل الأجهزة.

[2]- لا تملك الجمعية في نطاق هذه الدعوى المطالبة بإلغاء الشروط التعسفية :

V. T.I. pantin, 18 avril 1998, D. 2000, Somm, p. 51, obs, PIZZIO.

[3]- J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 560, p. 582 ; *La protection judicaire des consommateurs*, Lamy de droit économique, 2003, p. 1811.

[4]- J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 561, p. 583 .

[5]- المعروفة في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا "Class-Action"

[6]- J. CALAIS-AULOY, *Faut-il améliorer le système français de lutte contre les clauses abusive?*, in colloque sur les clauses abusive , http://www. dgccrf.bercy.gouv.fr /fonds_ documentaire /dgccrf/02_actualite/ateliers_conso/atelier20b.htm

[7] -Discours prononcé par le président de la cour de cassation au colloque organisé le 10 novembre 2005 par L'association U.F.C. - Que choisir sur le thème : « *Pour de véritables actions de groupe : Un accès efficace et démocratique a la justice* », www.courdecassation.fr

بالرغم من أهمية الاعتراف للقاضي بسلطة الرقابة على الشروط التعسفية و هو بصدد نظر النزاع المعروض عليه، غير أن الواقع قد أثبت أن المستهلكين غالبا ما يتقاعسون عن رفع الدعوى لطلب بطلان هذه الشروط، و ذلك نظرا لما قد يتكبده المستهلك من نفقات باهظة في الكثير من الأحيان بسبب مصاريف الدعوى المرفوعة بالمقارنة مع السلعة أو الخدمة محل الدعوى التي تكون زهيدة القيمة، إضافة إلى طول و بطء إجراءات التقاضي.

نتيجة لذلك لجأت غالبية التشريعات إلى تبني وسيلة قضائية أخرى لمكافحة الشروط التعسفية، عن طريق الاعتراف للجمعيات الممثلة للدفاع عن المستهلكين بحق رفع دعاوى قضائية نيابة عن المستهلكين بموجب دعوى حذف الشروط التعسفية(أولا)، مع إمكانية التدخل في الدعوى المدنية الفردية للمستهلك (ثانيا).

أولا : دعوى حذف الشروط التعسفية

إن إعتبار الشروط التعسفية كأنها غير مكتوبة و بالتالي باطلة تمهيدا لاستبعادها من العقود، يعد في حد ذاته وسيلة غير كافية لمكافحة الشروط التعسفية، ذلك لأنها تفترض عرض العقد الذي سبق إبرامه من قبل المستهلك على القضاء[1]، و هو أمر نادر الوقوع في مجال الاستهلاك، و حتى إذا وقع ذلك فإن أثر بطلان هذه الشروط يقتصر على المستهلك الطرف الوحيد في الدعوى فحسب، و لا يؤدي إلى القضاء على مشكلة الشروط التعسفية بالنسبة لجمهور المستهلكين بصفة عامة.

تقتضي حماية المستهلك من الشروط التعسفية منع المحترف من إدراج هذه الشروط في العقود المبرمة بينه و بين المستهلك، إذ لا يكفي إعتبار بعض الشروط تعسفية، و إنما يجب أن لا تكتب أصلا في العقد، و من هنا تظهر أهمية و فائدة الدعوى القضائية التي ترفعها جمعيات حماية المستهلكين للمطالبة بإلغاء و حذف الشروط التعسفية المدرجة في نماذج العقود المقترحة من قبل المحترفين على المستهلكين، خاصة و أن الشروط التعسفية تمثل في حد ذاتها مساس بالمصالح الجماعية للمستهلكين[2]، من هنا تظهر أهمية مكافحة الشروط التعسفية ليس فقط بالنسبة للعقود المبرمة، و لكن أيضا بالنسبة لنماذج العقود و الاتفاقيات التي تكوّن قاعدة لعقود مستقبلية.

لقد وسع المشرع الجزائري[3] من حق التقاضي لجمعيات حماية المستهلكين إلى التأسيس بصفة أصلية أمام مختلف الجهات القضائية، حيث منح هذه الجمعيات حق رفع

---

[1] - M.-L. IZORCHE, *Clauses abusives* in *Grands arrêts du droit des affaires*, D. 1995, n° 20, p. 365.

[2] -V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 191, p. 206 : « la stipulation de clauses abusives constitue en elle-même une faute de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs. »

[3]- المادة 65 الفقرة 1 من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية سالف الذكر.

الدعاوى أمام القضاء المدني بصفة أصلية ضد كل عون إقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المذكور سالفا.

أهم ما يلاحظ في هذا الصدد، هو عدم نص المشرع الجزائري صراحة على حق جمعيات حماية المستهلكين في رفع دعوى حذف الشروط التعسفية، و إنما إكتفى فقط بعبارة " رفع دعوى أمام العدالة" و بذلك لم يحدد ما نوع هذه الدعوى، و إن كان يمكن أن يستشف من عبارة " قام بمخالفة أحكام هذا القانون" أنه أجاز لجمعيات حماية المستهلكين رفع دعوى قضائية ضد العون الاقتصادي للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية من العقود التي يبرمها مع المستهلكين، ذلك لاسيما و أن أحكام هذا القانون تهدف أصلا لمكافحة هذه الشروط بإعتبارها ممارسات تعسفية غير قانونية و مخالفة لنزاهة و شفافية الممارسات التجارية، و بما أن هذا القانون يمنع و يحظر العمل بهذه الشروط في العقود المبرمة بين المستهلكين و الأعوان الاقتصاديين، فإن مخالفة هذا الأخير لأحكامه يمكّن المستهلك من رفع دعوى ضده من أجل إلغاء هذه الشروط.

بالرغم من هذا الاعتراف، ما يزال القضاء الجزائري يفتقر من الناحية العملية للدعاوى الجماعية المرفوعة من قبل جمعيات حماية المستهلكين للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود المبرمة ما بين المستهلكين و الأعوان الاقتصاديين.

أما في فرنسا، فلم تنجح لجنة الشروط التعسفية بما أصدرته من توصيات في حث المحترفين و إقناعهم بحذف الشروط المعتبرة تعسفية من نماذج عقودهم المعروضة على المستهلكين إلا في حالات نادرة، و نظرا لإفتقارها للقوة الملزمة و عدم إقترانها بجزاء، لم يتوقف العديد من المحترفين عن تقديم نماذج عقود للمستهلكين تحتوي على شروط تعسفية.

لذلك إتجه المشرع الفرنسي[1] بعد الإعتراف بسلطة القضاة في تقدير الطابع التعسفي للشروط و من ثم إلغاؤها، كخطوة أولى في نطاق الحماية القضائية إلى تبني حل آخر في نفس هذا الاتجاه بهدف تكملة و بسط الحماية المقررة للمستهلك في هذا المجال، و مكافحة أكبر عدد ممكن من الشروط التعسفية، يتمثل في إنشاء دعوى مستقلة تسمى بدعوى حذف و إزالة الشروط التعسفية[2] الممنوحة فقط لجمعيات حماية المستهلكين المعتمدة قانونا أمام الجهات القضائية المدنية.

[1] -V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 188, p. 201 : « une solution aurait pu consister à sanctionner pénalement un tel comportement. Le législateur ne l'a pas voulu, et il a sans doute eu raison : le principe de légalité des infractions pénales est difficilement compatible avec le flou qui entoure le notion de clause abusive. »

[2]- بموجب المادة 6 من القانون رقم 88-14 المؤرخ في 05 جانفي 1988، منح المشرع الفرنسي للجمعيات المعتمدة قانونا حق طلب من القضاء المدني حذف أو إزالة الشروط التعسفية من نماذج العقود أو الاتفاقيات المقترحة عادة من قبل المحترفين، و قد أصبحت أحكام هذه الدعوى محتواة حاليا في المادة L.421-6 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

لقد أجاز المشرع الفرنسي لجمعيات حماية المستهلكين بموجب دعوى إلغاء أو حذف الشروط التعسفية - التي كانت مرفوضة سابقا من طرف محكمة النقض، و ذلك باستقلال عن الدعوى الجنائية أي في حالة عدم وقوع جريمة - أن تطلب من القضاء المدني[1] استصدار أمر بإلغاء الشروط التعسفية[2] من نماذج الاتفاقات المعتادة التي يطرحها المحترفون على المستهلكين، و عليه تتلخص مميزات دعوى حذف الشروط التعسفية حسب النص القانوني[3] فيما يلي :

1 - ترفع جمعيات حماية المستهلكين المعتمدة قانونا دعوى حذف الشروط التعسفية أمام القاضي المدني.

2 - تتعلق دعوى حذف الشروط التعسفية بالعقود النموذجية المعتاد إقتراحها على المستهلكين، و بذلك فهي تقتصر على عقود الاستهلاك المعدة مسبقا فقط، و التي يحررها المحترف دون تفاوض أو مناقشة مع المستهلك مهما كان شكلها، عقد أو وصل طلبية أو فاتورة أو وصل ضمان...

لقد مُنِحَت هذه الدعوى لجمعيات حماية المستهلك، ليس للمطالبة بالبطلان القانوني للشروط التعسفية في العقود التي سبق إبرامها بين المستهلكين و المحترفين، و لكن للمطالبة بالحذف المادي لهذه الشروط من نماذج العقود المقترحة عادة من قبل المحترفين على جمهور المستهلكين[4]، و التي تتضمن الشروط العامة التي تستخدم كأساس لعقود ستبرم في المستقبل بين المحترفين و المستهلكين، و بناء على ذلك يستلزم القضاء لقبول هذه الدعوى أن يكون العقد من قبيل العقود المقترحة عادة على المستهلكين[5].

3 - يجوز للجمعية ممارسة دعوى حذف الشروط التعسفية بصفة أصلية، إذ لا يشترط أن ترفع دعوى قضائية مسبقا من طرف المستهلكين المتضررين من هذه الشروط.

---

[1]- ليس أمام القضاء التجاري أو الإداري.

[2]- و هكذا فقد تجاوز المشرع الفرنسي فكرة إبطال الشرط التعسفي من قبل المستهلك المتضرر، إلى تقرير إلغائه لحماية جمهور المستهلكين.

[3] -V. Art. L.421-6 c. consom. f.

[4] -V. Cass. Civ. 1re, 13 mars 1996, , D. Aff. n°20 : «l'action des associations de consommateurs tendant à faire de clauses abusives des clauses d'un contrat type devient sans objet lorsque ce contrat n'est plus proposé aux consommateurs.»

[5]- تستثنى من ذلك نماذج الاتفاقات غير المعروضة على المستهلكين (التي لم تطرح بعد) أو المعروضة فقط على المحترفين حسب اجتهاد محكمة النقض الفرنسية :

V. Y. PICOD et H. DAVO, op. cit., p. 335 ; J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, Droit de la consommation, op. cit., n° 188, p. 201 : « l'action suppose que le contrat soit habituellement proposé aux consommateurs. Elle n'a pas d'objet si le contrat ne leur est plus proposé (Civ. 1re ,13 mars 1996, D. Aff. 1996.614, chron. ; 1ère civ. 1er février 2005). »

une interprétation littérale de l'article L.421-6 du c. consom. par la Cour de cassation (Cass. civ. 1ère février 2005) considère comme sans objet l'action en suppression des clauses abusives introduite par une association de consommateurs pour des contrats en cours d'exécution, lorsque les clauses ou le contrat contesté ne sont plus proposés au consommateur à la date de l'introduction de l'instance. http:// www.legifrance. gouv.fr/ html/actualite/actualite_legislative/ exp_protection_ consommateurs.htm

4 - تتعلق دعوى حذف الشروط التعسفية بنماذج عقود المحترف المعروضة على المستهلكين و المرفوعة ضده هذه الدعوى، دون العقود المشابهة لها و المقترحة من طرف محترفين آخرين، حيث تطالب جمعيات حماية المستهلكين المعتمدة قانونا بالحذف المادي للشروط التعسفية من نماذج ذلك المحترف.

تأسيسا على ما سبق، يمكن لجمعيات حماية المستهلكين رفع دعوى حذف الشروط التعسفية[1] ضد المحترفين الذين يقترحون نماذج العقود أو الاتفاقيات على زبائنهم المستهلكين الذين يعتبرون منذ ذلك الوقت في وضعية متعاقدين، و بما أنه غالبا ما يتم إدراج نفس الشروط في هذه النماذج من قبل عدة محترفين و نظرا لإقتصار حجية الحكم الصادر في الدعوى على أطرافه[2]، فإن جمعيات المستهلكين عادة ما تختصم أكبر عدد ممكن من المحترفين حتى تتحقق الحجية قبلهم جميعا، و بالتالي تحقق الدعوى طابعها الوقائي و الشمولي.

تجدر الملاحظة إلى أن النص القانوني المتعلق بدعوى حذف الشروط التعسفية مقرر لحماية المستهلكين دون غيرهم، و يظهر ذلك من خلال عدم تضمنه لعبارة "غير المحترفين أو المستهلكين" المشار إليها في فحوى المادة L.132-1 من نفس القانون، و بالتالي يستخلص أن جمعيات حماية المستهلكين المعتمدة قانونا غير مؤهلة للدفاع عن أشخاص آخرين غير المستهلكين، و بصفة خاصة الأشخاص الذي يتصرفون لأجل أغراض مهنتهم، حتى و إن كان هؤلاء المحترفين يتعاقدون خارج مجال تخصصهم، و هكذا فإن إستعمال المشرع لمصطلح المستهلك فقط، يؤدي إلى إستبعاد دعوى حذف الشروط التعسفية لصالح فئات أخرى من المتعاقدين الذين يكونون في وضعية ضعف[3].

إن الشروط المعنية في هذه الدعوى هي كل شرط يرى القاضي أنه يتصف بالطابع التعسفي طبقا للمعيار المعتمد قانونا، سواء صدر بها مرسوم تطبيقي أم لم يصدر، طالما أنه يرتب إختلال ظاهر بين حقوق و إلتزامات طرفي العقد، و نظرا لتعلق هذه الدعوى على عكس الدعوى الفردية بعدد غير محدد من المستهلكين، فإن تقدير الطابع التعسفي يتم بالضرورة بصفة مجردة (أي وفق معيار مجرد)، بحيث لا تأخذ المحاكم بعين الاعتبار مستهلك معين بصفة خاصة، و إنما ينبغي عليها أن تبحث بصفة عامة فيما إذا كان الشرط موضوع النزاع يؤدي إلى عدم توازن ظاهر على حساب مجموع المستهلكين.

---

[1]- الأصل أنه تفسر الشروط الواردة في العقود المقترحة من قبل المحترف على المستهلك أو غير المحترف في حالة الشك لمصلحة هذا الأخير، لكن هذه القاعدة مستبعدة في حالة دعوى حذف الشروط التعسفية الوقائية :
V. J. MESTRE et B. FAGES, *Le doute profite au consommateur*, note sous Cass. Civ. 1re , 21 janvier 2003, Bull. 2003, I, n° 19, p. 14, R.T.D. Civ. 2003, n° 2, p. 292-294.

[2] -V. D. FERRIER, op. cit., p. 75.

[3] -V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 188, p. 201 et 202.

إذا ثبت لدى المحكمة[1] وجود الطابع التعسفي للشرط محل النزاع، يعتبر الشرط غير محرر في العقد و من ثم فإنها تأمر بحذفه و إزالته، الأمر الذي سيجبر المحترف أو الهيئات المهنية على تعديل نماذج عقودها وفقا لما قررته المحكمة[2]، مع إمكانية الحكم بالتهديد المالي إن إقتضى الأمر ذلك[3]، كما يجوز لها أن تأمر بنشر الحكم على نفقة المحترف[4].

يرتب الحكم القاضي بحذف الشرط التعسفي أثره على العقد الوارد فيه هذا الشرط فقط، دون العقود المشابهة له و المحررة من قبل نفس المحترف، نتيجة لذلك إقترح مشروع تعديل قانون الاستهلاك[5] المعروض على البرلمان في 14 نوفمبر 2006 إمكانية منح القاضي سلطة الأمر بحذف الشروط التعسفية الواردة في العقود المشابهة للعقد محل النزاع و المبرمة من قبل نفس المحترف مع المستهلكين.

إن الحكم الصادر عن القضاء المدني بحذف الشروط التعسفية لا يعود بأثر رجعي و إنما يسري على المستقبل، و بذلك فإن المحترف يحذف الشروط التي حكم بتعسفيتها من العقود التي سيعرضها في المستقبل فقط، لذلك حاول مشروع تعديل قانون الاستهلاك المذكور أعلاه توسيع دعوى حذف الشروط التعسفية لتشمل حتى العقود التي سبق إبرامها من قبل نفس المحترف مع المستهلكين، ذلك أن حصر مجال تطبيق هذه الدعوى على نماذج العقود المستقبلية فقط يحد من فعاليتها[6]، كما لا يستجيب لمقتضى التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية.

بناء على ذلك، إقترح هذا المشروع[7] أنه يجوز لجمعيات حماية المستهلكين بمناسبة دعوى حذف الشروط التعسفية طلب حذف الشروط التي أعلن القاضي أنها تعسفية في

---

[1] -V. Cass. Civ. 1re , 14 nov. 2006 : Contrats, conc., consomm. 2007 ;G. RAYMOND, J.C.P. édi. G. 2007, II, 10056, note G. PAISANT.

[2] -V. C.A. Paris, 13 février 2009, http://www.clauses-abusives.fr/juris/

[3] - V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, précité : « l'association peut en outre demander, malgré le silence de la loi sur ce point, des dommages et intérêts en réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs (Cass. Civ. 1re , 5 octobre 1999, D. Aff. 2000.J.110, note PAISANT. »

[4] -V. Art. L.421-6 al. 2 du c. consom. f. : « Le juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur. »

[5] -V. Art. L. 421-6 al. 2 du c.consom.f. est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Le juge peut également déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le professionnel avec des consommateurs et lui ordonner d'en informer ceux-ci à ses frais par tout moyen approprié. »

[6]-V. C.A. Toulouse, 8 nov. 1995, D. Aff.1996, n° 13, p. 386 et s. : « Les associations de consommateurs peuvent demander la suppression des clauses abusives aussi bien dans les contrats futurs que dans les contrats conclus ou en cours. » ; C.A. Toulouse, 6 déc. 1995, D. Aff. 1996, p.386 : «l'action en suppression des clauses abusives s'adresse non seulement aux futures contrats, mais aux contrats en cours.» ; T.G.I. Toulouse 6 juillet 1993 sous A. MORIN *Action d'intérêt collectif, les apports récents de la jurisprudence*, I.N.C. Hebdo. du 27 mai 1994, n°860, p.6.

[7] - Art. L. 421-2 du code de la consommation est complété par la phrase suivante : « Elles peuvent également demander, selon le cas, à la juridiction civile ou à la juridiction répressive, de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le défendeur

كل العقود المشابهة لها، التي تم إبرامها من طرف نفس المحترف من تاريخ رفع دعوى حذف الشروط التعسفية.

بالرغم من أهمية هذه الاقتراحات في توسيع و تفعيل الحماية المقررة للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية من خلال دعوى حذف الشروط التعسفية المرفوعة من قبل جمعيات حماية المستهلكين، إلا أن البرلمان لم يصادق على هذه التعديلات و بالتالي لم تدخل حيز التطبيق.

كما منح المشرع الفرنسي[1] لجمعيات حماية المستهلكين المعتمدة قانونا الحق في رفع نفس الدعوى ضد المنظمات و الهيئات المهنية[2] التي درجت على وضع نماذج العقود و الاتفاقيات أو شروط عامة موحدة معدة مسبقا من قبلها ثم تقدمها إلى أعضائها من المحترفين، الذين غالبا ما يقومون بإستعمالها في عقودهم مع المستهلكين، لذلك يكون من الأفضل رفع دعوى حذف الشروط التعسفية ضد هذه المنظمات من أجل إلزامها على حذف الشروط التعسفية التي أدرجتها في نماذج عقودها[3].

لقد أجاز المشرع الفرنسي لبعض جمعيات حماية المستهلكين أن تطلب من الهيئات الإدارية حذف الشروط التعسفية، فعلى سبيل المثال يمكن ذكر "جمعية حماية المؤمن لهم" التي تقوم عادة بتفحص نماذج عقود المؤمن المقترحة على المؤمن لهم، فتلتمس منه حذف أو تعديل الشروط التعسفية، و إذا إمتنع المؤمن عن تعديل أو حذف هذه الشروط تطعن الجمعية أمام مديرية التأمين التابعة لوزارة التأمين قبل رفع دعوى حذف الشروط التعسفية أمام القضاء.

---

avec des consommateurs et de lui ordonner d'en informer ceux-ci à ses frais par tout moyen approprié. »

le projet de loi prévoit qu'à l'occasion d'une action en suppression d'une clause illicite ou abusive dans les contrats proposés ou destinés aux consommateurs, menée par une association de consommateur, la décision du juge constatant la présence de telles clauses, réputées non écrites, puisse être étendue aux contrats identiques déjà conclus, à la date d'introduction de l'instance, par le même professionnel avec des consommateurs (article 5). http://www.legifrance.gouv.fr /html/ actualite/actualite_legislative/exp_protection_consommateurs.htm

[1] -Art. L.421-6 c. consom. f. modi. par l'art. 19 de l'ord. n°2001-741 du 23 août 2001, J.O.R.F., 25 août 2001.

[2]- لقد تم إعتماد هذه الدعوى منذ تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي بمقتضى القانون رقم 95-96 المؤرخ في 01 فبراير 1995، و هي مستوحاة من التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية الصادرة في 1993، و قد تم تعديل هذه المادة (L.421-6) بموجب الأمر رقم 741-2001 الصادر في 23 أوت 2001، حيث حذفت منها عبارة

"les modèles de conventions habituellement **proposés par les professionnels** aux consommateurs et dans ceux **destinés** aux consommateurs et proposés **par les organisations professionnelles** à leurs membres."

و تم إضافة العبارة التالية : "tout contrat ou type de contrat **proposé** ou **destiné** au consommateur."، و بالرغم من عدم نصها صراحة على المنظمات المهنية إلا أنه يمكن أن يستفاد من فحواها أنها تشمل هذه المنظمات، علاوة على ذلك تم إستبدال مصطلح "les modèles de conventions"، بمصطلح "type de contrat".

[3] - D. FERRIER, op. cit., p. 74.

إضافة إلى جمعيات حماية المستهلكين منح المشرع الفرنسي[1] مؤخراً لمديرية المنافسة و الأسعار و الاستهلاك و قمع الغش حق رفع دعوى حذف الشروط التعسفية إزاء المحترفين.

علاوة على ما سبق، فإنه يعد من الجائز أيضا قبول رفع دعوى حذف الشروط التعسفية قبل الغير الذي يقوم بنشر نماذج العقود و الاتفاقيات، و ذلك بالرغم من أن القانون لم يوضح ذلك بدقة، كما هو الحال بالنسبة للدعوى المرفوعة ضد المرخص الذي يقدم إلى المرخص لهم الشروط العامة التي يجب عليهم إستعمالها، و لكن بشرط أن تستعمل هذه النماذج بين المستهلكين و المحترفين و إلا كانت الدعوى غير مقبولة[2].

إعتبر بعض نواب الجمعية الوطنية الفرنسية أن الدعوى القضائية المرفوعة من طرف الجمعيات لطلب حذف الشروط التعسفية، ما هي إلا علاج لعدم كفاية الرقابة الإدارية و القضائية للشروط التعسفية، حيث تعد هذه الدعوى وسيلة فعالة لإعادة تحرير شروط نماذج العقود و إلغاء الشروط التعسفية المدرجة فيها.

ينبغي الإشارة، إلى أن هذه الدعوى رغم أهميتها باعتبارها دعوى وقائية[3] عامة [4] لا يتطلب لتحريكها تقديم شكاوى من المستهلكين[5]، إلا أنها لم تعطي النتائج المرجوة منها، لكون نسبية حجية الأمر المقضي به تمنع من إنتاج الأحكام الصادرة مفعولها على غير المحترفين أطراف الدعوى، و بالتالي فلا يسري أثر هذه الأحكام على المحترفين الآخرين الذين يستعملون نفس الشروط التعسفية في عقودهم، مما قد يشل عملها ويضعف قيمتها عمليا[6].

---

[1] -Art. L.141-1 al. 6 c. consom. f. modi. par l'art. 39 de la Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 : «L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut également demander à la juridiction civile ou, s'il y a lieu, à la juridiction administrative d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur.»

[2] -V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 188, p. 202 : « ainsi l'action en suppression de clauses abusives n'est pas recevable lorsque les conditions générales, quoiqu'éditées par un tiers professionnel, sont utilisés entre contractants non-professionnels (Cass. Civ. 1re , 4 mai 1999, J.C.P. 1999.II.10205, note PAISANT ; R.T.D. civ. 2000.107, obs. MESTRE et FAGES). »

[3]- J. BEAUCHARD, op. cit., p. 268 : « cette action peut être exercée préventivement, avant même qu'un consommateur ait été victime de la clause abusive, et elle tend d'ailleurs à prévenir les effets néfastes de la clause jugée abusive. Il s'agit bien d'une action collective puisque la suppression de la clause jugée abusive, si elle est ordonner, jouera pour l'avenir à l'égard de tous les consommateurs auxquels ce type de contrat serait proposé par le professionnel concerné.»

[4]- V. T.G.I. Albertville, 17 janvier 1997, J.C.P.1997, IV, n° 2501.

[5]- V. C. A. Paris, 2 Octobre 1998, D. Aff. 1998, p. 1851.

[6]- V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, 3ème éd. 1992, D. p . 395 ; Y. PICOD et H. DAVO, op. cit., p. 336.

لتفعيل دور هذه الجمعيات في نطاق هذه الدعوى إستحدث المشرع الفرنسي قائمتين للشروط المعتبرة تعسفية : لائحة سوداء و أخرى رمادية مع عدم إلزام المستهلك بإثبات طابعها التعسفي.

تبعا لما سبق، يطرح تساؤل بشأن حق الجمعيات في المطالبة بالتعويض؟

لم ينص المشرع الفرنسي[1] صراحة على حق جمعيات حماية المستهلكين في طلب الحصول على التعويض[2] عن الأضرار التي مست مجموع المستهلكين نتيجة إدراج شروط تعسفية في نماذج العقود المقترحة من قبل المحترفين على المستهلكين.

نتيجة لذلك رفضت بعض الجهات القضائية الفرنسية[3] منح التعويض لهذه الجمعيات، على أساس أن الطبيعة الوقائية التي تتميز بها دعوى حذف الشروط التعسفية لا تسمح بطلب التعويض، فهذه الدعوى تتعلق فقط بنماذج العقود و ليس العقود في حد ذاتها، و بالتالي لا مجال لوجود أي ضرر قد مس بمصلحة المستهلكين.

و على النقيض من ذلك، أجازت بعض أحكام القضاء[4] لجمعيات حماية المستهلكين المطالبة بالتعويض بمناسبة دعوى حذف الشروط التعسفية، عن الأضرار المترتبة من جراء تحرير هذه الشروط في العقود، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية[5] في إحدى قراراتها أن : " لجمعية حماية المستهلكين المدعية في دعوى إلغاء الشروط التعسفية أن تطلب التعويضات عن الأضرار التي مست بالمصلحة الجماعية، إضافة إلى طلبها بحذف الشروط التعسفية."

كما إستحداث المشرع الفرنسي دعوى وقف أو منع الأعمال غير المشروعة[6]، و لا تطبق إلا على الشروط غير المشروعة (illicites) أي تلك التي تكون ممنوعة عن طريق نص قانوني أو تنظيمي، و يرد عليها عقوبة جنائية[1].

---

[1] - V. Art. L.421-6 c. consom. f.

[2]- علما أنه يحق لجمعيات حماية المستهلكين طلب التعويض سواء في إطار التدخل في الدعوى المدنية الفردية للمستهلك (L.421-7 c. consom. f.)، أو بموجب دعوى التعويض عن الضرر الناتج عن جريمة جنائية L.421-2 (c. consom. f.) .

[3]- C.A. Versailles 2 juin 1994, B.I.D., 02-1995, p.19 ; C.A. Grenoble 3 juin 1997, Contrats, concurrence, consummation, 1997, p.14 : «l'article L.421-6 du Code de la consommation … ne prévoît pas en faveur des associations habilitées à exercer une action en suppression des clauses abusives, un droit à réparation et donc l'octroi de dommages intérêts.»

[4] -V. C.A. Grenoble, 13 juin 1991, J.C.P. 1991, II 21819, note G. PAISANT ; T.G.I. Brest, 21 décembre 1994, D. 1995, som., p. 310, obs. J.-P. PIZZIO ; T.G.I. Paris 28 octobre 2008, http://www.clauses-abusives .fr/ juris/index.htm

[5] -Cass. Civ. 1re , 5 octobre 1999, Bull. civ. 1999, I, n° 260, p. 169, D. Aff. 2000, J., p. 100, note G. PAISANT ; Cass. Civ. 1re , 21 octobre 2003.

[6]- أضاف المشرع الفرنسي هذه الدعوى إلى نص المادة L.421-6 من قانون الاستهلاك بموجب الأمر رقم 741-2001 الصادر في 23 أوت 2001، على إثر تبنيه التوجيهة الأوروبية الصادرة في 19 ماي 1998.

لقد عمد القانون الألماني من جهته، إلى التوسيع مجال الادعاء أمام القضاء، حيث منح لجمعيات النفع العام المعتمدة قانونا أن رفع دعوى قضائية أما القاضي المدني للمطالبة بحذف الشروط التعسفية من العقود النموذجية المقترحة، و منع تحرير هذه الشروط مستقبلا، و بناء على ذلك يمكن لجمعيات حماية المستهلكين أن تتدخل لحماية المستهلك من الشروط التعسفية باللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يحظر استخدام بعض الشروط العامة التي يثبت أنه ترتب عنها وجود إختلال بالتوازن العقدي و بالتالي بطلانها، و هكذا فإن كل متعاقد يواجه مثل هذه الشروط يستفيد من الحكم المسبق بطلانها[2].

غير أن المشرع الألماني قيد هذه الدعاوى بمدة تقادم تمثلت في سنتين من تاريخ قيام النزاع بين المتعاقدين، و أربع سنوات من يوم إستعمال الشرط المتنازع عليه لأول مرة في العقد، و قد تم وضع سجل إبتداءا من سنة 1990 على مستوى المحاكم يحرر فيه الدعاوى القضائية المرفوعة من طرف جمعيات حماية المستهلكين المعتمدة قانونا، و كذا الأحكام القضائية التنفيذية المتعلقة بحذف الشروط التعسفية، حيث يتضمن هذا السجل الشروط العامة التعاقدية المعتبرة تعسفية عن طريق الجهات القضائية النهائية، و بذلك يمكن لأي شخص التمسك بها أمام المحاكم الأخرى.

ثانيا : التدخل في الدعوى المدنية الفردية للمستهلك

تعد الحماية الجماعية في مواجهة الشروط التعسفية الممنوحة لجمعيات حماية المستهلكين أكثر فعالية، لاسيما أمام عجز و عدم كفاية الحماية الفردية التي تقررت للمستهلك بمفرده، و يؤكد ذلك ما إستقر عليه إجتهاد محكمة النقض الفرنسية[3] التي أجازت لجمعيات حماية المستهلكين أن تمارس حقها الممنوح لها عن طريق التدخل الإرادي في دعوى تكون مرفوعة من قبل مستهلك ما.

يحق لجمعيات حماية المستهلك الانضمام للدعوى الفردية للمستهلك لحمايته من الشروط التعسفية، و الوقوف إلى جانبه لشرح موقفه أمام القضاء المدني، حينما يكون موضوع الدعوى الأصلية تعويض الضرر الحاصل لواحد أو أكثر من مستهلك حسب أعمال لا تكتسي صبغة إجرامية.[4]

---

[1] - V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 557, p. 577 ; LAMY, Droit de l'entreprise, op. cit., n° 4-225, p. 600.

[2]- عامر قاسم احمد القيسي، المرجع السابق، ص. 150.

[3] - V. C.A. Paris, 4 octobre 1996, D. Aff. 1996, n° 40, p. 1284 ; Cass. Civ. 1re, 6 janvier 1994, J.C.P. 1994, II, n° 22237, note G. PAISANT ; Cass. Civ. 1re, 13 mars 1996, D. Aff. 1996, p. 610.

[4] -V. Art. 5 Abrogé par art. 4 de la Loi n°93-949 du 26 juillet 1993 , J.O.R.F. du 27 juillet 1993, devenu art. L.421-7 c. consom. f. : « Les associations mentionnées à l'article L. 421-1 peuvent intervenir devant les juridictions civiles et demander notamment l'application des mesures prévues à l'article L. 421-2, lorsque la demande initiale a pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale. »

لكن لا يجوز للجمعية التدخل حينما يكون موضوع الدعوى الأصلية إبطال أو فسخ العقد أو حينما يكون المستهلك في مركز المدعى عليه في الدعوى، فالضرر اللاحق بمستهلك واحد أو بمجموعة من المستهلكين هو الذي يعطي الجمعية الصفة للتقاضي باسم مجموع المستهلكين.

علاوة على ذلك، تملك جمعيات حماية المستهلكين[1] المطالبة – بحق مستقل عن المستهلك صاحب الدعوى الأصلية – بالتعويض عن الضرر و إيقاف الأعمال غير المشروعة و إلغاء الشروط التعسفية[2]، تحت طائلة غرامة تهديدية، و أيضا المطالبة بنشر الحكم على نفقة المحترف المخالف[3].

[1] - M.-L. IZORCHE, *Clauses abusives* in *Grands arrêts du droit des affaires*, D. 1995 :« pour l'action en suppression, à titre principal, le texte vise les clauses abusive, alors que pour l'action civile, et par renvoi pour l'intervantion des associations, qui peuvent avoir également pour objet la suppression d'une clause contractuelle, c'est de "clauses illicites" qu'il s'agit (comparer les articles L.421-6 et L.421-2 c. consom. f.)»

[2] -V. T.G.I. Albertville, 17 janvier 1997, J.C.P.1997, IV, n° 2501 ; C.A. Colmar 16 juin 1995, J.C.P. 1995, II, n° 22932 ; Cass. Civ. 1re , 1 février 2005, Bull. n° 64.

[3]- V. J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 558, p. 578 et 579.

قائمة المختصرات

اولا:باللغة العربية

-ج ر: الجريدة الرسمية.

-ج: الجزء

-د/:الدكتور.

-د.م.ج:ديوان المطبوعات الجامعية.

-ق.ا.ج.ج:قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

-د.ت.م: دون تاريخ المناقشة.

-ص:الصفحة.

ثانيا :باللغة الفرنسية

Bull :Bulletin des arrêtes de la cour de cassation.

CA :Cour d'appel.

Cass.Crim :Chambre Criminelle de la cour de cassation.

Ed :édition.

Fasc : Fascicule**.**

L.G.D.J. :Librairie Général de Droit et de Jurisprudence.

N° :Numéro.

P :page.

PP :de page…à la page.

Op.cit. :Ouvrage Précédemment Cité.

RTD.com. :Revue Trimestrielle de Droit commercial.

I. المصادر باللغة العربية :

1. أهم النصوص القانونية المتعلقة بالتشريع الجزائري : (حسب التسلسل التاريخي)

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، معدل و متمم.
- القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج. ر. 13 جانفي 1988، العدد 2، ص. 47.
- الأمر رقم 95-25 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير الأموال التابعة للدولة، ج. ر. 27 سبتمبر 1995، العدد 55، ص. 6.
- الأمر رقم 01-04 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم و تسيير و خوصصة المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر. 22 أوت 2001، العدد 47، ص. 9.
- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. 27 يونيو 2004، العدد41، ص. 3.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التعسفية، ج. ر. 11 سبتمبر 2006، العدد 56.
- المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 3 فبراير 2008 يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، ج. ر. 10 فبراير 2008، العدد 7، ص. 17.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.
- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج. ر. العدد 15، 08 مارس 2009، ص. 12.

2. المراجع العامة : (حسب الترتيب الهجائي)

- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية و غير الإرادية، دراسة فقهية و قضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، الطبعة 4، 1983.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، د.م.ج.، طبعة 1999.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، مطبعة السلام، طبعة 4، 1987.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية و حماية المستهلك في عقود التجارة الاليكترونية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2005.
- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، 1974.
- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة 2، 2005.
- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري، إبن خلدون، ط. 2، 2003.
- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، ج. 3، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999.
- سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، طبعة 2.
- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، 1973.
- سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1996.

3. المراجع الخاصة : (حسب الترتيب الهجائي)

- إبراهيم سيد أحمد، التعسف في استعمال الحق فقها و قضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2، 2002.

- أبو العلا علي أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 1998.
- أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994.
- أسامة احمد بدر, حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقترنة مع دراسة تحليلية و تطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، الدار الجامعية، 2003.
- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007.
- حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الإستهلاك، دار النهضة العربية، 1996.
- خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2007.
- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني و المقارن، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة ، الطبعة الأولى، عمان، 2002.
- عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- علي بولحية بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك و المسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم و القضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

4. **المقالات : (حسب الترتيب الهجائي)**

- أنور أحمد رسلان، الحماية التشريعية للمستهلك، ندوة حماية المستهلك في الشريعة و القانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998.

- بودالي محمد، مدى خضوع المرافق العامة و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك، الإدارة، العدد 24، 2000، ص 31.
- جمال كناس، حماية المستهلك و أثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد 2، الكويت، 1989، ص 89.
- حسام الدين كامل الأهواني، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، ندوة حماية المستهلك في الشريعة و القانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998.
- فاروق العربي، دور التشريعات في إقامة التوازن بين المستهلك و التاجر، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998.
- محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998.
- محمد عبد الظاهر، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، س. 22، العدد 2، يونيو 1998، ص. 750.
- محمود أحمد الكندري، دور القانون التجاري في حماية المستهلك في الكويت، مجلة الحقوق، العدد 1، 1998، ص. 379.

5. المذكرات : (حسب الترتيب الهجائي)

- بن حميدة نبهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية (دراسة مقارنة)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أو بكر بلقايد تلمسان، 2006-2007.
- جرعود الياقوت، عقد البيع و حماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001-2002.
- غمري عز الدين، حماية الرغبة المشروعة للمستهلك في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) – المطابقة و الضمان-، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران - السانيا-، 2004-2005.
- يوسف الجيلالي، مبدأ الحيطة و مبدأ الوقاية في قانون حماية المستهلك، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران - السانيا-، 2005 – 2006.

II. La bibliographie en langue française :

1. Les principaux textes législatifs et réglementaires français : (par ordre chronologique)

- Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, J.O. 11 janvier 1978, p. 301.
- La loi n° 88-14 du 05 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, J.O. 06 janvier 1988.

- Code de la consommation française codifié par la Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (partie Législative), J.O.R.F. n°171 du 27 juillet 1993, p. 10538.
- Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, J.O. 02 février 1995, p. 1755.
- Décret n°97-298 du 27 mars 1997 relatif au code de la consommation (partie réglementaire), J.O.R.F. 3 avril 1997, p. 5123.
- Ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, J.O.R.F., 25 août 2001, p. 13645 -13648.
- Décret n°2005-1450 du 25 novembre 2005 relatif à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, J.O.R.F., 26 novembre 2005
- Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, J.O.R.F. n°0181 du 5 août 2008, p. 12471.
- Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation , J.O.R.F. n°0067 du 20 mars 2009, p. 5030.
- Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, J.O.R.F. n° 151 du 2 juillet 2010**.**
- Décret n° 2010-1221 du 18 octobre 2010 relatif à l'organisation et au fonctionnement de l'Institut national de la consommation et des commissions placées auprès de cet institut, J.O.R.F. n° 0243 du 19 octobre 2010 p.18667.

2. Les directives européennes : (par ordre chronologique)

- Directive C.E.E. n° 95-13, 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O.C.E., 21 avril 1993, Loi n° 95, p. 29.
- Directive C.E. n° 98-27 du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, J.O.C.E. , 11 juin 1998, Loi n° 166, p. 51.

3. Les ouvrages généraux : (par ordre alphabétique)

- AUBERT (J.-L), *Droit des obligations, Le contrat,* Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2ème éd., 2000.
- BEAUCHARD (J), *Droit de la distribution et de la consommation*, P.U.F., coll. Thémis droit privé, 1996.
- M. BRUSCHI, *L'amélioration de la protection du consommateur*, LAMY, droit économique, n° 145, nov. 2001, édi. 2002, p. 20.
- CABRILLAC (R), *Droit des obligations*, Dalloz, 5ème éd., 2002.
- CALAIS-AULOY (J) et STREINMETZ (F), *Droit de la consommation*, Dalloz, 5 éd., 2000.
- CARBONNIER (J), *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, P.U.F., coll. Thémis droit privé, 22ème éd., 2000.
- CHAMOULAUD-TRAPIERS (A), YILDIRIM (G) et LOMBOIS (C), *Droit des affaires, relations de l'entreprise commerciale*, Bréal, 2003.
- CHAPUS (R) , *Droit administratif général*, t. 1, MONTCHRESTIEN, 15ème éd., 2001.
- FLOUR (J), AUBERT (J-L), FLOUR (Y) et SAVAUX (E), *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Sirey, 4ème éd. Par AUBERT (J-L) et SAVAUX (E), coll. Université, 2006.
- GUÉRY (G), *Droit des affaires*, Montchrestien, coll. Business, 8ème éd., 1999.
- GHESTIN (J), *Traité du droit civil, les obligations, le contrat, formation*, 1re éd., L.G.D.J., 1980.
- GHESTIN (J), *Traité du droit civil, La formation du contrat*, L.G.D.J., 3e édi., 1993.
- GUYON (Y), *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et société*, Economica, 11ème éd., 2001.
- HESS-FALLON (B) et SIMON (A-M), *Droit civil*, Dalloz-Sirey, coll. aide mémoire, 3ème éd., 1995.
- HESS-FALLON (B) et SIMON (A-M), *Droit civil*, Dalloz-Sirey. coll. aide mémoire, 8ème éd., 2005.
- LAMY, Droit de l'entreprise, Lamy S.A., 2000-2001, n° 4-219, p. 596.
- LAMY, Droit économique, n° 100, 1997, Bull. actu, p. 02 .
- LE TOURNEAU (P) et CADIET (L), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. DALLOZ ACTION, 2000-2001.
- MALAURIE (P), AYNÉS (L) et GAUTIER (P-Y) , *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2ème éd., 2005.
- MALINVAUD (PH), *Droit des obligations, Les mécanismes juridiques des relations économiques*, Litec, coll. Droit et gestion, 6ème édi., 1992
- PICOD (Y) et DAVO (H), *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Armand Colin, 2005.

- PORCHY-SIMON (S), *Droit civil 2e année, Les obligations*, Dalloz, 4ème éd., 2006.
- REINHARD (Y) et CHAZAL (J-P) , *Droit commercial*, Litec, 6ème éd., 2001.
- RIGAUD (L), *Dictionnaire encyclopédique du français des affaires*, la maison du dictionnaire, Paris, 2005-2006.
- STARCK (B), *Droit civil, Les obligations*, Litec, 4ème édi., 1989.
- TERRÉ (F), SIMLER (P) et LEQUETTE (Y), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 7ème éd., 1995.
- TERRÉ (F), SIMLER (P) et LEQUETTE (Y), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 9ème éd., 2005.
- Guide juridique Dalloz, *Clauses abusives*, t. I, Dalloz, 1987, p. 109-2.

4. Les ouvrages spéciaux : (par ordre alphabétique)

- BAKOUCHE (D), *L'excès en droit civil*, L.G.D.J., 2005.
- BRICKS (H), *Les clauses abusives*, L.G.D.J., 1982.
- FERRIER (D), *La protection des consommateurs*, Dalloz, 1996.
- LASBORDES (V), *Les contrats déséquilibrés*, t. II, P.U.A.M., 2000.
- SAUPHANOR (N), *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, L.G.D.J., 2000.
- STOFFEL MUNCK (F), *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, L.G.D.J., 2000.

5. Les articles de doctrine : (par ordre alphabétique)

- BERLIOZ (G), *Droit de la consommation et droit des contrats*, J.C.P. 1979, éd. G., I, 2954.
- BIHL (L), *Vers un droit de la consommation*, Gaz. Pal., 1974, II, Doc., p. 754.
- CALAIS-AULOY (J), *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, R.T.D. Civ., éd. S., 1994, p.
- CALAIS-AULOY (J), *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in *Droit du marché et droit commun des obligations*, R.T.D. Com., 1998, p. 115.
- CAPITANT (H), TERRÉ (F) et LEQUETTE (Y), *Clauses abusives, Interdiction, Pouvoir du juge* in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 11ème éd., 2000.
- CARMET (O), *Réflexions sur les clauses abusive au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978*, R.T.D. com., 1982, p. 01.
- CHAZAL (J.-P.), *Clauses abusives*, Encyc. D., commercial, t. II, 2004.
- CHAZAL (J.-P.), *Le consommateur existe-t-il?*, D., 1997, Chr., p. 260.

- DEFFIGIER (C), *Protection des consommateurs et égalité des usagers dans le droit des services publics*, R.F.D.A n° 4, Dalloz, 2003, p. 772.
- ECKERT (G), *Note de jurisprudence administrative*, Revue du droit public, n° 5, L.G.D.J., 2001, p. 1495.
- FONTAINE (M), *Rapport de synthèse*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996.
- GHESTIN (J), *L'abus dans les contrats*, Gaz. Pal., 1981, Doc., p. 379.
- GHESTIN (J), *L'annulation des clauses abusives par le juge en droit français*, in Mél. ROGER O. DALCQ, Responsabilités et assurances, LARCIER Bruxelles, 1994, p. 203.
- GHESTIN (J) et MARCHESSAUX-VAN MELLE (I), *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996.
- GHESTIN (J), *Rapport introductif*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 03.
- GODE (P), *Protection des consommateur, Clauses abusives*, R.T.D. Civ. 1978.
- GRIDEL (J.-P.) , *Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives*, D. 1984, Chr. p. 153.
- HONDIUS (E), *La directive sur les clauses abusives et les Etats membres de l'Union européenne (Aperçu en droit communautaire)*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996, p. 591.
- IZORCHE (M-L.), *Consommateur et professionnel* in *Grands arrêts du droit des affaires*, D. 1995, n° 4, p.35.
- IZORCHE (M-L.), *Clauses abusives* in *Grands arrêts du droit des affaires*, D. 1995, n° 30, p.57.
- LEVENEUR (L), *Vente entre professionnels et clauses limitatives de responsabilité*, contrats, conc., consom., 1994, chron., p. 3.
- KAHLOULA (M) et MEKAMCHA (G), *La protection du consommateur en droit algérien*, 1ère partie, IDARA, vol. 5, n° 2, 1995, p. 7.
- LINDITCH (F), *La protection en droit public*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 72.
- MALINVAUD (PH), *La protection des consommateurs*, D. 1981, Chr., p. 49.
- MARTIN (R), *Le consommateur abusif*, D. 1987, Chr., p. 150.
- MAZEAUD (D), *Le juge face aux clauses abusives*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, P.U.A.M., 1993, p. 23.

- MAZEAUD (D), *L'attraction du droit de la consommation*, in *Droit du marché et droit commun des obligations*, R.T.D. Com., 1998, p. 95.
- MESTRE (J), *Une étape importante dans la bataille contre les clauses abusives : l'enrôlement du professionnel contractant hors de sa sphère habituelle d'activité !*, R.T.D. Civ. 1987, n° 3, p. 537.
- MESTRE (J), *Des notions de consommateur*, R.T.D. Civ, 1989, n° 1, p. 62.
- MESTRE (J), *L'attitude des juges face aux recommandations de la commission des clauses abusives : entre considération et indépendance*,, R.T.D. Civ. 1998, n° 8, p. 94.
- MESTRE (J), *Vingt ans de lutte contre les clauses abusives,* in Mél. FRANÇOIS TERRÉ, Dalloz, L'avenir du droit, 1999, p. 677.
- MOLFESSIS (N), *Remarques sur l'efficacité des décisions de justice (à propos des effets de l'arrêt Chronopost),* R.T.D. Civ. 1998, n° 2, p. 213.
- PAISANT (G), *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, J.C.P., 1993, éd. G., I, 3655.
- PAISANT (G), *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février 1995*, D. 1995, Chr., p. 99.
- PAISANT (G), *La protection par le droit de la consommation*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 17.
- PERDU (S), *Le juge administratif et la protection des consommateurs*, A.J.D.A. n° 9, Dalloz, 2004, p. 481.
- PIZZIO (J.-P.), *L'introduction de la notion de consommateur en droit français,* D. 1982, Chr., p. 91.
- REKIK (N), *Les clauses abusives et la protection du consommateur*, Etudes juridiques, n° 7, 2000, p. 111.
- SINAY-CYTERMANN (A), *La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations*, R.T.D. Civ. 1985, p. 471.
- SINAY-CYTERMANN (A), *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996, p. 241.
- TOURNAFOND (O), *Les clauses abusives relatives à l'inexécution du contrat*, Etudes juridiques, n° 7, 2000, p. 129.

6. La jurisprudence : (par ordre chronologique)

a. La jurisprudence européenne :

- C.J.C.E., 27 juin 2000, R.T.D. Civ. 2000, p. 939, obs. J. RAYNARD.
- C.J.C.E., 22 novembre 2001, R.T.D. Civ. 2002, p. 397, J.C.P. 2002, II, 10047, note PAISANT.

- C.J.C.E., 23 septembre 2003, R.T.D. Com. 2004, n° 04 oct.-déc., p. 840.
- C.J.C.E., 01 avril 2004, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm

b. La jurisprudence française civile :

- C. A. Paris 22 mai 1986, D. 1986, J. P., p. 560, note PH. DELEBECQUE.
- Cass. Civ. 1re, 14 avril 1986, D. 1987, som., p. 455, obs. J. L. AUBERT.
- T.G.I. d'Angers, 11 mars 1986, R.T.D. Civ. 1986, p. 589, obs. J. MESTRE, J.C.P. 1987, II, 20789, note J.-P. GRIDEL.
- Cass. Civ. 1re, 28 avril 1987, D. 1988, J., p.1, note PH. DELEBECQUE, D. 1987, som. p. 455, obs. J.-L. AUBERT.
- Cass. Civ. 1re , 16 juillet 1987, D. 1988, p. 49, note J. CALAIS-AULOY.
- Angers, 1re ch. B. 16 décembre 1987, D. 1988 chr. p. 206, obs. G. PAISANT.
- Cass. Civ. 1ère , 31 mai 1988, J.-L. AUBERT, D. 1988, somm., p. 406.
- Cass. Civ. 1re , 06 décembre 1989, R.T.D. Civ. 1990, p. 277, obs. J. MESTRE.
- T.G.I. Paris, 17 janvier 1990, J. GHESTIN, D. 1990, p. 289.
- Paris, 16e ch. B. 22 mars 1990, D. 1990, IR. p. 98.
- Cass. Civ. 1re , 14 mai 1991, R.T.D. Civ. 1991, p. 526, obs. J. MESTRE ; D. 1991, p. 449, note J. GHESTIN.
- C.A. Grenoble, 13 juin 1991, J.C.P. 1992, 21819, note G. PAISANT.
- Cass. Civ. 1re , 27 janvier 1993, R.T.D. Civ. 1993, p. 583, obs. J. MESTRE.
- Cass. Civ. 1re , 26 mai 1993, R.T.D.Civ. 1994, p. 97.
- Cass. Civ. 1re, 24 novembre 1993, J.C.P. éd. E 1994, II, n° 593, note L. LEVENEUR ; D. 1994 som. p. 236 obs. G. PAISANT.
- Cass. Civ. 1re, 6 janvier 1994, J.C.P. 1994, II, n° 22237 ; R.T.D. Civ. 1994, p. 601, obs. J. MESTRE.
- C.A. VERSAILLES, 8 juillet 1994, R.T.D.Civ. 1995, p. 97. Obs. J. MESTRE.
- Cass. Com. 10 mai 1994, D. 1995, som., p. 89, obs. D. MAZEAUD.
- Cass. Civ. 1re, 21 février 1995, J.C.P., éd., E, 1995, II, n° 22502, note G. PAISANT.
- Cass. Civ. 1re, 24 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 54, D. 1995, J, p. 327, note G. PAISANT.
- Cass. Civ. 1re, 21 février 1995, Contrats, conc., consom., 1995, comm., n° 84, obs. L. LEVENEUR.

- Cass. Civ. 1re, 03 janvier 1996, Bull. civ. I, n° 9, D. 1996, J, p. 228, note G. PAISANT.
- Cass. Civ. 1re, 30 janvier 1996, Bull. civ. I, n° 55, D. 1996, J, p. 228, note G. PAISANT.
- Cass. Civ. 1re, 13 mars 1996, , D. Aff. n°20.
- Cass. Civ. 1re, 17 juillet 1996, J.C.P. 1996, II, 22747, obs. G. PAISANT.
- Cass. Civ. 1re, 05 novembre 1996, Bull. civ. I, n° 377, Contrats, conc., consom., 1997, n° 12, obs. G. RAYMOND.
- Cass. Civ. 1re 13 novembre 1996, Bull. Civ. I, n° 399, D. 1997, somm., P. 174, obs. PH. DELEBECQUE.
- C. A. Versailles, 29 janvier 1998, http://www.clauses-abusives.fr/ juris /index .htm
- Cass. Civ. 1re 10 février 1998, R.T.D. Civ., 1998, p. 674, obs. J. MESTRE.
- Cass. civ. 1re , 17 mars 1998, n° 96-11.593, Bull. Act., Lamy Droit Economique, juin 1998, p. 1.
- T.I. pantin, 18 avril 1998, D. 2000, Somm, p. 51, obs, PIZZIO.
- Cass. Civ. 1re, 17 novembre 1998, Contrats, conc., consom., 1999, n° 21, obs. L. LEVENEUR.
- Cass. Civ. 1re, 23 février 1999, Bull. civ. 1999, I , n° 59, D. 1999, I.R., p. 82.
- Cass. Civ. 1re , 4 mai 1999, Bull. civ. 1999, I, n° 147, p. 97.
- Cass. Civ. 1re , 5 octobre 1999, Bull. civ. 1999, I, n° 260, p. 169.
- Cass. Civ. 1re , 19 juin 2001, Bull. civ. 2001, I, n° 181, p. 116.
- Cass. Civ. 1re , 5 mars 2002, Bull. civ. 2002, I, n° 78, p. 60.
- Cass. Civ. 1re , 12 mars 2002, Bull. civ. 2002, I ,n° 92, p. 71.
- C.A. Grenoble, 04 février 2004, http://www.clauses-abusives.fr/juris /index .htm
- Cass. Civ. 1re , 18 mars 2004, J.C.P. 2004, II, 10106, note D. BAKOUCHE.
- Cass. Civ. 1re, 15 mars 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 135, R.T.D. Civ. 2005, p. 393, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
- Cass. Civ. 1re , 27 septembre 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 347, p. 287.
- T.I. Vanves, 28 décembre 2005, http://www.clauses-abusives.fr /juris /index .htm
- C.A. Colmar, 15 février. 2006, http://www.clauses-abusives.fr/juris/ index.htm
- T.G.I. Paris, 21 février 2006, http://www.clauses-abusives.fr/juris/ index.htm
- Cass. Civ. 1re , 3 mai 2006, Bull. civ. 2006, I, n° 213, p.187, R.T.D. Civ. 2007, n° 1, p. 113, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

- Cass. Civ. 1re, 11 déc. 2008, http://www.clauses-abusives.fr/juris/ index.htm

c. La jurisprudence française administrative :

- C.E. 3 décembre 1980, D 1981, J. chr. note LARROUMET, p. 228 ; J.C.P., 1981, 2, 19502.
- C.E. 29 juin 1994, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm
- C.E. 11 juillet 2001, Reb. Lebon, J.C.P. 2001, éd. E, p. 1260.
- T.A. d'Orléans 20 décembre 2002, http://www.clauses-abusives.fr /juris/ index.htm
- C.A.A Nantes 29 décembre 2005, http://www.clauses-abusives.fr/juris/ index.htm
- T.A Nice 28 avril 2006, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm

7. Les principaux sites internet juridiques :

- http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm : Jurisprudence cité dans le site de la Commission des clauses abusives.
- http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm : Recommandations émises par la Commission des clauses abusives.
- http://www.legifrance.gouv.fr : Le code de la consommation français.
- http://www.courdecassation.fr : La jurisprudence de la Cour de cassation française.
- http://europa.eu. : La Cour de justice des communautés européennes, Directive européenne.
- http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr : Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

المقدمة.....01
الفصل الأول: نطاق تطبيق الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية.....11
المبحث الأول : نطاق تطبيق الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص.....12
المطلب الأول : تحديد مفهوم المستهلك.....13
الفرع الأول : التعريف الضيق للمستهلك.....14
أولا : شروط إكتساب صفة المستهلك وفقا للتعريف الضيق للمستهلك.....16
ثانيا : أساس المعيار المحدد للتعريف الضيق للمستهلك.....24
الفرع الثاني : المفهوم الموسع للمستهلك.....32
أولا : توسيع مفهوم المستهلك إلى المحترف الذي يتعامل خارج نطاق إختصاصه.....33
ثانيا: توسيع مفهوم المستهلك إلى مستعملي المرافق العامة.....46
المطلب الثاني : تحديد المقصود بالعون الاقتصادي.....48
الفرع الأول : تعريف العون الاقتصادي أو المحترف.....48
أولا : شروط توافر صفة العون الاقتصادي أو المحترف.....49
ثانيا: معيار تحديد مفهوم العون الاقتصادي أو المحترف.....52
الفرع الثاني : مدى خضوع المرافق العامة لوصف العون الاقتصادي أو المحترف: 54
أولا: المرافق العامة ذات الطابع التجاري و الصناعي.....54
ثانيا: المرافق العامة الإدارية.....57
المبحث الثاني : نطاق تطبيق الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية من حيث الموضوع.....59
المطلب الأول : تحديد ماهية عقد الاستهلاك.....59
الفرع الأول : مفهوم عقد الاستهلاك.....60
أولا: تعريف عقد الاستهلاك.....60
ثانيا: الخصائص العامة المميزة لعقد الاستهلاك.....62
ثالثا : شكل عقد الاستهلاك.....67
الفرع الثاني : طبيعة عقد الاستهلاك.....69
أولا : المفهوم التقليدي لعقود الإذعان.....70
ثانيا : المفهوم الحديث لعقود الإذعان.....77
ثالثا : علاقة الشروط التعسفية بعقود الإذعان.....82

المطلب الثاني : مفهوم الشروط التعسفية.....84
الفرع الأول : تعريف الشرط التعسفي.....84
الفرع الثاني : معيار تحديد الطابع التعسفي للشرط.....89
أولا : معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للحصول على ميزة مفرطة 89
ثانيا : معيار الاختلال الظاهر بين حقوق و التزامات المستهلك و العون الاقتصادي.....96
ثالثا : كيفية تقدير الطابع التعسفي للشروط.....99
الفصل الثاني : آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية.....102
المبحث الأول : آليات الحماية التشريعية من الشروط التعسفية.....103
المطلب الأول : أليات تدعيم و حماية رضا المستهلك.....104
الفرع الأول : التحديد المسبق لمضمون عقود الاستهلاك.....104
أولا : تحديد العناصر الأساسة للعقود المبرمة بين المستهلك و العون الاقتصادي....105
ثانيا : تحديد مضمون عقود الاستهلاك عن طريق الاتفاقيات الجماعية للاستهلاك...109
الفرع الثاني : فرض الإلتزامات على عاتق العون الاقتصادي.....111
أولا : الالتزام بإعلام المستهلك بمضمون و شروط العقد.....111
ثانيا : الالتزام بمنح المستهلك مهلة للتفكير قبل إبرام العقد.....117
المطلب الثاني : آليات تحديد الشروط التعسفية في قوائم.....119
الفرع الأول : الآليات القانونية لتحديد الشروط التعسفية.....120
أولا : تحديد الشروط التعسفية عن طريق نظام القائمة السوداء.....120
ثانيا : تحديد الشروط التعسفية عن طريق نظام القوائم السوداء و الرمادية 125
الفرع الثاني : الآليات الإدارية لتحديد الشروط التعسفية.....128
أولا : رقابة الحكومة على الشروط التعسفية.....129
ثانيا : رقابة لجنة الشروط التعسفية.....138
المبحث الثاني : الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية.....152
المطلب الأول : الحماية الفردية من الشروط التعسفية.....152
الفرع الأول : رقابة القضاء المدني على الشروط التعسفية.....153
أولا : سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشروط.....153
ثانيا : إثبات الشروط التعسفية.....162

ثالثا : الجزاء المترتب على إدراج الشروط التعسفية في العقود.....163
الفرع الثاني : رقابة القضاء الإداري على الشروط التعسفية.....172
أولا : رقابة القاضي الإداري على مراسيم مجلس الدولة المحددة للشروط التعسفية.....172
ثانيا : رقابة القاضي الإداري على الشروط التعسفية الواردة في عقود المرافق العامة الصناعية و التجارية.....173
المطلب الثاني : الحماية الجماعية من الشروط التعسفية.....177
الفرع الأول : تحديد الإطار القانوني لجمعيات حماية المستهلكين.....177
أولا : تأسيس جمعيات حماية المستهلكين.....178
ثانيا : تمثيل جمعيات حماية المستهلكين أمام القضاء.....181
الفرع الثاني : دور جمعيات حماية المستهلكين في مكافحة الشروط التعسفية.....185
أولا : دعوى حذف الشروط التعسفية.....185
ثانيا : التدخل في الدعوى المدنية الفردية للمستهلك.....194
الخاتمة.....195
قائمة المصادر.....206
الفهرس.....220