تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والمحترف عن طريق مواجهة الشروط التعسفية

أ/زوبة سميرة
أستاذة مساعدة قسم-أ-
كلية الحقوق-جامعة بومرداس-

كل من أنظمة القانون اللاتيني والقانون الأنجلو سكسوني، تعترف بمبادئ حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقود، وعليه يقع على المشرع والقضاء الالتزام بعدم التدخل في الرابطة العقدية حتى وإنْ اتسمت تلك العقود بعدم التوازن لمصلحة أحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر[1].

وإذا طبقت المبادئ العامة التقليدية للعقد فإن الأمر يصبح أكثر تعقيدا على الطرف الضعيف (المستهلك)، نظرا إلى كون هذا الأخير لا يكون في وضع يمكنه من المساومة الحقيقية مع المحترف[2]. فإذا كان تطبيق النظرية التقليدية يبدو أكثر قبولا للعقود التي يتم إبرامها في ضوء تساوي أطراف العقد أو بدون إذعان من أحدهما للآخر، فإن تطبيق هذه النظرية يبدو في غاية الخطورة، حينما يتعلق الأمر بعقود يختل فيها التوازن بين المتعاقدين، خصوصا في عقود الإذعان التي ينصاع فيها المستهلك لما يمليه عليه الطرف الآخر من شروط. فتطابق وتوافق إرادات المتعاقدين أصبحت تتعلق بموضوع واحد ألا وهو انعقاد العقد ذاته، أما عن الشروط الواردة فيه فإن الإرادات لا تتوافق ولا تتطابق بشأنها لأننا نكون بصدد إرادة

---

(1) بالاستناد إلى النظرية التقليدية نجد أنه في كل العقود بما في ذلك عقود الإذعان طالما وافق الشخص على إبرام العقد. فإن ذلك يعني قبوله بكافة الشروط الواردة فيه، وفي ظل هذه النظرية أيضا فقد منعت مبادئ الحرية التعاقدية وما يرتبط بها من فرض رقابة على حقيقة رضا المستهلك بالشروط الواردة فيه. أنظر: عامر قاسم أحمد القيسي، **الحماية القانونية للمستهلك:دراسة في القانون المدني والمقارن**،الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002 ،ص34.

(2) Les clauses abusives sévissent, toutes dans des contrats d'adhésion et si, ces contrats pré rédigés sont aujourd'hui nécessaires, ils présentent incontestablement des dangers pour l'adhérent.

Ces clauses nombreuses et diverses lèsent le consommateur d'une façon manifeste et il convient de rechercher quels moyens, quelles règles de droit pourrait invoquée le consommateur pour éviter les effets néfastes de telles stipulation, voir : Davo, (H), **« clauses abusives »,**Revue jurisclasseur-concurrence-consommation,fascicule820,1991, p3.

واحدة، وهي إرادة مقدم السلعة أو الخدمة لا غير، لذا استدعت الضرورة حماية الطرف الضعيف (المستهلك).[1]

لذا نتساءل عن الكيفية التي تدخل بها المشرع لإغاثة المستهلك عند تعاقده مع طرف قوي من خلال العقد النموذجي المعد من طرف المحترف؟

المبحث الأول: التدخل التشريعي لمواجهة الشروط التعسفية:

كانت الحماية في البداية موضع اهتمام وعناية الدول المتقدمة، ثم تبعتها بعد ذلك باقي الدول وذلك راجع إلى أهميتها وضرورتها. فعدم التوازن بين المحترفين من ناحية، والمستهلكين من ناحية أخرى أدى إلى البحث عن الوسائل التي اختلفت باختلاف الأزمنة والأمكنة. فكل دولة استخدمت الوسائل التي رأت بأنها كفيلة بحماية المستهلك من خلال استبعاد الشروط التعسفية من العقود النموذجية[2]، ولأن مبدأ الحرية في التعاقد يعاني من اعتداءات تنخر صلبه وتحدّ من تطبيقه[3]. نتيجة تزايد العمل بالشروط التعسفية، لم يجد المشرع إلا التّدخل للحدّ ومنع الشروط التي يراها تعسفية هذا من جهة (المطلب الأول)، ومن جهة أخرى تدخل في بعض المواضع ليضع ما يتعين أن

---

(1) Il convient aussi de ne pas laisser la matière contractuelle devenir un terroir d'injustice, en y laissant perdurer des droits et obligations trop déséquilibrés, même si ces derniers ne devaient nullement traduire la déloyauté de ceux auxquelles ils profitent. Voir : WALTER (J.B), **« la clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »**,Revue de la recherche juridique, presse universitaire d'AIX-MARSEILLE ,N1,2011, p344.

(2) La république fédérale allemande, ou de nombreuses chambres de commerce et d'industrie ou des métiers ont établi des commissions d'arbitrage dans lesquelles les consommateurs sont représentés. Chargées de donner suite aux plaintes émanant des consommateurs, ces commissions ont une réelle efficacité puisqu'elles permettent un règlement rapide des litiges sans frais et généralement de manière positive pour les consommateurs.

Le konsumentverk suédois négocie également avec les professionnels, producteurs et distributeurs afin d'obtenir d'eux des concessions favorables aux consommateurs il définit ensuite « des principes directeurs » de conduite …constituent des références d'un grand poids plus moral que juridique.

Au Royaume-Uni, la loi de 1973 sur les pratiques commerciales…l'adoption de code de bonne conduite dont ses services négocient les termes avec les associations professionnels. En 1984 ces codes étaient au nombre de21. Voir : GHESTIN(J) & MARCHESSAUX(I), « **Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe** »,in acte de la table ronde du 12 décembre 1990,L.G.D.J, p34-p36.

(3) Dans une société consacrant pour partie un modèle de l'auto régulation par ses acteurs et préservant la liberté individuelle en vue de garantir la diversité des objectifs ainsi poursuivi… dans une période de renonciation par l'autorité étatique à l'exercice de son pouvoir normatif, le contrat est donc le moyen de construire une éthique dans les relations d'affaires. Voir : BARBIERI (J), **« Pour une théorie spéciale des relations contractuelles »**, Revue des CONTRTS, L.G.D.J, 2006/2, p1306.

يشتمل عليه العقد للحفاظ على موازنة مصالح الأطراف المتنازعة حتى لا يطغى طرف على طرف نتيجة عدم التكافؤ في المقدرة التعاقدية التفاوضية[1]. **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: حظر المشرع للشروط التعسفية في العقود بين المحترف والمستهلك:

إن تلاقي إرادة شخص أو أكثر يجعل من العقد قانونا كافيا لحكم العلاقة التي تربط بينهم. فالعقد في ظل النظرية التقليدية هو القانون الأسمى، وهو أساس الإلزام في العلاقات بين أفراد المجتمع، لكن إذا تعسف الطرف القوي أو ضمن العقد بنودا مجحفة ضد مصلحة الطرف الضعيف وجار أحد الأطراف على الآخر. أدى ذلك إلى اختلال في التوازن العقدي وزيادة استغلال الأقوياء لحاجة الضعفاء، كل ذلك تم تحت ستار الحرية التعاقدية.

وانطوى ذلك على إخلال بالمصالح التي يسعى المشرع إلى ترسيخها في المجتمع، مما أدى إلى تدخل المشرع[2] لمنع العمل بتلك الشروط.

الفرع الأول: في التشريع المقارن:

اختلفت قوانين الدول في الأسلوب المعتمد لحظر العمل بالشروط التعسفية فمنها ما اعتمدت الأسلوب التشريعي ومنها ما اعتمدت الأسلوب التنظيمي، وأخرى جمعت بين

---

[1] TROCHU (D), & TERMORIN (Y),& BERCHON (P), **« La protection des consommateurs contre les clauses abusives »**, revue droit et pratique du commerce international, N1, 1989, p50.

Ce n'est donc pas, à proprement parler, l'économie du contrat qui fait l'objet de ces réglementation, la tâche est plus étroitement et plus malaisément peut-être, de corriger les excès du libéralisme il s'agit en quelque sorte d'apurer le contexte de la transaction.

[2] لقد كتب الفقيه Josserand في هذا المجال أن التدخل من قبل الدولة بأي شكل وخصوصا من خلال التشريع يضعف من قوة العقد، يعتقد هذا الكاتب أن العقد هو أفضل وسيلة لحكم العلاقات بين الأفراد وأن التدخل بتنظيم العقود تشريعيا يجب أن يبقى في أضيق نطاق. أنظر: حسن عبد الباسط جميعي، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 117. ويرى:

CALAIS-AULOY(J), **« Les clauses abusives en droit français »,** in acte de la table ronde du 12 décembre 1990-les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe : sous la direction de GHESTIN Jacques, L.G.D.J,p115 . Le législateur est intervenu pour tempérer les effets pervers du principe de l'autonomie de la volonté. Protéger le « consommateur » ou « l'adhérent » en interdisant les clauses jugées « abusives » ou « inéquitables » imposées par le « professionnel » ou le « stipulant » sans remettre en cause la pratique des contrats d'adhésion et des conditions générales de contrat, techniques que l'on juge parfaitement adaptées à la multiplication et à la standardisation des échanges.

الأسلوبين معا وكلها تجتمع في نقطة واحدة ألا وهي تدخل المشرع بالمعنى الواسع (نصوص تشريعية ونصوص تنظيمية).

فسلك المشرع الألماني الأسلوب التشريعي كأصل عام حيث وضع قائمتين لتحديد الشروط التعسفية: الأولى سوداء وتضم ثمانية أنواع من الشروط تعتبر باطلة بقوة القانون، والثانية رمادية تضم عشرة أنواع يفترض فيها الطابع التعسفي ويقع على المحترف عبء الإثبات بأنها لا تحقق أي ميزة مفرطة[1]. أما الأسلوب التنظيمي فقد أخذ به المشرع الفرنسي منذ **78** في قانون **10 جانفي 1978**، المتعلق بإعلام المستهلك، حيث سمحت المادة 35 منه للحكومة بتحريم، أو تحديد، أو تنظيم الشروط التعسفية، وأصدر مرسوم في **24 مارس 1978**، بحيث جاء تطبيقا لنص المادة 35 السالفة الذكر ونص فيه على ثلاثة أنواع من الشروط التعسفية. ومرسوم آخر صدر في **18 مارس 2009** صدر تطبيقيا لنص المادة **132- 1** من قانون الاستهلاك الفرنسي.

وانتهج المشرّع الفرنسي في مرسوم **2009** نفس الأسلوب الألماني لاعتماده قائمتين، قائمة سوداء تضم 12 شرطا تعسفيا[2] لا يحتاج المستهلك إلى إثباتها، وقائمة رمادية تضم 10 شروط تعسفية. وهنا هل يقع على المستهلك عبء الإثبات بحيث يثبت أن الشرط يتميز بالتعسف؟ أم أن المحترف هو الذي يقع عليه عبء الإثبات بأن الشرط محل النزاع لا يتصف بالتعسف؟ في هذه الحالة ورعاية لمصلحة المستهلك، فإن الشروط الواردة في القائمة الرمادية يفترض فيها

---

(1) Le dispositif de listes réglementaires est avantageux pour le professionnel qui peut désormais mieux « mesurer le risque contractuel » qu'il encourt lorsqu'il insère dans un contrat l'une des clauses répertoriées le dispositif n'est évidemment pas sans faille, le professionnel peut avoir intérêt à prendre un risque, en rédigeant de façon subtile ses conventions de telle sorte que l'abus ne soit pas flagrant. Voir : BROUILLAUD (N-S), **« Droit de la consommation »,** Recueil DALLOZ, N13, 2010, p793.

(2) La création de la liste noire par le décret du 18 mars 2009 pouvait laisser entrevoir un effacement du rôle du juge. La présomption irréfragable d'abus attachée aux clauses noires écarte en effet toute appréciation judiciaire du déséquilibre significatif. Celle –ci n'a vocation à jouer désormais que lorsque la clauses litigieuse est grise, le professionnel devant alors tenter d'apporter la preuve contraire de l'abus. Elle également à s'appliquer dans l'hypothèse d'une clause non répertoriée. La source judicaire de l'éradication des clauses abusives était donc susceptible. D'un assèchement, bien que relatif, du fait de l'édiction du décret. Voir : SAUPHANOR-BROUILLAUD (N), **« Un an après le décret du 18 mars 2009, l'actualité des clauses abusives dans les contrats de consommation »,** Revue LAMY droit civil, N74, 2010, p8.

التعسف ويقع على المحترف عبء الإثبات بأنها لا تتصف بالتعسف بحيث لم تتسبب في حدوث اختلال بين حقوق والتزامات الطرفين.[1]

وبالرجوع إلى نص المادتين **(المادة 35 من قانون 1978 والمادة 132- 2 من قانون الاستهلاك الفرنسي)** يمكن أن يستفاد لكي يكون الشرط تعسفيا بصورة ملزمة يجب أن يكون منصوصا عليه في مرسوم صادر من السلطة التنظيمية بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية.

دور لجنة الشروط التعسفية:

تقوم لجنة الشروط التعسفية بمراجعة العقود النموذجية التي يتعامل بها المحترفون في تعاقدهم مع المستهلكين، وتقوم بإصدار توصيات فعمل اللجنة ذو طابع استشاري.

Elle recommande la suppression ou la modification des clauses qui lui paraissent abusives

بحيث لا تتمتع بأي سلطة قضائية وهي ليست سلطة تشريعية، فتوصياتها تفتقر إلى أي قوة ملزمة[2]. ويقوم الوزير المنوط له حماية المستهلك بنشر إعلان يتضمن الشروط التي اعتبرتها اللجنة بأنها تعسفية، ومن شأن هذا الإعلان أن يمارس ضغطا معنويا غير مباشر يؤدي إلى فرض التزام أدبي على مجموع المهنيين، قد يترتب عليه إحجامهم عن فرض هذه الشروط في عقودهم مستقبلا. إلا أن بعض الفقه أنكر للقانون الذي أنشأ لجنة مواجهة الشروط التعسفية تقديم أي حماية للمستهلك في مرحلة إبرام العقد فمن الناحية العملية نجد القضاء الفرنسي في قراره الصادر عن الغرفة المدنية الأولى- محكمة النقض- بتاريخ **1 فيفري 2005** اعتبر أن الشرط الوارد في العقد المبرم- بين المستهلك والمحترف- الذي يقضي بضرورة التسوية الودية كمرحلة أولية قبل اللجوء

---

[1] شوقي بناسي، **"مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04- 02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ،الاقتصادية والسياسية، عدد2009،2، ص 171. أنظر كذلك:

.....il atteste un renforcement, quoique moins intense, de la protection l'abus étant désormais présumé, le consommateur est dispensé d'en rapporter la preuve, mais le professionnel pourra apporter la preuve contraire, si bien que la mise hors la loi de la clause n'est pas incontournable. Voir : FENOUILLET (D), **« Clauses abusives »**, Revue des contrats, N4, 2009, p1424.

[2] إن لجنة الشروط التعسفية أنشئت بموجب قانون 10 جانفي 1978 وتنظم أحكامها اليوم المواد 132 - 2 إلى 132- 6، وهي لجنة موضوعة لدى الوزير المكلف بالاستهلاك وتتكون من 13 عضو، 4 ممثلين للمحترفين، و4 ممثلين للمستهلكين، و3 قضاة منهم رئيس اللجنة وشخصين مؤهلين في قانون العقود. أنظر: شوقي بناسي، مرجع سابق، ص147.

إلى القضاء، اعتبره بأنه شرط مشروع، ولا يتصف بالتعسف. وهو نفس قرار محكمة النقض فيما يخص نفس الشرط بتاريخ **14 فيفري 2003**.

في حين اعتبرته لجنة الشروط التعسفية في إحدى توصياتها- التي لا تتميز بالإلزامية- بأن الشرط الذي يلزم المستهلك باللجوء إلى التسوية الودية للنزاع قبل اللجوء إلى القضاء بأنه شرط تعسفي[1]. فالتوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية بشأن الشروط التي تعتبرها تعسفية ليس بالضرورة أن يعتمدها القضاة في قراراتهم. بحيث يمكن لهم مخالفتها إذا رأوا بأن الشرط لا يسبب أي إجحاف في حق المستهلك.

في فرنسا، سيتراجع في المستقبل نظرا إلى كثرة التشريعات والتنظيمات سواء على المستوى الأوروبي أم الوطني، بالإضافة إلى توسيع إمكانية تدخل القاضي، ونشاط جمعيات حماية المستهلك.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري:

نجد المشرع الجزائري قد اعتمد الأسلوب التشريعي والتنظيمي معا لمواجهة الشروط التعسفية.

بحيث نجده قد نص في المادة **29** من قانون **04- 02** المتعلق بالممارسات التجارية[2] على الشروط التعسفية التعاقدية التي وردت على سبيل المثال. وجاء نصها كالآتي: "تعتبر بنودا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

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

2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود ،في حين إنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد ،

3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتَج المسلّم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،

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

---

[1] s'il n'ya pas, en l'espèce, comme l'a juge la cour de cassation, de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, c'est par ce que le consommateur n'est pas privé définitivement de son droit fondamental à un recours juridictionnel. Voir : GHESTIN (J), **« Droit des obligations »,** la semaine juridique, N22, 2005, p1009.

[2] قانون 04- 02 مؤرخ في 23 جويلية 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد41، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 10- 06 مؤرخ في 15 غشت 2010، جريدة رسمية عدد46.

5- إلزام المستهلك تنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،

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

7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة،

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

والملاحظ أن هناك بعضا من الشروط التعسفية الواردة في المادة 29 من قانون 04- 02 قد أعيد ذكرها في المرسوم التنفيذي 06- 306 في نص المادة 5 منه.

ونص المشرع في المادة **30** من نفس القانون **"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".**

فنجد المرسوم التنفيذي رقم **06- 306** قد حدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ونصت المادة الخامسة من هذا المرسوم على 12 شرطا اعتبرتها تعسفية[1]. وفي نفس اتجاه المشرع الفرنسي سار المشرع الجزائري، فقد نص على لجنة البنود التعسفية وهي ذات طابع استشاري. مهامها البحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين. والبحث عن البنود ذات الطابع التعسفي، كما تقوم

---

[1] تنص المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد56. على أنه: تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2و3 أعلاه، الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك، عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض، التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته، النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده، فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل ابرام العقد، 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 تخلي العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه".

بإعداد توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، ويمكن أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين[1].

أما عن الأعضاء الذين تتكون منهم اللجنة فعلى خلاف القانون الفرنسي الذي ينص على فئة القضاة كأعضاء في اللجنة، فإن المشرع الجزائري لم يدرجهم في التشكيلة. ولقد نصت المادة **8 من مرسوم 06- 306**[2]:

تتكون اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم:

- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية، رئسا.

- ممثل عن وزير العدل، مختص في قانون العقود، عضو من مجلس المنافسة، متعاملين اقتصاديين، عضوين من الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلين في قانون الأعمال والعقود، ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود."

وتم تقليص عدد الأعضاء المكونين للجنة مواجهة الشروط التعسفية، بحيث تم تعديل المادة 8 من المرسوم **06- 306** بموجب المرسوم التنفيذي رقم **08 - 44**[3].

تنص المادة**8** على: **تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يلي:**

- **ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة، مختصان في مجال الممارسات التجارية.**
- **ممثلان عن وزير العدل، حافظ الأختام، مختصان في قانون العقود.**
- **ممثلان عن مجلس المنافسة.**

---

[1] المادة 7 من المرسوم 06- 306، مرجع سابق.

[2] المادة 8 من المرسوم 306- 06، مرجع سابق.

[3] المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 44- 08 مؤرخ في 3 فبراير 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 306- 06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج ر عدد 07.

- ممثلان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

- ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود..."

ولم يحدد المشرع من يتولى رئاسة اللجنة على عكس المادة القديمة **(المادة 8 من المرسوم 306- 06)** أين كان ممثل وزارة التجارة هو الرئيس. بالإضافة إلى كون ممثلي جمعيات حماية المستهلكين لم يعد يشترط فيهم أن يكونوا من جمعية ذات طابع وطني. فقد يكون مرد هذا التغيير أن المشرع قد تدارك واقع جمعيات حماية المستهلك فلم تبلغ المستوى الذي يؤهلها بأن تكون ذات طابع وطني - الناحية الواقعية- وهو ما كان منصوصا عليه في المرسوم **06- 306** المادة القديمة أين اشترط ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني.

لقد انتقد أسلوب إعداد قائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية، على أساس أنها أكثر جمودا من الأسلوب القضائي الذي يتجه إلى منح القاضي سلطة إبطال شروط العقد التي يقدر أنها تعسفية. كما يؤخذ على الأسلوب السابق أنه لا يسمح بإبطال بعض الشروط رغم توافرها على خصائص الشروط التعسفية، لأنها لم تذكر بالقائمة القانونية الواردة على سبيل الحصر، أو لأن القاضي لم تعط له سلطة التدخل في حالة ما إذا ذكرت الشروط على سبيل المثال. كما عيب على هذا الأسلوب أنه يفرض على السلطات العامة أن تحرص دوما على إتمام قائمة الشروط التعسفية من وقت إلى آخر، بعدما يتبين قصورها وفقا لمستجدات الواقع الاقتصادي[1]. لهذا كان من الضروري اللجوء إلى وسيلة أخرى، وهو ما سنراه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: تحديد الشروط الأساسية للعقود النموذجية المبرمة مع المستهلك

إن تحديد مضمون العقد بنصوص آمرة تعتبر من وسائل التسلط التي يتمتع بها المشرّع.

والتحديد المسبق لشروط العقد من شأنه ليس فقط التخلص من الشروط التعسفية، وإنما إنشاء العقد في مجمله. ويبقى هذا العقد معدا من طرف واحد، لكن بدلا من أن يكون

---

[1] إلا أنه ورغم عيوبه السابقة، فإنه يوصف هذا الأسلوب بأنه يحقق ميزة الأمن القانوني للمحترفين. أنظر: بودالي محمد، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري:دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر**، دار هومه، الجزائر، 2007 ، ص99.

المحترف هو المعد للعقد، أصبح من إعداد الجهة العامة التي تقوم بإصدار نصوص آمرة[1].مثل هذا الحل في نظر بعض الفقه يمثل إجراء ضد الممارسات التعاقدية. وفي نفس الوقت سيواجه أحكام النظرية العامة للعقد.

ولا يمكن للمشرع أن يحتكر كل العملية التعاقدية[2]، فله أن يقرر المحتوى الجزئي للعقد وهذه الطريقة غير كافية لحماية الطرف الضعيف (المستهلك) فهي حماية ثانوية **(Protection subsidiaire)**.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا كان التعسف فقط هو المحظور فيمكن إذا للمتعاقدين تحديد شروط العقد بكل حرية، لكن عليهم إعداده بكل عناية.

إن الهدف من الأحكام المستحدثة هو حماية المستهلك إلا أنها ستحد من الحرية التعاقدية لأجل الحد من تعسف المحترفين.

وبالرجوع إلى نص المادة **30** من قانون **04- 02** نجدها قد نصت على إمكانية تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وهو ما قام به المشرع من خلال إصداره لمرسوم تنفيذي رقم **06- 306** حيث نجده قد نص في المادة **2** منه على العناصر الأساسية التي يجب أن تتضمنها العقود المبرمة مع المستهلك، **"تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق**

---

(1) CALAIS-AULOY(J) &STEINMETZ(F), **Droit de la consommation**,6ème édition ,DALLOZ ,Paris,2003, pp219-220. Le contrat se rapproche par là de l'acte que certaines auteurs de droit publics appellent-acte condition -l'accord de volonté ne détermine pas lui-même les obligations qu'il engendre, il se borne à déclencher l'application d'un statut légale ou règlementaire. On ne rencontre cependant aucun contrat de droit privé qui soit totalement devenu un acte-condition.les textes impératifs laissent toujours une marge de liberté contractuelle. Voir aussi : PIEZO (J.P)**, « Le formalisme des contrats de la nécessité d'assurer la sécurité des contrats par le biais du formalisme »,** les journées du droit de la consommation, INC, 1989. P66.

Il ne suffit pas de prévoir des mentions obligatoires, il faut encore faire en sorte qu'elles soient suffisamment efficaces et respectées l'efficacité de la réglementation dépend de la forme donnée aux mentions obligatoires et des sanctions prévues en cas de violation des règles.

(2) La volonté contractuelle est aujourd'hui suspectée dans certaines relations la protection du salarié Puis celle du consommateur présumés inférieurs, font douter de la force de leur consentement. Un ordre public contractuel substitue à la volonté supposé faible et influençable. Voir : AYNES(L), **« Clauses limitatives ou exonératoire de responsabilité en europe :droit français »**,in acte du colloque des 13 et 14 décembre 1990,L.G.D.J, p13.

بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع".

يعتبر هذا النص قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، بما أن المشرع وظف كلمة يجب وهذا ما يجعل ذكر العناصر الأساسية إجباريا بالنسبة إلى العون الاقتصادي في العقود التي يبرمها مع المستهلك. كما أن المشرع هنا ربط العناصر الأساسية للعقود بالحقوق الجوهرية للمستهلك أي الغاية من إدراج هذه العناصر هي حماية المستهلك، مما يؤدي إلى إدخال هذه القاعدة في النظام العام للحماية. كما نص المشرع على أن هذه العناصر الأساسية يتم إدراجها في العقد، مما يعني أن العقد يكون مكتوبا. وينجز العقد المبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك على شكل طلبية، أو فاتورة... أو أي وثيقة مهما كان شكلها، أو سند يتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة والخاصة المقررة سلفا. هكذا أدت حماية المتعاقد الضعيف إلى ظهور الشكلية من جديد خاصة في مجال الاستهلاك، وأيضا في حالات أخرى أين يوجد فيها عدم التوازن العقدي.[1]

ولقد جاءت المادة الثالثة من نفس المرسوم[2] مفصلة لنص المادة الثانية السابقة الذكر.

إن حاجات الحياة المعاصرة تجعل من التدخل التشريعي في عملية إبرام العقود وفي تحديد مضمونه وآثاره أمرا ضروريا مما سيؤدي إلى خلق وتنظيم، وتوجيه النظام العام الاقتصادي للمجتمعات على حساب المبادئ الأساسية التي تحكم العقد.

لقد أصبح من الضروري في ظل عدم التوازن بين طرفي العلاقة البحث عن نقطة توازن في العلاقات التعاقدية، بشروط تكون آمرة لكنها قد لا تكون كلها في مصلحة المستهلك. وعلى الرغم من ذلك فإنها ستطبق عليه ولا يمكنه أن يحتج بعدم علمه بها، أو أنه لم يقبلها[1].

---

[1] بلقاسم فتيحة، "أثر شفافية الممارسات التجارية على حماية رضا المستهلك"، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد الثاني، 2009، ص80

[2] نص المادة الثالثة من المرسوم 306- 06، مرجع سابق: تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة2 أعلاه أساسا بما يأتي: خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، - الأسعار والتعريفات، - كيفيات الدفع، - شروط التسليم وأجاله، - عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم، - كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات، - شروط تعديل البنود التعاقدية، - شروط تسوية النزاعات، - إجراءات فسخ العقد"

ونجد دولا اعتمدت حلولا أخرى، بحيث فرضت على المحترفين وجوب الحصول على رخصة مسبقة لاستعمال الشروط العامة المنصوص عليها في العقود النموذجية، كمجال التأمين، القرض.. ومن هذه الدول نجد السويد، ألمانيا، فرنسا، إسبانيا، البرتغال. وقد تبين من خلال الممارسة العملية لهذه التقنية في تلك الدول فعاليتها، ودول أخرى أوجبت إرسال نماذج تلك العقود إلى الجهات المختصة قبل وضعها في السوق[2].وخوّل المشرّع الفرنسي أعوان المديرية العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش مراقبة شروط العقد، وفي حالة ما إذا تضمن العقد شروطا تعسفية بإمكان العون أن يوجه أوامر إلى المحترف لكي يكف عن إدراج الشروط التعسفية. في حين كانت الإدارة فيما سبق تطلب من الجهة القضائية سواء كانت مدنية (القضاء العادي)، أم إدارية لحذف الشروط التعسفية، أو غير المشروعة وفي حالة عدم تنفيذ المحترف للأمر يلزم عليه دفع غرامة[3].

المبحث الثاني: الجزاءات المقررة في حالة تضمين العقد شروط تعسفية:

اعتمدت معظم الدول التي كرست الحماية للمستهلك جزاء للشروط التعسفية، تباين بين الجزاء المدني **(المطلب الأول)**، والجزاء الجنائي **(المطلب الثاني)** ودول أخرى جمعت بين الجزاءين.

المطلب الأول: الجزاء المدني:

اعتبر المشرع الفرنسي الجزاء على إدراج الشرط التعسفي في العقد بالمخالفة لنصوصه واعتباره كأنه غير مكتوب- أي باطل- فيبطل الشرط ويبقى التصرف قائما. ذلك أن الحكم ببطلان التصرف سيؤدي إلى نتائج خطيرة تمس سلامة واستقرار التعامل في المجتمع، وتزعزع المراكز القانونية التي يمكن أن تكون قد انبنت على الثقة وحسن النية. لذا يحرص المشرع على أن يحدد بوضوح أسباب وحالات البطلان، ليكون ذلك بمثابة إجراء وقائي يحد

---

(1) car nul n'est censé ignorer la loi…c'est la une différence notable avec les clauses contractuelles. Qui sans effet si elles n'ont pas été acceptées. Voir : CALAIS-AULOY(J) &STEINMETZ(F), op-cit, p220.

(2) Le remplacer par une simple obligation de communication des conditions générales a l'autorité compétente. Voir : GHESTIN(J)& MARCHESSAUX(I), op-cit, p49.

(3) les agents de la DGCCRF disposent désormais d'un pouvoir d'injonction aux fins de faire supprimer par les professionnels toute clause contractuelle illicite, alors que leurs pouvoirs se limitant avant à la cessation d'un agissement illicite ce dispositif vient donc compléter celui issu de l'article R141-4 du code de la consommation……voir : SAUPHANOR- BROUILLD (N), op.cit, p7.

من إنشاء تصرفات مصيرها الإبطال[1]. فالمشرع في مواجهة الشروط التعسفية لم يتناول بطلان التصرف ما إذا كان البطلان بطلانا مطلقا أم بطلانا نسبيا، والآثار تختلف باختلاف نوع البطلان. فيتوقف على نوع البطلان نتائج منها أنه إذا كان البطلان مطلقا فإنه يكون بوسع كل شخص له مصلحة طلب بطلان التصرف، بينما يكون بوسع المستهلك فقط أن يطلب إبطال العقد في حالة ما إذا كان البطلان نسبيا[2].

لقد اختلف رأي الفقهاء حول طبيعة الجزاء المقرر في حالة تضمين العقد شرطا تعسفيا.

فيرى البعض أن المشرع لم يبين ما إذا كان البطلان هنا بطلانا مطلقا أم نسبيا، فيجب أن نميز بين ما إذا كانت القواعد التي تتعلق بحماية **المستهلك بشأن الشروط التعسفية متعلقة بالنظام العام التوجيهي L'ordre public de direction أو النظام العام الحمائي** l'ordre public de protection. فإذا كانت الطبيعة القانونية للنصوص المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية

---

(1) La clause réputée non écrite est censée n'avoir jamais existé……la cour de cassation rappelant fréquemment qu'elle est « censée n'avoir jamais existé le point révélant une différence avec la clause nulle dont l'existence, en revanche, n'est pas niée. Réputer la clause non écrite correspond à une fiction qui a pour effet qu'aucun consentement n'a pu être émis à son sujet.

Enfin, réputer une clause non écrite a pour effet son effacement rétroactif du contrat. Mais le dernier reste en principe appliqué, s'il peut subsister sans la ou les clauses abusives réputées non écrites. Voir : HAMDI (A.CH**), « Des clauses abusives, des parties et du juge »**,mémoire de DEA de droit privé, faculté de droit et de science politique ,AIX-MARSEILLE ,1994-1995, p141.

(2) إن العقد القابل للإبطال ينشىء نوعا من المراكز القلقة، المعلقة على إرادة احد العاقدين، إما أن يجيزه فيستقر وجوده، وإما أن يطلب إبطاله فتمحى آثاره مستندة إلى تاريخ إبرامه. وما لم يحصل إبطال العقد أو تصحيحه، يظل هذا المركز القلق مستمرا حتى تتقادم دعوى الإبطال، وحينئذ يعتبر العقد صحيحا منذ لحظة إنشائه، ويصطحب هذا الحكم بالنسبة للمستقبل.

وليس من شك في أن فترة القلق هذه طالت أم قصرت، لا تستقيم والسياسة التعاقدية أو استقرار التعامل في المجتمع. من اجل ذلك حاولت التشريعات المختلفة إشاعة الطمانينية في التعامل بإتباع وسائل متباينة تهدف إلى الحفاظ على مصالح المتعاقدين وتثبيت المراكز القانونية التي اكتسبت بحسن نية . أنظر: محمد جبر الألفي، **« عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال »** ، مجلة الحقوق، العدد الأول، ص12.

relevant de l'ordre public de protection, les règles relatives aux clauses abusives devraient donc être sanctionnées d'une nullité relative .pourtant, en Espagne, la loi du 16juillet1984 sur la protection des consommateurs dispose que sont nulles de plein droit les clauses qu'elles qualifie expressément d'abusives ou qui sont contraire aux exigence de la bonne foi et d'un juste équilibre contractuel. Voir :GHESTIN(J)&MARCHESSAUX(I),contrat d'adhésion… op.cit,p55.

ذات طابع توجيهي فإن البطلان سيكون مطلقا، وإذا كانت ذا طابع حمائي فإن البطلان سيكون نسبيا لمصلحة المستهلك فقط. لكن القواعد التي تتعلق بحماية المستهلك ذات طابع حمائي ولا تبرر سوى دعوى البطلان النسبي، حيث مباشرة الدعوى يجب أن تكون قاصرة على ذلك الطرف الذي أراد المشرع حمايته.

لكن البعض الآخر، يرى أن البطلان هنا هو بطلان مطلق فيرون أن البطلان المطلق هو فقط الذي يضمن فعالية الجزاء، فلو تركنا الأمر للمستهلكين لوحدهم فمن شأن هذا أن يجعل الدعاوى قليلة في هذا الصدد، وذلك بسبب الجهل (عدم العلم) من قبل غالبية المستهلكين وترددهم في رفع الدعوى.

إن حماية المستهلك تقتضي مراعاة مصلحته في الحصول على السلعة أو الخدمة التي من أجلها قد تعاقد مع المحترف، ولتحقيق تلك المصلحة كان لا بد من تقرير البطلان الجزئي للعقد[1]، أي بطلان الشرط دون بطلان العقد. وهذا البطلان هو بطلان نسبي مقرر لمصلحة المستهلك، فإذا أراد أن يبقي على العقد بدون شروطه التعسفية فله ذلك.[2]

مع ضرورة الإشارة إلى أنه في بعض الحالات قد يؤدي بطلان الشرط التعسفي إلى بطلان العقد، وهي حالات محددة:

- إذا كان العقد يحتوي على شرط عدم قابليته للتجزئة، فالعقد لم يقبل إلا لكي ينفذ في جميع شروطه،
- إذا كانت كل شروط العقد محل اعتبار ومؤثرة،
- إذا أثبت المحترف أن الشرط الذي اعتبر تعسفيا كان له تأثير في تحديد رضاه.

---

(1) L'article 132-1 du code de la consommation énonce dans son alinéa 6 que « le contrat restera applicable dans toutes ces dispositions autres que celles jugées abusives, s'il peut subsister sans les dites clauses » la solution est conforme à l'intérêt du consommateur. Qui entend généralement maintenir le contrat purgé de ses clauses abusives. Voir : CALAIS-AULOY(J) &STEINMETZ(F), op.cit, p210.

(2) …on notera cependant que les nouvelles orientations de l'ordre public économique conduisent plus souvent désormais à une « correction » du contrat et à sa réfaction qu'à une annulation pure et simple. Voir : HAUSER (J)& LEMOULAND (J), **« Ordre public et bonnes mœurs »,** répertoire civil, DALLOZ, 2004, p19

ولتعزيز حماية المستهلك يجب أن يمنع المحترف من المطالبة لإبطال العقد في حالة بطلان الشرط، فإذا منح هذه الإمكانية فإن المستهلك لن يبادر للمطالبة بإبطال الشرط لأنه سيحرم من العقد بأكمله[1].

إن بطلان الشرط يعتبر الحل الأنسب للمستهلك بدلا من بطلان العقد بأكمله[2]، لكن يجب عدم المغالاة في هذا الحل فمعظم المستهلكين لا يعلمون بأن الشرط إذا كان تعسفيا اعتبر كأنه غير مكتوب، فبمجرد أن العقد مطبوع فإنهم يعتقدون بأنه شرط واجب التنفيذ بمجرد إمضائهم للعقد. لهذا السبب نجد الشروط التعسفية في المجال العملي تطبق وكأنها صحيحة.

-comme si elles étaient valables- إذا أردنا أن تكون حماية فعالة للمستهلك يجب أن لا يعتبر الشرط كأنه غير مكتوب بل يجب أن لا يدرج في العقد أصلا.

تجدر الإشارة إلى أن المشرّع الجزائري لم يدرج في قانون 04- 02 المتعلق بالممارسات التجارية على الجزاء المدني في حالة تضمين العقد شرطا تعسفيا وقد يقول قائل إن المشرع أراد تطبيق القواعد العامة المعروفة في القانون المدني خاصة نص المادة 110 ق.م.ج. **"إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".**

إلا أن هذا التفسير يتعارض مع إيراد المادة 29 من قانون 04- 02 والتي تتضمن شروطا تعسفية، بحيث لا يكون للقاضي إزاءها أي سلطة تقديرية. بينما يتمتع القاضي في ظل المادة 110 من ق. م. ج بسلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه، أو إعفاء الطرف المذعن من الخضوع للشرط التعسفي. فضلا عن أن سلطة القاضي وفقا لعبارات

---

(1) GHESTIN(J)& MARCHESSAUX (I),op.cit, p60. autoriser le professionnel à lier le sort du contrat à celui d'une clause abusive revient à lui permettre de subordonner souvent, en fait l'obtention des biens ou des services qui il offre à l'acceptation de telles clauses. La protection perd alors toute efficacité pour le consommateur qui hésitera longtemps avant d'agir en justice surtout si le professionnel dispose d'un monopole pour les produits qu'il fournit les prestations de service qu'il exécute, la protection sera donc plus forte si l'autre partie ne peut demander l'annulation totale du contrat.

(2) Il convient d'observer que la nullité, si elle reste la sanction classique de la violation de l'ordre public, n'en constitue pas la sanction exclusive, les inconvénients tenant à sa rigueur ont conduit le législateur et le juge à chercher d'autres voies permettant de maintenir l'acte juridique tout en le purgeant de son vice ainsi, dans les libéralités, les clauses contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs sont réputées non écrites.

Voir : HAUSER (J)& LEMOULAND (J), op.cit, p32.

المادة 110 في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها هي سلطة جوازية، وليست وجوبية، فيجوز لقاضي الموضوع أن لا يستعمل الرخصة المخوّلة من المشرّع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان. كذلك قد يقول قائل آخر بوجوب تطبيق نظرية انتقاص العقد في هذه الحالة. ويرّد على ذلك أن بعض الفقه انتقد النظرية السابقة على أساس أنها تسمح للقاضي بإجراء تعديل لأحد شروط العقد، وبالتالي للعقد ذاته. كما أن فكرة انتقاص العقد تمثل جزاء غالبا ما يكون أشد جسامة من البطلان.

من هنا يبدو النظام المنصوص عليه في قانون 04- 02 غير متلائم مع النظام الذي تقترحه القواعد العامة. وأن النقصان الذي شابه من حيث عدم إشارته إلى الجزاء المدني، يرجع إلى سهو واضعيه وهو نقص ينبغي استكماله. وذلك بالنص على بطلان الشروط التعسفية صراحة وبقاء العقد صحيحا إذا أمكن أن يستمر قائما دون تلك الشروط الباطلة. خاصة وأن المشرع الجزائري قد نص في قانون 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[1] على إمكانية بطلان الشرط دون بطلان العقد، عندما تناول مسألة ضمان المنتجات في نص المادة 13منه "... **يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة**".

المطلب الثاني: الجزاء الجنائي:

تفضل بعض التشريعات الجزاء الجنائي للشروط التعسفية على الجزاء المدني، كما فعل المشرّع الجزائري، وبعضها الآخر يقر الجزاءين معا إدراكا منه أن الجزاء الجنائي يكون له تأثير على (**réfractaire**) المحترف.

من خلال الجزاء الجنائي قد يتم التوصل إلى حذف الشروط التعسفية[2]، لكن كثيرا ما طرح هذا النوع من الجزاء بعض الإشكالات لأنه سيطبق في المجال العقدي. فهناك من يرى في

---

[1] قانون 09- 03 مؤرخ في 25 فيفري 2009 متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد15.

[2] Une bonne sanction est une sanction dissuasive. C'est pour cette raison que la commission de refonte du droit de la consommation avait envisagé l'instauration de sanctions pénales en proposant des peines de police auxquelles pouvaient s'ajouter différentes peines complémentaires, dont l'affichage et la publicité du jugement aux frais du condamné. Mais la commission souhaitait cependant que lorsque le juge répressif constatait une infraction, il adressât d'abord une injonction au professionnel pour que ce dernier cesse l'infraction et répare le préjudice des victimes. Voir : HAMDI (A-CH), op.cit, p144.voir aussi : GHESTIN(J) & MARCHESSAUX (I), op-cit, p58. Certaines droits, cependant, ont choisi d'y ajouter les sanctions pénales, afin de renforcer l'effet Préventif de la sanction civile et de réprimer la violation de règles jugées essentiel….la menace d'une sanction pénale parfois susceptible de faire véritablement pression sur le professionnel.□

هذا الحل- أي توقيع جزاء جزائي- يمثل خطورة على علاقات القانون الخاص، فهو بمثابة إدخال جسم غريب بحيث لا يمكن التفاعل معه.

فالعقد يعبر عن التوازن بين القوى الاقتصادية المتنافسة، لم يوجد لكي يكون عرضة لوسائل القمع.

إن المشرع الجزائري قد كرس الجزاء الجنائي[1] في حالة ما إذا ورد شرط تعسفي في العقود المبرمة بين المحترف والمستهلك وذلك في نص المادة **38** من قانون **04- 02** المتعلق بالممارسات التجارية:

"تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دج 50.000 إلى خمسة ملايين 5000.000 د ج" .

ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه قد أغفل النص على الجزاء المدني، فبالرغم من النص على الممارسات التعاقدية (والتي مجالها القانون الخاص القانون المدني) إلا أنه لم يورد الجزاء المدني. في الواقع أن الجزاء الجنائي مهم للردع لكن هذا لا يعني الاستغناء عن الجزاء المدني، فهو الأصل لأن المعاملة تتم في شكل عقد يضاف إليه الجزاء الجنائي. قد يكون سبب نص المشرع الجزائري على الجزاء الجنائي فقط لأن موضوع الممارسات التعاقدية التعسفية ورد في إطار قانون الممارسات المنافية للتجارة أين نجد الجزاء عن المخالفات المرتكبة من الأعوان الاقتصاديين يكون جنائيا، ولم يفرد الممارسات التعاقدية بالجزاء المدني وما يؤكد توجه المشرع هو صدور المرسوم التنفيذي 06- 306 الذي جاء تطبيقا لنص المادة 30 من قانون 04- 02 بحيث نص على مصطلح العقوبات في حالة ما إذا تضمن العقد شروطا تعسفية.

---

[1] DORANDEU (N)& GOMY(M)& ROBINNE (S)& VALETTE – ERCOLE (U), Droit de la consommation, Ellipses, paris, 2008, p91.

Pour assurer le succès de la réglementation des clauses abusives, le législateur et la jurisprudence se sont toujours tournés vers des mesures coercitives. Action en cessation, en suppression, astreintes, annulation, etc. Malgré les succès de ses sanctions, les abus n'ont pas cessé. L'opportunité d'une nouvelle forme de sanction, tournée vers des mesures incitatives, mériterait d'être envisagée en complément des mesures actuelles. La création d'un « label juridique » délivré par la commission des clauses abusives à des modèles de contrats qui respecteraient l'équilibre des droits et obligations des parties, à des modèles de contrats susceptibles d'encourager les consommateurs à s'engager, pourrait encourager des professionnel à œuvres dans l'intérêts de tous.

خاتمة:

لتعزيز حماية المستهلك يجب أن يمنع المحترف من المطالبة لإبطال العقد في حالة بطلان الشرط، فإذا منح هذه الإمكانية فإن المستهلك لن يبادر للمطالبة بإبطال الشرط لأنه سيحرم من العقد بأكمله.

وتبقى مسألة مهمة - لم يتناولها التوجيه الأوروبي لسنة 1993 بشأن الشروط التعسفية، وكذلك المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك، وحتى المشرع الجزائري في القواعد العامة - متعلقة بميعاد رفع الدعوى للمطالبة بإبطال الشرط التعسفي، فإذا كان من شأن بطلان الشرط التعسفي بطلان التصرف، فإنه سيؤدي إلى إنشاء نوع من المراكز القلقة المعلقة على إرادة المستهلك. وما من شك فإن فترة القلق هذه طالت أم قصرت، لا تستقيم والسياسية التعاقدية، أو استقرار التعامل في المجتمع. لأجل ذلك على المشرع الجزائري في حال تدخل تشريعي لاحق أن ينص على الميعاد الذي يجب فيه رفع الدعوى للمطالبة بإبطال الشرط التعسفي- أو المطالبة بتعديله-، لإشاعة الطمأنينة في التعامل والحفاظ على مصالح المتعاقدين. بالإضافة إلى تقرير الجزاء المدني المتمثل في بطلان الشرط التعسفي دون العقد.

قائمة المراجع:

أولا: بالعربية:

1- الكتب:

- بودالي محمد، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري:دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر**، دار هومه، الجزائر، 2007.
- حسن عبد الباسط جميعي، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- عامر قاسم أحمد القيسي، **الحماية القانونية للمستهلك: دراسة في القانون المدني والمقارن**، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.

2- المقالات:

- بلقاسم فتيحة، "أثر شفافية الممارسات التجارية على حماية رضا المستهلك"، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد الثاني، 2009.

- شوقي بناسي، **"مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04- 02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، عدد 2، 2009.

- محمد جبر الألفي، **«عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال»**، مجلة الحقوق ا الكويتية، العدد الأول،

3- النصوص القانونية:

- قانون 04- 02 مؤرخ في 23 جويلية 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد41، المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 10- 06 مؤرخ في 15 غشت 2010، جريدة رسمية عدد46.

- قانون 09- 03 مؤرخ في 25 فيفري 2009 متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد15.

- مرسوم تنفيذي رقم 06- 306 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد56.

- مرسوم تنفيذي رقم08- 44 مؤرخ في 3 فبراير 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 306- 06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج ر عدد 07.

ثانيا: بالفرنسية:

1- OUVRAGES :

• CALAIS - AULOY (J) &STEINMETZ (F), **Droit de la consommation**, 6ème édition , DALLOZ , Paris,2003.

• DORANDEU (N)& GOMY(M)& ROBINNE (S)& VALETTE – ERCOLE (U)**, Droit de la consommation**, Ellipses, paris, 2008

2-MEMOIRE :

-HAMDI (A.CH**), « Des clauses abusives, des parties et du juge »**,mémoire de DEA de droit privé, faculté de droit et de science politique ,AIX-MARSEILLE ,1994-1995

3-ARTICLES :

-AYNES(L), **« Clauses limitatives ou exonératoire de responsabilité en Europe :droit français »**,in acte du colloque des 13 et 14 décembre 1990,L.G.D.J

-BARBIERI (J), **« Pour une théorie spéciale des relations contractuelles »**, Revue des CONTRTS, L.G.D.J, 2006/2.

-BROUILLAUD (N-S), **« Droit de la consommation »,** Recueil DALLOZ, N13, 2010.

-CALAIS-AULOY(J), **« Les clauses abusives en droit français »,** in acte de la table ronde du 12 décembre 1990-les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe : sous la direction de GHESTIN Jacques, L.G.D.J,1991.

-FENOUILLET (D), **« Clauses abusives »**, Revue des contrats, N4, 2009.

-GHESTIN(J) & MARCHESSAUX(I), « **Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe** »,in acte de la table ronde du 12 décembre 1990,L.G.D.J,1991.

-GHESTIN (J), **« Droit des obligations »,** la semaine juridique, N22, 2005.

.-HAUSER (J)& LEMOULAND (J), **« Ordre public et bonnes mœurs »,** répertoire civil, DALLOZ, 2004.

-PIEZO (J.P)**, « Le formalisme des contrats de la néccessité d'assurer la sécurité des contrats par le biais du formalisme »,** les journées du droit de la consommation, INC, 1989.

-SAUPHANOR- BROUILLAUD (N)**, « Un an après le décret du 18 mars 2009, l'actualité des clauses abusives dans les contrats de consommation »,** Revue LAMY droit civil, N74, 2010.

-TROCHU (D), & TERMORIN (Y),& BERCHON (P), **« La protection des consommateurs contre les clauses abusives »**, revue droit et pratique du commerce international, N1, 1989.

-WALTER (J.B), **« la clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties »**,Revue de la recherche juridique, presse universitaire d'AIX-MARSEILLE ,N1,2011.