

المركز الجامعي مرسلني عبد الله - تيبازة
معهد الحقوق والعلوم السياسية

محاضرات في مقياس الممارسات التجارية
موجهة لطلبة الماستر 1 تخصص قانون الأعمال

من إعداد الدكتور
زيدان عبد النور

السنة الجامعية
2023/2022

المحور الثالث: مبدأ نزاهة الممارسات التجارية

إذا كانت المنافسة في ظل الاقتصاد الحر أمر لا بد منه، فهذا لا يعني أن ممارستها تكون بشكل مطلق بلا ضوابط ولا حدود بل على العكس من ذلك فإن المنافسة تقتضي سلوك مسلك النزاهة، وهو مسلك والتزام عام لا بد أن تخضع له كل المعاملات وليس المنافسة فحسب، وإن كانت المنافسة المجال الأكثر حاجة لهذا المسلك محافظة على مناخ جيد للتعامل ومنعا لإضرار الأعوان الاقتصاديين بالسوق أو بداخله سواء كانوا أعوانا اقتصاديين أو مستهلكين، والأكثر من هذا فالالتزام بالنزاهة يكون أيضا في علاقة الأعوان الاقتصاديين والدولة باعتبارها راعي النظام العام الاقتصادي.

وتقديرا منه لكل ذلك فرض قانون الممارسات التجارية التزاما عاما بالنزاهة ثم حدد مضامينه بالنظر إلى مجال فرض ذلك الالتزام، ذلك أن العلاقات الاقتصادية تختلف ويختلف تبعاً لذلك مضمون ومعالج هذا الالتزام فما تقتضيه النزاهة في علاقة العون الاقتصادي بالمستهلك غير ما تقتضيه في العلاقة بينه وبين عون آخر أو بالدولة، بل ما يجب سلوكه لتحقيق الالتزام بالنزاهة فيما يتعلق بالأسعار يختلف عن ما يجب سلوكه في مجال المعاملات.

الفصل الأول: مضمون الالتزام بالنزاهة

يعتبر الالتزام بالنزاهة التزام عام مطلوب في مختلف المعاملات والعقود، وهو يرتبط ارتباطا وثيقا بحسن النية، والالتزام بالنزاهة من شأنه تحقيق استقرار المعاملات لأنه نقيض الغش والخداع وكل من شأنه الإساءة للغير.

كما تعتبر النزاهة أيضا من المبادئ التي يجب أن تقوم عليها المنافسة، والتي تعني سلوك مسالك نزيهة لجلب أكبر قدر من الزبائن من خلال توكي الجودة في المنتجات والخدمات، وكذلك استعمال السعر المناسب لجلبهم، إلى جانب تفادي كل ما من شأنه الإضرار بالسوق أو داخله.

لذلك ألزم قانون الممارسات التجارية العون الاقتصادي بضرورة احترام ونهج النزاهة في ممارسته لنشاطه الاقتصادي وحدد مضمون هذا الالتزام من خلال المواد من 14 إلى 29 منه.

وبدراسة وتمحيص هذه المواد نلاحظ أن قانون الممارسات التجارية جعل لهذا الالتزام شقين، أولهما يتعلق باحترام مبدأ حرية الأسعار مع الاستثناءات الواردة عليه، وثانيهما حظر الممارسات الاستيعادية (التقييدية).

المبحث الأول: احترام مبدأ حرية الأسعار والاستثناءات الواردة عليه

تعتبر المنافسة أحد السمات الرئيسية للنظام الاقتصادي الجديد، حيث تتنافس المؤسسات (الأعوان الاقتصاديين) حول أحد العناصر الثلاثة التالية:

*. السعر

*. الجودة والخدمة

*. التجديد والابتكار.

و يعد السعر عاملا مهما بالنسبة لكافة الأعوان الاقتصاديين وبالنسبة لمختلف الأنشطة الاقتصادية، لذلك يجب أن تحفه من الناحية القانونية مجموعة من الأحكام والمبادئ للمحافظة على نزاهة الأعوان الاقتصاديين والممارسات التجارية، والقانون الجزائي على غرار القوانين الأخرى أولى أهمية قصوى للسعر لإدراكه خطورة وفعالية هذا الأخير في المنافسة.

وتتحقق النزاهة المتعلقة بالأسعار من خلال احترام المبادئ التي تحكم السعر، والمتمثلة أساسا في مبدأ حرية الأسعار وكذلك احترام الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ أو ما يسمى بالتسعير الجبري.

وقد كانت المادة 22 من قانون الممارسات التجارية قبل تعديلها بموجب القانون 10-06 تنص على: " كل بيع سلع أو تأدية خدمات لا تخضع لنظام حرية الأسعار لا يمكن أن تتم إلا ضمن احترام نظام الأسعار المقننة طبقا للتشريع المعمول به " .

ويظهر من خلال هذه المادة أنها تلزم العون الاقتصادي باحترام مبدأ حرية الأسعار وكذا الاستثناءات الواردة عليه .

في حين أن هذه المادة بعد تعديلها أصبحت تتضمن فقط إلزام العون الاقتصادي على احترام الاستثناءات الواردة على مبدأ تحرير الأسعار، وهذا غير منطقي، إذ يجب احترام مقتضيات مبدأ حرية الأسعار وهو الأصل وكذلك احترام الاستثناءات الواردة عليه. ومع هذا فإن الالتزام العام بالنزاهة الذي تضمنه قانون الممارسات التجارية يقتضي إلزام العون الاقتصادي باحترام مقتضيات مبدأ حرية الأسعار، كما أن المادة 4 من قانون المنافسة 03/03 تقتضي احترام هذا المبدأ.

إذن الالتزام بالنزاهة فيما يخص السعر لا يتأتى إلا من خلال احترام مقتضيات مبدأ تحرير الأسعار من جهة واحترام نظام التسعير الجبري من جهة أخرى.

المطلب الأول: احترام مبدأ تحرير الأسعار

يعتبر تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي بصفة عامة من أهم المعايير الأساسية التي تحدد معالم الاقتصاد الذي تنتهجه الدولة، ويبرز هذا الأمر في شكل جلي في تدخل وعدم تدخل الدولة في تحديد

الأسعار، حيث ينادي بعض الاقتصاديين والقانونيين بعدم تدخل الدولة وهؤلاء هم الرأسمالين في حين هناك من يقر حق الدولة في التسعير التام للسلع والخدمات والأجور وفقا لسياسات وخطط تقوم على منهج تملك الدولة لكافة عوامل الإنتاج ، وهؤلاء هم الاشتراكيين.

وفي الشريعة الإسلامية على باعتبارها تقر نظاما اقتصاديا خاصا ومتكاملا يختلف عن كلا النظامين، فإن الإسلام يمنح الحرية الفردية للنشاط الاقتصادي في ظل سوق إسلامية حرة ونظيفة وخالية من الغش والغرر والجهالة والمقامرة، ولا يجوز للدولة أن تتدخل إلا إذا تبين أن الأفراد لم يلتزموا الأحكام الإسلامية والأخلاق والمثل وانحرفوا عن المعايير الإسلامية التي تحكم المعاملات.

وفي إطار النظام الاقتصادي الجزائري أقر المشرع مبدأ حرية الأسعار من خلال قانون المنافسة الصادر بالأمر 06/95 الملغى ، وقد أقره أيضا في قانون المنافسة الصادر بالأمر 03-03 في مادته الرابعة (قبل تعديل سنة 2010) التي جاء فيها "تحدد أسعار السلع والخدمات اعتمادا على قواعد المنافسة....." ، لكنه أورد استثناءات ترد على هذا المبدأ تخول للدولة التدخل في تحديد الأسعار.

وقد عدلت هذه المادة بمقتضى القانون 10-05 وأصبحت تتضمن ما يلي: "تحدد أسعار السلع والخدمات بصفة حرة وفقا لقواعد المنافسة الحرة والنزيهة.

تتم ممارسة حرية الأسعار في ظل احترام أحكام التشريع والتنظيم المعمول بهما وكذا قواعد الإنصاف والشفافية، لاسيما تلك المتعلقة بما يأتي:

- . تركيبة الأسعار لنشاطات الإنتاج والتوزيع وتأدية الخدمات واستيراد السلع لبيعها على حالها.
- . هوامش الربح فيما يخص إنتاج السلع وتوزيعها أو تأدية الخدمات.
- . شفافية الممارسات التجارية".

فمبدأ حرية الأسعار يدخل ضمن مبدأ أعم وأشمل هو مبدأ حرية الاستثمار الذي أقره المؤسس الدستوري الجزائري ضمن مواد الدستور (م 37 من التعديل الدستوري 2016- م 61 من التعديل الدستوري 2020).

ومبدأ حرية الأسعار كما يرى البعض، هو شقيق مبدأ حرية المنافسة أو أن هذا الأخير هو الابن الطبيعي له. كما أن هذا المبدأ يندرج ضمن مبدأ عام في التعاقد هو مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، وهو يجسد مبدأ سلطان الإرادة، حيث يكون للأشخاص الحرية في التعاقد وإدراج ما يرونه مناسبا من شروط لتحقيق وحماية مصالحهم. وهذه الفلسفة تجد جذورها وتبريرها في نظام الاقتصاد الحر، الذي يقوم على مبدأ رئيسي وأساسي وهو حرية تحديد السعر وفقا لقانون العرض والطلب.

ومبدأ حرية الأسعار يعني أن العون الاقتصادي له الحرية في تحديد أسعار السلع والخدمات.

والأمر على هذا المنحى يقتضي منا تحديد مفهوم السعر وكذا آليات تحديده وفقا لمبادئ المنافسة الحرة، ثم التعرض لبعض صور تحديد السعر بطريقة غير نزيهة أو ما يسمى بالاتفاقيات المتعلقة بالسعر، وهي اتفاقيات منافية للمنافسة.

الفرع الأول . مفهوم السعر : يعرف البعض السعر بأنه القيمة النقدية للوحدة الواحدة من السلعة أو الخدمة، أو هو بيع السلعة بثمن المثل مع ربح يقتضيه العرف من غير إضرار بالبائع ولا بالمشتري، أو هو نسبة استبدال الشيء بالنسبة للنقود، فالسعر يعبر عن قيمة السلعة أو الخدمة. والسعر المدفوع لا يعكس فقط المكونات المادية للسلعة، ولكن يشمل العديد من النواحي النفسية، شهرة المنتج، مجموعة الخدمات المقدمة والمرتبطة ببيع السلعة أو الخدمة.

فالسعر عبارة عن الشكل الذي يعبر عن قيمة السلعة، ويتم التعبير عنه بالنقود، كما يعتبر السعر أحد عناصر المزيج التسويقي (المنتج السعر، التوزيع، الترويج)، والسعر هو العنصر الوحيد الذي يعطي إيرادا للعون الاقتصادي، في حين أن باقي العناصر تحمله تكاليف.

ويعد السعر العنصر الوحيد المتصف بالمرونة والتعديل من حين لآخر، كما أنه العنصر المهم بالنسبة لبقية العناصر الأخرى الموجودة في المزيج التسويقي، باعتباره يحقق الإيرادات أما بقية العناصر أو المتغيرات الأخرى فهي عبارة عن نفقات أو تكاليف، لهذا يعد مهما بالنسبة للمؤسسة، ومنه يمكن تلخيص أهمية السعر في النقاط الآتية:

* إن السعر يمكن تغييره وتعديله بسرعة كلما دعت الضرورة لذلك، حيث أن النقصان في السلع يلزمه تعديل مناسب في التكلفة بالانخفاض وهذا ما يؤثر على مردودية المؤسسة.

* يلعب السعر دورا هاما في التأثير على سلوك المستهلك ودفعه للشراء، حيث يؤثر على الطلب بالزيادة عند انخفاضه وبالنقصان في حالة ارتفاعه.

* يمكن اعتبار السعر أسلوب منافسة في سوق المنتج، مع الأخذ في الحسبان جانب الحيطة والحذر.
* يعتبر السعر معيارا هاما في تحديد الربح لأنه يعود على المؤسسة في شكل إيراد، فهناك علاقة وطيدة بين سعر السلعة والأرباح المنتظرة، فأى تعديل في السعر بالنقصان أو بالزيادة سيكون له تأثير مباشرة على عوائد المؤسسة.

* يلعب السعر دورا اقتصاديا هاما عن طريق توزيع السلع و الخدمات تبعا لظروف الطلب والعرض، وتزداد أهميته في مستويات مداخل الأفراد المنخفضة، حيث يسعون إلى الحصول على أكبر كمية من السلع و الخدمات في ظل دخلهم المحدود.

* يعد السعر عامل كمي يسهل ملاحظته من طرف المستهلك عند التغيير فيه على خلاف العوامل الأخرى للنوعية كالجودة و الخدمات المقدمة.

* يوضح السعر العلاقة بين العرض والطلب الذي تتوقف عليه المرونة السعرية للسلعة. كما أن أهمية السعر في السوق تجعله أداة لارتكاب عدة مخالفات لقواعد المنافسة من بينها: استعمال السعر للبيع بالخسارة، وذلك عن طريق البيع بسعر أقل من سعر التكلفة لإغراق السوق مما يؤدي إلى انسحاب العديد من الأعوان الاقتصاديين ، وبالتالي التحكم التام في السوق. يستعمل أيضا في مخالفات البيع بأسعار مشروطة، وهي مخالفات لمبدأ حرية الأسعار، فتدخل العون الاقتصادي في تحديد ثمن البيع يقيد حرية المتنافس ويجعله المتحكم الوحيد في أسعار السوق. يستعمل السعر أيضا في البيع التمييزي، عن طريق البيع بأسعار مختلفة بتفضيل فئة عن باقي الأعوان الاقتصاديين ، مما يحد من مجال الممارسات التجارية ويجعلها حكرا عليه.

الفرع الثاني . آليات تحديد السعر وفقا لمبدأ حرية الأسعار: الأصل أن أسعار السلع وبدل الخدمات تتحدد وفقا لقواعد السوق، أي وفقا لمقدار العرض والطلب على السلعة أو الخدمة، ومفاد ذلك أنه في حال نقص الكمية المعروضة عن الكمية المطلوبة، ووفقا لقانون العرض والطلب فإن السعر يرتفع ، وإذا حدث العكس بزيادة الكمية المعروضة عن الكمية المطلوبة فإن السعر ينخفض. وهذا ما تسعى إلى تجسيده قوانين المنافسة في ظل الاقتصاد الحر.

والغالب يتم تحديد السعر بناء على العناصر التالية:

* قيمة الشيء المبيع

* هامش الربح الذي يعود على البائع وهو المحرك الرئيسي للنشاط الاقتصادي ويتوقف نطاقه على عوامل كثيرة منها الظروف ومهارة البائع وقوته وضعفه من الناحية الاقتصادية .

* المصاريف المختلفة مثل الرسوم والضرائب ونفقات التعبئة والتخزين وغيرها .

ويخضع تحديد السعر وفقا لأحكام ومتطلبات الاقتصاد الحر إلى مبدأ وقانون العرض والطلب . والطلب هو : "مجموع السلع والخدمات التي يكون المتعاملون الاقتصاديون على استعداد لشراؤها لتلبية رغباتهم المختلفة في حدود إمكانياتهم، وعند أسعار مختلفة خلال فترة زمنية معينة"

أما فيما يخص العرض، فيمكن تعريفه على أنه: " الكمية التي يكون البائع "المنتج" مستعد لبيعها عند سعر معين وفي فترة زمنية معينة"، ومنه فقد تختلف الكمية المعروضة عن الكمية المنتجة لعدة أسباب لعل أهمها:

1- قد يتلف جزء من الإنتاج "خصوصا الزراعي" قبل عرضه في السوق بفضل العوامل الطبيعية المختلفة.

2- قد يكون المنتج نفسه يتجنب بيع جزء من الكمية المنتجة ويخصه للاستهلاك الذاتي.

3- قد يكون المنتج يخزن جزء من إنتاجه وعدم عرضه في السوق اعتقادا منه أن السعر السائد خلال تلك الفترة غير موافق، وعلى أمل أن يقوم بإعادة عرض هذا الجزء المخزون فيما بعد عندما ترتفع الأسعار.

ونشير إلى أن التزام العون الاقتصادي لا يتوقف عند حدود احترام المبادئ التي تحكم التحديد الحر للأسعار بل يجب احترام مقتضيات هذا المبدأ أيضا، ومن مقتضياته وفقا لما جاء في نص المادة 4 من قانون المنافسة احترام أحكام التشريع والتنظيم المعمول بهما فيما يتعلق بالأسعار وكذا قواعد الإنصاف والشفافية، لا سيما تلك المتعلقة بما يأتي:

. تركيبة الأسعار لنشاطات الإنتاج والتوزيع وتأدية الخدمات واستيراد السلع لبيعها على حالها .
. هوامش الربح فيما يخص إنتاج السلع وتوزيعها أو تأدية الخدمات .
. شفافية الممارسات التجارية".

إذن النزاهة تقتضي احترام العون الاقتصادي لمبدأ تحرير الأسعار ولمقتضياته أيضا، لذلك تعتبر كل الممارسات والاتفاقات التي ترمي إلى تحديد الأسعار بما يتجاوز قانون السوق اتفاقات غير مشروعة لإخلالها بمبدأ النزاهة الذي تقوم عليه المنافسة، بما يقتضي ترك تحديد الأسعار لقانون السوق وفقا لمعطيات موضوعية.

الفرع الثالث: الممارسات المنافسة لمبدأ تحرير الأسعار:

يقتضي مبدأ النزاهة منع كل ممارسة من شأنها المساس بمبدأ حرية الأسعار سواء تعلق الأمر بالاتفاقات المنافسة للمنافسة المتعلقة بالسعر، أو ببعض الممارسات الفردية التي من شأنها التأثير على مبدأ حرية الأسعار.

أولا. منع بعض التصرفات الفردية المنافسة لمبدأ حرية الأسعار: إن تحديد المنتج أو البائع لسعر السلعة أو بدل الخدمة وبسلوك منفرد منه، ودون أن يتخذ هذا السلوك صفة الفعل المدبر أو المتفق عليه بينه وبين منافسيه أو أن يكون شرطا في عقد توزيع لا يشكل مخالفة لقواعد المنافسة، بل قد يؤدي تحديد السعر بهذا الشكل إلى بث المنافسة وتمييزها بين السلع أو خدمات هذا المنتج والسلع والخدمات المشابهة لها، وهذا هو جوهر المنافسة.

ومع هذا منع قانون الممارسات التجارية بعض الممارسات الفردية التي تهدف إلى التأثير على الأسعار، فالمادة 25 تمنع التجار من حيازة مخزون من المنتجات بهدف تحفيز الارتفاع غير المبرر للأسعار.

كما أن قانون المنافسة حظر في المادة 6 منه كل ممارسة أو أعمال مدبرة من شأنها عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها.

ولقد حظرت المادة 7 من قانون المنافسة كل تعسف ناتج عن هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها إذا كان القصد منه عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها.

والملاحظ بهذا الشأن الاختلاف الموجود في تناول المسألة ذاتها بين المادة 6 و المادة 7 ، حيث اشترطت المادة 7 من قانون المنافسة لمنع عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار وانخفاضها. وغيرها من الحالات الأخرى الواردة في نفس المادة . أن تكون تلك العرقلة ناتجة عن تعسف في الهيمنة على السوق أو احتكار لها أو لجزء منها، في حين أن المنع الوارد في المادة 6 لا يشترط أن يكون ناتج عن تعسف في الهيمنة أو احتكار.

الشيء الذي يثير الكثير من التساؤل عن هذا المنحى في الطرح القانوني، لا سيما مع تطابق الممارسات في المادتين، ففي مادة يشترط أن تكون الممارسة ناتجة عن التعسف في الهيمنة أو الاحتكار لقيام المنع ، وفي مادة أخرى يمنع نفس الممارسة مجردة أي حتى ولو لم تكن الممارسة ناتجة عن تعسف في الهيمنة أو احتكار ، بما يجعل المادة 7 دون جدوى وكأنها غير موجودة لأن المادة 6 تستغرقها.

ثانيا. منع الاتفاقات المحددة للسعر: إن تحديد الأسعار قد يتم بطرق وأشكال مختلفة كإبقائها في مستوى معين، أو تثبيت نسب الربح دون الأخذ بعين الاعتبار الإنتاج أو العمل على توحيد الأسعار من خلال نظام تسعيرة موحدة يتفق عليه من طرف أعوان اقتصاديون منخرطون في تنظيم مهني واحد ويوزع على جميع الأعضاء الذين يصبحون ملزمون بتطبيقه.

فالاتفاقات التي ترمي إلى تحديد الأسعار على خلاف ما يقضي به قانون السوق مهما كان شكلها تعتبر محضرة.

ورغم أن قانون الممارسات التجارية لم يتناول المسألة بالتفصيل فإن احترام مبدأ تحرير الأسعار يقتضي ذلك ، كما أن قانون المنافسة نص على حظر هذه الاتفاقات صراحة في المادة 6 منه.

وقد عرف القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية اتفاق تحديد الأسعار بأنه: " كل اتفاق يكون غرضه أو أثره رفع أو تحديد أو تقييد أو تثبيت أسعار المنتجات".

والأمر كذلك في ظل القانون الجزائري رغم أن نص المادة 6 من قانون المنافسة نص تصرّحاً على التشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو لانخفاضها إلا أن الحالات الواردة في المادة 6 جاءت على سبيل المثال لا الحصر، فيمكن إدخال أي حالة تهدف أو يمكن أن تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه ، وهو المعيار العام للحظر ، ولا شك أن الاتفاق على تثبيت الأسعار يندرج ضمن هذا المعيار العام، ضف إلى ذلك أن الالتزام العام بالنزاهة المنصوص عليه في قانون الممارسات التجارية يقتضي حظر تلك الاتفاقات لمساسها بذلك الالتزام أو المبدأ.

و حظر هذه الاتفاقات مرده اعتبار تحديد الأسعار وتفاذي المنافسة هدفا أساسيا لاتفاقيات التقييد الأفقي والتقييد الرأسي للمنافسة

ويقصد بالاتفاقات الرأسية تلك التي تجمع بين مشروعين أو أكثر يقف كل منهما على مستوى مختلف من العملية الاقتصادية، كالاتفاقات التي تتم بين منتج لإحدى السلع من جهة وموزع السلعة. أما الاتفاق الأفقي لتقييد المنافسة، فهو الاتفاق بين مجموعة من المتنافسين المستقلين، على تنظيم أو تفادي المنافسة القائمة أو المحتملة سواء فيما بينهم أم من الغير. ونشير أن الاتفاقيات المنافية للمنافسة على العموم بما فيها المتعلقة بالأسعار محظورة سواء كانت صريحة أو ضمنية، هذا ما نصت عليه صراحة المادة 6 من قانون المنافسة.

المطلب الثاني: احترام الاستثناءات الواردة على مبدأ حرية الأسعار

ويظهر الاستثناء أساسا في التسعير الجبري، وبعض الأنظمة المشابهة كالتسقيف والمصادقة على السعر وتحديد هامش للربح .

حيث يجد نظام التسعير الجبري مبرره في ظروف مؤقتة أو عارضة يمر بها الاقتصاد الوطني، مثل ظروف الحروب وما يعقبها من آثار وظروف الأزمات الاقتصادية، بما يؤدي إلى نقص متوقع أو غير متوقع في المعروض من بعض المنتجات والسلع ، خاصة ما تعلق بالغذاء منها الأمر الذي يشجع على المغالاة في الأسعار بهدف تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح استغلالا لهذه الظروف، لذا يلجأ القانون إلى فرض نظام للتسعير الجبري أو لتحديد نسبة الأرباح المعقولة التي يسمح بها، ويفرض عقوبات جنائية لمن يخالف أحكامه.

فعملية التسعير عملية مهمة للمحافظة على المستهلك والاقتصاد الوطني وفرض التوازن في السوق. ويعرف التسعير في اللغة: بأنه تقدير السعر فيقال : أسعر الأمير للناس وسعر لهم.

وفي الاصطلاح يعرفه البعض بأنه قيد يضعه ولي الأمر على حركة التجارة وذلك بتقدير أثمان محددة للسلع والخدمات يراعى فيه درجة إقبال الرعية أو انصرافها عن هذه السلع وتوافرها ووقته.

وبالنسبة للفقهاء الإسلامي، فقد عرفه العلامة ابن القيم الجوزية رحمة الله عليه "تطلق كلمة التسعير على مقدار من النقود يدفع نظيرا للحصول على سلعة أو خدمة"، ويقول الشوكاني رحمه الله: "التسعير هو أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولي أمور المسلمين أمرا أهل السوق ألا يبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا، فيمنع من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة"

ولقد نص قانون المنافسة 03-03 صراحة على هذا الاستثناء في نص المادة الخامسة¹ (قبل تعديلها بموجب القانون 10-05) التي جاء فيها: "يمكن تقنين أسعار السلع والخدمات التي تعتبرها الدولة ذات طابع استراتيجي عن طريق التنظيم بعد أخذ رأي مجلس المنافسة.

كما يمكن اتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار أو تحديدها، لا سيما في حالة ارتفاعها المفرط بسبب اضطرابات السوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو في حالات الاحتكار الطبيعية .

تتخذ هذه التدابير الاستثنائية عن طريق التنظيم لمدة أقصاها ستة (6) أشهر قابلة للتجديد ، بعد أخذ رأي مجلس المنافسة".

يلاحظ من خلال هذه المادة أنها حددت حالات اللجوء إلى فرض أسعار أو تدابير استثنائية تتعلق بالأسعار، كما حددت إجراءات القيام بهذه التدابير.

كما نصت المادة 22 من قانون الممارسات التجارية على أن الالتزام العام بالنزاهة يقتضي احترام العون الاقتصادي لنظام الأسعار المقننة أو الجبرية.

بينما جاء في المادة الخامسة وفق تعديلها بموجب القانون 10-05 ما يلي: "تطبيقا لأحكام المادة 4 أعلاه يمكن أن تحدد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع والخدمات أو التصديق عليها عن طريق التنظيم.

تتخذ تدابير تحديد هوامش الربح وأسعار السلع والخدمات أو تسقيفها أو التصديق عليها على أساس اقتراحات القطاعات المعنية وذلك للأسباب الرئيسية الآتية :

. تثبيت استقرار مستويات أسعار السلع والخدمات الضرورية، أو ذات الاستهلاك الواسع، في حالة اضطراب محسوس لسوق،

. مكافحة المضاربة بجميع أشكالها والحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك.

كما يمكن اتخاذ تدابير مؤقتة لتحديد هوامش الربح لأسعار السلع والخدمات أو تسقيفها حسب الأشكال نفسها في حالة ارتفاعها المفرط وغير المبرر لا سيما بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو في حالات الاحتكار الطبيعية".

ولتحديد مضمون الاستثناء نحدد طبيعته ثم نحدد حالات اللجوء إليه وكذا إجراءاته مقارنة بين مضمون

المادة 5 قبل تعديلها وبعد تعديلها بموجب القانون 10-05.

¹. هذه صياغة المادة وفقا للتعديل الذي تم بموجب القانون 08-12.

الفرع الأول . طبيعة الاستثناء:

تقوم الدولة بحسب الحالة بأحد الإجراءات التالية :

. تحديد هوامش وأسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع أو الخدمات .

. تسقيف أسعار السلع أو الخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع أو الخدمات، أي تحديد الحد الأقصى الذي يجب أن لا يتجاوزه السعر .

. التصديق على أسعار السلع والخدمات أو الأصناف المتجانسة من السلع أو الخدمات، أي أخذ موافقة الدولة على السعر الذي يحدده العون الاقتصادي.

الفرع الثاني . حالات اللجوء إلى الاستثناءات :

يمكن اللجوء إلى الاستثناء بسبب من الأسباب التالية:

1. عندما يتعلق الأمر بتثبيت استقرار مستويات أسعار السلع والخدمات الضرورية، أو ذات الاستهلاك الواسع في حالة اضطراب محسوس للسوق، وهنا يتعلق الأمر بالسلع الضرورية أو ذات الاستهلاك الواسع. والمقصود بالسلع الضرورية هو نفسه المقصود بالسلع الاستراتيجية.

بينما المقصود بالسلع ذات الاستهلاك الواسع هو السلع غير الضرورية لكنها واسعة الاستهلاك من طرف أفراد المجتمع ، فالبطاطا مثلا ليست ضرورية لحياة الأفراد لكنها في المجتمع الجزائري واسعة الاستهلاك.

فالجديد هنا فيما يتعلق بالسلع والخدمات هو إضافة السلع والخدمات ذات الاستهلاك الواسع.

وقد ربطت المادة السابقة الذكر هذا السبب أو الهدف بحالة اضطراب محسوس للسوق، أي لا يكفي أن تكون السلعة أو الخدمة ضرورية أو واسعة الاستهلاك لتدخل الدولة بأحد الإجراءات المذكورة سلفا، بل يجب إلى جانب ذلك أن يكون هناك اضطراب محسوس في السوق ، أي على قدر من الجسامه في حين أن المادة المذكورة قبل تعديلها كانت تعطي الحق للدولة في التدخل لمجرد اعتبار السلعة أو الخدمة استراتيجية.

كما نلاحظ أن ربط تدخل الدولة بوجود حالة اضطراب محسوس للسوق هو في حقيقته تضيق لتدخل الدولة في هذا المجال، وهو مسلك منطقي لأن كل توسيع غير مبرر بمبررات قوية يعد خرقا صارخا لمبدأ حرية الاستثمار المضمون دستوريا، ومن خلاله خرق مبدأ حرية الأسعار .

2. عندما يتعلق الأمر بمكافحة المضاربة بجميع أشكالها والحفاظ على القدرة الشرائية للمستهلك، ولا يتعلق الأمر هنا بالسلع أو الخدمات الضرورية أو واسعة الاستهلاك فقط، بل بكل السلع والخدمات التي يتجاوز سعرها حدود القدرة الشرائية للمستهلك أو التي يرتفع سعرها بسبب المضاربة، وفي هذه الحالة توسيع مبرر لتدخل الدولة، لأن المضاربة تمس بالمنافسة الحرة والنزاهة، والمحافظة على القدرة الشرائية للمستهلك هي من وظائف الدولة.

3. حالة الارتفاع المفرط وغير المبرر لأسعار السلع والخدمات لا سيما بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو في حالات الاحتكار الطبيعية.

وفي هذه الحالة الأخيرة يمكن فرض تدابير مؤقتة (تتمثل في أحد التدابير المذكورة آنفاً)، كما نصت عليه المادة السالفة الذكر صراحة، وهذا منطقي لارتباط هذه الحالة بأسباب آنية مؤقتة.

المبحث الثاني: حظر الممارسات الاستيعادية (التقييدية)

إرساء لمبدأ حرية المنافسة تعمد القوانين المختلفة إلى وضع ضوابط قانونية لضمان تجسيد هذا المبدأ ، وذلك من خلال حظر كل ما من شأنه تقييد المنافسة أو الحد منها سواء فيما بين المتنافسين على مستوى واحد في السوق أو فيما بين المتنافسين على مستويات مختلفة في السوق.

و تجسيدا للالتزام بالنزاهة فرض قانون الممارسات التجارية على الأعوان الاقتصاديون إلى جانب الالتزام باحترام مبدأ تحرير الأسعار والاستثناءات الواردة عليه ، التزاما بالابتعاد عن ممارسات تمس بمبدأ النزاهة وتحقيقا لذلك منع بعض الممارسات التي يطلق عليها بعض الفقه الممارسات الاستيعادية أو الممارسات التقييدية، مميزا في ذلك بين ممارسات استيعادية متعلقة بالسعر وممارسات استيعادية متعلقة بالمعاملات .

ونشير قبل ذلك أن بعض الفقه يرى أن مصطلح ممارسات، يفيد الممارسة الجماعية لتكون قادرة على تقييد المنافسة، أي ناجمة عن اتفاق صريح أو ضمني ، أما إن وقعت من شخص منفرد فإنها لن تكون قادرة على تقييد المنافسة إلا إذا كان من وقعت منه يتمتع بوضع مهيم في السوق.

وسنلاحظ وفقا لما سنتعرض له لاحقا أن قانون الممارسات التجارية لم يشترط لحظر تلك الممارسات أن تكون صادرة عن عون اقتصادي يتمتع بوضع مهيم، وإن كان في الواقع يتعذر قيام بعض الممارسات ما لم يتحقق ذلك الوضع، أو على الأقل أن حدة أثار تلك الممارسات مرتبطة بتحقق وضعية الهيمنة.

كما أن هناك بعض الممارسات يقوم بها العون الاقتصادي بطريقة فردية وليست جماعية ومع هذا حظرها قانون الممارسات التجارية.

المطلب الأول: الممارسات الاستيعادية المتعلقة بالسعر (البيع بسعر أقل من سعر التكلفة)

أو ما يطلق عليه البعض التسعير العدواني.

على غرار الكثير من القوانين المقارنة منع قانون الممارسات التجارية إعادة بيع سلعة بسعر أدنى من سعر تكلفتها الحقيقي (م19).

وسنتعرض لتعريف البيع بسعر أقل من سعر التكلفة الحقيقي، ثم للمعايير التي تستعمل للقول بتحقيق هذه الممارسة، وأخيرا لمبررات قانونية لهذا البيع.

الفرع الأول . تعريف البيع بأقل من سعر التكلفة الحقيقي: يعد التسعير العدوانى من أهم الممارسات الاستيعادية التي تتم على أساس السعر والتي تلجأ إليها الشركة ذات القوة الاحتكارية في سوق منتج معين وذلك بهدف القضاء على منافسيها وانفرادها باحتكار هذه السوق، ويهدف العون الاقتصادي من خلال هذا إلى طرد منافسيه من السوق ومنع المنافسين المحتملين من دخول هذه السوق، وذلك من خلال تخفيض أسعارها إلى أقل مستوى التكلفة وزيادة إنتاجها ، وذلك بهدف الوصول إلى احتكار هذه السوق فيما بعد وإحراز مركز احتكاري فيها وفرضها أسعارا مرتفعة لتعويض الخسائر التي تكبدتها أثناء فترة التسعير العدوانى.

بينما يعرفه البعض الآخر بأنه التسعير بأقل من التكلفة بقصد تدمير المنافسة، والتخلص من المنافسين في محاولة إحداث سعر مرتفع عن السعر السائد ، وصولا إلى احتكار هذه السوق. وهذا من شأنه أن يجرنا إلى الحديث عن معايير اعتبار التسعير عدواني.

الفرع الثاني . معايير اعتبار التسعير عدواني: إذا كان الادعاء بوجود التسعير العدوانى سهلا فإن إثبات وجوده صعب جدا ، وهو ما جعل البعض يذهب إلى القول بصعوبة تمييز التسعير العدوانى عن غيره من الأسعار التنافسية المنخفضة ، بينما حاول بعض الفقه والقضاء المقارن تحديد معايير تستعمل لتحديد التسعير العدوانى هي:

أولا. معيار النية: اعتمد البعض معيار النية لمعرفة التسعير العدوانى وحسبهم يجب انخفاض السعر إلى درجة كبيرة تعكس نية العون الاقتصادي في تدمير منافسيه.

ثانيا. معيار متوسط التكلفة المتغيرة: رفض البعض معيار النية لمعرفة هل التسعير عدوانيا أم لا ، ذلك أن معظم الأسعار المنخفضة أسعار تنافسية وليست مقيدة للمنافسة ، حيث أن كل شركة تريد زيادة أرباحها وزيادة نصيبها في السوق تسعى إلى تخفيض أسعارها ، لذلك يجب اعتماد معيار موضوعي للتمييز بين التسعير العدوانى والتسعير التنافسي وذلك ببحث العلاقة بين نفقات العون الاقتصادي وأسعاره، لذلك ذهب هذا الفريق إلى اعتماد معيار متوسط التكلفة المتغيرة لمعرفة أن التسعير عدواني أم لا.

ويعني متوسط التكلفة المتغيرة مجموعة التكاليف التي تكبدها العون الاقتصادي من مستلزمات إنتاج ومواد أولية والتي تتغير بحسب حجم الإنتاج مقسوما على عدد وحداته ، فإذا كان العون الاقتصادي قد خفض أسعاره إلى ذلك المتوسط أو أعلى منه فإن ذلك يعد دليلا كافيا على عدم وجود التسعير العدوانى، اما إذا كانت الأسعار أقل من متوسط التكلفة المتغيرة ليكون بيعها بالخسارة فإن ذلك يعد تسعيرا عدوانيا.

ويبدو أن معيار التكلفة الحقيقية أكثر جدية وأكثر قبول من غيره في تحديد تحقق البيع بالخسارة ، ذلك أنه يعتمد وسائل مادية يمكن إثباتها ويمكن تطبيقه على الجميع، بينما معيار النية فهو معيار غير مجدي لأن النية كامنة في النفس يصعب كثيرا إثباتها وإن كان بالإمكان الاستدلال عليها بمظاهر خارجية، كما أن العبرة بالتأثير على المنافسة وهو الهدف المنشود لقوانين المنافسة بما فيها قانون الممارسات التجارية.

كما يبدو واضحا أن قانون الممارسات التجارية اعتمد معيار موضوعي وهو معيار التكلفة الحقيقية للسلعة بغض النظر عن نية العون الاقتصادي وهو معيار أكثر دقة وأكثر وضوح وأكثر تحقيق لنزاهة المنافسة وحمايتها كما تمت الإشارة إليه.

ويلاحظ من خلال نص المادة 19 من قانون الممارسات التجارية أن منع البيع بأقل من سعر التكلفة الحقيقي منع مجرد ، أي مجرد البيع بأقل من سعر التكلفة يشكل مخالفة وإخلال بالالتزام بالنزاهة بغض النظر عن انصراف نية الفائم به إلى تحقيق أغراض غير مشروعة، وإن المنع في حقيقته يهدف إلى المحافظة على المنافسة وسد الذرائع التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بها ، فمجرد التسعير بأقل من سعر التكلفة يؤدي إلى الإخلال بالمنافسة ولو لم تتصرف نية العون الاقتصادي إلى تحقيق أغراض غير مشروعة.

يقصد بسعر التكلفة الحقيقي حسب نص المادة 2/19 سعر الشراء بالوحدة المكتوب على الفاتورة يضاف إليه الحقوق والرسوم وعند الاقتضاء أعباء النقل، إذن سعر التكلفة الحقيقي هو جمع لسعر الشراء مع قيمة الحقوق والرسوم يضاف إليها أعباء النقل إن وجدت.

لكن ومن خلال عبارة سعر التكلفة الحقيقي يجب التمسك بهذا السعر، إذ قد تتضمن الفاتورة سعر غير حقيقي، فإذا كان السعر الحقيقي أقل من السعر الموجود في الفاتورة جاز لمن يتمسك بوجود مخالفة التسعير العدواني أن يتمسك بالسعر الحقيقي ، تطبيقا لأحكام صورية السبب الواردة في المادة 2/98 من القانون المدني²، لكن عليه إثبات السعر الحقيقي لدحض السعر الصوري والأمر يتعلق هنا بإثبات واقعة مادية تثبت بكافة وسائل الإثبات.

إذا كان السعر الحقيقي أكبر من السعر المذكور في الفاتورة ، وتمسك المضرور بالسعر المبين في الفاتورة فلا يجوز للعون الاقتصادي أن يتمسك بالسعر الحقيقي الذي لا يتحقق معه مخالفة التسعير العدواني تطبيقا لمبدأ "أن الشخص لا يمكن أن يتمسك بخطئه" ، إلا إذا أثبت العون الاقتصادي أن السعر المذكور في الفاتورة هو مجرد خطأ مادي.

² حيث تنص المادة 2/98 من القانون المدني "...ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه"

وهذا المنع يسري ولو لم تكن السلعة المباعة قد تم شراؤها ، فيسري المنع على بيع المنتج لسلعته التي أنتجها بسعر يقل عن سعر تكاليف إنتاجها وتوزيعها ، حفاظا على المنافسة الحرة وتحقيقا للالتزام العام بالنزاهة لأن بيع المنتج في هذه الحالة بأقل من سعر تكلفة إنتاجه يؤثر على المنافسة بنفس الشكل والحدة التي يؤثر فيها بيع السلعة بعد شرائها بسعر أقل من تكلفتها الحقيقية.

يتعلق المنع الوارد بالمادة 19 بكل الأعوان الاقتصاديين مهما كانت صفتهم وبخاصة المستوردون والبائعون بالجملة والبائعون بالتجزئة ، بينما المستهلك الذي يبيع منتجا بعد شرائه غير معني بالمنع. ونظرا لطبيعة هذه الممارسة قد لا يدرك المستهلك المغزى من المنع وقد يعتقد أن تلك الممارسة في صالحه ، غير أن العون الاقتصادي يعتمد تخفيض الأسعار إلى ما دون سعر التكلفة في سبيل دفع المؤسسات الضعيفة إلى الإفلاس والخروج من السوق ثم يقوم برفع الأسعار بعد ذلك بحسب رغبته فهذه الممارسة من شأنها المساس بقواعد المنافسة في السوق.

يبدو لنا أن التسعير العدواني أشمل من البيع بالخسارة ، وإن كان الثاني يدخل في الأول ، وعلى هذا قد يعتبر التسعير عدواني رغم أن السعر يساوي سعر التكلفة طالما كان المراد به هو الإخلال بالمنافسة والإضرار بباقي المنافسين الذين لا يستطيعون مجاراة ذلك السعر ، وإذا كان في ظل قانون الممارسات التجارية الجزائري لا يمنع هذا التصرف وفقا لأحكام المادة 19 منه، لكن يمكن منعه وفقا لمقتضيات الالتزام العام بالنزاهة أو وفقا لأحكام المنافسة غير المشروعة، أو وفقا لإزالة الضرر وفقا لما تقضي به القواعد العامة.

نشير إلى أن البعض يعتبر البيع بأقل من سعر التكلفة ، إذا قصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة، يشكل تعسفا في استعمال الحق.

الفرع الثالث . المبررات القانونية للبيع بسعر أقل من سعر التكلفة الحقيقي: قد يكون البيع بسعر أقل من سعر التكلفة مبررا، وذلك عندما تقتضيه ضرورة اقتصادية أو اجتماعية أو يقتضيه حسن التسيير، ولا يشكل ذلك إخلال بالالتزام بالنزاهة، وهذا في الحالات التي تضمنتها المادة 3/19 من قانون الممارسات التجارية وهي كالتالي:

أولا. حالة السلع سهلة التلف والمهددة بالفساد السريع: ذلك أن القانون يوازن بين المصالح، وهذه السلع تقتضي طبيعتها سرعة التصرف فيها ولو تم بيعها بسعر أقل من سعر تكلفتها محافظة على مصالح العون الاقتصادي مالكها، لكن هذا الحكم قد يفقد مصداقيته بالنظر إلى التطور التكنولوجي الحالي والذي يسمح بالمحافظة على المواد السريعة التلف لمدة طويلة، لذلك على القضاء دراسة كل حالة على حدة، فإذا كانت هذه الحالة تشكل حقا منصوص عليه قانونا، فإن ممارسة هذا الحق بشكل يراد به الإضرار بالغير أو يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة كإخراج بعض المنافسين من السوق أو أن العون الاقتصادي يحقق

من خلاله فائدة لا تتناسب مع ما تلحق بغيره من أضرار، كل هذا يشكل تعسفا في استعمال الحق بحسب نص المادة 124 مكرر من القانون المدني، والتعسف في استعمال الحق يشكل خرقا للالتزام بالنزاهة الذي يسعى قانون الممارسات التجارية إلى تحقيقه بل يشكل هذا الالتزام أحد أهم المبادئ التي تقوم عليها المنافسة، فعلى القضاء المحافظة على هذا المبدأ قدر المستطاع ولو بالاستناد إلى أحكام وقواعد عامة، لذلك يجب دراسة كل حالة على حدة ، مع الأخذ بعين الاعتبار طبيعة السلعة وإمكانيات العون الاقتصادي في حفظ تلك السلعة ، فإذا كانت المادة سريعة التلف بحسب طبيعتها مع وجود إمكانية حفظه فإن بيعه بسعر أقل من تكلفته ليس مبررا، طالما كانت تكاليف الحفظ معقولة أيضا.

ثانيا. السلع التي بيعت بصفة إرادية أو حتمية بسبب تغير النشاط أو إنهائه أو إثر تنفيذ حكم قضائي: وهذه حالة منطقية إذ الوضع يقتضي بيع السلع المتبقية ولو اقتضى الأمر بيعها بأقل من سعر تكلفتها الحقيقي وهي حالة مؤقتة وأنية لا يتصور تأثيرها الدائم على المنافسة.

ثالثا. السلع الموسمية وكذلك السلع المتقادمة أو البالية تقنيا: هذه الحالة أيضا مبررة ومؤقتة، والسلع المتقادمة والبالية يقتضي المنطق والأعراف انخفاض سعرها ولو إلى أقل من سعر تكلفتها ، ولكن فيما يتعلق بالسلع الموسمية يجب أن يتم البيع خلال الفترة الختامية لفصل البيع ، وينبغي أن لا يكون هذا الاستثناء فرصة للتجار لتصريف منتجاتهم بأي ثمن.

رابعا. السلع التي تم التموين منها أو يمكن التموين منها من جديد بسعر أقل (حالة انخفاض الأسعار): هذه الحالة تهدف إلى حماية العون الاقتصادي الذي لا يمكنه البيع بسعر يعلو سعر باقي منافسيه، ولو أن سلعته كلفته سعرا أكثر من السعر الذي يبيع به ، على اعتبار دخول نفس السلعة وقد كلفت غيره أقل مما كلفته ، فله البيع بنفس أسعار منافسيه ، أي أن يكون بيع العون المعني لسلعته يساوي سعر إعادة التموين الجديد ، ويقتضي هذا الاستثناء أن يتعلق الأمر بمنتجات لها خصائص مماثلة لمنتجات التموين الأولى.

خامسا. المنتجات التي يكون فيها سعر إعادة البيع يساوي السعر المطبق من طرف الأعوان الاقتصاديين الآخرين:

وهذه الحالة يمكن تضمينها في الحالة السابقة، ويقتضي اعتمادها أن لا يكون أسعار المنافسين تشكل بيعا بالخسارة أي بأقل من سعر التكلفة.

هذه الحالات السابقة لا تشكل إخلالا بمبدأ النزاهة لارتباطها بظروف خاصة ومؤقتة تبرر البيع بأقل من سعر التكلفة.

ويبدو أن المادة السابقة استعملت في تحديد المبررات القانونية المعيار الحصري الدقيق، ولم تستعمل المعيار العام الشامل، بما يقتضي القول أن هذه الحالات جاءت على سبيل الحصر لا المثال ، لأن قانون

الممارسات التجارية يريد التضييق من المبررات تغليبا للمحافظة على المنافسة النزيهة على حساب المصالح الخاصة للأعوان الاقتصاديين، وهذا المنحى من شأنه منع القاضي من إمعان سلطته في تقدير مبررات أخرى غير المبررات المحددة قانونا وهذا غلق لباب الاجتهاد والتقدير بهذا الشأن.

المطلب الثاني: الممارسات الاستيعادية على أساس التعامل

منع قانون الممارسات التجارية بعض الممارسات غير المتعلقة بالسعر التي تهدف إلى التأثير السلبي على حرية المنافسة ، ذلك أن السعر وإن كان يعتبر أهم سلاح للحفاظ على قوة المنافس وتحقيق قوته في السوق ، فإن هناك معاملات أخرى لا تتعلق بالسعر تستخدم من طرف بعض الأعوان الاقتصاديين بغرض وصولهم إلى اجتياح السوق وبالتبعية تأثيرهم على السير العادي لحرية المنافسة، لذلك اعتبر قانون الممارسات التجارية هذه المعاملات انتهاك للالتزام العام بالنزاهة المفروض على العون الاقتصادي ، وحاول المحافظة على هذا الالتزام من خلال منع بعض المعاملات ، ويمكن تصنيف هذا المنع إلى نوعين، منع عام في مواجهة الجميع ومنع خاص أي في مواجهة إما الأعوان الاقتصاديين أو في مواجهة المستهلكين.

الفرع الأول: المنع العام : ويقصد بالمنع العام في هذا الإطار أن حظر المعاملة يكون بغض النظر عن الشخص الذي يتعامل مع العون الاقتصادي ، بل ويتحقق المنع أحيانا ولو لم توجد أي علاقة اقتصادية للعون مع غيره، ويشمل هذا النوع من المنع المعاملات التالية:

أولا. منع ممارسة الأعمال التجارية دون الحصول على الصفة اللازمة لذلك: اعتبرت المادة 14 من قانون الممارسات التجارية ممارسة أي شخص لعمل تجاري دون اكتسابه الصفة اللازمة لذلك سلوك مغل بواجب النزاهة وإن كان هذا السلوك والإخلال يكون أكثر في مواجهة السلطة العامة في الدولة التي تسعى إلى تنظيم المهن وتأطيرها للمحافظة على نسق وتنظيم اقتصادي ولتفادي العشوائية والفوضى، ولضمان تحصيلها لحقوق الخزينة العامة من رسوم وضرائب.

لكن حصر المنع في ممارسة الأعمال التجارية دون اكتساب الصفة اللازمة لذلك أمر غير منطقي وغير مقبول. وهذا الأمر في الحقيقة مفصول فيه في القانون التجاري . لكن كان لزاما أن يأتي المنع بصفة عامة، فعلى اعتبار أن قانون الممارسات التجارية يخاطب كل الأعوان الاقتصاديين وإن كان التجار هم الفئة الغالبة، كان لزاما أن يكون المنع عام أي منع كل عون اقتصادي من ممارسة نشاطه دون حصوله على الصفة وقيامه بالإجراءات التي يشترطها القانون لممارسة ذلك النشاط ولا يقتصر على التجار فقط.

وحتى مع وجود هذه المادة بصياغتها المذكورة، ينصرف فحواها إلى العموم، ذلك أن الالتزام العام بالنزاهة يقتضي الحصول على الصفة اللازمة لممارسة أي نشاط.

ونشير إلى القانون رقم 04-08 الذي حدد الشروط اللازمة لممارسة الأنشطة التجارية³، والتي على العون الاقتصادي احترامها تجسيدا لمبدأ النزاهة.

ثانيا. منع رفض التعامل: يعد رفض التعامل من أهم الممارسات الاستيعادية، لكونه أهمها وأوسعها على الإطلاق نظرا لما يرتبط به من ممارسات متعددة تؤدي إلى القضاء على المنافسة.

لذلك منع قانون الممارسات التجارية هذه الممارسة واعتبرها إخلالا بالالتزام بالنزاهة ، حيث نصت المادة 15 على: "تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع.

يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة.

لا يعني هذا الحكم أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات". فإذا كان الأصل والقاعدة العامة هي حرية المعاملات، أي أن لكل عون اقتصادي الحق في التعامل مع من يريد التعامل معه، وبالمقابل له حق رفض التعامل مع من لا يريد التعامل معه شرط أن لا يكون هذا الرفض خلق احتكار أو المحافظة على احتكار قائم، لكن لا بد أن يكون لهذا الوضع أي رفض التعامل مبررات ومصوغات منطقية.

لذلك منعت المادة 15 السابقة الذكر رفض التعامل. ويعرف الامتناع عن البيع ، بأنه إنكار وجود سلعة أو رفض بيعها أو إخفائها وحبسها عن التداول. ولا يتحقق هذا المنع إلا بتوفر الشروط التالية:

1. أن يكون هناك رفض للتعامل سواء كان هذا الرفض صريحا أو ضمنيا، كإهمال طلبات أحد الزبائن وعدم الرد عليه.

2. أن تكون السلعة محل الرفض معروضة للبيع، وتعتبر كذلك حسب ما قضت به الفقرة الأولى من المادة 15 إذا كانت معروضة على نظر الجمهور ، لأن هذا الموقف يشكل من الناحية القانونية إيجابا، وإذا تعلق الأمر بخدمة لا يتحقق المنع إلا إذا كانت تلك الخدمة متوفرة ، لكن ينبغي عدم التمسك بحرفية النص بل يجب منع رفض التعامل غير المبرر ولو لم تكن السلعة معروضة على الجمهور سدا للذرائع، حيث قد يعتمد العون الاقتصادي عدم عرض السلعة وبيعها خفية لأشخاص معينين لا سيما في حالة ندرة السلعة ، فإذا ثبت هذا التصرف يجب اعتباره رفضا للبيع ، وهو يشكل تمييزا يمس بمبدأ النزاهة ، فعلى الأعوان المؤهلين بمتابعة مخالفة قانون الممارسات التجارية وكذا القضاء التعامل مع الأوضاع بحسب فحوى النصوص وليس بحسب حرفيتها.

³ القانون 08-04 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية. جريدة رسمية عدد 52، مؤرخة في 18.200408.

3. أن يكون رفض التعامل دون مبرر شرعي ، لأن هذا الوضع من شأنه التأثير على حرية المنافسة وعلى حق الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين على السواء في اقتناء ما يريدونه من سلع وخدمات في أي وقت ومن أي شخص طالما توفرت شروط ذلك ، فإذا كان رفض التعامل غير مبرر يعد العون الاقتصادي قد أخل بالالتزام بالنزاهة بما يعرضه للجزاءات المقررة لذلك.

كما يشكل رفض التعامل إذا تعلق بشخص دون غيره معاملة تمييزية تمنعها المبادئ العامة في القانون في حين إذا كان رفض التعامل مبررا ، فلا يشكل أية مخالفة كأن يتمتع العون الاقتصادي عن تمويل عون آخر بسلعة بسبب عدم دفع الأخير ما عليه من دين حال الأداء بسبب تعاملات سابقة أو أن السلعة ليست معروضة للجمهور كحالة السلع الموجودة في المخازن في انتظار عرضها للجمهور طالما لم يكن ذلك من أجل الاحتكار وإنما من أجل التنظيم فقط ، أو لعدم توفر السلعة أو الخدمة ، أو أن بيع تلك السلعة يقتضي إجراء خاص أو ترخيص مسبق كبيع بعض الأدوية.

ويخضع تقدير أن مبرر رفض التعامل شرعي أو غير شرعي لقاضي الموضوع مراعيًا في تقديره تحقيق الهدف العام من المنع وهو المحافظة على حرية المنافسة ونزاهتها.

4. أن لا تكون السلع محل الرفض هي أدوات تزيين المحلات أو منتجات معروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات ، لكن فيما يتعلق بهذه الأخيرة يجب أن يكون رفض بيعها عاما ، أما إذا تم بيعها بالتمييز بين الأشخاص فهذا مرفوض ويشكل مخالفة وإخلال بالالتزام بالنزاهة.

وإذا كان منع رفض التعامل لذاته مبررا لما يشكله في كثير من الحالات من تمييز بين الأشخاص أو إضرارًا ببعضهم، فإن المنع ليس بسبب ذلك فحسب ذلك أن رفض التعامل يكون في كثير من الحالات ناتج عن أوضاع من شأن بعضها المساس بحرية المنافسة في حين يكون بعضها مشروعًا ونذكر فيما يلي بعض الأوضاع والأهداف المرتبطة بمنع التعامل والتي منها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع :

أ. **الحفاظ على أسعار البيع:** حيث يشترط العون الاقتصادي على موزعيه سواء بائعوا الجملة أو بائعوا التجزئة بأن يبيعوا السلعة بسعر محدد أو ليس بأقل من ذلك السعر المحدد ، وهذا الشرط غير قانوني وتحضره القواعد العامة ، وفي هذه الحالة يتلقى الموزع السلعة من المورد مقيدة بسعر إعادة بيع محدد ، فإذا خفض الموزع السعر عن ما حدده المورد يلجأ هذا الأخير إلى رفض التعامل معه ، كما يحرض ويوجه باقي الموزعين إلى رفض التعامل معه وعدم إمداده بتلك السلعة.

ب. **ممارسات الراكب الحر:** أو ما يسمى بالمنافسة الطفيلية ، حيث يذهب البعض إلى أن مضمون هذا المصطلح هو تمتع أحد الأعوان الاقتصاديين وتوصلهم إلى ما توصل إليه عون اقتصادي آخر من مميزات بالنسبة لمنتج معين دون أن يتجشم جهودا أو مصروفات تذكر للحصول على تلك المميزات ، وعليه فإن المنافسة الطفيلية تفقد العون الاقتصادي صاحب المنتج الأصلي أرباح كثيرة بالإضافة إلى أن المنافسة

الطفيلية أو ممارسات الراكب الحر قد تؤدي إلى تخفيض جودة المنتج محل الممارسة ، وهو ما يجعل العون الاقتصادي صاحب المنتج الأصلي يرفض التعامل في هذا المنتج إلى حين حصوله على براءة اختراعه ، لهذا يظهر أن رفض التعامل ليس هدفة دائما الاحتكار والسيطرة على السوق ، فقد يكون سببه مشروعاً لذلك فقد أحسنت القوانين التي منعت رفض التعامل فقط عندما لا يكون له مبرر شرعي.

والحاصل أنه إذا توفرت الشروط المذكورة سابقاً ،أعتبر الرفض ممنوعاً وعد العون الاقتصادي الممارس له قد أخل بالالتزام بالنزاهة بما يعرضه للجزاءات المقررة لذلك.

ثالثاً. منع المعاملات المشروطة: ويشمل هذا المنع ما يلي:

1. منع بيع أو أداء خدمة مقرون بمكافأة: تضمن هذا المنع نص المادة 16 من قانون الممارسات التجارية الذي جاء فيه "يمنع كل بيع للسلع وكذلك كل أداء خدمة أو عرضها عاجلاً أو آجلاً مشروطاً بمكافأة مجانية من سلع أو خدمات إلا إذا كانت من نفس السلع أو الخدمات موضوع البيع أو تأدية الخدمة، وكانت قيمتها لا تتجاوز 10% من المبلغ الإجمالي للسلع أو الخدمات المعنية. ويفتضي المنع توفر الشروط التالية:

أ. أن يكون هناك بيع أو أداء خدمة أو مجرد عرض لذلك ، فمجرد العرض إذا اقترن بالوعد بمكافأة يكون ممنوع ولو لم يتم البيع أو تأدية الخدمة فعلاً.

ب. أن يكون البيع أو أداء الخدمة أو مجرد عرضهما مرتبطاً بمكافأة مجانية ، سواء كانت سلعة أو خدمة ، فإذا كانت السلعة أو الخدمة الإضافية بمقابل فلا مصوغ للمنع لأن هذا ينفي عنصر المكافأة. ولكن ليس كل مكافأة يتحقق معها المنع، بل المنع يتحقق:

. إذا كانت المكافأة من غير نوع الخدمة أو السلعة المباعة أو المعروضة للبيع، فإذا كانت من نفس السلعة أو الخدمة فهذا مقبول إذا لم يخل بالشروط الأخرى.

. أو إذا تجاوزت قيمة المكافأة 10% من المبلغ الإجمالي للسلعة المشتراة أو من قيمة الخدمة المؤداة ، ولو كانت من نفس السلعة أو الخدمة فإذا كانت أقل من ذلك فلا سبيل لتطبيق المنع.

إذن إذا كانت المكافأة مجانية لكن من نفس نوع السلعة أو الخدمة محل التعاقد ، وكانت قيمتها أقل من 10 % من القيمة الإجمالية للسلعة أو الخدمة فإنها تكون مقبولة من الناحية القانونية لأنها تشكل مجرد تشجيع للمستهلكين أو الأعوان الاقتصاديين للتعامل مع العون صاحب السلعة أو الخدمة ، أما إذا كانت من غير نوع السلعة أو الخدمة المقدمة أو تجاوزت قيمتها 10% من المبلغ الإجمالي للسلعة أو الخدمة محل التعاقد ولو كانت من نفس نوع السلعة أو الخدمة محل التعامل فهذا ممنوع ، لأن قانون الممارسات التجارية يعتبره يمس بالالتزام بالنزاهة ، ومرد ذلك أن هذه المكافأة وبهذا الشكل من شأنها جذب عملاء باقي الأعوان الاقتصاديين ، لا سيما إذا كان هؤلاء ليس لهم من الإمكانيات المادية ما يجاروا به العون الاقتصادي الذي

يقدم المكافأة ، كما أن هذه الممارسة قد تشكل غطاء للبيع بأقل من سعر الشراء أو سعر التكلفة للتأثير السلبي على باقي الأعوان الاقتصاديين وإخراجهم من السوق ، وبعدها يتم إلغاء هذه المكافأة وتدرجيا و برفع السعر ولو قليلا يسترجع العون ما خسره من تقديمه تلك المكافآت.

2. منع بيع سلعة مشروط بشراء كمية مفروضة أو مشروط بشراء سلع أخرى أو خدمات وكذلك إذا تعلق الأمر بالخدمات:

وهو ما يطلق عليه البعض اتفاقات الربط، والتي تعني أن يفرض العون الاقتصادي على المتعامل معه سواء كان عوناً اقتصادياً أو مستهلكاً ، شرطاً مقتضاه أن يقبل المتعامل مع العون الاقتصادي صاحب المنتج عند شرائه له شراء منتج آخر بغض النظر إن كان راغباً في شراء هذا المنتج الثاني أولاً ويسمى المنتج الأول في الاتفاق المنتج الرابط ، ويسمى المنتج الثاني المنتج المرتبط ، ويهدف العون الاقتصادي الذي يضع هذا الشرط غالباً إلى حرمان غيره من الأعوان الاقتصاديين الموجودين بالسوق من قدرتهم على المنافسة بالإضافة إلى منع المنافسين الجدد والمحتملين من دخول هذه السوق ، وهو ما يؤدي إلى تقييد حرية المنافسة لذلك حضرت قوانين المنافسة هذه الاتفاقات لما تنطوي عليه من آثار ضارة على حرية المنافسة.

ويدخل البعض هذا العمل ضمن مخالفات الأسعار، لكن يعتبرها طريقة غير مباشرة في ذلك.

وقد تضمن حظر هذه الاتفاقات المادة 17 من قانون الممارسات التجارية التي جاء فيها: "يمنع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة أو اشتراط البيع بشراء سلع أخرى أو خدمات ، كذلك اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة

لا يعني هذا الحكم السلع من نفس النوع المباعة على شكل حصة بشرط أن تكون هذه السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة".

فيشمل الحظر المعاملات التالية:

* المعاملة التي تتضمن شرط يفرضه العون الاقتصادي صاحب المنتج على غيره من الأعوان أو المستهلكين والمتضمن شراءهم كمية أكثر من التي يريدون شراءها.

*المعاملة التي تتضمن شرط يفرضه العون الاقتصادي صاحب المنتج على المتعامل معه سواء كان عوناً اقتصادياً أو مستهلكاً، والمتضمن فرض شراء سلعة أو تلقي خدمة إلى جانب السلعة المطلوبة.

*المعاملة التي تتضمن شرط يفرضه العون الاقتصادي صاحب الخدمة على المتعامل معه سواء كان عوناً اقتصادياً أو مستهلكاً، والمتضمن فرض تلقي خدمة أو شراء سلعة إلى جانب الخدمة المطلوبة.

لكن المنع حسب ما قضت به المادة 2/17 لا يشمل السلع من نفس النوع التي تباع على شكل حصة بشرط أن تكون هذه السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة.

رغم أن المنع يتحقق بمجرد تحقق الأوضاع السابقة دون أي شرط آخر فإن فعالية ونجاح هذه الاتفاقات مربوط بتحقق شروط معينة هي:

أ. أن يتمتع العون الاقتصادي المشترط بقوة احتكارية أو مركز مسيطر في السوق ، بحيث يسيء استعمال هذه السلطة لطرد المنافسين الموجودين بالسوق ومنع المنافسين الجدد من دخول هذه السوق بهدف الوصول إلى احتكار هذه السوق.

ب. أن يكون المنتج الرابط أساسيا ومهما ، ولا يمكن الاستغناء عنه من المشتري ، فإذا لم يكن هذا المنتج هام فإن اتفاق الربط لن يكون له أثر ضار على المنافسة ، ونفس الشيء إذا تعلق الأمر بالخدمات.

ج. أن تؤثر هذه الاتفاقات على السوق ، بحيث يترتب عليها أثر حقيقي للمنافسة ، لكن هذا وإن كان شرطا لفعالية الاتفاق فليس شرطا لتطبيق منع ذلك الاتفاق في القانون الجزائري ، ذلك أن قانون الممارسات التجارية إلى جانب حمايته للمنافسة الحرة يسعى إلى حماية المستهلك وبنفس القدر، كما أنه يحاول فرض أحكام وقائية لحماية المنافسة ، فكل ما من شأنه أن يمس بالمنافسة ولو في المستقبل أو من شأنه أن يفتح الباب للمساس بها يمنع قانوننا من باب سد الذرائع.

3. منع إعادة بيع المواد الأولية على حالتها: نصت على هذا المنع المادة 20 من قانون الممارسات التجارية ولتطبيق المنع يجب توفر الشروط التالية :

أ. أن يتم اقتناء مواد أولية وليس مواد مصنعة ، ويقصد بالمواد الأولية تلك المواد التي لم تجري عليها عمليات صناعية من قبل إلا ما يلزم لحفظها أثناء النقل والتخزين ، أي هي تلك المواد التي لم تهيأ صناعيا.

ب. أن يكون الهدف من الاقتناء هو التحويل وليس إعادة البيع.

ج. أن لا يكون هناك أي مبرر لإعادة بيع المواد الأولية على حالها وقد تضمنت المادة 20 من قانون الممارسات التجارية على سبيل المثال مبررين هما:

* حالة توقيف النشاط أو تغييره ، وهذا مبرر شرعي ، فإذا أوقف العون الاقتصادي نشاطه أو غيره وكانت بحوزته مواد أولية اشتراها لغرض تحويلها بالنظر إلى موضوع نشاطه فله أن يبيعها على حالها ، ولا يشكل ذلك إخلالا بالالتزام بالنزاهة.

* حالة القوة القاهرة، فإذا حدثت قوة القاهرة كحالة الزلازل التي تؤدي إلى وقف مؤقت للنشاط، وكانت هذه المواد الأولية مرتبطة بتاريخ صلاحية يخاف فواته فللعون الاقتصادي بيعها على حالها ولا يشكل هذا أي انتهاك للالتزام بالنزاهة.

وهذان المبرران على سبيل المثال لا الحصر، لكن على القاضي أن يراعي عند تقديره للمبررات المحافظة على المنافسة وهذا يقتضي عدم التوسع في المبررات.

ولعل الهدف من هذا المنع هو غلق باب المضاربة في المواد الأولية لا سيما الاستراتيجية منها كالإسمنت وبودرة الحليب مثلا، لأن ترك الحرية للأعوان الاقتصاديين في بيعها على حالها رغم شرائهم لها بغرض تحويلها سيؤدي حتما إلى ارتفاع فاحش لأسعارها، وهذا من شأنه المساس بقواعد المنافسة وكذلك مساس بالمصالح المشروعة للمستهلك.

4. منع الممارسات التدليسية: منع قانون الممارسات التجارية الممارسات التدليسية سواء تعلق الأمر بتحقيق أغراض غير مشروعة أو حيازة أشياء حيازة غير مشروعة.

أ. منع الممارسات التي تهدف إلى تحقيق غاية غير مشروعة: نصت على هذا المنع المادة 24 من قانون الممارسات التجارية التي جاء فيها: " تمنع الممارسات التجارية التي ترمي إلى:

. دفع أو استلام فوارق مخفية للقيمة

. تحرير فواتير وهمية أو فواتير مزيفة

. إتلاف الوثائق التجارية والمحاسبية وإخفائها أو تزويرها قصد إخفاء الشروط الحقيقية للمعاملات التجارية ".

فهذه المادة تمنع على العون الاقتصادي أي ممارسة إذا كانت تهدف إلى تحقيق ما يلي:

* دفع أو استلام فوارق مخفية للقيمة، وهنا نكون أمام صورية قيمة السلعة أو الخدمة عن طريق إظهار قيمة للجمهور وإخفاء فارق بين القيمة الظاهرة (الصورية) والقيمة الحقيقية، ومن شأن هذا السلوك أن يؤثر على تحديد الأسعار بطريقة عادية وفقا لقانون العرض والطلب ، وهو ما يشكل مساسا بالالتزام بالنزاهة.

* تحرير فواتير وهمية أو فواتير مزيفة، والغرض من ذلك هو التهرب من الضرائب أو غش أعوان الرقابة بما يخل بالمراقبة الجادة لتحرك السلع بين الأعوان الاقتصاديين، وهذا إخلال بالالتزام بالنزاهة يعاقب عليه حتى جزائيا.

* إتلاف الوثائق التجارية والمحاسبية وإخفائها أو تزويرها قصد إخفاء الشروط الحقيقية للمعاملات التجارية، وهذا من شأنه المساس بنزاهة الممارسات التجارية ويشكل جريمة يعاقب عليها جزائيا.

ب . منع حيازة بعض السلع: ونصت على هذا المنع المادة 25 من قانون الممارسات التجارية التي جاء

فيها: " يمنع على التجار حيازة:

. منتجات مستوردة أو مصنعة بصفة غير شرعية

. مخزون من المنتجات بهدف تحفيز الارتفاع غير المبرر للأسعار

. مخزون من منتجات خارج موضوع تجارتهم الشرعية قصد بيعه ".

يلاحظ أن هذه المادة حصرت المنع بالنظر إلى حرفيتها على التجار ولكن إن كان الغالب أن التصرفات التي تضمنتها المادة 25 يقوم بها التجار غير أنه يمكن لغيرهم القيام بذلك ، لذلك كان من الأفضل أن يكون المنع في مواجهة جميع الأعوان الاقتصاديين.

وقد تضمنت المادة السابقة منع حيازة ما يلي:

*منتجات مستوردة أو مصنعة بصفة غير شرعية ، لأن هذا فيه إخلال بالقوانين والأنظمة السارية المفعول في الدولة ، وهو بذلك مساس بالنظام العام الاقتصادي من شأنه الإخلال بمراقبة الجهات المعنية لحركة هذه المنتجات ومطابقتها للقوانين والأنظمة وللرغبات المشروعة للمستهلك، وهذا إخلال أيضا بالالتزام بالنزاهة، والقانون يمنع مجرد حيازة هذه السلع ولو لم يتم التعامل فيها.

*حيازة مخزون من المنتجات بهدف تحفيز الارتفاع غير المبرر للأسعار، وهذا فيه إخلال بقواعد المنافسة التي تتحكم في تحديد الأسعار لا سيما قانون العرض والطلب ، لأن هذا الوضع يقلل من العرض بطريقة مصنعة لإيجاد حالة عدم انسجام بينه وبين الطلب بما يؤدي إلى ارتفاع الأسعار ومن شأن ذلك المساس بمصالح المستهلك، وهو يشكل إخلالا بالالتزام بالنزاهة، ومجرد حيازة تلك السلع مع قصد التأثير على ارتفاع الأسعار ممنوع ويعاقب عليه ولو لم ترتفع الأسعار فعلا.

*حيازة مخزون من منتجات خارج موضوع تجارة العون الاقتصادي الشرعية بقصد بيعه، ولا تكفي الحيازة بل يجب أن ترتبط الحيازة بقصد البيع وإلا لا يتحقق المنع ، والهدف من المنع هو حماية احترام الأنظمة المحددة لكل نشاط وما يقتضيه من إجراءات، وكذلك منع المنافسة غير المشروعة للممارسين الشرعيين لذلك النشاط ، لذلك فتحقق هذا الوضع هو إخلال بالالتزام بالنزاهة ، والمخالفة قائمة ولو لم يتم البيع فعلا.

5. منع الإشهار التضليلي:

يعتبر الإعلان التجاري أهم مصدر للمعلومات ، ذلك أنه يشكل شكل من أشكال الدعاية ، وهو أيضا أداة للتعريف بالمنتجات والخدمات ومدى قدرتها على الوفاء بحاجات المستهلك ، إلا أن التاجر قد يلجأ إلى أساليب الغش والكذب والخداع لتضليل المستهلك ، الأمر الذي يجعل من حماية المستهلك من هذه الإعلانات تحث أهمية قصوى.

ونظرا لما يسببه الغش بأنواعه المختلفة من أضرار كبيرة على كل من المستهلك والمنتج والاقتصاد الوطني ، من خلال إضراره بالمستهلك وهدره الموارد وآثاره الضارة على صحة وحياة المستهلكين والإضرار بالنشاط الاقتصادي وإضعاف ثقة المستهلكين بالسلع والخدمات ، كان موضوع حماية المستهلك ومكافحة الجرائم الاقتصادية ومنها الغش والاحتيال والإعلانات المضللة من الموضوعات التي بحثتها عديد المؤتمرات الدولية.

وسيرا على هذا النهج منع قانون الممارسات التجارية كل إعلان تضليلي واعتبره إخلالا بمبدأ النزاهة. ويعرف الإعلان بصفة عامة من الناحية اللغوية بأنه الإظهار والنشر والشهر. وفي الاصطلاح تم تعريفه تعريفات مختلفة:

فعرفته دائرة المعارف الفرنسية الكبرى بأنه: مجموعة الوسائل المستخدمة لتعريف الجمهور بمنشأة تجارية أو صناعية وإقناعه بامتياز منتجاتها والإيعاز بشراء ما يحتاجه إليها. وعرفته جمعية التسويق الأمريكية بأنه: "أداة اتصال غير شخصي مدفوعة الثمن من قبل الشركات والمؤسسات التي تهدف إلى الترويج لسلع وخدمات أو أفكار معينة ، وحث المستهلكين على شرائها أو الاقتناع بها".

ويعرفه البعض أنه شكل من أشكال الاتصال غير الشخصي يجري عن طريق وسيلة متخصصة مدفوعة الأجر وبواسطة جهة معلومة ومحددة. إذن الإعلان يضم العناصر التالية:

1. الإعلان نشاط غير شخصي: ليس من الضروري في الإعلان وجود اتصال مباشر بين المعلن والمعلن إليه.

2. الإعلان وسيلة اتصال مزدوجة: فهو وسيلة إيصال المعلومات للأفراد من جهة ، كما أنه وسيلة إلى معرفة ردود أفعال المستهلكين من جهة ثانية.

3. تعدد أغراض الإعلان وأهدافه: فهو يهدف إلى توفير المعلومات للمستهلك والتأثير عليه على نحو غير مباشر وإقناعه وتحفيزه ويهدف أيضا إلى الترويج للمؤسسة وليس للسلعة. والأصل في الإعلان أنه عمل مشروع إلى أنه قد يرتبط بأفعال وأوضاع ويهدف إلى غايات تجعله غير مشروع وتجعله منافيا لمبادئ المنافسة الحرة والنزاهة ، وهو بهذا يشكل دعاية كاذبة أو إشهارا مضللا. والدعاية الكاذبة هي كل دعاية تؤدي إلى إيقاع الأشخاص الذين توجه إليهم في غلط.

وقد حددت المادة 28 من قانون الممارسات التجارية الحالات التي يكون فيها الإشهار تضليلي وبالتالي غير مشروع بنصها على: "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان يعتبر إشهارا غير شرعي وممنوعا كل إشهار تضليلي ، لا سيما إذا كان:

1. يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته،

2. يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتجاته أو خدماته أو نشاطه،

3. يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار".

حيث يسعى كل الأعوان الاقتصاديين الترويج لمنتجاتهم وخدماتهم ، وفي سبيل ذلك يستعملون وسائل عدة أهمها الإعلان (الإشهار)، والذي يقصد به النشاط أو الفن الذي يستهدف إحداث تأثير نفسي على الجمهور بقصد تحقيق أهداف تجارية ، أو انه مجموعة الوسائل المستخدمة بقصد التعريف بمشروع صناعي أو تجاري لتسويق وترويج منتج معين، أو هو كل ما ينشره التاجر وغيره من المسوقين في الصحف والإذاعة والتلفزيون أو نشرات خاصة تعلق على الجدران أو توزع على الناس ويعلن فيها ما يراد الترويج له.

وفي إطار الالتزام بالنزاهة، من الوجهة الأخلاقية المحضة، يتوجب على الأفراد أن يلتزموا في علاقاتهم حسن النية المطلقة ، وأن يتبادلوا الإعلام بشأن ما هم مقدمين على التعاقد عليه بشكل صحيح وتام فكل ادعاء كاذب أو كتمان بسيط وحتى كل فعل من شأنه إثارة الغلط لدى المتعاقد الآخر يكون مستنكرا ومستوجب الجزاء، لكن في الواقع لا يمكن تكريس هكذا تشديد وتقييد ، فالحياة ليست إلا تنازعا دائما لمصالح متناقضة ، ولحماية هذه المصالح لا يمكن دائما قول الحقيقة المطلقة ، لكن لا يجوز باسم حماية المصالح وتحت ستارها أن يعمد الأشخاص إلى ارتكاب أعمال غير شريفة تنبعث منها سوء نية واضحة حيث يصبح التصرف غير مشروع إذا انطوى على تشويه جسيم للحقيقة ، تشويه جدي بالغ ومتعمد من شأنه إيقاع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه إلى ارتضاء عمل قانوني مضر بمصالحه، ويكون العمل القانوني المبرم في هذه الحالة قابلا للإبطال لعللة الخداع.

ولأن الإشهار التضليلي يشكل عمل غير مشروع يخل بالالتزام بالنزاهة المفروض على العون الاقتصادي لما يرتبه من آثار على رضا المتعاقد مع العون الاقتصادي سواء كان عونا اقتصاديا أو مستهلكا منعه قانون الممارسات التجارية بصفة عامة لا سيما إذا كان يتعلق بالحالات المبينة في المادة 28 وهي:

أ. يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته، وهذه العناصر من شأنها الإخلال بقواعد المنافسة من جهة ، فالتضليل في الكمية والوفرة مثلا من شأنه أن يؤثر على قانون العرض والطلب وعليه يحول دون تحديد السعر وفقا لمبادئ المنافسة الحرة والنزاهة إذا ما تعلق بادعاء نقص الكمية، وفي هذا شبهة الرفع المصطنع للأسعار وكذلك دفع المستهلكين للاقتناء تحت وطأة الخوف من الندرة، أما ادعاء الوفرة والكثرة قد يراد منه منع بعض الأعوان الاقتصاديين من دخول سوق ذلك المنتج أو الخدمة المدعى توفرها وهذا إخلال بالالتزام بالنزاهة، كما أن هذا التضليل من شأنه من جهة أخرى المساس بمصالح المستهلك المشروعة، لا سيما إذا ما تعلق الأمر بتعريف المنتج أو الخدمة أو مميزاته بما يوقعه في غش وتدليس ، وكذلك الأمر بالنسبة لارتفاع الأسعار بسبب ادعاء العون الاقتصادي ندرة المنتج أو الخدمة.

ب. يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس ببائع آخر أو مع منتجاته أو خدماته أو نشاطه وفي هذا أيضا مساس بباقي البائعين من جهة لأن ذلك يشكل صورة من صور المنافسة غير المشروعة، كما

يشكل تدليسا لمقتني ذلك المنتج أو الخدمة من الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين على السواء من جهة أخرى ، وهو بذلك مساس بلا شك بالالتزام بالنزاهة.

ج . يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار، وهذا يشكل نوع من الكذب الغير المشروع وينم على سوء نية ، كما قد يهدف هذا الوضع إلى المساس بالمنافسة لا سيما فيما يتعلق بالأسعار كما تم بيانه في الحالة "أ".

وهذه الحالات ذكرتها المادة 28 من قانون الممارسات التجارية على سبيل المثال لا الحصر، وينبغي على القضاء التوسع في الحظر طالما كان الإشهار التضليلي يمس إما بقواعد المنافسة أو يمس بمصالح المستهلك المشروعة.

فيما يلي تفصيل أنواع التضليل عن طريق الإشهار:

أ. **التضليل المتصل بذات المنتوجات:** ويقصد بذاتية المنتج مجموع الصفات الأساسية للمنتج التي تلازمه والتي لولاها لما أقدم البعض على التعاقد ، وفقدان هذه الذاتية يغير من طبيعة المنتج، ويجب أن يقع التضليل في إحدى هذه الصفات الجوهرية بما يشوه طبيعة المنتج ، ويكون التضليل في الإعلان متصلا بذات المنتج أو الخدمة إذا وقع على المنتج أو الخدمة منظورا إليه في ذاته، وهو ما يتحقق إذا كان محل هذا التضليل هو وجود المنتج أو الخدمة من حيث الأصل أو حقيقته أو مكوناته أو نوع أو خصائصه الجوهرية أو الجدوى ، أي النتائج المتوقعة منه أو العدد أو الكمية أو المقاس أو الوزن أو الكيل أو طريقة الصنع أو تاريخ هذا الصنع أو المصدر.

ويشمل التضليل المتعلق بذات المنتج والخدمة ما يلي:

***وجود المنتوجات والخدمات:** فقد يكون الإعلان على منتوجات أو خدمات غير موجودة، وقد قضى القضاء الفرنسي باعتبار إعلان مضلل إعلان التاجر عن وجود رصيد كبير لديه من منتج معين الأمر الذي يدفع بعض التجار الذين كانوا معتادين على استرداد ذلك المنتج إلى عدم استرداه والتعاقد معه ، وتبين أنه لا يملك سوى رصيد محدود من المنتج، وكذا قيام وكالة سفر عن إعلان تنظيم رحلة سفر إلى جزيرة صقلية وتضمين الرحلة زيارة المدينة وقلعة مشهورة وهذا لم يتم، كذلك إعلان عون اقتصادي عن وجود غسالات من علامات تجارية متعددة ومشهورة وفي الحقيقة يوجد نوع واحد ليس معروف في السوق أو إعلان تاجر عن بيع خمسين وحدة من منتج بسعر التكلفة في حين لا يجد الجمهور إلا تسعة فقط.

أو إعلان شركات الأنترنت عن وجود خدمات او أسعار وفي الحقيقة عدم توفر تلك الخدمات أو تلك الأسعار ، وقد يضللون الزبائن بشأن الكمية بالقول أن الكمية محدودة والأمر ليس كذلك.

ويدخل ضمن هذا النوع التضليل المتعلق ب:

* **ذاتية المنتوجات أي طبيعتها أو حقيقتها:** ويقصد بطبيعة أو ذاتية أو حقيقة الشيء مجموع العناصر المميزة له وتكون دافعا للإقبال عليه، وهي تشكل الطبيعة المادية للشيء ، ويكون هناك كذب وتضليل في هذا الشأن إذا كان هناك تغيير جسيم في خصائص الشيء، وقد اعتبر القضاء المقارن إعلان تضليلي الإعلان على أن مدفأة تتكون بعض أجزائها من البرونز مع أن الأمر يتعلق بمعدن يقل كثيرا عن البرونز أو الإعلان عن بيع مخطوطات نادرة أصلية لم يسبق نشرها على خلاف الواقع، كذلك الإعلان عن مربى مستخلصة من ثمار فاكهة تركت تتضج في الشمس مع أن الأمر يتعلق بمربى صناعي مضاف إليه عصير فاكهة مستورد.

وبخصوص الخدمات فقد أعتبر إعلانا مضللا إعلان أحد شركات السياحة عن تنظيم رحلات تتوافر فيها إقامة مريحة في فنادق ثلاثة نجوم على بعد 50 مترا فقط من البحر والواقع أن المسافة هي كيلومتر ولم تكن كل حجراته من الفئة المعلن عنها .

* **مكونات المنتج:** يكون هناك تضليل في الإعلان بشأن مكونات المنتج إذا كان هناك فارق أساسي في تكوين الشيء الموجود بالفعل وتكوينه الوارد في الإعلان.

ومن تطبيقات القضاء المقارن في هذا الشأن ما قضى به مجلس قضاء باريس ،الذي اعتبر إعلانا مضللا الإعلان عن منتجات من الأثاث على اعتبارها مصنوعة بالكامل من خشب الجوز في حين أنها في الحقيقة مصنوعة من خشب أقل جودة، غاية ما في الأمر أنه مغطى برقائق خارجية من خشب الجوز، وكذا اعتبار القضاء الفرنسي من قبيل الإعلانات المضللة إعلان مصنع للمربى على وجود مربى طبيعية خالية من الصوديوم يوصي بها الأطباء للراغبين في إتباع نظام غذائي خاص في حين هناك في الحقيقة نسبة من الصوديوم، كذلك الادعاء مثلا أن ساعة من ذهب وهي في الحقيقة فقط مطلية بالذهب.

* **النوع (الصنف):** النوع أو الصنف هو مجموع الخصائص التي تميز منتوجا من المنتوجات من نفس الجنس وتسمح بتمييزها عن غيرها ، فالخيول أنواع متعددة والزيوت أنواع متعددة و غير ذلك، وتظهر خطورة الإعلان المضلل في هذه الحالة في حالة ما كان المستهلك يعطي اهتماما خاصا لنوع أو صنف معين.

* **الخصائص الجوهرية:** هناك نظريتين لتحديد المقصود بالخصائص الجوهرية:

. **النظرية الموضوعية:** وتحدد وفقا لها الصفات الجوهرية بطريقة مجردة طبقا لشروط التي يلزم توافرها

في الشيء عادة اعتمادا على خواصه المادية أو الكيميائية.

. **النظرية الشخصية:** لا تعتمد هذه النظرية على الخواص المادية أو الكيميائية فحسب، بل أيضا على

الخصائص التي يضعها المتعاقدان في الاعتبار، ولا يلزم في هذه الخصائص أن تكون هي السبب الأساسي أو الوحيد للتعاقد بل يكفي أن تكون أحد الأسباب الدافعة إليه ، لذلك فالخصائص الجوهرية مسألة تقديرية تختلف باختلاف الأشخاص والعقود والأسباب الدافعة إلى التعاقد ، وتتعدى الخصائص الجوهرية الخصائص

التي تلحق طبيعياً بالشيء لتضم أيضاً الخصائص العرضية ما دام ظهر للقاضي من ظروف الدعوى أن المقتني قد وضع في اعتباره توافر هذه الخصائص.

وقد اعتبر القضاء المقارن من قبيل الإعلان المضلل المتعلق بالخصائص الجوهرية الإعلان الذي تضمن أن الدواجن محل البيع يتم تغذيتها بالحبوب والغلل فقط، في حين أن الحقيقة هي تغذيتها الأساسية تتم بمواد اصطناعية.

* **النتائج الممكنة تحقيقها:** أي الفائدة المرجوة أو الفاعلية أو الأثر الممكن للمنتج أو الخدمة محل الإعلان، وقد اعتبر القضاء المقارن إعلاناً مضللاً ذلك المتضمن الإعلان عن مركب فعال بنسبة 100% في علاج حالات الصلع في حين أن النتائج كانت بخلاف ذلك.

* **طريقة الصنع:** ذلك أن هناك بعض المنتجات قد تصنع بطرق مختلفة ، فمثلاً الزيوت قد تعصر بطريقة يدوية وقد تعصر بطريقة ميكانيكية وقد يفضل المقتني طريقة عن أخرى، لذلك يعتبر كل إعلان يتضمن الصنع بطريقة معينة على خلاف الحقيقة إعلاناً مضللاً.

وقد اعتبر القضاء المقارن من قبيل الإعلان المضلل ذلك المتضمن أن الخبز معد في فرن وقوده الخشب، في حين أنه في الحقيقة يشتغل بالكهرباء.

* **تاريخ الصنع:** هذا الأمر يتصور في المنتجات دون الخدمات، ذلك أنه يتعلق بتاريخ الصلاحية فيتم في الإعلان تقديم أو تأخير تاريخ الصلاحية ويعد هذا من قبيل الإعلان المضلل.

* **المصدر أو الأصل:** ويتعلق هذا بمكان الإنتاج أو الاستخراج أو بالنسب إذا تعلق الأمر بالحيوانات ، وقد اعتبر القضاء المقارن الإعلان المتضمن أن البن برازيلي من نوع معين على غير الحقيقة إعلاناً مضللاً.

كما يعتبر من ضمن الإعلانات المضللة وصف ساعة مثلاً ذات صنع محلي على أنها ساعة سويسرية، أو وصف قطاع غيار مقلدة أنها أصلية ، أو القول بأن خدمة ما تقدم بطريقة ما وهي على خلاف ذلك، كقول أن قلي الدجاج على الطريقة الأمريكية أو الإيطالية والحقيقة غير ذلك.

ب . التضليل الخارج عن ذات المنتجات أو الخدمات: التضليل في هذه الحالة لا يرتبط بذات المنتج أو الخدمة محل الإعلان وإنما بأمر خارجة عنها، كالدافع إلى البيع أو شروط هذا البيع وقدر التزامات المعلن والتمن وأحكام الوفاء به أو بشخص المعلن ومؤهلاته.

* **الدافع إلى البيع:** قد يتضمن الإعلان ذكر أسباب البيع ، وتتعلق هذه الأسباب بأوضاع قانونية أو اجتماعية خاصة قد تولد لدى الجمهور اعتقاد وجود شروط استثنائية للبيع لمصلحة المشتري ، كذكر الإفلاس أو الحريق أو حجز البضاعة أو وقف النشاط وغلق المحل التجاري وتصفية الشركة وغير ذلك ،

مع أن تلك الأوضاع غير صحيحة، وإنما الهدف منها التأثير على الجمهور ، وهذا ما يجعل الإعلان الصادر في مثل هذه الحالة إعلانا مضلا.

لذلك قرر القضاء المقارن . في فرنسا . أن الادعاء أن سبب البيع هو غلق المحل التجاري وتصفية كل مخزونه من الملابس ولو كان على حساب الأسعار التي تكون منخفضة وذلك لوجود حالة استعجال يعتبر إعلانا مضلا كما اعتبر من قبيل الإعلان المضلل الإعلان المتضمن أن البيع يكون بخسارة ما بين 50 و70% بسبب أن البضاعة دمرها الحريق وهذا على خلاف...

* **شروط البيع:** وتتعلق شروط البيع بالثمن والتسليم والضمان وغير ذلك من شروط البيع، فإدراج المعلن شروط بيع لا توجد عند عملية البيع يجعل الإعلان مضلا ، لذلك اعتبر القضاء الفرنسي أن الإعلان عن بيع سيارة والتأكيد أن التسليم يتم حالا لكن بعد التعاقد يتبين أن التسليم لا يتم حالا إعلانا مضلا.

* **مقدار التزامات المعلن :** قد يتضمن الإعلان ذكر قدر من التزام المعلن لا يستطيع المعلن تنفيذه في الواقع، كأن يعلن صاحب قاعة حفلات عن إمكانية تنظيم حفل زفاف فيه 1000 شخص ويظهر بعدها أن استيعاب القاعة أقل من ذلك بكثير.

* **الثمن:** كأن يتضمن الإعلان تحديد ثمن معين، وعند التعاقد يطلب ثمن أكثر مما يجعل الإعلان تضليلي.

* **الادعاء بصفة معينة أو مزية:** حيث يعتبر إشهار مضلا دلس فيه على جمهور المستهلكين الإشهار الذي ينسب فيه العون الاقتصادي صاحب الإشهار لنفسه زورا أنه يحمل جوائز أو شهادات أو مداليات رسمية أو خاصة أو الزعم بوجود أسس علمية في حين أنها في الواقع غير متوفرة أو غير جدية ، كما يتضمن استعمال شعار أو علامة تجارية دون وجه حق كاستعمال علامة مقلدة أو شبيهة فيعتبر إعلان مضلا إذا ادعى صاحب الإعلان أنه يمتلك درجات علمية أو صفة معينة كأستاذ حاصل على شهادات جامعية أو مخترع.

كما أن الإشهار المضلل يشكل في حد ذاته خداعا، ذلك أن الخداع هو القيام بأعمال أو أكاذيب من شأنها إظهار الشيء على غير حقيقته أو إلباسه مظهرا يخالف ما هو عليه في الحقيقة والواقع.

وقد يكون الإعلان مضلا بغض النظر عن حقيقة المنتج محل الإعلان وذلك بسبب كيفية إجراء الإعلان أو الأشخاص المتدخلين فيه ، حيث قد يستعمل أحد الأشخاص غير المعروفين على أساس أنه خبير في مسألة معينة فإذا ظهر أنه ليس خبيرا عد الإعلان مضلا، ذلك أن الخبراء ليسوا على درجة كبيرة من الشهرة، وعلى خلاف ذلك لو ظهر أحد المشاهير على أنه خبير وهو ليس كذلك، فإن الإعلان لا يعد مضلا، ذلك أن الجمهور يدرك حقيقته، والهدف من ذلك هو فقط لفت انتباه المستهلكين فقط.

والمعلوم قانونا أن التضليل يترتب عليه جزاءات مدنية وجزائية .

الفرع الثاني: المنع الخاص:

منع قانون الممارسات التجارية بعض الممارسات لكن ليس في مواجهة الجميع، بل منع بعضها في مواجهة الأعوان الاقتصاديين ومنع البعض الآخر في مواجهة المستهلكين.

أولاً. الممارسات الممنوعة في مواجهة الأعوان الاقتصاديين: فقد منع قانون الممارسات التجارية أي عون اقتصادي من أن يمارس نفوذاً على عون اقتصادي آخر، كما منع تعدي أي عون اقتصادي على مصالح عون اقتصادي آخر:

1. منع ممارسة النفوذ من عون اقتصادي على آخر: تضمن هذا المنع نص المادة 18 من قانون الممارسات التجارية التي جاء فيها: "يمنع على أي عون اقتصادي أن يمارس نفوذاً على أي عون اقتصادي آخر أو يحصل منه على أسعار أو آجال دفع أو شروط بيع أو كفاءات بيع أو على شراء تمييزي لا يبرره مقابل حقيقي يتلاءم مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزهاء والشريفة".

وعليه يحظر على الأعوان الاقتصاديين ممارسة نفوذ على بعضهم البعض، كما يحظر على أي عون اقتصادي أن يحصل من عون آخر على معاملات تمييزية، ذلك أن المنافسة لا يمكن أن تكون حرة إلا إذا ارتكزت على مساواة الحظوظ في العمليات الاقتصادية، ويتعلق منع التمييز بما يلي:

أ. التمييز في الأسعار: يقصد بالتمييز في السعر عند علماء الاقتصاد فرض أسعار مختلفة على المبيعات المختلفة للمنتج نفسه بالرغم من تماثل النفقات، بينما يقصد به عند علماء القانون فرض أسعار مختلفة على مبيعات مختلفة للمنتج نفسه، حيث لا يعترف علماء القانون بوجود تمييز في السعر حينما تكون الأسعار متطابقة رغم اختلاف النفقات وهو عكس ما ذهب إليه علماء الاقتصاد، ومن ثم فإن التعريف القانوني للتمييز بالسعر هو بيع سلعتين متماثلتين من حيث الجودة أو الدرجة أو النوع بأسعار مختلفة بصرف النظر عن تماثل النفقات أو اختلافها.

فالمنع القانوني للمعاملات التمييزية يستهدف مباشرة سعر البيع المحدد من طرف العون الاقتصادي اتجاه جزء من زبائنه و ليس جميعهم، هذه الفوارق في سعر البيع ليس لها أي مبرر يدعمها.

والحكمة من عدم مشروعية هذا التسعير هو وجود محاباة لمشتري على حساب مشتريين آخرين مطلوب تقييد منافستهم في الأسواق، فالمشتري ذو الحظوة هو ذلك الذي يدفع سعر أقل للبائع فيتكبد الأخير معدل خسارة أكبر أو يحصل على ربح أقل.

ويرى البعض أنه حتى يتحقق التسعير التمييزي لابد من تطابق السلعة المباعة في الصنف والنوع من جهة، إلى جانب ظهور تأثير لا شك فيه يؤدي إلى الحد من المنافسة، وشرط التطابق في الصنف والنوع يعد في نظر المحكمة العليا الأمريكية مستوفى حتى ولو تم بيع المنتج باسمين مختلفين. فالتسعير التمييزي المخل

بقواعد المنافسة هو التمييز في سعر المنتج الواحد بين مشتريين مختلفين له، متى كان الغرض من ذلك التأثير على قواعد المنافسة الحرة في السوق المعنية.

لكن هناك من يرى أن المعنى السابق ينطبق على التسعير التفضيلي، وأن التسعير التمييزي يعني حصول المنتج على عائدتين مختلفتين من بيعين مختلفين وأن ما يعتد به للقول بوجود التسعير التمييزي هو أن تختلف عوائد البيوع لذات المنتج و إن لم تختلف أسعار تلك البيوع.

حيث حاول البعض التمييز بين التسعير التمييزي والتسعير التفضيلي، على أساس أن التسعير التفضيلي يعني بيع المنشأة المنتج نفسه لمشتريين مختلفين بسعرين مختلفين، أما التسعير التمييزي فيعني حصول المنتج على عائدتين مختلفتين من بيعين مختلفين، كما لو قامت منشأة تجارية ببيع منتج معين في سوقين، الأول زاخر بالمنافسة والآخر سوق بعيدة عن المنافسة، فزادت ربحية البيوع التي تمت في السوق الثاني عن نظيرها في السوق الأول، ويعتد بالبيع التمييزي إذن متى اختلفت عوائد البيوع لذات المنتج وإن لم تختلف أسعار تلك البيوع، مثل لو باع تاجر جملة أخشابا بسعر يتضمن مصاريف التسليم بصرف النظر عن تواجد مشتري على بعد عشرة كيلو مترات أو مئة كيلومتر، هنا السعر تمييزي لأن تكلفة البائع ستكون أكبر بالنسبة للمشتري الثاني الأبعد، في الوقت الذي ستكون فيه عوائد البيع أقل، وبالعكس تكون تلك العوائد أكبر للمشتري الأقرب حيث ستقل تكلفة النقل وتزيد عوائد البيع.

لكن نتيجة لعدم وضوح معيار التمييز بين التسعير التفضيلي، يرى البعض أن لا فرق بينهما، ذلك أن الغاية من كليهما واحدة، وهي محاباة منافس على حساب منافس آخر بما يجعل المحابي في مركز تنافسي أفضل من مركز المنافس غير المحابي.

والتمييز السعري محظور سواء كان صريحا مباشرا أو ضمنيا غير مباشر، ومن الأحوال التي يحددها الفقه للتسعير التمييزي غير المباشر:

1. أن يقوم المنتج أو بائع السلعة بوضع تخفيض للمشتري الذي يقوم بشراء جميع احتياجاته من ذات المنتج أو تاجر الجملة واضع التخفيض، ويظهر التمييز في السعر هنا من جانبين، الأول أن المنتج حصل على عوائد مختلفة من بيع ذات المنتج، والثاني حصول المشتري الذي اشترى جميع احتياجاته من المنتج على السلعة بسعر أقل من غيره من المشتريين الذين اشترى السلعة التي يرغبون بها فقط.

2. أن يقوم البائع ببيع نفس السلع أو الخدمات وبذات السعر لعدة مشتريين ولكنه يقوم باستقاء الثمن كاملا من بعضهم وتقسيمه على الآخرين، حيث يمكن أن يستفيد المشتري بالتقسيم من عدم دفعه الثمن كاملا بأن يزيد من مشترياته.

ولكن الحالة الثانية قد تبدو منطقية في حالة ما كان التقسيط بناء على معيار شخصي لا موضوعي فهذا تمييز غير مبرر، أما إذا كان التقسيط بناء على شروط موضوعية كأن يشترط البائع زيادة ثمن المبيع في

حالة التقييط فمن قبل ذلك يستفيد من التقييط ومن لم يقبل لا يستفيد من ذلك ، فهذا لا يشكل تمييز ، ذلك أن التمييز في بعض تفاصيله قد يكون مبررا ، فالقواعد القانونية قواعد اجتماعية تراعي بعض العلاقات الاجتماعية والأوضاع والصلات بين البشر ، وعلى هذا فالتوسع في المنع أيضا من شأنه أن يمس بحرية المنافسة ، فعلى القضاء والجهات المعنية بالمراقبة دراسة كل حالة على حدة ، ثم القول بالمنع من عدمه بناء على المساس بقواعد ومبادئ المنافسة لا سيما مبدأ النزاهة ، فمن غير المعقول اعتبار بيع شخص لأخيه مثلا بسعر منخفض على باقي البائعين الأجانب تسعير تمييزي ، كما أن من يأخذ كميات كبيرة لا يعامل كمن يأخذ كميات صغيرة ، إذ يجب أن تكون القاعدة القانونية على قدر من الواقعية وأن تتجنب المثالية المطلقة.

ولقد اعتبر مجلس المنافسة التونسي وضع معايير موضوعية للتمييز في السعر يشكل استثناء من حظر السعر التمييزي ، وذلك في قضية ضد مؤسسة فرضت شروط بيع تمييزية على عملائها ، بناء على تصنيفهم حسب رقم مبيعاتهم على ثلاث أصناف ، بحيث تحدد مسبقا نسب التخفيض الممنوحة وفقا لرقم المبيعات.

وتجدر الإشارة أخيرا أن المادة 18 من قانون الممارسات التجارية لم تتضمن شرط أن يؤدي التمييز إلى تحقق الحد أو التأثير على المنافسة، بل بمجرد وقوع التمييز يعد عمل غير مشروع ، دون انتظار المساس الفعلي بالمنافسة، وهذا من باب سد الذرائع ، لكن ما ورد في نص هذه المادة بالنظر إلى حرفيتها هو أن المنع يقع على عاتق العون الاقتصادي المستفيد من التمييز حيث يمنع عليه الحصول على ذلك التمييز ، ويكون هذا الأمر مبرر فقط إذا كان ذلك التمييز حاصل بناء على استغلال المستفيد من التمييز نفوذه على مانح التمييز ، وهذا هو مدلول المادة وإن كانت صياغتها توحى بالمنع ولو لم يوجد استغلال نفوذ حيث نصت المادة 18 " يمنع على أي عون اقتصادي أن يمارس نفوذا على عون اقتصادي آخر "أو" أن يحصل منه على أسعار.....أو على شراء تمييزي...." ، حيث حرف "أو" يفيد أن الأفعال التمييزية مستقلة عن استغلال النفوذ ، لكن المعنى العام للمادة ووضعها المنع على عاتق المستفيد دون المانح يقتضي القول بضرورة وجود استغلال نفوذ يبرر إعفاء المانح من المآخذة وتقرير المآخذة على المستفيد ، لذلك فإن المادة 18 يجب أن تكون وفقا للصياغة التالية: " يمنع على أي عون اقتصادي أن يمارس نفوذا على عون اقتصادي آخر "بهدف الحصول منه" على أسعار....." .

ويلاحظ أن قانون المنافسة الجزائري في المادة 11 منه قد منع البيع التمييزي ، لكن ربطه بأن يكون ناتج عن تعسف في استغلال وضعية التبعية باعتبار وجود علاقة تمويل أو علاقة زبون بين اطراف التمييز ، أي صاحب المنتج والعون الاقتصادي متلقي السلعة والذي يكون وفقا للمادة 11 مضرورا من التمييز وليس مستفيدا منه.

ب . التمييز في آجال الدفع: يقتضي مبدأ المساواة أن يمنح جميع الأعوان الاقتصاديين آجال دفع متماثلة طالما تعلق الأمر بنفس المنتج أو الخدمة ، وأي تمييز في هذا الشأن يشكل إخلالاً بالالتزام بالنزاهة الذي يسعى قانون الممارسات التجارية إلى فرض احترامه ، فإذا كان التمييز في مهل الدفع مصوغاً بعناصر موضوعية كتفادي الأخطار المتعلقة بملاءة العون الاقتصادي المستفيد من التمييز كان التمييز مشروعاً ويعتبر التخفيض أو الإلغاء لمهل الدفع ضد أحد الأعوان الاقتصاديين فقط دون سبب تمييزي غير مشروع لا سيما إذا حدث فجأة وبطريقة تعسفية.

وتقع المآخذة هنا أيضاً وفقاً للمادة 18 على عاتق العون الاقتصادي المستفيد من التمييز ، مع ضرورة مراعاة ما قيل بهذا الشأن سابقاً بصدد التعرض للتمييز في الأسعار .

ج . التمييز في شروط أو كفاءات البيع أو الشراء: ويتحقق التمييز إذا كان بين أعوان اقتصاديين في وضع مماثل ، ولا يكون في أوضاع مماثلة الأعوان الموجودين في أسواق متميزة .
و المآخذة تكون على عاتق العون الاقتصادي المستفيد من التمييز ، وما قيل بشأن التمييز في الأسعار سابقاً ينطبق على هذه الحالة .

و تجدر الإشارة في الأخير أن المادة 18 من قانون الممارسات التجارية تمنع التمييز في كل الحالات السابقة إذا لم يوجد ما يبرره على أن يكون المبرر ينال مع ما تقتضيه المعاملات التجارية النزاهة والشريفة .

2. منع تعدي عون اقتصادي على مصالح عون اقتصادي آخر: تضمنت المادة 26 من قانون الممارسات التجارية التي جاء فيها: " تمنع كل الممارسات التجارية غير النزاهة المخالفة للأعراف التجارية النظيفة والنزاهة والتي من خلالها يتعدى عون اقتصادي على مصالح عون اقتصادي أو عدة أعوان اقتصاديين آخرين " .

ثم تضمنت المادة 27 تعداد بعض الحالات التي يتحقق فيها هذا التعدي الذي يشكل ممارسات تجارية غير نزاهة ، وهي الممارسات التالية:

* تشويه سمعة عون اقتصادي منافس؛ وذلك بنشر معلومات سيئة تمس بشخصه أو بمنتجاته أو خدماته حيث يشكل هذا الفعل منافسة غير مشروعة وهو خطأ تقصيري وجنائي يستوجب المساءلة ، ذلك أنه إذا كانت المنافسة بين الأعوان مبررة بل ومطلوبة فإنها يجب أن تكون بوسائل مشروعة .

ويطلق على هذه الممارسة مصطلح التشهير ، الذي يعرفه البعض بأنه " كل عمل يهدف إلى النيل من سمعة تاجر منافس أو الحط من قيمة بضائعه " . والتشهير بهذا المعنى يكون بالفعل أو بالترك ، ويكون بالترك إذا امتنع شخص عن التوقف عن الإعلان عن معلومات كاذبة ، والأظهر أن يكون التشهير بالفعل الإيجابي ، وذلك بنشر بيانات تشهيرية أو القيام بأعمال مادية أخرى من شأنها التقليل من منتجات العون المضرور .

وإذا كان نشر معلومات مخالفة للحقيقة لا يثير إشكالا بشأن اعتباره تشهيراً، فما هو الوضع بالنسبة إلى نشر معلومات صحيحة.

ينقسم الفقه في هذه المسألة إلى رأيين:

يرى البعض أنه إذا كانت الادعاءات صحيحة، فإن المنافسة غير المشروعة لا تتحقق ، لأن تلك الادعاءات تشكل عين الحقيقة و تبصر الجمهور وتساعده على اختيار أحسن المنتجات والخدمات، كأن يقوم تاجر بالدعاية المضادة لمنتجات تاجر آخر لأنها مضرّة للصحة العامة، ولو كان هناك سوء نية ، لأن ذلك مفيد بالنسبة للمستهلك على الدوام .

بينما يعتبر البعض الآخر أن التشويه يعتبر غير مشروع يستوجب مسؤولية من يقوم به ولو كانت الادعاءات التي تمس التاجر أو بضاعته صحيحة في الواقع، لأن تلك الطريقة ذاتها هي المعيبة وغير المشروعة.

ويبدو في هذا الإطار أن الأصل هو منع التشهير ولو كانت الادعاءات صحيحة وهذا سدا للذرائع ، وأيضاً أن الادعاءات ولو كانت صحيحة فقد يكون الهدف من إذاعتها ليس هو تقرير الحقيقة وحماية الغير أو النظام العام أو إبعاد المعنى عن السوق للمحافظة علي ، بل أن الهدف هو المساس بالمنافس بقصد إبعاد زبائنه عنه ، والغاية لا تبرر الوسيلة ، ذلك أن الهدف المشروع لا بد من تحقيقه بوسائل مشروعة، فالأحرى إذا كان العون الاقتصادي حسن النية أن يتصل بالسلطات والهيئات المختصة بالدولة التي لها الحق في اتخاذ ما يستوجبه القانون ضد العون الاقتصادي المعني حتى ولو كان العون الاقتصادي حسن النية فالأمر يبقى غير مشروع. لكن هذا الأصل ترد عليه استثناءات تتعلق بظروف خاصة، إذ قد يصعب الاتصال بالهيئات المختصة لسبب من الأسباب ، كوجود يوم عطلة أو غير ذلك ، فإذا كان الأمر لا يمكن تأجيله بالنظر إلى الأضرار التي قد تترتب عن بعض مواصفات المنتج الضارة مثلاً ، أو أن الوقت لا يكفي للقيام بأي عمل آخر، كرؤية مستهلكين قد اقتنوا فعلاً منتج ضار ، فهنا لا بد من إخبارهم بذلك، ولا يعتبر ذلك تشهيراً بل هو المطلوب، ففي مثل هذه الحالات يجوز لأي شخص أن يشهر بذلك بغية تحذير الجميع من مخاطر ذلك المنتج ، وفي هذه الحالة لا يعد هذا العمل غير مشروع ، بل على العكس من ذلك تماماً يكون السكوت هو الغير مشروع ويطبق على الاستثناء الشروط المقررة لحالة الضرورة ، باعتبارها سبب من أسباب الإباحة.

والعلنية كما يرى البعض ليست شرطاً لتحقيق التشهير، بل يتحقق التشهير ولو كان بوسيلة سرية كإرسال رسالة خاصة أو بريد إلكتروني لكل زبون.

لكن عبارة " بنشر " الواردة في المادة 27 من قانون الممارسات قد تفيد العلنية، ولكن يجب أخذ مفهوم واسع للعلنية ، فطالما وصل إلى علم زبون أو أكثر التشهير فهذا يفيد أن التشهير علني، فالعبرة بما يفترض أن يلحقه التشهير من أضرار وليس بالشكل الذي يتم به.

كما لا يشترط في التشهير أن يكون صريحا، بل قد يكون ضمنيا، كما أن وسيلة التشهير لا تهم لقيام المسؤولية، وإن كانت قرينة على جسامه الضرر الناشئ عن التشهير ، فمثلا التشهير في التلفزة قد يكون ضرره أكبر من التشهير في مجلة غير معروفة.

* **التقليد:** فكل تقليد للعلامات المميزة لعون اقتصادي أو لمنتجاته أو خدماته أو إشهاره يدخل ضمن المنع الوارد في المادة 26 ، لكن المادة 27 اشترطت لذلك أن يكون التقليد بقصد كسب زبائن هذا العون أو بقصد زرع أوهام أو شكوك في ذهن المستهلك، لكن هذا الشرط غير مبرر كون أن التقليد في حد ذاته يشكل عمل غير مشروع بغض النظر عن الهدف الذي يراد تحقيقه منه ، وإذا كانت الوسيلة غير مشروعة فلا داع للبحث في مشروعية النتائج المتوصل إليها ، ذلك أن الغاية لا تبرر الوسيلة ، ضف إلى ذلك أن التقليد يؤدي دائما وأبدا إلى إثارة الشكوك والأوهام لدى المستهلكين ، فهل مع تحقق هذا الأمر نجد مبررا للبحث في قصد العون الاقتصادي للقول بالمنع أو عدمه؟.

يقصد بالتقليد النقل الحرفي للعلامة التجارية، أي النقل الكامل المطابق، أو على الأقل نقل الأجزاء الرئيسية منها بحيث تكون العلامة المزورة مطابقة للعلامة الأصلية.

مسألة وجود التشابه بين العلامتين من عدمه من مسائل الواقع التي تدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض ويراعي القاضي عند تقدير التقليد ، أسس أهمها:

. العبرة بأوجه الشبه بين العلامتين لا بأوجه الاختلاف.

. العبرة بالمظهر العام في العلامتين لا بالعناصر الجزئية

. العبرة بتقدير المستهلك العادي لا المستهلك شديد الحرص فيما يتعلق باللبس الذي ينشؤه التقليد.

. عدم النظر إلى العلامتين متجاورتين بل النظر إليهما الواحدة تلو الأخرى.

* **استغلال مهارة تقنية أو تجارية مميزة دون ترخيص من صاحبها:** فالأمر يتعلق ببراءات الاختراع خصوصا، حيث لا يجوز الحصول عليها أو استعمالها إلا إذا تم الحصول على ترخيص من صاحبه، لكن قانون الممارسات التجارية وسع من الحماية ليشمل كل ميزة تقنية أو تجارية حتى ولو لم تكن براءة اختراع، ذلك أن الحصول على هذه الأخيرة يقتضي توفر شروط مشددة بعض الشيء وأهمها تسجيل براءة الاختراع والحصول عليها بإتباع الإجراءات المقررة لذلك، غير أن قانون الممارسات التجارية منع استغلال أي مهارة تقنية أو تجارية ولو لم تكن مسجلة أو معتمدة دون ترخيص وهذا التوجه يبرره الالتزام بالنزاهة.

* **إغراء مستخدمين متعاقدين مع عون اقتصادي منافس خلافا للتشريع المتعلق بالعمل:** والإغراء المنصوص عليه في هذا الشأن يعرفه البعض بأنه: " كل خلق أو محاولة خلق خرق الالتزام العقدي، أو التصميم عليها، في ذهن عامل لدى الغير ، كان في الأصل خاليا منها أو مترددا فيها ، وذلك بإعطائه نقودا أو تقديم هدية له ، أو بالتأثير عليه بالتهديد أو الحيلة والخديعة أو بصرف النفوذ".

يدخل ضمن هذه الحالة كل إغراء مهما كان الهدف منه، كأن يهدف إلى محاولة استمالتهم للتعاقد معه أو لأجل البوح ببعض الأسرار المهنية أو غير ذلك، فالالتزام بالنزاهة يقتضي البعد عن أي إغراء لمستخدمي عون آخر منافس بل حتى ولو لم يكن منافسا.

لأن العمال يعتبرون من أهم عناصر الكفاءة التنافسية، فهم العنصر الأول في العملية الإنتاجية ، لذلك فالتعرض لهم يؤدي بالضرورة إلى تعطيل جهاز الإنتاج أو الإدارة أو اضطرابه بصورة تعيق المشروع عن العمل بصورة سليمة وفعالة.

* **الاستفادة من الأسرار المهنية لعون اقتصادي:** إذا كانت هذه الاستفادة بسبب أن المستفيد كان أجيرا أو شريكا لذلك العون، وقد اشترطت المادة 27 للمنع أن يكون القصد من ذلك الإضرار بالعون الاقتصادي، وهذا الشرط غير منطقي ذلك :

أولا . أن مجرد الاستفادة من شأنه الإضرار بالعون الاقتصادي ولو لم تكن هناك نية الإضرار .

ثانيا. أن الاستفادة هنا غير مشروعة ولو لم يكن الهدف منها الإضرار، وقانون الممارسات يهدف إلى حماية المنافسة النزيهة ، لذلك فلا داع لاشتراط نية الإضرار بل يجب فرض المنع ولو لم تتوفر هذه النية لأن الأسرار المهنية أمر لا يجوز تعديه إلا في حالات يقرها القانون.

* **إحداث خلل في تنظيم عون اقتصادي منافس،** وتحويل زبائنه باستعمال طرق غير نزيهة كتبديد أو تخريب وسائله الإخبارية و اختلاس البطاقات والطلبات والسمسرة غير القانونية وإحداث اضطرابات بشبكة بيعه.

* **الإخلال بتنظيم السوق وإحداث اضطراب فيها:** وعلى الخصوص التهرب من الالتزامات والشروط الضرورية لتكوين نشاط أو ممارسته أو إقامته.

* **إقامة محل تجاري في الجوار القريب لمحل منافس :** بهدف استغلال شهرته خارج الأعراف والممارسات التنافسية ،لأن الشهرة هي عنصر من عناصر المحل التجاري⁴ وأي مساس بها أو محاولة استغلالها بطريقة غير مشروعة يشكل منافسة غير مشروعة يمنعها قانون الممارسات التجارية.

⁴ والشهرة أو السمعة التجارية هي قدرة المحل على اجتذاب العملاء بسبب المزايا التي يتمتع بها كجمال العرض ودقة التنظيم، وجودة السلع وغير ذلك...، وهذه مزايا ملتصقة بالمحل التجاري وليس بشخص التاجر كما هو الحال في عنصر الاتصال بالعملاء.

ونشير إلى أن هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر ، لذلك يمكن للقضاء أن يدخل أي حالة من شأنها المساس بطريقة غير مشروعة بمصالح عون اقتصادي ما ولو لم تكن مذكورة في المادة 27 السابقة الذكر.

ومن هذه الممارسات محاولة عون اقتصادي صرف عملاء الغير عنه وبغض النظر عن ما إذا حولوا له أو لم يحولوا له.

ثانيا. الممارسات الممنوعة في مواجهة المستهلكين (الشروط التعسفية):

وفي هذا الإطار منع قانون الممارسات التجارية الممارسات التعاقدية التعسفية، ومن خلال ذلك وضع التزاما على عاتق الأعوان الاقتصاديين بالامتناع عن إدراج أي شرط أو بند تعسفي في مواجهة المستهلكين. و يعرف القانون الفرنسي الصادر في 10 يناير 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين الشرط التعسفي بأنه: "الشرط الذي يتم فرضه على المستهلك بطريق التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية من جانب المهني وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة" ، وعرفه القانون الفرنسي الصادر في 1995 بشأن حماية المستهلك من الشروط التعسفية بنصه: "تعتبر شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من أثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف"، أما التوجيه الأوربي رقم 13/93 الصادر في 5 أبريل 1993 بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين فقد عرف الشرط التعسفي في المادة 1/3 بأنه: "الشرط الذي يرد في العقد خلافا لما يقضي به مبدأ حسن النية وضد مصلحة المستهلك، وينطوي على تفاوت جلي بين حقوق والتزامات الأطراف على حساب المستهلك".

ويحدد بعض الفقه للشرط التعسفي عنصرين لا يتحقق إلا بهما:

الأول . اقتصادي: وهو التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، أي التعسف في الوضع الاقتصادي الذي يجعل صاحبه يملك نفوذ وتفوق في التقنية عن المستهلك الذي لا يجد أمامه إلا القبول أو الرفض للتعاقد دون إمكانية حقيقية للمناقشة ، ويؤدي إلى عدم تعادل جسيم ، وذلك تحت ضغط حاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة ، ذلك أن المستهلك إذ يقبل الشروط التعسفية بدون مناقشة أو تفاوض فإنه يقبلها لقلة خبرته القانونية والفنية أو تحت العوز الاقتصادي والحاجة الضرورية.

الثاني . هو الميزة الفاحشة: والتي يقصد بها حصول المهني على مقابل مغالى فيه مفروض على المستهلك بواسطة شرط مخالف للقانون المدني أو القانون التجاري، ويؤدي إلى عدم التوازن في الأداءات بين المهني والمستهلك نتيجة الشروط المخالفة للقانون العام للالتزامات.

ويرى البعض أن فكرة الميزة الفاحشة تقترب من فكرة الغبن في القواعد العامة من حيث أن كليهما يرتب ضرر مباشر يمس بالعدالة العقدية فيؤدي إلى عدم التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين رغم أنهما

يختلفان من حيث محل التعسف، حيث يكون محل التعسف في الغبن هو الثمن ، بينما يكون محل التعسف في الشروط التعسفية هو الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد.

ويدعوا البعض إلى وجوب النظر إلى جميع الشروط التعاقدية، وليس لكل شرط على حدة لتقدير عدم التوازن العقدي، لأن الشرط إذا نظرنا إليه بصفة منفردة يمكن أن يكون تعسفيا، غير أن التعسف يزول إذا نظرنا إليه من خلال كل الشروط الواردة في العقد، كما هو الحال بالنسبة لشرط تحديد مسؤولية المحترف الذي تقابله شروط أخرى تتناول تخفيضا في ثمن السلعة لفائدة المستهلك.

كما يعدد الفقه أيضا للشروط التعسفية نوعان:

الأول: يتعلق بتكوين العقد، ومن أهم الشروط التعسفية في مرحلة إبرام العقد الشروط المتعلقة بتحديد الثمن وطريقة السداد وموضوع العقد وأسلوب أدائه.

الثاني: يتعلق بمرحلة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ومن أهم صورته مثلا الشرط الذي يعفي المنتج من مسؤوليته عن ضمان العيوب الخفية.

أما فيما يخص القانون الجزائري فقد عرفت المادة 5/3 من قانون الممارسات التجارية الشرط التعسفي بأنه: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد."، فكل شرط أو بند في العقد لذاته أو مع غيره من شرط أو بند من شأنه جعل التزامات العون الاقتصادي غير متوازنة مع التزامات المستهلك لمصلحة العون الاقتصادي يعتبر شرطا تعسفيا. ويلاحظ أن هذه المادة استعملت معيار عام وشامل في تحديد الشروط التعسفية.

ويرى بعض الفقه أنه حتى يوصف شرط أو بند بأنه تعسفي لا بد من توفر الشروط التالية:

1. أن يوجد عقد محله بيع سلعة أو تأدية خدمة: و بشأن مفهوم العقد يرى البعض أن قانون الممارسات التجارية قد تبني مفهوم حديث للعقد من خلال المادة 4/3 منه، وأنه لم يكتف ببيان بعض أحكامه المتعلقة بتكوينه وتفسيره كما هو في القانون المدني.

يلاحظ حقيقة أن مفهوم العقد في ظل قانون الممارسات التجارية هو غير مفهومه في القواعد العامة، فإذا كانت المادة 54 قانون مدني عرفت العقد بنصها: " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما."، فإن المادة 4/3 من قانون الممارسات التجارية قد عرفت العقد بنصها: " عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه،

يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا".

في إطار هذا التعريف نبدي الملاحظات التالية:

1. أن التعريف قصر العقد عندما يتعلق بالسلع على عقد البيع دون غيره فإذا تمسكنا بحرفية النص فإن العقود الأخرى لا تخضع لمفهوم العقد الوارد في قانون الممارسات التجارية ، وبالتالي لا تخضع للأحكام الواردة فيه، وهذا الحكم المستفاد غير منطقي تماما، بل ويتناقض حتى مع تعريف العون الاقتصادي الوارد في القانون ذاته الذي جاء عاما لا يشمل البائع فقط، ضف إلى ذلك فإن هناك عقود غير البيع يقوم بها الأعوان الاقتصاديين وهي على قدر مهم من الناحية الاقتصادية، كعقود الإيجار سواء تعلق الأمر بالسيارات ووسائل النقل بأنواعه البري والبحري والجوي أو الأوعية العقارية بمختلف أنواعها ، وعليه يجب البحث عن الفحوى وتجاوز اللفظ مع ضرورة تدارك هذا عند أول تعديل لقانون الممارسات التجارية ، إذ يجب التدقيق كثيرا في المصطلحات المستعملة ، ذلك أن علم القانون يعطي وزنا كبيرا وأهمية بالغة للمصطلحات ، لما يترتب على كل مصطلح من أحكام وآثار.

2. قصر التعريف مفهوم العقد على عقود الإذعان، وإذا كانت الشروط التعسفية ترتبط بهذه العقود حتى في القواعد العامة، فإن الأحكام والالتزامات الأخرى الواردة في قانون الممارسات التجارية واجبة التنفيذ حتى ولو لم يكن العقد عقد إذعان، لا سيما أن هذه الالتزامات لا توجد فقط في العلاقة بين العون الاقتصادي والمستهلك. إذا سلمنا جدلا بأن العقود الذي يبرمها المستهلك مع العون الاقتصادي هي دائما عقود إذعان، والحقيقة أن هذه العقود ليست دائما عقود إذعان، بل توجد في العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم، والمراكز القانونية للأعوان الاقتصاديين وما يمتلكون من قدرات اقتصادية ومهنية تجعل العقود التي يبرمونها مع بعضهم البعض قائمة على المساومة كأصل، إلا في ظروف خاصة كحالات احتكار عون اقتصادي لنشاط معين، لهذا يجب صرف المفهوم السابق لعقود الإذعان وليس للعقد عموما.

وبصدد عقد الإذعان فإن البعض يعرفه بأنه: "تسليم أحد أطراف العقد الذي لا يملك إمكانية التعديل بعقد محرر بصفة فردية من قبل أحد الأطراف أو من جانب مؤسسة تسعى فقط إلى تحقيق مصالحها".

بالنسبة لمحل العقد فإن الحماية من الشروط التعسفية تشمل التعاقد على السلع وأيضا على الخدمات، حسب نص المادة 4/3 من قانون الممارسات التجارية.

والملاحظ أن هذه المادة أخذت بالمفهوم الواسع للمنتوج حيث أدخلت ضمنه السلعة والخدمة، بينما سمت المنتوج بمفهومه الضيق "سلعة". ويلاحظ أيضا أن قانون الممارسات التجارية لم يتعرض لتعريف المنتوج أو السلعة، بما يستدعي الاستعانة بالقوانين الأخرى .

ففيما يتعلق بالمنتوج فقد عرفه قانون حماية المستهلك وقمع الغش في المادة 10/3 بأنه: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا"، أي أخذ بالمفهوم الواسع للمنتوج ، وعرفت المادة 17/3 من نفس القانون السلعة بأنها: "كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا".

بالنسبة لقانون الممارسات التجارية نلاحظ أنه يستعمل مصطلح المنتج ومصطلح الخدمة كل على حدة، بما يؤدي بنا إلى القول أنه يؤخذ بالمفهوم الضيق للمنتج.

وكان المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش يعرف المنتج بأنه: " كل شيء منقول مادي قابل لأن يكون موضوع معاملات تجارية."، فهذه المادة تأخذ بالمفهوم الضيق للمنتج.

الحاصل أن المنتج بمفهومه الضيق (السلعة) يجب أن تتوفر فيه شرطين لاعتباره كذلك:

1. أن يكون للشيء مادة وجرم، حتى يعتبر منتوجا، وعليه كل شيء ليس له كيان مادي ملموس لا يعتبر منتوجا بالمفهوم الضيق (سلعة).

2. أن يكون قابلا للتعامل فيه بصفة عامة، أي سواء كانت المعاملة تجارية أو غير تجارية، وهذا تذكير وتأكيذ للقواعد العامة التي تشترط لصحة المعاملات أن يكون محلها أشياء قابلة للتعامل فيها، وتكون الأشياء غير قابلة للتعامل فيها إما بسبب طبيعتها أو بسبب منع القانون التعامل فيها.

على خلاف المادة 2 من المرسوم 39/90 التي ربطت المنتوجات بالمنقولات، فإن المادة 10/3 و17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش جاءت عامة، بما يقتضي القول أن المنتج يشمل أيضا العقارات، هذا يتمشى مع موضوع قانون الممارسات التجارية، لاسيما وأن سوق العقار أصبح منتشرًا ومهما، وأصبح الكثير من الأعوان الاقتصاديين يستثمرون في سوق العقار، بما يقتضي إخضاع المعاملات الواقعة على العقارات لمبادئ المنافسة وحماية المستهلك.

أما بالنسبة للخدمة فقد ورد تعريفها في عدة نصوص قانونية، حيث عرفت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش بأنها: " كل مجهود يقدم ما عدا تسليم منتج ولو كان هذا التسليم ملحقًا بالمجهود المقدم أو دعما له."، واعتبرها القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ضمن المنتج بمفهومه الواسع، فعرف المنتج في المادة 10/3 منه بأنه: " كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا". وتم تعريف الخدمة في المادة 16/3 من نفس القانون بأنها: " كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة"، لكن قانون الممارسات التجارية لم يتعرض لتعريف الخدمة بما يقتضي تطبيق التعريفات السابقة لتحديد المقصود بالخدمة.

إذا كان لفظ خدمة لفظا اقتصاديا ولفظا ينتمي إلى قانون الاستهلاك والمنافسة مثله في ذلك مثل لفظ منتج، فإنه يجد مكانه في القانون المدني في العقود الواردة على العمل وهي عقد المقاولة وعقد الوكالة وعقد الوديعة وعقد الحراسة وعقد التسيير، فالخدمة تعتبر محلا لعقد المقاولة الذي يلزم المقاول بإنجاز عمل لصالح رب العمل كبناء منشآت أو ترميم بناء أو إصلاح مواسير مياه، ويمكن أن تكون محلا لعقد الوكالة مثلما هو الأمر بالنسبة للخدمات التي تؤديها الوكالات العقارية، وقد تكون الخدمة محلا لعقد غير مسمى

كعقد الفندقة ، وقد تقترن بعقد بيع كالخدمات المتمثلة في تركيب أجهزة مثل أجهزة التبريد أو أجهزة التدفئة أو محرك السيارة.

فكل عمل مقدم يعتبر خدمة، ولو كان مقدما مع السلعة المباعة، وهذا على خلاف المفهوم الاقتصادي الذي يخرج العمل المقدم مع السلعة المباعة من مفهوم الخدمة، وتسليم المنتج لا يدخل في مفهوم الخدمة لأنه التزام يترتب على عاتق المنتج أو الموزع أو البائع، ولو كان هذا التسليم دعما لعمل ما أو تابعا لخدمة ما.

2. أن يكون العقد مكتوبا: ويستخلص هذا الشرط صراحة من عبارة " حرر مسبقا " الواردة في المادة 3/4 السابقة الذكر ، وإذا كان عقد الإذعان يتسع في مفهومه ليشمل العقود المبرمة شفاهة، فإن المقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان ، بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقا ، مما يجعلها تتعلق بعمليات مستمرة ، وأكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهة ، والمقصود بالكتابة ليس الكتابة الرسمية ، وإنما مجرد التعاقد في وثائق مختلفة وهو ما أكدته المادة 3/4 من قانون الممارسات التجارية.

إذا كان يجب الإقرار بهذا الحكم لصراحة القانون في ذلك ، فلا بد من تسجيل عدم منطقيته . في وجهة نظري . فهو سيحرم جمهور عريض من المستهلكين من الحماية فقط لأن الشروط التعسفية التي كانوا ضحيتها لم ترد في عقود مكتوبة مسبقا ، وهو أيضا يفتح الباب أمام الأعوان الاقتصاديين للتملص من أحكام الشروط التعسفية، فقط بطريقة سهلة وبسيطة ، هي الامتناع عن تحرير عقود مسبقة لما يشعرون ولو بشكل بسيط أنهم قد يخضعون لأحكام الشروط التعسفية وهذا تعسف آخر، وفي هذا المنحى حماية وحصانة للعون الاقتصادي، وانتهاك وانتقاص لحق المستهلك في الحماية ، بما يستدعي توسيعها لتشمل جميع عقود الإذعان ولو لم تكن محررة مسبقا ، مع الاعتراف بصعوبة إثبات العقد الشفهي، والصعوبة أكثر في إثبات وجود التعسف، لكن أن يتحمل المستهلك صعوبات الإثبات مع إمكانيته أفضل من حرمانه وبصفة مطلقة من الحماية.

3. أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا: وتجدر الإشارة في البداية أن بعض الفقه يرى أن الحماية من الشروط التعسفية يستفيد منها المستهلكين ، وأيضا الأعوان الاقتصاديين ، حيث يرى أن قانون الممارسات التجارية وضع نظاما للحماية من الشروط التعسفية يهتم بحماية المستهلك والعون الاقتصادي على حد سواء من تعسف العون الاقتصادي، مستندا في ذلك إلى نص المادة الأولى من قانون الممارسات التجارية التي جاء فيها: " يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلك." ، حيث يرى صاحب هذا الرأي أن قانون الممارسات التجارية قد انضم إلى الاتجاه الفقهي الموسع لمجال الحماية من الشروط التعسفية . كما هو الحال في القانون الألماني والإنجليزي . على نقيض الاتجاه القانوني المضيق . كما هو في القانون الفرنسي . وهذا. حسب نفس الرأي .

تمشيا مع الرأي الفقهي الذي يرى بوجوب توسيع الحماية على أساس أن المحترف يظهر أحيانا غير مختص عند إبرامه لعقد معين ، ويوجد في وضعية إذعان وقت إبرام العقد، مع غياب كل سلطة تفاوضية نتيجة القوى غير المتكافئة بينه وبين المتعاقد الآخر .

ويبرر توسيع الحماية على أساس أن المحترف يظهر أحيانا غير مختص، أي أن هذا الرأي يعترف أن عدم تخصص المحترف استثناء وليس أصل ، والمعلوم أن القانون يحكم على الظواهر بالنظر إلى الغالب المألوف فيها وليس وفقا للشاذ فيها ، أي أن الغالب المألوف هو أن يكون المحترف مختصا بما يقتضي إخراجها من مجال الحماية وليس العكس تغليباً للغالب ، وليس جعل الشاذ هو الأصل .

لكن الخلل الذي ورد في نص المادة هو استعمالها عبارة البائع بما قد يوحي أن الأمر يتعلق بالبائع دون غيره من الأعوان الاقتصاديين ، الذين قد يظهروا بصفات أخرى ، لا سيما كمقدموا خدمات ، ولكن الحقيقة غير ذلك ، أي أن حكم الشروط التعسفية ينصرف لكل الأعوان الاقتصاديين، بدليل أن المادة 29 الخاصة بالشروط التعسفية نفسها استعملت مصطلح "تنفيذ خدمة" كما هو الأمر بالنسبة للفقرة " 7 " منها.

4. أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف: وهذا ما ورد صراحة في نص المادة 5/3 من قانون الممارسات التجارية.

في هذا يرى البعض أن الشرط التعسفي في الغالب يضع على عاتق الطرف الآخر التزاما لا يكون له مقابل حقيقي، وعلى هذا الأساس ألا يمكن القول بأن هذا الالتزام باطل لغياب السبب.

وفي تحديد الوقت الذي يقدر فيه التعسف، يرى البعض أنه يجب أن نأخذ بعين الاعتبار وقت إبرام العقد ، ولا يجب انتظار وقت تنفيذ العقد حتى تظهر آثار الشرط التعسفي، وعليه يعتبر الشرط تعسفيا كل شرط يهدف إلى إنشاء عدم توازن واضح ، بغض النظر عن حصول عدم التوازن فعلا عند تنفيذ العقد.

رغم أن قانون الممارسات التجارية اعتمد المعيار العام السابق ، من خلال تعريف الشروط التعسفية ، إلا أنه اعتمد أيضا معيار دقيق عدد من خلاله مجموعة من الشروط التي تعتبر تعسفية، وذلك من خلال المادة 29 وتعتبر شروطا تعسفية وفقا لهذه المادة⁵ الشروط التي تمنح العون الاقتصادي أحد الميزات التالية:

1. أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابل حقوق مماثلة معترف بها للمستهلك، فقد يستغل العون الاقتصادي وضعه كطرف قوي في العلاقة ليحصل من المستهلك على حقوق أو امتيازات غير مبررة ولا يستفيد المستهلك من أي مقابل لتلك الحقوق والامتيازات، لذلك حاول القانون حماية المستهلك بمنعه هذا الوضع واعتباره ممارسة تعسفية ترتب آثارا ستنعرض لها في حينها.

⁵ - استعملت هذه المادة عبارة "تعتبر شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع"، وهذه العبارة غير دقيقة كما تمت الإشارة إليه، حيث ينبغي صرف الشرط التعسفي إلى كل الأعوان الاقتصاديين، لاسيما أن هذه المادة ذاتها تتحدث عن التعسف عند تقديم الخدمات، فيجب استبدال مصطلح البائع بمصطلح العون الاقتصادي.

2. فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد، وهذا الوضع يشكل تعسفا من جهتين أولهما استغلال العون الاقتصادي لوضعه وقوته في مواجهة المستهلك لتحقيق فوائد خاصة به، ومن جهة أخرى ربط العقد وتعليقه على شروط مرتبطة بمحض إرادة العون الاقتصادي، وهذا يخالف حتى أحكام أوصاف الالتزام التي تمنع أن يكون الشرط الواقف المعلق عليه العقد خاضع في تحققه من عدمه لإرادة أحد المتعاقدين⁶.

3. امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك ، وهذا الوضع في حقيقته خرق واضح وغير مبرر لأهم مبدأ يحكم العقد ، وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد وأن العقد شريعة المتعاقدين ، هذا المبدأ الذي يجسد مبدأ سلطان الإرادة نصت عليه المادة 106 من القانون المدني ، وهو يجعل من العقد إذا تم إبرامه صحيحا كالقانون بما يتمتع معه عن أي طرف من أطرافه أن ينقضه أو يعدله دون موافقة الطرف الآخر⁷ وإذا تقرر أن الموافقة موجودة ظاهرا فإنها منعدمة في الحقيقة لأن سببها نوع من الإكراه.

لذلك اعتبر قانون الممارسات التجارية أن أي شرط من هذا النوع يشكل شرطا تعسفيا ، وهذا الأمر منطقي ومبرر، لأن العون الاقتصادي قد يستغل الوضع ليشترط على المستهلك أن يكون العقد مرتبطا في تنفيذه بمحض إرادته وهذا ضرب لحقيقة العقد لا سيما في ظل القانون الخاص ، وإن كان معروفا في العقد الإداري ما يسمى بالبند غير المألوف ، كما أن الإدارة تملك في حالات الحق في فسخ العقد وإنهائه لكن هذا الوضع تبرره المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام في إطار العقد الإداري ، فليس له ما يبرره في إطار العقود الخاصة.

4. انفراد العون الاقتصادي بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية وهذا من شأنه فتح الباب للعون الاقتصادي لانتهاك مصالح المستهلك من خلال إساءة تفسيره للعقد بما يخدم مصالحه، كما يعد خرقا واضحا للمبادئ التي يقوم عليها التفسير ومن أهمها البحث عند تفسير العقد عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين من خلال ظروف وطبيعة العقد⁸. كما أن في انفراد العون الاقتصادي في تقدير مدى مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية غير منطقي لأنه من شأنه أن يفتح الباب لتعسف العون الاقتصادي، فمن غير المنطقي أن ينفذ العون الاقتصادي عملية تجارية بشكل معين ثم يقضي بعدم مطابقة تنفيذه للشروط التعاقدية ، لذلك منع القانون هذا الشرط لعدم منطقيته بما يجعله تعسفيا.

⁶ حيث تنص المادة 205 من القانون المدني: " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم".

⁷ -حيث تقضي المادة 106 من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

⁸ أنظر المادة 111 قانون مدني .

5. إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها، فهذا إلزام غير مبرر ، ذلك أن الشخص لا يلتزم إلا وفقا لأوضاع و شروط ومصادر التزام معروفة ، فلا يمكن لشخص أن يلزم آخر بالتزامات لم يلزمه بها القانون وفقا لمصدر من مصادر الالتزام.

ومصدر التزام العون الاقتصادي والمستهلك هو العقد المبرم بينهما وهو الذي يحدد التزامات كل طرف، لذلك يمنع على العون الاقتصادي إضافة التزامات لم يتضمنها العقد، وكل شرط يتضمن ذلك يعد تعسفيا.

6. رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل العون الاقتصادي بالتزام أو عدة التزامات في ذمته ، فالفسخ حق يمنحه القانون لكل متعاقد أخل المتعاقد معه بأحد التزاماته وهو حق مضمون قانونا⁹، وكل اشتراط لإسقاط هذا الحق يعتبر شرطا تعسفيا.

7. التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة ، وهذا الأمر يدخل في البند رقم 3 لأنه يشكل مساس بالقوة الملزمة للعقد.

8. تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة، وهذا الوضع يتصور في عقود المدة التي تستمر فيها العلاقة التعاقدية لوقت ما، فالشروط التي توضع تحت هذا التهديد تعتبر تعسفية أيضا إذا كانت غير متكافئة مع التزامات العون الاقتصادي، بل وبشكل هذا التهديد إكراها إذا توفرت فيه شروط معينة.

رغم ذكر قانون الممارسات التجارية لهذه الحالات فإنه لم يكتفي بذلك وإنما أحال بموجب المادة 30 منه إلى التنظيم ليحدد بعض الشروط والعقود التي تعتبر تعسفية، حيث نصت المادة 30 على ما يلي: " 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".

وتطبيقا لهذه المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم 306/06 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التعسفية¹⁰، وحددت المادة 5 منه ضمن الشروط التي تعتبر تعسفية ما يلي:

1. تقليص العناصر الأساسية للعقود، فكل تقليص لهذه العناصر يعد شرطا تعسفيا، ومنعا لأي ثغرة أو خلاف بهذا الشأن فقد حددت المادتين 2 و3 من هذا المرسوم العناصر الأساسية في العقد المبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك.

⁹ حيث تنص المادة 119 قانون مدني "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"

¹⁰ المرسوم التنفيذي 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد 56 لسنة 2006.

حيث نصت المادة 2 على ما يلي: "تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان وخدمة ما بعد البيع".

تنص المادة 03 على: "تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه أساسا بما يأتي:

. خصوصية السلع و/أو الخدمات وطبيعتها.

. الأسعار والتعريفات.

. كفيات الدفع

. شروط التسليم وأجاله

. عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم

. كفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو التسليم

. كفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات

. شروط تعديل البنود التعاقدية

. شروط تسوية النزاعات

. إجراءات فسخ العقد".

2. الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة دون تعويض المستهلك ،وهذا فيه مساس بمبدأ

المساواة وأيضا بمبدأ حسن النية.

3. عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.

4. تخلي العون الاقتصادي بصفة منفردة عن مسؤوليته بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ

الكلي أو الجزئي أو التنفيذ الصحيح للواجبات فالمعلوم قانونا أن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية كليا أو

جزئيا أو حتى تنفيذها لكن بطريقة سيئة غير مطابقة لشروط العقد أو لحسن النية في تنفيذ العقد يترتب

المسؤولية العقدية ، وإذا كانت المسؤولية العقدية ليست من النظام العام بما يمكن معه استبعادها، لكن هذا لا

يتم إلا برضا الدائن، فإن وضع العون الاقتصادي أي شرط أو بند في العقد أو قيامه بأي عمل من شأنه أن

يؤدي إلى التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة يعتبر من قبيل الشروط التعسفية.

5. النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده ،

ذلك أن الحق في اللجوء إلى القضاء حق دستوري ، وهو من النظام العام ، كذلك طرق الطعن التي يمنحها

القانون للمستهلك ، لذلك فإن كل شرط يتعلق بحرمان المستهلك من حقه في الطعن يعد شرطا تعسفيا.

6. فرض شروط لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد فالالتزام بالإعلام يلزم العون الاقتصادي بإعلام المستهلك بكل الشروط المتعلقة بالعقد المراد إبرامه ، وكل شرط لم يكن المستهلك على علم به قبل إبرام العقد يريد العون الاقتصادي إضافته بعد إبرام العقد يشكل شرطا تعسفيا .

7. الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما 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 وهذا الشرط فه إخلال غير مبرر لمبدأ المساواة ومبدأ التوازن في الحقوق والالتزامات بين المتعاقدين بما يجعله شرطا تعسفيا .

8. 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 ، وهذا فيه إخلال بمبدأ حسن النية والنزاهة في العقود وكذا مبدأ المساواة.

9. فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك، وهذا الأمر غير مستساغ لأنه تجاوز للعقد المبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك، ولأنه لا يمكن لأحد أن يلزم غيره بما لم يلتزم به أو لم يلزمه به القانون .

10. الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق، وهذا الوضع يتجافى مع مبدأ النزاهة وكذا مبدأ المساواة.

11. تحميل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤولية العون الاقتصادي، لأنه لا يمكن لأيا كان أن يحمل مسؤولية أخطاء غيره إلا إذا حملها إياه القانون أو تحملها بإرادته الواعية الحرة بعيدا عن أي إكراه . يلاحظ أن جل هذه الحالات التي اعتبرها قانون الممارسات التجارية أو المرسوم التنفيذي 306/06 شروطا تعسفية تخالف إحدى المبادئ القانونية المعروفة، لا سيما مبدأ القوة الملزمة للعقد وكذا مبدأ النزاهة وحسن النية وكذا مبدأ المساواة.

يقدر البعض أن قانون الممارسات التجارية هذا حذو القانون الألماني حيث يتصور وجود قائمتين للشروط التعسفية:

قائمة سوداء: وتضم 20 شرطا تعسفيا سواء تلك المذكورة في القانون 02/04 أو المذكورة في المرسوم التنفيذي 306/06 وهي شروط ممنوعة بقوة القانون ملزمة للمحترفين أو غير المحترفين¹¹ في علاقاتهم مع

¹¹. عبارة أنها القائمة ملزمة للمحترفين ولغير المحترفين تحتاج إلى مناقشة من جانبين :

- جانب شكلي : يتعلق باستعمال مصطلح المحترف ، حيث أن قانون الممارسات التجارية ، وهو الواجب التطبيق في هذا الصدد لا يستعمل هذا المصطلح ، بل يستعمل مصطلح العون الاقتصادي.

وجانب موضوعي: يتعلق بأن الشروط التعسفية تطبق على العون الاقتصادي أي المحترف، حسب الرأي المذكور أعلاه دون غير المحترف، فقانون الممارسات التجارية ، يخاطب البائع باعتباره عونا اقتصاديا. ويوضح ذلك في المادة 2 من هذا القانون التي نصت على أن هذا القانون يهدف إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين.

المستهلكين، كما أنها ملزمة للقاضي إذ لا يكون له سلطة تقديرية حول الطابع التعسفي لها، وأي عقد تضمن أحد هذه الشروط يكون على القاضي بناء على طلب المستهلك إما تعديلها أو إعفاؤه منها طبقاً لنص المادة 110 من القانون المدني.

وقائمة رمادية: لم يتم النص عليها وهي باقي الشروط التي يمكن أن تكون تعسفية والتي تستلزم تدخل القاضي لتقدير طابعها التعسفي، وفق معايير نص عليها القانون. وهو ما ذهب إليه القانون الألماني الصادر في 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للأعمال والذي كان الهدف منه حماية المستهلك في مواجهة عدم التوازن الناتج عن العقود المكتوبة مسبقاً بإرادة أحد الطرفين.

يقسم البعض الشرط التعسفي إلى شرط تعسفي بذاته، وهو الذي يظهر التعسف فيه منذ إدراجه وتكشف عنه ذات ألفاظه، فتأتي متناقضة مع جوهره وشروط أخرى تعسفية بحكم استعمالها، فهي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد، ولكن تظهر عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها.

ولاعتبار الشرط تعسفياً يجب أن يرد في أحد عقود الاستهلاك، حيث لا تخضع العقود المبرمة بن المهنيين فيما بينهم، أو بين المستهلكين فيما بينهم للحماية المقررة للشروط التعسفية.

يلاحظ حقيقة أن قانون الممارسات التجارية استعمل طريقتين لتحديد الشروط التعسفية، تتمثل الطريقة الأولى في التعداد الدقيق لبعض الشروط التي تعتبر تعسفية، وهذه الشروط ملزمة للقاضي من حيث باعتبارها تعسفية وما يترتب على ذلك من جزاءات.

أما الطريقة الثانية، فتتمثل في تحديد معيار عام وشامل يمكن من خلاله للقاضي إمعان سلطته التقديرية لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا، لكن هذه السلطة يجب ألا تتجاوز مضمون المعيار العام الذي حدده القانون، وعلى هذا لا يمكن للقاضي اعتبار شرط تعسفي رغم عدم ذكره في قائمة الشروط التعسفية، ورغم عدم توفر العناصر التي حددها المعيار العام فيه، كما لا يمكن للقاضي الإقرار بتوفر العناصر التي تضمنها المعيار العام ومع ذلك عدم اعتبار الشرط تعسفياً، فحدود سلطة القاضي التقديرية تتوقف عند تقدير توفر عناصر المعيار المستعمل، وهي مسألة واقع لا رقابة عليها للمحكمة العليا، ولكن مسألة اعتبار الشرط تعسفي رغم عدم توفر العناصر المحددة لذلك أو اعتبار الشرط غير تعسفي رغم توفر تلك العناصر، فتدخل في مسائل القانون الخاضعة لرقابة المحكمة العليا، ذلك أنها متعلقة بشروط أقرها القانون.

إن قانون الممارسات التجارية قد واكب التطور المضطرب للحماية من الشروط التعسفية، حيث لم يكتف بما هو وارد بهذا الشأن بالقواعد العامة وإن كان لم يحدد جزاءات، إلا أن حظر الشروط التعسفية يشكل في حد ذاته كما أشرنا حماية حقيقية للمستهلك، كما أن القواعد العامة الواجبة التطبيق في هذا الصدد تمنح حماية أيضاً من الشروط التعسفية، مع مراعاة أن القواعد العامة تمنح الحماية للشخص باعتباره متعاقداً في مواجهة

شخص آخر باعتباره أيضا متعاقدًا ، مع اختلاف في الوضع التعاقدى بين الطرفين فالقواعد العامة تخاطب المتعاقدين بصفقتهم تلك ، على خلاف قانون الممارسات التجارية الذي يمنح الحماية لشخص باعتباره مستهلكا في مواجهة شخص آخر باعتباره عونا اقتصاديا.

هذا الوضع يظهر جليا التوجه الجديد للقوانين الاقتصادية وقوانين المنافسة، بما فيها قانون الممارسات التجارية، حيث لم تعد هذه القوانين تهتم فقط بتنظيم الأنشطة الاقتصادية، وضمان حرية المنافسة، بل أصبح من صميم أهدافها حماية المستهلك، وهذا ما تضمنه قانون الممارسات التجارية صراحة عند تحديد الهدف من إصداره، حيث وضع حماية المستهلك من بين أهدافه الرئيسية، لذلك يمكن القول أن قانون الممارسات التجارية، هو أحد قوانين حماية المستهلك، فالأمر لم يعد حكرا على قانون حماية المستهلك، إذن نحن أمام قوانين حماية المستهلك، وليس أمام قانون حماية المستهلك.

الدكتور ريمان عبد النور