

مقدمة :

كبدأ، الإشهار أو الإعلان⁽¹⁾ لا يخضع إلى أي قيد باعتباره يعمل في نطاق بيئة تجارية و اقتصادية طبيعتها الجوهرية الحرية المطلقة، و يشكل الإشهار نشاطا اقتصاديا و خدمة تندرج في منطق حرية تقديم الخدمات ، و بذلك فهو يساعد في نشر و تنقل المنتجات، و لذا فهو يدخل ضمن سرية المشروع.

و يعد الإشهار وسيلة إعلام و في ذات الوقت دعاية من أجل الإقناع⁽²⁾، و تحفيز المستهلك على الإقدام على موضوع الإشهار، فهو يهدف إلى غاية مزدوجة، من جهة، ضمان منافسة نزيهة و شفافة و مشروعة بين الأعوان الاقتصاديين . محترفين . ، و من جهة ثانية، حماية للمستهلك. و لتحقيق مثل هذه الغاية، تدخل المشرع لتنظيمه، و جعل بعض مظاهر تجلياته جريمة معاقب عليها.

و أيا ما كانت وظيفة الإشهار فهو في آخر المطاف يهدف إلى التأثير على المستهلكين وجعلهم يختارون هذا المنتج أو الخدمة دون سواها، و مثل هذا التأثير من شأنه أن يعطل قدراتهم على التمييز و الاختيار الحر، و من ثم فإنه بالمقابل و يجب أن تستجيب جميع أشكال الإشهار للمتطلبات القانونية التي تحاول حماية المستهلك من أي مساس برضاه.

و الإشهار ليس من أهدافه إعلام المستهلك بشأن منتج أو خدمة، و لكن بشكل أساسي التأثير على إرادته و حملها على شراء ذلك المنتج أو طلب الخدمة، فهو يفرض نفسه رغما عن إرادة المستهلك مقتحما عالمه دون إذن منه أو الأخذ بعين الاعتبار لإرادته، من هذه الزاوية يبدو كأنه اغتصاب⁽³⁾. و على ذلك، فإن تجريم الإشهار التضليلي أو الخادع هو حماية لإرادة المستهلك، أي ضمان إقباله على إبرام العقد و هو على بينة من أمره بشأن ما يقدم عليه⁽⁴⁾.

(1) - يستعمل مصطلحي الإشهار و الإعلان كمترادفين، و على ذلك فاستعملنا لهذا المصطلح أو ذاك ليس على سبيل المغايرة في المعنى ، لأن المشرع استعمل المصطلحين.

(2) - . " la publicité répétitive est-elle efficace ? " , Ehreng Andrew S.C et Fustec Marie-Noël : communication et langages, n°23 , 1994 , p. 112

(3) - , " la publicité et sa "philosophie" , communication , 17, 1971, les mythes de la publicité , Quesnel Laurent : p 65 ; Bernard Motulsky ., la publicité et ses normes : les forces en présence , les presses de l'université Laval, Canada , 1980, p. 79

(4) - Pierre Greffe et François Greffe , la publicité et la loi , litec, Paris, 1995, n°.1779, p.812

المبحث الأول : التنظيم القانوني لجريمة الإشهار التضليلي و تعريفه:

للإحاطة بمظاهر حماية المستهلك من خلال تجريم الإشهار التضليلي أو من شأنه التضليل يتعين التعرف على النصوص المنظمة له، و من جهة أخرى تعريفه، و هو ما سيتم تناوله في الفرعين المواليين .

المطلب الأول : التنظيم القانوني لجريمة الإشهار التضليلي

مجال الإشهار الطبيعي هو النشاط التجاري بجميع تجلياته، و على ذلك ، فإن تجريم هذه الوسيلة هي حماية ليس فقط لمجموع المستهلكين بل للمحترفين على درجة سواء و الجمهور بشكل عام. لقد خلى قانون رقم 89-02 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش لسنة 1989 الملغى من الإشارة إلى عملية الإشهار، إلا انه بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 90 - 39 المؤرخ في 30 يناير 1990، الصادر تطبيقا لهذا القانون عمد إلى إيراد مصطلح " إشهار " مع تعريفه دون أن يتضمن أحكاما جزائيا بشأنه.

و رغم التنصيص عليه، فإن قانون الإعلام الجزائري لسنة 1990 استبعد أن يكون الإشهار الخادع جريمة ، بحيث تطلبت المادة 100 منه انتظار صدور قانون خاص بذلك. ومرد استبعاد تجريم فعل الإشهار التضليلي أو الخادع بمقتضى المادة 100 من قانون الإعلام الجزائري، إلى أن الإشهار كان محتكرا من قبل مؤسسة عمومية واحدة، و لم يكن من المتصور تجريمه، و حتى ولو جرم فإنها تبقى بمنأى عن إمكانية المتابعة الجزائية رغم تكريس قانون العقوبات المعدل في 2004 مسؤولية الشخص المعنوي جزائيا ، لأن المادة 51 مكرر استثنيت المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري. و لأن المرافق العامة بشكل عام إنما وجدت لخدمة مجموع الجمهور بما فيهم المستهلكين، و ليس بالمتصور أن تمس بحقوقهم و مصالحهم.

و لم يشأ مشرع 2009 تضمين قانون حماية المستهلك و قمع الغش الذي ألغى القانون رقم 89-02 المتضمن القواعد العامة لحماية المستهلك نصا يتعلق بالإشهار أو الإعلان على عكس بعض الدول العربية التي عمدت إلى سن نصوص جديدة في مجال حماية المستهلك⁽¹⁾.

(1) - أنظر على سبيل المثال : المادة 1 و 6 من قانون رقم 67 لسنة 2006 المصري ، سابق الذكر؛ المادة 1 من القانون عدد 117 لسنة 1992 ، مؤرخ في 7 ديسمبر 1992 ، يتعلق بحماية المستهلك التونسي، الرائد الرسمي ، العدد 83 ، مؤرخ في 15 ديسمبر 1992 . المواد 21 و ما يليها ، الظهير الشريف، رقم 03-11-1 ، صادر في 18 فبراير =

يبدو أن المشرع الجزائري اكتفى بتنظيم جزئي للمسألة ضمنه قانون رقم 04-02، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و هو ما سيؤثر على تحديد مضمون النصوص المتعلقة بهذه الجريمة لأهمية مكان إدراجها، في حين يمكن بسط حماية أوسع كان على المشرع تضمين قانون حماية المستهلك الجديد نصا يتعلق بتجريم الإشهار التضليلي.

المطلب الثاني : تعريف الإشهار:

لتحديد محل التجريم و جب تعريفه و كذا تحديد طبيعته، حتى يتسنى تحديد نطاق المسائلة. لغويا ، يعرّف الإعلان على أنه المجاهرة، و هو في الأصل إظهار الشيء، و اعتلن الأمر إذا اشتهر ، و العلانية هي خلاف السر و هو ظهور الأمر (1). و لم يعرف فقهاء الشريعة الإعلان التجاري، و يذكر الفقهاء في مؤلفاتهم فقط لفظ " الدلال "، و يراد به من ينادي على السلع لتباع و تنفق(2).

أما فقهاء القانون، فلقد تعدت تعريفاتهم، فعرّف على أنه: " طريقة متخصصة من طرق ترويج المبيعات ينطوي على مجهودات و أنشطة من جانب المعلن لإقناع المستهلك النهائي و التأثير على سلوكه و توجيه هذا السلوك في اتجاهات محددة تتفق و الأهداف التسويقية المنظمة، و ذلك من خلال وسائل الإعلام المختلفة مقابل دفع ثمن معين"(3). أو هو فن الإقناع(4) ، فالإخبار تحول إلى سلعة ، و من ثم أصبح لا يكتزث بالحقيقة إلا قليلا، فما يهم المعلن بالدرجة الأولى هو الربح(5). و هو فن ممارسة التأثير النفسي على الجمهور لأهداف تجارية(5)، و هو كذلك : " مجموع التقنيات ذات أثر

= 2011 ، بتنفيذ القانون رقم 08-31، القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك، الجريدة الرسمية ، العدد 5932 ، مؤرخة في 7 ابريل 2011 ، ص 1072 و ما يليها. المادة 1 من مرسوم سلطاني رقم 81-2002، بإصدار قانون حماية المستهلك ، الجريدة الرسمية ، العدد 726 ، مؤرخة في 1-9-2002 .

(1) - أنظر : إين منظور ، لسان العرب ، مادة (علن) ، ص 3086، و بذات التعريف تقريبا أنظر : المصباح المنير، مادة (علن)، ص 510. القاموس المحيط، فصل العين ، باب النون، 4-245.

(2) - أنظر : محمد محمد أبو السيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي ، دار الكتاب العلمية، بيروت، 2004، ص 283 ؛ مرفت عبد المنعم صادق، الحماية الجنائية للمستهلك . دراسة مقارنة . ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1997، ص 200 و 201 ؛ عمر درويش سيد العربي ، الحماية الجنائية للمستهلك من غش الأغذية . محاولة لإقامة نظرية عامة . ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ، 2004، ص 605.

(3) - مرفت عبد المنعم صادق ، رسالة الدكتوراه، سابقة الذكر، ص 177.

(4) - Ignacio Ramonet : " fabrique des désirs " , in : manière de voir , n°63, 2002, P.37 et ss

(5) - Ryszard Kapuscinski : " les médiats reflètent – ils la réalité du monde ? , in : Ibid ., p 51

(6) - Michel DEFOSSEZ : " Les Victimes collectives en droit en droit pénal des affaires" , Thèse pour le Doctorat en Droit , Université de Lille II, Faculté des Sciences Juridiques Politiques et Sociales , 1978, p 134, n°69

جماعي لفائدة المؤسسة أو مجموعة مؤسسات قصد الحصول و تطوير و الإبقاء على الزبائن⁽¹⁾، و بشكل عام، يعرف الإشهار تارة من خلال مضمونه و تارة أخرى من خلال دعاماته المختلفة⁽²⁾. و من الناحية القانونية، تضمن كل من المرسوم التنفيذي رقم 91-101⁽³⁾ ، و المرسوم التنفيذي رقم 91-103⁽⁴⁾ مصطلح إشهار ، إلا أنهما لم يحرصا على تعريفه .

و لم يعرف المشرع الجزائري الإشهار بمقتضى القانون الأساسي الحامي للمستهلك، فقلد خلى قانون 89.02 من أية إشارة . غير أنه بصدر المرسوم التنفيذي رقم 90.39 ، المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش تضمن قدّم تعريفا له بمقتضى المادة 3 بنصها أن الإشهار هو : " جميع الاقتراحات أو الدعايات أ و العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات المعدة لترويج تسويق سلعة أو خدمة بواسطة أسناد بصرية أو سمعية بصرية."

بمثل هذا التعريف، يكون المشرع الجزائري قد ركّز بشكل أساسي على شكل الخطاب ، فعمد إلى تعداد أشكاله و الدّعامات التي يمكن أن تحمل الخطاب الإشهاري، فحصرها في دعامتين إثنين هما : الوسائل البصرية أو سمعية بصرية. و على ذلك، لا يتصور وجود إشهار إذا كانت دعامته الوسائل المكتوبة أو الإنترنت أو الهاتف و غيرها من وسائل الاتصال الأخرى. و الملاحظ أنه حتى بعد التصييص عليه، إلا أن المشرع لم يرتب أي أثر عند مخالفة مقتضيات المادة 3 من المرسوم رقم 3990 سابق الإشارة إليه ؛ أي أنه لم يجرم فعل الإشهار تحت أي وصف كان و الإشهار وفقا لهذا التعريف ، يتشكل من جهة على خطاب، و من جهة أخرى أن يرمي هذا الخطاب إلى الترويج لتسويق سلعة أو خدمة بواسطة دعامات محددة. و بصدر القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات

(1) - Daniel Mayer ., droit pénal de la publicité , Masson , , paris, 1979, p 9

و بذات المعنى تقريبا ، أنظر : pierre Noguier : " publicité virtuelle à la télévision : légitimité des prohibitions actuelles " , Gazette du palais , numéro spécial , octobre 2000, des technologies avancées , p 7

(2) - André Puttmans , la publicité pour le crédit " , in : actualité du droit du crédit à la consommation , sous la direction de Françoise Domant -Naert, Bruxelles, 2004, p 13, n°2

(3) - مؤرخ في 20 أبريل 1991 ، يتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية و الصلاحيات و الأعمال المرتبطة بالخدمة العمومية للتلفزيون إلى المؤسسة العمومية للتلفزيون، ج . ر . ، العدد 19، مؤرخة في 24 أبريل 1991 ، المواد 43 و ما يليها.

(4) - . مؤرخ في 20 أبريل 1991 ، يتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية العقارية و المنقولة و الصلاحيات و الأعمال المرتبطة بالبث الإذاعي السمعي إلى المؤسسة العمومية للإذاعة المسموعة، ج . ر . ، العدد 19، مؤرخة في 24 أبريل 1991 ، المواد 36 و ما يليها.

التجارية سنة 2004 (1) ؛ أي بعد ما يزيد عن عشر سنوات من صدور رزنامة النصوص المشكلة لما يمكن أن نطلق عليه قانون الاستهلاك، استعمل المشرع هذا المصطلح مرة أخرى وقدم تعريفا له في معرض تعريفه لمجموعة من المصطلحات

المتعلقة بهذا القانون بمقتضى المادة 3 منه بقولها : " كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة " مستحدثا جريمة الإشهار التضليلي بمقتضى المادة 28 منه.

و على العكس من ذلك، خلى القانون الفرنسي من أي تعريف للإشهار، أو على الأقل، لم يقدم تعريفا عاما فالنصوص تستعمل المصطلح دون تعريفه(2)، و إنما أمكن استنباط ملامحه و بشكل غير مباشر من بعض الأحكام(3)، و بالأخص المادة 1.121. فغياب مثل هذا التعريف العام مرده إلى أن ضوابطه متغيرة، و بالنظر إلى الدعامة المعنية. و لقد ترتب عن غياب مثل هذا التعريف في القانون الفرنسي، تكريس قضاء المقض الفرنسي نظرة توسعية للإشهار(4). و بشكل قريب من تعريف المشرع الجزائري، عرف القضاء الفرنسي في غياب تعريف تشريعي للإشهار بأنه:

"tout moyens d information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé . "

و خلى قانون حماية المستهلك المصري(5) من تعريف للإشهار و لو انه عمد إلى تعريف المُعلن، في حين عرف بمقتضى اللائحة التنفيذية(6) صادرة بشأنه. في حين عرفته المادة 35 من القانون 40

(1) - رقم 04-02، سابق الذكر .

(2) - Ivan Tchotourian ., droit de la publicité et de la promotion des ventes en matière de presses écrites , publibook , paris, 2004, p. 44 ; Jean Larguier et philippe conte ., droit pénal des affaires , 10e éd., Armand colin , paris, 2001, p. 145, n°170

(3) - Cass. Crim ., 14 octobre 1998 , N° de pourvoi: 98-80527 , : Bulletin criminel 1998 N° 262 , p. 760-

(4) - Ivan Tchotourian : op.cit., p. 44

(5) - المادة الأولى من قانون رقم 67 لسنة 2006 ، يتعلق بقانون حماية المستهلك ، ج . ر ، العدد 20 مكرر ، 20 مايو سنة 2006.

(6) - القرار رقم 887 لسنة 2006، بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون حماية المستهلك، سابق اذكر، عرفت المادة 17 من هذا القرار الإشهار الخادع بقولها: " يعد إعلانا خادعا الإعلان الذي يتناول منتجا و يتضمن عرضا أو بيانا أو ادعاء أو كاذبا أو أي أمر آخر ينصب بصفة خاصة على عنصر أو أكثر من العناصر التالية متى كان من شأنه أن يؤدي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل، و أيا كانت وسيلة هذا الإعلان..."

لسنة 1998⁽¹⁾ التونسي بأنه :: " كل عملية اتصال تهدف بصفة مباشرة أو غير مباشر إلى تنمية بيع منتجات أو إسداء خدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المعتمدة. "

في حين قدمت التعليمات الأوروبية المؤرخة في 10 سبتمبر 1984⁽²⁾ تعريفاً جديداً واسعاً ، فوفقها ، الإشهار الخادع يمكن أن يأخذ أي شكل من أشكال الاتصال ، فلم تستثن أية دعامة و وسيلة ، كما لم يستثن أي مجال من مجالات النشاط ، بحيث تتشكل الجريمة سواء اتخذت بشأن نشاط تجاري أو صناعي أو مهني - حرفي - ، و حتى و لو كان النشاط حراماً مثل المحاماة ، و مدد الإشهار ليشمل كذلك الحقوق العقارية ، و كذا الحقوق و الالتزامات. و رغم انه هذا التوجيه قد ألغى لاحقاً إلا أنه أبقى على ذات التعريف⁽³⁾.

ومنع الإشهار الكاذب بمقتضى المادة 2 من التعليمات الأوروبية المؤرخة في 10 سبتمبر 1984 سابق الإشارة إليها ، و قُدِّم تعريف آخر قريباً منه بشأن الإشهار بواسطة التلفزيون بمقتضى تعليمات تلفزيون بدون حدود رقم 89-552 المعدلة في 1997.

و بالنظر إلى حيوية المجال الصيدلاني لتعلقه بالدواء ، و هي مسألة متعلقة بالصحة العامة ، ارتأى المشرع الجزائري أن ينظم طريقة إشهاره بنصوص خاصة .

وفقاً للمادة 194 فقرة 2 من قانون الصحة و ترقيتها⁽⁴⁾ يحق لكل منتج و كل متعامل في مجال الترقية الطبية إشهار المواد الصيدلانية و المستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري و المسجلة أو المصادق عليها بصفة قانونية. غير أن الفقرة 4 من ذات المادة أخضعت أي إشهار لتلك المواد إلى تأشيرة إشهار تسلمها الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري ، و ذلك بعد أخذ رأي اللجنة المكلفة بمراقبة الإعلام الطبي والعلمي.

(1) - يتعلق بطرح البيع و الإشهار التجاري ، الرائد الرسمي ، العدد 44 ، مؤرخ في 2 جوان 1998.

(2) - " Toute forme de la directive n° 84/450/CEE du 10 septembre 1984 relative à la publicité trompeuse " communication faite dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris de biens immeubles, les droits et obligations. " , JO .L 250 du 19.9.1984

(3) - Directive n° 2006/114/CE Du Parlement Européen du Conseil du 12 décembre 2006 , en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative , Journal officiel de l'Union européenne , L 376/21 du 27.12.2006

(4) - رقم 08 . 13 المؤرخ في 20 يوليو 2008 ، يعدل و يتم القانون رقم 85 . 05 المؤرخ في 16 فبراير ، ج ، ر ، العدد 44 ، مؤرخة في 3 غشت سنة 2008.

مما تقدم ، من الممكن الإبقاء على معيارين لتحديد ما إذا كان خطاباً ما إشهاراً من عدمه هم الغرض من الخطاب ، و وجود مقابل.

المطلب الثاني : : أركان جريمة الإشهار التضليلي:

تتشكل جريمة الإشهار التضليلي مثلها مثل معظم الجرائم من ركن مادي و ركن معنوي.

الفرع الأول . الركن المادي لجريمة الإشهار التضليلي:

لتشكل الركن المادي و يجب توافر جملة من العناصر بعضها مفترض و البعض الآخر يدخل في الركن المادي بمعناه الضيق.

أ . الخطاب الإشهاري :

تشكل جريمة الإشهار التضليلي بإيقاع الطرف المتلقي و هنا هو المستهلك في غلط ، و يتحقق ذلك وفقاً للإشكال و المظاهر التي يتخذها الخطاب الإشهاري. و تتمثل هذه الأشكال وفقاً للمادة 28 من قانون رقم 0204 . سابق الإشارة إليه . في:

تصريحات ، بيانات، و تشكيلات : رسومات ، صور شمسية ، صور ، سينما ،

بشأن التصريحات، لا يمكن إلا أن تكون عن طريق استعمال الكلمة، و هي قد تصدر من الشخص مباشرة دون استعمال أية وسيلة أخرى، كما أنها قد تتم عن طريق أحد الدعامات مثل وسائل الاتصال الصوتية كالراديو، التلفزيون، و حتى الهاتف الثابت أو الهاتف النقال و غيرهما، و حتى عندما تستعمل هذه التصريحات لترويج السلعة أو الخدمة بواسطة دعامة تجمع بين الصوت و الصورة مثل التلفزيون و السينما ، و بعض أشكال التواصل عن طريق الإنترنت .

ب . دعامات الخطاب الإشهار التضليلي:

يتم إيصال الخطاب الإشهاري التضليلي إلى الجمهور أو إلى مَنْ مِنَ المستهلكين المراد أن يصل إليه بواسطة دعامات عدة . و لم يحدد المشرع وسيلة للإعلان، لذا يتحقق بكل وسيلة تستخدم لخلق اعتقاد لدى المتلقي بأن السلعة المعلن عنها بها مميزات معينة في حين هي تخالف الحقيقة، أو بغموض يؤدي لذات الأثر. فلا أهمية للوسيلة المستخدمة، فيستوي أن تكون الوسائل سمعية أو مرئية أو وسائل تقليدية⁽¹⁾.

(1) - فؤاد عبد الله الشلتاوي الحماية الجنائية لتداول السلع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1997، ص

و في مجال المقارنة ، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الوسم هو دعامة إخبارية من شأنها أن تضلل المستهلك⁽¹⁾، و لو أنه في مثل هذه الحالة فإن المتهم يستطيع أن يدفع بأن هذه الطبيعة إلزامية ومن آثارها محو محل الإشهار، و بالتبعية انتفاء جريمة الإشهار التضليلي في حقه⁽²⁾.

و يتوافر الإشهار التضليلي بواسطة كتيبات أو منشورات أو نشرات أو معلقات أو إعلانات أو بطاقات أو أية تعليمات أخرى مثل الفواتير أو الفهارس، أو النشرات التمهيدية التي ترسل للعملاء⁽³⁾.

و تتم عملية الإعلام المتعلقة بالإشهار و الإعلان عن الأسعار و التعريفات المطبقة على بعض قطاعات النشاط و السلع و الخدمات المعنية عبر دعائم الإعلام الآلي (تيليماتيك) و الوسائل السمعية و البصرية و الهاتفية و اللوحات الإلكترونية و الدلائل و النشرات البيانية أو أية وسيلة أخرى ملائمة⁽⁴⁾.

من جانبه، المشرع الفرنسي باستعماله مصطلح " كل " وسيلة نشر " ، فإنه يشير إلى الصحافة، الإذاعة ، الراديو، تلفزيون، سينما، هاتف، الملصقات، علامات⁽⁵⁾. و بذلك يكون قد توسّع في مفهوم وسيلة الإعلان، بحيث لم يحصرها و ترك المجال مفتوحاً للتطبيق القضائي. و لقد ذهب قضاء النقض الفرنسي إلى أبعد من ذلك، حينما اعتبر وسيلة إشهار البيع شفاهة من قبل سمسار أو ممثل "مندوب شركة"⁽⁶⁾.

و قضي كذلك، انه تعتبر دعامة و وسيلة إشهار تقديم ممثل البائع إلى الزبون في معرض زيارته لمسكن هذا الأخير الطلبات، و البطاقات، و الفواتير، و وصل طلبات ، والوسم عندما تتضمن إدعاءات

(1) - Guy Raymond ., note sous , cass.crim ., n°14 octobre,1998, n° 5821, contrat-concurrence, consommation, n°29,p22, 1999

(2) - غير أن قضاء النقض الفرنسي قرر قيام الجريمة حتى في مثل هذه الحالة .

Cass. crim., 25 juin 1984 , pourvoi n° 83-92.808 : Bull. crim., n°241, p. 643 ; cass.crim., 28 novembre 1983, pourvoi n° 82-94.185 : Bull.crim., n° 318, p. 815

(3) - فؤاد عبد الله الشلتاوي ، رسالة دكتوراه، سابقة الذكر، ص 10 .

(4)- المادة 2 المرسوم التنفيذي رقم 09 . 65 ، مؤرخ في 7 فبراير سنة 2009 ، يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة على بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع و الخدمات المعينة ، ج . ر ، العدد، 10، مؤرخة في 11 فبراير 2009.

(5) - Mireille Dalmas Marty ., droit pénal des affaires, collection thémis droit, presse universitaire de France , Paris, 1973, p. 146 ; Auloy (C.) et Steinmatz (F .) : op .cit ., n°144, p108

(6) - Henri Guerrin : « publicité fausse ou de nature à induire en erreur » in, encyclopédie Dalloz

H pénal, tome5, 2000, n ° 14

تؤدي إلى الغلط بشأن أصل المنتج محل إشهار البائع (1).

حين عمد المشرع الجزائري إلى تعريف الإشهار بمقتضى المادة 3 مطة رقم 3 من القانون رقم 04 - 02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية . سابق الإشارة إليه ، لم يستثن أية وسيلة من وسائل الاتصال التي من شأنها أن تستعمل من قبل المُشهر لإيصال الخطاب الإشهاري التضليلي إلى المستهلك ، و التي تنص على أنه : " كل إعلان.... مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة." إن استعمال المشرع الجزائري لمصطلح " مهما " يفيد الإطلاقة التي لا تتحدد بالوسائل الموجودة و المعروفة، بل الأكثر من ذلك، أية وسيلة مستقبلية قد تستحدث نتيجة للتطور التكنولوجي المذهل في هذا المجال. غير أنه أغفل الإشارة إلى الوسيلة بشأن الإشهار في نطاق البيع الترويجي و البيع في حالة تصفية المخزونات و البيع عند مخازن المعامل و البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود(2). و يتخذ الإشهار عبر شبكة الأنترنت مظاهر عدة، فهو ظاهرة بطبيعتها دولية، و يمس كل المجالات، و في ذات الوقت يعد وسيلة اتصال و وسيلة إعلام، و مصدر وثائقي و وسيلة تجارة. غير أن العالم المفتوح للأنترنت هو مصدر لمخاطر، فمثل قانون التجار *lex mercatoria* فإنه بواسطة هذه التقنية نتجه نحو قانون الكتروني *lex electronica* أو قانون التبصير *lex informatica* (3). و يشكل الإشهار عن طريق الأنترنت خصوصية تختلف عن الدعامات الأخرى، فلا يمكن اعتباره ه دعامة شبيهة بغيرها من الدعامات ، فالإحالة إلى الدعامات الأخرى مثل التعليق أو الإعلانات في الصحف لا يمكن إسقاطها على هذه الدعامة لسبب بسيط أن الإشهار لا يفرض بذات الطريقة من نواح عدة(4)، كما أنه يأخذ أشكال متعددة و متنوعة(5). فهو لا يدخل ضمن أشكال الإشهار التقليدية، لذا فهو يثير العديد من

(1) - cass.crim ., 21 mai , D .1974, 579, Rap .E.Robert, in:Guerrin(Henrie) : op.cit., n° 14

(2) - المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 06-215 ، سابق الذكر.

(3) - Nathalie Moreau : " la formation du contrat électronique : dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatif de règlement des conflits." , Mémoire DEA , des, Université de Lille 2 , Faculté des sciences Juridiques , Politiques et sociales, 2002-2003, pp 5-6

(4) - Xavier Linant De Bellefonds , Le droit du commerce électronique , collection QUE SAIS-JE ? , 1re éd , P.U.F paris , 2005.

(5) - بشأن أنواع الإشهار أنظر: Winston J. Maxwell Thomas Zeggane E et Sarah Jacquier : " Publicité ciblée et protection du consommateur en France, en Europe et aux Etats-Unis , étude , contrats-concurrence =-

الأسئلة القانونية. فكيف يمكن تطبيق هذا المفهوم على الخطابات التي تتخذ الإنترنت دعامة له ؟ خصوصا ، أن تلك الخطابات و الرسائل يمكن أن تأخذ أشكالا عدة، فبأي منها تتشكل جريمة الإشهار التضليلي أو الذي يمكن أن يؤدي إلى التضليل ؟

يمكن اعتبار خطابا ما أنه إشهارا إذا اتخذ الإشكال و المظاهر الآتية دون أن تكون هذه الحالات حصرية بالنظر إلى التطور التقني الحاصل يوميا.

1. الإعلانات الغير مرغوب فيها اللافتة الإعلانية ، و إعلانات الفواصل و النوافذ الصغيرة les messages interstitiels (1)، و المنتديات الحوارية يمكن أن تعتبر خطايا عاما(2)، و بالتالي يمكن اعتباره إشهارا كاذبا إذا كان مشروعاً ترويجياً(3)، و تدعيم موقع بواسطة محرك بحث خصوصا إذا كانت بمقابل مثل محرك ياهو Yahoo(4).

ب – نطاق الإشهار التضليلي:

حددت المادة 28 من القانون رقم 02-04 ، المتعلق بالممارسات التجارية الإطار ببيع السلع أو الخدمات، فهل يجب تبني مصطلح سلعة الوارد في المادة 3 من القانون رقم 02-04 ، و كذلك بالمادة 2 مطة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش أم على العكس من ذلك تبني مصطلح منتجات الوارد في المادة 28 من ذات القانون ، لأن تبني هذا المصطلح أو ذاك بما يتضمنه من معنى من شأنه توسيع أو تضيق نطاق تجريم السلوك الإجرامي المشكل لجريمة الإشهار التضليلي، و بالنتيجة تضيق أو توسيع مجال حماية المستهلك. و الملاحظ أنه حتى على مستوى الترجمة ليس هناك توحيد للمصطلح (5).

إن استبدال مصطلح " سلع " بـ : " منتجات " يجعلنا نتردد في تحديد نطاق المحل الذي تتصب

.consommation, juin 2008 , P.18

(1) - Verbiest Thibault , le nouveau droit du commerce électronique , préface de : Marc Lolivier, Larcier, - bruxelles, 2005.. , n°.33, p.35

(2) - Ibid ., n°26 ss., p.32 ss

(3) - Ibid ., n°83 ss., p.56 .

(4) - Ibid ., n°34 ss., p.36 ss

(5) - ترجم مصطلح سلع بـ : produits في حين ترجم مصطلح منتج بـ : biens

عليه جريمة الإشهار التضليلي في غياب محدد آخر، خصوصا و أن المشرع ليس في هذا الموضوع فقط يستعمل مصطلحات متعددة لتحديد مضمون واحد. خصوصا و انه في الدولة التي استوحي منها هذا النص، أُعتبر استبدال مصطلح سلعة بالمنتوج هو توسيع لنطاق التجريم، بحيث يكون قد أدخل العقارات بشكل واضح ضمن نطاق التجريم⁽¹⁾.

ج - محل جريمة الإشهار التضليلي الماسة بالمستهلك:

إذا كان المشرع الفرنسي قد حاول أن يتفادى تجريما مفتوحا، فأوجد قائمة محددة، و لكن أطال فيها كضمانة لنجاحتها، و تتمثل في: . الطبيعة . التركيبية ، المميزات الأساسية، المقومات اللازمة، الصنف ، المنشأ، الكمية، ، طريقة و تاريخ الصنع، السعر، شروط البيع، طرق الاستعمال، النتائج التي يمكن انتظارها من قبل المستعمل⁽²⁾ ، فإن المشرع الجزائري لم ينتهج ذات المسلك، بحيث لم يضع قائمة محددة بشأنها تتشكل جريمة الإشهار التضليلي و اكتفى بالإشارة بالمادة 28 من القانون رقم 04 . 02 إلى بعض منها فقط ، و هي كمية و وفرة المنتوج و مميزاته. بهذا المعنى يبدو أن المشرع الجزائري قد ضيق إلى درجة كبيرة من محل التجريم. غير أنه يمكن التوصل إلى نتيجة مخالفة تماما، خصوصا و أن ذات المادة استعملت مصطلحا عاما يمكن أن يستوعب ليس فقط القائمة التي حددها القانون الفرنسي و لكن أعدد من ذلك، خيما استلزمت أن لا يتعلق التضليل " بالتعريف بالمنتوج " . و مثل المصطلح الأخير هذا، يجعل التجريم مفتوحا و واسعا، بحيث يفيد أن المحل التجريمي للإشهار التضليلي لا يقع تحت حصر، لأن أي تضليل بشأن التعريف بالمنتوج يدخل في مجال التجريم.

ثانيا : العناصر الأساسية للركن المادي لجريمة الإشهار التضليلي:

يتمثل السلوك المجرم في عنصر الكذب والإبهام في الإعلان و المضلل .

و يمكن أن تشمل التصريحات التضليلية:

خطاب كاذب أو خطاب صحيح و لكن غير كاف ، أو غير محدد يؤدي إلى خلط في ذهن المستهلك

و يتم ذلك بطرق عدة:

— خطاب خاطئ ،

— خطاب غير كاف،

Crim. Crim , 8 mars 1990 , B.n°111

- (1)

Wilfrid Jeandidier , droit pénal des affaires , 2e éd ., Dalloz , paris, 1996, p. 409 , n° 397.

- (2)

— خطاب مغالى فيه .

. الإبهام : التضليل من شأنه التضليل بشأن المنتج

الإبهام أو اللبس، هو ما من شأنه أن يؤدي إلى التضليل، و لا يمكن تحديد ما إذا كان هذا الإشهار أو ذلك من شأنه أن يؤدي إلى التضليل إلا بعد حدوث النتيجة، أي هو البحث في نفسية متلق الإشهار بغض النظر عن الإشهار في ذاته من الناحية الموضوعية.

من شأن الادعاءات الإشهارية أن تؤدي بالجمهور إلى الغلط نتيجة خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لديهم ، و هي الطريقة المنتشرة، و لكن الصعوبة في تحديدها، ذلك أنها تستلزم بحث نفسي للأثر الذي تركه مثل هذا الإشهار في ذهن المتلقي دون أن تكون النتيجة المتوصل إليها في ذهن الجمهور . غلط شعوري أم لا. واجبة الأخذ في الاعتبار⁽¹⁾.

و على ذلك، يكفي لتوافر الجريمة أن يكون الإشهار من شأنه أن يؤدي إلى الخطأ، و لا يهم ما إذا أدى فعلا إلى الخطأ، بهذا المعنى هي جريمة ليست ذات نتيجة، فتقدير الطبيعة التضليلية للإشهار لا يمكن أن يتم بشكل أكيد إلا لاحقا عندما نستطيع قياس أثر الإشهار على الهدف⁽²⁾.

فإذا كان تقدير الطبيعة المضللة للخطاب الإشهاري لا يمكن أن يتم بشكل يقيني إلا بعد قياس أثر الإشهار على المستهلك، فإن ذلك يعد مجلبة لعدم الأمن القانوني بالنسبة للمُشهر . المُعلن . ، الذي لا يمكنه رغم الحرص المبذول من قبله من أن يعرف مسبقا قبل نشر الإشهار إن كان إشهاره من الممكن أن يشكل جريمة من عدمه، فلا يمكنه ذلك ، إلا بعد أن يتلق المستهلك الخطاب الإشهاري، الأمر الذي يجرده من كل مكنة للحيلولة و دون تشكل الجريمة.

لقد أوجد قانون حماية المستهلك و قمع الغش الجزائري مبدأ عاما تخضع له جميع نشاطات المحترف في تعامله مع المستهلك، و هو أن يكون المنتج أو الخدمة المقترحين للمستهلك تتماشى و الرغبات المشروعة لهذا الأخير، و الرغبات بطبيعتها مسألة نفسية تختلف من شخص إلى آخر، الأمر الذي يمكن القول معه أن المحترف مهتد دوما بإمكانية مساءلته جزائية لمجرد أن مستهلكا اعتبر أن

(1) - Mireille Delmas –Marty .,droit pénal des affaires,coll,thémis,P.U.F, paris, 1973, p.148

(2) - Sauphanor Nathalie , l'influence du droit de la consommation sur le système juridique , préface de : Jacques Ghestin, L.G.D.J, paris, 2000, p .162 , n°. 257

هذا المنتج أو تلك الخدمة لا تحققان مثل هذا الغرض.

و بشأن الإشهار المتعلق بالبيع بالتخفيض و البيع الترويجي و البيع في حالة تصفية المخزونات و البيع عند مخازن المعامل و البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود، فإن المشرع الجزائري بمقتضى المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 06-220 . سابق الذكر . استلزم لتوافر جريمة الإشهار التضليلي أن يكون مضمونه تضليليا و ليس من شأنه أن يؤدي إلى التضليل، أي أن تكون الادعاءات خاطئة في حقيقتها استقلالا و بمعزل عن متلقيها، فالمعول عليه هو الخطاب الإشهاري و ليس المستهلك، فالمسالة موضوعية و ليست ذاتية في تحديد توافر عناصر الجريمة من عدمها.

نقصان المخزون بالنظر لفداحة الإشهار :

إذا كانت جريمة الإشهار التضليلي تجد تطبيقا لها بشأن السلع ، فإنه لا يعرف لها تطبيقا في مجال الخدمات، بل من غير المتصور أن تكون محلا لها، لأن الخدمة بطبيعتها لا يمكن تخزينها، رغم أن المحترف ملزم بنتيجة ؛ بمعنى عليه أن يضمن و يوفر و يضمن وجود مخزون كاف و عند إطلاق إشهاره للشيء المشهر يعض النظر عن ما إذا كان سلعة أم خدمة(1).

الفرع الثاني : النتيجة الجرمية :

تتحقق النتيجة الجرمية بجعل المستهلك يقدم على اقتناء المنتج أو الخدمة المروج لهما عن طريق الإعلان المضلل. فلتحديد ما إذا كان الإشهار من شأنه أن يؤدي إلى الغلط يُؤخذ بعين الاعتبار المحيط الاجتماعي للمستهلك وضعفه و ثقافته(2). إن الإشهار الذي من شأنه أن يؤدي إلى الغلط، و يجب أن يقدر بالنظر إلى نفسية المستهلك المتوسط المنتبه بشكل عادي، أو المستهلك وفقا لتعبير أحد قرارات محكمة النقض الفرنسية متوسط الحذر(3).

الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة الإشهار التضليلي :

يرمي الترويج للمنتجات و الخدمات تشجيع المستهلكين على طلبها بهدف تحقيق الربح، فالإعلان

(1) André Puttmans : op. cit., p 31, n°25

(2) Cass.Crim ., 30 mai 1999

(3) Cass . Crim., septembr 1981

يستثير المستهلك و يستميله إلى الإقبال على المنتجات و الخدمات محل الإعلان، و هذا القصد أي قصد تحقيق الربح هو السمة المميزة للإعلان التجاري و التي تميزه عن غيره من النظم كالإعلانات التي تقوم بها وزارة الصحة في سبيل المحافظة على الصحة و السلامة في المجتمع أو الإعلان بالمعنى القانوني و الذي يوجبه القانون في بعض الحالات كالإعلان عن تأسيس شركة مثلا أو الإعلان عن بيع الأموال المحجوزة⁽¹⁾. و يبدو أن المشرع بشأن تجريمه لجريمة الإشهار التضليلي أو من شأنه التضليل لم يتطلب قصدا موحدًا لجميع تجلياتها و مظاهرها.

و يثور التساؤل بشأن ما إذا كان بالإمكان مسائلة الشخص الذي قام بالإشهار للمواد الصيدلانية متى تبين أنه إشهارا تضليليا ؟

يبدو أنه من المستعصى ترتيب مسؤولية المشهر في مثل هذه الحالة، بالنظر إلى أن الإشهار مقنن بشكل صارم، من حيث استلزام أن تكون المواد الصيدلانية و المستلزمات الطبية مسجلة و مصادق عليها قانونا وفقا للأوضاع المنصوص عليها بالمادة 174 و ما يليها و المادة 193 من قانون رقم 13-08 ، سابق الذكر ، و أن تخضع لرقابة مسبقة تمارسها وكالة متخصصة المنشأة بمقتضى المادة 173⁽²⁾ من ذات القانون، مما يفيد أن المنتج المشهر تتوفر فيه شروط الأمن و السلامة و غيرها من المتطلبات القانونية، و أن الإشهار قد أنجز وفقا لمتطلباته هو الآخر من أخذ الحيطة و التدابير اللازمة لصحته مما يفيد أنه لا يمكن مساءلة المشهر .

نخلص مما تقدم، أنه بالنسبة للقانون الجزائري أو الفرنسي يتوافر الركن المعنوي لجريمة الإشهار التضليلي أو من شأنه التضليل لمجرد الإهمال أو الخطأ المفرغ من أي قصد، فالمعول عليه ليس نية المحترف بقدر ما هو البحث في إرادة و سلوك المستهلك ، فماديات الجريمة و ركنها المعنوي إنما يتحددان من حلال موقف المستهلك متلقي الإشهار؛ بمعنى أن طبيعة الجريمة هي جريمة ذات طبيعة مادية . كما سبق التنويه به . ، و التي تفيد توافر القصد الجنائي تلقائيا بمعزل عن تطلب توافر قصد معين، فالسلوك المادي في ذاته يستنفذ الجريمة بركنيها المادي و المعنوي؛ أي أن القاضي الجزائري معفى من إبراز عنصر النية، فيكفيه إبراز عناصر المشكلة للركن المادي للجريمة.

(1) - د. موفق حماد عبد ، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية . دراسة مقارنة . ، الطبعة الأولى ، مكتبة السنهوري ، منشورات زين الحقوقية، بدون مكان، 2011 ، ص 45.

(2) - رقم 08 . 13 المؤرخ في 20 يوليو 2008 ، يعدل و يتمم القانون رقم 85 . 05 المؤرخ في 16 فبراير، ج . ر ، العدد " ، مؤرخة في 3 غشت سنة 2008.

المطلب الثاني : الشخص المتخذ كمعيار لتقدير التضليل في الإعلان التجاري :

إذا كانت جريمة الإشهار التضليلي أساسها الأثر المترتب في ذهنية المستهلك، فمن هو إذا هذا المستهلك الذي يمكن اتخاذه كأساس و مرجع يقاس عليه في تحديد توافر الجريمة من عدمها، فهل وجب اعتماد تقدير in abstracto و اعتبار آثار الإشهار بالنظر لمستهلك متوسط ذا ذكاء عادي و حريص " un consommateur moyen , normalement intelligent et attentif" ، أو القيام بتقدير in concreto و

تحليل آثار الإشهار بالنظر إلى النتائج المترتبة عن سلوكه على الجمهور الموجه إليه ؟
أثار تحديد معيار اعتبار إعلاننا ما أنه تضليليا من عدمه خلافا فقهيًا أفرز اتجاهين : تبني الاتجاه الأول معيارا شخصيا ، و بالقابل لذلك ، تبني الاتجاه الثاني معيارا موضوعيا .

الفرع الأول : المعيار الشخصي :

وفقا لهذا المعيار لتحديد التضليل ينظر إلى شخص المتلقي . المستهلك . لا إلى التضليل في حد ذاته و يترتب عن ذلك أنه يتعين أن ينظر إلى كل حالة مستقلة عن الحالات الأخرى. فالتضليل يتحدد من خلال شخص المتلقي، فإذا كان على درجة كبيرة من اليقظة و حسن التدبير و الذكاء فإن الإعلان يكون مضللا إذا كان يخدع مثل هذا النوع من الأشخاص، أما إذا كان المستهلك المتلقي دون المستوى العادي في الفطنة و الذكاء⁽¹⁾ فيكون الإعلان مضللا مهما تضاءلت درجة التضليل، و أما إذا كان المستهلك من المستوى العادي المؤلف فإن الإعلان لا يعد حينئذ مضللا إلا إذا كان يقع فيه جمهور الناس .

و رغم أن هذا المعيار يوسع في الحماية المقرر للمستهلك إلا أنه منتقد من حيث عدم انضباطه لأنه يتطلب البحث في شخصية المتلقي و كشف درجة اليقظة و الذكاء لديه و هو أمر ليس في متناول القضاء .

الفرع الثاني : المعيار الموضوعي :

يذهب أصحاب هذا المعيار إلى تجريد متلقي الإعلان من الظروف الشخصية الخاصة به و اعتماد معيار الشخص المعتاد فهو شخص ليس خارق الذكاء من جهة و ليس بليدا و غبيا من الجهة المقابلة و

(1) - د. موفق حماد عبد ، المرجع السابق، ص 61.

هذا المعيار لا يختلف باختلاف الأشخاص، فيستوي في التضليل أن يكون ضحية الإعلان المضلل شخصا فطنا ذكيا أو شخصا أقل فطنة و ذكاء، فالإعلان يكون مضللا إذا كان من شأنه تضليل المستهلك العادي، و تتجه غالبية أحكام القضاء الفرنسي إلى تبني هذا المعيار المجرد⁽¹⁾.

بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه حينما رتب مسؤولية المحترف بشأن الإشهار الذي من شأنه أن يؤدي إلى التضليل يبدو أنه قد تبني المعيار الشخصي، بحيث يتوقف تشكل الجريمة من عدمها بالنظر إلى كل مستهلك على حدا، غير انه في غياب اجتهاد قضائي بشأن مجال أعمال مضمون المادة 28 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية يجعلنا نتردد بالجزم بتبني المشرع هذا المعيار أو ذلك، و من ثم فإن العمل القضائي اليومي سيكون متأرجحا فيما بينهما، و هو ما يمس بمصادقية الأحكام .

و في مجال المقارنة، فإنه بالنظر إلى تقارب النصوص الجزائرية مع الفرنسية فإن الاجتهاد القضائي المكرس تطبيقا لهذه النصوص يسمح بتلمس الشكل الذي ستطبق به النصوص الجزائري و إن كانت ليست بالضرورة دائما ذات مصادقية، فإنه يتجلى من الاجتهاد القضائي للمحكمة النقض تبنيها كمسلك عام للتقدير . in abstracto غير أن هذا لا لم يمنع القضاة من اللجوء إلى التقدير in concreto في كل مرة كان الخطاب الإشهاري موجها إلى جمهور محدد⁽²⁾.

و يمكن أن توصف ممارسة تجارية بأنها خادعة أو غير نزيهة عندما تمس أو من شأنها أن تمس بشكل جوهري السلوك الاقتصادي للمستهلك الذي لم يتم إعلامه بشكل عادي و حريص بدرجة مقبولة بشأن السلعة أو الخدمة. و لتبيان المساس الجوهري لسلوك المستهلك، و جب البحث موضوعيا، و عند الحاجة البحث عن ما إذا كانت الممارسة محل المنازعة تؤدي بعدد معتبر من الأشخاص إلى شراء السلعة بسبب الخطاب الخادع⁽³⁾.

(1) - د. موفق حماد عبد ، المرجع السابق، ص 62.

(2) - Gabriel GuérEdwige, Eve Schônberg et Mollaret Laforêt ., droit des affaires pour manager , ellipses, paris, 2009, p 166

(3) - Cour de cassation , chambre commerciale, arrêt du 4 décembre 2012 , pourvoi n°11-27729 : Bulletin 2012, IV, n° 221

الفرع الثالث : الإشهار بقدر على أساس الأثر العام الذي يخلفه على المستهلك:

الطبيعة الخادعة أو التضليلية للإشهار بشأن منتج ما يمكن أن تكون نتيجة لبيانات إيجابية أو إغفال. فالتضليل أو الخداع يقدر على أساس فحص عام للخطاب في مضمونه و طريقة تقديمه بالنظر إلى الشعور العام التي يتركه على المستهلك الموجه إليه، فمن زاوية نظرة هذا الأخير و يجب تقدير الطبيعة الخادعة للإشهار. و تطبيقا لذلك، القضاء الفرنسي تارة يشير إلى المستهلك المتوسط على شاكلة " أب الأسرة الحريص " أو " المزود بحد أدنى bon sens و ذهنية نقدية " ، و لا يتطلب بالضرورة أن يكون ذكيا. و طورا آخر، مستهلكا عاديا بالمقابلة لمستهلك منتقد. و لما كان القانون المتعلق بالإشهار يطبق على أي كان المتلقي، فإنه يتعين أقلمة المعيار مع ما إذا كان الإشهار موجها إلى محترفين أو إلى المستهلكين، و يلاحظ ومن جهة أخرى، أنه يمكن أن يكون للإشهار أثرا غير محمود، بحيث يترتب عنه وقوع المستهلك في الغلط رغم أنه لم يتضمن إلا معلومات صحيحة ، لأن القانون لم يتطلب أن يتسبب الإشهار في إحداث ضرر⁽¹⁾.

المطلب الثالث : الأشخاص المسؤولين جزائيا في جريمة الإشهار التضليلي :

في مجال الاستهلاك، في الغالب تكتسي صفة الفاعل أهمية قصوى بحيث تشكل عنصرا من عناصر الجريمة. فهي التي تسمح بتحديد من يمكن أن يسند إليه وصف المُشهر و بالتبعية لذلك معرفة من يمكن أن يكون محالا للمساءلة الجزائية .

إذا كانت القاعدة في الجرائم بشكل عام، أنه يمكن اقترافها من قبل شخص واحد و في الغالب هو شخص طبيعي، فإن جريمة الإشهار التضليلي تتطلب تدخل أكثر من شخص مما تثار معه إشكالية تحديد من يسأل جزائيا. و ما يجعل مسألة تحديد المسؤولية جد صعبة أنه في الغالب هناك شخصا معنويا ضمن هؤلاء الأشخاص مما يؤدي إلى التساؤل بشأن إمكانية مساءلة الشخص المعنوي جزائيا ؟ و هل يمكن مساءلة شخص ليس بتاجر عن جريمة الإشهار التضليلي وفقا لأحكام الماد 28 من قانون 02-04 ؟

لما كان القانون الأخير هذا يتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و أن هذه المادة

(1) La pratiques du commerce : l'information et la protection du consommateur , sous la direction de M - Coipel et P.Wéry et al , 1er éd ,kluwer , Bruxelles , 2006 , p20, n°280

مضمنة بالبواب المعنون ب: " نزهة الممارسات التجارية "، و تحت الفصل الرابع المعنون ب: " الممارسات التجارية غير النزيهة " ، فإن المعنى الوحيد الذي يمكن استنباطه يتمثل في مساءلة التاجر جزائيا دون غيره، و هو ذات المعنى الذي يمكن استنباطه من أحكام الإشهار المنصوص عليها بنصوص خاصة كما هو الأمر بشأن البيع بالتخفيض و الترويجي و البيع في حالة تصفية المخزونات و عند مخازن المعامل و البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود. بهذا المعنى يكون القانون الجزائري المتعلق بحماية المستهلك قد ترك مجالات عديدة خارج إمكانية المساءلة الجزائية مثل بعض مجالات تقديم الخدمات .

فالشخص الذي يكون محل مساءلة جزائية بشأن جريمة الإشهار التضليلي هو المُشهر. المُعلن . ، الذي قام بالإشهار، بمعنى الشخص الطبيعي الذي أمر بنشر المعلومة الخاطئة.

و لم تحدد النصوص الجزائية من هو المُعلن، غير أنه من البدهة أنه الشخص الذي تم لفائدته الإشهار، في حين عرفه المشرع المصري بمقتضى نص المادة الأولى من قانون حماية المستهلك بقولها(1) : " كل شخص يقوم بالإعلان عن سلعة أو الخدمة أو الترويج لها بذاته أو بواسطة غيره باستخدام أي وسيلة من الوسائل."

بالنسبة للمستهلك من الأهمية بمكان معرفة و تحديد صاحب الخطاب الإشهاري بحيث يعتبر ضحيته، و من ثم فإن المطالبة بحقوقه المدنية كمبدأ توجه ضده.

أ – المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي :

أشخاص الإشهار من مُشهر و وسيلة الإشهار و الوكالة غالبا ما يكونون أشخاصا معنوية، و تطبيقا لمبدأ التخصيص وفقا للمادة 51 مكرر من قانون العقوبات الجزائري لا يمكن إعمال المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي إلا بصدد الحالات المنصوص عليها في القانون أو التنظيم، و هو ذات المبدأ المكرس في قانون العقوبات الفرنسي للاستهلاك بمقتضى المادة 1-121 منه.

بالرجوع إلى القانون رقم 04-02 المتضمن نص المادة 28 المجرمة لفعل الإشهار التضليلي نجد

أن جريمة الإشهار المضلل لا تدخل ضمن الجرائم التي يمكن متابعة الشخص المعنوي من أجلها.

و لم يتضمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش الجديد رقم 09-03، و لا القانون رقم 89-02

المتعلق بالقواعد العامة للمستهلك الملغى بالقانون الأول ، ولا قانون العقوبات المعدل و المتمم تجريما

(1) - قانون رقم 67 لسنة 2006 المصري ، سابق الذكر.

للشخص المعنوي على أساس جريمة الإشهار التضليلي أو من شأنه التضليل أو الخادع و تحت أية تسمية تلحق بالإشهار، و بعد مثل هذا المسلك غير مفهوم خصوصا وأن جميع المجالات التي يتعامل معها و في نطاقها المستهلك هي أشخاصا معنوية، و لأن أشخاص الإشهار كما أسلفنا متعددون جلهم أشخاصا معنوية مما يجعل الحماية في هذا المجال منقوصة.

و يلاحظ أن سياسة استبعاد الشخص المعنوي المحترف من نطاق التجريم في نطاق القانون الاستهلاكي هو مسلك عام انتهجه المشرع الجزائري و لم يخرج عنه بشأن جريمة الإشهار التضليلي أو من شأنه التضليل.

كما أنه وفقا لقواعد الاشتراك، يمكن لصاحب الإعلان الإفلات من المساءلة الجزائية في الفرض الذي يكون القائم بالإشهار شخصا معنويا لعدم تكريس نصوص الاستهلاك لمبدأ مسؤولية الشخص المعنوي جزائيا متى اقتترف أحد الجرائم الماسة بالمستهلك و على رأسها جريمة الإشهار التضليلي، لأنه يتعين لمساءلة الشريك أن تسند الجريمة إلى فاعل أصلي، و في مثل هذه الحالة يتعذر ذلك

ب . المسؤولية الجزائية للمسيرين عن الإشهار التضليلي الماس بحقوق المستهلك

تزداد مسألة تحديد مَن من الأشخاص يسأل جزائيا في الفرض الذي يكون المُشهر شركة أو مؤسسة أو هيئة، أي عندما تكون الجهة التي قامت بالإشهار شخصا معنويا و من ثم تثور إشكالية من يسأل جزائيا و يتابع بوصف جريمة الإشهار التضليلي.

بشكل عام الشخص المعنوي في مجال الاستهلاك لا يسأل جزائيا كما سبق التنويه به

وفقا لمبدأ التخصيص المكرس بمقتضى المادة 51 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، و لما كان المكرس في هذا المجال مساءلة الشخص الطبيعي دون المعنوي، فإن الشخص الذي ستترتب مسؤوليته الجزائية هو المسير دون غيره أي المدير العام أو المدير، أي من يمارس أعلى سلطة في هرم تلك الجهة ، سواء كانت هذه الصفة مصدرها القانون أو الواقع؛ أي المسير الفعلي⁽¹⁾.

غير أنه لما كان القانون بشكل عام، و قانون حماية المستهلك و قمع الغش بشكل خاص، لم يتضمن مقتضيات تمنع المسير من منح إنابة إلى غيره بشأن تسيير شؤون المؤسسة أو المشروع لأقتصادي فإنه

(1) - Lamy , droit économique, op . cit ., n° .890 , p 2590 ; Lamy , droit penal des affaires : op . cit., n° 1962, p.

785 ; Jacques –Henri Robert : " publicité fausse ou de nature à induire en erreur " , revue droit pénal , n° 6 , P. 16 -20, note sous , cass. Crim., c6 février 2001

نتيجة لمبدأ شخصية المسؤولية فإن المسير يفلت من المتابعة على عكس المُتاب(1).

ج . تزامم التكيفات حماية للمستهلك:

للقاضي الجزائري إمكانية تبني أكثر من تكيف، فله أن يعتبر الفعل المقترف جريمة نصب و احتيال أو إشهار تضليلي. و يتم تبني هذا التكيف أو ذاك، بالنظر إلى أي منهما هو الدافع الأساسي لتسليم الشيء، فالإشهار بطبيعته موجه إلى الجمهور و تكراره يؤدي إلى تمثيل و إيهام حقيقي الذي يميز الأفعال الاحتيالية المشكلة لجريمة النصب و الاحتيال (2).

و تعتبر جريمة الإشهار التضليلي عمل منافسة غير نزيهة(3)، من اللحظة التي يمس فيها الإشهار الكاذب مصالح المنافس، كأن يعمد المحترف إلى زرع شكوك و أوهام في ذهن المستهلك قصد كسب زبائن عون اقتصادي آخر. و تتمظهر جريمة الإشهار التضليلي كذلك في جريمة ممارسة تجارية غير نزيهة وفقا للمادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 06 . 215 ، مؤرخ في 18 يونيو 2006(4) التي تنص على أنه " كل إشهار يقوم به عون اقتصادي يمارس البيع بالتخفيض و البيع الترويجي و البيع في حالة تصفية المخزونات و البيع عند مخازن المعامل و البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود يكون مضمونه تضليليا، يشكل ممارسة تجارية غير نزيهة و يعاقب عليها بأحكام المادة 38 من القانون رقم 04 . 02 .

و يمكن اعتبار أن جريمة الإشهار التضليلي ليست إلا مظهرا و شكلا من إشكال المنافسة غير النزيهة ، فمن جهة أشارت المادة 27 المجرمة للممارسات التجارية غير النزيهة إلى الإشهار الذي يرمي إلى الاستحواذ على زبائن العون الأخر، و من جهة أخرى لأن المادة 38 من قانون رقم 04-02 التي تقرر الجزاء عند مخالفة مقتضيات المادة 28 من ذات القانون أضفت هذه الصفة على الإشهار

(1) - Lamy , droit économique : op . cit., n° 2591, p. 890-891; Lamy , droit pénal des affaires: op ; cit., n° 1963, p. 785-786

(2) - Mireille –Dalmas Marty , droit pénal des affaires, PUF, paris, 1973, p. 149

(3) - أنظر كلا من: Henri Guerin , publicité mensongère , Dalloz commercial , 1974, n°s 44- 45.

(4) - Philippe Le Tourneau., responsabilité civile professionnelle, Dalloz, Paris, 2005, p. 143 , n° 461

(4) - يحدد شروط و كيفيات ممارسة البيع بالتخفيض و البيع الترويجي و البيع في حالة تصفية المخزونات و البيع عند مخازن المعامل و البيع خارج و البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود ، الجريدة الرسمية ، العدد 41 ، مؤرخة في 21 يونيو سنة 2006.

التضليلي أو من شأنه التضليل بنصها : " تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة ... مخالفة الأحكام 28... " ، و الأكثر من ذلك لأن مقتضيات المادة 28 المجرمة منضوية تحت الفصل الرابع المعنون بـ : " الممارسات التجارية غير النزيهة".

و من مظاهر الارتباط الجرمي كذلك، أن جريمة الإشهار التضليلي أو من شأنه التضليل يمكن أن تُشكّل في ذات الوقت جريمة خداع، لأن هذه الأخيرة وفقا للمادة 69 آخر مطة من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش تتشكل باستعمال الإعلانات.

و في ذات المنحى، فُضي في فرنسا أن المرشد السياحي يرتكب في ذات الوقت جريمتي إشهار من أجل التضليل و جريمة الخداع متى عمد إلى نشر إشهارا يتضمن ادعاءات خاطئة أو من شأنها الإيقاع في الغلط بحيث يضلل بشكل إرادي المتعاقد معه بشأن طبيعة الخدمة المقدمة(84).
و لما كان من أشكال الإشهار أن يتم بواسطة الوسم، فإنه تتشكل الجريمتين معا متى تضمن الوسم المتخذ كوسيلة للترويج ما يدخل في نطاق التجريم المنصوص عليه بالمادة 28، و أفضى إلى إدخال اللبس في ذهن المستهلك .

و لقد وُجد من ينادي بنظام عقوبة يمكن أن يتأقلم مع طبيعة الجرائم الاقتصادية، مثل الإشهار الخادع أو التضليلي، فيكفي أن يكون التجريم واسعا يأخذ بعين الاعتبار مختلف أشكال التعسف التي يمكن أن تُقترف حتى لا يشكل التفسير الضيق و الحرفي للنص عائقا(85)، غلا أننا نعتقد أن مثل هذا المنحى في النظر يؤدي إلى زوال الحدود بين مختلف مظاهر التجريم و تداخلها فيما بينها و في ذلك مساس بالأمن القانوني.