

جامعة د. مولاي الطاهر - سعيدة -

كلية الحقوق و العلوم السياسية - قسم الحقوق -

محاضرات مقياس العقود الإلكترونية

السنة الأولى ماستر (السداسي الأول)

تخصص: الإدارة الإلكترونية

السنة الجامعية: 2023-2024

المحور الأول: الإطار المفاهيمي للعقود الإلكترونية

لقد كان للتطور التكنولوجي الذي فرضته ثورة الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات أثر على مختلف أنواع المعاملات المدنية والتجارية وحتى الإدارية، فظهر بذلك مصطلح العقود الإلكترونية الذي أصبح يمثل العصب الأساسي للمعاملات الإلكترونية وذلك بسبب سهولة وسرعة إبرامها من خلال الوسائط الإلكترونية المتنوعة، وبالنظر لهذه الخصوصية فإن دراسة التنظيم القانوني لهذه العقود في كل من المرحلة السابقة على إبرامها وكذا مرحلة إبرامها، يستلزم أولاً تقديم مفهوم شامل عن هذه العقود الإلكترونية من خلال تحديد تعريفها وإبراز خصائصها المميزة، ثم بيان طبيعتها القانونية مع تمييزها عن العقود المشابهة لها، وصولاً إلى التعرض لأهم أنواعها وأكثرها إنتشاراً في الحياة العملية.

المبحث الأول: تعريف العقود الإلكترونية وتحديد خصائصها

تعد العقود الإلكترونية من المصطلحات حديثة النشأة والتي ظهرت في الآونة الأخيرة بشكل واسع، وأصبحت كثيرة الاستعمال والتداول في مجال التعاملات بين الأشخاص، لتعبر عن العديد من المعاملات التي تتم بين أطراف عن بعد عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، ولتحديد المقصود بهذه العقود، سيتم بداية البحث عن تعريفها ثم تبيان الخصائص المميزة لها.

المطلب الأول: تعريف العقود الإلكترونية

لقد أثار تعريف العقد الإلكتروني جدلاً واختلافاً واسعاً بين الفقه القانوني، وحتى لدى التشريعات المقارنة والمواثيق الدولية التي توالت في تعريفه، الأمر الذي أدى إلى اختلاف المفاهيم والتعريفات الواردة بشأن هذا العقد، وعليه سيتم عرض أهم هذه التعاريف، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التعريف القانوني للعقود الإلكترونية

في ظل ما تشهده عقود التجارة الإلكترونية من انتشار سريع و متزايد سواء على الساحة الدولية أو الداخلية نتيجة للتطور التكنولوجي الذي سهل إبرام هذه العقود، اهتم المشرع الجزائري بتحديد المقصود بالعقد الإلكتروني في نص المادة 06 في فقرتها الثانية كما يلي: "العقد الإلكتروني هو: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه بالجوء حصرياً لتقنية الاتصال الإلكتروني."

من خلال هذا التعريف يتبين أن المشرع الجزائري قد قدم تعريف واسع للعقد الإلكتروني، ويظهر ذلك من خلال عدم حصره في نوع محدد من العقود بل يشمل كافة العقود التي يتم إبرامها عبر الوسائط الإلكترونية، مما يجعل المجال مفتوحاً لإدراج أية عقود جديدة قد تظهر مستقبلاً في هذا المجال، ولكون هذا العقد يكسب الطابع الإلكتروني من خلال الطريقة التي ينعقد بها، أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها، لذا فإنه يدخل في طائفة العقود التي تتم عن بعد، وهو بهذا المعنى يختلف عن العقود التقليدية من حيث إمكانية إبرامه دون التواجد المادي لأطرافه فلا يجمعها مجلس عقد حقيقي بل افتراضي، وذلك من خلال تواصلهم حصرياً عبر تقنيات الاتصال الإلكتروني.

علاوة على ذلك، لم يكتفي المشرع الجزائري بتعريف العقد الإلكتروني، بل عرف إلى جانبه تقنية الاتصالات الإلكترونية بموجب المادة 02/و من القانون رقم 04-09 المؤرخ في 05 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للحماية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها باعتبارها كل: "تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة إلكترونية".

كما عرفت المادة 10 من القانون رقم 04-18 المؤرخ في 10 ماي 2018 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية بأنها: "كل إرسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها، عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية".

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للعقود الإلكترونية

أورد الفقه القانوني تعريفات متعددة للعقد الإلكتروني تباينت بين إتجاهين أساسيين: أحدهما يضيق من تعريف هذا العقد والآخر يوسع منه، فمن وجهة نظر الإتجاه الضيق عرف جانب من الفقه الفرنسي العقد الإلكتروني بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابل".

ويظهر الجانب الضيق في هذا التعريف من خلال ربط العقد الإلكتروني بشبكة الانترنت فقط، وهذا يتناقض مع التطور الذي يشهده عالم تقنيات المعلومات والاتصالات، لأن حصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الانترنت لا يستوعب ما سيظهر من تطورات في وسائل الاتصال الحديثة، كما يتناقض ذلك مع حرص التشريعات على استقرار المعاملات في المجتمع والابتعاد عن تذبذب القوانين، لذا فهي تسعى عند سنّها لنصوص قانونية إلى أن تظل لفترة طويلة من الزمن دون تعديل.

علاوة على ذلك، يعتبر هذا التعريف ناقصاً لأنه لم يبين النتيجة المترتبة على إلتقاء الإيجاب بالقبول، المتمثلة في إحداث أثر قانوني وهو إنشاء التزامات تعاقدية.

في مقابل ذلك، ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى التوسيع من تعريف العقد الإلكتروني ليشمل مختلف الوسائل الإلكترونية، لكنه حصرها في العقود التي تبرم على المستوى الدولي، مع العلم أنّ العقود الإلكترونية

حتى وإن كانت في أغلبها تُبرم على المستوى الدولي فإن ذلك لا يمنع من إبرامها بين متعاقدين داخل نفس الدولة، وفي هذا الصدد عرف الفقه المؤيد لهذا الإتجاه العقد الإلكتروني بأنه: "العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى وذلك من خلال الوسائط الإلكترونية المتعددة، ومنها شبكة المعلومات الدولية الانترنت بهدف إتمام العقد".

وفي نفس الإتجاه عرف البعض الآخر العقد الإلكتروني بأنه: "العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية".

كما عرفها جانب آخر من الفقه مؤكداً على خصوصية الوسيلة التي تستخدم في إبرام وتنفيذ هذا النمط التعاقدى بأنها: "عقد يبرم عن بعد بين غائبين ليس حاضرين، باستخدام وسائط إلكترونية من أجهزة وبرامج معلوماتية، وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة التي تعمل آلياً وتلقائياً بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها".

وعليه، فالعقد الإلكتروني في نظر أصحاب هذا الإتجاه، هو إلتقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات، بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها.

وعموماً، أهم ما يلاحظ على التعاريف الفقهية للعقد الإلكتروني المذكورة أعلاه أنها ركزت في أغلبها على التوسيع من الوسيلة المعتمدة لإبرام العقد ليشمل مختلف وسائل الاتصال الحديثة وهم أصحاب الإتجاه الواسع، في حين حصرها البعض في شبكة الانترنت وهم أصحاب الإتجاه الضيق، وهذا ما يتناقض مع الواقع العملي الذي أفرز الكثير من وسائل الاتصال الحديثة لإبرام هذه العقود.

بناء على ماسبق، يمكن استخلاص تعريف للعقد الإلكتروني على أنه ذلك: "العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية سواء تم بين أشخاص يتواجدون في نفس الدولة أو في دول مختلفة".

المطلب الثاني: خصوصية العقود الإلكترونية

من خلال التعاريف السابقة، يمكن استخلاص جملة من الخصائص المميزة للعقود الإلكترونية عن غيرها من العقود التقليدية والمتمثلة فيما يلي:

الفرع الأول: خصوصية العقود الإلكترونية من حيث إبرامها

تتميز العقود الإلكترونية من حيث إبرامها بميزتين: الميزة الأولى وهي وسيلة إبرامها والتي تتمثل حصرياً في وسائل إلكترونية، والميزة الثانية وهي كيفية أو طريقة إبرامها والمتمثلة في كونها عقود عن بعد.

أولاً: عقد مبرم باستخدام وسائط إلكترونية

لقد ظهرت العقود الإلكترونية نتيجة للتطور الذي عرفه مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، لذا فإن إبرامها يتم عن طريق وسائل إلكترونية باستخدام الوسائط الإلكترونية، وهذا ما يمثل أهم مظاهر الخصوصية في هذه العقود، بل إنها تعد أساس هذه العقود والمعيار الذي يميزها عن سائر العقود التقليدية، حيث تختلف عنها فقط من حيث طريقة إبرامها لكونها تتم حصرياً باستخدام وسائط إلكترونية، وهذه الوسائط هي التي تكسبها الصفة الإلكترونية.

ثانياً: عقد مبرم عن بعد

من أهم السمات التي تميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود، هي طريقة أو كيفية إبرامه التي تتم عن بعد باستخدام تقنيات الإتصال عن بعد، دون التواجد المادي لأطرافه أي دون الحضور المادي المتزامن فيما بينهم، ولأن التعاقد يتم عن بعد، فهو يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي بل مجلس عقد حكمي افتراضي، ومن ثم فهو ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد التي يتم فيها تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر وسائل اتصال الكترونية.

وعليه، قد يكون العقد الإلكتروني عقد فوري متعاصر إذا كان الإيجاب معاصر للقبول بحيث لا يوجد فارق زمني بينهما، وهذا التعاصر هو نتيجة صفة التفاعلية فيما بين أطراف العقد، كما قد يكون هذا العقد غير متعاصر متى كان الإيجاب غير معاصر للقبول.

الفرع الثاني: خصوصية العقود الالكترونية من حيث تنفيذها

من السمات المميزة للعقود الإلكترونية هو إمكانية تنفيذها عبر وسائل الكترونية دون أن يكون هناك تواجد مادي لطرفيها، حيث تسمح هذه العقود بإمكانية التسليم المعنوي أو الإلكتروني للمنتوجات والخدمات ذات الطبيعة الالكترونية، مثل برامج الحاسب والكتب الالكترونية والخدمات المصرفية...إلخ

الفرع الثالث: خصوصية الوفاء بوسائل الدفع الالكتروني

مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب المعاملات الإلكترونية أصبحت عملية الوفاء في العقود الإلكترونية تتم عن بعد بواسطة وسائل الدفع الإلكتروني التي حلت محل النقود العادية كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات، ومن هذه الوسائل: البطاقات البنكية والأوراق التجارية الإلكترونية، والبطاقة الذهبية التي ظهرت حديثاً في القانون الجزائري، هذا بالإضافة إلى النقود الإلكترونية والتي تتمثل في النقود الرقمية والمحفظة الإلكترونية.

الفرع الرابع: خصوصية الإثبات في العقود الإلكترونية

أدت الوسائط الإلكترونية التي يتم من خلالها إبرام العقود الإلكترونية إلى اختفاء المحررات الورقية التي تقوم على الدعائم الورقية لتحل محلها المحررات الإلكترونية التي تعتمد على دعائم إلكترونية، و خلافاً للدعامة الورقية التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي، ولا تعد الكتابة دليلاً كاملاً للإثبات، إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي، فإن العقود الإلكترونية يتم إثباتها عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، فالمستند الإلكتروني يتبلور فيه حقوق طرفي التعاقد بوصفه المرجع للوقوف على ما أتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتهما القانونية، أما التوقيع الإلكتروني فهو الذي يضيف حجية على هذا المستند.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية

استناداً لنص المادة 06 فقرة 02 التي عرفت العقد الإلكتروني مع الإحالة للقانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في نص المادة 03 منه الفقرة 04 على أنه: " كل اتفاق أو اتفاقية

تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأمر بحيث لا يمكن إحداث تغيير حقيقي فيه..."

يتضح من هذه المادة موقف المشرع الجزائري الذي أقر صراحة أن طبيعة العقد الإلكتروني من عقود الإذعان، بحيث يحذر مسبقا من قبل أحد أطراف الاتفاق ولا يمكن للطرف الآخر إحداث أي تغيير في هذا العقد إما قبوله كليا لشروط هذا العقد أو رفضه كليا، وبالتالي قيد إرادة الطرف المذعن عليه وهذا خرق لمبدأ سلطان الإرادة.

وما يؤكد على أن العقد الإلكتروني يغلب عليه طابع الإذعان هو: قانون التجارة الإلكترونية الذي سعى المشرع الجزائري من خلاله حماية المستهلك الإلكتروني باعتباره طرف ضعيف في العقد، فأوجبت المادة 13 منه ضرورة استيفاء العقد الإلكتروني مجموعة من البيانات الجوهرية لتتوفر إرادة المستهلك، حيث يستشف منها أن شروط العقد الإلكتروني توضع بشكل مسبق من طرف المورد الإلكتروني، وهذا حماية للمستهلك الطرف الضعيف (الطرف المذعن) في هذا العقد.

المبحث الثالث: أهم أنواع العقود الإلكترونية

للعقود الإلكترونية المبرمة في مجال البيئة الإلكترونية العديد من الأنواع، فمنها ما يجمع بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم، ومنها ما يبرم بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، في حين هناك نوع آخر يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام والتي يطلق عليها "العقود الإدارية الإلكترونية"، وبما أن هذا النوع الأخير سيتم دراسته في إطار المحور الرابع، فسيتم التركيز في هذه المحاضرة على دراسة العقود الإلكترونية التجارية والاستهلاكية.

المطلب الأول: العقود الإلكترونية التجارية والاستهلاكية

تتصف غالبية العقود الإلكترونية بالطابع التجاري الاستهلاكي، لذا يطلق عليها بعض الفقه "عقود التجارة الإلكترونية" لأن السمة التجارية والاستهلاكية تستحوذ على غالبية العقود الإلكترونية، حيث تبرز السمة التجارية من خلال طبيعة النشاط الذي يقوم به أحد أطرافها وهو المورد للسلعة أو الخدمة، أما السمة الاستهلاكية فتتعلق بطرفها الثاني المستهلك وهو شخص مدني، ولهذا تعتبر هذه العقود ذات طبيعة مختلطة، فهي تجارية بالنسبة للمورد الإلكتروني، ومدنية استهلاكية بالنسبة للمستهلك الإلكتروني.

الفرع الأول: تعريف عقود التجارة الإلكترونية

تعد التجارة الإلكترونية المجال الشائع الذي تظهر فيه العقود الإلكترونية بصفة عامة، فهذه الأخيرة تمثل أهم وسيلة التي من خلالها تتم ممارسة النشاطات التجارية، وهذا ما جعل بعض الفقه يعبر بمصطلح التجارة الإلكترونية على العقود الإلكترونية باعتبارها تلك المعاملات والعلاقات التجارية التي تتم بين المتعاملين فيها من خلال استخدام وسائل إلكترونية، وعليه فقد عرفها البعض بأنها: "مجموع المبادلات الإلكترونية المرتبطة بنشاطات تجارية والمتعلقة بالسلع والخدمات بواسطة تحويل المعطيات عبر شبكة الإنترنت والأنظمة التقنية الشبيهة".

تشكل التجارة الإلكترونية - حسب التعريف الذي تبنته منظمة التجارة العالمية سنة 1998 - " مجموعة متكاملة من عمليات الإنتاج والتوزيع والتسويق والبيع أو تسليم المنتجات والخدمات عن طريق وسائل إلكترونية"، وهي بذلك تشمل جميع عمليات التجارة الداخلية منها والدولية.

كما عرفت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) التجارة الإلكترونية أنها: "عمليات بيع وشراء السلع والخدمات التي يتم تنفيذها عبر وسائل الاتصال الرقمية، من خلال منصات مصممة خصيصا لإرسال واستقبال طلبات البيع والشراء إلكترونياً مدعومة بآليات للدفع الرقمي".

أما في التشريع الجزائري فقد عرفت المادة 1/6 من القانون 05-18 التجارة الالكترونية على أنها: "النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني بإقتراح أو ضمان توفير سلع و خدمات عن بعد للمستهلك الالكتروني، عن طريق الاتصالات الالكترونية"، وبذلك يتضح أن التجارة الالكترونية تمثل " البيئة الموازية للتجارة التقليدية" التي تتسم بالمرونة والسرعة وبارتباطها بشكل أساسي بوسائل التكنولوجيا الاتصالات الحديثة.

تجب الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف العقود التجارية بل عرف العمل التجاري من خلال المواد 2، 3 و 4 من القانون التجاري، لذا فإن التجارة الإلكترونية تتمثل في كل ممارسة لتلك الأعمال بواسطة الوسائل الإلكترونية.

وعليه، يمكن القول بأن التجارة الإلكترونية لا تختلف عن التجارة التقليدية من حيث مضمونها ومحترفيها، أما وجه الخصوصية فيها فيتمثل في الوسائل الالكترونية المستعملة في ممارستها، لاسيما من حيث إنعقادها وتنفيذها وكذا الوفاء بها وإثباتها.

الفرع الثاني: أطراف عقود التجارة الالكترونية

حدد المشرع الجزائري في القانون 05-18 أطراف المعاملات التجارية الإلكترونية ونظم إطارها القانوني والحماية اللازمة لها، تماشياً مع مستجدات تطور التكنولوجيا والمعلوماتية التي غيرت من طابع المعاملات التجارية الكلاسيكية، واستحدثت ما يسمى بالمعاملات التجارية الالكترونية، التي يتمثل أطرافها في المورد الالكتروني والمستهلك الالكتروني.

أولاً: المورد الالكتروني

لتحديد المقصود بالمورد الالكتروني سيتم بداية تعريفه ثم تبين شروط ممارسة التجارة الالكترونية في الجزائر.

1- تعريف المورد الالكتروني:

أورد المشرع في المادة 04/06 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية تعريف للمورد الالكتروني على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع والخدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية"، وهو بهذا المعنى يمثل الطرف الأول في المعاملات التجارية الالكترونية كمورد منتجات أو مقدم الخدمة في البيئة الرقمية، والذي من الممكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً له موقع إلكتروني معتمد من طرف الجهات الرسمية المعنية و يعرض منتجاته وخدماته عبر الوسائط الإلكترونية.

2- شروط ممارسة التجارة الإلكترونية في الجزائر:

إن مشروعية ممارسة الشخص لنشاط التجارة الإلكترونية عن طريق الاتصالات الإلكترونية واكتسابه صفة المورد الإلكتروني، تستلزم توافر شروط قانونية موضوعية وأخرى شكلية، تتمثل في:

أ- الشروط الموضوعية لممارسة التجارة الإلكترونية:

حدد المشرع الجزائري بعض المنتجات الممنوعة من التسويق والتعامل فيها عن طريق وسائل الاتصالات الإلكترونية، وهذا حسب الفقرة 2 من المادة 3 وكذا المادة 05 من القانون 05-18 سابق الذكر، ويشمل هذا المنع كافة المنتجات والخدمات الواردة في الفقرة 2 من المادة 3 التي تنص على ما يلي: "غير أنه، تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يأتي:

- لعب القمار والرهان واليانصيب،

- المشروبات الكحولية والتبغ،

- المنتجات الصيدلانية،

- المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية،

- كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به،

- كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي."

علاوة على ذلك، تمنع المادة 05 من القانون 05-18 سالف الذكر: "كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات و/أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي".

ب- الشروط الشكلية لممارسة التجارة الإلكترونية:

تنص المادة 08 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه: "يخضع نشاط لتجارة التسجيل في السجل التجاري أو في السجل الصناعات التقليدية حسب الحالة، ونشر موقع إلكترونية أو صفحة إلكترونية على الانترنت، مستضاف في الجزائر بامتداد "com-dz"

يجب أن يتوفر الموقع الإلكتروني للمورد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته.

كما تنص المادة 09 من ذات القانون على أنه: "تنشأ بطاقة وطنية للموردين الإلكترونيين لدى المركز الوطني للسجل التجاري، تضم الموردين الإلكترونيين المسجلين في السجلين السجل التجاري، أو السجل الصناعات التقليدية والحرفية.

لا يمكن ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية إلا بعد إيداع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري. تنشر البطاقة الوطنية للموردين الإلكترونيين عن طريق الاتصالات الإلكترونية وتكون في متناول المستهلك الإلكتروني".

يستخلص من مضمون المادتين 8 و 9 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، أنه لمزاولة نشاط التجارة الإلكترونية ينبغي توافر الشروط الشكلية التالية:

1- التسجيل نشاط التجارة الإلكترونية في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية أو الحرفية:

كل تاجر سواء طبيعي أو معنوي يرغب في ممارسة نشاط التجارة عن طريق الاتصال الإلكتروني، لا بد عليه من تسجيل هذا النشاط في سجل تجاري، حتى تكون ممارسته لهذا النشاط مشروعة ونزيهة تمكنه من الاستفادة من الحماية القانونية.

كذلك كل حرفي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا يرغب في ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية، يجب عليه تسجيل هذا النشاط في سجل الصناعات التقليدية والحرفية حتى تكون ممارسته لهذا النشاط مشروعة ونزيهة وتكفل له الحماية القانونية.

2- نشر نشاط التجارة الإلكترونية في موقع إلكتروني أو في صفحة إلكترونية للمورد مضاف إليها com-dz

نص المشرع الجزائري على إجراء شكلي آخر لممارسة التجارة الإلكترونية، وهو ضرورة نشر هذا النشاط في موقع إلكتروني أو صفحة إلكترونية على الإنترنت، مضاف إليه com-dz وعليه، يشترط أن يكون للمورد الإلكتروني اسم نطاق خاص به، إذ يعتبر هذا الأخير بوابة الوصول إلى المواقع الإلكترونية التجارية، وقد عرف المشرع الجزائري اسم نطاق في قانون 05-18 بموجب المادة 06 في فقرتها الأخيرة منه، حيث جاء فيها " اسم النطاق: عبارة عن سلسلة أحرف و/ أو مقيسة ومسجلة لدى السجل الوطني لأسماء النطاق وتسمح بالتعرف والولوج إلى الموقع الإلكتروني."

والهيئة المختصة بتسجيل اسم النطاق على المستوى الوطني في الجزائر هو مركز أسماء النطاقات، الجزائر، وهو مصلحة تابعة لمركز البحث في الإعلام العلمي والتقني، بحيث تمنح الهيئة التابعة الحماية لاسم النطاق طبقا لمبدأ الأسبقية في التسجيل، أي لمن بادر وسبق غيره في التسجيل.

3- توافر الموقع الإلكتروني للمورد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من جديته وصحته.

4- إيداع اسم النطاق لدى المركز الوطني للسجل التجاري:

يجب على المورد الإلكتروني إيداع اسم نطاق نشاطه لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري، حتى يمكن من مزاولة نشاط التجارة الإلكترونية.

وعليه، إذا تبين للمركز الوطني للسجل التجاري أن المورد الإلكتروني قد استوفى الشروط الموضوعية والتزم بالإجراءات الشكلية المطلوبة لممارسة التجارة الإلكترونية، فإن المركز يقوم بإدخال هذا المورد ضمن بطاقة وطنية خاصة بالموردين الإلكترونيين المسجلين في السجلين التجاري، أو في السجل الصناعات التقليدية والحرفية، والغاية من ذلك إضفاء الطابع الشرعي لهذا النشاط.

لذلك كلف المركز الوطني للسجل التجاري بإنشاء بطاقة وطنية تضم كل الموردين الإلكترونيين الموجودين عبر التراب الوطني، مع ضرورة نشرها في البوابة الالكترونية للمركز عبر قاعدة بيانات لتكون في متناول المستهلك الإلكتروني.

ثانيا: المستهلك الإلكتروني

عرف المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة السادسة من القانون 05-18 تعريفا للمستهلك الالكتروني على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يكتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية من المورد الالكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

يستخلص من هذا التعريف أنه يشترط لإكتساب صفة المستهلك توافر العناصر التالية:

- 1- أن يكون الشخص طبيعي أو معنوي.
- 2- أن يكتني بعوض أو مجانا: قد يكون المستهلك الذي قام بالاقتناء هو المستعمل المباشر لما اقتناه، كما قد يكون المستعمل من الغير كأفراد أسرة المقتني مثلا.
- 3- أن يكتني سلعة أو خدمة عن طريق وسائل الاتصال الالكترونية.
- 4- أن يتم الاقتناء بغرض الاستخدام النهائي: أي لهدف غير المهني بمعنى شخصي أو عائلي... إلخ، وذلك من أجل إشباع الحاجات الشخصية للمقتني أو حاجة من يتكفل بهم، ويعد هذا الهدف غير المهني هو المعيار الجوهرى الذي يتم به التمييز بين المستهلك والمورد الالكتروني.

المحور الثاني: التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقود الالكترونية

(مرحلة التسويق الالكتروني)

بالنظر لخصوصية العقود الالكترونية كونها عقود تبرم عبر تقنيات الاتصال الالكترونية وخصوصية هذه الوسائل التي تتم بها هذه العقود تعد أهم خاصية تميزها عن العقود التقليدية، ومن هنا يطرح التساؤل حول مدى خصوصية المرحلة السابقة عن إبرام العقود الالكترونية مقارنة بالعقود التقليدية، لاسيما من حيث إمكانية أن تسبقها مفاوضات في المرحلة السابقة على إبرامها، وكذا من حيث إمكانية استخدام الوسائط الإلكترونية المختلفة لتقديم السلع والخدمات للمستهلك والترويج لها من خلال الاشهارات الالكترونية.

المبحث الأول: موقف المشرع الجزائري من التفاوض الالكتروني

لم يرد في التشريع الجزائري نص صريح وواضح ينظم مسألة المفاوضات في مرحلة ما قبل العقد النهائي كنتيجة لذلك لم يعمل على تحديد الأثر القانوني المترتب عن قطع المفاوضات بدون مبرر أو سوء نية، لا في القانون المدني ولا في القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

المبحث الثاني: الإشهارات الإلكترونية

لتكنولوجيا المعلومات الحديثة دوراً رئيسياً في إحداث تطورات مختلفة في مجال تسويق السلع والخدمات، حيث أفرز استخدام تقنياتها المتطورة في هذا المجال عن ظهور أشكال حديثة لوسائل التسويق من أبرزها الاشهارات الالكترونية، وقد زادت أهميتها بازدياد أهمية شبكة المعلومات العالمية كوسيط إعلامي هائل ساهم في

انتشار هذه الاشهارات و في تطورها بشكل كبير ومتسارع، الأمر الذي جعلها تحتل مكانة متميزة لدى المتعاملين الاقتصاديين.

وفي ظل انتشار ظاهرة التسوق عبر شبكة الانترنت مع ما يشهده العالم في الآونة الأخيرة من اهتمام متزايد بالتجارة الالكترونية، اتجه المشرع الجزائري إلى إحاطة الاشهارات الالكترونية بمجموعة من الضوابط القانونية يتعين على كل مورد الكتروني مراعاتها في إشهاراته حتى تتسم بالنزاهة والمشروعية.

المطلب الأول: مفهوم الإشهارات الإلكترونية

يعد الإشهار الإلكتروني أحد أنواع الإشهارات التجارية غير أن ما يميزه هو نوع الوسيلة التي يبث عبرها و من أهمها شبكة الانترنت و التي تمكنت من إدخال شكلاً جديداً للإشهار يقوم على تقديم خدمة خاصة للعملاء تبعاً لأذواقهم ونسبة تكاليف أقل من الطرق التقليدية، ولتحديد مفهوم الاشهارات الالكترونية لابد من تعريفها ثم بيان محل هذه الممارسات التي يسعى المعلن من خلالها إلى جذب المستهلكين لاقتنائها.

الفرع الأول: تعريف الإشهارات الإلكترونية

بالرجوع لأحكام القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المادة 3/3 منه و التي عرفت الإشهار بوجه عام على أنه : " كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات، مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة"، يتبين لنا بوضوح تبني المشرع الجزائري لتعريف موسع للإشهار التجاري يسمح بإدخال كافة أشكال الاتصالات المستخدمة، مادامت تهدف إلى الترويج عن السلع و الخدمات، و جذب العملاء و حثهم على الاقتناء، بما في ذلك الإشهارات التي تتم عبر شبكة الانترنت بعدما أصبحت هذه الأخيرة تستخدم كدعامة إعلانية.

كما أكدت على نفس هذا المضمون الفقرة 06 من المادة 06 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية عند تعريفها للإشهار الالكتروني بأنه: " كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الالكترونية ".

و أهم ما يلاحظ من فحوى هاذين التعريفين، وصف المشرع الجزائري للإشهار بأنه " إعلان " تأكيداً منه على أهم خاصية يتميز بها الإشهار ألا وهي العلانية و الجهر في مخاطبة الجمهور، و كذا عدم إشارته إلى أطراف هذا الإشهار و هم: المعلن (المورد الالكتروني) و الوكالة الاشهارية و الطرف المتلقي له سواء كان مستهلك الكتروني أو مورد الكتروني آخر.

فضلا عن ذلك، أبرز المشرع الجزائري من خلال هذا التعريف الهدف المرجو من الإشهار، ألا و هو ترويج بيع السلع و الخدمات لجذب المستهلك و حثه على اقتنائها، سواء تم ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، كما اشترط في عرض هذا الإشهار استخدام وسيلة من وسائل الإتصال الالكترونية، كالانترنت أو الهاتف المحمول، أو أية وسيلة أخرى الكترونية قد تظهر مستقبلاً نتيجة التطور التكنولوجي، لأن هذه التقنيات الحديثة هي التي تضفي عليه الطابع الالكتروني الذي يميزه عن الإشهار التقليدي.

الفرع الثاني: أشكال الإشهارات الإلكترونية

كان للتطور التكنولوجي السريع أثراً كبيراً على تطور الإشهار وتنوع أشكاله، وهي تشمل كل ما يعرض من إشهارات على شبكة الانترنت عبر وسائطها الإلكترونية المتنوعة التي يستخدمها المعلنين كدعامة لها، وتتمثل أهم هذه الأنواع في:

أولاً: الاشهارات عبر مواقع الانترنت (Web site advertising)

ثانياً: الاشهارات عبر البريد الالكتروني (E-Mail Advertising)

ثالثاً: الشريط الإشهاري (Advertising Banner)

رابعاً: الاشهارات عبر الهواتف النقالة (Mobile Advertising)

المطلب الثاني: الضوابط القانونية للإشهارات الإلكترونية

يتمتع المورد الإلكتروني كأصل عام بحرية استعمال الإشهار كأسلوب فني جذاب في تقديم السلعة أو الخدمة للمستهلك بشكل يشوقه و يرغبه في اقتنائها، بهدف حث أكبر عدد ممكن من المستهلكين على التعاقد عليها، و من ثم زيادة مبيعاته و تحقيق غايته من الأرباح، في مقابل ذلك، يلتزم بمراعاة مبدأ نزاهة الممارسات التجارية الذي يقتضي منه أن تكون اشهاراته مشروعة ونزيهة، وذلك منعاً لأي مساس بحقوق الموردين المنافسين والمستهلكين.

الفرع الأول: ضوابط ممارسة الاشهارات الإلكترونية

أخضع المشرع الجزائري ممارسة الاشهارات الإلكترونية لجملة من الضوابط القانونية التي ينبغي على المورد الإلكتروني مراعاتها لإضفاء المشروعية على اشهاراته، وهي كالاتي:

أولاً: عدم الإشهار عن منتجات ممنوعة من التسويق

حدد المشرع الجزائري بعض المنتجات الممنوعة من التسويق والتعامل فيها عن طريق وسائل الاتصالات الإلكترونية، وهذا حسب الفقرة 2 من المادة 3 وكذا المادة 05 من القانون 05-18 سابق الذكر، ويشمل هذا المنع كافة المنتجات الممنوع التعامل فيها، لذلك ألحق المشرع هذا المنع بالإشهار المتعلق بها، وهذا ما أكدته المادة 34 من هذا القانون بنصها على أنه: " يمنع نشر أي إشهار أو ترويج عن طريق الاتصالات الإلكترونية لكل منتج أو خدمة ممنوعة من التسويق عن طريق الاتصالات الإلكترونية بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما ".

تتمثل المنتجات والخدمات الممنوعة من التسويق عن طريق وسائل الاتصالات الإلكترونية، الواردة في الفقرة 2 من المادة 3 فيما يلي: "غير أنه، تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية تتعلق بما يأتي:

- لعب القمار والرهان واليانصيب،

- المشروبات الكحولية والتبغ،

- المنتجات الصيدلانية،

- المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية،

- كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به،

- كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي."

علاوة على ذلك، تمنع المادة 05 من القانون 05-18 كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات و/أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العمومي.

ثانيا: عدم إرسال الاستبيان المباشر قبل موافقة المستهلك الإلكتروني

طبقا لنص المادة 31 من قانون 05-18 السالف الذكر: " يمنع الاستبيان المباشر اعتمادا على إرسال الرسائل عن طريق الاتصالات الإلكترونية باستعمال معلومات شخص طبيعي، بأي شكل من أشكال، لم يبد موافقته المسبقة لتلقي استبيانات مباشرة عن طريق الاتصال الإلكتروني"، ويرجع هذا المنع لكثرة الرسائل التي تصل المستهلك الإلكتروني عن طريق الاتصالات الإلكترونية، حتى أصبحت توصف بالممارسات التطفلية الإلكترونية.

يقوم المورد الإلكتروني باستخدام الاستبيانات الإلكترونية لتجميع المعلومات بشكل مباشر من الزبائن، وتمتاز هذه الاستبيانات بسهولة تعبئتها، فما على المستهلك سوى النقر فوق صناديق الخيارات أو الاختيار من القوائم، الأمر الذي يجعل من هذه العملية سهلة ومسلية بالنسبة له.

ثالثا: عدم إرسال الإشهارات الإلكترونية للمستهلك دون تمكينه من حقه في الاعتراض على تلقيها

غالبا ما يعتمد المورد الإلكتروني بعد حصوله على عنوان البريد الإلكتروني للمستهلك، إغراقه بالرسائل الإشهارية المكثفة الخاصة بالسلع والخدمات، وقد يقوم ببيع ذلك العنوان إلى أحد الشركات التجارية لاستخدامه في الإشهار التجاري غير المرغوب فيه.

وفي هذا الإطار، ألزم المشرع الجزائري بموجب المادة 1/32 من القانون 05-18 كل مورد الكتروني بأن يضمن الحماية التقنية لبريد المستهلك من الإشهار الإلكتروني، حيث يتعين عليه أن يوفر منظومة إلكترونية تسمح لمتلقي إشهاراته الإلكترونية بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أي إشهار منه، وهذا دون مصارف أو مبررات.

رابعا: عدم إساءة استعمال البيانات الشخصية للمستهلك

تنص المادة 11 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، على وجوب أن يحتوي العرض الإلكتروني للمورد على بيان الشروط العامة للبيع لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي، وعليه، يتعين أن يتوفر الموقع الإلكتروني للمورد على عرض الإجراءات المتعلقة بكيفية حماية المعطيات الشخصية التي ينتهجها ذلك المورد، من خلال تقديمه لمعلومات وافية حول أسلوب نقل المعطيات أو البيانات وكيفية استخدامها وآليات حمايتها، والخيارات المتاحة في سبيل الوصول لهذه المعطيات، وكذلك الالتزام بعدم كشفها للغير دون موافقة المعني.

ومن أبرز مظاهر إساءة استغلال البيانات الشخصية للمستهلك، استعمالها من قبل المورد الإلكتروني في غير الغرض المخصص لها، وهو ما يشكل انتهاكا للخصوصية، لاسيما منها استخدام تلك المعطيات لأغراض تجارية دعائية دون الحصول على القبول المسبق من المستهلك الإلكتروني، وفي هذا الصدد، ألزمت المادة 31 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المورد الإلكتروني بأخذ الموافقة المسبقة للمستهلك قبل استعمال بياناته في إرسال رسائل الاستبيان المباشر إليه.

الفرع الثاني: ضوابط نزاهة الاشهارات الالكترونية

يستحدث المشرع الجزائري بمقتضى القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية أحكاماً قانونية خاصة بالإشهار الإلكتروني، ألزم من خلالها كل مورد الكتروني بمراعاة مجموعة من الضوابط القانونية التي تقتضيها نزاهة الاشهارات الالكترونية، و تتنوع هذه الضوابط القانونية التي تفتقد بدونها هذه الاشهارات لمشروعيتها، بين ضوابط متعلقة بالرسالة الاشهارية الالكترونية في حد ذاتها و أخرى متعلقة بالمعلن.

أولاً: الضوابط المتعلقة بالرسالة الاشهارية الالكترونية

حددت المادة 30 من قانون 05-18 السالف ذكره، مجموعة من الضوابط التي يجب أن تتوفر في الإشهار الإلكتروني حتى يحقق الغاية المرجوة منه، بنصها على أنه: " دون المساس بالأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال، كل إشهار أو ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري تتم عن طريق الاتصالات الالكترونية يجب أن يلبي المقتضيات الآتية:

- أن تكون محددة بوضوح كرسالة تجارية أو إشهارية.
- أن تسمح بتحديد الشخص الذي تم تصميم الرسالة لحسابه.
- ألا تمس بالآداب العامة والنظام العام.
- أن تحدد بوضوح ما إذا كان هذا العرض التجاري يشمل تخفيضا أو مكافآت أو هدايا، في حالة ما إذا كان هذا العرض تجاريا أو تنافسيا أو ترويجيا.
- التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري ليست مضللة ولا غامضة. "

وعليه، تتمثل الضوابط القانونية المتعلقة بالرسالة الاشهارية الالكترونية طبقا لمقتضيات هذه المادة في:

1- وجوب أن يكون الإشهار واضحا، ويشمل ذلك:

- أ- وجوب تحديد الطبيعة الاشهارية للرسالة بوضوح: بحيث تتضمن بوضوح ما يفيد أنها إشهار تجاري حتى يمكن لمتلقيها التعرف عليها دون وجود لبس أو غموض بينها و بين الرسائل غير الاشهارية، مهما كانت الوسيلة الاشهارية المستعملة مواقع الانترنت أو مواقع التواصل الاجتماعي أو البريد الإلكتروني... إلخ
- ب- وجوب استعمال عبارات واضحة الدلالة في الإشهار: من خلال تجنب أية عبارات غامضة أو مبهمه أو تحتمل أكثر من معنى، مع مراعاة فئة المستهلكين الذين يخاطبهم الإشهار.

ج- وجوب تحديد مضمون الرسالة الاشهارية بوضوح: ويشمل ذلك وضوح المواصفات الجوهرية للسلعة أو الخدمة المعلن عنها مع أسعارها و شروط الدفع و التسليم وشروط الاسترداد وخدمات ما بعد البيع، ونوع الخدمات ومضمونها والمدة التي تتم خلالها ومقابل أدائها...إلخ، كما يشمل هذا الوضوح كل من العروض التسويقية كالبيع بالمكافأة و البيع بالتقسيط و البيع بالتخفيض وأيضا المسابقات واللعب التسويقية سواء من حيث شروط الاستفادة منها أو طريقة عرضها.

2- وجوب عدم مخالفة الرسالة الاشهارية للنظام العام و الآداب العامة و إلا عد هذا الإشهار غير مشروع.

3- وجوب ألا يكون الإشهار الالكتروني مضللاً سواء بطريق الترك أو الغموض أو المبالغة، ويقصد بالتضليل خداع المستهلك من خلال صياغة الإشهار في عبارات خادعة تعطي انطباعاً مغايراً للحقيقة، سواء كانت المعلومات التي يتضمنها صادقة أو كاذبة، لذا يتعين على كل مورد الكتروني أن يتحرى الصدق والأمانة في إظهاراته حتى تتسم بالنزاهة، وذلك من خلال إيراد معلومات صادقة ومطابقة للحقيقة في إظهاراته سواء تعلقت بمميزات السلع والخدمات وشروط التعاقد وكيفية الاستعمال وخدمات ما بعد البيع...إلخ حتى لا يفاجأ المستهلك بعد الاقتناء أن مضمون الإشهار غير مطابق للحقيقة.

ثانياً: الضوابط المتعلقة بالمعلن

بالنسبة للضوابط القانونية المتعلقة بالمعلن فتتمثل حسب المادة 30 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية في:

1- وجوب تحديد هوية المعلن: و ذلك من خلال ذكر مجموعة من البيانات الضرورية المتعلقة به، كاسمه الشخصي و عنوانه ورقم هاتفه و موقعه الالكتروني الذي يتعاقد من خلاله والإيميل الخاص به والذي يتلقى المراسلات الالكترونية عليه.

2- عدم تشويه المعلن من خلال إشهاره لسلع أو خدمات الموردين الالكترونيين المنافسين: بهدف إيقاع المستهلك في لبس وإلا اعتبر إشهاره صورة من صور المنافسة غير المشروعة، وهذا النوع من الاشهارات يطلق عليه الإشهار المقارن، ولم يتناوله المشرع الجزائري لحد الآن بنصوص منظمة له.

المحور الثالث: التنظيم القانوني لمرحلة إبرام العقود الالكترونية

من أهم عقبات التجارة الالكترونية التي تحد من فعالية العقود الإلكترونية تلك المخاطر التي يتعرض لها المستهلك الإلكتروني، والتي يرجع سببها الرئيسي إلى طبيعة المعاملات الالكترونية المبرمة عن بعد، والتي لا تمكن المستهلك من مقابلة المورد الالكتروني في مجلس عقد حقيقي، ومن معاناة جودة السلعة أو الخدمات المعلن عنها للتأكد من حقيقتها سواء كانت أصلية أو مقلدة.

هذا فضلاً عن نقص المعلومات لديه عن حقيقة الجودة والأسعار وضعف قدرته التقنية مقارنة بالمورد الالكتروني، وكذا جهله بما يمكن أن ينجر عنها من أضرار قد تصل إلى حد الجسامة بالنسبة إليه، كل ذلك يجعل من المستهلك الطرف الأضعف في علاقته التعاقدية مع المورد الالكتروني.

تأسيساً على ذلك، تدخل المشرع الجزائري بموجب أحكام القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية لتنظيم مرحلة إبرام العقود الإلكترونية، والتي سيتم دراستها أحكامها مع مراعاة القواعد العامة المتعلقة بالعقد الواردة في القانون المدني، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: شروط انعقاد العقود الإلكترونية

يشترط القانون المدني لنشوء العقد صحيحاً ومرتباً لآثاره القانونية، توافر الأركان الأساسية لإبرامه (شروط انعقاده) المتمثلة في التراضي والمحل والسبب، إضافة إلى ركن الشكل في حالات معينة بالنسبة للعقود الشكلية، وعندئذ يتحدد زمان ومكان انعقاده، وعليه، نطرح التساؤل حول ما إذا كانت أركان إبرام العقد الإلكتروني هي ذاتها الأركان الواجب توافرها في العقد التقليدي الواردة في القانون المدني؟ وما هو زمان ومكان إبرامه؟

المطلب الأول: ركن التراضي في العقود الإلكترونية

يعد ركن التراضي الركن الجوهرى لوجود العقد، والذي يتحقق بتطابق إرادة المتعاقدين على إحداث أثر قانوني معين بحسب ما تم الاتفاق عليه عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، ومن ثم يجب لتوافر هذا الركن أن يكون التراضي موجوداً، وأن يكون هذا التراضي صحيحاً.

وبالنظر للسمات الخاصة التي تميز العقود الإلكترونية، ومراعاة للطرف الأضعف والأقل خبرة ودراية في هذه المعاملات في مواجهة المورد الإلكتروني ألا وهو المستهلك الإلكتروني، حرص المشرع الجزائري بموجب المادتين 10 و 11 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على حماية رضا المستهلك الإلكتروني عند التعاقد إلكترونياً، من خلال تنظيمه للعرض التجاري الإلكتروني الذي يعرض بمقتضاه المورد منتجاته أو خدماته للمستهلك الإلكتروني حتى يتمكن من الإلمام الجيد بالبيانات والخصائص الجوهرية بهذه المنتجات والخدمات قبل اقتنائها، كعملية أولية إلزامية للتعاقد الإلكتروني، إضافة إلى ذلك، فرض المشرع إلزامية تقديم طلبية المنتج عبر وسائل الاتصال الإلكتروني، وفق مراحل محددة في القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

الفرع الأول: وجود التراضي في العقود الإلكترونية

طبقاً للأحكام العامة للعقد في القانون المدني، يتعين لوجود التراضي أن يعبر الشخص عن إرادته في إحداث أثر قانوني معين، وأن تتلاقى هذه الإرادة مع إرادة أخرى مطابقة لها أي متجهة إلى إحداث نفس الأثر، حتى يتحقق التطابق بين الإرادتين.

يصدر التعبير عن الإرادة سواء تم بطريقة صريحة أو ضمنية في شكلين هما الإيجاب والقبول، واللذان يعتبران عناصر ركن التراضي، غير أن الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني يتميزان ببعض الأحكام الخاصة عنهما في العقد التقليدي، الأمر الذي يقتضي دراستهما وفقاً لأحكام القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية لتبيان هذه الخصوصية، مع مراعاة القواعد العامة في القانون المدني المتعلقة بالعقد.

أولاً: الإيجاب الإلكتروني (العرض التجاري الإلكتروني)

الإيجاب بشكل عام هو: "تعبير جازم ونهائي عن الإرادة يتضمن عرضاً بالتعاقد صادر من شخص إلى آخر أو عدة أشخاص آخرين وفق شروط معينة"، أو هو: "العرض الذي يتقدم به شخص يسمى الموجب

يبدى فيه رغبته في التعاقد مع شخص آخر يسمى القابل"، ويتم التعبير عن الإيجاب بعدة طرق تقليدية صريحة أو ضمنية كاللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود منه، طبقاً للمادة 60 ق.م.ج.

أما إذا تم التعبير عن الإرادة المتضمنة عرضاً بالتعاقد باستخدام أحد وسائل الاتصال الإلكترونية، اعتبر الإيجاب إلكترونياً، ويخضع في هذه الحالة لنفس القواعد التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتميز عنه من حيث خصوصية تقنيات الاتصال الإلكترونية التي يتم من خلالها، والتي تسمح بوصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه بطريقة مباشرة (تفاعلية) أو (غير مباشرة) غير تفاعلية.

وعليه يمكن تعريف الإيجاب الإلكتروني بأنه: "تعبير بات ونهائي صادر عن إرادة شخص يرغب في التعاقد إلكترونياً (المورد الإلكتروني) وموجه إلى شخص آخر أو عدة أشخاص (المستهلك الإلكتروني) باستخدام أية تقنية من تقنيات الاتصال الإلكترونية المختلفة".

بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد عبر عن الإيجاب الإلكتروني بمصطلح العرض التجاري الإلكتروني في ظل القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، حيث أكد بموجب المادة 10 من هذا القانون على وجوب: "... أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبقة بعرض تجاري إلكتروني..."، وبذلك، يتضح أن العرض الإلكتروني في نظر المشرع الجزائري هو بمثابة إيجاب إلكتروني ملزم في المرحلة السابقة على إبرام العقود الإلكترونية، حيث يفرض على كل مورد إلكتروني مراعاة عناصره الجوهرية المحددة قانوناً، بغية تمكين المستهلك الإلكتروني من الإطلاع على كافة البيانات الخاصة بالسلع والخدمات محل التعاقد وبموردها.

1- تعريف العرض التجاري الإلكتروني

للعرض التجاري الإلكتروني أهمية بالغة في تكوين رضا المستهلك الإلكتروني على السلعة أو الخدمة المعروضة عليه عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، حيث يفيد في توضيح مضمون المعاملة الإلكترونية للمستهلك الإلكتروني حتى تكون إرادته حرة وغير مشوبة بأحد عيوب الإرادة الصادرة عن المورد الإلكتروني كالغلط أو التدليس، وبذلك يشكل العرض الإلكتروني إيجاب صادر عن المورد الإلكتروني وموجه إلى المستهلك والذي بدوره إذا وافق على جميع المعلومات والبيانات الجوهرية للسلعة أو الخدمة التي ارتضى اقتناؤها تكون إرادته حرة وقبوله سليم لإبرام العقد والموافقة عليه إلكترونياً.

يتم العرض التجاري الإلكتروني من خلال قيام المورد الإلكتروني بعرض منتجاته سواء كانت سلعة أو خدمة على المستهلك الإلكتروني للتعرف عليها وعلى خصائصها ونوعيتها والاطلاع على بياناتها الجوهرية، وإذا كان العرض التجاري التقليدي (الإيجاب) يُمكن المستهلك من رؤية ومعاينة المنتج مباشرة، فإن الأمر على خلاف ذلك في حالة العرض التجاري الإلكتروني الذي تكون فيه المنتجات معروضة عبر وسائل الاتصال الإلكتروني، وبالتالي لا يمكن للمستهلك الإلكتروني معاينتها والتعرف عليها إلا من خلال ما يقدمه له المورد الإلكتروني من معلومات للإلمام بكل ما يتعلق بالسلعة أو الخدمة.

بناءً على ذلك، يندرج العرض التجاري الإلكتروني ضمن الإعلام الإلكتروني السابق على التعاقد كالتزام يقع على عاتق أحد المتعاقدين (المورد الإلكتروني) بأن يقدم للمتعاقد الآخر (المستهلك الإلكتروني) عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد الرضا السليم والكامل وذلك بإعلامه بكافة التفاصيل المتعلقة بالعقد الإلكتروني قبل إبرامه.

وعليه، يعرف العرض التجاري الإلكتروني بأنه: "التزام قانوني سابق عن إبرام العقد الإلكتروني يلتزم فيه المورد الإلكتروني بإعلام المستهلك الإلكتروني بجميع المعلومات والبيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل المعاملة الإلكترونية التي سيتم إبرامها، بشروط التعاقد وبالمورد الإلكتروني".

2- مضمون العرض التجاري الإلكتروني:

نصت المادة 11 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية البيانات على أنه: "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية:

- رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورد الإلكتروني،
- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي،
- طبيعة، وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم،
- حالة توفر السلعة أو الخدمة،
- كيفيات ومصاريف وآجال التسليم،
- الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي،
- شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع،
- طريقة حساب السعر عندما لا يمكن تحديده مسبقاً،
- كيفيات وإجراءات الدفع،
- شروط فسخ العقد عند الاقتضاء،
- وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية،
- مدة صلاحية العرض، عند الاقتضاء،
- شروط وآجال العدول عند الاقتضاء،
- طريقة تأكيد الطلبية،
- موعد التسليم، وسعر المنتج موضوع الطلبية المسبقة وكيفية إلغاء الطلبية المسبقة عند الاقتضاء،
- طريقة إرجاع المنتج أو استبداله أو تعويضه

- تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها."

يلاحظ من خلال استقراء مضمون المادة أعلاه أن العرض الإلكتروني يتضمن نفس البيانات الواردة في الالتزام بالإعلام، لذلك فهو يخضع للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال إعلام المستهلك، لاسيما منها المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد لشروط وكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، وتمثل مجموع هذه البيانات الحد الأدنى من المعلومات التي يجب أن يعلم بها المستهلك الإلكتروني، فهي كفيلة بتوفير إرادته عند التعاقد، وهي بهذا المعنى تتضمن الشروط الأساسية للعقد حتى يكون إيجابا صحيحا وصالحا لأن يقترن به قبول مطابق ينعقد به العقد.

لذا تعد كل البيانات الواردة في المادة 11 من القانون 05-18 المذكورة أعلاه إلزامية وواجبة في كل عرض إلكتروني تحت طائلة المسؤولية العقدية للمورد الإلكتروني طبقا للمادة 14 من هذا القانون بنصها على أنه: "في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني، يمكن المستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به".

كذلك يتضح من مضمون هذه المادة أن العرض الإلكتروني هو بمثابة إيجاب إلكتروني، بموجبه تتحدد شروط إبرام العقد الإلكتروني من خلال تحديد مواصفات السلعة أو الخدمة وبياناتها باعتبارها محل هذا العقد وكذا تحديد شروط الدفع و تسليم المبيع والآجال الخاصة بالتسليم وطرق الدفع الإلكترونية، بالإضافة إلى المعلومات الأساسية للمورد الإلكتروني الذي تعتبر شخصيته محل اعتبار في إبرام العقود الإلكترونية.

علاوة على ذلك، ألزم المشرع كل مورد الكتروني بأن يقدم عرضه بصورة مرئية أي مكتوبة حتى يتمكن المستهلك من الاطلاع عليه عن طريق النظر، فلا يتصور أن يكون في شكل تسجيل صوتي أو محادثة فقط، كما ألزمه بأن تكون المعلومات الواردة في العرض مفهومة أي واضحة ولا يشوبها أي غموض أو التباس، وكذا مقروءة أي مكتوبة بصيغة تسمح بقراءتها بسهولة.

تجب الملاحظة هنا، إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد اللغة التي يجب على المورد الإلكتروني استعمالها في العرض الإلكتروني، لكنه في المقابل نص بمقتضى المرسوم التنفيذي 13-378 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك في المادة 07 منه بوجوب استعمال اللغة العربية في إعلام المستهلك مع إمكانية استعمال لغة أو عدة لغات أخرى.

من خلال ما سبق، يتضح أن الإيجاب الإلكتروني أو العرض التجاري الإلكتروني في العقود الإلكترونية، يجب أن يتضمن كل العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام هذه العقود (التعريف بالسلع والخدمات وأسعارها - شروط التعاقد والإشكالات المتعلقة به - هوية المورد الإلكتروني) المحددة في المادة 11 من القانون 05-18.

ثانيا: القبول الإلكتروني (الطلبية المقدمة الكترونيا)

القبول هو: "تعبير صادر عن إرادة الشخص الذي وجه إليه الإيجاب يبدي فيه موافقته على التعاقد بنفس الشروط الواردة في الإيجاب"، لذلك فإنه بمجرد تطابق الإيجاب القبول مطابقة تامة ينعقد العقد، أما إذا

عدل القابل من الإيجاب بأن قيد منه أو زاد فيه، فيعتبر في هذه الحالة رفض جزئي للإيجاب يتضمن إيجاب جديد يحتاج إلى قبول له، وهذا طبقاً للمادة 66 ق.م.ج.

1- تعريف القبول الإلكتروني:

يعرف القبول الإلكتروني بأنه ذلك: "القبول الذي يتم التعبير عنه عبر وسائل الاتصال الإلكترونية المختلفة"، وهو بذلك لا يختلف في تعريفه عن القبول التقليدي في القواعد العامة، إلا من حيث الوسيلة المستخدمة في التعبير عنه ألا وهي تقنيات الاتصال الإلكترونية، وهذه الخصوصية تدفعنا للتساؤل عن مدى صلاحية السكوت في التعبير الإلكتروني عن القبول؟

طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني فإن السكوت لا يعتبر قبولاً كأصل عام، لأن السكوت موقف سلبي والقبول باعتباره تعبير عن الإرادة فهو موقف إيجابي، استثناءً من ذلك يمكن اعتبار السكوت قبولاً في بعض الحالات: منها تلك الواردة في المادة 68 ق.م.ج. التي نصت على السكوت الملايس الذي تقترب به ظروف يستشف منها أن له دلالة القبول، وكذا في حالة إتفاق الأطراف على اعتبار السكوت قبولاً، إضافة إلى حالة وجود نص قانوني يعتبر السكوت قبولاً كنص المادة 1/355 ق.م.ج. في البيع بالتجربة.

أما بالنسبة لقانون التجارة الإلكترونية 18-05 سالف الذكر فيستخلص من فحوى المادة 12 منه التي حددت المراحل التي تمر بها طلبية المنتج مؤكدة على ضرورة أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبر عنه صراحة، أن المشرع قد استبعد إمكانية اعتبار السكوت قبولاً في مجال العقود الإلكترونية. علاوة على ذلك، يلاحظ من أحكام قانون التجارة الإلكترونية 18-05 أنه لم يستعمل في نصوصه مصطلح القبول الإلكتروني، في مقابل ذلك عبر عنه بـ "طلبية المنتج المقدمة إلكترونياً"، فما المقصود بها؟

2- تعريف طلبية المنتج المقدمة إلكترونياً:

لم يحدد قانون التجارة الإلكترونية 18-05 المقصود بطلبية المنتج المقدمة إلكترونياً، واقتصر على تعريف الطلبية المسبقة بموجب المادة 06 في فقرتها 07 من ذات القانون على أنها: "تعهد بالبيع يمكن أن يقترحه المورد الإلكتروني على المستهلك الإلكتروني في حالة عدم توفر المنتج في المخزون"، وعليه يمكن للمورد الإلكتروني أن يقترح أو يتعهد بالبيع للمستهلك الإلكتروني عن طريق الطلبية المسبقة وذلك في حالة عدم وجود أو نفاذ المنتج في المخزون.

فبناءً على الطلبية المسبقة التي يقدمها المستهلك يقوم المورد بتوفير المنتج في أقصر وقت ممكن ويضعه في موقعه، ليقوم بعدها المستهلك بتأكيد طلبيته كمرحلة أخيرة لإبرام العقد، وهذا ما يحقق فائدة أكبر للمستهلك الذي تعهد المورد لمصلحته بتوفير المنتج النافذ من المخزون، في مقابل ذلك قد يجد المورد نفسه في مواجهة خطر عدم تأكيد المستهلك للطلبية، مما قد يسبب له خسارة مادية وتضييعاً للوقت والجهد دون فائدة.

3- مراحل تقديم طلبية منتج إلكتروني:

اشترط المشرع الجزائري ضرورة مرور كل طلبية للمنتج إلكترونياً سواء كان سلعة أو الخدمة بثلاثة مراحل إلزامية، نصت عليها المادة 12 من قانون رقم 05-18 السالف الذكر، كما يلي: " تمر طلبية منتج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية:

1- وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية.

2- التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني، لاسيما فيما يخص ماهية المنتجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الإجمالي والوحدوي، والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة.

3- تأكيد الطلبية يؤدي إلى تكوين العقد.

يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه بصراحة.

يجب ألا تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني، أية معطيات تهدف إلى توجيه إختياره.

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد إشتط لتكوين رضا المستهلك الإلكتروني على السلعة أو الخدمة المعروضة عليه عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، أن تمر عملية التعاقد بالمرحل المذكور أعلاه في المادة 12، وبالتالي يتحقق الإيجاب والقبول بين أطراف العقد الإلكتروني.

يتمتع المستهلك الذي يطلع على العرض التجاري الإلكتروني الموجه له بحرية قبول اقتناء السلعة أو الخدمة المعروضة في هذا العرض من عدمه، وهنا تبرز حرية المتعاقدين على أساس مبدأ حرية التعاقد في مرحلة التسويق الإلكتروني، وبالرغم من ذلك تبقى هذه الحرية التعاقدية مقيدة بوجود أن يكون إيجاب المورد الإلكتروني من خلال العرض التجاري الإلكتروني واضح المعالم ونافيا للجهالة بتضمنه للبيانات الجوهرية المحددة في المادة 11 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وبتطابق هذا العرض مع قبول المستهلك الإلكتروني من خلال تقديمه لطلبية المنتج إلكترونياً، ينعقد العقد.

4- شروط تقديم الطلبية المسبقة إلكترونياً:

استناداً إلى المادة 06 في فقرتها 07 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، التي عرفت الطلبية المسبقة، وكذا المادتين 15 و24 من هذا القانون، يمكن استخلاص شروط أو كيفية تقديم الطلبية المسبقة، فيما يلي:

1- يجب على المورد الإلكتروني عدم الموافقة على طلبية منتج غير متوفر في مخزونه،

2- إذا توافر المنتج تتحول الطلبية المسبقة بصفة ضمنية إلى طلبية مؤكدة،

3- لا يمكن أن تكون الطلبية المسبقة محل دفع، إلا في حالة توفر المنتج في المخزون،

4- في حالة دفع المستهلك الإلكتروني لثمن المنتج قبل توفره في المخزون، وجب على المورد إرجاع ذلك الثمن للمستهلك الإلكتروني دون المساس بحقه في التعويض.

ثالثاً: أحكام مجلس العقد الإلكتروني

في غياب أحكام خاصة بمجلس العقد الإلكتروني في القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، تحدد ما إذا يعتبر تعاقد بين حاضرين أو غائبين، وتحدد مكان وزمان إبرام العقد الإلكتروني باعتبارها أهم إشكالية قانونية يثيرها التعاقد الإلكتروني، ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني.

1- تكييف طبيعة مجلس العقد الإلكتروني:

لكي ينعقد العقد يجب أن يتطابق الإيجاب مع القبول، سواء تم هذا التعاقد بين حاضرين أو غائبين، ولما كان التعاقد الإلكتروني يتسم بغياب التلاقي المادي المعاصر بين أطرافه لإعتماده على الوسائط الإلكترونية، فإن ذلك يستدعي منا البحث عن التكييف القانوني لمجلس العقد الإلكتروني.

أ- التعاقد بين حاضرين في مجلس العقد:

يكون التعاقد بين حاضرين عندما يجتمع الطرفين في مجلس العقد، وهذا الأخير نوعين: مجلس عقد حقيقي ومجلس عقد حكمي، ويقصد بالنوع الأول مجلس العقد الذي يضم المتعاقدين فيكونوا على اتصال مباشر، وذلك باجتماعها وتواجدتهما في مكان وزمان واحد.

أما النوع الثاني: فهو ذلك المجلس الذي يجتمع فيه المتعاقدين حكماً وليس حقيقةً من خلال وسيلة اتصال تفاعلية تسمح بتبادلها التعبير عن إرادتهما مباشرة، دون تواجدهما في نفس المكان، مثل الهاتف أو أي طريق مماثل حسب نص المادة 64 ق.م. كالمحادثة الصوتية أو المرئية أو كلاهما التي تتيحها بعض وسائل الاتصال الإلكترونية، بحيث إذا عبر أحد المتعاقدين عن إرادته فإن تعبيره ينتج أثره في الحال وينعقد العقد فوراً بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول.

ومن هنا يتضح أن مجلس العقد الحكمي يتميز بعدم تواجد المتعاقدين في نفس المكان لكن يجمعهما نفس الزمان، أما في مجلس العقد الحقيقي فالمتعاقدان يتواجدان في نفس المكان والزمان.

وعليه، يتضح أنه في التعاقد بين حاضرين لا يوجد فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، بحيث ينعقد العقد بمجرد صدور القبول، سواء كان المتعاقدان في مجلس عقد حقيقي أو حكمي من خلال تعاقدتهما عبر أية وسيلة اتصال تفاعلية.

ب- التعاقد بين غائبين:

يكون التعاقد بين غائبين عندما لا يجمع بين المتعاقدين مجلس عقد لا حقيقةً ولا حكماً، بحيث يكون هناك فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، مثال التعاقد برسالة قصيرة sms أو عبر البريد الإلكتروني (e-mail) أو بالفاكس أو التلكس... إلخ

يستخلص مما سبق بيانه، أن العقد الإلكتروني يعتبر تعاقد بين حاضرين إذا كانت وسيلة الاتصال الإلكترونية تفاعلية، ويعد تعاقد بين غائبين إذا كانت وسيلة الاتصال الإلكترونية غير تفاعلية.

2- تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني:

يشير التعاقد الإلكتروني إشكالية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، فإذا تم التعاقد بوسيلة إلكترونية تفاعلية اعتبر تعاقد بين حاضرين، ويعتد في هذه الحالة بمكان تواجد المتعاقدين في مجلس العقد الحقيقي وبزمان تطابق إرادتهما فيه.

أما إذا أبرم العقد الإلكتروني بوسيلة إلكترونية غير تفاعلية، اعتبر في هذه الحالة تعاقد بين غائبين، وتطبيقاً لنص المادة 67 ق.م. التي أخذ المشرع الجزائري بموجبها بنظرية العلم بالقبول، يعتبر العقد مبرم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، إلا إذا اتفق الطرفان أو نص القانون على غير ذلك، وهذا ما يستشف أيضاً من نص المادة 61 ق.م. التي اعتبرت أن وصول التعبير عن الإرادة (الرسالة) قرينة على علم الموجب بالقبول حتى يثبت العكس.

الفرع الثاني: شروط صحة التراضي في العقود الإلكترونية

لقيام ركن التراضي لا بد أن يكون وجود التراضي صحيحاً، وذلك بصوره من متعاقد له أهلية كاملة، وإرادة لا يشوبها عيب من عيوب الإرادة.

أولاً: الأهلية في العقود الإلكترونية

إن الأهلية المطلوبة لصحة العقد، هي أهلية الأداء ويقصد بها: "صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية والقضائية"، أي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يعتد به القانون حتى يترتب عنه آثاره القانونية.

لم يحدد قانون التجارة الإلكترونية 18-05 أهلية معينة في التعاقد الإلكتروني، مما يعني أن الأهلية المطلوبة في العقود الإلكترونية هي ذاتها الأهلية المطلوبة بشأن العقود التقليدية في القانون المدني.

إن مناط أهلية الأداء هي التمييز لذلك فهي تتأثر بالسن، حيث تكون أهلية الأداء منعدمة لدى الشخص (غير مميز) منذ ولادته إلى بلوغ سن 13، وتكون ناقصة بالنسبة للشخص (المميز) من سن 13 إلى 19 سنة، وتكون كاملة بعد بلوغ سن الرشد وهو 19 كاملة.

وعليه، تكتمل أهلية التعاقد ببلوغ سن الرشد القانوني المحدد بـ 19 سنة كاملة عند التعاقد، مع عدم وجود عارض من عوارض الأهلية التي تعدم أهلية الشخص أو تنقص منها حسبما نصت عليه المادتين 40 و 78 من ق.م.ج، مع العلم أن الأحكام المتعلقة بالأهلية تعتبر من النظام العام، لذلك لا يجوز للأشخاص التنازل عن أهليتهم أو تغيير أحكامها تطبيقاً لنص المادة 45 ق.م.ج.

ولكون التعاقد الإلكتروني يتم عن بعد من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية، مما لا يسمح بالتحقق من شخصية كلا المتعاقدين والتأكد من توافر الأهلية اللازمة لمباشرتهما التعاقد، الأمر الذي يثير إشكال حول كيفية التحقق من أهلية المتعاقدين لاسيما وأنها تمثل أهم الشروط لصحة التعاقد.

بالنسبة للمورد الإلكتروني مقدم السلعة أو الخدمات فإنه وفقا لقانون التجارة الإلكترونية 18-05 من خلال المادة 08 منه التي تستوجب عليه تسجيل نشاط التجارة الإلكترونية في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية أو الحرفية، يمكن التحقق من توافر الأهلية لديه للتعاقد قبل ممارسته لنشاطه.

أما القاصر المرشد المأذون له بممارسة التجارة البالغ من العمر 18 سنة كاملة، فيعتبر كامل الأهلية في حدود التصرفات المأذون له بممارستها في تجارته، وهذا طبقا لنص المادة 05 من القانون التجاري.

وعلى خلاف ذلك، فإن المستهلك المقتني للسلع والخدمات قد تتوفر فيه أهلية التعاقد وقد لا تتوفر كأن يكون ناقص الأهلية أو عديمها مما يؤثر على صحة العقد الإلكتروني الذي يبرمه، وبالنظر لغياب نص قانوني خاص في قانون التجارة الإلكترونية 18-05 يعالج مسألة القاصر الذي يتعاقد إلكترونيا، فإن الأمر يستدعي الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني المقررة لحماية القاصر المتعاقد.

وفقا لأحكام القانون المدني وكذا المادتين 82 و83 من قانون الأسرة، القاصر الذي لم يبلغ سن التمييز تعتبر جميع تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا، أما القاصر المميز فتكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة بطلانا مطلقا إذا كانت ضارة به.

أما التصرفات المالية الدائرة بين الدفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر ويزول حقه في التمسك بالإبطال إذا أجاز التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجارة من الولي أو الوصي، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء.

تأسيسا على ذلك، تسري هذه الأحكام على العقود الإلكترونية التي يكون المستهلك القاصر الإلكتروني طرفا فيها.

من الناحية العملية غالبا ما يتجنب موردي السلع والخدمات إلكترونيا التعاقد مع المستهلك القاصر خشية إبطاله للعقود التي يبرمها معهم، ونظرا لصعوبة التحقق من أهلية المستهلك الإلكتروني يلجأ الكثير منهم إلى وضع تحذيرات على المواقع الإلكترونية يطلب فيها عدم الدخول إليها إلا من قبل الشخص المتمتع بالأهلية القانونية، ويلتزم الشخص المتعاقد بالإفصاح عن أهليته من خلال ملأ نموذج معلومات خاصة به، وإذا تعمد المستهلك القاصر إخفاء نقص أهليته أو عدم توافرها باستخدام طرق احتيالية، جاز للمورد الرجوع بالتعويض على القاصر إذا حكم بطلان العقد، طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

علاوة على ذلك، يمكن معالجة مشكلة تعمد المستهلك الإلكتروني القاصر في إخفاء نقص أو عدم توافر أهليته من خلال الأخذ بنظرية الظاهر، فإذا اختلس القاصر مثلا البطاقة المصرفية الخاصة بوالده واستخدمها مع مورد إلكتروني حسن النية، فيحق لهذا الأخير الدفع بأن القاصر يتوافر فيه مظهر صاحب البطاقة، ومن ثم يحق لهذا المورد الرجوع بالتعويض على القاصر إذا حكم بطلان العقد.

ثانيا: عيوب الإرادة في العقود الالكترونية

لا يكفي لصحة التراضي مجرد تعبير المتعاقدين المتمتعين بالأهلية الكاملة عن إرادته، بل لابد أن تكون هذه الإرادة سليمة، أي خالية من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال الواردة في المواد من 81 إلى 91 من ق.م.ج.

تجدر الملاحظة هنا، إلى أن عيوب الإرادة المعروفة في العقود التقليدية لا تختلف عن عيوب الإرادة في العقود المبرمة عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، غير أن أكثر هذه العيوب شيوعا بالنظر لطبيعة وخصوصية العقود الإلكترونية هي الغلط والتدليس.

المطلب الثاني: المحل في العقود الالكترونية

يمثل المحل أحد أركان العقد الذي لا يمكن ينشأ من دونه، فقيام العقد يستلزم توافر محل يتراضى عليه المتعاقدين، وبالنظر للسمات الخاصة التي تتميز بها العقود الإلكترونية من حيث كونها عقود تبرم عن بعد دون التواجد المادي لأطرافها، فسيتم دراسة هذا الركن من خلال تحديد المقصود بالمحل في هذه العقود، ثم الشروط القانونية اللازمة لتوافر محلها، وكذا أنواع المحل فيها بالمقارنة مع العقود التقليدية.

الفرع الأول: تعريف المحل في العقود الالكترونية

يقصد بمحل العقد العملية القانونية التي اتجهت إرادة المتعاقدين إلى تحقيقها من إبرام العقد، وتتحقق هذه العملية من خلال مجموع الالتزامات التي يرتبها العقد على عاتق طرفيه، أما محل الالتزام فهو الأداء الذي يلتزم بتقديمه المدين المتعاقد لمصلحة المتعاقد الآخر وهو الدائن، ويتمثل في إعطاء مال (سواء كان عقار أو منقول أو مبلغ من النقود) أو القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل.

ولما كان تنفيذ محل التزامات المتعاقدين تهدف إلى تحقيق محل العقد، فإن الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام تحقق بالضرورة الشروط اللازم توافرها في محل العقد، بحيث إذا تخلفت أحد هذه الشروط يبطل محل الالتزام وتبعا لذلك يبطل محل العقد بطلانا مطلقا.

الفرع الثاني: شروط المحل في العقود الالكترونية

نظم المشرع الجزائري شروط محل الالتزام في المواد من 92 إلى 95 ق.م.، وهي ذاتها الشروط الواجب توافرها في محل العقد الإلكتروني ليكون عقداً صحيحاً، وتتمثل في:

- 1- أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود: ويختلف معنى وجود محل العقد بحسب كونه شيئاً أو عملاً، فإذا كان محل العقد شيئاً وجب أن يكون موجوداً وقت التعاقد أو على الأقل أن يكون قابلاً للوجود في المستقبل (شيئاً مستقبلياً قابل للوجود)، وفي هذه الحالة الأخيرة يمكن للمستهلك الإلكتروني تقديم طلبية مسبقة والتي تتحول بصفة ضمنية إلى طلبية مؤكدة بعد توافر المنتج.
- أما إذا كان محل العقد عملاً، فيجب أن يكون ممكن القيام به، فإن كان مستحيلا استحالة مطلقة، بطل العقد بطلاناً مطلقاً.

2- أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين، من خلال تحديد مواصفاته بشكل كامل ودقيق، لأنه إذا كان المحل مجهولاً تعذر تحديده أو تعيينه، وتختلف طريقة تعيين المحل بحسب طبيعته، فإذا تمثل المحل في القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل وجب تحديد طبيعة العمل أو أن يكون قابلاً للتعيين، وإذا كان محل العقد شيئاً فيكفي لتعيينه تحديد نوعه ومقداره ودرجة جودته.

بالنسبة للعقود الإلكترونية فإنه يتم تعيين محلها عبر وسائل الإتصال الإلكترونية، ومن ثم يتعذر فيها على المستهلك رؤية ومعاينة محلها بطريقة مباشرة، لذا فغالبا ما يكون وصفها مصحوباً بصور أو فيديو هات عنها.

3- أن يكون المحل مشروعاً ويختلف معنى المشروعية باختلاف طبيعة محل العقد، فإذا كان عملاً أو امتناعاً عن القيام بعمل، فيشترط فيه ألا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة وهذا حسب نص المادة 93 ق.م.

أما إن كان محل العقد شيئاً فيجب أن يكون جائز التعامل فيه قانوناً، وفي هذه الصدد منع المشرع الجزائري المادتين 03 و05 من القانون 05-18، بعض المنتجات من تسويقها أو التعامل فيها عن طريق وسائل الاتصالات الإلكترونية، لذا فإنه لا يجوز أن تكون محلاً للعقود الإلكترونية، وعليه، يعتبر العقد الإلكتروني الذي يكون محله أحد هذه المنتجات المحظورة عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية محله.

وتشمل المنتجات الواردة في هاتين المادتين منتجات محظورة بحكم القانون كالمنتجات الصيدلانية والمشروبات الكحولية والتبغ، والمنتجات المقلدة، المنتجات الماسة بالأمن العمومي، ومنتجات أخرى محظور التعامل فيها إلكترونياً لأنها لا تصلح بحسب طبيعتها أن تكون محلاً للعقود الإلكترونية، ومن أمثلتها العقارات حيث يشترط القانون على العقود الواردة عليها توافر الكتابة الرسمية أمام الموثق، إضافة إلى إجراء الشهر لدى مصلحة الشهر العقاري.

الفرع الثالث: أنواع المحل في العقود الإلكترونية

بما أن العقود الإلكترونية تتم في بيئة الكترونية افتراضية مختلفة تماماً عن تلك التقليدية، لذا فإنها تتسم بتنوع المنتجات أو الخدمات التي تكون محلها، وعموماً، هناك نوعان من المنتجات أو الخدمات التي يمكن اقتناؤها عن طريق التعاقد الإلكتروني:

أولاً: المنتجات والخدمات الإلكترونية

تتمثل المنتجات الإلكترونية في: "كل منتج خدماتي أو غير مادي يتم إنتاجه بطريقة رقمية أو تحويله في شكل بيانات أو معلومات رقمية، ثم يتم تسويقه عبر شبكة الإنترنت"، لذا فإنه يمكن إرسالها فوراً للمستهلك بمجرد إبرام العقد عبر شبكة الانترنت، ومن أمثلتها: برامج الحاسوب (Software)، برامج التشفير للكمبيوتر والهواتف الذكية (Antivirus)، الكتب الإلكترونية (E-books)، الدورات التعليمية على الانترنت (Online courses)، المحاضرات والمطبوعات الرقمية...إلخ

أما الخدمات الإلكترونية فهي: " تلك الخدمات التي تستخدم تقنيات الاتصالات والمعلومات الحديثة في نقلها أو تقديمها أو تحويلها من خدمات تقليدية إلى إلكترونية في شكل ملفات يتم نقلها عبر شبكة الانترنت"، وتعد هذه الخدمات أهم أنماط التجارة الإلكترونية ومن أبرزها: خدمات الانترنت، التوقيع الإلكتروني، خدمات البريد الإلكتروني، الخدمات المصرفية الرقمية...إلخ

وبصفة عامة، هذا النوع من المنتجات والخدمات لا يثير أي إشكال بالنسبة للمورد عند تنفيذه للعقود الإلكترونية المتعلقة بها لأن عملية عرضها وبيعها واقتناؤها يتم بطريقة الكترونية بحتة، سواء كان العقد الإلكتروني مبرم بين طرفين متواجدين في نفس الدولة، أو كان العقد يتضمن طرف أجنبي.

ثانيا: المنتجات والخدمات غير الإلكترونية

طالما أن هذه المنتجات أو الخدمات لا يمكن تسليمها أو تقديمها إلكترونياً نظراً لعدم إمكانية تحويلها إلى ملفات أو معلومات رقمية، فإن دور التجارة الإلكترونية سيقصر في هذه الحالة على مرحلة تسويقها والاتفاق على أسعارها وطريقة تسليمها و تقديم الطلبية بشأنها وغيرها من الشروط التعاقدية إلى حين مرحلة إبرام العقد، ثم يتم شحنها إلى المستهلك الإلكتروني من خلال وسيلة نقل مناسبة لذلك، سواء كان العقد الإلكتروني مبرم بين طرفين متواجدين في نفس الدولة أو في دولتين مختلفتين.

وعليه، فإن كافة العقود الإلكترونية التي يكون محلها منتجات أو خدمات غير الكترونية يتم تنفيذها مادياً من خلال تسليمها بشكل مادي للمستهلك بعد نقلها إليه عن طريق شركات التوصيل.

المطلب الثالث: السبب في العقود الإلكترونية

يعتبر السبب ركن من أركان العقد فلا وجود للعقد بدون سبب، ولبيان خصوصية السبب في العقود الإلكترونية لابد من تحديد المقصود بالسبب مع بيان شروطه، ثم التطرق لكيفية إثباته.

الفرع الأول : تعريف السبب

يقصد بسبب العقد الباعث الدافع إلى التعاقد أي الغرض الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، فالشخص لا يبرم عقداً من العقود إلا بوجود باعث يدفعه إلى ذلك، ولأنه أمر نفسي يختلف من متعاقد إلى آخر فقد يكون مشروع أو غير مشروع، ولأن القانون لا يعتد بالأمر النفسي، لذا فإنه لا يتعين على المتعاقد أن يصرح بالباعث أو السبب الذي دفعه لإبرام العقد.

أما سبب الالتزام فيتمثل في الغرض الذي يقصد المدين المتعاقد تحقيقه من وراء التزامه، وهو غرض مباشر لا يختلف بالنسبة للمتعاقد إلا باختلاف نوع العقد المبرم، فمثلاً في العقود الملزمة لجانبين يكون سبب التزام كل طرف هو ما التزم به الطرف الآخر، وفي عقود التبرعات يكون السبب هو نية التبرع.

الفرع الثاني : شروط السبب

حدد المشرع الجزائري في المادة 97 ق.م.ج. شرط أساسي لتحقيق ركن السبب، والمتمثل في:

1- أن يكون السبب مشروعاً، أي غير مخالف للنظام العام أو للأداب، ويترتب على عدم مشروعية السبب عدم مشروعية العقد ككل، لذا فإن العقد الذي يكون سببه غير مشروع يعتبر عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً.

علاوة على ذلك، افترضت المادة 98 ق.م. بموجب قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس، مشروعية سبب الالتزام باعتباره الباعث الدافع إلى التعاقد كمعيار لتقدير مدى مشروعية العقد بصفة عامة، كما افترضت أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي له، حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، وإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبب آخر مشروع أن يثبت ما يدعيه.

وبالرغم من الخصوصية التي تنتم بها العقود الإلكترونية، إلا أنها تبقى خاضعة لنفس القواعد العامة للسبب في العقود التقليدية، مما يعني عدم وجود أحكام خاصة بالسبب في مجال العقود الإلكترونية.

المطلب الرابع: ركن الشكل في العقود الإلكترونية (الشكلية الإلكترونية)

طبقاً لمبدأ الرضائية في العقود المنصوص عليه في المادة 59 ق.م.ج.، يكفي كأصل عام توافر التراضي والمحل والسبب لقيام العقد صحيحاً ومرتباً لآثاره، استثناءً من ذلك إذا استلزم القانون توافر شكلاً معيناً لعقد ما بحيث لا يتم العقد إلا باستكمالها، أو اتفق عليه المتعاقدان على إبرام العقد وفق شكل معين يتفقان عليه، فإن هذا العقد لا ينعقد إلا إذا كان مستوفياً لجميع أركانه من تراضي ومحل وسبب وشكل، وفي هذه الحالة تعد الشكلية ركن من أركان العقد ويطلق عليها بشكلية الانعقاد، ومن ثم يعتبر هذا العقد من العقود الشكلية.

يستلزم المشرع ركن الشكل في بعض العقود تحقيقاً للمصلحة العامة، وكذا لتنبيه المتعاقدين إلى خطورة التصرف القانوني المقدمان عليه خاصة إذا كانت المحل ذو قيمة اقتصادية كبيرة من خلال الكتابة الرسمية كالعقارات مثلاً، وأيضاً حماية للغير حسن النية في العقود التي تتعلق بها حقوقهم، وكذلك لتسهيل الإثبات في حالة وقوع نزاع بين المتعاقدين، كما هو الحال في العقود الإلكترونية التي تعثرها الكثير من المخاطر الناجمة عن طبيعة التعاقد في العالم الافتراضي، فهل يقتضي إبرامها توافر شكلية معينة؟

استناداً لنص المادة 19 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، يتضح بوضوح موقف المشرع الجزائري من اعتبار العقود الإلكترونية عقود شكلية، وذلك من خلال إلزام المورد الإلكتروني بمجرد إبرام العقد، بإرسال نسخة الكترونية من العقد إلى المستهلك الإلكتروني.

كما يتضح من مضمون هذه المادة أن الشكلية اللازمة لإبرام العقود الإلكترونية هي شكلية مباشرة تتمثل في الكتابة الإلكترونية، لكن ما هو نوع هذه الكتابة عرفية أو رسمية؟

يتضح من خلال منع المشرع الجزائري بموجب المادة 03 من القانون 05-18 إبرام العقود التي تتطلب إعداد عقد رسمي¹ إلكترونياً، أن الكتابة الإلكترونية المقصودة في المادة 19 هي الكتابة العرفية.

1- من أمثلة العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية لإنعقادها حسب نص المادة 324 مكرر 1 ق.م.، العقود المتضمنة نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محالات تجارية أو صناعية أو تنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار صناعية أو زراعية... إلخ

علاوة على ذلك، أخضع المشرع الجزائري صراحة بموجب المادة 323 مكرر 1 ق.م. الكتابة الالكترونية لنفس الشروط التي يعتد بها في الورقة العرفية ألا وهي الكتابة والتوقيع، ولتتمتع الكتابة الالكترونية بنفس الحجية وقوة الإثبات التي تتمتع بها الكتابة العرفية، اشترطت هذه المادة توافر شرطين:

1. إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها بصورة قاطعة.

2. أن تكون الكتابة الالكترونية معدة ومحفوظة بأجهزة تضمن سلامتها.

المبحث الثاني: حق العدول عن العقد الالكتروني

يعتبر الحق في العدول آلية مستحدثة في القانون الجزائري، ولدراسة أحكامه لابد من تحديد مفهومه ونطاق تطبيقه في مجال العقود الالكترونية، مع إبراز إجراءات ممارسته والآثار المترتبة عنها.

المطلب الأول: مفهوم حق العدول عن العقد الالكتروني

لتحديد مفهوم شامل وواضح لحق العدول عن العقد الالكتروني، سيتم التعرض بداية لتعريفه من الناحية القانونية والفقهية، ثم تبيان طبيعته القانونية.

الفرع الأول: تعريف حق العدول عن العقد الالكتروني

عرف المشرع الجزائري بموجب المادة 19 الفقرة 2 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم بمقتضى القانون 18-09، الحق في العدول على النحو التالي: " العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب ".

أما القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية فلم يتطرق صراحة للحق في العدول، ومع ذلك كرسه بصفة ضمنية في المادة 22 منه التي نصت على أنه: " في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لأجل التسليم، يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتج على حالته في أجل أقصاه 04 أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج، دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر"، مشيراً إلى تحديد شروط وكيفيات ممارسة هذا الحق وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية عن طريق التنظيم.

ومن الناحية الفقهية، فقد اختلفت آراء الفقهاء حول تعريف الحق في العدول مع تبيان مسمياته، بين الحق في الرجوع أو التراجع، والحق في العدول، والحق في إعادة النظر، فعرّفه البعض على أنه: "وسيلة بمقتضاها يسمح للمستهلك الإلكتروني بأن يعيد النظر من جديد ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به مسبقاً، بحيث يستفيد من مهلة التفكير في خلالها ليكون بوسعه الرجوع عن التزامه الذي سبق وأن ارتبط به".

كما عرّفه جانب آخر من الفقه بأنه: "حق مقرر لأحد المتعاقدين (المستهلك الإلكتروني) يستعمله بإرادته المنفردة خلال مدة زمنية محددة، يتيح له إما: نقض العقد والتحلل من التزاماته العقدية بأثر رجعي لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، وإما: استبدال الشيء محل التعاقد إن كان قابلاً للاستبدال".

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحق العدول عن العقد الالكتروني

يُكَيَّفُ العدول عن العقد في نظر المشرع الجزائري بموجب المادة 19 الفقرة 2 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل، على أنه **حق مقرر للمستهلك** في التراجع عن اقتناء منتج ما، خلال آجال محددة قانوناً، وعلى منتوجات محددة قانوناً، دون وجه سبب.

تأسيساً على ذلك، يتصف الحق في العدول عن العقد الإلكتروني بأنه حق إرادي محض ممنوح لمصلحة المستهلك للتراجع عن العقد، يستعمله بمحض إرادته المنفردة خلال المدة المقررة له قانوناً، ودون التزامه بتقديم الأسباب التي دفعته لهذا العدول، وهو بذلك لا يتعارض مع مبدأ القوة القانونية الملزمة للعقد، لأنه مجرد استثناء اقتضته ضرورة حماية المستهلك الإلكتروني.

المطلب الثاني: مجال ممارسة حق العدول عن العقد الإلكتروني وآثاره

يعد حق العدول عن العقد الإلكتروني من أكثر الوسائل الفعالة لحماية رضا المستهلك الإلكتروني والملائمة لخصوصية هذا العقد، لذا حرصت العديد من التشريعات التي أقرته على تنظيمه تنظيمًا دقيقًا للحد من خطورته حتى لا يمس بمبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك من خلال تحديد مجال تطبيق هذا الحق وكيفية ممارسته والآثار المترتبة عنه.

الفرع الأول: مجال ممارسة حق العدول عن العقد الإلكتروني

حق العدول هو حق اختياري مقرر لمصلحة المستهلك الإلكتروني في العقود الإلكترونية دون سواه، ويمارسه باعتباره الطرف الضعيف الذي يفقد للمعلومات المتعلقة بمحل هذه العقود خلال مدة زمنية محددة، دون إلزامه بتقديم الأسباب التي دفعته إلى ذلك.

وتأكيداً على ذلك نصت المادة 03/19 من القانون 03-09 المعدل والمتمم على أنه: **"للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية."**

الفرع الثاني: كيفية ممارسة الحق في العدول عن العقد الإلكتروني

بالرغم من اعتراف المشرع الجزائري بحق العدول عن العقد بشكل صريح بموجب المادة 02/19 من القانون 03-09 المعدل والمتمم، والتي أحالت مسألة تحديد ممارسة هذا الحق وكيفياته وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعينة إلى التنظيم، إلا أن هذه المادة بقيت دون تطبيق لحد الآن بسبب عدم صدور أية نصوص تنظيمية تطبيقاً لها، أما القانون التجارة الإلكترونية 05-18 فلم يعترف بالحق في العدول صراحة في إطار العقود الإلكترونية، مكتفياً بالإشارة إليه ضمناً في فحوى المادة 22 منه.

وفي ظل غياب نصوص تنظيمية تحدد إجراءات خاصة تبين كيفية ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن العقد تطبيقاً لأحكام القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم، وكذا تكريس صريح لهذا الحق لمصلحة المستهلك الإلكتروني بموجب قانون التجارة الإلكترونية 05-18، يراعى فيه خصوصية ممارسة حق العدول في التعاقد الإلكتروني، يمكن القول أن الشرط الوحيد لممارسة المستهلك الإلكتروني لهذا الحق هو احترام الآجال القانونية المحددة بموجب المادة 22 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ألا وهي أجل 04 أيام عمل تحتسب ابتداءً من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج.

غير أنه بالرجوع لمضمون المادة 23 من قانون التجارة الإلكترونية 18-05 التي نصت على أنه: " يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي في مدة 04 أربعة أيام كحد أقصى ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج مع الإشارة لسبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني"، فيلاحظ أن مدة أربعة أيام المذكورة فيها ليست بمدة العدول، لأن المستهلك ملزم بموجب هذه المادة بتبرير سبب عدوله وذلك بإثبات عدم مطابقة المنتج أو أنه منتج معيب، والأصل في حق العدول أنه آلية قانونية مقررة لمصلحة المستهلك الإلكتروني تمكنه من الرجوع عن العقد دون ذكر الأسباب، وهذا ما أكدته المشرع في الفقرة الثانية من المادة 19 من القانون 09-03 بنصها على أنه: " العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب"، أي دون إلزامه المستهلك بتقديم الأسباب التي دفعته إلى استعمال حقه في العدول.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن ممارسة الحق في العدول عن العقد الإلكتروني

يترتب على ممارسة الحق في العدول عن التعاقد انحلال العقد المبرم بين المتعاقدين وزواله، وبذلك تعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وتسري هذه الآثار على طرفي العقود الإلكترونية طبقاً لنص المادة 22 من القانون 18-05، وذلك على النحو التالي:

أولاً: بالنسبة للمورد الإلكتروني

يلتزم بإرجاع المبلغ المدفوع وكذا النفقة المتعلقة بإعادة إرسال المنتج للمستهلك الإلكتروني خلال أجل 15 يوم ابتداء من تاريخ استلامه للمنتج.

ثانياً: بالنسبة للمستهلك الإلكتروني

يحق للمستهلك الإلكتروني بإرادته المنفردة ممارسة حقه في العدول والرجوع عن العقد الذي أبرمه ويتحلل من تنفيذه، دون أن يلتزم بتقديم الأسباب التي دفعته لهذا الرجوع، ودون أن يتوقف استعماله لهذا الحق على قبول (المورد الإلكتروني) الطرف الآخر في العقد، ودون تحمل مصاريف الإرجاع، بشرط أن يمارس هذا العدول خلال المدة الزمنية القانونية المقررة لمصلحته.

في مقابل ذلك، يلتزم المستهلك الإلكتروني بإعادة إرسال المنتج على حالته في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم، ضمن الآجال القانونية المحددة لممارسة هذا الحق، وذلك دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر.

المحور الرابع: التنظيم القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية

لقد ساهم التطور الهائل في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في ظهور وسائل وأدوات تكنولوجية حديثة ذات استخدامات واسعة النطاق في جميع المجالات بما فيها مجال الإدارة، الأمر الذي أدى إلى إعادة النظر في وظائف الإدارة التقليدية حتى تتماشى ومتطلبات هذا التطور الذي أتاح إجراء مختلف التعاملات الإدارية إلكترونياً.

وعلى إثر هذا التطور ظهر نمط جديد للتعاقد في مجال المعاملات الإدارية على غرار العقود التجارية الإلكترونية، وهو التعاقد الإداري الإلكتروني والذي كرسه المشرع الجزائري في مجال إبرام الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الملغى بالمرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وكذا في القانون الجديد 23-12 المؤرخ في 05 أوت 2023 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

ولدراسة التنظيم القانوني لإبرام العقود الإلكترونية الإدارية، سيتم بداية تحديد مفهوم هذه العقود المستحدثة، ثم تبيان شروط إبرامها وأهم تطبيقاتها في القانون الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم العقود الإدارية الإلكترونية

بظهور تكنولوجيا المعلومات والاتصال وتحول أغلب الأعمال والمعاملات من الصورة الورقية إلى الصورة الإلكترونية، الأمر الذي ساهم في تطويرها وإدخال مفاهيم جديدة عليها، ظهر ما يسمى بالعقد الإداري الإلكتروني على غرار العقد التجاري الإلكتروني، والذي أصبح يشكل ضرورة ملحة للإدارة لتكريس تحولها الإلكتروني من إدارة ورقية إلى إدارة الكترونية، فما المقصود بهذا العقد؟ وما مدى خصوصيته عن العقود الإدارية التقليدية؟

المطلب الأول: تعريف العقد الإداري الإلكتروني

العقد الإداري بمفهومه التقليدي هو: "ذلك العقد الذي يتم إبرامه من طرف شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة أو تسيير مرفق عمومي مع وجوب أن تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمينه شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص".

بالنسبة للعقد الإلكتروني فقد سبق وأن عرفناه بأنه "العقد الذي يتم إبرامه عن بعد باستخدام وسيلة اتصال إلكترونية سواء بين أشخاص يتواجدون في نفس الدولة أو في دول مختلفة".

أما العقد الإداري الإلكتروني فهو ذلك: "العقد الذي يبرم عن بعد من خلال وسائط الكترونية بين أحد أشخاص القانون العام وشخص آخر عام أو خاص سواء كان ذلك أصالة أو من خلال تفويض صريح أو ضمني من الشخص العام، وذلك بهدف إدارة مرفق عام أو تسييره بمقابل، مع تضمين العقد شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في المعاملات الإلكترونية في القانون الخاص".

وعليه، يمكن استخلاص تعريف للعقد الإداري الإلكتروني بأنه ذلك: "العقد الذي يبرمه شخص عام بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً بقصد إدارة أو تسيير مرفق عام، على أن يلجأ هذا الشخص إلى استخدام وسائل القانون العام في إبرامه من خلال تضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص".

ومن هذا المنطلق يتضح أن العقد الإداري الإلكتروني في مضمونه لا يختلف عن العقد الإداري التقليدي إلا من حيث وسيلة التعاقد فقط، فالعقود الإدارية التقليدية تبرم وفقاً للإجراءات والطرق التقليدية التي تعمل بموجبها الإدارة الورقية التقليدية والتي تستند إلى الوثائق والمستندات الورقية، في حين يتم إبرام العقود الإدارية

الإلكترونية وفقا للأساليب التكنولوجية المستحدثة بموجب الإدارة الإلكترونية، وذلك من خلال وسائل الكترونية بعيدة عن التبادل المادي للأوراق والوثائق اللازمة لإبرام العقد ودون الحاجة إلى التعامل المباشر بين طرفي العقد.

المطلب الثاني: خصائص العقد الإداري الإلكتروني

من خلال التعاريف السابقة، يتضح أن العقد الإداري الإلكتروني يتميز بالخصائص التالية:

1- **عقد ملزم لجانبين:** يعتبر العقد الإداري الإلكتروني من العقود الملزمة للطرفين التي ترتب التزامات متبادلة على عاتق كل من الإدارة والطرف الآخر المتعاقد معها، وهذه العقود قد يتم إبرامها وتنفيذها كلية عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، كما قد يتم إبرامها الكترونيا أما تنفيذها فيتم بطريقة مباشرة وتقليدية.

2- **عقد يبرم عن بعد:** تتميز العقود الإدارية الإلكترونية بكونها من العقود التي تتم عن بعد أو عقود المسافة، وهي ذات الخاصة التي تتميز بها العقود الإلكترونية المتعامل بها في القانون الخاص.

3- **عقد واسع المجال:** يتميز العقد الإداري الإلكتروني بتوسع مجاله وذلك بالنظر لارتباطه بتحقيق المصلحة العامة من جهة، وبتوسع مجال الاختيار أمام الإدارة العامة من جهة أخرى، حيث أصبح بإمكان الإدارة استعراض العديد من خيارات التعاقد على شاشة جهاز الحاسوب، الأمر الذي من شأنه تدعيم مبدأ تكافؤ الفرص أمام المتعاملين المتعاقدين مع الإدارة العامة، ويفتح أمامهم المجال للعرض الواضح والمفصل لكافة منتجاتهم وخدماتهم بحرية دون أي تمييز أو قيود، كما يسمح للإدارة العامة بالاطلاع المفصل والاختيار الدقيق لما يناسبها.

4- **العقد الإداري الإلكتروني يتميز بطابع خاص** فهو يحمل خصائص العقد الإداري من جهة، وخصائص العقد الإلكتروني من جهة أخرى، الأمر الذي يجعله يخضع لقواعد خاصة في انعقاده وطرق إبرامه.

المبحث الثاني: شروط إبرام العقود الإدارية الإلكترونية

لدراسة شروط إبرام العقد الإداري الإلكتروني سيتم التطرق بداية لأركان قيام هذا العقد ثم تحديد القيود الواردة على حرية التعاقد في إطار قانون الصفقات العمومية، وهذا على النحو التالي:

المطلب الأول: أركان قيام العقد الإداري الإلكتروني

تقوم العقود بصفة عامة بما فيها العقود الإدارية على أركان هي: التراضي والمحل والسبب، وتخضع هذه الأركان لنفس الأحكام القانونية الواردة في القانون المدني، وقد سبق ذكرها في أركان عقود التجارة الإلكترونية. وبالنظر لخصوصية العقد الإداري الإلكتروني، يطرح التساؤل حول مدى توافر ركن الشكلية في هذا العقد؟

المطلب الثاني: الشكلية في العقد الإداري الإلكتروني

تخضع العقود الإدارية كأصل عام لقاعدة التحرر من الشكليات، فإذا لم يشترط المشرع صراحة إجراء شكلياً معيناً في إبرام عقد معين، فإنه يكفي توافق إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية، وبالتالي يجوز التعبير عن كل منهما بالكتابة أو اللفظ أو الإشارة المتداولة عرفاً.

فما مدى تطبيق هذه القواعد على العقد الإداري الإلكتروني، وما هو الشكل المطلوب لانعقاد هذا العقد؟ للإجابة على هذا التساؤل ونظراً للخصوصية التي يتمتع بها العقد الإداري الإلكتروني فإن الكتابة الإلكترونية وللتوقيع الإلكتروني تأثير كبير على شكليات العقد الإداري الإلكتروني، لأن جميع المحررات والمستندات والوثائق التي يتبادلها الأطراف عند إبرام العقد الإلكتروني يمكن تحويلها إلى محررات الكترونية بعد توثيقها بتوقيع الكتروني محمي من طرف جهات قانونية باعتماد شهادات التوثيق، الأمر الذي يؤدي إلى اعتبار العقد الإداري الإلكتروني عقداً شكلياً.

وقد أكد المشرع الجزائري على شكلية العقود الإدارية الإلكترونية من خلال نص المادة 02 من القانون 12-23 التي عرفت الصفقات العمومية على أنها: "عقود مكتوبة، تبرم بمقابل، من قبل المشتري العمومي المسمى "المصلحة المتعاقدة"، مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر والمسمى "المتعامل المتعاقد" لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال والوظائف والخدمات والدراسات، وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفي التشريع والتنظيم المعمول بهما."

المطلب الثالث: الضوابط القانونية لإبرام العقد الإداري الإلكتروني

تلجأ الإدارة لإبرام تعاقداتها من أجل تحقيق المصلحة العامة، لذلك أخضعت قواعد القانون الإداري حرية الإدارة في التعاقد لمجموعة من المبادئ أو القواعد العامة تحقيقاً لهذا الغرض، وذلك على نقيض القواعد العامة في القانون الخاص التي تركز حرية التعاقد في حدود النظام العام والآداب العامة.

يخضع العقد الإداري الإلكتروني كذلك لهذه الضوابط المقيدة لحرية التعاقد التي تقوم عليها العقود الإدارية عموماً، إضافة إلى القواعد الجديدة التي تقتضيها خصوصية العقد الإداري الإلكتروني لاسيما منها القواعد أو الشكليات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية.

وفي هذا الصدد، نصت المادة 05 من القانون 12-23 على أنه لضمان نجاعة الصفقات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يخضع إبرام الصفقات العمومية للمبادئ الآتية : حرية الوصول إلى الطلبات العمومية (حرية المنافسة)، المساواة في معاملة المرشحين، شفافية الإجراءات. وعليه، تمثل هذه المبادئ ضوابط قانونية من الواجب مراعاتها في مجال الصفقات العمومية، بالإضافة إلى مبدأ السرية.

1- مبدأ حرية المنافسة:

يقصد بهذا المبدأ إتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيه شروط المناقصة لكي يتقدم بعبثائه، وهو القصد الأساسي من جعل أسلوب المناقصة العامة الأصل العام في تعاقدات الإدارة حتى تتسع أمام هذه الأخيرة فرص اختيار أفضل المتعاقدين، ولذا فإن هذا المبدأ يجد حظه الحقيقي بالنسبة للمناقصات العامة بصفة خاصة

مقارنة بالمناقصات المحلية والمحدودة التي وإن كانت المنافسة غير غائبة فيها، إلا أنها قاصرة على أشخاص معينين ومعروفين سلفاً للإدارة.

وبالرغم من ذلك، فإن هذا المبدأ لا يعني انعدام سلطة الإدارة في تقدير صلاحية المتقدمين وكفاءتهم على ضوء مقتضيات المصلحة العامة، بل تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في استبعاد غير الأكفاء وغير الصالحين للتعاقد، ويمكنها استعمال هذا الحق في جميع مراحل العملية التعاقدية، سواء قبل التقدم بالعطاءات أو بعد التقدم بها وخلال مرحلة فتح العطاءات أو البت في المناقصة.

يرتبط هذا المبدأ كثيراً بمبدأ العلانية في مجال إبرام العقود الإدارية، من خلال إعلان الإدارة عن رغبتها في التعاقد مع تحديد شروط والإجراءات التي يتعاقد على أساسها المتنافسين معها، فضلاً عما يوفره للإدارة من اختيار أفضل للعروض.

غير أنه بعد إدخال الوسائط الإلكترونية في إبرام العقود الإدارية، أثر ذلك على مبدأ حرية المنافسة الذي أصبح يطبق بشكل أوسع، مما يتيح للإدارة فرصة اختيار أفضل العروض مالياً وفنياً، حيث ساهم في فتح باب التفاوض بين الإدارة والمتعاقد من أجل الحصول على أفضل العروض، فضلاً عن أن الإعلان على شبكة الإنترنت متاحة لاطلاع كافة الأشخاص في الداخل والخارج، يعطي فرصة لجميع المؤسسات سواء كانت صغيرة أو كبيرة للاشتراك في العملية التي تتقدم بها الإدارة، وبالتالي يسهل التفاوض بينهما عن طريق البريد الإلكتروني أو الموقع الإلكتروني أو المحادثة... إلخ

2- مبدأ السرية:

يقصد بمبدأ السرية في مجال المناقصات، أن توضع جميع العطاءات في الأظرفة مغلقة مجهل العلم بمضمونها بالنسبة للإدارة وبالنسبة للمناقصين فيما بينهم، وتظل كذلك حتى وقت فتح الأظرفة عن طريق لجنة الفتح.

يعد هذا المبدأ مكماً لمبدأ الحرية في دخول المنافسة بين المناقصين، وبالتالي يشكل إلى جانب المبدأ الأول ضماناً هامة من ضمانات تحقيق المصلحة العامة في إطار إبرام العقود الإدارية عموماً والعقد الإداري الإلكتروني خصوصاً، الأمر الذي يقتضي وجوب احترامها من الكل سواء من المناقصين أو من الإدارة حتى ولو لم ينص عليها القانون، كونها من المبادئ التي استقر عليها القضاء الإداري.

وبالتالي، فإن تطبيق هذا المبدأ في مجال العقد الإداري الإلكتروني وبالنظر للخصوصية التي يتمتع بها هذا العقد، يضمن الحصول على أفضل العروض المالية والفنية للإدارة لاسيما وأن المنافسة في هذا الشأن تتم عبر وسائط إلكترونية.

3- مبدأ الشفافية:

مبدأ الشفافية يقصد به ضرورة احترام شروط ومواعيد المناقصة بالنسبة لكافة المناقصين دون تفرقة، كما لا يجوز للإدارة كقاعدة عامة أن تتفاوض مع أحد المناقصين في شأن تعديل عطاءه في خارج الاستثناءات التي يقررها المشرع على هذه القاعدة العامة.

وقد كرست هذا المبدأ المادة 46 من القانون 23-12 بنصها على أنه: "يكون اللجوء إلى الإشهار إلزامياً عن طريق النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعن طريق الصحافة المكتوبة والصحافة الإلكترونية... يكون اللجوء إلى الإشهار إلزامياً أيضاً عن طريق البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية..."

4- مبدأ المساواة:

يقصد بالمساواة في هذا المجال منح نفس الفرصة لكل من يتقدم للتعاقد مع الإدارة دون تمييز في المعاملة بين شخص وآخر، بحيث لا يتم إعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون الآخرين، أو طلب إجراءات إضافية من بعض المتعاقدين دون الآخرين، ويقوم هذا المبدأ على أساس وقوف الإدارة موقفاً محايداً إزاء المتنافسين، فالأصل أنها ليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير فئات المناقصين التي تدعوها، وتلك التي تتبعها.

وقد كرست المادة 2/43 من القانون 23-12 هذا المبدأ بنصها على أنه: يجب أن يستند تقييم الترشيحات إلى معايير غير تمييزية، لها علاقة بموضوع الصفقة ومتناسبة مع مداها.

المبحث الثالث: تطبيقات العقود الإدارية الإلكترونية في الجزائر

تم تكريس التعاقد الإلكتروني في مجال إبرام الصفقات العمومية في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وذلك من خلال الباب السادس المعنون بـ "الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية" المتضمن المادتين 173 و174، كما أكد هذا المرسوم على إنشاء بوابة الكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية.

وقد تم إلغاء هذا المرسوم في 2015 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي أكد المشرع الجزائري من خلال الفصل السادس منه "تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية" تبنيه للتعاقد الإلكتروني في المجال الإداري بصورة أكثر دقة ووضوح في المواد من 203 إلى 206 منه.

وفي هذا الصدد، نصت المادة 204 منه أن وضع وثائق الدعوة للمنافسة من طرف المصالح المتعاقدة بالطريقة الإلكترونية يجب أن يتم حسب جدول زمني يتم تحديده من طرف وزير المالية، ويتم الرد على الدعوة للمنافسة من طرف المتعهدين والمترشحين حسب نفس الجدول وبطريقة الكترونية أيضاً، وأكد أن كل العمليات الخاصة بالإجراءات على حامل ورقي سيتم تكييفها بما يتوافق والإجراءات الجديدة المعتمدة في إطار الطريقة الإلكترونية، ولاختصار الإجراءات الروتينية المعهودة في التعاقد الورقي نصت المادة 205 أن المصالح المتعاقدة وفي إطار التعامل الجديد لا تطلب من المتعهدين الوثائق التي يمكنها طلبها بالطريقة الإلكترونية.

وتأكيداً لتوجه الدولة نحو التعامل الإلكتروني في المجال الإداري، صدر مؤخراً القانون الجديد 23-12 المؤرخ في 05 أوت 2023 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، والذي كرس هو الآخر هذا النظام الجديد في التعاقد الإداري، من خلال المواد من 105 إلى 107 منه ضمن الفصل الثاني من الباب السادس المعنون بـ "الرقمنة في مجال الصفقات العمومية".

وطبقاً لأحكام القوانين سألغة الذكر في مجال الصفقات العمومية، تتمثل أهم تطبيقات العقود الإلكترونية الإدارية في الجزائر فيما يلي:

المطلب الأول: إجراء التفاوض لإبرام العقد الإداري الإلكتروني

إجراء التفاوض هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل اقتصادي واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة، ويمكن أن يكتسي هذا الإجراء شكل التفاوض المباشر أو التفاوض بعد الاستشارة.

1- إجراء التفاوض المباشر:

وفقاً لهذا الأسلوب تقوم الإدارة بالتعاقد مباشرة مع شخص معين أو شركة معينة بدون الالتزام بإجراءات مسبقة كما هو الحال بالنسبة للمناقصة، حيث تتمتع الإدارة بموجبه بحرية كبيرة في اختيار المتعاقد معها لا يقيد بها في ذلك سوى اعتبارات المصلحة العامة.

يعد إجراء التفاوض المباشر قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 41 من القانون 12-23، من بينها:

- عندما لا يمكن تنفيذ العمليات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو ثقافية وفنية.
- عندما يتعلق الأمر بترقية المؤسسات الناشئة الحاملة للعلامة مقدمة الخدمات في مجال الرقمنة والابتكار، بشرط أن تكون الحلول المقدمة فريدة ومبتكرة.
- في حالة تمويل مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها...

يتناسب هذا الأسلوب مع طبيعة العقد الإداري الإلكتروني حيث يتم مباشرة بين الإدارة والمرشح، وذلك بإعلان إيجابه الإلكتروني من خلال الموقع الإلكتروني أو البريد الإلكتروني، وتقوم الإدارة بعدها بالتفاوض مع المتعاقد بإرسال القبول من خلال الوسيط الإلكتروني، فينقذ العقد بمجرد علم المرشح بذلك.

2- إجراء التفاوض بعد الاستشارة:

تنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة، ويسمح إجراء التفاوض للمصلحة المتعاقدة بالتفاوض بشأن الأسعار وشروط تنفيذ الصفقة العمومي، وتلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إجراء التفاوض بعد الاستشارة في الحالات الواردة في المادة 42 من بينها:

- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية،
- في حالة صفقات الدارسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب عروض، وتحدد خصوصية هذه الصفقات بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.

- في حالة صفقات الأشغال المتصلة بممارسة المهام السيادية للمؤسسات التابعة للدولة...

وفيما يخص العقد الإداري الإلكتروني فإن هذا الأسلوب يتناسب مع طبيعة هذا العقد ويتم بعيداً عن الإجراءات المعقدة التي تحكم العقود الإدارية، وقد تلجأ إليه الإدارة في حالات الاستعجال، أو في حالة رغبتها القيام بدراسات معينة قبل تحديد صورة النهائية للعقد.

المطلب الثاني: المناقصة الإلكترونية

تعتبر المناقصة الإلكترونية الأسلوب الأكثر استخداماً في التعاقد الإداري الإلكتروني، وتتمثل في مجموعة الإجراءات التي يحددها القانون بقصد الوصول إلى أفضل المتنافسين سعراً وشروطاً للتعاقد معه، ويشكل هذا الأسلوب القاعدة العامة لإبرام الصفقات العمومية في التشريع الجزائري.

تعرف المناقصة أو طلب العروض حسب المادة 38 من القانون 12-23 بأنه: "إجراء يستهدف الحصول على عدة عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة العمومية دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استناداً إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء".

تأسس على ذلك، يعد طلب العروض الإلكتروني: إجراء يتم عن طريق استعمال وسائط الإلكترونيات تفصح من خلالها الإدارة عن إرادتها لإبرام العقود الإدارية عن طريق المناقصة الإلكترونية، وبذلك تعد الإدارة طرف أساسي من خلال الإفصاح عن إرادتها عن طريق الدعوة للتعاقد تحدد فيها نوع العقد المراد إبرامه، من خلال الإعلان الذي يظهر النية الصريحة في التعاقد.

وتتمثل إجراءات طلب العروض الإلكتروني، فيما يلي:

1- الإعلان الإلكتروني عن المنافسة: الإعلان هو الدعوة إلى طلب الخدمات وغيرها من القيم المالية التي يدعون فيها المتعاقدين من خلال العقود الإلكترونية التي تنفذ عبر شبكة الانترنت، وتطبقاً لذلك نصت المادة 107 من القانون 12-23 على أنه: "يجب على المصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية، حسب جدول زمني يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية.

يجب على المرشحين أو المتعهدين للصفقات العمومية الرد على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية، حسب الجدول الزمني المذكور سابقاً.

يمكن أن تكون كل عملية خاصة بالإجراءات على دعامة ورقية محل تكييف مع الإجراءات على الطريقة الإلكترونية.

وعليه، فإن الإعلان عن المناقصة الإلكترونية في العقد الإداري الإلكتروني ما هو إلا دعوة للتعاقد مع الإدارة ولا يعتبر إيجاباً فالإيجاب يتقدم به مقدم العطاء ويجب أن يتم وفقاً للشروط القانونية، وتقوم الإدارة بالإعلان عن تقديم العطاءات عبر موقعها الإلكتروني.

2- مرحلة تقديم العطاءات الكترونيا: أجاز قانون الصفقات العمومية تقديم العروض أو العطاءات بالطريقة الالكترونية من قبل المتعهدون أو المترشحون في الصفقات العمومية، مع ضرورة أن تتضمن البيانات الضرورية كاسم الشركة أو الهيئة أو اسم الشخص الطبيعي الذي يمثلها أو البريد الالكتروني للهيئة حتى يتسنى التراسل معها.

3- مرحلة اختيار المتعاقد الكترونيا: يتم ذلك وفقا لأحكام المواد من 51 إلى 55 من القانون 12-23 فيما يخص المشرع الجزائري فيما يخص فتح الأظرفة حيث تعقد جلسة علنية ويكون ذلك بحضور مقدمي العروض أين تفتح الأظرفة المتأهلة فنيا ثم الأظرفة المتأهلة ماليا وذلك من خلال مرحلتين حيث تتدخل هذه اللجنة في إطار الرقابة الداخلية ويحدد المسؤول عن المصلحة المتعاقدة بموجب مقرر تشكيلة اللجنة في إطار الإجراءات القانونية والتنظيمية المعمول بها.

4-إرساء طلب العروض: تعتبر المرحلة التي يختار فيها المتعاقد مع الإدارة وفي مجال الإرساء وجب الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم انعقاد العقد الإداري الالكتروني.