



جامعة باتنة - 1 -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



تكريس الحق في العلامة التجارية عبر الأنترنت

أطروحة لنيل درجة دكتوراه العلوم في الحقوق
تخصص: قانون أعمال

إشراف الدكتور:
ميلود سلامي

الطالب الباحث:
حسين بن الشيخ

نوقشت بتاريخ: 2021/10/13 ، بتقدير : مشرف جداً

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د مخلوفي عبد الوهاب	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة 1	رئيساً
د. ميلود سلامي	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة 1	مُشرف ومُقرر
د. بسكري رفيقة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة باتنة 1	عضو مناقش
د. بوترة شمامة	أستاذ محاضر (أ)	جامعة قسنطينة 1	عضو مناقش
د. خديجي أحمد	أستاذ محاضر (أ)	جامعة ورقلة	عضو مناقش
د. شرايرية محمد	أستاذ محاضر (أ)	جامعة قالمة	عضو مناقش

السنة الجامعية:

2021-2020

إِهْدَاء

الى والدي الأستاذ محمد بن الشيخ

سُرُورٌ وَتَقَرُّرٌ

أتقدم بجزيل الشُّكر للأستاذ المشرف الدكتور ميلود سلامي على جزيل ما قدمه من جُهد ضمن هذه الاطروحة سواء من الناحية المنهجية أو الموضوعية فجزاه الله عنا خير الجزاء .
كذلك ، لا يسعني إلا أن أتوجه بالشُّكر الجزيل للسادة والسيدات أعضاء لجنة المناقشة على قبول مناقشة هذا العمل المتواضع .

قائمة المختصرات

CA : la Cour d'appel محكمة الاستئناف الفرنسية

CC : La Cour de cassation محكمة النقض الفرنسية

TGI :le tribunal de grande instance محكمة المنازعات الكبرى الابتدائية

CJCE :La Cour de justice de l'Union européenne محكمة العدل الأوروبية

CEDH :la Cour européenne des droits de l'homme المحكمة الأوروبية لحقوق

الانسان

مقدمة

تحتل العلامة التجارية في الحياة اليومية مكانة مميزة ، وتمثل واحدة من الأصول الأكثر أهمية على الإطلاق ضمن سياسة المنافسة ؛ إضافة الى ذلك تكرس العلامات علاقة قوية بين المنتج و المستهلك على المدى المتوسط والطويل، من دون وجود العلامة التجارية فإن وجود المنافسة في حد ذاتها هي محل شك؛ ذلك أن الوظيفة التمييزية للعلامات هي أساس وجود المنافسة ؛ وبطبيعة الحال فإن غياب هذه الوظيفة التمييزية يؤدي الى وحدة الفاعلين في ذهن المستهلك وهو ما يكرس فكرة السوق دون منافسة، إن الانسان عرف إستعمال العلامات منذ مدة طويلة فمن الثابت تاريخيا وجود إستعمال بدائي لبعض الإشارات في الحضارة اليونانية كعلامات تجارية وعلى كل حال فإن ظهور الاقتصاد الصناعي كرس بشكل غير مسبوق اللجوء الى إستعمال العلامات من طرف مختلف الفاعلين الاقتصاديين وهو ما إنعكس إيجابا على القيمة المالية للعلامات بحيث تصل قيمة بعض هذه العلامات ذات الشهرة الواسعة لتشمل ميزانية بعض الدول النامية والواقع أن القيمة العالية للعلامات التجارية مثلت عامل جذب مهم للمساس بالحق من طرف مختلف الأطراف سواء ضمن إطار المنافسة أو دون ذلك من خلال مختلف أشكال الاعتداء على هذه الأصول ذات القيمة العالية سواء عن طريق التقليد أو الممارسات التجارية غير النزيهة ومع ظهور تكنولوجيا الاعلام والاتصال (TIC) وما تكرسه من قدرة هائلة على التمثيل الرقمي أصبحت تحديات إنفاذ الحق في مجال العلامات مشكلة فعلية بالنسبة للمالك الشرعي وهو ما يمثل الموضوع الأساسي لهذه الاطروحة والذي ينحصر في دراسة الإمكانيات القانونية المتوفرة على مستوى نظامنا القانوني والتي تسمح لمالك العلامة التجارية بتحقيق إنفاذ مقبول للحق في العلامة في مواجهة تحديات تكنولوجيا الاعلام والاتصال (TIC).

أهمية الدراسة

تكمن أهمية دراسة موضوع " تكريس الحق في العلامة التجارية عبر الانترنت" في طريقة تطبيق القواعد التقليدية المكرسة لحماية الحق في العلامة التجارية على بيئة مختلفة وهي شبكة الانترنت وهو ما يمثل تحديات حقيقية للمنشغلين بالقانون في مجال الانفاذ؛ ذلك أن النصوص التقليدية لم تشرع في الحقيقية إلا للتعامل مع أشكال المساس التقليدية فوجب من خلال هذا الموضوع تحليل

طريقة التطبيق السليمة من الناحية القانونية للقواعد التقليدية بالشكل الذي يضمن إنفاذ مقبول للحق عبر شبكة الانترنت.

أسباب إختيار الموضوع

إن دراسة " تكريس الحق في العلامة التجارية عبر الانترنت" يعود للأسباب العملية التالية:

- أهمية شبكة الانترنت كوسيلة جد هامة لممارسة التجارة الالكترونية وباعتبار أن العلامات تعتبر أساس ممارسة التجارة بالنسبة للفاعل الاقتصادي سواء في الوسط التقليدي أو عبر شبكة الانترنت فوجب ضمان حد أدنى من الأمن القانوني لمالك العلامة عبر شبكة الانترنت مثل ما هو عليه الحال بالنسبة للإنفاذ في الوسط التقليدي.
- قلة الدراسات المتخصصة في هذه الجزئية من قانون العلامات؛ ذلك أن أغلب الدراسات القانونية في الجامعة الجزائرية تكاد تنحصر في الحماية القانونية للعلامات في الوسط التقليدي دون شبكة الانترنت.

الإشكالية

إن هذه الأطروحة تهدف أساسا الى دراسة الإشكالية التالية :

كيف يمكن لمالك العلامة التجارية عبر الانترنت تكريس إنفاذ فعال للحق ضمن الآليات القانونية المتوفرة في تشريعنا الجزائري؟

الدراسات السابقة

إن موضوع " تكريس الحق في العلامة التجارية عبر الانترنت" في مجال البحوث القانونية لم يعرف دراسة متخصصة بالشكل الكاف ؛ ذلك أن أغلب الدراسات المتعلقة بالموضوع تناقش كنقطة جانبية في مجال دراسة النظام القانوني للعلامة التجارية ككل دون أن نشهد بحوث متخصصة تماما سواء على مستوى دراسات الماجستير أو الدكتوراه ، ولم يجد الباحث سوى أطروحة دكتوراه واحدة ناقشت هذا الموضوع كموضوع أساسي للبحث بعنوان حماية العلامة التجارية في المجال الالكتروني للباحثة بوترفاس حفيظة بجامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان خلال السنة الجامعية 2016-2017 ، تكمن خصوصية دراستنا مقارنة بأطروحة الباحثة بوترفاس حفيظة في عنصرين :

العنصر الأول أن دراستنا شملت مجموعة من أشكال المساس بالحق عبر شبكة الانترنت قياسا للجسامة والانتشار في حين لم تعتمد الباحثة على هذا المعيار في دراسة أشكال المساس المختلفة وهو ما جعل من الدراسة تركز على بعض الاشكال قليلة التأثير والجسامة فيما يتعلق بالحق في العلامة عبر الانترنت ، في حين أن الباحث على مستوى هذه الاطروحة عمل على تقسيم اكايمي يقوم على معيار الجسامة والانتشار وهو ما يؤدي الى إقصاء بعض أشكال المساس التي تمثل حاليا تحديا حقيقيا لمالك الحق عبر الانترنت ، العنصر الثاني : أن أطروحة الباحثة بوترفاس حفيظة ركزت على جميع وسائل حماية الحق في العلامة عبر الانترنت سواء كانت هذه الوسائل قضائية أو غير قضائية في حين أن الباحث على مستوى هذه الاطروحة ركز نطاق الدراسة على الوسائل القضائية دون غيرها بحيث حاول تكريس تطبيق القواعد القانونية التقليدية على بيئة مختلفة وهي شبكة الانترنت دون التوسع الى الوسائل غير القضائية كالتحكيم الالكتروني.

منهج الدراسة

تميزت هذه الدراسة باستعمال مجموعة من المناهج العلمية وذلك لخصوصيات الموضوع ، من حيث المبدأ كان اللجوء الى المنهج الوصفي مسألة ضرورية خصوصا بالنسبة للباب الأول والذي يتضمن مختلف مظاهر الاعتداء على العلامة عبر شبكة الانترنت ؛ ذلك أن المساس بالحق في العلامة هو من حيث الأصل ظاهرة مادية تتطلب الوصف الدقيق بهدف الحوكمة القانونية لمثل هذه الظواهر ، من جهة ثانية وعلى مستوى الباب الثاني المتعلق بإنفاذ الحق فتم اللجوء بصفة أساسية الى المنهج التحليلي ، إضافة الى ذلك تم الاستعانة بالتجربة الغربية الأكثر تقدما سواء بالنسبة للنصوص القانونية او الاجتهادات القضائية وعلى الخصوص التشريعات الفرنسية والأمريكية، وبصفة أقل فقد تم في بعض الأحيان استعمال المنهج التاريخي عندما تقتضي بعض الجزئيات تحليل الجذور التاريخية.

صعوبات الدراسة

إن دراسة موضوع " تكريس الحق في العلامة التجارية عبر الانترنت" عرف مجموعة من الصعوبات العملية:

- العلاقة بين الدراسات القانونية وتكنولوجيا الاعلام والاتصال في دول العالم الثالث عموما هي علاقة غير وطيدة؛ ذلك أن ضعف اهتمام المنشغلين بالقانون بدراسة إشكالات الحوكمة التي تطرحها تكنولوجيا الاعلام والاتصال (TIC) في مجال الحقوق مسألة غالبية، فإذا كان من المقبول خلال فترة سابقة إقصاء الإشكالات التي تطرحها التكنولوجيا من الدراسات القانونية لغياب الانتشار الواسع فإن التقدم التكنولوجي ودمقرطة شبكة الانترنت لتصل الى شرائح اجتماعية واسعة في السنوات الأخيرة يفرض على المنشغلين بالقانون دراسة ما يمكن لهذه التكنولوجيا التأثير به في مجال الحقوق، إن هذه العلاقة المغيبة بين رجل القانون وتكنولوجيا الاعلام والاتصال في الجزائر كرسست صعوبات عملية حقيقية في مجال إعداد هذه الاطروحة؛ ذلك أن أغلب الدراسات في الجزائر تتميز - مع الأسف الشديد- بالعمومية في ما يتعلق بمفردات تكنولوجيا الاعلام والاتصال وبطبيعة الحال فإن قلة الفهم لمفردات تكنولوجيا الاعلام والاتصال ينعكس سلبا على الدراسات القانونية فتكون خالية من الدقة العلمية وتتخذ مفهوما أدبيا في الغالب من الأحوال وهو ما يفسر كثرة المراجع الأجنبية في هذه الاطروحة وهو لجوء اضطرار في الواقع، وعلى النقيض من ذلك فإن المنشغلين بالقانون في العالم المتقدم يتمتعون إضافة الى المعرفة القانونية الضرورية بالتمكن من مفردات التكنولوجيا وهو ما يكرس دراسات قانونية ذات جودة.

- إن دراسة موضوع " تكريس الحق في العلامة التجارية عبر الانترنت" تتضمن أساسا تطبيق النصوص التقليدية على الظواهر المكرسة بموجب تكنولوجيا الاعلام والاتصال سواء كان تطبيق هذه القواعد فعالا أو دون ذلك؛ الاشكال الذي واجه الباحث خلال إعداد هذه الاطروحة هو أن النصوص القانونية في حد ذاتها في تشريعنا الجزائري هي نصوص ذات جودة متدنية في تطبيقها التقليدي فما بالك بالتطبيق على منازعات الانترنت وهو ما خلق صعوبة مركبة فمن جهة يجب أولا تحليل أوجه القصور على مستوى النصوص التقليدية ومن جهة ثانية تحليل طريقة تطبيق هذه النصوص على عيوبها عبر شبكة الانترنت وعلى هذا الأساس فإن ذلك يتطلب مجهود مزدوج.

- واجه الباحث كذلك خلال إعداد هذه الأطروحة صعوبة عملية ثالثة وهي ترجمة المصطلحات التقنية ؛ ذلك أن من الصعب في بعض المواضع إيجاد ترجمة دقيقة لبعض المصطلحات التقنية الى اللغة العربية حيث عمل الباحث في هذه الجزئية على محاولة ترجمة هذه المصطلحات بقدر المستطاع الى ما يقابلها في اللغة العربية.

خطة الدراسة

تم الاعتماد على مستوى هذه الأطروحة على خطة ثنائية تقليدية تناقش مباشرة صلب الموضوع دون اللجوء الى أي فصول تمهيدية.

- الباب الأول والمعنون بـ صور الاعتداء على العلامة عبر الانترنت حيث تضمن المظاهر المنتشرة للمساس بالحق في العلامة عبر الشبكة حيث تم تقسيم هذا الباب الى فصلين؛ يتضمن الفصل الأول الظاهرة التقليدية المعروفة بالسطو الالكتروني في حين تضمن الفصل الثاني من هذه الأطروحة مجموع أشكال المساس بالحق الحديثة نسبيا والتي تشمل الاستعمال ضمن الأشهار عبر الانترنت والمنصات التشاركية بأشكالها المختلفة .

- الباب الثاني والمعنون بـ إنفاذ الحق في العلامة فقد تضمن التحليل القانوني لمختلف أشكال المساس بالعلامة الواردة في الباب الأول، وقد حاولت تكريس مصطلح الانفاذ l'enforcement دون المصطلحات القانونية التقليدية كالحماية القانونية وذلك تحريا للدقة العلمية ، وقد تضمن الباب الثاني فصلين كذلك مثل ما هو عليه الحال بالنسبة للباب الأول ، فتضمن الفصل الأول الدعوى القانونية والتي تمثل الآلية الأساسية لممارسة إنفاذ الحقوق في حين تضمن الفصل الثاني المسؤولية عبر شبكة الانترنت ؛ ذلك أن الباحث يعتقد أن الانفاذ الفعال عبر شبكة الانترنت مرتبط بالدعوى من جهة والمسؤولية من جهة ثانية.

الباب الأول

صور الاعتداء على العلامة عبر الانترنت

الباب الأول

صور الاعتداء على العلامة عبر الانترنت

تعرف العلامة التجارية أشكال متعددة من الاعتداءات عبر شبكة الانترنت ويرجع ذلك الى الامكانيات التي توفرها هذه الوسيلة الجديدة من قدرة هائلة على التمثيل الرقمي لمختلف الحقوق المشروعة للغير، إن هذا التعدد يفرض على الباحث في مجال القانون التعامل مع أشكال واسعة من اشكال المساس وهو ما يجعل من عملية التصنيف ضمن سياق أكاديمي عملية شاقة وعلى هذا الأساس فإن الحل العملي من وجهة نظر الباحث هو تصنيف مختلف أشكال المساس بالعلامة التجارية بما يتناسب مع الجسامة والانتشار؛ فكلما كان المساس بالحقوق في العلامة يجمع بين الجسامة (فداحة التأثير) والانتشار (ضمن مجتمع الانترنت) كان له أولوية الدراسة الاكاديمية، إن صور الاعتداء على العلامة عبر الانترنت عرفت منحى تصاعديا مترابط بشبكة الانترنت في حد ذاتها؛ ذلك أن الجيل الأول من الويب (1991-2004) لم يعرف اشكال متعددة من أشكال المساس بالحقوق في العلامة حيث إقتصرت على شكل واحد وهو السطو الالكتروني وعلى الرغم من ذلك، فإن هذه الممارسة الأولية ضمن مجتمع الانترنت كان لها بالغ التأثير على الحقوق المشروعة للغير وعلى الخصوص الحق في العلامة التجارية (الفصل الاول) ويعتقد الباحث أن الانفجار الحقيقي في أشكال الاعتداد على العلامة من حيث المعايير الكمية كان بظهور الجيل الثاني من الويب (2004-) حيث كرس هذا الشكل الجديد من خدمة الويب الدور الإيجابي للفرد في إنشاء المحتوى على نقيض الوضع بالنسبة للجيل الأول والذي كان فيه الفرد ضمن مجتمع الانترنت مجرد مستقبل للمعطيات في الغالب دون قدرة ملحوظة على إنشاء هذه المعطيات ومشاركتها مع الغير على نطاق واسع وهو ما أدى الى ظهور أشكال جديدة ومبتكرة من اشكال المساس بالحقوق في العلامة التجارية عبر الانترنت تميزت كذلك بالانتشار وجسامة التأثير قياسا للمكانات المكرسة بموجب الجيل الثاني (الفصل الثاني).

الفصل الأول

السطو الالكتروني على العلامة التجارية

يعتبر السطو الالكتروني من حيث التأصيل البسيط مجرد عملية تسجيل - عبر الويب- للحقوق المشروعة للغير (العلامات، الأسماء التجارية، الأسماء الشخصية، المؤشرات الجغرافية) ضمن عناوين مبتكرة ضمن مجتمع الانترنت تعرف بأسماء النطاق¹، إن جوهر الممارسة هو ذلك التسجيل بسوء النية الذي يستهدف بصفة أساسية العلامة التجارية² ويهدف الى ممارسة شكل من أشكال الابتزاز بالنسبة للمالك الشرعي الذي يرغب في استرجاع الحق المشروع في التواجد ضمن مجتمع الانترنت من خلال تسجيل أسماء نطاق تتضمن العلامة التجارية الخاصة به أو غيرها من الحقوق وكذلك التضليل بالنسبة للمستهلك ضمن مجتمع الانترنت الذي يعاني من عدم اليقين في مصدر المنتجات والخدمات وذلك عندما تكون مختلف الحقوق المميزة لهذه المنتجات او الخدمات محل سطو الكتروني من طرف الغير وعلى هذا الأساس فإن دراسة هذه الممارسة التي تجمع بين الابتزاز والتضليل يقتضي بصفة مبدئية الفهم العميق لوسيلة المساس الأساسية أي هذا الشكل المبتكر من العناوين الالكترونية المعروف بأسماء النطاق (المبحث الأول) ثم الانتقال إلى مضمون الممارسة في حد ذاتها سواء من حيث شروطها الأساسية ؛ ذلك أن ليس كل عملية تسجيل لأسماء النطاق تتضمن العلامة التجارية للغير أو أي حق من الحقوق الأخرى هي بالضرورة سطو الكتروني على هذه الحقوق وكذلك أسباب نشوءها وارتباطها بالعلامة التجارية بصفة خاصة (المبحث الثاني).

1- alexandre defosse, conflits entre noms de domaine et marques (renommées) : l'approche omp, revue internationale de droit economique 2006/2 ,p. 175.

2 - jian xiao, the first wave of cases under the acpa , berkeley technology law journal, vol. 17, no. 1, annual review of law and technology (2002), p 159.

المبحث الأول

أسماء النطاق، المفهوم والحوكمة

تعتبر أسماء النطاق مفهوما تقنيا أكثر من كونها مفهوما قانونيا¹؛ غير أن انشغال الباحثين في مجال القانون بأسماء النطاق يندرج ضمن الإشكالات التي تطرحها هذه العناوين حاليا ضمن مجتمع الانترنت ، والواقع أن أسماء النطاق تطرح إشكالات عملية مهمة سواء تعلق الأمر بكيونونها باعتبارها من مصادر الانترنت النادرة ؛ ذلك أن أسماء النطاق يمكن أن تكون في حد ذاتها هدف لمختلف أشكال الاعتداء وفي هذه الحالة فإن أسماء النطاق تكون بحاجة في حد ذاتها الى تكريس حمايتها القانونية أو الحالة الثانية عندما يتعلق الامر بالإشكالات التي تطرحها هذه الأسماء كوسيلة أساسية لممارسة مختلف أشكال الاعتداءات على الحقوق المشروعة للغير وهو موضوع هذه الأطروحة وهو ما يؤدي بنا إلى القول بازدواجية الدور الذي تمارسه هذه الأسماء (محل إعتداء- وسيلة إعتداء) مما يجعل من تدخل المنشغلين بالقانون في كل من الحالتين يبدو ضروريا من خلال الفهم العميق لهذه العناوين المبتكرة من الأسماء ضمن مجتمع الانترنت (المطلب الاول)، ضف الى ذلك أن الطبيعة التقنية لنظام أسماء النطاق توحى عند النظرة الأولية بغياب نظام يحوكم هذا النوع من الأسماء وهو تصور غير صحيح ؛ ذلك أن أسماء النطاق تخضع لنظام حوكمة خاص قائم على التعاقد ضمن شكل هرمي من المؤسسات المتنوعة تشملها كغيرها تطبيق القواعد القانونية تكريسا للحقوق المختلفة وهو ما يؤدي بنا كذلك الى ضرورة دراسة نظام الحوكمة الخاص بهذه العناوين (المطلب الثاني).

1- Luc grynbaum , Caroline le Goffic , lydia Morlet. Droit Des Activités Numériques. paris, France: Dalloz, 2014, p632.

المطلب الأول

مفهوم أسماء النطاق

إن تكريس مفهوم أسماء النطاق يؤسس على تعريف هذه الأسماء المبتكرة ضمن بيئة الانترنت من جوانبها المختلفة وإن كانت تتميز بوحدة الوظيفة التقنية (الفرع الاول) ومن جهة ثانية فإن تصنيف هذه الأسماء على أساس الفصل بين مجتمع الانترنت والسياسات الحكومية يمثل مسألة ضرورية لما ينتج عنه من نتائج ذات أهمية عملية فيما يتعلق بالذاتية الخاصة لـ أسماء النطاق الوطنية عن أسماء النطاق التي تنتمي الى مجتمع الانترنت (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تعريف أسماء النطاق

تعرف أسماء النطاق بموجب المادة 6(8) من القانون 18-105¹ بالشكل التالي:

" عبارة عن سلسلة من من الأحرف و / أو أرقام مقيسة ومسجلة لدى السجل الوطني لاسماء النطاق وتسمح بالتعرف والولوج الى الموقع الالكتروني "

يجمع هذا التعريف بين الجانب الشكلي لأسماء النطاق كونها عبارة عن سلسلة من الحروف والأرقام أو تمثيل أبجدي رقمي une représentation alphanumérique (أولا) وبين الجانب التقني باعتبار أن اسم النطاق من الناحية التقنية ما هي إلا انعكاس لمفهوم تقني أكثر أهمية وهو بروتوكول انترنت (IP) Internet Protocol (ثانيا).

أولا : الجانب الشكلي

أسماء النطاق أو إسم المجال أو إسم الحقل² من الناحية الشكلية هي عبارة عن تمثيل أبجدي رقمي لبروتوكول انترنت (IP) تتكون تأسيسا على ذلك من سلسلة من الأحرف و/ أو الأرقام المنظمة ضمن مستويين : المستوى الأعلى أو (TLD) والمستوى الثاني أو (SLD) بالشكل التالي : TLD . SLD . www ، إن اللغة الإنجليزية هي اللغة الأساسية المستعملة في أسماء

1 - قانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018 يتعلق بالتجارة الالكترونية ، ج.ر عدد 28 المؤرخة في 16 ماي 2018.

2- ليندة حاج صدوق ، أسماء المواقع الالكترونية بين التقنية والقانون ، مجلة الدراسات القانونية والسياسية ، المجلد الرابع ، العدد 02 ، 2018 ، الجزائر، ص231

النطاق وعلى هذا الأساس فإن قراءة هذه الأسماء تكون من اليسار إلى اليمين¹ وتعتبر من حيث تكوينها الشكلي أسماء متفردة غير قابلة للتعدد² قابلة للوصول من أي جهاز متصل بشبكة الانترنت³، يمكن الإشارة نظرا للطبيعة التقنية للموضوع إلى بعض الأمثلة العملية عن التكوين الشكلي لأسماء النطاق ضمن المستوى الأعلى TLD والمستوى الثاني SLD :

المستوى TLD (الأعلى)	(المستوى الثاني) SLD	أسماء النطاق (أمثلة)
.com	Google	www.google.com
.dz	condor	www.condor.dz
.org	Wikipedia	www.wikipedia.org

ثانيا : الجانب التقني

أسماء النطاق من حيث المبدأ مجرد وسيلة تقنية تهدف إلى تسهيل الوصول إلى الموقع الإلكتروني المخزن على جهاز كمبيوتر متصل بشبكة الانترنت⁴ ، إن الوصول إلى المواقع الإلكترونية عبر شبكة الانترنت قبل ظهور أسماء النطاق كان يتم بإستعمال أرقام تعرف ب بروتوكول الانترنت IP فمستعمل الشبكة الذي يريد الوصول إلى موقع معين يجب عليه إدخال مجموعة من الأرقام المتتالية الخاصة بهذا الموقع في المتصفح لطلب الموقع مثل ما هو عليه الحال مع شبكة الهاتف⁵ بالشكل التالي:

طلب المستخدم ⇐ بروتوكول الانترنت (IP) ⇐ الموقع الإلكتروني

1- Mark Weston, Baker and McKenzie, domain names - disputes and resolution- part1, Computer Law & Security Report Vol.16 no.4 2000 , p223.

2 - Graeme B. Dinwoodie, (National) Trademark Laws and the (Non-National) Domain Name System, 21 J. Int'l L. 495 (2014), p499.

3- Agn e Rabagny , Droit du commerce  lectronique , ellipses ,paris ,France , 2011 , p10.

4 - Ian Tollett, Domain Names and Dispute Resolution. World Patent Information V23, no. 2 ,2001, p169.

5 - Mark Weston, Baker and McKenzie,op.cit. , p223.

ومع ديمقراطية استخدام شبكة الانترنت في التسعينات¹ أصبح من الضروري استبدال هذه الأرقام الطويلة قياسا للصعوبات العملية² بمجموعة من الحروف او الكلمات المنطقية³ لتمكين الجمهور العريض من المستخدمين من الوصول الى مواقع الانترنت المختلفة دون الحاجة الى تذكر هذه التوليفة الطويلة وعلى هذا الأساس ظهرت أسماء النطاق كوسيط بين المواقع الالكترونية وبروتوكول انترنت (IP) بالشكل التالي :

طلب المستخدم ← اسم النطاق ← بروتوكول الانترنت (IP) ← الموقع الالكتروني

ويعرف النظام التقني المسؤول عن عملية ترجمة أسماء النطاق من مجموعة أرقام الى عبارات بشرية سهلة القراءة والحفظ تعرف بأسماء النطاق والمعروف باللغة الانجليزية بـ Domain Name system واختصارا بـ DNS ، ويعتبر - إضافة الى نظام TCP/IP - أساس عمل شبكة الانترنت و يرجع ذلك الى أن شبكة الانترنت من الناحية التقنية مؤسسة على نظامين ، النظام الاول هو نظام اسماء النطاق DNS محل الدراسة ، والنظام الثاني هو ما يعرف بروتوكول TCP/IP الذي يعمل بدوره على ضمان نقل البيانات بجودة عالية عن بعد بين الحواسيب التي تنتمي الى شبكات مختلفة⁴ وهو أساس وجود الانترنت باعتباره أن شبكة الانترنت من حيث الاصل تتمثل في مجموعة ضخمة من الشبكات المختلفة والمتداخلة التي تضمن نقل البيانات المختلفة والواقع أن الجهة التي تتحكم في كل من نظام اسماء النطاق DNS ونظام TCP/IP متحكمة ومهيمنة على شبكة الانترنت⁵.

الفرع الثاني : تصنيف أسماء النطاق وأهميتها

تصنيف أسماء النطاق قائم على ضرورة الفصل بين مجتمع الانترنت الذي يعتبر شكل من أشكال المجتمع المدني وبين السياسات الحكومية القائمة على شكل معين من الانضباط وحسن التسيير

1 - Id. at p223.

2 - ميروك بلعزام ، العناوين الالكترونية وتنازعها مع العلامات التجارية ، بحوث ، المجلد 11 ، العدد 3 ، الجزء الثالث ، ص73.

3 - Eric Barbry, Le droit des marques à l'épreuve de l'Internet , LEGICOM 1997/3 ,N° 15,p96.

4 - خالد ممدوح ابراهيم ، حوكمة الانترنت ، دار الفكر الجامعي : مصر ، ط 1 ، 2011 ، ص 120.

5 - Hans Klein, ICANN et la gouvernance d'internet. La coordination technique comme levier d'une politique publique mondiale , Les Cahiers du numérique ,Vol.3, 2002, , p 98.

وعلى هذا الأساس يحتفظ مجتمع الانترنت بأسماء النطاق التقليدية التي صاحبت نشوء شبكة الانترنت في حين تُكرس أنظمة الحوكمة للسياسات الحكومية تخصيص أسماء نطاق خاصة ومرتبطة بالأقاليم السياسية (أولا) ، إن هذا التصنيف القائم على ضرورة الفصل بين مجتمع الانترنت والسياسات الحكومية وإن كان غير مؤثر على الوظيفة التقنية لأسماء النطاق ذلك أن جميع أسماء النطاق تحتفظ بالوظيفة التقنية نفسها ، فالثابت أن له نتائج عملية مهمة يمكن استقراءها من تحليل سياسات الحوكمة لكل صنف من أصناف النطاقات ؛ فأسماء النطاق التي تنتمي إلى مجتمع الانترنت تختلف باختلاف سياسات الحوكمة عن النطاقات المرتبطة بالسياسات الحكومية (ثانيا).

أولا : تصنيف أسماء النطاق

تقوم أنظمة حوكمة أسماء النطاق على فكرة الفصل بين مجتمع الانترنت والسياسات الحكومية وعلى هذا الأساس فإن تكريس الفكرة يشمل تصنيف أسماء النطاق الى أسماء النطاق العامة التي تنتمي الى مجتمع الانترنت (1) وأسماء النطاق الوطنية التي تنتمي الى السياسات الحكومية (2).

1. أسماء النطاق العامة TLD

تنتمي أسماء النطاق العامة إلى مجتمع الانترنت دون أن تكون مرتبطة بالسياسات الحكومية وتتميز بالمستوى الأعلى TLD المتكون من ثلاث حروف أو أكثر¹ وتشمل مجموعة تقليدية صاحبت نشوء شبكة الانترنت سنة 1985 وهي : .COM. للتجارة ، .NET. لخدمات الانترنت ، .ORG. للخدمات العامة وهي أسماء النطاق المفتوحة لجميع المستعملين ضمن مجتمع الانترنت² ، ضف الى ذلك : .MIL. للجيش الأمريكي ، .GOV. للحكومة الامريكية، .EDU. لمؤسسات التعليم العالي الامريكية وهي على نقيض المجموعة الأولى أسماء نطاق مقيدة التسجيل دون أن تكون متوفرة لجميع المستهلكين ضمن مجتمع الانترنت.

1- eddie hurter, aspects of the nature and onlineresolution of domain-name disputes,submitted in accordance with the requirementsfor the degree of doctor of laws , university of south africa, 2011 ,p8.

2 - كوثر مازوني ، الحماية القانونية للعلامة التجارية عبر الانترنت في علاقتها مع أسماء المواقع ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، المجلد 48 ، العدد 4 ، 2011 ، ص 297.

وتعمل مؤسسة الايكان على إضافة أسماء نطاق جديدة مستحدثة كل فترة قياسا للطلب المتزايد على أسماء النطاق التقليدية من خلال وضع آليه لتحرير إنشاء أسماء النطاق بمبادرة مجتمع الانترنت¹ وعلى هذا الأساس فمنذ 2001 تم إستحداث مجموعة جديدة من أسماء النطاق يمكن أن نشير الى بعضها : .biz (2001) ، .museum (2002) ، .travel (2005) ، .photography (2014) وغيرها.

2. أسماء النطاق الوطنية ccTLD

أسماء النطاق الوطنية أسماء نطاق عادية من حيث وظيفتها التقنية غير أن ما يميزها هو انتماءها لسيادة الدول وعلى هذا الأساس فإن أسماء النطاق الوطنية ترتبط دائما بدولة معينة وهو ما يجعلها خاضعة للسياسات الحكومية² واعتمدت مؤسسة الايكان التصنيف الدولي ISO 3166³ كأساس لأسماء النطاق الوطنية بحيث تتشكل دائما من حرفين وذلك دون أن تمنح للدولة حرية اختيار الحروف الأساسية المشكلة لأسمائها الوطنية ، ومن الأمثلة على أسماء النطاق الوطنية تبعا للتصنيف الدولي iso 3166 : dz بالنسبة للجمهورية الجزائرية fr بالنسبة للجمهورية الفرنسية وكذلك ca بالنسبة لدولة كندا وغيرها.

ثانيا : تمييز أسماء النطاق الوطنية إتجاه أسماء النطاق العامة

إن الفصل بين مجتمع الانترنت والسياسات الحكومية يكرس مجموعة من النتائج العملية الناتجة عن التمييز بين ماهو حكومي وما يخرج عن ذلك؟ وعلى هذا الأساس تتميز الأسماء الوطنية التي تنتمي الى السياسات الحكومية مقارنة بأسماء النطاق التي تنتمي الى مجتمع الانترنت بالتأثير الحكومي (1) والموثوقية (2) والقدرة على إنفاذ القانون (3).

1- David Forest , droit des marque et nom de domaine ,Gualino Lextenso édition ,France ,2012 ,p 117.

2 - شريف غانم ، العلامة التجارية في علاقتها بالعنوان الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2007 ، ص 28.

3 - الموقع الرسمي : <https://www.iso.org/iso-3166-country-codes.html>

1. خضوع أسماء النطاق الوطنية للتأثير الحكومي

تختلف جهة تنظيم أسماء النطاق حسب النوع فأسماء النطاق العامة تكون محل أنظمة الحوكمة الذاتية¹ Auto regulation دون تدخل حكومي في حين نلاحظ أن تنظيم أسماء النطاق الوطنية يتم بإشراف حكومي باعتبار أن المؤسسة المسؤولة عن التنظيم المركزي لأسماء النطاق الوطنية تكون في الغالب مؤسسة خاضعة للقانون المحلي للدولة المعنية، إن الاختلاف الأساسي تأسيساً على ذلك هو الجهة المسؤولة عن التنظيم المركزي لأسماء النطاق فإذا كانت عملية التنظيم المركزي لأسماء النطاق العامة تمارس عن طريق الشركات التجارية فإننا أمام شكل من أشكال الممارسة التجارية الخاضعة لاقتصاد السوق أما في الحالة التي تشرف الدولة على عملية التنظيم المركزي لأسماء النطاق التي تنتمي إليها فإننا أمام شكل من أشكال التأثير الحكومي الذي يفرض ضوابط معينة تتماشى مع وظيفة الدولة على عملية تداول هذه الأسماء ولا يجب أن نفهم أن التأثير الحكومي في مجال أسماء النطاق التي تنتمي إلى الدول المعنية هو إقصاء لمؤسسة الايكان ICANN ؛ ذلك أن جميع أسماء النطاق دون استثناء تخضع للمعايير الأولية المكرسة بموجب هذه المؤسسة وإنما تكون الأسماء الوطنية محل تأثير حكومي عند التنظيم المركزي دون المساس بسلطة مؤسسة الايكان.

2. أسماء النطاق الوطنية أكثر موثوقية .

إن أسماء النطاق التي تنتمي إلى السياسات الحكومية هي أسماء نطاق أكثر موثوقية وهو الغالب والقاعدة العامة ، أساس هذه والموثوقية هو التأثير الحكومي ذلك أن تدخل الدول في عملية التنظيم المركزي للأسماء التي تنتمي إليها يفرض الشكل الأدنى من الانضباط ، مظاهر هذا الانضباط يمكن استقراءها من الشروط المكرسة بموجب مؤسسات التنظيم المركزي لتسجيل أسماء النطاق الوطنية والتي تكون أكثر صرامة من الشروط العامة لتسجيل أسماء النطاق التي تنتمي إلى مجتمع الانترنت وهو ما يجعل من أسماء النطاق العامة الوسيلة الأساسية للاعتداء على الحقوق المشروعة للغير وعلى رأسها العلامة التجارية على النقيض من ذلك تفرض الدول في إطار عملية التنظيم المركزي لأسماء النطاق التي تنتمي إليها بعض أشكال الفحص الإضافية دون الاقتصار

1- Romain Gola ,la régulation de l'internet: noms de domaine et droit des marques
Thèses doctorat, Faculté de droit , Université de Montréal, 2003, p87.

على الفحص التقني، وتشمل هذه الفحوص على الخصوص إثبات ملكية الحقوق (يجب على مسجل الاسم أن يثبت ملكية العلامة التجارية أو غيرها من الحقوق المشروعة) أو الارتباط مع الإقليم (يجب على مسجل الاسم أن يثبت وجود ارتباط مع الدولة التي يريد استعمال أسماء النطاق التي تنتمي إليها) وبناء على هذا التحليل فإن من النادر أن تستعمل أسماء النطاق الوطنية في الاعتداء على الحقوق المشروعة للغير.

3. سهولة إنفاذ القانون فيما يتعلق بأسماء النطاق الوطنية

إن أسماء النطاق دون استثناء يمكن أن تكون الوسيلة الأساسية للاعتداء على الحقوق المشروعة للغير وإن كانت الممارسة منتشرة بشكل أكبر بالنسبة لأسماء النطاق العامة التي تنتمي الى مجتمع الانترنت غير أن ذلك لا يمكن أن يكرس كقاعدة عامة ذلك أن أسماء النطاق الوطنية يمكن أن تكون الوسيلة الأساسية كذلك في الاعتداء على الحقوق المشروعة وإن كانت بدرجة أقل، و الثابت أن إنفاذ القانون بالنسبة لأسماء النطاق الوطنية يكون أسهل من إنفاذ القانون بالنسبة لأسماء النطاق العامة والسبب في ذلك أن عملية التنظيم المركزي لأسماء النطاق الوطنية تكون تحت التأثير الحكومي للدولة المعنية وتأسيسا على ذلك فإن منح هذه الأسماء مركزيا يكون تحت إشراف مؤسسة خاضعة للقانون المحلي وهو ما يجعل من هذه المؤسسة التي تضمن التسيير المركزي لأسماء النطاق تحت التصرف الكامل للمحاكم الوطنية، يبدو الاختلاف واضحا بالنسبة لأسماء النطاق العامة التي تنتمي الى مجتمع الانترنت أين تضمن عملية التسيير المركزي مؤسسات أجنبية (تكون هذه المؤسسات في الغالب خاضعة للقانون الولايات المتحدة الامريكية) وهو ما يجعل من إنفاذ القانون مسألة متعلقة بإشكالات القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين، وعلى هذا الأساس فإن إنفاذ القانون بالنسبة لأسماء النطاق العامة يكون في الغالب مسألة معقدة للغاية.

المطلب الثاني

حوكمة أسماء النطاق¹

الحوكمة هو ذلك الشكل من أشكال التعامل مع القواعد سواء من حيث استحداث هذه القواعد في حد ذاتها (إنشاء القواعد) أو السهر على تطبيقها (إنفاذ القواعد)، إن الطبيعة التقنية لأسماء النطاق توجي للوهلة الأولى بغياب خضوع هذه الأسماء الى أنظمة الحوكمة وهو ما يمثل اتجاه غالب يميل الى رفض حوكمة مجتمع الانترنت بصفة عامة ، هذا التصور غير صحيح ذلك أن الثابت أن أسماء النطاق تخضع بشكل كامل لنظام حوكمة معين وإن كان يتميز بخصوصية معينة تتماشى مع مجتمع الانترنت ويقوم على التعاقد بين فاعلين مختلفين في شكل تسلسل هرمي يشمل مؤسسة الايكان icann كمؤسسة الحكومة الرئيسية دولياً (الفرع الأول) ثم مؤسسات مركزية تضمن التسيير (الفرع الثاني) فمؤسسات تجارية أصغر تضمن التسويق للمستهلك النهائي (الفرع الثالث).

الفرع الأول : مؤسسة تحديد الأسماء والأرقام عبر الانترنت ICANN *

تعتبر مؤسسة تحديد الأسماء والأرقام عبر الانترنت (المعروفة اختصاراً بالايكان) مؤسسة غير ربحية ذات نفع عام خاضعة لقانون ولاية كاليفورنيا الأمريكية أنشأت في 25 من نوفمبر 1998² وتهدف بصفة أساسية الى حوكمة مصادر شبكة الانترنت التقنية الأساسية (نظام DNS ، نظام TCP/IP) بشكل متوازن وعادل باعتبار أن شبكة الانترنت هي في الاصل ملك للمجموعة الدولية والظاهر أن نشوء هذه المؤسسة عرف مخاض عسير في ظل التجاذبات الدولية والصراع حول حوكمة الانترنت (أولاً) مع مجموعة تساؤلات كذلك حول شرعية هذه المؤسسة المحكومة (ثانياً).

أولاً : نشوء مؤسسة الايكان ICANN

نشوء مؤسسة تحديد الاسماء والارقام عبر الانترنت (الايكان ICANN) مرتبط بشكل وثيق بتاريخ نظام أسماء النطاق DNS باعتبار أن الايكان هي من حيث الاصل وسيلة حوكمة لنظام اسماء

1- أنظر الملحق رقم (1) في نهاية هذه الاطروحة

* Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
2 - Romain Gola ,op.cit., p 68.

النطاق DNS حيث نميز في ذلك مرحلتين أساسيتين: المرحلة الاولى والتي كان نظام أسماء النطاق (DNS) مجرد مشروع بحثي تحت إشراف هيئة علمية (1) المرحلة الثانية فهي مرحلة خصوصية نظام اسماء النطاق (DNS) والصرعات الدولية حول عملية الحكومة والتي جاءت في إطار عملية ديمقراطية الانترنت في التسعينات في العالم الغربي وكنتيجة لهذه المرحلة ظهرت مؤسسة الايكان ICANN كوسيلة حوكمة (2).

1. مرحلة الوصاية العلمية (1970-1993)

في سبعينات القرن الماضي كانت شبكة الانترنت مجرد مشروع بحثي لمجموعة من المؤسسات العملية التي تعمل تحت وصاية وزارة الدفاع الامريكية ولم يخرج نظام أسماء النطاق DNS عن هذه القاعدة فقد كان بدوره مجرد مشروع علمي تحت الاشراف المباشر لهيئة علمية برئاسة الدكتور جون بوستال John Postel وهو الباحث في جامعة جنوب كاليفورنيا وواحد من المبتكرين الاساسيين لنظام DNS وذلك في إطار إدارة تعمل تحت وصاية الحكومة الامريكية تعرف بسلطة تخصيص أسماء الانترنت¹ IANA وباعتبار أن الدكتور جون بوستال كان على رأس سلطة تخصيص أسماء الإنترنت (IANA) فقد مارس صلاحيات مطلقة على هذا النظام سواء من حيث تحديد سياسة منح أسماء النطاق او خلق اسماء جديدة وتحديد المشرفين عليه² تأسيسا على ذلك فتشغيل وإدارة نظام اسماء النطاق DNS ظل لسنوات طويلة يتم على نحو غير رسمي على يد مجموعة من الباحثين³، وعلى الرغم من ارتباط سلطة تخصيص أسماء الانترنت (IANA) بعقد وصاية مع الحكومة الأمريكية في ذلك الوقت إلا أن تدخل الحكومة الامريكية كان محدودا في تلك الفترة حيث تركزت جميع السلطات (سواء من الناحية التقنية او التنظيمية) في يد الدكتور جون بوستال John Postel وهيئته العلمية⁴ ، والواقع أن تفرد الهيئة العلمية في إدارة وتنظيم نظام أسماء النطاق DNS في هذه المرحلة يعود الى الاستخدام المحدود لشبكة الانترنت في ذلك الوقت

1- A. Michael Froomkin ، Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route around the APA and the Constitution .Duke Law Journal, Vol. 50, No. 1, 2000, p54.

2- Hans Klein, op.cit , p107.

3 - مصطفى موسى العياط ، الجوانب القانونية لتعاملات التجارة الالكترونية - حماية العلامة التجارية الكترونيا - ، دار وائل للنشر ، عمان ، الاردن ، ط1 ، 2011 ، ص 105.

4 - Hans Klein, op.cit , p 107.

حيث لم يطرح مجتمع الانترنت الصغير أي تساؤلات جدية حول موضوع الحوكمة والجهة المسؤولة عن ذلك أعتقد أن هذه المرحلة تميزت كذلك بحالة من الزهد الامريكي والدولي بشبكة الانترنت وعدم استشراف الدور الذي يمكن أن تلعبه على المستوى السياسي والاقتصادي.

2. مرحلة الخوصصة (1993-1998).

في منتصف التسعينات ومع ما شاهدهته شبكة الانترنت من ديمقراطية وازدهار في المجتمعات المتقدمة خصوصا في مجال التجارة الالكترونية الناشئة في ذلك الوقت ومع ظاهرة التزاحم على تسجيل مختلف أسماء النطاق العامة وخصوصا (.com) بين مختلف الشركات المحلية والدولية إضافة الى احتدام النقاش على المستوى الدولي حول فكرة حوكمة شبكة الانترنت عموما ونظام عناوين أسماء النطاق DNS بصفة خاصة ثار التساؤل حول حوكمة الانترنت والجهة المسؤولة عن ممارسة هذه الحوكمة والواقع أن التساؤل الذي طرحه المجتمع الدولي في هذه المرحلة حول هوية الجهة المسؤولة عن إدارة وتشغيل نظام أسماء النطاق DNS هو تساؤل مشروع فنظام اسماء النطاق DNS بعد انتشار استخدام شبكة الانترنت بالنسبة للنطاق العريض من المستخدمين لم يعد مجرد مشروع بحثي تشرف عليه هيئة علمية بل امتد تأثيره المباشر لجوانب سياسية واقتصادية ذات أهمية بالغة فمن يتحكم في نظام اسماء النطاق يتحكم في شبكة الانترنت بحكم الواقع¹ وقد مرت عملية خوصصة نظام اسماء النطاق DNS بدورها بمراحل متعددة بداية بالترخيص لشركة NSI الامريكية الخاصة بإدارة اسماء النطاق العامة (gTLD) (1.2) ثم تقرير اللجنة الدولية المعنية (IAHC) (2.2) ثم تدخل الحكومة الامريكية (3.2).

1.2. الترخيص لشركة NSI الامريكية.

المحاولات الاولى لعملية خوصصة نظام أسماء النطاق كانت من خلال عملية الترخيص التي قامت بها حكومة الولايات المتحدة الامريكية ممثلة في المؤسسة الوطنية للعلوم (NSF) * مع شركة خاصة معروفة بـ (NSI) ** سنة 1993 بموجب هذا العقد تم الترخيص لهذه الشركة بتسجيل اسماء النطاق العامة فقط TLD للمستهلك النهائي لمدة 5 سنوات وكنتيجة لذلك مارست

1- Romain Gola ,op.cit., p 71.

* National Science Foundation

** Network Solution Incorporation

NSI نوع من الاحتكار بحكم الواقع un monopole de fait على عملية منح اسماء النطاق العامة وهو ما مكنها من تحقيق أرباح عالية¹ ، في سنة 1995 أبدى جون بوستال John Postel - رئيس الهيئة العلمية المشرفة على نظام اسماء النطاق قبل الخصخصة - ملاحظاته حول الاحتكار الذي تمارسه شركة NSI ودعي الى إصلاح نظام أسماء النطاق DNS من خلال منحها لشركات مختلفة ومتنافسة تعمل على توفير خدمة أفضل للمستهلك النهائي.²

2.2. تقرير اللجنة الدولية المعنية (IAHC).

في إطار النقاش الدولي حول حوكمة نظام اسماء النطاق DNS ومع تزايد الانتقادات الموجهة ضد الاحتكار الذي تمارسه شركة NSI بموجب عقدها مع الحكومة الامريكية سنة 1993 دعت الجمعية الامريكية للإنترنت* (ISOC) بالتعاون مع سلطة تخصيص أسماء الانترنت (IANA) برئاسة جون بوستال الى تشكيل لجنة دولية مختلطة تعني بإعداد تقرير لإصلاح عيوب حوكمة نظام أسماء النطاق وبالفعل تم ذلك في اكتوبر من سنة 1996 حيث تم إنشاء اللجنة الدولية المعنية والمعروفة بـ** (IAHC)، وتضم اللجنة الدولية المعنية إضافة الى الجمعية الامريكية للإنترنت (ISOC) بطبيعة الحال مجموعة من الفاعلين في مجال شبكة الانترنت والاتصالات والملكية الفكرية وهم:

- سلطة تخصص أسماء الانترنت (IANA).
- مجلس هيكلية الانترنت (IAB) The Internet Architecture Board
- المجلس الفيدرالي للشبكات (FNC) Federal Networking Council
- الاتحاد الدولي للاتصالات (ITU) International Telecommunication Union

1- Romain Gola ,op.cit., p 63.

2- Milton Mueller,. ICANN and Internet governance: sorting through the debris of “self-regulation”. the journal of policy, regulation and strategy for telecommunications information and media, 1999, vol. 1, no 6, p. 500.

* الجمعية الامريكية للإنترنت Internet Society

** International Ad hoc Committee

- الجمعية العالمية للعلامات التجارية International Trademark Association (INTA)،

- المنظمة العالمية للملكية الفكرية World Intellectual Property Organization .

وتهدف اللجنة الدولية المعنية (IAHC) الى تكريس نظام حوكمة جديد لنظام اسماء النطاق وإنهاء احتكار شركة NSI الامريكية لأسماء النطاق العامة بما يضمن عملية خوصصة عادلة ومتوازنة، إضافة الى تقديم حلول أولية حول التهديد الذي يطرحه اسم النطاق على العلامة التجارية¹ وقد تضمن التقرير النهائي للجنة الدولية المعنية المعروف بـ gTLD-MoU تصورات جديدة لعملية حوكمة اسماء النطاق ، مبدئيا وكإشارة مهمة اعتبر التقرير أن اسماء النطاق هي مصدر عام مملوك للمجموعة الدولية وليس حكرا على دولة او مجتمع بعينه ، تأسيسا على ذلك يجب أن تكون حوكمة هذه الاسماء بطريقة جماعية عادلة بين مختلف كيانات المجموعة الدولية كذلك شدد التقرير على ضرورة فتح المجال للمنافسة بين مختلف كيانات القطاع الخاص في مجال تسجيل اسماء النطاق للمستهلك النهائي دون حصرها في كيان او مؤسسة واحدة.²

و في مجال حماية العلامة التجارية اقترح التقرير إصلاحات تقنية في نظام أسماء النطاق DNS تسمح بحماية العلامة التجارية من تسجيلها ك اسم نطاق ومن بينها اقتراح نظام فترة الانتظار waiting period حيث بموجب هذا الاقتراح لا يتم تسجيل اسم النطاق للمستهلك بصفة نهائية إلا بعد مصادقة لجنة خاصة تابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) على الطلب وتأكدها -تأسيسا على ذلك- بأن هذا التسجيل لا يمس بالحقوق المشروعة لمالك العلامة التجارية (يخص العلامات المشهورة في الغالب) واقترح التقرير كذلك تكريس نظام الكتروني يمنع بصفة وقائية تسجيل العلامات المشهورة كأسماء نطاق بحيث يرفض بطريقة تلقائية تسجيل أي تسمية تتطابق او تتشابه مع علامة تجارية مشهورة³ وعلى الرغم من وجهة الكثير من الاقتراحات المتضمنة في تقرير اللجنة غير أنه قوبل بفشل ذريع ، ويعتقد جون بوستال John Postel أن سبب الفشل في تبني هذا التقرير هو رفضه من طرف اللوبيات الاقتصادية الفاعلة في مجال الانترنت وعلى رأسها

1 - Romain Gola ,op.cit., p 64.

2 - Milton Mueller, op.cit , p 502.

3 - Ibid.

شركة NSI التي كانت تحتكر تسويق اسماء النطاق العامة (gTLD) باعتبار أنه يقزم مصالحها التجارية ، إضافة الى الدور السلبي لحكومة الولايات المتحدة في تلك المرحلة.¹

3.2. تدخل الحكومة الامريكية في عملية الحوكمة

في نهاية سنة 1996 بدأت شبكة الانترنت تطرح إشكالات جدية بالنسبة للحكومة الامريكية خصوصا ما تعلق منها بتأثيرها السلبي على حقوق الملكية الفكرية واحتدام النقاش على المستوى الدولي حول عملية حوكمة الانترنت، وهو ما دفع إدارة الرئيس بيل كلينتون للتدخل لتنظيم النقاش حول حكومة نظام أسماء النطاق DNS والواقع أن تدخل الحكومة الامريكية جاء كمحاولة لتحقيق التوافق بين المصالح المتضاربة مصالح اللوبيات في الداخل الامريكي التي تستثمر اموال طائلة في مجال التجارة الالكترونية الناشئة والتي ترغب في التحكم التام في شبكة الانترنت من خلال تحكمها في عملية الحوكمة من جهة ومصالح الدول الغربية الحليفة للولايات المتحدة كالاتحاد الاوروبي وأستراليا في تكريس حوكمة عادلة لنظام عناوين المواقع الالكترونية من جهة ثانية² وتملك حكومة الولايات المتحدة شرعية متينة *une solide légitimité* في حقيقة الامر للتدخل في عملية تنظيم حوكمة الانترنت والتي تستمدها من الدور التاريخي الذي لعبته وزارة الدفاع الامريكية في نشوء وتطوير شبكة الانترنت واحتضانها كمشروع علمي في الستينات³ وتجسد التدخل الامريكي بالفعل من خلال مرحلتين :

1.3.2. إقتراح الحكومة الامريكية للورقة الخضراء

الوثيقة الخضراء *the Green Paper Policy* وثيقة مبدئية طُرحت في فيفري 1989 تضمنت اقتراحات ونظرة حكومة الولايات المتحدة الامريكية لعملية حوكمة شبكة الانترنت حيث

1 - Jonathan Zittrain. "Icann: Between the Public and the Private Comments before Congress." Berkeley Technology Law Journal 14, no. 03 (1999): p1081.

- Marshall Leaffer ,Domain Names, Globalization, and Internet Governance , Indiana Journal of Global Legal Studies, Vol. 6, No. 1, Symposium: Sovereignty and the Globalization of Intellectual Property, 1998 , p 154.

2- Milton Mueller, op.cit , p 504.

3- Romain Gola ,op.cit., p 66.

تضمنت مجموعة من المبادئ الاساسية¹ التي يجب أن تتوفر في أي مشروع حوكمة لنظام أسماء النطاق من وجهة نظر الحكومة الامريكية وهي:

- الاستقرار stability
- التنافسية competition
- الخصخصة Privatization
- الشفافية والتشاركية في اتخاذ القرارات Bottom-Up Coordination
- التمثيل representation.

والملاحظ أن الورقة الخضراء تضمنت كذلك مجموعة من الاقتراحات المخالفة بشكل ملحوظ للمبادئ الخلاقة التي جاء بها تقرير اللجنة الدولية المعنية (IAHC) ومجتمع الانترنت في ذلك الوقت خصوصا الاقتراح الذي تضمن نقل إدارة نظام اسماء النطاق DNS الى مؤسسة خاصة غير ربحية تضمن تمثيل عادل لمختلف الفاعلين عبر شبكة الانترنت وعملت الحكومة الامريكية من خلال الورقة الخضراء على إقصاء أي تمثيل دولي خارج الولايات المتحدة في عملية الحوكمة سواء من طرف الدول أو المنظمات الدولية² وهو ما أثار استياء المجتمع الدولي والاتحاد الأوروبي على الخصوص والذي طالب بتمثيل عادل في إطار منظمة دولية تشرف على عملية الحوكمة.³

2.3.2. إقتراح الحكومة الامريكية للورقة البيضاء

الورقة البيضاء the white Paper Policy وثيقة ثانية طُرحت في جوان 1998 وتضمنت هي الاخرى الخطوط العريضة لسياسة حكومة الولايات المتحدة الامريكية في مجال حوكمة شبكة الانترنت بعد دراسة مختلف الانتقادات المحلية والدولية على الورقة الخضراء⁴ ، وعلى هذا الأساس تمثل الورقة البيضاء نسخة محسنة من الورقة الخضراء حيث تضمنت نفس المبادئ الاساسية

1- Volker Leib, ICANN-EU can't: Internet governance and Europe's role in the formation of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). Telematics and Informatics, 2002, vol. 19, no 2, p.164.

2- Romain Gola ,op.cit., p 66.

3 -Volker Leib, op.cit ,p.164.

4 - Jonathan Zittrain, op.cit ,p1081.

غير أن الورقة البيضاء تميزت بتكريس التشاركية والتمثيل بين مختلف كيانات القطاع الخاص والمجتمع الدولي في عملية حوكمة أسماء النطاق¹ والواقع أن الورقة البيضاء بما تضمنت من تنازلات أمريكية كانت نتيجة للضغوط التي مارسها الاتحاد الأوروبي في تلك المرحلة غير أن الملاحظ أن الولايات المتحدة لم تتنازل عن اقتراحها المتضمن إنشاء مؤسسة خاصة خاضعة للقانون الأمريكي كوسيلة لتسيير وحوكمة الشبكة في حين كان يفضل المجتمع الدولي فكرة المنظمة الدولية كوسيلة حوكمة.

ثانيا : الانتقادات الدولية لمؤسسة الايكان ICANN

في خريف 1998 وكننتيجة لسياسة الورقة البيضاء the white Paper Policy التي اعتمدها الحكومة الامريكية بدأت الخطوات الفعلية لتأسيس مؤسسة تخضع للقانون الامريكي وتعمل على حوكمة وتسيير شبكة الانترنت فنشأة مؤسسة تحديد الاسماء والارقام عبر الانترنت المعروفة اختصارا بـ الايكان ICANN بوتيرة سريعة وخاطفة² والايكان مؤسسة خاصة تعمل على حوكمة شبكة الانترنت كانت ولا تزال في حقيقة الامر محل لمجموعة كثيرة من الانتقادات مبدئيا الوضع القانوني للمؤسسة والمعرف رسميا كشركة غير ربحية ذات نفع عام خاضعة لقانون ولاية كاليفورنيا الامريكية Nonprofit Public Benefit Corporation غير معروف في الانظمة القانونية خارج الولايات المتحدة وهو محل جدل كبير(1) كذلك الدور الذي تلعبه هذه المؤسسة غير الربحية متسع للغاية ومن المفروض أن تقوم به منظمة دولية (2) ضف الى ذلك أن طريقة التسيير في حد ذاتها غامضة وغير ديمقراطية خصوصا أمام الهيمنة الامريكية الملحوظة على مستوى صناعة القرار على مستوى هذه المؤسسة (3).

1. غموض الشكل القانوني لمؤسسة الايكان بالنسبة للمجتمع الدولي

يعتبر الشكل القانوني لمؤسسة الايكان محل جدل واسع دوليا ذلك أنها تعتبر رسميا بموجب القانون الامريكي شركة غير ربحية ذات نفع عام خاضعة لقانون ولاية كاليفورنيا Nonprofit Public Benefit Corporation و الواقع أن هذا الشكل القانوني غير معروف خارج الولايات المتحدة

1 - Romain Gola ,op.cit., p 66.

2- Volker Leib, op.cit ,p.168.

الامريكية وهو غامض ومتناقض بالنسبة للأنظمة القانونية اللاتينية ، فالكيانات الوحيدة ذات النفع العام في القانون الفرنسي والقانون الجزائري بالتبعية هي الجمعيات والنقابات في حين تمثل الشركات كيانات ذات بعد اقتصادي ربحي بالضرورة قائمة على تقاسم الارباح و الملاحظ أننا أمام خلط كبير في المصطلحات فمن جهة تعتبر الايكان شركة من حيث الشكل في حين تمارس من حيث الموضوع دور شبيه بدور الجمعيات وهو العمل من اجل النفع العام¹.

2. اتساع نطاق دور الايكان الى حوكمة المحتوى.

يرتكز دور الايكان ICANN من حيث الاصل على الحوكمة التقنية لشبكة الانترنت la régulation technique بمعنى خلق قواعد وأسس تقنية لعمل شبكة الانترنت وضمان استقرارها مثل ما هو عليه الحال في الادارة التقنية لنظام أسماء النطاق DNS محل الدراسة و الملاحظ أن دور الايكان أصبح أكثر توسعا متجاوزا الدور التقني المحدود المصرح به ، فالأيكان ICANN أخذت بتوسيع دورها من الحوكمة التقنية الى حوكمة المحتوى la régulation du contenu بمعنى التدخل من أجل خلق قواعد موضوعية تهدف الى تنظيم المحتوى المتبادل عبر شبكة الانترنت وفرض العقوبات على المحتوى غير المطابق و المثال على هذا التوسع ، استحداث ما يعرف بالسياسة الموحدة لتسوية النزاعات Uniform Dispute Resolution Policy والتي تهدف الى النظر في منازعات السطو الالكتروني بطريقة شبيهة بالتحكيم الالكتروني وفرض الجزاءات وهو ما يتجاوز دورها التقني الى دور الحكومات والمؤسسات القضائية².

3. هيمنة الحكومة الامريكية على صناعة قرار مؤسسة الايكان

نشوء مؤسسة الايكان صاحبه تساؤلات كثيرة حول عملية التسيير وعلاقة مؤسسة الايكان ICANN بالحكومة الامريكية خصوصا أن الولايات المتحدة سعت في تلك الفترة الى ابرام عدد كبير من مذكرات التفاهم Memorandum Of Understanding³ مع الايكان والتي تضمن في ظاهرها تنظيم العملية التقنية لنقل إدارة نظام أسماء النطاق DNS من سلطة الولايات المتحدة وشركة

1 - Olivier Iteanu, , L'Icann, un exemple de gouvernance originale ou un cas de Law intelligence ? , Les Cahiers du numérique Vol. 3,2002, p. 154.

2 - Romain Gola ,op.cit., p83-85.

3 - Jonathan Zittrain , op.cit , p1082.

NSI الى مؤسسة الايكان لكنها تضمنت كذلك - من وجهة نظر المجتمع الدولي - في باطنها شرعنه منظمة لتدخل حكومة الولايات المتحدة في عملية اتخاذ القرار على مستوى هذه المؤسسة، والواقع أن الولايات المتحدة حرصت على استمرار نوع من الوصاية على هذه المؤسسة الوليدة¹ ، في حين كان من المفروض أن تضمن هذه المؤسسة التمثيل العادل والتشاركية في اتخاذ القرار مع جميع مكونات المجتمع الدولي مثلما نصت عليه كل من السياسة الخضراء والبيضاء ومن مظاهر الهيمنة الامريكية على صناعة القرار على مستوى مؤسسة الانترنت الايكان :

- حق النقض الذي تتمتع به الحكومة الامريكية في مواجهة أي قرار من قرارات مؤسسة الايكان².

- ضعف تمثيل بقية الدول على مستوى اللجنة الحكومية الاستشارية (GAC) وعدم وجود آليات فعالة لتكريس التشاركية بين هذه الدول على مستوى هذه اللجنة وهو ما يضمن تأسيسا على ذلك هيمنة أكبر للولايات المتحدة الامريكية على مركز صناعة القرار³.

- خضوع الايكان بحكم الواقع للنظام القضائي الأمريكي فالقضاء الأمريكي يعتبر مختصا بالنظر في جميع منازعات منظمة الايكان سواء من ناحية إقليمية او نوعية وهو ما يتعارض مع ضرورة حياد هذه المؤسسة⁴.

الفرع الثاني : مكاتب التسيير المركزي لـ أسماء النطاق

إن الوظيفة الأساسية لمؤسسة الايكان هي إنشاء أسماء النطاق وتكريس أنظمة الحوكمة غير أن ذلك يجب أن لا يفهم أن وظيفة مؤسسة الايكان تشمل التنظيم المركزي لأسماء النطاق بل إن المؤسسة تعمل على تفويض كيانات تجارية كبرى تعرف باللغة الإنجليزية تحت مسمى registry وتعرف في التشريع الفرنسي تحت مسمى مكاتب التسجيل office d'enregistrement عملية

1- Scott Sonbuchner,. Master of Your Domain: Should the US Government Maintain Control over the Internet's Root. Minn. J. Int'l L., 2008, vol. 17, p. 192.

2- مصطفى موسى العياط ، المرجع السابق ، ص 109.

3- Jonathan Weinberg,op.cit,p194.

4- Romain Gola ,op.cit., p73.

التنظيم المركزي لأسماء النطاق¹ إن كل مؤسسة متعاقدة مع الايكان تضمن التنظيم المركزي لاسم نطاق واحد أو أكثر غير أنه من غير الممكن أن يشترك أكثر من مؤسسة تنظيم مركزي في تسيير اسم نطاق واحد باعتبار أن ذلك ينشأ حالة من تضارب السياسات والظاهر أن المؤسسات المسؤولة عن التنظيم المركزي هي مؤسسات تجارية وعلى هذا الأساس فإن خدمة التسيير المركزي هي خدمة تجارية أساسا دون أن تكون خدمة عامة وتهدف هذه المؤسسات الى تكريس القواعد التقنية الأساسية لتسجيل أسماء النطاق محل عقد التفويض من طرف مؤسسة الايكان دون أن تعمل هذه المؤسسات الكبرى على عملية التسجيل المباشر لأسماء النطاق للمستهلك النهائي، يجب الإشارة كذلك الى خصوصية مهمة وهي أن مؤسسات التنظيم المركزي تختلف باختلاف انتماء أسماء النطاق وقد أشرنا في السابق أن تصنيف أسماء النطاق يقوم على فكرة الفصل بين مجتمع الانترنت والسياسات الحكومية وعلى هذا الأساس فإن الغالب أن يكون المسؤول عن التنظيم المركزي لأسماء النطاق العامة شركة تجارية في حين تتولى في الغالب التسيير المركزي لأسماء النطاق الوطنية مؤسسة خاضعة للقانون الخاص بالدولة المالكة² تكريسا للسياسات الحكومية سواء كان مؤسسة عمومية اقتصادية (تعتبر cerist وهي مؤسسة عمومية اقتصادية المؤسسة المسؤولة عن التنظيم المركزي لأسماء النطاق الوطنية ذات المستوى الأعلى³ .DZ) أو جمعية (تعتبر جمعية AFNIC الفرنسية المؤسسة المسؤولة عن التنظيم المركزي لأسماء النطاق الوطنية الفرنسية ذات المستوى الأعلى⁴ .FR) أو غيرها من المؤسسات التي للسياسات الحكومية المعنية.

الفرع الثالث : مكاتب التسجيل النهائي لـ أسماء النطاق

إن المؤسسات المسؤولة عن التسويق وتعرف في التشريعات الامريكية تحت مسمى registrar وفي التشريع الفرنسي تحت تسمية un bureau d'enregistrement هي مؤسسات اتصالية

1 - هذا التعريف مستمد من المادة 45 من قانون 2011-302 المؤرخ في 22 مارس 2011 المعدل لقانون الاتصالات الالكترونية

الفرنسي التي تنص على وظيفة المؤسسة المسؤولة عن التنظيم المركزي لأسماء النطاق الوطنية الفرنسية .fr. ويطلق المشرع الفرنسي على هذه

المؤسسات تسمية مكاتب التسجيل office d'enregistrement

2 - Luc grynbaum , Caroline le Goffic , op.cit. ,p635.

3 - www.nic.dz

4 - Céline castets-renard, op.cit ,p290.

مباشرة مع المستهلك النهائي (الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يطلب تسجيل أسماء النطاق) وهي شركات تجارية صغيرة الحجم قائمة على المنافسة وعلى هذا الأساس فإن كل مؤسسة تنظيم مركزي تعمل على الترخيص لمكاتب للمؤسسات المسؤولة عن التسويق بموجب عقد إمكانية التسويق لأسماء النطاق¹ التي تتولى عملية تنظيمها مركزياً² ما يجب الإشارة إليه أن مؤسسات التسويق هي المؤسسات الوحيدة ضمن أنظمة حوكمة أسماء النطاق التي تعمل على التسويق النهائي لهذه الأسماء للمستهلك النهائي دون مؤسسة الايكان ICANN ودون مؤسسات التنظيم المركزي ، إن هذه السياسة هي سياسة حكيمة قائمة على اعتبارات تنافسية باعتبار أن البيع المباشر لأسماء النطاق من طرف مؤسسة الايكان ICANN أو مؤسسات التنظيم المركزي هو مساس بالمنافسة وتكريس للاحتكار غير أن الترخيص لمؤسسات تجارية صغيرة متعددة يخلق المنافسة ويجعل من الأسعار محل مضاربة وهو ما يؤدي الى الاستقرار والظاهر أن هذه السياسة الحكيمة كانت من بين المطالب التي تقدمت بها اللجنة المعنية gTLD-MoU برئاسة الدكتور بوستال والسابق الإشارة إليها حيث طالب بعدم تركيز تسويق أسماء النطاق لمؤسسة مركزية³ وكذلك ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في أن غياب الفصل بين مؤسسات التنظيم المركزي والتسويق ممارسة خطيرة تتركس الاحتكار.⁴

1 - Nathalie Dreyfus, Marques et Internet: Protection, valorisation, défense, édition Lamy ,France ,2011 , p112.

2 - Luc grynbaum , Caroline le Goffic , op.cit. ,p637.

3 - Milton Mueller, op.cit , p 500.

4 - Nathalie Dreyfus, op.cit , p112.

المبحث الثاني

استعمال العلامة ضمن أسماء النطاق

أسماء النطاق تعتبر الوسيلة الأساسية للاعتداء على العلامة التجارية عبر الانترنت وهي ممارسة تشمل العلامات وتشمل غيرها من الحقوق المشروعة للغير وإن كانت منتشرة بصفة أساسية في مجال العلامات.

والواقع أن استعمال العلامات ضمن أسماء النطاق ممارسة تخضع لبعض أشكال التقدير باعتبار أن الاستعمال يكون في بعض الحالات مسألة سليمة دون أن يمثل مساساً بالحقوق المشروعة وعلى هذا الأساس فإن تقدير الاستعمال غير المشروع للعلامات ضمن أسماء النطاق والذي يؤسس للسطو الإلكتروني يعتبر مسألة ضرورية بهدف التمييز بين الاستعمال المشروع ودون ذلك من أشكال الاستعمال المختلفة عبر الانترنت (المطلب الأول).

إن الاستعمال غير المشروع للعلامة التجارية ضمن أسماء النطاق يمثل حالة من التنازع أساساً بين هذه العلامة وأسماء النطاق وهو ما يطرح التساؤل حول أسباب نشوء التنازع بين أسماء النطاق المفهوم الذي ينتمي لتكنولوجيا الإعلام والاتصال والعلامة المفهوم الذي ينتمي إلى الميدان الاقتصادي والحياة التجارية؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الاستعمال غير المشروع للعلامة ضمن أسماء النطاق

إن تقدير المساس بالحق في العلامة ينطلق من مفهوم الممارسة في حد ذاتها ؛ ذلك أن السطو على العلامة يكرس أساسا بعملية التسجيل وهي القاعدة العامة ؛ في حين يمكن في بعض الحالات إستقراء الاستعمال غير المشروعة للعلامة المملوكة للغير كأسماء نطاق عبر شبكة الانترنت من خلال الاستعمال دون التسجيل والغالب أن العملية مركبة ذلك أن من يسجل إسم النطاق يهدف الى الاستعمال غالبا غير أن ذلك لا يمثل قاعدة دون إستثناءات فيحدث أن يستعمل إسم النطاق دون أن يكون المستعمل هو مسجل الاسم (الفرع الأول) من جهة ثانية فإن عملية التسجيل او الاستعمال في حد ذاتها لا تعتبر ممارسة غير مشروعة وبناء على ذلك فإن توفر سوء النية مسألة جد هامة في تكريس وجود الاستعمال غير المشروع للعلامة عبر شبكة الانترنت (الفرع الثاني).

الفرع الأول : التسجيل المتضمن علامة الغير

يتخذ التسجيل او الاستعمال شكل التطابق (أولا) أو يكون على سبيل المتشابهة التي تهدف الى إحداث الخلط دون أن تكون هناك مطابقة تامة (ثانيا).

أولا : التسجيل المطابق لعلامة الغير

يعد تسجيل اسم نطاق مطابق لعلامة مملوكة للغير من اكثر الاعتداءات التي شهدتها العلامة التجارية خصوصا في بداية شبكة الانترنت¹ ، باعتبار أن الشركات المالكة للعلامات المشهورة لم تكن واعية بأهمية الانترنت كمسرح مستقبلي لعمليات التجارة الالكترونية وهو ما استغله البعض من خلال تسجيل أسماء نطاق مطابقة لعلامات تجارية مشهورة وحجزها بطريقة استباقية بهدف ابتزاز مالك العلامة الشرعي ومن الأمثلة على ذلك أن يعمل الشخص على تسجيل العلامة Marlboro كإسم النطاق www.marlboro.com² أو تسجيل العلامة Saint-Tropez كإسم نطاق

1 - عصام عبدالفتاح مطر ، التحكيم الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، جمهورية مصر العربية ، 2009 ، ص252.

2 - عصام عبدالفتاح مطر ، المرجع السابق ، ص253.

www.Saint-Tropez.com¹، أعتقد من وجهة نظري أن هذا الشكل من أشكال التسجيل أقل شهرة حالياً؛ ذلك أن مالك العلامة يحتاط في الغالب من هذه الممارسة بتسجيل العلامة التجارية على سبيل التطابق ودون تمهل في مختلف أصناف أسماء النطاق الممكنة.

ثانياً : التسجيل دون التطابق لعلامة الغير

يعتبر التسجيل غير المطابق للعلامة الممارسة الأكثر شهرة حالياً ، ويشمل التسجيل الذي لا يكون مطابقاً للعلامة التجارية وإنما يكون على درجة من التشابه الى ذلك الحد الذي يثير اللبس في ذهن الجمهور.

وتشمل هذه الممارسة أشكال متعددة :

- حذف الحروف مثل تسجيل العلامة Wall Street Journal كإسم نطاق
www.ewallstjournal.com

- إضافة حروف وكلمات مثل تسجيل العلامة Pokémon كإسم نطاق
www.Pokemon-games.com

- عكس الحروف مثل تسجيل العلامة التجارية Galabingo كإسم النطاق
www.bingogala.com².

- إصطياد الأخطاء Typosquatting مثل تسجيل العلامة Google كإسم النطاق
www.gogole.com³ أو تسجيل العلامة التجارية rueducommerce كإسم النطاق
www.rueducommerc.com⁴.

1- شريف غانم ، المرجع السابق ، ص 115.

2 - Alexandre defossez, op.cit. , p178.

3 - David Forest , droit des marque et nom de domaine ,Gualino Lextenso édition ,France ,2012 ,p 129.

4- Céline castets-renard, op.cit. ,p310.

الفرع الثاني : ثبوت سوء النية

يعتبر إثبات سوء النية تحدياً حقيقياً بالنسبة لمالك العلامة التجارية¹ باعتبار أن التسجيل الذي يتم بحسن النية لا يمكن أن يمثل حالة سطو إلكتروني على العلامة² وعليه فإن مالك العلامة مطالب بإثبات أن مسجل اسم النطاق محل النزاع لا يملك أي مصلحة مشروعة.³

وسوء النية مسألة موضوعية غير مفترضة تستقل بتقديرها هيئات الحكم سواء كانت جهات قضائية عندما تكون منازعة السطو الإلكتروني أمام الاقضية التقليدية أو الجهات التحكيمية عندما تكون منازعة السطو محل تحكيم بين أطراف النزاع ، وتكرس الإجراءات الإدارية لتسوية المنازعات الإدارية UDRP التابعة لمنظمة الايكان مجموعة من المعايير غير الحصرية لتكريس سوء النية في مجال السطو الإلكتروني (أولاً) إضافة الى القانون الأمريكي لحماية المستهلك من السطو الإلكتروني ACPA والذي يكرس كذلك مجموعة من المعايير التي تساهم في مساعدة القضاة الأمريكيين على تقدير وجود سوء النية (ثانياً).

أولاً : تقدير سوء النية في الإجراءات الإدارية لتسوية المنازعات (UDRP).

تنص الفقرة 4 -2 من الإجراءات الإدارية لتسوية المنازعات (UDRP) على مستوى الايكان على مجموعة من المعايير غير الحصرية التي تساعد في تحديد وجود سوء النية من عدمه.⁴

وتتمثل في أربعة معايير أساسية يكفي توفر معيار واحد فقط منها لتقدير وجود سوء النية والظاهر أنه يمكن تقسيم هذه المعايير الى صنفين : المعايير التي تسمح بتقدير سوء النية خلال عملية التسجيل في حد ذاتها (1) والمعايير التي تسمح كذلك بتقدير سوء النية لكن خلال مرحلة الاستعمال دون التسجيل (2).

1 - John G. White , ICANN's Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy in Action , Berkeley Technology Law Journal, Vol. 16, No. 1, Annual Review of Law and Technology 2001, p234,235.

2 - Adam Silberlight , Domain Name Disputes Under the ACPA in the New Millennium: When is Bad Faith Intent to Profit Really Bad Faith and Has Anything Changed with the ACPA's Inception? , Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal ,v13, N1 ,2002,p271.

3 - eddie hurter ,op.cit. p149.

4 - Ian Tollett, op.cit , p 172.

1. ثبوت سوء النية خلال مرحلة التسجيل

يمكن تلخيص هذه المعايير في التسجيل بهدف إعادة البيع ، التأجير أو التنازل بقيمة غير متناسبة (1.1) والتسجيل الموقوف (2.1) والتسجيل بهدف المنافسة غير المشروعة (3.1) .

1.1. التسجيل بهدف إعادة البيع

تنص الفقرة 4 ب (i) من الاجراءات الادارية لتسوية المنازعات على هذه الممارسة بالشكل التالي :

' عندما تشير الوقائع الى أن عملية التسجيل أو الاكتساب تهدف أساسا الى البيع أو التأجير أو التنازل لمالك العلامة الشرعي أو للمنافس بمقابل مالي غير متناسب مع القيم الحقيقية...¹

تقدير سوء النية بموجب الفقرة 4 ب (i) يفرض توفر الشروط التالية:

- الشرط الأول : عندما تشير الوقائع الى أن تسجيل أو إكتساب إسم النطاق يهدف أساسا إلى إعادة البيع vendre أو التأجير louer أو التنازل céder دون أن يكون الهدف من التسجيل إستعمال اسم النطاق.

- الشرط الثاني : عندما تشير الوقائع الى إتجاه مسجل اسم النطاق الى بيع أو تأجير اسم النطاق الى مالك العلامة التجارية الشرعي le propriétaire de la marque أو البيع أو التأجير أو التنازل الى منافس ou à un concurrent de celui-ci مالك العلامة التجارية الشرعي.

- الشرط الثالث : أن يكون البيع أو التأجير بمقابل مالي à titre onéreux غير متناسب مع القيمة الفعلية لاسم النطاق محل التسجيل وعلى هذا الأساس لا يعتبر أساس لسوء نية المسجل

1 - «Les faits montrent que vous avez enregistré ou acquis le nom de domaine essentiellement aux fins de vendre, de louer ou de céder d'une autre manière l'enregistrement de ce nom de domaine au requérant qui est le propriétaire de la marque de produits ou de services, ou à un concurrent de celui-ci, à titre onéreux et pour un prix excédant le montant des frais que vous pouvez prouver avoir déboursé en rapport direct avec ce nom de domaine, ...»

التنازل المجاني لاسم النطاق à titre gratuit أو إعادة بيع اسم النطاق أو تأجيره بمقابل مالي متناسب مع القيمة الفعلية لاسم النطاق محل التسجيل.

2.1. التسجيل الموقوف cybersquatting bloquant

تنص الفقرة 4 - ب (ii) من الاجراءات الادارية لتسوية المنازعات على هذه الممارسة بالشكل التالي:

"تسجيل اسم النطاق بهدف منع مالك العلامة التجارية أو علامة الخدمة من إستعمال العلامة التجارية ضمن أسماء النطاق مع الاستمرار في هذه الممارسة"¹

إن تقدير سوء النية من خلال التسجيل الموقوف يكون عندما تشير الوقائع الى أن تسجيل اسم النطاق يهدف أساسا الى منع مالك العلامة التجارية الشرعي من التواجد عبر شبكة الانترنت من خلال الحجز المسبق للعلامة التجارية كإسم نطاق² وقد أقر مركز الويبو للتحكيم والوساطة أن تسجيل المدعي عليه لمجموعة معتبرة من أسماء النطاق المتضمنة العلامة التجارية HARRY POTTER هو تسجيل موقوف يهدف أساسا الى منع المالك الشرعي للعلامة من التواجد عبر شبكة الانترنت³.

والظاهر أن التسجيل الموقوف هو شكل من أشكال الحيازة السلبية⁴ the passive holding لاسماء النطاق بحيث يكون الهدف الأساسي من التسجيل هو الحجز المسبق للاسم دون نية الاستعمال فعليا وهو ما يمكن أن يشكل وسيلة منع للمدعي من التواجد عبر الانترنت من خلال تسجيل علامته التجارية ضمن اسم النطاق المحجوز⁵.

1 -« Vous avez enregistré le nom de domaine en vue d'empêcher le propriétaire de la marque de produits ou de services de reprendre sa marque sous forme de nom de domaine, et vous êtes coutumier d'une telle pratique »

2- Alexandre Defossez, op.cit. , 186.

3- WIPO Case No. D2000-1254

4- Alexandre defossez, op.cit. , .191

5- W IPO Case No D2000-1613

3.1. التسجيل بهدف إحداث الاضطراب في مشروع المنافس

تنص الفقرة 4 - ب (iii) من السياسة الموحدة لتسوية النزاعات على هذه الممارسة :

"تسجيل أسماء النطاق أساسا بهدف خلق الاضطراب في مشروع المنافس"¹

تطبيق هذا المعيار عرف بعض الصعوبات فيما يتعلق بتفسير المقصود من عبارة المنافسة الواردة تنص الفقرة 4 - ب (iii) من السياسة الموحدة لتسوية النزاعات وبالعودة الى الممارسة العملية لمركز الويبو للوساطة والتحكيم عند تطبيق السياسة الموحدة لتسوية النزاعات فالظاهر أن بعض القرارات تركز التضييق من فكرة المنافسة لتطابق مفهومها القانوني المرتبط بالاشتراك في نوع واحد من الزبائن او على الأقل في نوعية متشابهة (وحدة الزبائن) وتأسيسا على ذلك فتطبيق الفقرة 4 - ب (iii) من السياسة الموحدة لتسوية النزاعات تقتضي وجود وحدة الزبائن بين أطراف الخصومة في حين تركز قرارات أخرى فكرة المنافسة مستقلة عن مفهومها القانوني بإعتبارها العمل ضد مصالح المدعي acting in opposition to فكل شخص يسجل اسم نطاق بهدف المساس بمصالح التجارية للمدعي يعتبر في وضعية منافسة.²

وهو التطبيق الأفضل من وجهة نظر الباحث بإعتبار أن توسيع فكرة المنافسة الى أي عمل ضد المصالح التجارية للمدعي يوسع من تطبيق الفقرة 4 - ب (iii) من السياسة الموحدة لتسوية النزاعات لتشمل أكبر عدد ممكن من السلوكيات.

1- « Vous avez enregistré le nom de domaine essentiellement en vue de perturber les opérations commerciales d'un concurrent »

2 -eddie hurter, op.cit. p204.

2. الاستعمال بهدف إحداث اللبس مع العلامة التجارية للغير

تنص الفقرة 4 - ب (iv) من السياسة الموحدة لتسوية النزاعات على هذه الممارسة :

"إستعمال اسم النطاق ، وذلك بنية جذب مستعملي شبكة الانترنت لاهداف تجارية لموقع الكتروني يخصك وذلك بخلق إحتماالية إحداث اللبس مع العلامة الاصلية فيما يتعلق بالمصدر او الرعاية...¹"

تكمن خصوصية هذا المعيار أن سوء النية غير ثابت أثناء مرحلة التسجيل وإنما يمكن تقديره من خلال الاستعمال وعلى هذا الأساس يجب التمييز بين المعايير الثلاثة السابقة والتي تهدف الى تقدير سوء النية من خلال مرحلة التسجيل في حد ذاتها وبين المعيار المكرس بموجب الفقرة 4 - ب (iv) من السياسة الموحدة لتسوية النزاعات الذي يكرس وجود سوء النية من خلال استعمال اسم النطاق.²

ثانيا : تقدير سوء النية في القانون الأمريكي لحماية المستهلك ACPA

ينص القانون الامريكي لحماية المستهلك من السطو الالكتروني على مجموعة من المعايير غير الحصرية التي تساعد القضاة الامريكيين في تقرير وجود سوء النية من عدمه عند النظر في منازعات السطو الالكتروني وتتمثل في تسعة معايير أساسية وردت في الفصل 1125.³

وتتمثل خصوصية التشريع الامريكي فيما يخص السطو الالكتروني أنه كرس نوعين من المعايير:

النوع الاول هي المعايير التي تساعد القضاة على تكريس حسن النية the bona fide بمعنى

أن وجود هذه المعايير يؤدي الى اقتناع القضاة بحسن نية المدعي عليه (1)

1 -«en utilisant ce nom de domaine, vous avez sciemment tenté d'attirer, à des fins lucratives, les utilisateurs de l'Internet sur un site Web ou autre espace en ligne vous appartenant, en créant une probabilité de confusion avec la marque durequérant en ce qui concerne la source, le commanditaire, l'affiliation ou l'approbation de votre site ou espace Web ou d'un produit ou service qui y est proposé »

2- eddie hurter, op.cit. p205

3-15 U.S.C. § 1125(d)(1)(B).

النوع الثاني فهي المعايير التي تساعد القضاة على تكريس سوء النية في المدعي عليه¹ مثلما هو عليه الحال بالنسبة للمعايير المكرسة بموجب السياسة الموحدة لتسوية النزاعات لمنظمة الايكان . (2) .

1. معايير تكريس حسن نية المدعي عليه

نصت على المعايير المكرسة لحسن النية الفقرات الأربع الأولى من الفصل 1125(د)(1)(ب) من القانون الأمريكي لحماية المستهلك من السطو الالكتروني وهي :

- وجود حالة من الارتباط بين إسم النطاق محل التسجيل والملكية الفكرية للمدعي عليه بإعتبار أن تضمين إسم النطاق واحدة من عناصر الملكية الفكرية (العلامة التجارية ، اسم تجاري ، حق من حقوق المؤلف) التي تعود للمدعي يكرس حسن النية وأحقية المدعي عليه في تسجيل إسم النطاق² .
- إستعمال المدعي لإسمه الشخصي أو لاسم الشهرة الذي يعرف به على نطاق واسع³ ذلك أن تسجيل اسم نطاق يحمل الاسم الشخصي او إسم الشهرة هو دلالة على حسن النية وقد كرسست المحاكم الامريكية على أن تسجيل اسم النطاق nissan.com هو تسجيل حسن النية بإعتبار أنه يتضمن الاسم الشخصي للمدعي عليه Uzi Nissan وعلى هذا الأساس فإن دعوى السطو الالكتروني ضد العلامة التجارية المشهورة للسيارات Nissan غير مؤسدة⁴
- الاستعمال السابق لاسم النطاق عن طريق السبق prior use وبحسن النية the bona fide في عرض سلع او خدمات⁵

1- Jian Xiao,op.cit , p 167.

2- (I) the trademark or other intellectual property rights of the person, if any, in the domain name;

3- (II) the extent to which the domain name consists of the legal name of the person or a name that is otherwise commonly used to identify that person;

4 - Nissan Motor Co., Ltd. v. Nissan Computer Corp., 2002 WL 32006514 (C.D. Cal. 2002).

5 - (III)the person's prior use, if any, of the domain name in connection with the bona fide offering of any goods or services;

- الاستعمال غير التجاري لاسم النطاق المتضمن العلامة التجارية للغير¹
- 2. معايير تكريس سوء نية المدعي عليه .
- نصت على المعايير المكرسة لسوء النية الفقرات الاربعة الاخيرة من الفصل 1125(د)(1)(ب) من القانون الأمريكي لحماية المستهلك من السطو الالكتروني وهي :
- إتجاه مسجل إسم النطاق الى تحويل المستهلك الى الموقع الالكتروني المرتبط باسم النطاق المتضمن العلامة التجارية للغير من خلال خلق اللبس مع العلامة التجارية الشرعية سواء بقصد تحقيق الأرباح أو الحط من قيمة العلامة²
- إتجاه مسجل إسم النطاق الى بيع الاسم الى مالك العلامة التجارية الشرعي أو طرف ثالث third party بمقابل مالي دون أن يكون الهدف من التسجيل إستعمال إسم النطاق³
- تقديم مسجل الاسم معلومات غير صحيحة أو إحتيالية لمكتب التسجيل عند تسجيل اسم النطاق المتضمن العلامة التجارية للغير⁴
- تسجيل عدد معتبر من أسماء النطاق المتضمنة العلامة التجارية للغير سواء كانت مطابقة أو مشابهة⁵

- 1 - (IV) the personís bona fide noncommercial or fair use of the mark in a site accessible under the domain name;
- 2- (V) the personís intent to divert consumers from the mark ownerís online location to a site accessible under the domain name that could harm the goodwill represented by the mark, either for commercial gain or with the intent to tarnish or disparage the mark, by creating a likelihood of confusion as to the source, sponsorship, affiliation, or endorsement of the site;
- 3 - “(VI) the personís offer to transfer, sell, or otherwise assign the domain name to the mark owner or any third party for financial gain without having used...”
- 4 - “(VII) the personís provision of material and misleading false contact information when applying for the registration of the domain name, the personís intentional failure to maintain accurate contact information, or the personís prior conduct indicating a pattern of such conduct;”
- 5 - "(VIII) the personís registration or acquisition of multiple domain names which the person knows are identical or confusingly similar to marks of others that are distinctive at the time of registration of such domain names”

المطلب الثاني

أسباب التنازع علامة تجارية - اسم نطاق

إن وجود حالة من التنازع بين أسماء النطاق والعلامات مسألة ناشئة عن التكامل بين تكنولوجيا الإعلام والتجارة ويرتكز قيام التنازع الى سببين أساسيين السبب الإيجابي وهو التشابه في الوظيفة باعتبار أن أسماء النطاق تمارس حالياً عبر شبكة الانترنت نفس وظيفة العلامة وعلى هذا الأساس فنحن أمام شكل مستحدث من الوظيفة لا يقتصر على الجانب التقني (الفرع الأول) في حين أن التشابه في الوظيفة لا يغني عن الاختلاف في الطبيعة من جوانب متعددة وهو ما فرض نشوء هذا النوع من النزاع (الفرع الثاني).

الفرع الأول : وحدة الوظيفة التمييزية بين العلامات وأسماء النطاق

يكمن السبب الإيجابي في التنازع بين العلامة التجارية وأسماء النطاق في وحدة الوظيفة التمييزية بين العلامة (أولاً) وأسماء النطاق (ثانياً).

أولاً : الوظيفة التمييزية للعلامات

إن الوظيفة الأساسية للعلامة التجارية هي التمييز بالإشارة لا يمكن أن تكون من الناحية القانونية علامة تجارية إلا إذا كانت قادرة على تمييز منتجات وخدمات متعامل اقتصادي على منتجات وخدمات منافسيه المطابقة أو المشابهة.¹

وفقدان العلامة التجارية للقدرة على التمييز يكرس فقدان صفة العلامة من وجهة نظر القانون فتعتبر مجرد إشارة مادية لا مكان لها في قانون العلامات.

إن النصوص القانونية صريحة في تكريس الارتباط بين العلامات والوظيفة التمييزية سواء بالنسبة لمشرعنا الجزائري بموجب المادة 2-1 من الأمر 03-106 :

1 - Jérôme. Passa , Traité de droit de la propriété industrielle, t.1, Marques et autres signes distinctifs, Dessins et modèles, LGDJ et ALPHA Edition ,Beyrouth , Liban, 2009 , p 50.

"....التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي او معنوي عن سلع وخدمات غيره."

أو التشريع المقارن حيث أن المادة 2-1 من الأمر 03-06 مطابقة من حيث المعنى لتوجه المشرع الفرنسي² الذي يختصر دور العلامة التجارية كذلك في التمييز :

"... إشارة قابلة للتمثيل الخطي تهدف الى تمييز منتجات وخدمات شخص طبيعي أو معنوي..".
والنص الفرنسي مستوحى بدوره من التوجيه الأوروبي المؤرخ في 21 ديسمبر 1988 والمتعلق بالعلامات الذي عرف العلامة التجارية بكونها :

"..... كل الإشارات القابلة للتمثيل الخطي لاسيما الكلمات بما فيها..... ، بشرط أن تكون هذه الإشارات قادرة على تمييز منتجات وخدمات مؤسسة عن منتجات وخدمات مؤسسة أخرى"³.

إن الوظيفة التمييزية للعلامة التجارية هي أساس المنافسة ، يشير Jérôme Passa الى فكرة أن السوق الذي لا يستطيع فيه المستهلك تمييز منتجات وخدمات مختلف الفاعلين الاقتصاديين هو سوق غير تنافسي ذلك أن عدم القدرة على تمييز الفاعلين يجعلنا أمام فاعل واحد وهو ما يجعل المنافسة مسألة مستحيلة.⁴

ثانيا : تطور وظيفة أسماء النطاق الى التمييز

الأصل أن اسم النطاق يمثل وسيلة اتصال عبر الانترنت بحيث يعمل على تسهيل الوصول الى المواقع الالكترونية باستخدام حروف أبجدية سهلة القراءة عوض استخدام مجموعة أرقام متتالية تعرف ببروتوكول الانترنت IP والظاهر أنه مع تطور النشاط التجاري عبر الانترنت فمن الواضح

1- أمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالعلامات ، ج ر عدد 44 المؤرخة في 23 يوليو 2003.

2- قانون رقم 92-597 المؤرخ في 1 جويلية 1992 المتعلق بالملكية الفكرية (الجمهورية الفرنسية).

3- التوجيه الأوروبي رقم 89/104/CEE المؤرخ في 21 ديسمبر 1988 يتضمن معايير توحيد تشريعات دول الاتحاد الأوروبي فيما مجال العلامات.

4- Jérôme. Passa , op.cit, p49.

أن أسماء النطاق أصبحت تلعب دور تجاري أكبر من دورها التقني فهو على ما يبدو جزء لا يتجزأ من الوسائل المستخدمة على مستوى المؤسسات للاتصال بالزبون والتعريف بالمنتج او الخدمة.¹ والملاحظ أن هذه الوظيفة المستحدثة هي نفس الوظيفة التمييزية للعلامة التجارية فإذا كانت العلامة تعمل على تمييز منتجات التاجر عن منتجات المنافس فإن أسماء النطاق تعمل كذلك على تمييز الموقع الالكتروني بما يتضمنه من خدمات ومنتجات عن غيره من المواقع الالكترونية عبر شبكة الانترنت.²

إن أسماء النطاق من خلال هذه الوظيفة التمييزية المكتسبة هي ما تضمن هوية المشروعات عبر شبكة الانترنت³ وهو ما يضمن كذلك تمييز هذه المشروعات عن غيرها والواقع أن تطور وظيفة أسماء النطاق الى التمييز يعتبر السبب الأساسي لنشوء التنازع بين العلامة التجارية وأسماء النطاق.⁴

الفرع الثاني : الاختلاف في الذاتية بين العلامة التجارية وأسماء النطاق

التشابه الملحوظ في الوظيفة التمييزية بين العلامة التجارية وأسماء النطاق يشمل اختلافات جوهرية في ذاتية كل منهما سواء من حيث طريقة اكتساب الحق؛ ذلك أن اكتساب الحق في العلامة يتم طبقاً لشروط صارمة منصوص عليها بموجب نصوص قانونية دولية ومحلية في حين يكتسب اسم النطاق بطريقة آلية متى توفر فيه الحد الأدنى من المتطلبات التقنية (أولاً) كذلك من حيث طبيعة الحق في حد ذاتها باعتبار أن الحق في العلامة التجارية مكرس كذلك تشريعياً في حين يمثل تحديد طبيعة الحق في أسماء النطاق محل جدل فقهي لا ينتهي (ثانياً) وأخيراً نطاق الحق فنطاق الحق في العلامة يخضع الى النسبية في حين أن نطاق الحق في أسماء النطاق لا يعترف بأي نسبية (ثالثاً).

1 - Rapport final concernant le processus de consultations de L'OMPI sur les noms de domaine de l'internet , op.cit , p 4.

2- Céline castets-renard, op.cit,p290.

3- شريف غانم ، المرجع السابق ، ص 20.

4- المرجع نفسه ، ص 20.

أولا : من حيث إكتساب الحق في العلامة وأسماء النطاق.

سوف نتطرق من خلال هذا الجزء من الدراسة الى الاختلافات الجوهرية بين كل من العلامة التجارية واسم النطاق فيما يتعلق بطريقة اكتساب الحق في كل منهما فإكتساب الحق في العلامة التجارية قائم على التصرف القانوني من خلال مجموعة من الشروط الموضوعية والشكلية الصارمة(1) في حين يتم اكتساب الحق في أسماء النطاق عن طريق الأنظمة الالية تطبيقا لقاعدة الاسبقية(2).

1. اكتساب الحق في العلامة التجارية

يكتسب الحق في العلامة التجارية من خلال توفر مجموعة من الشروط : الشروط الموضوعية (1.1) والشروط الشكلية (2.1).

1.1. الشروط الموضوعية لأكتساب الحق في العلامة .

تتمثل الشروط الموضوعية لاكتساب الحق في العلامة التجارية في ثلاث متطلبات أساسية: القابلية للتمثيل الخطي (1.1.1) والمشروعية (2.1.1) والتمييز (3.1.1) .

1.1.1. قابلية العلامة للتمثيل الخطي

العلامة التجارية إشارة قابلة للتمثيل الخطي باعتبار أن الإشارة التي لا يمكن تمثيلها خطيا لا يمكن قبول تسجيلها أو الاعتراف بوجودها بموجب المادة 02 من الأمر 03-06 والقابلية للتمثيل الخطي هي التعيين أي القدرة على وصف العلامة التجارية المراد تسجيلها بحيث يسمح هذا الوصف لمكتب تسجيل العلامة أو الغير من تحديد نطاق الحق المسجل بشكل يتميز بالكامل (وصف ناف للجهالة) والديمومة (لا يتغير تحت تأثير الزمن)¹ والهدف من اشتراط القابلية للتمثيل الخطي كشرط لقبول تسجيل العلامات هو تحقيق الأمن القانوني باعتبار أن تحديد نطاق الحق في العلامة يسمح لمكاتب تسجيل العلامات من الرقابة على مدى تطابق الشروط الموضوعية لتسجيل العلامة التجارية مع القانون وبالتالي قبول أو رفض عملية التسجيل باعتبار أنه يستحيل على مكتب التسجيل فرض الرقابة على العلامة التجارية غير الممثلة خطيا ضف الى ذلك؛ أن القابلية للتمثيل

1- Mireille Buydens, L'application des droits de propriété intellectuelle, Recueil de jurisprudence, OMPI, 2014, p37

الخطي تسمح للغير بالتعرف على حدود هذا الحق المسجل وبالتالي تكوين خلفية عامة حول العلامات المسجلة في السوق¹ وهو ما يحول دون الاعتداء عليها من خلال محاولة تسجيل العلامة المسجلة ذلك أن الوصف الدقيق للعلامة يمنع وقوع التنازع بين مختلف الفاعلين الاقتصاديين حول ماهيتها ونطاق الحق فيها والملاحظ أن بعض التشريعات تتشدد في شرط التمثيل الخطي وتربطه بالإشارات القابلة للإدراك بالبصر حصرا وبالتالي تستثني العلامات السمعية وعلامات الشم نظرا للصعوبات التقنية التي تواجه تمثيلها خطيا كالمشرع المصري في حين تعتبر تشريعات اخرى أن كل إشارة قابلة للتمثيل خطيا تصلح لتكون علامة تجارية مطلقا سواء كانت قابلة للإدراك بالبصر أو السمع او حتى عن طريق حاسة الشممثل المشرع الأمريكي².

2.1.1. مشروعية العلامة

يقصد بالمشروعية أن العلامة التجارية يجب ألا تكون مخالفة للنظام العام في بلد التسجيل³ وألا تستخدم بطريقة قد توقع جمهور المستهلكين في الغلط حول خصائص المنتج او الخدمة وهو ما يعرف بالعلامات التضليلية⁴ والأصل أن تقدير عدم المشروعية في مجال العلامات يخضع لمعيار مزدوج بالنسبة للنظام العام الذي يجب عدم مخالفته ومن جهة ثانية بالنسبة للمستهلك الذي يجب عدم تضليله⁵ وبطبيعة الحال فإن تقدير المشروعية يكون بالنظر الى العلامة في حد ذاتها وليس الى السلع أو الخدمات التي تشملها عملا بمبدأ الاستقلالية المنصوص عليه بموجب المادة 8 من الامر 03-06.

1 - Jerome Passa, op.cit. p 71.

2- ميلود سلامي ، النظام القانوني للعلامات التجارية ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم ، جامعة باتنة 1 ، 2012-2013، ص78

3- علي أحمد صالح ، الحماية القانونية للعلامات التجارية ، مجلة صوت القانون ، مجلد 5 ، العدد 2 ، 2018 ، ص400.

4- Véronique Staeffen, Aspects généraux de la marque en droit français. Rappel général des conditions de validité, évolution du rôle de la marque, inflation des dépôts , LEGICOM 1997/3 (N° 15), p.10.

5- Nicolas binctin, droit de la propriété intellectuelle, Lextenso édition, paris France, 2010, p 434.

3.1.1. قدرة العلامة على التمييز

يجب أن تكون العلامة التجارية قادرة على ممارسة الوظيفة الأساسية والمتمثلة في التمييز بمعنى أن تكون العلامة قادرة على تفریق المنتج من بين المنتجات المنافسة المشابهة أو المطابقة له¹ وذلك بالنسبة للمستهلك المتوسط² وتكرس الممارسة الفرنسية معيار سلبي *approche négative* لتقدير الوظيفة التمييزية للعلامة فمتى إستجابت العلامة لهذا التقدير عدت ضمن العلامات من الناحية القانونية وفي الحالة الثانية تعتبر العلامة مجرد إشارة مادية فاقدة للتمييز لا يعترف بها القانون.

2.1. الشروط الشكلية لإكتساب الحق في العلامة التجارية .

يكتسب الحق في العلامة التجارية بموجب الامر 03-06 بالتسجيل بإعتبار أن إكتساب الحق في العلامة التجارية والملكية الصناعية عموما قائم على التصرف القانوني أي ضرورة تسجيلها لدى الهيئات المختصة للاعتراف بوجودها على نقيض حقوق المؤلف أو ما يعرف بالملكية الادبية والفنية التي يكتسب الحق فيها بمجرد توفر الواقعة المادية المتمثلة في الابداع دون الحاجة الى أي شكليات³ وعلى هذا الأساس يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يريد تملك العلامة بموجب الامر 03-06 تسجيلها لدى الهيئة المختصة بموجب المادة 5 من الامر 03-06 تعرف بالمعهد الجزائري للملكية الصناعية (INAPI).⁴

وتخضع عملية تسجيل العلامات التجارية من ناحية تنظيمية الى المرسوم التنفيذي 05-277⁵ والذي يحدد على وجه التفصيل مختلف مراحل تسجيل العلامة المنصوص عليها بشكل عام في الامر 03-06 وتتمثل في ثلاث مراحل أساسية بداية بالإيداع (1.2.1) فالفحص الذي يتضمن فحصا شكليا وموضوعيا لملف الإيداع (2.2.1) وانتهاء بالتسجيل (3.2.1).

1-Jacques Azéma, op.cit., p 830

2- Jerome Passa, op.cit. p 83.

3-Jérôme Passa, op.cit. p 02.

4- المرسوم التنفيذي رقم 98-68 المؤرخ في 21 فبراير 1998 والمتضمن إنشاء المعهد الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي ، ج ر عدد 11 المؤرخة في 28 فبراير 1998.

5- المرسوم التنفيذي 05-277 مؤرخ في 2 غشت سنة 2005 يحدد كليات ايداع العلامات وتسجيلها ، ج ر عدد 54 المؤرخة في 7 غشت 2005 المعدل والمتتم .

1.2.1. الإيداع

يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في ملكية العلامة التجارية ان يقوم بإيداع طلب تسجيل لدى المعهد الجزائري للملكية الصناعية سواء بطريقة مباشرة عن طريق اليد أو بأي طريقة اخرى تثبت الاستلام ، ويجب أن يتضمن الطلب جميع الوثائق الاساسية المنصوص عليها في المادة 4 من المرسوم التنفيذي 277-05 وعلى الخصوص التمثيل الخطي للعلامة وذلك عن طريق توفير صورة واضحة وواصفة للعلامة التجارية بما ينفي الجهالة عنها إضافة الى ضرورة تحديد قائمة واضحة وكاملة للسلع او الخدمات المخصصة للعلامة تكون متوافقة مع التصنيف الدولي المحدد بموجب اتفاقية نيس بموجب المواد 2 و3 و4 من المرسوم التنفيذي 277-05.

2.2.1. الفحص

المرحلة الثانية من مراحل التسجيل هي عملية الفحص وهي من حيث المبدأ عملية إدارية بحتة يراقب فيها المعهد الجزائري للملكية الصناعية مدى توفر مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية في طلب التسجيل والمنصوص عليها صراحة في الامر 03-06 المتضمن العلامة التجارية والمرسوم التنفيذي 277-05 وتشمل بدورها مرحلتين، الفحص الشكلي (1.2.2.1) والفحص الموضوعي (2.2.2.1).

1.2.2.1. الفحص الشكلي لملف الإيداع

يقصد بالفحص الشكلي مراقبة المعهد لمدى توفر الشروط المحددة بموجب المواد 4 ، 5 ، 6 ، 7 من المرسوم التنفيذي 277-05 من عدمها وفي حالة تخلف أحد هذه الشروط الشكلية مثل : غياب الوكالة حالة كان الموعد ليس هو صاحب الطلب او غياب تحديد السلع او الخدمات المخصصة أو غياب التمثيل الخطي للعلامة وغيرها فإنه في مثل هذه الحالات يجب على المعهد أن يمنح أجل شهرين قابلة للتجديد مرة واحدة للموعد للتدارك هذه النقائص تحت طائلة رفض طلب التسجيل بموجب المادة 10 من المرسوم التنفيذي 277-05.

2.2.2.1. الفحص الموضوعي لملف الإيداع

يشمل الفحص الموضوعي مراقبة مدى توافق الطلب مع الشروط الموضوعية المنصوص عليها في المادة 7 من الامر 03-06 وهي الرقابة الاكثر أهمية ذلك أن حال وجود أي سبب من اسباب الرفض المنصوص عليه في المادة 7 من الامر 03-06 فإنه يجب على المعهد كذلك بموجب المرسوم التنفيذي 05-277 منح أجل شهرين قابلة للتجديد مرة واحدة للمودع وذلك لتقديم ملاحظاته بموجب المادتين 11 و12 من المرسوم التنفيذي 05-277 دون اللجوء الى رفض الطلب مباشرة .

ويعتقد الباحث أن الهدف من هذا الاجراء المتسامح -إن صح التعبير- هو فتح المجال للمودع لتقديم دفع ودي le recours gracieux للمعهد الجزائري للملكية الصناعية ذلك أن الرقابة على الشروط الموضوعية للعلامة هي مسألة تقديرية يكون هامش الخطأ فيها واسعا وهو يعتبر تأسيسا على ذلك تصويب ذاتي لأخطاء المعهد حال الخطأ في حالة كانت الدفوع مؤسسة ، ضف الى ذلك أن منح المودع اجل لتقديم ملاحظاته حول أسباب الرفض والتي هي أسباب موضوعية لا شكلية من المفروض أن ينتج عنها الرفض المباشر للطلب وفي ذلك تقليل من اللجوء الى القضاء بالدرجة الأولى.

3.2.1. التسجيل والنشر

إستوفاء طلب التسجيل الشروط الشكلية والموضوعية المنصوص عليها بموجب الامر 03-06 والمرسوم التنفيذي 05-277 فإن المعهد الجزائري للملكية الصناعية يسجل العلامة التجارية لصاحبها طبقا للمادة 12 من المرسوم التنفيذي 05-277 وتأسيسا على ذلك يعد مالكا لها طبقا للمادة 9 من الامر 03-06 ويكتسب الحق في العلامة التجارية مدة 10 سنوات قابلة للتجديد تسري بأثر رجعي من تاريخ الإيداع طبقا للمادة 5-2 من الامر 03-06 و يقيد المعهد العلامة المسجلة وكل العقود التي تكون هذه العلامة محلا لها في سجل خاص يعرف بـ سجل العلامات ويعمل على نشرها بصفة دورية وذلك حماية للغير.

2. إكتساب الحق في أسماء النطاق

إن إكتساب الحق في أسماء النطاق يخضع لمبدأ الاسبقية (1.2) مع وجود بعض الاستثناءات (2.2).

1.2. خضوع أسماء النطاق العامة لمبدأ الاسبقية في التسجيل.

إن تسجيل أسماء النطاق العامة هو عملية استهلاكية سريعة¹ قياساً لطبيعتها الاقتصادية² ولا يكون هناك عائق لتسجيل هذه الأسماء سوى الاستحالة التقنية³ وتختص مكاتب التسجيل بعملية تسجيل أسماء النطاق للمستهلك النهائي مقابل عمولة صغيرة ، وتخضع عملية إكتساب الحق في أسماء النطاق لقاعدة مهمة وهي قاعدة الاسبقية "First come, first serve" أي أن معالجة طلبات التسجيل تخضع للتسلسل الزمني.⁴

وتعتبر قاعدة الاسبقية من القواعد العامة المعروفة ضمن الانظمة القانونية بإعتبارها قاعدة عادلة وتطبق بصفة خاصة في ما يتعلق بالمصادر النادرة فكلما كان المصدر نادر فإن الشخص أو الكيان الاول الذي يصل اليه يعتبر مالك أو حائز شرعي له⁵ فالعبرة في الحصول على اسم النطاق هي بسبق طلب التسجيل عن غيره من الطلبات.⁶

وقد اعتمد القضاء الفرنسي على هذه القاعدة التقنية⁷ كحل واقعي عادل لإشكالية تعدد مطالبات مالكي العلامة الواحدة الشرعيين لاسم نطاق واحد الى حين تقنينها من طرف المشرع الفرنسي الى

1 – Céline castets-renard, op.cit, p309.

2 – William Larsen, 'A Stern Look at the Property Status of Top level Domains', The University of Chicago Law Review, vol.82 (2015), p1468.

3 – Luc grynbaum , Caroline le Goffic , lydia Morlet. Op.cit., p648.

4 – Luc grynbaum , Caroline le Goffic , lydia Morlet. Op.cit., p648.

5- دوجة باقدي ، تسوية المنازعات بين أسماء النطاق والعلامات التجارية على شبكة الانترنت ،مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، المجلد 4 ، العدد 1 ، 2018 ، ص 204.

6 - شريف محمد غانم ، المرجع السابق، ص76.

7 - عبدالهادي محمد الغامدي ، قواعد إيكاب الموحدة (UDRP) لتسوية منازعات أسماء النطاق والعلامات التجارية ، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز: الاقتصاد والإدارة، م28ع2 ، المملكة العربية السعودية ، ص206.

قاعدة قانونية سنة 2011 في المادة 45-1 من قانون البريد والاتصالات الالكترونية الفرنسي حيث كرست هذه القاعدة بالشكل التالي: "...يمنح اسم نطاق الموقع الالكتروني للطالب الاسبق في تسجيله بطريقة مشروعة"¹.

2.2. عدم خضوع أسماء النطاق الوطنية بشكل كامل لمبدأ الاسبقية .

إن القاعدة العامة هي خضوع أسماء النطاق الى مبدأ الاسبقية في التسجيل ، غير أن الاستثناء هو أسماء النطاق الوطنية والتي لا تخضع بشكل كامل لمبدأ الاسبقية وهو ما يؤدي الى تكريس النتائج التالية:

- أن تسجيل أسماء النطاق الوطنية ccTLD يخضع لبعض القيود ؛ ذلك أنها لا تمنح مباشرة في الغالب من الحالات للشخص الأسبق في التسجيل وذلك لارتباطها بالسياسات الحكومية فيجب على طالب التسجيل إثبات ملكية الحقوق² مع ضرورة إحترام مجموعة من القيود الإدارية والقانونية ، وفي هذه الحالة فإن هناك تشابه في عملية التسجيل بين أسماء النطاق الوطنية والعلامات ؛ ذلك أن من الثابت كذلك أن العلامات لا تخضع بشكل كامل لمبدأ الاسبقية في إكتساب الحق بل يجب على طالب التسجيل مراعاة مجموعة من الضوابط القانونية والإدارية.

- أن أسماء النطاق الوطنية من خلال عدم الخضوع لمبدأ الاسبقية بشكل كامل هي أسماء نطاق موثوقة فيما يتعلق بالمساس بالحقوق المشروعة للغير على نقيض الوضع بالنسبة لاسماء النطاق العامة والتي تمثل من خلال خضوعها التام بمبدأ الاسبقية الوسيلة الأساسية للاعتداء على الحقوق المشروعة للغير.

ثانيا : من حيث طبيعة الحق في أسماء النطاق والعلامة

إن الحق في العلامة التجارية هو حق ملكية من طبيعة خاص Propriété spéciale (1) في حين يتمثل الحق في اسم النطاق في مجرد حق استعمال droit d'usage (2).

1- Luc grynbaum , Caroline le Goffic , Lydia Morlet. Op.cit., p648.

2- Céline castets-renard, op.cit, p294

1. طبيعة الحق في العلامة التجارية

تكرس المادة 9-1 من الامر 06-03 الحق في العلامة التجارية كحق ملكية *droit de propriété* غير أن التساؤل الذي يطرح: هل يعتبر الحق في الملكية المنصوص عليه في المادة 9 من الامر 06-03 هو ذات الحق المنصوص عليه بموجب المادة 674 من القانون المدني¹ ؟
الظاهر أن المادتين 9-2 و 3 من الامر 06-03 تكرس مجموعة من الحقوق المرتبطة بالملكية لصاحب العلامة المسجلة وإن كانت مكرسة سلبيا وتشمل الحق في الاستعمال (التمتع بمفهوم المادة 674) والتصرف (التنازل والترخيص) وعلى هذا الأساس فإن تشابه المكنتات مع حق الملكية التقليدية يكرس أن المشرع الجزائري يميل الى تكريس حق الملكية على العلامة بشكل يتضمن نفس المفهوم المكرس لحق الملكية المعروف في القانون المدني .

هذا الاتجاه المكرس بموجب المشرع الجزائري مستمد من التشريع الفرنسي الذي يستعمل عبارة الحق في الملكية في المادتين 713-1 و المادة 716-1 من قانون الملكية الفكرية والمحاكم الفرنسية التي تكرس على مستوى أحكامها عبارة الحق في الملكية بشكل مستمر². فهل يمكن القول أن الوحدة الظاهرية للمكنتات المكرسة بين الحق في العلامة وحق الملكية بموجب المادة 674 من القانون المدني تكرس وحدة الطبيعة ؟ إن الاشكال لا يكمن في طبيعة المكنتات وإنما في طبيعة الاموال التي ترد عليها هذه المكنتات ، ويكرس عبد الرزاق السنهوري بأن الحقوق عندما ترد على الاموال المادية لا تكون هي الحقوق ذاتها عندما ترد على الاموال غير المادية³.

وعلى هذا الأساس فإن حق الملكية المكرس بموجب المادة 674 من القانون المدني ليس هو حق الملكية المكرس بموجب المادة 9 من الامر 06-03 ، فالحق بموجب المادة 674 من القانون المدني يرد على الاموال المادية والحق بموجب المادة 9 يرد على الاموال غير المادية أي العلامة ؛ ذلك أن الاختلاف في محل الحق يؤدي حتما الى اختلاف الطبيعة القانونية ، وما يكرس هذا

1- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975.
2- Iony Randrianirina ,Le droit de marque, doctorat ,FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES,UNIVERSITÉ DE POITIERS, 2013,,p57.

3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والاموال- الجزء الثامن، نهضة مصر ، مصر ، طبعة 2011، ص278.

التحليل هو الخصائص التي يتميز بها حق الملكية الوارد على العلامة التجارية دون حق الملكية المنصوص عليه بموجب المادة 674 من القانون المدني، ومن الثابت أن حق الملكية بموجب المادة 674 من القانون المدني يتميز بالتأييد والاطلاق¹ في حين أن حق الملكية الوارد على العلامة التجارية يتميز بالنسبية والتأقيت وعلى هذا الأساس ، قالثابت وجود إختلافات جوهرية بين الحقين مهدت الى ظهور إتجاه يكرس الحق في العلامة التجارية بإعتباره حق ملكية من طبيعة خاصة² **Propriété spéciale** دون أن يكون هو ذات الحق المكرس بموجب المادة 674 من القانون المدني.

2. طبيعة الحق في أسماء النطاق

إن الطبيعة القانونية للعلامة التجارية محل اجتماع مكرس كشكل من أشكال الملكية المنظمة بموجب نصوص خاصة غير أن الحال يختلف بالنسبة لأسماء النطاق فأمام صمت التشريع فإن الطبيعة القانونية لأسماء النطاق هي محل جدل واسع بإعتبار أن أغلب التوجهات الفقهية عملت على محاولة تكريس الحق في أسماء النطاق ضمن حق الملكية وإن إختلفت في التأسيس القانوني (1.2) مع ظهور إتجاه حديث يعمل على تكريس الحق في أسماء النطاق كحق إستعمال دون الملكية وهو الأكثر أهمية (2.2).

1.2. حق الملكية

تتعدد الآراء التي تنادي بحق ملكية اسم النطاق من حيث التأسيس القانوني بعض هذه الآراء مؤسس على القيمة الاقتصادية العالية لهذه الاسماء (1.1.2) في حين يؤسس البعض الآخر رأيه على معيار القابلية للتعامل تطبيقاً للمادة 1128 من القانون المدني الفرنسي القديم (2.1.2) والرأي الاخير يجعل من الدعوى العينية IN REM الواردة في القانون الامريكي لحماية المستهلك من السطو الالكتروني أساس لملكية اسم النطاق (3.1.2).

1 -Marie-Laure Mathieu , Droit civil - Les biens, Dalloz,2013,p80-81.

2- Jerome passa , op.cit , p10.

1.1.2. حق الملكية القائم على القيمة الاقتصادية

التوجهات الأولية للقضاء الفرنسي توجه القيمة الاقتصادية بمعنى أن القيمة الاقتصادية العالية لأسماء النطاق هو ما يبرر بشكل عام حمايته من ناحية قانونية¹ والواقع أن ما كرس العلاقة بشكل واضح بين القيمة الاقتصادية لاسم النطاق والحق في الملكية هو الحكم الشهير للمحكمة الأوروبية لحقوق الانسان لسنة 2007.²

وكرست المحكمة أن أسماء النطاق قياسا للقيمة الاقتصادية هي من قبيل الاموال وتأسيسا على ذلك يدخل ضمن نطاق تطبيق المادة الاولى من البروتوكول الاضافي للاتفاقية الاوروبية لحقوق الانسان والتي تكرس حق الانسان في الملكية ودعت المحكمة الأوروبية في ذات الحكم الاقضية الأوروبية الى ضرورة تحقيق التوازن بين حق الملكية والحقوق المشروعة للغير عند نظرها في منازعات الملكية.

إن من الظاهر أن القيمة الاقتصادية لا تخول اعتبار اسم النطاق من قبيل الاموال بإعتبار أن فكرة المال من ناحية اقتصادية تختلف عن فكرة المال من ناحية قانونية³ ولا توجد أي علاقة بموجب القانون المدني بين القيمة الاقتصادية والمال بإعتبار أن المال من ناحية قانونية مرتبط كأصل عام بالقابلية للتعامل وليس بالقيمة الاقتصادية تطبيقا للمادة 482 من القانون المدني الجزائري.

2.1.2. حق الملكية القائم على المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي القديم

يعتبر جانب من الفقه الفرنسي أن أسماء النطاق من قبيل المنقول المعنوي غير الخارج عن التعامل un bien incorporel dans le commerce وذلك تطبيقا للمادة 1128 من القانون

1- أنظر في ذلك أحكام القضاء الفرنسي :

-CA Paris Arrêt du 18 octobre 2000 , Virgin Interactive Entertainment Ltd et Virgin Interactive Entertainment Sarl / France

-TGI Nanterre, 20 mars 2000, Sony Corporation, SA Sony France / Sarl Alifax

- CA Paris, 8 février 2000, Sarl DCLK France, Société Double Click Inc c/ Sa Double Click

2 -CEDH, 18 septembre 2007, « Paeffgen GmbH contre Allemagne »

3 - Luc grynbaum , Caroline le Goffic , lydia Morlet. op.cit , p 643.

المدني الفرنسي وعلى هذا الأساس فأسماء النطاق بإعتبارها من قبيل الاشياء غير الخارجة عن التعامل بالمفهوم المكرس في القانون المدني الفرنسي ذهب هذا الجانب من الفقه الى انه لا يوجد ما يمنع قانونا من اعتبار اسماء النطاق من قبيل المنقولات المعنوية . ¹un bien incorporel .

وتأسيسا على هذا التصنيف تكون أسماء النطاق قابلة لتكون محل الملكية، إن هذا الاتجاه غير دقيق بإعتبار أن أصحاب هذا الرأي حاولوا تطبيق المعايير التي جاءت بها المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي وتوصلوا تأسيسا على ذلك الى كون أن أسماء النطاق من قبيل الاشياء القابلة لتكون محل للحقوق المالية ؛ والاصل أن تطبيق المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي مرتبط بالأشياء المادية ولا يتجاوز ذلك الى غيرها من المنقولات المعنوية وتفسير ذلك يرجع الى الظروف التاريخية لتشريع القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 حيث شرع هذا القانون في وسط زراعي يؤمن بالأرض كمصدر للثروة لذلك يقال أن القانون المدني هو قانون الثروة العقارية في حين يمثل القانون التجاري قانون الثروة المنقولة² ، فالمنقولات المادية لم تكن تعتبر من قبيل الثروة وهو ما يعرف بالقاعدة اللاتينية *Res Mobilis Res Vitis* (المنقول شيء تافه) فإذا كان المشرع الفرنسي لسنة 1804 لا يعترف بالمنقولات المادية كمصدر أساسي للثروة فكيف يعترف بالمنقولات المعنوية ؟

وتأسيسا على هذا الطرح فتطبيق المادة 1128 على المنقولات المعنوية هو توسيع ليس في محله ويتنافى مع الظروف التاريخية التي صاحبت تشريع هذه المادة والهدف منها ضف الى ذلك أسماء النطاق إذا سلمنا جدلا أنها من الأشياء غير المادية فلا يمكن اعتبارها من قبيل الاموال دون نص خاص ذلك أن الاموال المادية هي الاصل في القانون المدني في حين تمثل الاموال المعنوية الاستثناء وبالتالي وجب تكريس الاستثناء بنص والاصل أن الطبيعة غير الملموسة للأموال المعنوية تفرض استحداثها وتنظيمها بموجب نصوص خاصة تحدد ماهيتها ونطاقها³.

1 - Claire Albrechtson, Définition et nature juridique du nom de domaine, mémoire du DESS droit de l'Internet Administration – Entreprises ,septembre 2005 , Université Paris I Panthéon- Sorbonne , p29.

2 - هاني محمد دويدار ، التنظيم القانوني للتجارة ، المؤسسة الجامعية للدراسات مجد ، لبنان ، طبعة 1997 ، ص 12.

3- Jérôme passa, op.cit., p12.

وهو ما يشير اليه Nicolas binctin بأن المال المعنوي هو نتاج القانون¹ فلا يصح أن يستحدث الفقه او القضاء الاموال المعنوية قياسا الى معيار القابلية للتعامل المطبق على الاشياء المادية وهو ما أشار اليه القانون المدني الجزائري بموجب المادة 687: "تنظم قوانين خاصة الحقوق التي ترد على اشياء غير مادية" والمثال على ذلك العلامة فهي تعتبر من قبيل الاموال المعنوية بموجب الامر 03-06 الذي حدد نطاقها وطبيعة الحق الوارد عليها والدعاوى المختلفة لحماية هذا الحق وتأسيسا على ذلك فالعلامة التجارية هي من قبيل المال المعنوي لأن النص القانوني حدد ذلك وليس لأنها استجابت لمعايير قابلية التعامل التي تكرسها المادة 682 (المقابلة للمادة 1128 فرنسي) من القانون المدني الجزائري ، والحال كذلك بالنسبة لبراءة الاختراع التي تعتبر من المال المعنوي بموجب الامر 03-07² الذي يحدد كذلك نطاقها وطبيعة الحقوق الواردة عليها والحال نفسه مع مختلف الاشياء غير المادية الاخرى كالمحل التجاري بموجب المادة 78 من القانون التجاري.³

تأسيسا على ذلك ، فغياب النص القانوني الذي ينظم ويحدد طبيعة الحق في اسم النطاق لا يمكن القول بكون اسم النطاق من قبيل الاموال من خلال تطبيق المادة 1128 والتي ينحصر نطاقها على الاشياء المادية.

3.1.2. حق الملكية القائم على الدعوى العينية in rem في القانون الامريكي

كرس التوجه الذي جاء به المشرع الأمريكي من خلال القانون الموحد لحماية المستهلك من السطو الالكتروني (ACPA)⁴ في بعض الأوساط الفقهية قابلية اسم النطاق ليكون محلا لحق الملكية حيث اتاح هذا القانون لمالك العلامة التجارية المعتدى عليها اضافة الى الدعوى الشخصية in personam التي تمثل القاعدة الأساسية إمكانية رفع دعوى عينية in rem على اسم النطاق

1 -Nicolas binctin, op.cit , p .22

2- أمر رقم 03-07 مؤرخ في 19 يوليو 2003 المتضمن براءة الاختراع ، ج ر عدد 44 المؤرخة في 23 يوليو 2003.

3- أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري ، ج ر عدد 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975 المعدل

والمتمم.

4 -15 U.S.C. § 1125(d)-1999.

وذلك بشروط محددة¹ ، وتأسيسا على ذلك إمكانية مخاصمة اسم النطاق في حد ذاته وليس مخاصمة الشخص المسؤول عن عملية التسجيل تطبيقا للقواعد العامة ومن المعروف أن الدعوى العينية هي دعوى تطالب بحق عيني مثل الملكية او حق الارتفاق او الرهون² وهو ما اعتبره جانب كبير من الفقه إقرارا من المشرع الأمريكي بقابلية اسم النطاق ليكون محلا لحق الملكية. والظاهر أن هذا التأسيس لا يصح باعتبار أن المشرع الأمريكي أقر بإمكانية مخاصمة اسم النطاق بالدعوى العينية على سبيل الاستثناء وذلك من خلال شروط دقيقة ومحددة تتمثل في ضرورة توفر حالة من حالتين وذلك إما أن يكون صاحب اسم النطاق مجهول الهوية ويرجع ذلك بصفة اساسية لأنه قدم معلومات غير صحيحة عن هويته لمكتب التسجيل أو أن يكون صاحب اسم النطاق مقيما خارج الولايات المتحدة الأمريكية وبالتالي يكون خارج الاختصاص الاقليمي للقاضي الأمريكي وفي غير ذلك من الحالات فإنه لا يمكن مخاصمة اسم النطاق بموجب الدعوى العينية بل من خلال الدعوى الشخصية التي تمثل الاصل والقاعدة العامة³، و يمكن قراءة الدعوى العينية المكرسة بموجب القانون الأمريكي كاعتراف من المشرع الأمريكي بقابلية ان يكون اسم النطاق محلا لحق الملكية باعتبار أنها واردة على سبيل الاستثناء والاستثناء لا يكرس القاعدة.

2.2. طبيعة الحق في أسماء النطاق هو حق إستعمال

الاختلاف الفقهي حول قابلية أسماء النطاق لتكون محل لحق الملكية أدى الى ظهور توجه ثان يكرس الحق في اسم النطاق كحق استعمال⁴ وهو تكريس بحكم الواقع فرضته المؤسسات المسؤولة عن حوكمة أسماء النطاق وعلى هذا الأساس فموجب عقد التسجيل يستفيد مسجل أسماء النطاق من حق استعمال محدد المدة دون أن يتضمن ذلك أي شكل من أشكال الملكية. والظاهر أن هذا

1 - شريف غانم ، المرجع السابق ، ص 34

2 - عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والادارية الجديد ، ترجمة للمحاكمة العادلة ، موفم للنشر ، الجزائر 2011، ص 55.

3 - Jian Xiao , op.cit , p177.

4 -Luc grynbaum , Caroline le Goffic , lydia Morlet. op.cit , p 643.

التوجه أكثر واقعية باعتبار أنه متوافق مع طبيعة أسماء النطاق كونها ملكية مشترك للمجموعة الدولية.¹

ثالثا : من حيث نطاق الحق في أسماء النطاق والعلامة

من بين الاختلافات المؤثرة كذلك بين العلامة التجارية واسم النطاق نطاق الحق ، فالحق في العلامة التجارية هو حق محدود او نسبي (1) في حين لا يعترف الحق في اسم النطاق بأي حدود كأصل عام (2).

1. نطاق الحق في العلامة محدود بمبدأ التخصيص والاقليمية

إن الحق في العلامة هو حق نسبي وذلك بموجب كل من مبدأ التخصيص (1.1) ومبدأ الاقليمية (2.1)

1.1. مبدأ التخصيص

يقصد بمبدأ التخصيص le principe de spécialité أن العلامة التجارية تحمي قانونيا فقط في حدود المنتجات والخدمات المخصصة لها في طلب التسجيل² ، أما ما يخرج عن ذلك من منتجات وخدمات فإن الامر 06-03 والقوانين المقارنة لا توفر أي حماية قانونية، تأسيسا على ذلك ، فمن الواضح أن مبدأ التخصيص هو مظهر من مظاهر محدودية نطاق الحق في العلامة التجارية كونها لا تحمي إلا نسبة الى المنتجات او الخدمات التي خصصت لها بشكل دقيق وصريح في طلب التسجيل وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 9 من الامر 06-03 صراحة : " يخول تسجيل العلامة لصاحبها حق ملكيتها على السلع والخدمات التي يعينها لها". ويرجع وجود مبدأ التخصيص في العلامة التجارية والاشارات التمييزية عموما الى اعتبارين أساسيان :

الاعتبار الاول أن وظيفة العلامة التجارية هي تمييز المنتج عما يشابهه أو يختلط به، فمن المنطقي والحال كذلك أن تقتصر حمايتها على المنتجات محل التمييز فقط أي المنتجات المطابقة

1 -Claire Albrechtson, op.cit , p34.

2 - Marie-Françoise marais ,thibault lachacinski, l'application des droits de propriété intellectuelle, recueil de jurisprudence , OMPI, p40.

والمشابهة ولا تتجاوزها الى غيرها من المنتجات التي لا تشابهها ولا تثير أصلاً إمكانية أن تختلط بها في ذهن المستهلك¹.

الاعتبار الثاني ان مبدأ التخصيص يعد ضماناً لحرية التجارة والصناعة ، فلا فائدة عملية من منع التجار من استخدام علامة تجارية مطابقة لتمييز منتجات تنتمي الى قطاعات مختلفة تماماً عن تلك التي سجلت للعلامة التجارية الاصلية لها² ، ولا نجد استثناء لتطبيق مبدأ التخصيص في قانون العلامات إلا فيما تعلق بالعلامات المشهورة³.

2.1. مبدأ الإقليمية territorialité

من الخصائص الأساسية للقوانين الحامية للعلامة التجارية هي كونها قوانين إقليمية فالحق في العلامة التجارية نسبي لا يتجاوز إقليم الدولة التي تمنحه⁴ والمثال على ذلك أن العلامة المسجلة في الجزائر لا تتمتع بأي حماية قانونية خارج الجزائر والمثال نفسه بالنسبة للعلامة المسجلة في فرنسا فهي لا تتمتع بأي حماية قانونية خارج الإقليم الفرنسي⁵ ذلك أن العلامة كقاعدة عامة لا تتمتع بأي حماية خارج الإقليم – الاقاليم التي سجلت فيها ، تأسيساً على ذلك يمكن للشخص الواحد أن يملك نفس العلامة في أكثر من دولة ، كذلك فإن الترخيص للغير باستخدام العلامة في إقليم معين لا يخول له حق استغلالها في بقية الاقاليم⁶ والواقع أن مبدأ الإقليمية هو مبدأ عام لا يقتصر على العلامة التجارية فقط بل يشمل كل عناصر الملكية الصناعية تقريباً كالبراءات والرسوم والنماذج وتسميات المنشأ⁷ ونظراً لما تتمتع به حقوق الملكية الصناعية من هذه الإقليمية

1- شريف محمد غانم ، المرجع السابق، ص 92.

2 -Marie-Françoise marais ,Thibault lachacinsk, op.cit., p 40.

3- ميلود سلامي ، العلامة التجارية المشهورة في القانون الجزائري ، دفا تر السياسة والقانون ، العدد الرابع ، 2011 ، الجزائر، ص 169.

4- Jérôme passa, op.cit, p45.

5 -David Forest , op.cit , p50.

6 -David Forest , op.cit, , p50.

7 -Patrick Tofforeau, petit lexique Droit de la propriété intellectuelle ,Galino,france,2016,p39.

الشديدة¹ فإن المجتمع الدولي يعمل بصفة مستمرة من خلال ابرام الاتفاقيات الدولية الاجرائية التي تسهل عملية التسجيل الدولي لمختلف عناصر الملكية الصناعية خارج دولة المنشأ وبالتالي التخفيف من حدة تطبيق هذا المبدأ وتحقيق أكبر قدر من الحماية لمالك العلامة.

2. نطاق الحق في أسماء النطاق مطلق

إن نطاق الحق في أسماء النطاق هو حق مطلق دون أن يكون محلاً للنسبية مثل ما هو عليه الحال بالنسبة للعلامة التجارية فالحق في أسماء النطاق لا يعترف بمبدأ التخصيص ، فتسجيل أسماء النطاق غير مرتبط بأي تصنيف للسلع أو الخدمات في حين نلاحظ أن العلامة التجارية تخضع بشكل كامل لمبدأ التخصيص وهو مسألة أساسية في عملية التسجيل ، والحق في أسماء النطاق لا يعترف بمبدأ الإقليمية ، فتسجيل أسماء النطاق يكون نافذ ضمن جميع دول المجتمع الدولي ، في حين أن الحق في العلامة يخضع بشكل كامل للإقليمية الشديدة .

1 - فرحة زواوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الجزء الثاني، ابن خلدون لنشر والتوزيع ، الجزائر، طبعة 2006، ص183.

الفصل الثاني

الاشكال الحديثة للمساس بالحق في العلامة عبر الانترنت

الاشكال الحديثة هي أشكال الاعتداء على العلامة عبر الانترنت التي صاحبت الجيل الثاني من الويب (2004-) والذي يمثل شكل مستحدث من أشكال التواصل القائم على إيجابية الفرد في إنشاء المحتوى على نقيض الوضع بالنسبة للجيل الأول (1990-2003) الذي يعتبر الفرد مجرد مستقبل للمحتوى دون أن يكون فاعلاً أساسياً ، وعلى هذا الأساس لم يكن من الممكن ضمن الجيل الأول من الويب قياساً لحالة التقنية في تلك الفترة ممارسة أشكال واسعة من المساس بالحق في العلامة التجارية وهو ما يفسر إقتصار المساس على السطو الإلكتروني دون غيرها من أشكال المساس بالحق في العلامة غير أن ظهور الجيل الثاني كرس أفضلية الفرد في إنشاء وتداول المحتوى وهو ما عجل من توسع الاعتداءات لتشمل إستعمال العلامة التجارية للغير ضمن أشكال مختلفة عبر شبكة الانترنت، والملاحظ أن الاشكال الحديثة للمساس بالحق في العلامة التجارية عبر الانترنت تطبيقاً لمعيار الجسامة والانتشار المعتمد ضمن هذه الاطروحة قائمة على شكلين أساسيين: الشكل الاول هو إستعمال العلامة المملوكة للغير ضمن الاشهار عبر الانترنت حيث عرفت العملية الاشهارية ضمن الجيل الثاني سهولة الوصول من طرف الجمهور على نقيض وسائل الاعلام التقليدية المحتكرة من طرف المؤسسات الكبرى وعالية التكلفة في حين أن شبكة الانترنت عملت على تسهيل أفضلية الفرد ضمن العملية الاشهارية وهو ما أدى الى إنتشار غير مسبوق للاشهار عبر الانترنت وما شمله من إستعمال العلامات التجارية للغير دون حق ضمن هذه العملية الاشهارية (المبحث الاول)، الشكل الثاني هو إستعمال العلامة المملوكة للغير ضمن المنصات التشاركية وهو مصطلح يجمع بين شبكات التواصل الاجتماعي والأسواق الإلكترونية والظاهر أن الجيل الثاني كرس كذلك بشكل غير مسبوق نمو وإنتشار هذا النوع من المنصات وهو ما أدى كذلك الى خلق أشكال جديدة من إستعمال العلامة التجارية للغير دون حق ضمن هذه المنصات التشاركية المختلفة ويعتقد الباحث في هذه الجزئية ان هذا الاستعمال ضمن المنصات التشاركية يعتبر الشكل الأكثر خطورة على الاطلاق بالنسبة للمساس بالحق في العلامة عبر الانترنت (المبحث الثاني).

المبحث الأول

العلامة ضمن الاشهار عبر الانترنت

يمثل الاشهار الوسيلة الأولية للمؤسسات التجارية للاتصال بالزبون؛ وعلى هذا الأساس فإن استعمال العلامة التجارية ضمن الاشهار هو مسألة أساسية ضمن العملية التسويقية للمنتجات والخدمات لجميع المؤسسات دون استثناء ، والظاهر أن العملية الاشهارية هي ظاهرة متأقلمة مع المستجدات التكنولوجية المختلفة حيث تكيفت بشكل ممتاز مع جميع أشكال الاعلام والاتصال بداية بظهور الطباعة¹ الى غاية شبكة الانترنت (المطلب الاول) ؛ كذلك فإن العلاقة الوطيدة بين الاشهار والعلامة التجارية أساسا هي المكرس الأساسي للتأثيرات السلبية للاشهار على الحق في العلامة المملوكة للغير سواء في الوسط التقليدي او عبر شبكة الانترنت بإعتبار أن تداخل العملية الاشهارية مع العلامات هو مسألة وجودية ذلك أن غياب العلامة التجارية بصفتها وسيلة تمييزية يجعل من العملية الاشهارية دون فائدة حقيقية بالنسبة للفاعل الاقتصادي(المطلب الثاني).

المطلب الأول

الاشهار عبر الانترنت

ظهور الاشهار مرتبط بالاقتصاد الصناعي² وهو ما يفسر غياب المفهوم ضمن المجتمعات القائمة على الاقتصاد الحرفي بإعتبار أن بدائية أشكال التصنيع تفرض الاتصال المباشر بين المنتج والزبون الذي يعرف بالشكل الكاف خصائص المنتج دون الحاجة لعملية الاشهار، الظاهر أن الثورة الصناعية هي أساس اللجوء الى العملية الاشهارية بإعتبار أن المجتمعات الاوروبية شهدت بداية من القرن السادس عشر إنتعاش حركة التصنيع وتنوعت المنتجات فأصبح الزبون لا يعرف المنتج ضمن القائمة الطويلة من المنتجات المتشابهة والمتنافسة التي يوفرها الاقتصاد الحديث³

1- عبد الغني عراب ، الاشهار في التشريع الجزائري: بين الاطر التنظيمية و القانونية ، مجلة أفاق العلوم ، المجلد 3 ، العدد 2، مارس 2018 ، ص56.

2 -Daniel Caumont ,La publicité, DUNOD , 3e édition , Paris , France , 2012 , p 13,14

3 -Arnaud de Baynast , Jacques Lendrevie , Publicitor - Publicité offline et online , DUNOD , 8e édition , paris , FRANCE , 2014 , p 104.

وتعايشت الرسالة الاشهارية مع مختلف أشكال الحركية الاجتماعية والتكنولوجية فانتقل الاشهار الى الصحف وأجهزة الراديو والتلفزيون ثم شبكة الانترنت في نهاية القرن العشرين وهو الانتقال الذي تميز بخصوصيات معينة وإن ظلت الفكرة الاساسية ذاتها (الفرع الاول) وباعتبار أن العملية الاشهارية وعلى الخصوص عبر الانترنت يمكن أن تمس بمصالح المستهلك عن طريق مختلف أشكال التضليل فإن المشرع كرس مجموعة من الضوابط القانونية التي يجب مراعاتها (الفرع الثاني).

الفرع الاول : خصوصية الاشهار عبر الانترنت

إن خصوصية الاشهار عبر شبكة الانترنت تكون قياسا للقواعد العامة وعلى هذا الأساس فإن تكريس خصوصية معينة للاشهار عبر الانترنت يجب أن يكون في إطار تعريف الاشهار في ضوء مختلف النصوص القانونية التي تولت الرسائل الاشهارية بالتعريف (أولا) وهو ما يسمح لنا على مستوى هذه الدراسة من تحديد الذاتية الخاصة للاشهار عبر الانترنت إتجاه هذه القواعد العامة (ثانيا).

أولا : تعريف الاشهار

وردت تعريفات عديدة للإشهار في التشريع الجزائري والمقارن مبدئيا نورد التعريف الذي جاءت به المادة 3-3 من القانون 02/04:

"... كل اعلان يهدف بصفة مباشرة او غير مباشرة الى ترويج بيع السلع او الخدمات مهما كان المكان ووسائل الاتصال المستعملة"¹.

والمشرع الجزائري قدم مجموعة من التعريفات للإشهار وذلك على مستوى بعض النصوص² ومشاريع قوانين³ خاصة بتنظيم الاشهار والتي لم ترى النور الى يومنا هذا ومع ذلك لم تقدم

1- قانون 02-04 المؤرخ في 23 / 07 / 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر رقم 41 المؤرخة في 27 جوان 2004 المعدل والمتمم .

2 - المادة 2 من المرسوم تنفيذي 90-39 المؤرخ في 30/01/1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش.

3 - عُرف الاشهار في المشروع التمهيدي لقانون الاشهار لسنة 1988 : " يشمل مُصطلح الاشهار في مفهوم هذا القانون كل إعلام له بغرض تجاري أو اجتماعي يستهدف التعريف بمنتوج او خدمة او علامة صُنِع ، ويشمل الاشهار كذلك عمليات الاتصال الاجتماعي مثل حملات التعميم للصالح العام ذات الطابع الاجتماعي ...". ثم قدم المشرع الجزائري مرة ثانية تعريفا للإشهار في مشروع قانون الاشهار لسنة=

مشاريع القوانين هذه أي إضافة حقيقية فيما يتعلق بتعريف الأشهار وعرف المشرع الجزائري الأشهار حديثا بموجب المادة 7-25 من القانون 14-04¹ محافظا على إتجاه القانون 04-02 مع التوسع في الصياغة القانونية:

"أي شكل مصمم أو رسالة محررة أو صوتية أو سمعية بصرية تثبت مقابل اجر أو تعويض سواء من اجل ترقية سلع أو خدمات في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو مهنة حرة أو من اجل ضمان ترقية تجارية لمؤسسة"

بالعودة الى التشريعات الأوروبية نلاحظ أن التوجيه 114/2006 الصادر في 12 ديسمبر

2006² المتعلق بالاشهارات المضللة والاشهارات المقارنة في المادة 2 (a) عرف الأشهار:

" كل أشكال الاتصال التي تتم في إطار نشاط تجاري ، صناعي ، حرفي ، ليبرالي ، بهدف تعزيز عملية التزود بالسلع والخدمات"

ويعتبر هذا التعريف الاكثر وضوحا في فرنسا باعتبار أن التشريع الفرنسي لا يقدم أي تعريف مباشر للأشهار التجاري³.

ثانيا : الذاتية الخاصة للأشهار عبر الانترنت

يتطابق بشكل مثالي التعريف الذي قدمه التشريع الجزائري والمقارن للأشهار مع الأشهار الذي يتم عبر شبكة الانترنت⁴ بإعتبار غياب أي خصوصية على مستوى المفهوم بين الرسالة الاشهارية سواء تمت على دعائم تقليدية او الكترونية⁵. وهو الاتجاه المكرس بموجب مشرنا الجزائري

1992: "... كل معلومة ذات هدف تجاري محضرة ومقدمة حسب الاشكال التي يحددها المرسوم التشريعي الحالي والداعية الى تعريف ودعم منتج او خدمة إعلامية مهما كانت الوسيلة المستعملة " واخيرا في مشروع قانون الاشهار لسنة 1999 : " .. كل أسلوب اتصالي الذي يُعد ويُقدم في الاشكال المحددة في هذا القانون مهما كانت الدعائم المُستعملة ، قصد تعريف او ترقية أي منتج او خدمة او علامة تجارية او سمعة أي شخص طبيعي او معنوي "

1- قانون 14-04 المؤرخ في 24 فبراير 2014 بتعلق بالنشاط السمي البصري، ج ر رقم 16 المؤرخة في 23 مارس 2014.

2- التوجيه الاوروبي رقم CE/144/2006 المتعلق بالاشهارات المضللة والاشهارات المقارنة.

3- Céline castets-renard , op.cit , p 146.

4- Céline castets-renard , op.cit , p 145.

5 - شريف محمد غانم ، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت ، دار الجامعة الجديدة ، المرجع السابق، ص31

بالفعل في قانون التجارة الالكترونية حيث عرف الاشهار الالكتروني في المادة 6(6) من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية :

" كل إعلان يهدف بصفة مباشرة او غير مباشرة الى ترويج بيع سلع او خدمات عن طريق الاتصالات الالكترونية ."

وبمقارنة هذا التعريف بالتعريفات التي كرسها التشريعات فيما يتعلق بالاشهارات التقليدية سواء على مستوى القانون 02-04 او القانون 04-14 فمن الواضح أن الاختلاف بين الاشهار عبر الانترنت والاشهار التقليدي ليس على مستوى المفهوم باعتبار أننا أمام وحدة المفهوم بل على مستوى مظاهر العملية الاشهارية التي تفرضها شبكة الانترنت وتؤثر على الاشهار فتكسر ذاتية خاصة قائمة على ثلاث إختلافات أساسية: الدعامة الاشهارية (1) مفهوم المعلن (2) طريقة التعاقد (3).

1. الدعامة الاشهارية le support publicitaire

تمثل الدعامة الاشهارية حجر الزاوية في العملية الاشهارية¹ وتتعدد الدعامات الاشهارية في الوسط التقليدي مثل التلفزيون والراديو والصحف وغيرها على نقيض الوضع بالنسبة للاشهار عبر الانترنت حيث تعتبر كل من المواقع الالكترونية (1.1) والبريد الالكتروني (2.1) الدعامات المتوفرة.

1.1. الموقع الالكتروني (الويب)

كرس القضاء الفرنسي² في مرحلة مبكرة إصباح صفة الدعامة الاشهارية على المواقع الالكترونية وتأسيسا يعتبر الموقع الالكتروني الدعامة الاشهارية الأكثر إنتشار³ قياسا للقدرة على إيصال الرسالة الاشهارية الى المستهلك المحتمل مثل الدعامات التقليدية.

1 - Arnaud de Baynast , Jacques Lendrevie , op.cit ,p117

2 - CARennes 1ère chambre B Arrêt du 31 mars 2000 « « ...Le critère essentiel du support de publicité réside dans le fait qu'il puisse véhiculer un message publicitaire, quelle qu'en soit la forme. Un message publicitaire est une communication qui, outre la présentation informative d'un produit, vise à provoquer à sa consommation... »

3 - Jean-Marc Décaudin, Jacques Digout, e-Publicité- Les fondamentaux , Dunod ,paris France , 2011,p 24.

2.1. البريد الالكتروني

يعرف القانون الفرنسي بموجب قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي LCEN البريد الالكتروني من وجهة نظر القانون:

" ... جميع الرسائل.... التي ترسل عبر وسيلة اتصال عامة وتكون محفوظة ومخزنة في موزع بحيث يستطيع المستقبل استقبالها"¹

ويكسر التشريع الفرنسي تأسيسا على ذلك شرطان لتحديد فكرة البريد الالكتروني من ناحية قانونية: أن تكون الرسالة مرسله من خلال وسيلة اتصال عامة مثل شبكة الانترنت وأن تكون الرسالة مخزنة ومحفوظة في شكلها الكلي بحيث يستطيع المستقبل استرجاعها في أي وقت² وي طرح التساؤل حول مدى إعتبار البريد الالكتروني دعامة إشهارية في نظر القانون؟ بإعتبار أن الرسائل المرسله عبر البريد الالكتروني تتميز بالخصوصية دون العمومية.

والظاهر أن الطبيعة الخاصة لرسائل البريد الالكتروني لا تؤثر على الطبيعة الاشهارية لهذه الرسائل بإعتبار أن النصوص القانونية لا تتضمن أي شرط يكسر ضرورة ألا يكون الاشهار التجاري من خلال رسالة خاصة إضافة الى أن وجود الاتصال التجاري ضمن هذه الرسائل كاف لتكريس طبيعتها الاشهارية.³

2. L'annonceur المعلن

المعلن هو مرسل الرسالة الاشهارية⁴ وتؤثر شبكة الانترنت على المعلن سواء من حيث النطاق ، فالمعلن عبر شبكة الانترنت مفهوم أكثر توسعا من المفهوم المكرس بالنسبة للاشهار التقليدي

1- عرفت المادة 1 من قانون رقم 2004-575 المتضمن قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي البريد الالكتروني بالشكل التالي :

« On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère. »

2- Romain Gola, Droit du commerce électronique-Guide pratique du e-commerce Gualino, Lestenso, paris, france, 2013, p407.

3- حماد مصطفى ، الجوانب القانونية للإعلان عن المنتجات عبر الانترنت ، دار النهضة العربية ، جمهورية مصر العربية ، 2014 ،

ص 19.

4 - Arnaud de Baynast , Jacques Lendrevie , op.cit , p113.

باعتبار أن شبكة الانترنت وسيلة قليلة التكلفة وسريعة الوصول مقارنة بالدعامة التقليدية¹ أو من حيث طبيعة الدور فالمعلن عبر شبكة الانترنت أوسع نطاقا على نقيض الوضع بالنسبة للعلمية الاشهارية التقليدية فالمعلن عبر شبكة الانترنت يستطيع بشكل منفرد تسيير الاشهار بصفة كاملة دون الحاجة الى تدخل المحترفين (الوكيل الاشهاري) من خلال أنظمة آلية سهلة وموثوقة².

3. طريقة التعاقد .

أساس عملية الاشهار هو شراء المساحات الاشهارية ويتم ذلك من خلال عقد يجمع بين المعلن والدعامة الاشهارية يعرف بعقد شراء المساحة الاشهارية وعلى الرغم من أن التسمية التي يتخذها العقد توحي بوجود نقل للملكية من خلال عملية بيع المساحة الاشهارية من طرف الدعامة الالكترونية للمعلن غير أن هذا التوصيف غير صحيح بإعتبار أن عقد الشراء هو عقد غير مسمى يخضع للقواعد العامة وينشأ علاقة التزام محلها القيام بعمل³ دون نقل الملكية والواقع أن الدعامة الالكترونية لا تعمل على بيع المساحة الاشهارية وإنما تلتزم بتأجير المساحة للمعلن ضمن الشروط المحددة في العقد⁴ ، ويكون التعاقد في مجال الاشهار عبر الانترنت إما باللجوء الى التعاقد التقليدي بين المعلن أو الدعامة وهو الأصل مثلما هو عليه الحال في الاشهار الذي يتم عبر الدعامات التقليدية (الصحف والتلفزيون) فالمعلن يتواصل مع الدعامة الالكترونية او الوكيل عنها بصفة مباشرة ويتم التحكم تأسيسا على ذلك في العملية الاشهارية بشكل تام في إطار الحرية التعاقدية بين المعلن والدعامة الاشهارية⁵.

ما يميز التعاقد في مجال الاشهار عبر الانترنت هو شكل مبتكر من أشكال التعاقد بموجب الأنظمة الآلية من خلال عملية أتمتة العملية الاشهارية⁶ بين المعلن والدعامة الاشهارية وهو شكل مستحدث يميل الى الانتشار بحيث تتم عملية شراء المساحة الاشهارية من خلال نظام يضمن

1 - Gérard lallement , jacques serris, Dominique varenne, RAPPORT: Loi Sapin et publicité sur Internet , Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies ,2013,p18.

2 - Arnaud de Baynast , Jacques Lendrevie , op.cit ,p114

3- Arrêt de la Cour de justice, Sacchi, affaire 155-73 (30 avril 1974)

4- حماد مصطفى ، المرجع السابق ، ص 69.

5- Gérard Lallement, Jacques Serris, Dominique Varenne, op.cit,P24.

6 - Maria Mercanti-Guérin , Vincent, Michèle , Publicité digitale, Dunod, France , 2016 , p 60.

تسير العملية الاشهارية من جميع جوانبها بداية باستقبال الاشهار من المعلن الى غاية عرض هذا الاشهار على المواقع الالكترونية المختلفة وهو ما يخالف طريقة التعاقد في الاشهار التقليدي بحيث يتم التعاقد فقط بشكل مباشر بين المعلن والدعامة الاشهارية دون وجود أنظمة آلية تضمن طريقة التعاقد.

الفرع الثاني : القواعد الاساسية للمنظمة للإشهار عبر الانترنت

يحكم الاشهار مجموعة من الضوابط القانونية التي تهدف الى حماية المستهلك بشكل أساسي وتخضع لنفس الضوابط القانونية التي يخضع لها الاشهار التقليدي¹. والظاهر أن الضوابط القانونية التي يخضع لها الاشهار عبر شبكة الانترنت أكثر تشدداً من حيث التطبيق من الضوابط القانونية المكرسة بموجب القواعد العامة وتكرس المادة 30 من القانون 18-05 المتضمن قانون التجارة الالكترونية تطبيق القواعد العامة على الاشهار عبر الانترنت (أولاً) في حين تكرر المواد 31 ، 32، 33 من ذات القانون شرط إضافي يتمثل في شرط الرضا المسبق في حالة الاشهار المؤسس على إستعمال معطيات ذات طابع شخصي (ثانياً).

أولاً : الشروط العامة

يخضع الاشهار الى مجموعة من الشروط القانونية الصارمة حماية للمستهلك والنظام العام الاقتصادي فالرسالة الاشهارية يجب أن تكون محددة من حيث طبيعتها الاشهارية بحيث لا تختلط في ذهن المستهلك مع الرسائل المحايدة (1) وأن تكون خالية من التضليل (2) وبطبيعة الحال يجب على الرسائل الاشهارية أن لا تكون بأي حال من الأحوال مخالفة للنظام العام (3).

1. التحديد الدقيق للطبيعة الاشهارية للرسالة

يكرس المشرع الجزائري بموجب المادة 30 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية صراحة ضرورة التحديد الدقيق للطبيعة الاشهارية للرسالة: "... يجب أن يلبي المقترضات التالية: 1- أن تكون محددة بوضوح كرسالة تجارية او إشهارية، 2- أن تسمح بتحديد الشخص الذي تم تصميم الرسالة لحسابه...". والمشرع الفرنسي كذلك ينص في مواضع متعددة على ضرورة تحديد الطبيعة

1- Romain Gola, Droit du commerce électronique-Guide pratique du e-commerce ,op.cit , p 415.

الاشهارية للرسالة بموجب المادة 43 من قانون 86-1067 المؤرخ في 30 سبتمبر 1986 المتضمن حرية الاتصالات وهو نص عام يطبق على جميع الاشهارات بغض النظر عن الدعامة: " جميع أشكال الاشهارات القابلة للوصول من خلال وسيلة اتصال سمعية بصرية يجب أن تكون محددة بوضوح كرسالة اشهارية ، يجب كذلك أن تسمح بتحديد الشخص الذي تم تصميم الرسالة لحسابه"¹ إضافة الى تكريس نص خاص على ضرورة تحديد الطبيعة الاشهارية لاشهار بموجب قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي (LCEN): " جميع الاشهارات ، مهما كان شكلها ، القابلة للوصول من خلال وسيلة اتصال عامة عبر الخط يجب أن تكون محدد بوضوح كونها كذلك ، يجب كذلك أن تسمح بتحديد الشخص الطبيعي او المعنوي الذي تم تصميمها لحسابه"² وعلى هذا الأساس فإن التحديد الدقيق للرسالة الاشهارية مسألة أساسية من الناحية القانونية مما يجعلها لا تختلط في ذهن المستهلك عبر شبكة الانترنت مع الرسائل غير التجارية التي قد تتشابه معها مثل الرسائل الاعلامية والتي يكون الهدف منها نقل المعلومة دون هدف تجاري³ ذلك أن بعض المعلنين يحاولون في حالات معينة إخفاء إشهاراتهم خلف معلومات محايدة او ذات طبيعة إعلامية باعتبارها طريقة أيسر في إقناع المستهلك بالمنتج او الخدمة⁴.

2. الخلو من التضليل

الاشهار يكون مضلل متى تضمن معلومات او أوصاف غير صحيحة مطلقا او غير دقيقة فالإشهار التضليلي يتضمن بالضرورة الكذب الصريح أو على الأقل الغموض بما يؤدي الى خداع

1- قانون رقم 86-1067 المؤرخ في 30 سبتمبر 1986 المتضمن حرية الاتصالات الفرنسي عرف الاشهار الالكتروني بالشكل التالي :

« Toute forme de publicité accessible par un service de communication audiovisuelle doit être clairement identifiée comme telle. Elle doit également permettre d'identifier la personne pour le compte de laquelle elle est réalisée. »

2- عرف قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي الاشهار الالكتروني بالشكل التالي :

« Toute publicité, sous quelque forme que ce soit, accessible par un service de communication au public en ligne, doit pouvoir être clairement identifiée comme telle. Elle doit rendre clairement identifiable la personne physique ou morale pour le compte de laquelle elle est réalisée »

3 - Céline Renard op.cit, p 146.

4- حماد مصطفى ، المرجع السابق ، ص 13.

المستهلك¹ والملاحظ أن القانون 05-18 المتضمن قانون التجارة الالكترونية يشير صراحة في المادة 30-5 الى منع الاشهار المضلل عبر الانترنت :

"...التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفاؤها للاستفادة من العرض التجاري ليست مضللة ولا غامضة "

وتعتبر المادة 28 من القانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية أن الاشهار المضلل هو ممارسة تجارية غير نزيهة *une pratique commerciale déloyale* أما على مستوى التشريع الفرنسي فقد تم التخلي تماما عن مصطلح الاشهار المضلل وتم دمجها في مجموعة من السلوكيات تعرف بالممارسة التجارية التضليلية *pratique commerciale trompeuse* وذلك بموجب التعديل الاخير للمادة 1-121 من قانون المستهلك الفرنسي². ويتخذ الاشهار المضلل صور متنوعة كرسّت على سبيل المثال بموجب المادة 28 من القانون 02-04 والمادة 1-121 من قانون المستهلك الفرنسي.

3. أن لا تمس الرسالة بالنظام العام

تكرس المادة 30-03 من القانون 05-18 المتضمن قانون التجارة الالكترونية منع أي إشهار عبر الشبكة يمس بالنظام العام أو الآداب العامة ويكرس القانون 05-18 المنع الصريح للإشهار عن بعض المنتجات والخدمات مثل لعب القمار ، اليانصيب ، الرهان والمشروبات الكحولية والتبغ إضافة الى المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية او الصناعية او التجارية والمنتجات الصيدلانية

ثانيا : الرضا المسبق فيما يتعلق بالاشهار المتضمن معلومات شخصية

تخضع الاشهارات عبر الشبكة والتي تتم من خلال ارسال رسائل إشهارية عبر الاتصالات الالكترونية للمستهلك المحتمل إضافة الى الشروط العامة المكرسة بموجب المادة 30 من القانون 05-18 السابق التطرق اليها الى شرط إضافي وحيد تکرسه المواد 31 ، 32 ، 33

1 - بدرة لعور ، الاشهار التضليلي كوسيلة لخرق نزاهة الممارسات التجارية في التشريع الجزائري ، مجلة المفكر ، المجلد 13، العدد2، 2018، ص373.

2 -Agnée Rabagny , op.ct , p76.

من ذات القانون يتمثل في ضرورة الحصول على الرضا المسبق للمستهلك يبدي فيه رضاه استقبال هذا النوع من الرسائل حيث تنص المادة 31: "يمنع الاستبيان المباشر اعتمادا على ارسال الرسائل عن طريق الاتصالات الالكترونية باستعمال معلومات شخص طبيعي ، بأي شكل من الاشكال ، لم يبد موافقته المسبقة لتلقي استبيانات مباشرة عن طريق الاتصال الالكتروني" .

النص مستوحى الى حد التطابق من نص المادة 34-5 من قانون البريد والاتصالات الالكترونية الفرنسي¹ في فقرتها الاولى² ، غير أن الملاحظ أن المشرع الجزائري قدم ترجمة غير دقيقة لمصطلح la prospection directe الواردة كذلك في النسخة الفرنسية من القانون 18-05³ بنفس المعنى الوارد في القانون الفرنسي حيث ترجمها بمصطلح " الاستبيان المباشر " . وهذه ترجمة غير دقيقة باعتبار أن la prospection directe تشير حسب المادة 34-5 في فقرتها الثالثة⁴ من قانون البريد والاتصالات الالكترونية الفرنسي والذي قدم تعريفا دقيقا لرسائل الاستبيان المباشر la prospection directe كونها:

" تعتبر من قبيل رسائل الجذب المباشر للزبائن إرسال أي نوع من الرسائل يكون الهدف منها الترويج بصفة مباشرة او غير مباشر لسلع أو خدمات او لصورة المؤسسة التي تسوق هذه السلع او الخدمات".

تأسيسا على ذلك ، تكرر المادة 31 ، 32 من القانون 18-05 والمادة 34-5 من قانون البريد والاتصالات الالكترونية الفرنسي معيار مهم وهو أن الاشهار الذي يتم عبر الاتصالات الالكترونية

1- قانون رقم 2004-669 المؤرخ في 9 جويلية 2004 المتضمن قانون البريد والاتصالات الالكترونية (الجمهورية الفرنسية)

2 - Est interdite la prospection directe au moyen de systèmes automatisés d'appel ou de communication, d'un télécopieur ou de courriers électroniques utilisant les coordonnées d'une personne physique, abonné ou utilisateur, qui n'a pas exprimé préalablement son consentement à recevoir des prospections directes par ce moyen.

3- تنص المادة 31 من القانون 18-05 في صيغتها الفرنسية بالشكل التالي :

« Est interdite la prospection directe par envoi de message par voie de communications électroniques utilisant sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen. »

4- نصت المادة 34(5)-3 من قانون البريد والاتصالات الالكترونية الفرنسي على تعريف لرسائل الاستبيان المباشر بالشكل التالي :

« Constitue une prospection directe l'envoi de tout message destiné à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services. »

ويستهدف أو يستخدم معلومة ذات طابع شخصي دون الرضا المسبق للمستهلك تعتبر ممارسة محضورة.

وقد ثار نقاش على المستوى الفرنسي في تحديد شروط تطبيق هذه المادة من ناحيتين:

- من حيث طبيعة الرسائل المرسلة فالملاحظ أن هناك اتفاق على هذه النقطة بحيث تشمل فقط الرسائل الاشهارية التجارية و تأسيسا على ذلك لا يمكن تطبيق المادة 34-5 من قانون البريد والاتصالات الالكترونية وما يقابلها على مستوى تشريعنا الجزائري على الرسائل ذات الطبيعة غير التجارية .

- من حيث طبيعة البريد الالكتروني في حد ذاته فقد اقرت اللجنة الوطنية للإعلام الالي والحريات في فرنسا على أن المقصود بالبريد الالكتروني هو البريد الشخصي للمستهلك وبالتالي فإرسال الرسائل الاشهارية عبر البريد الالكتروني المهني للمستهلك لا يشمل تطبيق هذه المادة بشرط أن تكون هناك علاقة بين الرسائل الاشهارية ومهنة المستهلك.¹

1- Agnée Rabagny , op.cit , p 72.

المطلب الثاني

التأثير على الحق في العلامة التجارية

إن العملية الاشهارية عبر شبكة الانترنت ساهمت بشكل كبير في خلق شكل من أشكال التأثير السلبي على الحق في العلامة التجارية سواء تم إستعمال العلامة التجارية للغير ضمن الويب (الفرع الاول) أو ضمن رسائل البريد الالكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول : علامة الغير ضمن الويب

الاستعمال عبر الويب هو ذلك الاستعمال الذي يتم أساس عن طرق عرض الاشهار المتضمن علامة الغير مباشرة عبر الويب (المواقع الالكترونية) سواء تم ذلك من خلال العرض البسيط display فمتصفح الشبكة يتعرض للرسائل الاشهارية عبر الانترنت بشكل تلقائي أي بمجرد القيام بعملية التصفح في حد ذاتها وهو الاصل في العملية الاشهارية على أساس أنها مجرد أشكال تقليدية تأقلمت مع الدعامة الجديدة (أولا) او من بشكل مبتكر من أشكال العملية الاشهارية تعرض من خلاله العلامة التجارية بناء على التصرف الإيجابي القائم على عملية البحث search عن كلمات مفتاحية معينة (ثانيا) فظهور الرسائل الاشهارية التي تحتوى على العلامة التجارية للغير سواء من خلال العرض البسيط عبر المواقع الالكترونية او الكلمات المفتاحية يثير التساؤل حول المسؤولية القانونية لهذا الاستعمال؟

أولا : العرض البسيط للعلامة عبر الويب

يشمل العرض ضمن العملية الاشهارية الشكل المعروف من أشكال الاشهار بإعتبار أن المعلن يستعمل نفس الوسائل الاشهارية المكرسة أساسا بموجب الدعامات التقليدية (الصحف والتلفزيون وغيرها) بإستثناء الخصوصية التي تفرضها الدعامة الالكترونية¹.

إن هذه الخصوصية تفرض تعدد الاشكال بإعتبار أن الويب يعتبر وسيلة غنية بالوسائط المتعددة وهو ما كرس بشكل كامل إمكانية نقل الوسائل التقليدية المستعملة عبر الوسائط التقليدية الى

1 - Arnaud de Baynast, Jacques Lendrevie, op.cit ,p354.

المواقع الالكترونية (الويب) وتشمل هذه الوسائل على الخصوص: الاشكال الهندسية¹ Bandeaux publicitaires ، النوافذ المنبثقة ، النصوص التشعبية ، الاصوات و الفيديو والظاهر أن تعدد الاشكال يجعل من الصعوبة تكريس تصنيف موحد لها خصوصا أنها تخضع من حيث نموها الى تكنولوجيا الاعلام والاتصال وتقنيات التسويق المختلفة ، وعلى هذا الاساس فإن الافضل تكريس معيار من خصوصا أن هذا الشكل من العملية الاشهارية يتشارك الخصائص ذاتها مع الدعامات التقليدية وبالتالي فإن :

أي عرض للاشهار على الويب يتضمن العلامة المملوكة للغير سواء في شكل نصوص أو أشكال هندسية ثابتة أو متحركة أو وسائل سمعية أو سمعية بصرية يمكن أن يشكل مساس بالحق في العلامة متى تم دون ترخيص من المالك الشرعي للعلامة.

ثانيا : العلامة ضمن الكلمات المفتاحية عبر الويب

إن الاشهار الذي يشمل الكلمات المفتاحية Keywords مسألة تختلف بشكل كبير عن مجرد العرض البسيط للعملية الاشهارية وذلك ضمن جوانب متعددة :

- الجانب الأول : أن العرض يعتبر شكل من أشكال الانتقال والتعايش للعملية الاشهارية مع الدعامات المختلفة وهو ظاهرة ثابتة من الناحية التاريخية وهو من حيث هذا التأسيس استعمال الوسائل التقليدية عبر دعامة مستحدثة (الموقع الالكتروني) في حين أن الاشهار عبر الكلمات المفتاحية هو نتاج الدعامة في حد ذاتها (الويب 2.0) دون أن يكون معروفا ضمن أي مرحلة تاريخية سابقة للويب.

- الجانب الثاني : أن العرض البسيط عبر الويب يقوم على التصرف السلبي حيث تعرض الرسالة الاشهارية بمجرد عملية التصفح وهو ما يطابق الوضع بالنسبة للدعامات التقليدية كالتلفزيون والراديو في حين أن العرض من خلال الكلمات المفتاحية قائم على التصرف الإيجابي باعتبار أن ظهور هذه الرسائل الاشهارية مرتبط بعملية إيجابية يقوم بها المستهلك وهي البحث ضمن محرك بحث معين.

1- خالدية معيزي ، النظام القانوني للاشهار الكاذب والمضل ، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2018-2019 ، ص58.

- الجانب الثالث : أن العرض البسيط وسيلة عشوائية لا تستهدف شكل معين من المستهلكين فهي تعرض مباشرة لجميع المستهلكين دون أي تصرف إيجابي وهي مسألة منطقية وعلى هذا الأساس فإنه لا يوجد إختلاف من حيث هذه العشوائية بين العرض الذي يتم عبر الويب والدعامات التقليدية كالصحف والتلفاز في حين أن العرض من خلال الكلمات المفتاحية يكون رسالة إشهارية تستهدف شكل معين من أشكال المستهلكين ضمن السياق البحثي.

إن تحليل العلاقة بين الحق في العلامة التجارية وهذا الشكل المبتكر من أشكال العملية الاشهارية عبر الويب القائم على الكلمات المفتاحية يتطلب دراسة النموذج الاقتصادي لمحركات البحث في حد ذاتها بإعتبار أن الكلمات المفتاحية هي أساس هذا النموذج الاقتصادي (1) ومدى تأثير هذا النموذج على الحق في العلامة (2) .

1. النموذج الاقتصادي لمحركات البحث .

إن محركات البحث عبر الانترنت هي كيانات تجارية أساسا تهدف الى تحقيق الأرباح ومن الواضح القول أن الممارسة التجارية بشكل عام تطلب نمودجا إقتصاديا معينا business model يهدف الى تحقيق الموازنة بين الخدمة المقدمة للزبون والارباح المتحصلة عن هذه الخدمة ودون هذا النموذج الاقتصادي فإن إستمرارية أي مشروع تجاري مسألة غير ممكنة وتختلف بطبيعة الحال النماذج الاقتصادية بإختلاف المشاريع. والظاهر أن محركات البحث عبر الانترنت كرسست خلال مرحلة معينة ضرورة اللجوء الى شكل من اشكال النماذج الاقتصادية التي تسمح من جهة بإستمرارية تقديم الخدمات المجانية والمتمثلة أساسا في العملية البحثية (الاشكال هنا أن من المستبعد أن تكون عملية البحث في حد ذاتها خدمة مدفوعة) ومن جهة ثانية تحقيق الربح وعلى هذا الأساس نشأ النموذج الاقتصادي الخاص بمحركات البحث والقائم على تقديم نوعين من الخدمات ، النتائج الطبيعية وهي الخدمة المجانية (1.1) والنتائج المدفوعة وهي الخدمة التي تعتبر أساس تحقيق العوائد المالية (2.1).

1.1. النتائج الطبيعية

يقصد بالنتائج الطبيعية عرض محركات البحث للنتائج بناء على طلب المستعمل وتأسيساً على معايير موضوعية واضحة وعلنية¹ وهي الخدمة الأساسية لمحركات البحث في الحقيقة والمتمثلة في مساعدة مستهلك الخدمة على الوصول الى المصادر المختلفة عبر الانترنت.

إن أساس النتائج الطبيعية هو التقييم الموضوعي لمختلف المصادر عبر الانترنت ثم عرض هذه المصادر حسب درجة الارتباط مع موضوع البحث المطلوب من طرف مستعمل الخدمة فتكون للنتائج الأكثر ارتباطاً بموضوع البحث أولية الظهور على حساب النتائج الأقل ارتباطاً.

وتخضع المحركات في عرض النتائج الطبيعية الى مبدأ الحياد وهو ما يعني معاملة جميع المصادر المتوفرة قياساً الى معايير موضوعية محددة دون تكريس أي معايير إضافية غير موضوعية في ترتيب المصادر ، والمساس بمبدأ الحياد هو مساس بالمنافسة² وتأثير على سلوك المستهلك³ من خلال تدخل المحركات في عرض النتائج الطبيعية.

2.1. النتائج المدفوعة .

النتائج المدفوعة إشهارات نصية تظهر خلال عملية بحث عادية وتكون مرتبطة بكلمات مفتاحية Keywords معينة تكون محجوزة من طرف المعلن (طرف ثالث) فإحتواء موضوع البحث على واحدة من هذه الكلمات المفتاحية يظهر هذه النتائج لمستعمل خدمة البحث بجانب النتائج الطبيعية بهدف جذب الانتباه للعرض التجاري.⁴

1 - Adam Raff , Search, But You May Not Find , The New York Times , Dec. 28, 2009, P27.

2 - james grimmelman, some skepticism about search neutrality, the next digital decade essays on the future of the internet, California, USA, 2012, p 435-436 .

3 - Tobias Klatt, E-Commerce Business Models and Search Engine Dependency, iBusiness, 2013,5, p205.

4 - Des Laffey, Paid search: The innovation that changed the Web, Business Horizons, vol50, 2007 p 214.

والظاهر أن محركات البحث تستثمر في اهتمامات المستخدمين وتعمل كوسيط بين اهتمام المستعمل بموضوع معين والذي يظهره عند القيام بعملية بحث بسيطة ومجانية وبين المعلن الذي يبحث عن هذا الاهتمام ليعرض خدماته التجارية ضمن السياق البحثي.¹

وتكمن خصوصية النتائج المدفوعة في طبيعتها الاشهارية² وهو ما يؤدي تأسيسا على ذلك الى خضوعها الكامل للضوابط القانونية للاشهار التجاري وبطبيعة الحال لا تخضع من حيث ظهورها للمعايير الموضوعية المكرسة بموجب مبدأ الحياد والمطبقة على النتائج الطبيعية.³

2. التأثير السلبي للنموذج الاقتصادي على الحق في العلامة

تعتبر النتائج المدفوعة أساس النموذج الاقتصادي للمحركات كونها المصدر الأساسي لتحقيق الأرباح بإعتبار أن النتائج الطبيعية مجانية تماما وعلى هذا الأساس يقوم النموذج الاقتصادي الذي تعتمد محركات البحث على عملية بيع الكلمات المفتاحية للمعلنين (طرف ثالث) لتعرض كنتائج مدفوعة الى جانب النتائج الطبيعية ضمن العملية البحثية والاشكالية التي يطرحها هذا النموذج الاقتصادي هو أن أي معلن يستطيع بسهولة حجز كلمات مفتاحية تحتوي على علامة تجارية للغير.⁴

وتأسيسا على ذلك فإن هذه الممارسة تكرر حالة تنازع بين العلامة التجارية والكلمات المفتاحية التي يتم حجزها وتتضمن العلامات التجارية للغير والمثال على ذلك قيام المعلن بشراء الكلمة المفتاحية التي تتضمن العلامة التجارية الألمانية Adidas من محرك البحث Google وبطبيعة الحال إذا قام أي شخص بالبحث عن كلمة Adidas فإن محرك البحث Google سوف يعرض نوعين من النتائج:

1 - Jacob Hansen, The Economics of Search Engines – Search, Ad Auctions & Game Theory, Master Thesis, Copenhagen Business School, Applied Economics and Finance, Summer 2009, p15.

2 - Agnés Rabagny , op.cit , p66.

3 - Ashley Tan , google adwords: trademark infringer or trade liberalizer?, Michigan Telecommunications and Technology Law Review , v16 , 2010 , p477.

4 - Sophie Stalla-Bourdillon , Should Search Engines Begin To Worry? , Journal Of Internet Law , November 2010 , P3.

- النتائج الطبيعية والتي تتضمن المواقع الالكترونية الاقرب لكلمة Adidas قياسا للمعايير الموضوعية ومبدأ الحياد

- النتائج المدفوعة المرتبطة بالكلمة المفتاحية Adidas والمحمولة من طرف المعلنين.

ويطرح التساؤل هنا عن العلاقة التي تجمع المعلن بالعلامة التجارية Adidas؟ وهل يعتبر حجز المعلن للكلمة المفتاحية Adidas ضمن محرك البحث Google إعتداء على الحق في العلامة التجارية للغير؟

وتأسيسا على ذلك فأى معلن قادر على شراء كلمات مفتاحية تتضمن علامة تجارية للغير مستغلا السياق البحثي ويرجع السبب في هذه الممارسة الى أن محركات البحث لا تمارس أي رقابة قبلية على الكلمات المفتاحية التي يتم تسجيلها واستخدامها كعلامة تجارية.¹ ويعتقد مالكو العلامات التجارية أن منح المحركات للمعلنين بشكل مفتوح إمكانية تسجيل كلمات مفتاحية قد تتضمن علامات تجارية للغير دون أي رقابة أو قيود هي ميزة غير شرعية.²

والظاهر أن حجز المعلن كلمات مفتاحية تحتوي على علامة تجارية للغير مرتبطة بالسياق البحثي ممارسة تخلق مجموعة من التساؤلات حول شرعية هذا الاستعمال وما نتج عن ذلك من منازعات بين مالكي العلامة التجارية ومحركات البحث.

الفرع الثاني : علامة الغير ضمن رسائل الاستبيان المباشر

عرف المشرع الفرنسي بموجب المادة 34-5(3) من قانون البريد والاتصالات الالكترونية رسائل الاستبيان المباشر la prospection directe :

"إرسال المعلن لرسائل تهدف بطريقة مباشرة او غير مباشرة الى الترويج للسلع او الخدمات او صورة المؤسسة التي تعمل على بيع هذه السلع او تقديم هذه الخدمات"³.

1 -Ashley Tan , op.cit , 477.

2 -benjamin aitken , keyword-linked advertising,trademark infringement, and google's contributory liability , duke law & technology review , n21 , 2005 , note 4.

3- النص الالي للمادة 34-5(3) من قانون البريد والاتصالات الالكترونية الفرنسي :

« Constitue une prospection directe l'envoi de tout message destiné à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant

والمشرع الجزائري لم يعرف البريد الالكتروني أساساً¹ وكذلك هذا النوع من الرسائل غير أنه كرس نظامها القانوني بموجب المواد 31-33 من القانون 05-18 ومع ظهور شبكة الانترنت أصبح اللجوء الى البريد الالكتروني من الوسائل المفضلة للمعلنين لأرسال الرسائل الاشهارية أو رسائل الاستبيان المباشر؛ ذلك أن البريد الالكتروني يمثل وسيلة سهلة الاستعمال ومنخفضة التكلفة للوصول الى المستهلك بطريقة دقيقة ومضمونة.²

وهناك نوعين من رسائل الاستبيان المباشر:

- الاستبيان المباشر المتوافق مع المادة 31 من القانون 05-18 وهو الاستبيان المشروع (أولاً)
- الاستبيان المباشر غير المتوافق مع المادة 31 من القانون 05-18 والذي يمثل ممارسة غير مشروعة (ثانياً).

وهو ما يطرح التساؤل حول قانونية تضمين العلامة المملوكة للغير على مستوى هذه الرسائل المرسله عبر البريد الالكتروني؟

أولاً : الاستبيان المباشر المشروع على العلامة التجارية

ستناول تعريف الاستبيان المشروع (1) وتأثير هذه الممارسة على العلامة التجارية (2).

1. الاستبيان المباشر المشروع

الاستبيان المباشر يجب أن يحوز على الرضا المسبق للمستهلك بموجب المادة 31 من القانون 05-18 :

" يمنع الاستبيان المباشر اعتمادا على ارسال الرسائل عن طريق الاتصالات الالكترونية باستعمال معلومات شخص طبيعي ، بأي شكل من الاشكال ، لم يبد موافقته المسبقة لتلقي استبيانات مباشرة عن طريق الاتصال الالكتروني".

des biens ou fournissant des services. Pour l'application du présent article, les appels et messages ayant pour objet d'inciter l'utilisateur ou l'abonné à appeler un numéro surtaxé ou à envoyer un message textuel surtaxé relèvent également de la prospection directe. »

1- رمضان قنغوذ ، المسائل القانونية المتعلقة بالبريد الالكتروني ، المجلد 1 ، العدد 1 ، 2009 ، ص 291.

2 - فؤاد الصباغ ، التسويق عبر البريد الالكتروني ، اهم الايجابيات والسلبيات ، مجلد 5 ، عدد 1 ، 2019 ، ص 85.

وتأسيسا على ذلك فرسائل الاستبيان المباشر يجب أن تكون متوافقة مع المادة 31 من القانون 05-18 وتمثل علاقة طبيعية قائمة على الرضا بين المعلن والزيون الذي يبدي رضاه استلام هذا النوع من الاشهارات عبر البريد الالكتروني ولم يعرف التشريع الجزائري المقصود بالرضا المسبق للمستهلك في حين قدم المشرع الفرنسي تعريفا للرضا المسبق في المادة 34-5(2) من قانون البريد والاتصالات الالكترونية الفرنسي كونه أي تعبير حر عن الارادة ، يحدد من خلاله المستهلك بطريقة واضحة قبوله استخدام معلومات ذات طابع شخصي لأغراض الجذب المباشر للزبائن¹ ولم تحدد التشريعات الطريقة التي يخضع لها التعبير عن الرضا المسبق باستقبال رسائل الاستبيان المباشر للزبائن عبر الانترنت وهذا أمر منطقي قياسا للطبيعة التقنية للتعبير غير أن المشرع الجزائري في المادة 32 من القانون 05-18 ألزم المورد بضرورة توفير منظومة الكترونية تسمح لكل شخص التعبير عن ارادته الحرة في عدم تلقي اي رسائل استبيان مباشر للزبائن على بريده الالكتروني والملاحظ أنه من الناحية العملية فإن التعبير عن الارادة يتم من خلال منظومة الكترونية تسمح للمستهلك بالتأشير *case à cocher* على نموذج الكتروني بعدم تلقي هذا النوع من الرسائل.²

2. ضعف تأثير رسائل الاستبيان المباشر على العلامة

إن رسائل الاستبيان المباشر المشروعة تعبر عن علاقة طبيعية بين الكيان التجاري والمستهلك الذي يبدي رضاه إستقبال هذا النوع من الرسائل الاشهارية عبر البريد الالكتروني تطبيقا للمواد 31 و 32 و 33 من القانون 05-18 وعلى هذا الأساس فإن التأثير السلبي لرسائل الاستبيان المباشر المشروعة هو تأثير محدود على العلامة التجارية للغير ويرجع ذلك من وجهة نظر الباحث الى الأسباب التالية :

1- النص الاصلي للمادة 34-5(2) من قانون البريد والاتصالات الالكترونية الفرنسي :

« Pour l'application du présent article, on entend par consentement toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle une personne accepte que des données à caractère personnel la concernant soient utilisées afin de prospection directe. »

2- Romain Gola, Droit du commerce électronique-Guide pratique du e-commerce ,op.cit , p 408.

- السبب الأول : الكيان التجاري في الغالب من الأحوال يعمل من خلال هذا النوع من الرسائل الاشهارية على تكريس العلامة التجارية الخاصة به في ذهن المستهلك دون أن يكون الهدف إستعمال العلامة التجارية للغير فالطبيعة المشروعة لهذه الرسائل تكرس دائما وظيفتها الأساسية في تسويق العلامة التجارية من طرف المالك الشرعي دون أن يشمل ذلك في الغالب إستعمالها للاعتداء على الحقوق المشروعة.

- السبب الثاني الكيان التجاري الذي يرسل هذه الرسائل يكون معروفا لدى المستهلك - الذي أبدى رضاه مسبقا إستقبال هذه الرسائل الاشهارية عبر البريد الالكتروني - وجمهور المستهلكين ، وهو ما يؤسس الى سهولة إنفاذ القانون حال تضمنت هذه الرسائل مساس بالعلامة التجارية للغير.

ثانيا : الاستبيان المباشر غير المشروع والعلامة التجارية.

ستناول تعريف الاستبيان غير المشروع (1) وخطورة هذه الممارسة على العلامة التجارية (2).

1. الاستبيان المباشر غير المشروع .

يكون الاستبيان المباشر عبر البريد الالكتروني غير مشروع عند مخالفة المادة 31 من القانون 05-18 وذلك عندما لا يحوز على الرضا المسبق للمستهلك¹ وهو ما يجعل من هذه الممارسة تدخل ضمن ما يعرف بالرسائل التجارية غير المرغوب فيها Spam publicitaire وتكون هذه الرسائل في الغالب متكررة² ولا يوجد تعريف لهذا النوع من الرسائل على مستوى القانون 05-18 وحتى على مستوى التشريع الفرنسي لذلك يتجه الفقه في فرنسا³ لتعريف هذا النوع من الرسائل التجارية غير المشروعة تطبيقا لمبدأ المخالفة مع رسائل الاستبيان المباشر المشروعة ويكون ذلك بإعتبار أن المشرع الجزائري قام بتعريف الرسائل الاشهارية الشرعية التي ترسل عبرالبريد

1- محمد حمزة عزة ، حماية المستهلك الالكتروني من مخاطر البريد الدعائي - دراس مقارنة - ، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية ، العدد 3 ، 2017 ، ص256.

2 - Abdelkrim ZEHIOUA , L'impact du Spamming sur les affaires et son traitement technique et juridique au Canada , Journal of Milev Research and Studies, Second Issue / December 2015 , p19.

3- Klervi Renaudin, Le spamming et le droit : analyse critique et prospective de la protection juridique des "spammés", Droit. Université de Grenoble, 2011. Français. ffNNT: 2011GREND010 , p30.

الالكتروني تحت مسمى رسائل الاستبيان المباشر la prospection directe كما سبقت الإشارة إليه أعلاه والمنصوص عليها بموجب المواد 31 و 32 و 33 من القانون 18-05 فبموجب المخالفة لأي رسائل اشهارية مرسله عبر البريد الالكتروني لا تستجيب للضوابط القانونية المنصوص عليها بموجب المادة 31 من قانون التجارة الالكترونية والمتعلقة بالرضا المسبق هي رسائل استبيان مباشر غير مشروعة وتدخل ضمن توصيف الرسائل التجارية غير المرغوب فيها . spam

2. خطورة الاستبيان غير المشروع على الحق في العلامة .

إن الاشكال الحقيقي في رسائل الاستبيان المباشر هي الرسائل غير المشروعة spam ، ذلك أن هذه الرسائل في علاقتها بالعلامة التجارية للغير تعتبر إشكالية مركبة بإعتبار أن الوسيلة في حد ذاتها غير مشروعة (إرسال الرسائل الاشهارية الى البريد الالكتروني للمستهلك دون رضاه) وبالتالي فهي من حيث المبدأ علاقة غير طبيعية بين الكيان التجاري والمستهلك ومن جهة ثانية تستعمل هذه الوسيلة غير المشروعة في المساس بالحق في العلامة المملوكة للغير وفي هذه الحالة فإننا كذلك أمام سلوك غير مشروع من الناحية القانونية. وعلى هذا الأساس فإن رسائل الاستبيان غير المشروع تمثل إنتهاك مزدوج لحقوق المستهلك ومالك العلامة التجارية الشرعي، وعرفت الاقضية الغربية خطورة هذه الممارسة ليس فقط على الحق في العلامة التجارية بل كذلك على الحقوق الأساسية للمستهلك من خلال قضيتين شهيرتين: قضية America Online v. LCGM, Inc في الولايات المتحدة (1.2) وقضية Microsoft c/ E Nov Developpement في فرنسا (2.2).

1.2 قضية (1998) America Online v. LCGM, Inc¹

تعتبر هذه القضية من بين القضايا الأشهر والاكثر خطورة التي عرضت على القضاء الامريكي فيما يتعلق بالاعتداء على الحق في العلامة التجارية عبر الانترنت من خلال رسائل الاستبيان المباشر غير المشروعة وتعود وقائع القضية الى أن شركة الاتصالات الامريكية America Online كانت ضحية إستعمال علامتها التجارية AOL من طرف مؤسسة تحمل التسمية

1- United States District Court for the Eastern District of Virginia 46 F. Supp. 2d 444 (1998)

LCGM مختصة في المواد الاباحية حيث عملت مؤسسة LCGM على إرسال ملايين رسائل الاستبيان المباشر عبر البريد الالكتروني للمستهلكين في الولايات المتحدة تهدف الى الترويج لهذه المواد و تتضمن العلامة التجارية AOL وهو ما اعتبرته America Online إستعمال غير مشروع لعلامتها التجارية فضلا عن طبيعته التحقيرية.

وكرست المحكمة الامريكية الشرقية لمقاطعة فرجينيا الطبيعة التضليلية لهذه الممارسة ومساسها المباشر بالعلامة التجارية للغير AOL بالشكل التالي:

“.....defendants clearly used the "aol.com" designation, incorporating the registered trademark and service mark AOL in their e-mail headers. ... The recipient of such a message would be led to conclude the sender was an AOL member or AOL, the Internet Service Provider. Indeed, plaintiff alleges that this destination did cause such confusion among many AOL members, who believed that AOL sponsored and authorized defendants' bulk e-mailing practices and pornographic web sites.”

"إن المدعى عليه بإستعماله صراحة التسمية aol.com من خلال تضمين العلامة التجارية أو علامة الخدمة لشركة aol في رسائل البريد الالكتروني..... إن المستهلك سوف يكون في حالة من الخبط والتضليل بحيث يعتقد المستقبل أن هذه الرسائل مرسله من طرف شركة aol ، وبالفعل فإن إدعاء المدعي بأن هذه الرسائل تحدث الخبط في ذهن كثير من مشتركى خدمات شركة aol الذي يعتقدون أن شركة aol تدعم وترعى الرسائل المرسله من طرف المدعي عليه والمتعلقة بالمواد الإباحية"

2.2. قضية Microsoft c/ E Nov Developpement (2004) ¹

عرف القضاء الفرنسي خطورة تأثير رسائل الاستبيان المباشر غير المشروعة على العلامة التجارية للغير من خلال قضية Microsoft c/ E Nov Developpement والتي عرضت على المحكمة الكبرى لباريس (TGI) ، وتعود وقائع القضية الى أن شركة تحمل التسمية E Nov Developpement عملت على إرسال رسائل استبيان مباشر غير مشروعة تتضمن العلامة التجارية hotmail المملوكة لشركة microsoft تحت العنوان @ package-internet

1 -TGIParis, CT0087, du 18 octobre 2006

hotmail.com وهو ما إعتبرته شركة microsoft الامريكية إستعمال غير مشروع لعلامتها التجارية ضمن رسائل الاستبيان المباشر.

وكرست محكمة المنازعات الكبرى لباريس التقليد في مواجهة شركة E Nov Developpement بالشكل التالي :

"...Dit qu'en indiquant sur des publicités envoyées par courrier électronique, une adresse internet ayant comme suffixe le signe "hotmail.com" la société E NOV DÉVELOPPEMENT a commis des actes de contrefaçon par imitation, au sens de l'article 9 1o b) du règlement no CE 40/94, de la marque communautaire "HOTMAIL" no EM 649780 dont est titulaire la société MICROSOFT CORPORATION au préjudice de cette dernière..."

"...الحكم أن إستعمال الرسائل الاشهارية عبر البريد الالكتروني المتضمن العلامة التجارية hotmail.com فإن شركة E NOV DÉVELOPPEMENT إرتكبت فعل تقليد قائم على التشابه ، بالمفهوم الوارد في المادة 9 أ وب من التنظيم الاوروبي ...للعلامة التجارية hotmail المملوكة لشركة MICROSOFT إضرار بها ...".

المبحث الثاني

العلامة التجارية ضمن المنصات التشاركية

أساس وجود المنصات التشاركية هو المساهمة الجماعية من طرف مستعمليها في إنشاء المحتوى وعلى هذا الاساس فإن المنصات التشاركية تعتبر أكبر مظهر من مظاهر الجيل الثاني من الويب (Web2.0) القائم على الوظيفة الايجابية للفرد من خلال إنشاء ومشاركة مختلف المعطيات الالكترونية ، إن تكريس الدور الإيجابي للفرد على مستوى هذه المنصات ينتج عنه بعض التأثيرات السلبية على الحق في العلامة المملوكة للغير وهو ما سوف نتاوله على مستوى هذا الجزء من خلال تقسيمها الى قسمين الشبكات الاجتماعية (المطلب الاول) والأسواق الالكترونية (المطلب الثاني) بحيث ندرس تأثير كل نوع من هذه الأنواع على الحق في العلامة .

المطلب الاول

الشبكات الاجتماعية الالكترونية

تمثل الشبكات الاجتماعية ظاهرة منتشرة تعرف إزدهار متزايد وباعتبار أن الشبكات الاجتماعية ظاهرة مستحدثة ضمن مجتمع الانترنت فإن التأصيل القانوني للظاهرة في مراحلها الأولية وهو ما يكرس ضرورة تحديد مفهوم محل إتفاق يصلح كأساس لحوكمة مختلف الظواهر على مستوى هذه الشبكات (الفرع الاول) إن وجود مفهوم ذو مقبولية هو ما يكرس بالنسبة لموضوع الدراسة تحليل اشكال المساس بالعلامة التجارية للغير على مستوى هذه الشبكات (الفرع الثاني).

الفرع الاول : مفهوم الشبكات الاجتماعية

يعتبر تكريس مفهوم للشبكات الاجتماعية من التحديات الكبرى في مجال القانون ويرجع ذلك الى أن ضبابية المفهوم تؤدي بالضرورة الى ضبابية المعالجة القانونية للظاهرة وبالنتيجة نظام حوكمة غير فعال وغير قادر على تأطير مختلف السلوكيات الاجتماعية عبر هذه الشبكات وهو ما يشمل بطبيعة الحال مختلف أشكال الاعتداء على العلامة وقد تضمنت أبحاث علمية كثيرة في مجال

الاعلام والاتصال محاولات لتعريف ظاهرة الشبكات الاجتماعية والظاهر غياب اتفاق بين الباحثين حول التصنيفات المختلفة خصوصا أن محاولة اختصار مفهوم الشبكات الاجتماعية في كونها مجرد وسيلة تواصل بين الافراد يبدو غير منطقي بحيث يشمل بالضرورة وسائل الاتصال التقليدية¹ ، من المفيد التطرق لبعض وجهات النظر التقليدية (أولا) والحديثة (ثانيا) حول الموضوع ثم نكرس معايير جامعة يمكن التأسيس عليها لحوكمة الشبكات الاجتماعية المختلفة(ثالثا).

اولا : المعايير التقليدية عند Ellison / boyd (2007).

نعرض مبدئيا التعريف التقليدي الذي قدمته كل من الباحثتين Danah boyd و Nicole Ellison في بداية القرن الحالي (2007) حيث عرفت الشبكات الاجتماعية بالشكل التالي:
" خدمات ويب تسمح للأفراد ب (1)إنشاء ملف شخصي عام او شبه عامة في إطار نظام محدد (2) تحديد قائمة بالأفراد الذين يشاركونهم التواصل (3) إمكانية الفرد بدوره الاطلاع على قائمة الافراد المحددة من طرف المستخدمين الاخرين في إطار النظام"²،

من خلال تحليل هذا التعريف يمكن استخلاص معياران أساسيان لتحديد معايير تحديد مفهوم الشبكات الاجتماعية عند Ellison و boyd ، المعيار الاول من خلال استقراء البند (1) من التعريف فالشبكات الاجتماعية تسمح بإنشاء هوية إلكترونية تعرف بالملف الشخصي profile والذي يحتوي على مجموعة من المعلومات الشخصية للمستخدم مثل: الاسم ، العمر ، الجنس ، الاهتمامات ، الوضع الاجتماعي وغيرها والملف الشخصي قد يكون مفتوحا لجميع المستخدمين في النظام بمعنى أي شخص مشترك في الشبكة الاجتماعية المعنية قادر على مشاهدة هذا الملف الإلكتروني أو أن يكون محدد فقط بقائمة معينة من المستخدمين المسجلين وهو الملف الإلكتروني غير المفتوح ضمن الشبكة الاجتماعية وهذه الخصائص قد تختلف من موقع تواصل اجتماعي الى اخر.

ويتمثل المعيار الثاني من خلال إستقراء كل من البند (2) و(3) فإن هذا النظام يسمح للفرد الذي يعبر عن وجوده من خلال الملف الشخصي بإنشاء علاقات صداقة تفاعلية online Friends

1- Amit Schejter , Noam Tirosh ,Seek the meek, seek the just": Social media and social justice", Telecommunications Policy. 39 (9), 2015, p797.

2- Danah boyd , Nicole Ellison , Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship , Journal of Computer-Mediated Communication, n 13,2008, p211.

مع بقية مستخدمي النظام الذين يملكون بدورهم ملفا شخصيا بحيث يتمكن هذا الفرد من التفاعل المباشر مع هؤلاء الافراد في ضوء علاقة متبادلة وهو ما يؤدي الى نشوء مجتمع افتراضي¹ ، وتأسيسا على ذلك يمكن تلخيص الشبكات الاجتماعية عند boyd و Ellison في وجود ملف شخصي يعبر عن هوية الكترونية إضافة الى علاقات تفاعلية متبادلة في إطار صداقة افتراضية.

ثانيا : المعايير الحديثة

يمكن الإشارة في هذا الموضوع الى التوجهات الأكثر شهرة وهي المعايير التي قدمها كل من Kaplan و Haenlein (1) وكذلك معايير كل من Obarn و Wildman (2).

1. معايير Kaplan / Haenlein (2010).

عرف كل من Andreas Kaplan و Michael Haenlein الشبكات الاجتماعية :
" مجموعة من الخدمات مؤسسة على الفلسفة التقنية للجيل الثاني من الويب تسمح بإنشاء وتبادل محتوى منتج من طرف الافراد"²

من خلال استقراء هذا التعريف فإن الشبكات الاجتماعية حسب Kaplan و Haenlein تشترك في عنصرين:

- العنصر الأول ؛ الويب 2.0 حيث يعتبر دعامة أساسية للشبكات الاجتماعية من خلال تكريسه للدور الايجابي للفرد ذلك أن الويب 2.0 ليس مجرد فكرة ضمن تكنولوجيا الاعلام والاتصال بل فلسفة في طريقة التعامل مع الويب تسمح للفرد بالتفاعل مع المعطيات على عكس الفترة السابقة للويب 2.0 أين كان الفرد مجرد مستقبل للمعلومة دون أن يمارس دور إيجابي³.

- العنصر الثاني ؛ المحتوى المنتج من طرف المستخدم ويعرف بـ User-generated content وهو ما يميز الشبكات الاجتماعية ويشير الباحثان الى ضرورة تمييز المحتوى

1 - Jamal Arshad , Towards a Taxonomy of Privacy Concerns of Online Social Network Sites Users , Master of Science Thesis , Stockholm, Sweden 2010 , p13.

2 - Andreas M. Kaplan and Michael Haenlein, Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media, 53 BUSINESS HORIZONS (2010), p61

3 - Andreas M. Kaplan and Michael Haenlein, op.cit , p61

المنتج من طرف الفرد عن بقية المحتوى المتوفر عبر شبكة الانترنت من خلال ثلاث شروط أساسية¹:

الشرط الاول أن يكون المحتوى عمومي وبالتالي يستثنى من ذلك المحتوى الخاص الذي يتم تبادلته من خلال البريد الالكتروني او برامج الدردشة.

الشرط الثاني أن يحتوي المحتوى المنشور على حد أدنى من الابداع وبالتالي نستثنى مجرد تبادل محتوى دون أي مساهمة إبداعية.

الشرط الثالث والاخير هو أن يتم إنشاء هذا المحتوى خارج الاطر المحترفة والتجارية وتأسيسا على ذلك فالمحتوى الذي تنتجه شركة معينة في إطار عملية تسويق منتج لا يعتبر محتوى منتج من طرف المستخدم.

2. معايير Wildman / Obarn (2015)

من أفضل ما قدم من محاولات لتحديد ظاهرة الشبكات الاجتماعية هي القراءة التي قدمها كل من Jonathan Obarn و Steve Wildman تحت عنوان " تعريف الشبكات الاجتماعية وتحديات الحوكمة" ² .

ويعتبر الباحثان أن الشبكات الاجتماعية هي تلك المواقع التي يجب أن تتوفر فيها أربعة عناصر أساسية :

- الشبكات الاجتماعية هي إحدى الخدمات الناتجة عن الويب 2.0 بمعنى أنها خدمة تفاعلية تتمن دور الفرد حيث يكون للمستخدم دور إيجابي من خلالها (العنصر الاول).
- اساس وجود هذه الشبكات هو مشاركة الافراد او ما يعرف ب المحتوى المنتج من طرف المستخدم UGC وفي غياب مشاركة الافراد فإن هذه المواقع لا تستطيع الاستمرار(العنصر الثاني) .

والملاحظ أن كل من هذين المعيارين مشتركان مع الطرح الذي قدمه كل من Kaplan و Haenlein.

1 - Andreas M. Kaplan and Michael Haenlein, op.cit , p61

2- Jonathan A.Obarn , Steve Wildman , Social media definition and the governance challenge: An introduction to the special issue, Telecommunications Policy, Volume 39, Issue 9, October 2015, Pages 745-750.

- إنشاء المحتوى من طرف الافراد يتم في إطار هوية الكترونية لكل فرد او مستخدم اتجاه غيره من الافراد والمستخدمين والتي تمثل حجر الزاوية في تحديد مفهوم الشبكات الاجتماعية. ويتشارك الباحثان تأسيسا على ذلك في الطرح الذي قدمته كل Ellison و boyd حول الملف الشخصي (العنصر الثالث).
- تعمل الشبكات الاجتماعية بناء على وجود هوية الكترونية على تكريس علاقات قائمة او تطوير علاقات اجتماعية جديدة وهو نفس التوجه كذلك الذي جاءت به كل Ellison و boyd حول العلاقات التفاعلية بين مستخدمي النظام (العنصر الرابع) .
- والظاهر أن كل من Obarn و Wildman قد حاولا تكريس معايير جامعة من خلال الاستفادة من التجارب السابقة في محاولة تعريف الشبكات الاجتماعية (2007-2014).

ثالثا : معايير جامعة

عرفت محاولة تكريس معايير محددة للشبكات الاجتماعية اختلاف ملحوظ بين مختلف التيارات الفكرية في الفترة الممتدة بين 2007-2014 والظاهر أن الدراسات المشار إليها أعلاه في مجملها خارج الدراسات القانونية وتأسيسا على ذلك فلا توجد معايير يمكن للقانونيين الاعتماد عليها لتكريس حوكمة هذه الظواهر على الرغم مما تطرحه من إشكالات قانونية متعددة وخصوصا مسألة المساس بالحق في العلامة التجارية محل الدراسة ويعتقد الباحث أن إستقراء التوجهات الفقهية أعلاه يسمح بتكرس معايير جامعة لتعريف الشبكات الاجتماعية يمكن البناء عليها في مجال القانون : نظام محدد يسمح للفرد من خلال هوية الكترونية عامة او شبه عامة إنشاء و/ أو مشاركة المحتوى وكذلك التفاعل مع محتوى غيره من الافراد في إطار هذا النظام، وتأسيسا على ذلك فإن الباحث يعتقد أن الشبكات الاجتماعية تقوم على ركيزتين أساسيتين: الهوية الالكترونية (1) والدور الايجابي (2).

1. الهوية الالكترونية

فكرة الهوية الالكترونية هي فكرة جوهرية في تحديد ما يعتبر موقع تواصل اجتماعي وما يخرج عن ذلك وهذا يتوافق تماما مع الفكرة التي جاءت بها كل من Ellison و boyd في بداية القرن الحالي (2007) والمؤسسة على ضرورة وجود ملف شخصي يمثل هوية الكترونية لكل فرد والتي تم

تأكيداً بعد ذلك من طرف كل من Wildman و Obarn كما سبق توضيحه ومهما يكن من أمر فإن أساس عملية التواصل هو وجود الهوية كما سبق بيانه فعلى مستوى المجتمعات التقليدية تتجسد فكرة الهوية في اكتساب اسم وحالة مدنية بموجب القانون المدني لكل فرد ضمن هذا المجتمع يعرف بها ويتواصل تأسيساً على ذلك من خلالها والحال نفسه مع الشبكات الاجتماعية فلكل فرد ضمن هذه الشبكات اسم وهوية يعرف بها وتميزه عن غيره ضمن هذا المجتمع الافتراضي.

2. الدور الإيجابي للفرد.

يمثل الدور الإيجابي للفرد العنصر الثاني الأكثر أهمية في تكريس مفهوم الشبكات الاجتماعية ، من الواضح أن وجود هوية إلكترونية دون دور فعال لا يمكن أن يصنف الموقع الإلكتروني كشبكة إجتماعية ويشمل الدور الإيجابي للفرد ضمن الشبكة الاجتماعية ، إنشاء ، ومشاركة المحتوى أو على الأقل التفاعل مع المحتوى المنشور من طرف الغير ضمن الشبكة الاجتماعية

الفرع الثاني : تأثير الشبكات الاجتماعية الإلكترونية على هوية العلامة

إن الاعتداء على الحق في العلامة التجارية ضمن الشبكات الاجتماعية هو إعتداء على الهوية بإعتبار أن أساس الشبكات الاجتماعية هو وجود هوية إلكترونية ضمن مجتمع معين ، وعلى هذا الأساس فإن الاعتداء على العلامة ضمن الشبكات الاجتماعية يشمل على الخصوص التضمين ضمن العناوين المخصصة (أولاً) والتضمين ضمن مختلف أشكال الوسوم عبر هذه الشبكات (ثانياً).

أولاً : العلامة التجارية للغير ضمن العنوان المخصص

سنتاول بالدراسة العنوان المخصص (1) ثم التأثير على العلامة التجارية (2).

1. العنوان المخصص

العنوان المخصص¹ عنوان مختصر قابل للقراءة يسمح بالوصول المباشر لحساب فرد او صفحة معينة ضمن الشبكات الاجتماعية ، يمثل العنوان المخصص بديل تقني للعناوين العشوائية التي كانت سائدة في بداية ظهور مواقع التواصل الاجتماعي حيث لم يكن للفرد سواء كان طبيعيا او معنويا إمكانية الحصول على عنوان صريح يعبر عن هويته الالكترونية على مستوى أغلب شبكات التواصل الاجتماعي، يمكن توضيح هذه الفكرة التقنية من خلال المثال التالي :

(1)www. facebook.com/id=591932074 ⇒ (2) www.facebook.com/ford

يمثل الرقم (1) العنوان العشوائي في حين يمثل الرقم (2) العنوان المخصص ، من الواضح تماما أن العناوين العشوائية السابقة (1) غير جذابة وغير قابلة للحفظ والمشاركة وهي ذات طبيعة معيقة للتواجد التجاري على مستوى الشبكات الاجتماعية بالنسبة للكيانات التجارية ، تأسيسا على هذا المنحى اتجهت الشبكات الاجتماعية المختلفة في السنوات الاخيرة نحو تعويض هذا العنوان العشوائي الذي يمنح بشكل تلقائي بعنوان جديد وهو العنوان المخصص custom URL وذلك بهدف أساسي وهو جذب الكيانات التجارية المختلفة للتواجد على مستوى الشبكات الاجتماعية وهو توجه إيجابي يسمح للأفراد بتعبير أكثر وضوحا عن هويتهم الالكترونية ويسهل كذلك عملية التواصل والتشارك بين الافراد على مستوى هذه المواقع من خلال روابط سهلة القراءة وعلى هذا الأساس فإن شركة فورد للسيارات تستعمل العنوان المخصص www.facebook.com/ford عبر شبكة فايسبوك بما يتضمن العلامة التجارية دون العناوين العشوائية السابقة .

إن العناوين المخصصة مكنت - وهذه المسألة الأكثر أهمية - الكيانات التجارية من دمج علامتها التجارية في عنوان مخصص والحصول على عنوان جذاب عوض الحصول على عناوين

1 -تختلف التسمية باختلاف شبكة التواصل الاجتماعي، فالشبكة الاجتماعية Google + تُعرفه تحت مسمى عنوان مخصص custom URL ، الشبكة الاجتماعية Facebook تُعرفه تحت مسمى عنوان موجز vanity url والشبكة الاجتماعية twitter تُعرفه تحت مسمى Twitter handle وعلى الرغم من الاختلاف من حيث التسمية إلا أن الفكرة التقنية واحدة .

عشوائية لا تتضمن علامتها التجارية وبالتالي تحقيق نتائج أفضل على مستوى تواجد هذه الكيانات التجارية عبر مواقع التواصل الاجتماعي من ناحية تسويقية.¹

ويعتبر العنوان المخصص حاليا ذو قيمة اقتصادية عالية كونه أصبح مصدر نادر ذلك أن الشبكات الاجتماعية غيرت طريقة التسويق التجاري في مجال الاعمال² بحيث أصبح تواجد الكيانات التجارية على مستوى هذه الشبكات مسألة جد ضرورية.

2. التأثير على الحق في العلامة

المميزات التقنية والتسويقية التي يقدمها العنوان المخصص على مستوى مواقع التواصل الاجتماعي بالنسبة للكيانات التجارية لم تكن من دون مضار في حقيقة الامر ، فالملاحظ أن هذا التوجه الايجابي صاحبه مجموعة من التحديات الحديثة المتمثلة أساسا في ممارسة تطفلية هي تمثيل علامة الغير كعنوان مخصص بإعتبار أن العنوان المخصص هو أساس تواجد هذه الكيانات عبر شبكات التواصل الاجتماعي من ناحية تسويقية ضف الى ذلك أن العنوان المخصص في حد ذاته غير قابل للتعدد ، ذلك أنه بمجرد تسجيل العنوان المخصص على مستوى شبكة اجتماعية فمن المستحيل تقنيا تسجيل عنوان مخصص مطابق له على نفس الشبكة الاجتماعية وبإسقاط ذلك على محل الدراسة فإن تسجيل طرف ثالث لعلامة تجارية للغير ضمن عنوان مخصص على مستوى مواقع التواصل الاجتماعي يمنع المالك الشرعي من تسجيل علامته ضمن هذا العنوان وبالتالي يمثل ذلك إعاقة حقيقية لتواجد هذا الكيان عبر الشبكة الاجتماعية محل التسجيل على أقل تقدير علاوة على أن العنوان المخصص الذي تم تسجيله من طرف الغير قد يستخدم في منافسة المالك الشرعي للعلامة منافسة غير مشروعة.

إن تضمين العلامة التجارية للغير ضمن عنوان مخصص ممارسة خطيرة كونها الخطوة الاولى نحو الاعتداء الكامل على الهوية الالكترونية للعلامة عبر مواقع التواصل الاجتماعي وكنتيجة لسهولة عملية التضمين من ناحية تقنية فإن الظاهرة منتشرة بشدة عبر مواقع التواصل الاجتماعي

1 - Thomas J. Curtin , The Name Game: Cybersquatting and Trademark Infringement on Social Media Websites , Journal of Law and Policy , Vol(9) 1 , 2010 , p 356.

2 - Dan Malachowski , "Username Jacking" in Social Media: Should Celebrities and Brand Owners Recover from Social Networking Sites When Their Social Media Usernames are Stolen? , DePaul L. Rev. , Vol 60 , Issue 1 ,2010 , p 225.

حيث تشير التقارير أن 93 % من العلامات التجارية الكبرى كانت محل تضمين سنة 2009 (السنة التي تم فيها تعميم العناوين المخصصة) وذلك عبر موقع التواصل الاجتماعي تويتر twitter وحده¹ ، ضف الى ذلك الابعاد السلبية للظاهرة على المستهلك الالكتروني عبر المنصات الاجتماعية لأنه يكون ضحية تدليس حول هوية الكيانات التجارية على مستوى هذه المواقع² ، و تعتبر Lisa Ramsey أن ظاهرة التضمين عبارة عن سطو على الاسم user squatting Name بحيث يعمل طرف ثالث على دمج علامة تجارية للغير ضمن عنوان مخصص بهدف إعادة بيع هذا العنوان المخصص لمالك العلامة الاصلي عند محاولته التواجد على شبكة اجتماعية معينة وتأسيسا على ذلك تحقيق أرباح³.

و يتجه Dan Malachowski كذلك الى تعريف مشابه للظاهرة كونها محاولة من طرف ثالث من خلال تضمين علامة الغير او أي اسم اخر عنوانا مخصصا على الشبكات الاجتماعية بهدف الاستفادة من سمعة هذه العلامة⁴ غير أنه يجعل من الهدف الاساسي لعلمية التضمين هو الاستفادة من سمعة العلامة. ومهما يكن من أمر فإن التحليل البسيط لهذه الظاهرة يتمثل في قيام الغير بتضمين علامة تجارية دون وجه حق ضمن عنوان مخصص على شبكة اجتماعية وذلك بهدف منافسة مالك العلامة التجارية الشرعي منافسة غير مشروعة وتأسيسا على ذلك ، يجب تمييز التضمين ضمن العنوان المخصص على السطو الالكتروني (1.2) وصفحات المعجبين عبر مواقع التواصل الاجتماعي (2.2) وكذلك الصفحات الهزلية (3.2).

1.2. التمييز عن السطو الالكتروني .

السبب في صعوبة التمييز بين الظاهرتين هو أن تضمين علامة الغير في عنوان مخصص من حيث مفهومه التقني الخالص هو في حقيقة الامر شكل من أشكال السطو الالكتروني على العلامة التجارية غير أنه يتم بصفة حصرية عبر مواقع التواصل الاجتماعي ، فالتضمين مرتبط

1 - Dan Malachowski , op.cit , p 229.

2 - Lisa P. Ramsey , Brandjacking on Social Networks: Trademark Infringement by Impersonation of Markholders, Buffalo Law Review,2010, p 865.

3 - Lisa P. Ramsey, op.cit , p 852

4 - Daniel Doft, Facebook, Twitter, and the Wild West of IP Enforcement on Social Media: Weighing the Merits of a Uniform Dispute Resolution Policy, Marshall L. Rev ,vol 49 , Issue 4 , 2016 , p 968

وجودا وعدمها بهذه الشبكات ولا يتصور وجود تضمين لعلامة الغير خارجها لأنه مرتبط بفكرة الهوية الالكترونية في حين أن السطو الالكتروني هو ظاهرة عامة لا علاقة لها بالشبكات الاجتماعية ، وتأسيسا على ذلك فإنه لا يمكن تكريس حق مالك العلامة التجارية في مواجهة التضمين عبر شبكات التواصل الاجتماعي من خلال الاليات المتوفرة لمحاربة ظاهرة السطو الالكتروني على الرغم من التشابه التقني الكبير بين الظاهرتين فعلى سبيل المثال لا مجال لتطبيق القانون الموحد الامريكي لمحاربة السطو الالكتروني على ظاهرة التضمين وهو ما يفسر محاولة بعض الفقه في الولايات المتحدة توسيع مفهوم السطو الالكتروني ليشمل كذلك ظاهرة تضمين علامة الغير عنوانا مخصصا¹ في حين نلاحظ اتجاه البعض الاخر الى محاولة تأسيس نظام حماية بديل يمكن من خلاله حماية مالك العلامة من ظاهرة التضمين مثل ما هو عليه الحال مع الاجراءات الادارية لحل النزاعات لمنظمة الايكان ICANN والتي تطبق عند التنازع بين العلامة التجارية واسم النطاق² .

2.2. التمييز عن صفحات المعجبين.

هناك اختلافات كذلك بين ظاهرة تضمين العلامة التجارية ضمن عنوان مخصص محل الدراسة والتضمين الذي يتم من خلال عناوين مخصصة محايدة ، يمكن ان يتم تضمين العلامة التجارية للغير عبر مواقع التواصل الاجتماعي من طرف المستهلكين المعجبين بالمنتج الذي تمثله العلامة التجارية وصفحات المعجبين هي ممارسة شائعة على مستوى الشبكات الاجتماعية حيث ينشأ الافراد مجموعات او صفحات تهتم بمنتجات وخدمات العلامة التجارية وتتبع اخبارها وتأسيسا على ذلك يمكن أن ينتج عن هذه الممارسة المحايدة عملية تضمين للعلامة التجارية محل الاعجاب ضمن عنوان مخصص على مستوى هذه المجموعات او الصفحات ، في الواقع لا يشكل هذا التضمين المحايد أي ضرر على العلامة التجارية بل على النقيض من ذلك فهو مؤشر مهم على سمعة العلامة وقوتها السوقية، من بين أفضل الامثلة حول التنازع الذي يمكن أن ينشأ بين مالك العلامة الشرعي وعملية تضمين هذه العلامة ضمن عنوان مخصص من طرف الهواة

1 - Danny Friedmann, **Trademarks and Social Media**, Edward Elgar Publishing, Inc , USA, 2015 , p82

2 - Daniel Doft , op.cit , p 962.

والمعجبين هي قضية شركة Coca-Cola حيث تم تضمين هذه العلامة التجارية الشهيرة من طرف كل من Dusty Sorg و Michael Jedrzejewski على موقع التواصل الاجتماعي فايسبوك Facebook¹ في شكل صفحة تحتوي على ملايين المعجبين وهو ما تسبب في عدم قدرة الشركة الاصلية على التواجد عبر شبكة فايسبوك من خلال العنوان المخصص الذي حمل علامتها التجارية (<https://www.facebook.com/CocaCola>)، في الواقع لم تقم شركة Coca-Cola بالمطالبة بالعنوان المخصص محل التضمين وإنما تعايشت مع الظاهرة من خلال الابقاء على صفحة المعجبين لكن مع الاشراف عليها² تأسيسا على ذلك فتضمن العلامة التجارية للغير في عنوان مخصص من طرف المعجبين والهواة لا يعتبر من حيث المبدأ تضمينا للعلامة التجارية .

3.2. التمييز عن الصفحات النقدية .

يمكن أن يتم التضمين كذلك في شكل مختلف من العناوين المخصصة المحايدة وهو التضمين الذي يتم في إطار نقد المنتجات او الخدمات التي تحملها العلامة التجارية ويتم ذلك بإنشاء صفحات او مجموعات عبر مواقع التواصل الاجتماعي المختلفة تهدف الى فتح النقاش حول المنتجات او الخدمات المرتبطة بالعلامة التجارية للغير Criticism Sites أو إنشاء بيئة هزلية Parody Sites حول هذه المنتجات او الخدمات وبطبيعة الحال فإن هذه الصفحات او المجموعات تحمل عناوين مخصصة تتضمن بشكل وباخر العلامة التجارية محل النقاش، من الواضح أن هذه المجموعات او الصفحات قد تحتوي على نقد لاذع للمنتوج او الخدمة الذي تمثله العلامة وقد تحتوي كذلك على احكام إيجابية تثمن المنتوج او الخدمة ومهما يكن من أمر فإن هذه الممارسة هي بالنتيجة ممارسة لحرية دستورية تتمثل أساسا تتمثل في حرية التعبير³ و حسب Lisa P. Ramsey على القانون تحقيق التوازن بين حقوق مالك العلامة التجارية والتضمين

1 - Lisa P. Ramsey , op.cit , p 867.

2 - Nabil A. Adawi, Social Networking and “Brand-Jacking” – Is It Infringement?, Law School Student Scholarship , Seton Hall University , 2010 , p 2.

3 المادة 42 من الدستور الجزائري.

الذي يتم في إطار حرية التعبير¹ خصوصاً أن تضمين العلامة التجارية للغير ضمن صفحات النقد او المجموعات الهزلية من النادر أن يخلق في ذهن المستهلك الخلط مع العلامة الاصلية.²

ثانياً : الوسوم Hashtags

الوسم كل كلمة أو عبارة مسبوقه بالرمز # تكون مقرونة بمشاركات الافراد عبر الشبكات الاجتماعية تهدف الى وصف موضوع المشاركة³ تجميعها وتصنيفها وتسهيل الوصول اليها⁴ والظاهر أن الوظيفة الاتصالية للوسوم عبر الشبكات الاجتماعية تطورت الى التسويق التجاري (1) وهو ما أثر بشكل سلبي على الحق في العلامة التجارية (2).

1. تطور الوظيفة الاتصالية للوسوم الى التسويق التجاري

إن وظيفة الوسوم عبر الشبكات الاجتماعية تطورت من الوظيفة الاتصالية (1.1) الى الوظيفة التجارية (2.1).

1.1. الوظيفة الاتصالية (2007-)

الوسوم من ناحية تقنية هي مجرد وسيلة لتجميع مشاركات الافراد التي تناقش نفس الموضوع والمثال على ذلك أنه إذا أرد فرد ضمن شبكة اجتماعية معينة كتابة مشاركة حول الرئيس الامريكى دونالد ترامب و وسم مشاركته بالوسم #DonaldTrump ثم قام شخص اخر بنشر مشاركة أخرى حول الرئيس الامريكى ووسمها بنفس الوسم أي # DonaldTrump وهكذا فإن مجموعة المشاركات تلك التي تتشكل سوف تصنف جميعها وتجمع تحت وسم DonaldTrump # وكل من يقوم بالنقر على هذا الوسم - الذي يكون في شكل رابط تشعبي⁵ - سوف يحصل على جميع المشاركات التي تتحدث عن الرئيس الامريكى والموسومة بالضرورة بالوسم # DonaldTrump.، يعتبر شيريس ماسينا Chris Messina (2007) أول من إستعمل الوسم

1- Lisa P. Ramsey , op.cit , p 868..

2 - Nabil A. Adawi, op.cit , p 2.

3 - Elizabeth A. Falconer , Can Hashtags Be Trademarked: Trademark Law and the Development of Hashtags , North Carolina Journal of Law & Technology, Vol 17 ,Issue 5 ,Article 1 , 2016, p 03.

4 - Stephen McKelvey, John Grady, Join The Conversation: The Evolving Legal Landscape of Using Hashtags in Sport , Journal of Legal Aspects of Sport, 2017, Vol27 , No 1,p91.

5 - Elizabeth A. Falconer , op.cit, p 04.

كوسيلة تصنيف لمختلف المشاركات التي تتضمن موضوعا يناقش فكرة واحدة على الشبكات الاجتماعية TWITTER، إن الوسوم كانت ظاهرة جديدة في ذلك الوقت غير أنه مع التطورات السياسية سوف تتخذ هذه الظاهرة مكانها باعتبارها ثقافة إتصالية ومع الربيع العربي بدأت جموع مستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي تستخدم الوسوم كوسيلة للتعبير السياسي ومتابعة الاخبار العاجلة من خلال تلك الفترة نلاحظ اكتساب بعض الوسوم شهرة عالمية على مستوى مواقع التواصل الاجتماعي مثل الوسم # Bahrain الذي ناقش ونشر اخبار الازمة السياسية في البحرين¹، #Tunisie للثورة التونسية #Egypt لأحداث مصر، #JeSuisCharlie بالنسبة للاعتداء الدامي على الصحيفة الفرنسية CharlieHebdo.

2.1. الوظيفة التجارية (2016-)

إن تعميم فكرة الوسم كوسيلة اتصالية جذابة عبر شبكات التواصل الاجتماعي (فايسبوك، فليكر وغيرها) جعل الكيانات التجارية المختلفة تستعمل الوسوم في عمليات التسويق للمنتجات والخدمات ومعرفة آراء المستهلكين بصفة انية ومباشرة² حيث تعمل الوسوم على تسهيل العلاقة بين الكيان التجاري والمستهلك المحتمل بحيث يمكن للكيانات التجارية التعرف على رأي المستهلك وجودة علامتها التجارية بالنسبة لجموع المستهلكين وتأسيسا على ذلك تواجد أفضل للكيان التجاري على مستوى الاسواق³، على سبيل المثال تستخدم شركة Kentucky Fried Chicken الأمريكية الوسم # HowDoYouKFC كوسيلة لقياس درجة رضا الزبائن حول منتجاتها⁴ أو استخدام شركة coca cola الأمريكية للوسم #ShareACoke كوسيلة تسويقية تهدف الى زيادة المبيعات من خلال نشر جموع المستهلكين صور المشروبات مصحوبة بأسمائهم على مستوى الوسم

1 - Robert t. Sherwin , have we really though this through?:why granting trademark protection to hashtags is unnecessary, duplicative, and downright dangerous, Harvard journal of law & technology vol 29, n 2, 2016 , p463.

2 - Robert t. Sherwin , op.cit , p 463.

3 - Debbie Chu , Caution Businesses: Using Competitors' Hashtags Could Possibly Lead to Trademark Infringement ,Catholic University Journal of Law and Technology , Vol 25 , Issue 2 , 2017, p393

4 - Alexandra J. Roberts, TAGMARKS, California Law Review,2016, p1.

#ShareaCoke¹ ، من الواضح أن مختلف الكيانات التجارية وجدت في الوسوم عبر مواقع التواصل الاجتماعي وسيلة جد هامة لتسويق المنتج والتقرب أكثر من الزبون المحتمل .

2. التأثير على العلامة

قياسا للدور الذي يلعبه الوسم على مستوى مواقع التواصل الاجتماعي في مجال عملية التسويق للمنتجات والخدمات فإن ظاهرة سلبية قد صاحبت توجه الكيانات التجارية نحو استخدام الوسوم على مستوى التسويق ، تتمثل هذه الظاهرة بصفة أساسية في تضمين طرف ثالث علامتها التجارية في وسم عبر موقع تواصل اجتماعي ، يرجع ذلك الى أن أي شخص ضمن الشبكة الاجتماعية قادر على إنشاء وسوم تحمل علامة تجارية للغير وبالتالي التأثير بشكل سلبي على العملية التسويقية للكيانات التجارية على أقل تقدير² في سنة 2010 - على سبيل المثال - تفاجأ مالك مطعم مكسيكي يحمل العلامة التجارية Taco Tuesday بمطعم مكسيكي منافس قام بتضمين علامته التجارية ضمن وسم عبر موقع تواصل اجتماعي بالشكل التالي #tacotuesday وبالفعل قام مالك العلامة الاصلية بإرسال اعدار غير قضائي لمالك المطعم المنافس للتوقف بشكل فوري عن استخدام العلامة التجارية في شكل الوسم #tacotuesday أين استجاب مالك المطعم المنافس مباشرة للإعدار وتوقف عن استخدام العلامة التجارية غير أن الحادثة - وإن تمت معالجتها بطريقة ودية - فقد جذبت اهتمام الاعلام في ذلك الوقت وأثارت التساؤلات حول جدية التحديات التي من الممكن أن تواجه مالكي العلامات التجارية من خلال تضمينها في شكل وسوم عبر مواقع التواصل الاجتماعي³ ، الملاحظ أنه في حال غياب الحلول الودية في هذا النوع من النزاعات وبداية الخصومة القضائية فإن القضاء الأمريكي - وهو القضاء الوحيد الذي نظر بشكل متكرر في هذا النوع من التنازع - منقسم بين توجهين ، التوجه الاول المؤسس على قضية Eksouzian VS Albanese يعتبر أن الوسوم قياسا لدورها الوظيفي لا تمثل أي اعتداء على الحق في العلامة التجارية (1.2) على خلاف التوجه الثاني والمؤسس على قضية Fraternity Collection, LLC v. Fargnoli الذي يعتقد أن تضمين العلامة التجارية للغير في شكل وسم

1 - Delaram Yousefi, protected: hashtags, trademarks, and the first amendment, Touro law review: vol. 33 : no. 3 , article 25 , 2017 , p 1350.

2- Delaram Yousefi, op.cit , p 1344.

3 - Elizabeth A. Falconer , op.cit, p 04.

قد يمثل اعتداء على الحق في العلامة في بعض الحالات (2.2) ومهما يكن من أمر فإن القضاء الأمريكي في ما يتعلق بالوسوم وعلاقتها بالعلامة التجارية في مرحلة انتقالية.

1.2. التوجه الاول : رفض حماية العلامة التجارية

تعتبر قضية Eksouzian VS Albanese¹ المنظورة من طرف المحكمة الفيدرالية لمقاطعة كاليفورنيا المركزية مرجعية في مجال رفض المحاكم الأمريكية تكريس حماية للحق في العلامة التجارية في مواجهة الوسوم والواقع أن موضوع الدعوى هو موضوع معقد يتعلق أساسا بخرق اتفاق التسوية القائم بين كل من شركتين إضافة الى أن العلامة التجارية محل النزاع في حد ذاتها كانت محل مراجعة من طرف المحكمة كونها علامة تجارية وحدوية unitary trademark.

وتعود وقائع القضية في إدعاء Eksouzian أن Albanese قامت بخرق اتفاق التسوية القائم بينهما والذي يمنع Albanese من استخدام العلامة التجارية الوحدوية cloudpenz المملوكة لشركة Eksouzian بأي شكل من الأشكال وباعتبار أن هذه الأخيرة استخدمت العلامة التجارية مجتمعة ضمن وسم عبر موقع التواصل الاجتماعي يحمل الشكل #cloudpenz فإنه - حسب ادعاء شركة Eksouzian - يمثل إعتداء على علامتها التجارية.

والظاهر أن المحكمة الفيدرالية لمقاطعة كاليفورنيا المركزية فندت هذا الادعاء حيث اعتبرت أن تضمين علامة الغير ضمن الوسم لا يمكن أن يشكل اعتداء على الحق في العلامة باعتبار ان الوسم هو مجرد وسيلة وصفية merely descriptive devices وقياسا لدورها الوظيفي في تجميع مشاركات الافراد التي تناقش موضوعا واحدا عبر المنصات التشاركية فهي لا يمكن أن تخلق احتمالية لأحداث الخلط في ذهن الجمهور حتى لو تضمنت علامة تجارية للغير والحكم نفسه قد تم التأسيس عليه بعد ذلك في قضية AOP Ventures, Inc. v. Steam Distribution² من طرف نفس المحكمة حيث كرست الدور الوظيفي المحايد للوسوم والذي لا يمكن أن يخلق أي احتمال للخلط في ذهن المستهلك وعلى هذا الأساس فإن تضمين العلامة التجارية للغير ضمن الوسم لا يعتبر اعتداء على العلامة .

1 - Eksouzianv. Albanese, No. Cv 13-00728-Psg-Man, 2015 WI 4720478, (C.D. Cal. Aug. 7, 2015)

2- Aop Ventures, Inc. V. Steam Distribution, Llc, No.Edcv151586vapkkx, 2016 WI 7336730, (C.D. Cal. Oct. 11, 2016)

2.2. التوجه الثاني : تكريس حماية العلامة التجارية.

على الرغم من التوجه الرافض لحماية الحق في العلامة التجارية من طرف المحكمة الفيدرالية لمقاطعة كاليفورنيا المركزية غير أن ذلك لم يمنع من اتخاذ بعض المحاكم الأمريكية موقفا مختلفا يتجه نحو توفير قدر من الحماية لمالك العلامة التجارية في مواجهة الغير الذي يستخدم هذه العلامة ضمن الوسوم عبر مواقع التواصل الاجتماعي.

وتعتبر قضية Fraternity Collection, LLC v. Fagnoli¹ من بين أفضل الامثلة التي تتخذ هذا المنحى وتعود وقائع القضية في أن Fagnoli وهو متعهد سابق عند شركة Fraternity واصل استخدام العلامة التجارية Fraternity Collection بعد نهاية العلاقة التجارية التي كانت تجمعها بشركة Fraternity Collection ضمن الوسم #fratcollection و #fraternitycollection بحيث قام بعرض مجموعة من الموديلات على حسابه عبر مواقع التواصل الاجتماعي للمنافسين وهو ما أدى الى رفع شركة Fraternity دعوى قضائية في المحكمة الفيدرالية جنوب المسيسيبي حيث أشارت المحكمة في حكمها الى أن استخدام علامة الغير ضمن الوسوم عبر مواقع التواصل الاجتماعي يمكن في بعض الظروف أن يسبب خلط في ذهن المستهلك² وهو نفس التوجه في عمومه الذي اتخذه القضاء الأمريكي كذلك في

قضية TWTB, Inc. v. Rampick³

1 - Fraternity Collection, LLC v. Fagnoli, No.3:13-CV-664-CWR-FKB, 2015 WL 1486375, (S.D. Miss. Mar. 31, 2015)

2 - Fraternity Collection, LLC v. Fagnoli , op.cit , p 7.

3 - TWTB, Inc. v. Rampick, No. CV-15-3399 (E.D. La. Jan.20, 2016)

المطلب الثاني

الاسواق الالكترونية والعلامة التجارية

المنطلق في دراسة طبيعة العلاقة بين الاسواق الالكترونية والتأثير على الحق في العلامة هو التأسيس الثابت لفكرة السوق الالكتروني في حد ذاتها بإعتبار أن السوق الالكتروني يعتبر أساس تكريس حوكمة السلوكيات وهو ما يعرف دون شك إشكالات كبرى (الفرع الاول) إن التأسيس الجيد للوسط هو أساس دراسة مختلف التأثيرات للاسواق الالكترونية على الحق في العلامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول : السوق الالكتروني

يعتبر مفهوم السوق الالكتروني مسألة جدية ؛ ذلك أنه يمثل أساسا مفهوما إقتصاديا وفي هذه الحالة فإن تكريس مفهوم للسوق الالكتروني لا يمكن أن يتم خارج النظرية الاقتصادية ، مع ذلك فالظاهر أن المفهوم بحاجة فعلية الى ضبط تشريعي (أولا) من جهة ثانية تعرف فكرة السوق أشكال مختلفة من حيث التصنيف، ذلك أن الاسواق تختلف باختلاف زاوية النظر إليها (ثانيا).

أولا : مفهوم السوق الالكتروني

إن تعريف السوق الالكتروني عرف مجموعة من النظريات الفقهية التي حاولت تكريس تعريف يؤسس لحوكمة السلوكيات على مستوى هذه المنصات (1) إضافة الى التعريف الذي كرسه المشرع الفرنسي بموجب المادة 111-7 (1) من قانون المستهلك والذي يعتبر تعريف مناسب ودقيق للسوق الالكتروني (2)

1. النظريات الفقهية

تشمل النظريات التي جاء بها الفقهاء نظرية الوسيط البسيط **transaction mediators** وهي نظرية تقليدية وسعت من مفهوم الأسواق الالكترونية عبر الانترنت (1.1) وكذلك نظرية الوسيط المتعاون الاتجاه الاحدث الذي يميل الى تكريس مفهوم أكثر تشدد لتعريف الأسواق الالكترونية بشكل يتناسب مع حالة التقنية (2.1)

1.1. نظرية الوسيط البسيط transaction mediators

يعتبر Yannis Bakos (1991) أول من قدم تعريف يتجه هذا المنحى حيث عرف السوق الالكتروني تعريفا عاما كونه:

" نظام معلوماتي يسمح بتشارك البائع والمشتري معلومات حول الاسعار والسلع المعروضة .. من خلال وسطاء"¹

وعلى هذا الأساس فإن السوق الالكتروني ليس سوى ذلك الوسيط الالكتروني الذي يضمن تشارك البائع والمشتري المعلومات الاساسية حول السلع المعروضة وهو نفس المنحى الذي يذهب اليه كل من (1997) Peters و Bradley حيث عرفا السوق :

"قائمة عامة من السلع وخصائصها الاساسية الموردة من طرف موردين في قطاع الصناعة ومتاحة لجميع المشتريين المحتملين"²

وكل من frank farber ، arie segev, judith gebauer (1999) عرفوا السوق الالكتروني قياسا الى كونها أساسا فضاء للعرض والطلب:

"طرف محايد بين البائع والمشتري يوفر خدمات لكل منها ويعمل تأسيسا على ذلك على توفير مكان افتراضي اين يلتقي البائع والمشتري لتداول مختلف السلع والخدمات"³

ويعتبر Rolf Mueller أن السوق الالكتروني هو :

"فضاء تواصل بين البائع والمشتري فهو :يسمح للبائع والمشتري بتبادل المعلومات حول المنتجات المعروضة"⁴.

ويعترف Martin Grieger أن ما يميز الاسواق الالكترونية في حقيقة الامر كونها مكان اتصال وتفاعل بين العرض والطلب غير أنه يتشدد في نطاق هذه العلاقة التفاعلية فالأسواق الالكترونية حسبه هي أسواق متعددة الفاعلين بالضرورة فهي ذلك الفضاء الذي يجمع بين عدد كبير من

1 - Yannis Bakos , , A strategic analysis of electronic marketplaces, MIS Quarterly, Vol. 15 No. 3,1991, p296.

2 - Bradley III, D.B., Peters, D.,. Electronic Marketplaces: Collaborate If You Want To Compete. 42nd World Conference International Council for Small Business, SanFrancisco, 1997.

3 - Segev, Arie, Judith Gebauer, and Frank Färber. "Internet-based electronic markets." Electronic Markets 9, no. 3 ,1999,p138.

4 - Rolf Mueller, Emergent E-commerce in Agriculture. University of California, Agricultural Issues Center,n14 ,2000 , p5.

البائعين والمشتريين فالفضاء الالكتروني الذي تؤسسه شركة معينة عبر الانترنت لبيع منتجاتها للمشتريين المفترضين لا تعد سوق الكتروني لكونه يركز على بائع واحد والحال نفسه عندما تنشأ مؤسسة فضاء للتواصل تكون هي المشتري الوحيد فيه.¹

والواقع أن الاتجاه البسيط لهذه التعريفات القائم على فكرة ان السوق الالكتروني هو آلية بسيطة تضمن التواصل بين البائع والمشتري له ما يبرره فهي جميعا قد كرس في بداية ظهور الاسواق الالكترونية وهي فترة تميزت بتواضع المكنات التقنية مقارنة بالوضع الذي عليه اليوم.

والملاحظ أن بعض الدراسات المتقدمة حافظت على هذا التوجه وقدمت تعريفا للسوق الالكتروني قائم على فكرة الوسيط البسيط ، على سبيل المثال يعرف Petersen وآخرون السوق الالكتروني: " طرف محايد ، مؤسس على الويب ، أين يتمكن المحترفون من القيام بالعمليات التجارية"².

وكذلك Kwon وآخرون حيث تم اختصار مفهوم السوق الالكتروني في كونه :
مكان افتراضي للتداول الاقتصادي.³

2.1. نظرية الوسيط المتعاون collaboration mediators

يتخذ بعض الفقه منحى أكثر تشددا في محاولة تعريف السوق الالكتروني وهذا التوجه مؤسس على التطورات التقنية التي عرفتها الاسواق الالكترونية في بداية القرن الحالي فالجيل الثاني من الاسواق الالكترونية ليس مجرد وسيط يسمح بالتواصل بين البائع والمشتري المفترض عبر الانترنت بل يمثل دعامة متكاملة ومتعددة الوظائف فهو يحوكم عملية التواصل بين البائع والمشتري في جميع مراحلها.⁴

1 - Martin Grieger , Electronic marketplaces: A literature review and a callfor supply chain management research , European Journal of Operational Research V144, 2003, p 282,283.

2 - Petersen, K. J., Ogden, J. A., & Carter, P. L. (2007). B2B e-marketplaces: A typology by functionality. International Journal of Physical Distribution and Logistics Management, 37 (1), 4–18.

3 - Kwon, S. D., Yang, H. D., & Rowley, C. (2009). The purchasing performance of organizations using e-marketplaces. British Journal of Management, 20(1), 106–124

4 - Schmid, B.F., Lindemann, M.A., 1998. In: Elements of a Reference Model for EM. 31st Hawaii International Conference on System Sciences (HICCSS-31). IEEE Computer Society Press, Hawaii, USA, p193-201.

ويعتبر Markus و Christiaanse أول من صاغ مصطلح الوسيط المتعاون collaboration mediators سنة 2003¹ كإشارة الى أن السوق الالكتروني ليس مجرد مكان افتراضي يضمن تلاقي العرض والطب بل يمثل وسيط قادر على ممارسة الحوكمة لجميع العمليات التجارية. وهو الاتجاه الذي تبناه مجموعة من الفقه مثل كل من Rosemary Stockdale و Craig Standing حيث عرفا السوق الالكتروني:

مساحة ديناميكية بين المشتري والبائع تكون مدعومة بخصائص إضافية² والمقصود بالخصائص الاضافية في هذا التعريف هي تلك المكنتات الخارجة عن عملية التواصل في حد ذاتها والتي يجب أن يوفرها السوق الالكتروني مثل حل النزاعات ، مقارنة الاسعار ، ضمان حقوق الاطراف ، ضمان عملية الدفع ، ضمان التسليم وغيرها. و كذلك Ozer و Ozturan (2011) حيث عرف السوق الالكتروني : " تبادل الكتروني يجمع بين البائعين والمشتريين في مكان مشترك موفرا الحوكمة اللازمة وخدمات التجارة³ "

وأشار Matook (2013) الى هذا المنحى ولو بشكل عام عندما اعتبر أن السوق الالكتروني : مكان افتراضي ، تكنولوجيا تسمح بممارسة التجارة من خلال تسهيل تداول المعلومات التجارية ، السلع والخدمات وطرق الدفع بين مجموعة من البائعين والمشتريين⁴.
2. موقف التشريع الفرنسي

يكرس المشرع الفرنسي بالفعل من خلال تعديل قانون المستهلك بموجب قانون الجمهورية الالكترونية تعريفا للسوق الالكتروني حيث نصت المادة 111-7 (ا) من قانون المستهلك:

" يعتبر كمشغل لمنصة عبر الخط كل شخص طبيعي او معنوي يعرض بشكل محترف سواء بعوائد أو دون ذلك خدمة اتصال عبر الخط مؤسسة على: - ترتيب وأرشفة من خلال أنظمة

1 - Rossignoli C., Ricciardi F. , Electronic Marketplaces. In: Inter-Organizational Relationships. Contributions to Management Science , Springer International Publishing , Switzerland , 2015 , p98.

2 - Rosemary Stockdale , Craig Standing, op.cit , p 302.

3 - Ozer, A. H., & Ozturan, C. (2011). Multi-unit differential auction–barter model for electronic marketplaces. Electronic Commerce Research and Applications, 10, 132–143

4 - Matook, S. (2013). Measuring the performance of electronic marketplaces: An external goal approach study. Decision Support Systems, 54, 1065–1075

لوعاريتمية تنتمي الى تقنية المعلومات : محتوى ، سلع او خدمات معروضة من طرف الغير أو ، - أن يضمن التواصل بين مجموعة من الاطراف بهدف بيع السلع أو تقديم خدمات او تبادل محتوى سلع الخدمات”¹.

والظاهر أن المشرع الفرنسي يكرس نظرية الوسيط البسيط دون نظرية الوسيط المتعاون بإعتبار أن المادة 7-111 (I) لم تنص على أي عملية حوكمة بإستثناء ضمان عملية التواصل بين مجموعة من الافراد بهدف بيع السلع او تقديم خدمات ويعتقد الباحث أن إعتداد المشرع الفرنسي لنظرية الوسيط البسيط هو الاصح بإعتبار أنه يكرس مفهوم واسع للسوق الالكتروني وهو ما يمثل أكبر حماية ممكنة للمستهلك.

ثانيا : تصنيف السوق الالكتروني

السوق الالكتروني يعرف مجموعة من الاختلافات ، سواء من حيث النموذج الاقتصادي (1) أو طريقة التسعير (2) وكذلك طبيعة العلاقات في حد ذاتها (3).

1. الاختلاف القائم على النموذج الاقتصادي

يقصد بالنموذج الاقتصادي النظام الذي تتبناه الكيانات التجارية عموما للحصول على أرباح² ، بطبيعة الحال فإن الاسواق الالكترونية لا تعمل بطريقة مجانية بل تحتاج الى عوائد Income models تضمن استمرار تقديم الخدمة باعتبارها كيانات تجارية أساسا ، يختلف النموذج الاقتصادي باختلاف السوق الالكتروني وذلك قياسا لحجم الكيان وقدراته التقنية ، في الغالب تعتبر العمولة الهاشمية transaction fees الوسيلة المفضلة لتحقيق العوائد المالية من طرف الاسواق الالكترونية ، فعند تمام كل صفقة بين البائع والمشتري على مستوى السوق يحصل الوسيط على نسبة مئوية من قيمة الصفقة (1 % على سبيل المثال) ، تعمل كذلك الاسواق الالكترونية الكبيرة على اعتماد نموذج اقتصادي إضافي يتمثل في بيع المعلومات التجارية marketing data للكيانات التجارية باعتبار أن السوق الالكتروني يمثل مخزون لمختلف المعلومات التجارية حول

1- قانون 2016-1321 المؤرخ في 7 أكتوبر 2016 المتضمن قانون الجمهورية الرقمية (الجمهورية الفرنسية).

2 - Paul Timmers , Business Models for Electronic Markets, Electronic Markets Journal, V8, Issue 2 , 1998 , p4

المنتجات وسلوك المستخدم وهي مواد ذات أهمية في العلمية التسويقية بالنسبة للكليات التجارية الزبونة ، تمثل كذلك بيع المساحات الاعلانية وسيلة منتشرة على مستوى الاسواق الالكترونية¹ حيث تلجأ كذلك بعض الاسواق الى بيع الاشتراكات لمختلف البائعين على مستوى هذه الاسواق وهو ما يؤدي كذلك الى الحصول على عوائد مالية ، والخاصة من هذا الطرح أن هناك اختلاف في النماذج الاقتصادية من سوق الكتروني الى اخر ، على سبيل المثال يعتمد السوق الالكتروني الشهير ebay.com كنموذج اقتصادي على الاشتراكات المدفوعة ، العمولة الهامشية (10 % من قيمة الصفقة) والاعلانات ، في حين يعتمد السوق الالكتروني الجزائري وادكنيس Ouedkniss.com كنموذج اقتصادي على الاشتراكات المدفوعة للبائعين المحترفين والاعلانات .

2. الاختلاف القائم على طريقة التسعير

تختلف كذلك الاسواق الالكترونية في طريقة التسعير التي تعتمدها ، الاصل أن العارض على مستوى السوق الالكتروني يعرض السلع او الخدمة بسعر ثابت محدد بشكل مسبق يتضمن مختلف جوانب السلعة او الخدمة في شكل إيجاب ، فمتى قبل الطالب السعر تمت الصفقة على مستوى هذا السوق وهذه هي القاعدة العامة ، الملاحظ أن بعض الاسواق الالكترونية تلجأ الى طريقة تسعير مختلفة وهي التسعير بالمزاد وهي تعرف بـ المزادات الالكترونية auction site وذلك في صورته المختلفة ، فالعارض يدعو الى التعاقد من خلال عرض السلعة او الخدمة على مستوى السوق الالكتروني و يعمل تأسيسا على ذلك جموع الطالبين في هذه الحالة على المزايدة بطريقة الكترونية على هذه السلعة او الخدمة والطالب الذي يطلب السلعة او الخدمة بأعلى سعر يرسو المزاد عليه مثلما هو عليه الحال على مستوى المزاد التقليدي ، تأسيسا على ذلك فإذا نظرنا الى السوق الالكتروني قياسا لطريقة التسعير فمن الواضح أنها تصنف الى ثلاث أصناف أساسية : أسواق البيع بالسعر الثابت ، أسواق البيع بالمزاد وكذلك الاسواق الهجينة التي توفر كل من السعر الثابت والبيع من خلال المزاد.

1 - Rosemary Stockdale , Craig Standing, op.cit , p 305.

3. الاختلاف القائم على طبيعة العلاقات

تختلف طبيعة العلاقات التجارية من سوق الكتروني الى اخر ، يمكن تصنيف هذه العلاقات الى ثلاث أصناف أساسية (1) العلاقة محترف – محترف business to business بمعنى السوق الالكتروني المخصص فقط للعلاقات بين المحترفين (2) العلاقة محترف- مستهلك business to consumer وهي العلاقة التجارية الأكثر شهرة في حقيقة الامر بمعنى السوق الالكتروني الذي يتيح للمحترفين عرض السلعة او الخدمة على جمهور المستهلكين (3) العلاقة مستهلك – مستهلك Customer to customer وهو نموذج قائم على التداول بين المستهلكين أنفسهم فالمستهلك غير المحترف يعرض السلعة او الخدمة ويكون المستهلك غير المحترف كذلك هو من يطلب السلعة او الخدمة ، تأسيسا على هذا الطرح فإذا نظرنا الى السوق الالكتروني من زاوية العلاقات فيمكن تصنيفها قياسا لطبيعة العلاقات المتوفرة على مستوى هذه الاسواق ، فهناك الاسواق المخصصة حصرا للمحترفين مثل السوق الالكتروني التونسي smartbookingtunisie.com المخصص بصفة حصرية للعرض والطلب بين الوكالات السياحية والفنادق او السوق الالكتروني الصيني الشهير Alibaba.com الذي يهدف كذلك الى ربط المحترفين ، من جهة ثانية هناك الاسواق الالكترونية التي تهدف الى ربط المحترف بالمستهلك مثل السوق العالمي الشهير booking.com لخدمات الفنادق وتذاكر الطيران فهذا السوق الالكتروني مخصص لربط المحترف (فندق ، شركة طيران) بالمستهلك النهائي (السائح) ، السوق الالكتروني الفرنسي Rueducommerce.com والذي يعرض مختلف السلع من طرف المحترفين ومالكي العلامات التجارية للمستهلك النهائي ، مثال اخر في هذا المنحى موقع شراء الكتب نيل وفرات neelwafurat.com فهو سوق الكتروني مخصص لربط دور النشر بالمستهلك النهائي، كذلك لدينا مجموعة واسعة من الاسواق الالكترونية التي تهدف الى ربط المستهلك بالمستهلك ولعل أفضل مثال في الجزائر هو السوق الالكتروني Ouedkniss.com ، السوق الشهير الدولي ebay.com وغيرها .

الفرع الثاني : التأثير على الحق في العلامة التجارية

إن السوق الالكتروني يمثل دون شك قنوات توزيع مثالية لمختلف السلع عبر شبكة الانترنت ، هذا الشكل من الأسواق يتيح من الناحية العملية إمكانيات جبارة للتواصل بين البائع والمستهلك المحتمل وهو ما يجعل من الأسواق الالكترونية وسيلة خطيرة فيما يتعلق بالمساس بالحق في العلامة التجارية للغير والظاهر أن هذا التأثير يختلف باختلاف نوعية السلع محل التداول وهي مسألة معقدة الى حد ما ذلك أنه مشروعية تداول السلع مرتبط بطبيعة هذه السلع في حد ذاتها فإذا كان من الثابت غياب المشروعية دون شك بالنسبة للسلع غير الاصلية (أولا) فإن مشروعية تداول السلع الاصلية يكون محل نقاش وتحليل ، ذلك ان طبيعة هذه السلع الاصلية والتي يبدو من النظرة الأولية أنها لا تطرح إشكالات قانونية من حيث مشروعيتها في حين أن ذلك غير دقيق فتكريس مشروعية تداول هذه السلع الاصلية يقتضي تحليل السياسة التسويقية لمالك العلامة الشرعي القائمة على التعاقد وبناء هذا المنحى فإن الحرية التعاقدية هي الأساس الذي يكرس هذه المشروعية من عدمها (ثانيا).

أولا : ثبوت غياب مشروعية تداول السلع غير الاصلية

يعتبر تداول السلع غير الاصلية مساس مباشر بالحق في العلامة التجارية ويمثل واحدة من أكبر مظاهر الاعتداء على العلامة عبر الانترنت ، والواقع أن القانون الجزائري سواء بموجب الامر 06-03 او القانون 02-04 لا يكرس مفهوما واضحا للسلع غير الاصلية غير أنه يمكن إستقراء تعريف لهذه السلع من خلال التنظيم أي قرار وزير المالية¹ حيث عرف السلع غير الاصلية تحت تسمية السلع المزيفة les Marchandises contrefaites والتي تشمل وضع العلامة التجارية المسجلة للغير المطابقة أو المشابهة على السلع دون ترخيص من المالك وذلك بنص المادة 2-1(ف) بالشكل التالي:

"1- السلع بما فيها توضيبيها الموضوع عليه دون رخصة او علامة مصنع او علامة تجارية مماثلة لعلامة مصنع او علامة تجارية مسجلة قانونا والخاصة بنفس النوع من السلع او تلك

1- قرار وزير المالية المؤرخ في 15 جويلية 2002 و المحدد لكيفيات تطبيق المادة 22 من قانون الجمارك المتعلقة باستيراد السلع المزيفة ، ج ر عدد 56 المؤرخة في 18 غشت 2002.

التي لا يمكن تمييزها في جوانها الاساسية من علامة المصنع او العلامة التجارية والتي تمس نتيجة لذلك بحقوق مالك هذه العلامة..."

وهو ما يشابهة توجه المشرع الفرنسي¹ الذي كرس المفهوم بشكل صريح حيث نص على مختلف أشكال العمليات الواردة دون ترخيص على السلع وهي :

- الوضع d'apposer

- الحذف supprimer

- التعديل modifier للعلامة التجارية .

إضافة الى ذلك يكرس قرار وزير المالية اشكال أخرى للسلعة المزيفة في كل إشارة للعلامة التجارية للغير على دعائم وإن كانت منفصلة عن السلعة محل الوضع فتشمل بموجب المادة 2-1(ف2) :

"كل رمز لعلامة (شعار ، مصلقة ، شريط ، دليل اعلان ، ورقة استعمال ، وثيقة ضمان) حتى وإن كانت مقدما انفراديا في نفس الشروط المتعلقة بالسلع المذكورة أعلاه،..."

ويشمل كذلك مصطلح السلع المزيفة بموجب المادة 2-1(ف3) كل وضع للعلامة التجارية للغير دون ترخيص على التغليف الخارجي les emballages للسلعة محل التقليد ولو كان منفصلا كذلك عن السلع في حد ذاتها :

"الغلافات الموضوع عليها علامات السلع المزيفة والمقدمة إنفراديا في نفس الشروط المتعلقة بالسلع المذكوره أعلاه..."

وعلى هذا الأساس فإن إستقراء المادة 2-1 من قرار وزير المالية والنصوص المقارنة على مستوى التشريع الفرنسي يكرس ما يأتي :

- تعتبر سلعة مزيفة كل سلعة توضع عليها ماديا علامة الغير دون أن تكون هناك صلة بين السلعة ومالك العلامة التجارية الشرعي تبرر هذا الوضع ويشمل ذلك أي إشارة لهذه العلامة على دعائم مادية منفصلة عن السلع او التغليف الخارجي.

1- المادة 716-10 (C) من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

- أن الثابت غياب مشروعية تداول هذه السلع المزيفة عبر الأسواق الالكترونية او المنصات التشاركية عموما فتعتبر سلعة محل تقليد بموجب المادة 26 من الامر 03-06 وممارسة تجارية غير نزيهة بموجب المادة 27-2 من القانون 04-02 ،

ثانيا : مدى مشروعية تداول السلع الاصلية

يبدو عند النظرة الاولى أن عملية تداول السلع التي تحمل العلامة الاصلية للغير عبر الأسواق الالكترونية لا يطرح أي إشكالية فيما يتعلق بالحق في العلامة بإعتبار ان السلعة تنتمي الى مالك العلامة الشرعي ، والواقع أن هذا التصور غير صحيح ذلك أن مشروعية إعادة تداول السلع الاصلية مرتبطة أساسا بالأسلوب المعتمد من طرف مالك العلامة التجارية لتوزيع هذه السلع في القنوات التجارية وهو ما يكرس مشروعية التداول من عدمها، والظاهر مشروعية تداول السلع ذات التوزيع المكثف بإعتبار أنها لا تخضع لأي عقود توزيع (1) في حين نلاحظ غياب هذه المشروعية بالنسبة للسلع الاصلية الخاضعة لعقود التوزيع (2).

1. مشروعية تداول السلع الاصلية ذات التوزيع المكثف

يعتبر التوزيع المكثف شكل من أشكال التوزيع الذي يعتمد على عدد كبير من الوسطاء بحيث تكون السلعة متوفرة في نقاط بيع متعددة وغير متجانسة دون وجود قيود مفروضة من طرف منتج السلعة على عملية التوزيع في حد ذاتها والمنتج على مستوى هذا النوع من التوزيع لا يتعاقد مع وسيط محدد او وسطاء محددين دون غيرهم لعلمية التوزيع بل يجعل من نطاق التوزيع واسعا بحيث يشمل أكبر قدر ممكن من الوسطاء¹.

ويمثل تداول السلع الخاضعة لهذا النوع من التوزيع والتي تحمل العلامة التجارية الاصلية للغير عبر المنصات التشاركية مسألة مشروعة من ناحية قانونية غير أن التساؤل الذي يطرح هو أساس هذه المشروعية في التشريع الوطني؟

1 - Sébastien Soulez, Marketing-276 mots clés définis et expliqués, Gualino, paris, France, Ed n° : 2 ,2017, p79

كرس التشريع المقارن مبدأ إستنفاد حقوق الملكية الفكرية كأساس للمشروعية (1.1) غير أن تطبيق مبدأ الاستنفاد في مجال العلامة التجارية محل شك في تشريعنا الجزائري وهو ما يكرس تطبيق القواعد العامة (2.1).

1.1. مبدأ إستنفاد الحقوق Le principe de l'épuisement

يقصد بمبدأ إستنفاد الحقوق أن مالك الحق يستنفذ حقوقه الاستثنائية المخولة له بموجب قوانين الملكية الفكرية على السلعة بعد طرحها في الاسواق لأول مرة بصفة مشروعة¹ وتطبيق المبدأ في مجال العلامة التجارية يجعل من مالك الحق في العلامة غير قادر على ممارسة أي رقابة على تداول السلعة التي تحمل علامته الاصلية متى تم طرح هذه السلعة في السوق بطريقة مشروعة ويحق للغير بالتأسيس على ذلك إعادة بيع هذه السلعة ضمن قنوات تجارية مختلفة سواء عبر الاسواق التقليدية أو الالكترونية.

والواقع أن المشرع الجزائري بموجب الامر 03-06 لا يعترف بمبدأ إستنفاد الحق في العلامة التجارية على نقيض الوضع بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي يعترف بالمبدأ بشكل كامل² وهو ما يدعو للتساؤل حول السبب الذي جعل مشرعنا الجزائري لا يعترف بمبدأ الاستنفاد في مجال العلامة التجارية ؟ خصوصا أن المشرع الجزائري يعترف بالمبدأ بشكل كامل بموجب قانون البراءات بموجب المادة 12(2) من الامر 03-07.

والظاهر أمام غياب النص الذي يكرس الاستثناء بموجب الامر 03-06 فإن تطبيق المبدأ في مجال العلامات يخالف التصور القانوني السليم وهو ما يؤدي بنا الى البحث عن أساس مختلف للمشروعية في القواعد العامة.

1 - Sophie Verville , La notion d'épuisement des droits : évolution et rôle actuel en commerce international, Les Cahiers de propriété intellectuelle, Vol. 18, no 3,p551.

2 - تنص المادة 4-716 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي على مبدأ إستنفاد الحقوق بالشكل التالي :

« Le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans l'Union européenne ou dans l'Espace économique européen sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement »

2.1. حرية التجارة والصناعة

يمكن اللجوء الى القواعد العامة لتكريس مشروعية إعادة تداول السلع الاصلية ذات التوزيع المكثف وذلك بالتأسيس على مبدأ مضمون دستوريا وهو مبدأ حرية الصناعة والتجارة¹ وتأصيل ذلك أن شراء السلع التي تحمل العلامة التجارية الاصلية والمطروحة بصفة شرعية في السوق الجزائري بهدف إعادة بيع هذه السلع عبر السوق الالكتروني وتحقيق الربح يعتبر من قبيل الاعمال التجارية حسب الطبيعة بموجب المادة 2(1) من القانون التجاري الجزائري وباعتبار أن أسلوب التوزيع المكثف للسلع لا يفرض أي قيود على عملية توزيع المنتج او السلعة فإنه لا يوجد ما يمنع طرف ثالث من شراء هذه السلعة بعد طرحها في الاسواق بطريقة شرعية بهدف إعادة بيعها وتحقيق الأرباح .

2. غياب مشروعية تداول السلع الاصلية محل عقود التوزيع

يمكن أن تكون السلع الاصلية محل عقود توزيع خاصة (1.2) وفي هذه الحالة فإن عملية إعادة تداول هذه السلع عبر المنصات التشاركية تعتبر ممارسة غير مشروعة قانونا بإعتبار أن عقود التوزيع في حد ذاتها تكون حاجز ضد أي عملية إعادة تداول للسلعة خارج شبكة التوزيع (2.2).

1.2. عقود التوزيع

يشمل مصطلح عقود التوزيع نوعين من العقود: عقد التوزيع الانتقائي(1.1.2) وعقد التوزيع الحصري.(2.1.2)

1.1.2. عقد التوزيع الانتقائي.

يعرف التنظيم الأوروبي 2010/330² عقد التوزيع الانتقائي بموجب المادة 1 بالشكل التالي:
"نظام توزيع يلتزم فيه المورد بعدم بيع السلع او الخدمات محل التعاقد بطريقة مباشرة او غير مباشرة إلا للموزعين المعتمدين بناء على معايير محددة مع التزام الموزعين المعتمدين بعدم بيع

1 المادة 43 من الدستور .

2 - Article 1(e)règlement (ue) no 330/2010 de la commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées

هذه السلع او الخدمات الى موزعين غير معتمدين ضمن الإقليم المخصص للمورد لتطبيق هذا النظام".¹

وتأسيسا على ذلك تقوم فكرة التوزيع الانتقائي على اعتماد منتج السلعة مجموعة من الموزعين في إقليم معين وبناء على معايير محددة²، وهو ما يشكل شبكة التوزيع بحيث يكون المنتج على رأس هذه الشبكة متبوعا بمجموعة من الموزعين المعتمدين ضمن المنطقة الجغرافية المحددة .

2.1.2. عقد التوزيع الحصري.

هو ذلك العقد الذي يلتزم فيه المنتج بعدم بيع السلع إلا لموزع واحد في منطقة جغرافية محددة³ ، ويختلف تأسيسا على ذلك عن عقد التوزيع الانتقائي في الانتقاء الكمي للموزعين بإعتبار أنه على مستوى التوزيع الانتقائي فإن الانتقاء يكون نوعيا (إختيار الموزعين بناء على معايير محددة) دون أن يكون كميا (تعدد الموزعين المعتمدين في المنطقة الجغرافية الواحدة).في حين أنه على مستوى التوزيع الحصري فإن الانتقاء يكون نوعيا (إختيار الموزعين بناء على معايير محددة) وكميا (موزع واحد فقط في منطقة جغرافية محددة)⁴ وهو ما يشكل شبكة توزيع أقل إتساعا يكون منتج السلعة على رأس هذه الشبكة مع موزع واحد في منطقة جغرافية محددة ويتمكن منتج السلعة في عقد التوزيع الحصري من ممارسة رقابة صارمة وأكثر فاعلية عنها في التوزيع الانتقائي⁵.

2.2. أساس غياب المشروعية

تكمن خصوصية تداول هذا النوع من السلع الاصلية في عقود التوزيع والتي تهدف الى التضييق من شبكة التوزيع من خلال التعاقد مع موزع واحد (التوزيع الحصري) أو مجموعة موزعين (التوزيع الانتقائي) في المنطقة الجغرافية الواحدة والثابت أن تداول هذه السلع عبر المنصات التشاركية

1 - " un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système;"

2 - Sébastien Soulez, op.cit, p 79.

3- Commission européenne , communication de la commission : lignes directrices sur les restrictions verticales , bruxelles, 10.5.2010sec(2010) 411 final , p57.

4- رمضان قنذلي ، عقود التوزيع ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، جامعة الجيلالي البابس ، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2017-2018، الجزائر ، ص 282.

5 - Wright, R., Marketing: Origins, Concepts, Environment, Holborn, London, Thomson Learning, 1999, p 251.

خارج شبكة التوزيع من طرف الموزع المعتمد يقيم المسؤولية التعاقدية للموزع مباشرة وهي حالة متحكم فيها من حيث التأسيس القانوني بإعتبار أن ذلك يعتبر مساس بالعقد الذي يجمع الموزع المعتمد ومنتج السلعة تطبيقا للقواعد العامة ، غير أن المشكلة الحقيقية عندما يقوم طرف ثالث بإعادة تداول هذه السلع عبر المنصات التشاركية دون الموزع المعتمد وأصل المشكلة أن عقود التوزيع لا تنصرف الى الغير وبإعتبار أن الطرف الثالث الذي يعمل على إعادة تداول هذه السلع عبر المنصات التشاركية لا يعتبر طرفا في العلاقة التعاقدية بين المنتج والموزع أساسا فكيف يمكن تأسيس غياب المشروعية في هذه الحالة؟ ويميل القضاء الفرنسي لاعتبار أن تداول طرف ثالث للسلع الاصلية خارج شبكة التوزيع يعتبر مساس بالحق في العلامة التجارية مع بعض الاختلاف في التأسيس القانوني ، مبدئيا في قضية **TV-DISTRINET /THE SWATCH (2016)**¹ وتعود وقائع القضية الى أن شركة تحمل التسمية TV-DISTRINET عملت على بيع مجموعة من الساعات الاصلية الحاملة للعلامة التجارية الشهيرة Swatch عبر الموقع الالكتروني www.tictactime.com وذلك خارج شبكة التوزيع الخاصة بشركة Swatch وإعتبرت الشركة المدعية أن تداول الساعات خارج شبكة التوزيع الخاص بها هو مساس بالعلامة التجارية وهو شكل من أشكال التقليد ، وبالفعل كرست محكمة إستئناف باريس عدم مشروعية هذا التداول وقضت بالتعويض :

« ... que la société TV-DISTRINET a commis des actes de contrefaçon des marques Swatch dont la société SWATCH AG est titulaire.....13 484 € à titre de dommages et intérêts pour les bénéfices indûment réalisés par la société TV-DISTRINET, •5 000 € à titre de dommages et intérêts en réparation de son préjudice moral... »

والظاهر أن المحكمة رفضت دفع المدعي عليه بمبدأ إستنفاد الحقوق :

«...Que l'épuisement des droits de marque de la société SWATCH n'étant pas démontré, la discussion relative aux motifs légitimes susceptibles de faire échec à l'épuisement des droits est sans objet ; ... »

1 - CA Paris, pôle 5, 6 sept. 2016, n° 15/00108.

في حين كرس القضاء الفرنسي في قرار أحدث أن تداول السلع الاصلية خارج شبكة التوزيع هو على الأقل منافسة غير مشروعة وذلك في قضية قضية **MG / Porsche (2019)**¹ حيث تعود وقائع القضية أن شخص يدعي MG عمل على بيع مجموعة من السيارات التي تحمل العلامة التجارية الشهير Porsche خارج شبكة التوزيع الخاصة بمالك العلامة التجارية وهو ما مثل بالنسبة للشركة المالكة مساس مباشر بعلامتها التجارية وكرست محكمة استئناف باريس أن بيع السيارات الحاملة للعلامة التجارية Porsche خارج شبكة التوزيع يعتبر منافسة غير مشروعة لمالك العلامة التجارية :

«..... En outre, les annonces ne mentionnent pas le prix de vente des véhicules litigieux, ce qui démontre une certaine opacité dans la commercialisation par M. G. des véhicules litigieux et porte ainsi atteinte au réseau Porsche. Dès lors, M. G. **a commis des fautes constitutives de concurrence déloyale à l'égard de la société Porsche France**, qui a subi de ce fait un préjudice qu'il y a lieu de fixer à la somme de 10.000 euros»

الباب الثاني

إنفاذ الحق في العلامة عبر الانترنت

الباب الثاني

إنفاذ الحق في العلامة عبر الانترنت

إن ما يهم مالك العلامة أساسا هو ضمان إنفاذ فعال للحق في العلامة عبر شبكة الانترنت ولا يكون للقواعد القانونية مهما بلغت من الاتقان والكفاءة أي فاعلية دون وجود نظام يضمن تطبيق القواعد القانونية الحامية، والظاهر أن إنفاذ الحق عبر شبكة الانترنت يؤسس على جانبين من وجهة نظر الباحث :

- الجانب الاول يتعلق بالدعوى القضائية ؛ الوسيلة الاكثر أهمية في تكريس الحقوق وما تتميز به من خصوصيات معينة تفرضها البيئة الالكترونية ؛ ذلك أن ممارسة الدعوى في البيئة التقليدية تختلف في جزئيات معينة عن الممارسة عبر شبكة الانترنت سواء فيما يتعلق بالتأسيس القانوني للدعوى أو الاختصاص القضائي (الفصل الاول).

- الجانب الثاني يتعلق بالمسؤولية القانونية ؛ ذلك أن ممارسة الدعوى القضائية دون وجود أنظمة مسؤولية هو مساس بفاعلية الانفاذ ؛ والواقع أن خصوصية البيئة الالكترونية إضافة الى تعدد الفاعلين في عملية المساس بالحق في العلامة عبر شبكة الانترنت يكرس تعدد أنظمة المسؤولية قياسا لتعدد الفاعلين ، فيخضع بعض الفاعلين الى أنظمة مسؤولية خاصة وذلك لإعتبارات عملية في حين يخضع البعض الاخر لأنظمة المسؤولية بموجب القواعد العامة (الفصل الثاني).

ومهما يكن من أمر فإن أساس الانفاذ الفعال عبر شبكة الانترنت مرتبط بمدى القدرة على ممارسة الدعوى القضائية في البيئة الالكترونية يتعقيداتها المختلفة وكذلك أنظمة المسؤولية التي يخضع لها مختلف الفاعلين عبر مجتمع الانترنت.

الفصل الأول

الدعوى القضائية

تكمن خصوصية الاعتداء على العلامة عبر الانترنت في ارتباطه بتكنولوجيا الاعلام والاتصال (TIC) ذلك أنه على خلاف الاعتداء الذي تتعرض له العلامة في الوسط التقليدي فإن الاعتداء عبر الانترنت يتم وجوبا بالاستعانة بمنظومة معلوماتية تضمن التمثيل الرقمي للعلامة التجارية عبر الانترنت وبالعودة الى النصوص القانونية المجرمة للاعتداء على العلامة على مستوى تشريعنا الوطني فالتقليد بموجب المادة 26-2 من الامر 03-06 يعتبر جنحة جنائية:

"..... يعد التقليد جريمة يعاقب عليها بالعقوبات المقررة..."

وتعتبر الممارسة التجارية غير النزيهة بموجب المادة 27-2 من القانون 04-02 كذلك جنحة جنائية قياسا لقيمة الغرامة المكترسة بموجب المادة 38 من القانون 04-02 وذلك تطبيقا للمادة 5 من قانون العقوبات:

"تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) الى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج).

وباعتبار أن جنحة التقليد و جنحة الممارسة التجارية غير النزيهة تتم بواسطة الأنظمة المعلوماتية وأنظمة الاتصالات فنحن أمام جريمة معلوماتية بموجب المادة 2-أ من القانون 09-04¹ والتي تنص صراحة على:

" وأي جريمة أخرى ترتكب او يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتية او نظام للاتصالات الالكترونية"

وقياسا الى هذا التأصيل فإن إشكالية المعالجة القضائية للاعتداء على العلامة التجارية عبر الانترنت تتطلب التأسيس القانوني للدعوى القضائية (المبحث الاول) وإشكالية تطبيق قانون العقوبات الجزائري في مواجهة عاملية هذا النوع من الاجرام (المبحث الثاني).

1 - قانون 09-04 مؤرخ في 5 غشت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال ، ج ر عدد 47 المؤرخة في 16 غشت 2009.

المبحث الأول

التأسيس القانوني

يمكن لمالك العلامة التجارية تأسيس الدعوى القضائية إما على جنحة التقليد بموجب المادة 26 من الامر 06-03 وفي هذه الحالة نكون أمام دعوى التقليد ذات الطبيعة الجنائية وهو الاصل ؛ ذلك أن الامر 06-03 يعتبر الاطار الطبيعي لحماية الحق في العلامة التجارية سواء في الوسط التقليدي أو عبر شبكة الانترنت بالنسبة للفاعل الاقتصادي أو باللجوء المادة 27-2 من القانون 04 - 02 وفي هذه الحالة فإن مالك العلامة يعمل على إنفاذ الحق ضمن النصوص القانونية الحامية للمستهلك أساسا من خلال الممارسات التجارية غير النزيهة المكرسة بموجب المادة 26 من القانون 04-02 وتكون ضمن نظامنا القانوني على سبيل الاحتياط غالبا عندما لا تكون دعوى التقليد مؤسسة.

والظاهر أن كل من المادة 26 من الامر 06-03 (المطلب الاول) والمادة 27-2 من القانون 04-02 (المطلب الثاني) تعتبر الاليات القانونية ذات الطبيعة الجنائية المتوفرة والاكثر فاعلية على مستوى نظامنا القانوني لتحقيق إنفاذ للعلامة التجارية ؛ ذلك أن إرتباط المساس بتكنولوجيا الاعلام والاتصال يجعل من اللجوء الى القضاء الجنائي مسألة حتمية لتحقيق إنفاذ فعال للحق عبر الانترنت.

المطلب الاول

جنحة التقليد

يعتبر الامر 06-03 الاطار الطبيعي لـ إنفاذ الحق في العلامة التجارية بإعتباره النص الخاص الحامي والاكثر شمولية وبإعتبار أن التقليد يعتبر جنحة جنائية فإن ذلك يقتضي عملا بالشرعية الجنائية تحليل مختلف الاركان التي تقوم عليها هذه الجنحة من الركن الشرعي حيث يكرس النص من الناحية الشرعية بعض الاشكالات (الفرع الاول) أو الركن المادي ، المتمثل أساسا في الاستعمال دون ترخيص من المالك الشرعي للعلامة (الفرع الثاني) وكذلك الركن المعنوي (الفرع الثالث).

الفرع الأول : الركن الشرعي

تنص المادة 26 من الامر 03-06 : ... يعد جنحة تقليد لعلامة مسجلة كل عمل يمس بالحقوق الاستثنائية لعلامة قام به الغير خرقا لحقوق صاحب العلامة" الظاهر أن نصوص القانون الحالي شرعت على عجل في إطار مساع الجزائر للانضمام لمنظمة التجارة العالمية من خلال سلطة رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر وهو ما أثر على جودة النص فالملاحظ أن المادة 26 من الامر 03-06 تعمل على توسيع نطاق التجريم (أولا) وفي ذلك خروج عن مبدأ التجريم والعقاب (ثانيا).

أولا : مبدأ شرعية التجريم والعقاب

أساس التجريم الجنائي هو وجود النصوص القانونية ؛ تطبيقا للقاعدة التقليدية لا جريمة ولا عقوبة دون نص : Nullum crimen, nulla poena sine lege وعلى هذا الأساس يمثل مبدأ شرعية التجريم والعقاب ضمانا أساسية لحريات الافراد وتكريس لمبدأ الفصل بين السلطات¹ كرس كرد فعل إجتماعي صاحب الثروة الفرنسية بحيث كان القضاء الفرنسي يميل الى التوسع الشديد والقياس في مجال التجريم والعقاب² فالنصوص الجنائية يجب أن تكون موجودة أساسا؛ غير أن وجود النصوص غير وضوحه فيجب أن تكون هذه النصوص والحال كذلك مشرعة بشكل واضح ومحدد³ بحيث تسمح للقاضي الجنائي بالتطبيق المباشر لها دون إجتهاد او قياس فيما يتعلق بوجود الجريمة في حد ذاتها والعقوبة المكرسة لها⁴ وهو ما يفسر تكريس المبدأ صراحة في إعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي إضافة لجميع الدساتير الفرنسية المتعاقبة وهو الحال في الجزائر؛ حيث يعترف الدستور الجزائري⁵ وقانون العقوبات الجزائري⁶ بمبدأ شرعية التجريم بصفة كاملة .

1 - Jacques Borricand , Anne Simon , Droit pénal et procédure pénale , SIREY, FRANCE, Ed9,2016,p50.

2 - Patrick Kolb , Laurence Leturmy , Cours de Droit pénal général, Gualino , France ,Ed5,2019, p39.

3 - Jacques Borricand , Anne Simon , op.cit , p50.

4- حابس الفواعة ، احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بين التشريع والقضاء ، مجلو الحقوق والعلوم الانسانية ، المجلد11، العدد 1 ، ص355.

5 -المادة 43 من الدستور .

6 - المادة 1 من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

ثانيا : مدى توافق المادة 26 من الامر 03-06 مع مبدأ الشرعية

تكرس المادة 26 من الامر 03-06 قاعدة عامة: أي مساس بالحقوق الاستثنائية لمالك العلامة التجارية المنصوص عليها بموجب المادة 9 من نفس الامر يعتبر جنحة تقليد ، من الواضح تماما أن صياغة المادة 26 من الامر 03-06 هي صياغة واسعة ذلك أن المادة 9 من الامر 03-06 لا تنص بدورها على جميع الحقوق الاستثنائية بشكل دقيق وعلى هذا الأساس هل تمثل المواد 9 و26 مساس بمبدأ شرعية التجريم والعقاب؟ وبالمقارنة بين المادة 26 من الامر 03-06 والمواد 9-716 و10-716 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي¹ التي تنص على جنحة التقليد في مجال العلامة التجارية فالملاحظ أن المشرع الفرنسي كرس مبدأ الشرعية الجنائية حرفيا حيث نص بشكل مباشر وصريح على جميع الاعمال المجرمة على سبيل الحصر والتي تمثل جنحة تقليد العلامة بموجب المادة 9-716 و10-716 في حين أن المشرع الفرنسي استعمل الصياغة العامة ذاتها والمطابقة للمادة 26 من الامر 03-06 في النصوص المتعلقة بالتقليد المدني المنصوص عليه بموجب المادة 1-716 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي² وليس جنحة التقليد ، وعلى هذا

1 - 716-9 : Est puni de quatre ans d'emprisonnement et de 400 000 euros d'amende le fait pour toute personne, en vue de vendre, fournir, offrir à la vente ou louer des marchandises présentées sous une marque contrefaite : a) D'importer, d'exporter, de réexporter ou de transborder des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ; b) De produire industriellement des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ; c) De donner des instructions ou des ordres pour la commission des actes visés aux a et b....

716-10 : Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait pour toute personne : a) De détenir sans motif légitime, d'importer ou d'exporter des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ; b) D'offrir à la vente ou de vendre des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ; c) De reproduire, d'imiter, d'utiliser, d'apposer, de supprimer, de modifier une marque, une marque collective ou une marque de garantie en violation des droits conférés par son enregistrement et des interdictions qui découlent de celui-ci.

L'infraction, prévue dans les conditions prévues au présent c, n'est pas constituée lorsqu'un logiciel d'aide à la prescription permet, si le prescripteur le décide, de prescrire en dénomination commune internationale, selon les règles de bonne pratique prévues à l'article L. 161-38 du code de la sécurité sociale ; d) De sciemment livrer un produit ou fournir un service autre que celui qui lui est demandé sous une marque enregistrée

2 - 716-1 : L'atteinte portée au droit du propriétaire de la marque constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur. Constitue une atteinte aux droits de la marque la violation des interdictions prévues aux articles L. 713-2, L. 713-3 et L. 713-4.

الأساس فإذا كان من المقبول التوسع في النصوص المنظمة للمسؤولية المدنية بإعتبار أن الخطأ المدني أوسع نطاقاً من الخطأ الجنائي¹ فإن الصياغة العامة للنص الجنائي المتمثل في المادة 26 من الامر 06-03 تعتبر دون شك مساس بشرعية التجريم والعقاب والأفضل تعديل المادة 26 من الامر 06-03 من خلال التحديد على سبيل الحصر للاعتداءات على العلامة التجارية التي تمثل جنحة التقليد عملاً بالشرعية الجنائية وما يخرج عن ذلك فيدخل في نطاق دعوى التقليد المدنية L'action civile de la contrefaçon بإعتبار أن المشرع الفرنسي - وهو الاصح - يكرس الصياغة العامة فيما يتعلق بدعوى التقليد المدنية بموجب المادة 716-1 دون الدعوى الجنائية التي يجعل لها نظام واضح ودقيق بموجب المواد 716-9 و716-10 .

والواقع أن الصياغة الحالية للمادة 26 من الامر 06-03 تتنافى مع المنطق القانوني السليم من وجهة نظر الباحث ويرجع ذلك الى أن القاضي الجنائي أساساً قاضي غير متخصص وعلى هذا الأساس وجب التوضيح على سبيل الحصر لمختلف الاعتداءات التي تمثل جنحة التقليد والتي يجب على النيابة العامة التعامل معها وما يخرج عن ذلك يكون من إختصاص القاضي المدني الطبيعي، ضف الى ذلك أن الصياغة الواسعة للنصوص الجنائية تجعل من القاضي الجنائي مطالب بالتخصص الدقيق لفهم جميع عناصر الاعتداء على العلامة بما في ذلك الاعتداءات التي لا تمس النظام العام.

الفرع الثاني : الركن المادي

إن الركن المادي لجنحة التقليد يكرس أساساً من خلال الاستعمال غير المرخص للعلامة التجارية من طرف المالك الشرعي ، وهو ما يشمل صور الاستعمال المختلفة (أولاً) والشروط الأساسية لتمييز الاستعمال غير المشروع والذي يجب أن يكون ضمن ضوابط وشروط محددة (ثانياً).

أولاً : صور الاستعمال

مبدئياً ، من المفيد التذكير بصور الاستعمال غير المرخص للعلامة التجارية طبقاً للقواعد العامة (1) ثم تناول بالتحليل تطبيق هذه القواعد عبر الانترنت (2).

1 - Jean-Charles SCHMIDT , Faute Civile et Faute Pénale, SIREY , paris , france , 1928 ,p23.

1. القواعد العامة

تنص المادة 9 من الامر 03-06 على أن الاستعمال دون ترخيص للعلامة التجارية للغير يمثل اعتداء على الحق في العلامة ، وتقسّم المادة 9 من الامر 03-06 صور الاستعمال غير المرخص الى نوعين أساسيين ، الاستعمال المؤسس على التقليد بالتطابق والمنصوص عليه بموجب المادة 9-1:

" مع مراعاة احكام المادة 11 أدناه فإن الحق في ملكية العلامة يخول صاحبهمنع الغير من استعمال علامته تجاريا دون ترخيص مسبق منه على سلع او خدمات مماثلة او مشابهة لتلك التي سجلت العلامة من أجلها "

وهذه هي الحالة الاصلية في التقليد (1.1) وكذلك الاستعمال المؤسس على التقليد بالمشابهة (2.1) والذي يمثل الاستثناء المنصوص عليه بموجب المادة 9-3 :

" يمكن التمسك بالحق المخول بموجب تسجيل العلامة في مواجهة الغير الذي يستعمل تجاريا علامة او اسم تجاري او رمز مشابه الى حد اللبس بين سلع او خدمات مشابهة دون ترخيص من المالك "

وهو ما يؤدي بنا الى التمييز بين أشكال التقليد بموجب الامر 03-06 (3.1).

1.1. الاستعمال المؤسس على المادة 9-2 من الامر 03-06.

يقصد به الاستعمال المؤسس على ما يعرف بالتقليد بالتطابق *La reproduction à l'identique*

والذي يمثل في حقيقة الامر التقليد بمعناه الضيق¹ *sticto sensu*.

ويتمثل حسب المادة 9-2 من الامر 03-06 وتفسير محكمة العدل الأوروبية² في استعمال

علامة تجارية مطابقة تماما للعلامة الاصلية او على الأقل أن يتم تضمين العلامة الاصلية

تعديلات طفيفة للغاية بحيث لا يمكن للمستهلك المتوسط تمييزها عن العلامة الاصلية.

1 - Jacques Azéma, Jean Galloux, op.cit. p873

2 - CJCE, n° C-291/00, Arrêt de la Cour, LTJ Diffusion SA contre Sadas Vertbaudet SA, 20 mars 2003.

2.1. الاستعمال المؤسس على المادة 9-3 من الامر 03-06.

يقصد به الاستعمال المؤسس على التقليد بالتشابه *la reproduction par imitation* ويتمثل بالمفهوم الوارد في المادة 9-3 من الامر 03-06 في استعمال علامة تجارية ، اسم تجاري او أي رمز اخر يحاكي العلامة التجارية الاصلية في جوانبها المميزة الى درجة تؤدي الى احتمال خلق اللبس في ذهن المستهلك دون أن يطابقها مطابقة تامة وتتخذ عملية المشابهة أشكال متعددة:

المشابهة البصرية **visuelle** : مثل العلامة التجارية *kondo* التي تمثل تقليد بالمحاكاة للعلامة *konzo* ، والعلامة *Pages Jeunes* تمثل تقليد بالمحاكاة للعلامة *Pages Jaunes* كذلك تعتبر العلامة التجارية *Bix* علامة محاكية بصريا للعلامة الاصلية *Bic*¹ ، كذلك أقر القضاء الجزائري -في إطار القانون السابق للعلامات- أن العلامة التجارية *selectra* هي محاكاة للعلامة *selecto*²

المشابهة الصوتية **phonétique** : مثل العلامة التجارية *Sherman* والتي تحاكي صوتيا العلامة *Chairman* أو العلامة *Colink'in* فقد تكون محاكاة صوتية للعلامة *Linkedin*

المشابهة الفكرية **intellectuel** وهي نادرة عمليا مثل العلامة *Eau dynamisante* (ماء منشط) والتي تحاكي فكريا العلامة *Eau stimulante* (ماء محفز)³ .

3.1. أهمية التمييز.

يمكن توضيح بعض الاختلافات بين التقليد بالتشابه والتقليد بالتطابق:

1.3.1. نطاق التقليد بالتشابه أكثر توسعا من التقليد بالتطابق.⁴

المادة 9-2 تحصر نطاق التقليد بالتطابق في العلامة التجارية المطابقة دون غيرها ؛ في حين تنص المادة 9-3 على نطاق أوسع بالنسبة للتقليد بالمشابهة ، فعملية المشابهة قد تكون من

1- Patrick Tafforeau, , Cédric Monnerie , Patrick Tafforeau , Droit de la propriété intellectuelle , Gualino-Lextenso éditions , 2015 , France 454.

2- بيوت نذير ، ترجمة : أمقران عبد العزيز ، مساهمة القضاء في حماية العلامة التجارية ، المجلة القضائية ، قسم الوثائق ، المحكمة العليا ، العدد 2 ، 2002 ، ص 64.

3 -Séverine Visse , Droit de la propriété intellectuelle , Lextenso éditions ,france , p179

4 -Jacques Azéma, Jean Galloux, op.cit. p874

خلال علامة تجارية مشابهة وهذا هو الأصل أو من خلال اسم تجاري أو أي رمز آخر أجنبي عن قانون العلامات مهما كانت طبيعته قادر على خلق اللبس في ذهن المستهلك ، فالامر 03-06 يجعل للتقليد بالمشابهة معنى واسعا ، بالفعل ؛ أحسن مشرعنا الجزائري عندما أخضع التقليد بالتطابق الى معيار متشدد في حين وسع من نطاق التقليد بالمشابهة وهو نفس التوجه الذي جاءت به محكمة العدل الأوروبية CJUE في حقيقة الامر ؛ حيث تكمن أهمية هذا التضييق من نطاق التقليد بالتطابق في محاربة ممارسة قضائية كانت منتشرة على الخصوص على القضاء الفرنسي والجزائري بالتبعية حيث كان القضاة الفرنسيون يوسعون من نطاق التقليد بالتطابق مؤسسين ذلك على بعض النظريات الفقهية مثل نظرية التقليد الجزئي *la contrefaçon partielle* ونظرية التقليد شبه المطابق *la contrefaçon quasi-servile* وهو أدى الى تقدير غير دقيق للتقليد من خلال التوسيع الشديد في التقليد بالتطابق وما ينتج عنه من إعفاء غير مبرر في حالات كثيرة للمدعي من عبأ إثبات وجود اللبس¹.

2.3.1. يكون احتمال اللبس² *le risque de confusion* في مجال التقليد بالتطابق مقترضا .

المدعي في دعوى التقليد غير مطالب بإثباته أن التقليد المطابق للعلامة التجارية الاصلية قادر على خلق اللبس ؛ ذلك أن وجود التطابق التام يفرض وجود اللبس في ذهن المستهلك بالضرورة على نقيض التقليد بالحاكاة فهو يتطلب إجراء مقارنة دقيقة من خلال السلطة التقديرية للقضاء³ ويكون المدعي في هذا النوع من التقليد مطالب بإثبات وجود احتمال اللبس بين علامته التجارية الاصلية والعلامة المشابهة ، الاسم التجاري او أي رمز اخر يشابه العلامة الاصلية ليكون طلبه مؤسسا وفي حالة عدم القدرة على إثبات احتمال اللبس فإن دعوى التقليد ترفض لعدم التأسيس وهو ما يفسر عبارة " يمكن .." على مستوى المادة 9-3 من الامر 03-06 بمعنى أن لمالك الحق في العلامة في منع الغير من مشابهة العلامة بشرط أن يكون قادرا على اثبات إمكانية حدوث اللبس .

1 -Jerome Passa, op.cit. p 71.

2 -Yann Basire , Le risque de confusion en droit des marques : entre extension et évolution , LEGICOM 2014/2 (N° 53), p109-119

3 -Jacques Azéma, Jean Galloux, op.cit. p879

2. تطبيق المادة 9 من الامر 03-06 عبر الانترنت

تكرس المادة 9 من الامر 03-06 نوعين من الاستعمال كما سبقت الإشارة اليه ؛ الاستعمال المؤسس على المادة 9-2 والقائم على التقليد بالتطابق *la Reproduction à l'identique* وهو معيار ضيق ؛ ذلك أنه يشترط وجوب التطابق التام بين علامتين تجاريتين ، إضافة الى الاستعمال المؤسس على المادة 9-3 والقائم على التقليد بالحاكاة *la Reproduction par imitation* وهو معيار واسع ؛ ذلك أنه يشمل التقليد الذي يتم من خلال علامة تجارية مشابهة ، اسم تجاري أو أي رمز آخر يمكن أن يحدث اللبس في ذهن المستهلك.

تطبيق المادة 9 من الامر 03-06 على الاستعمالات الممكنة للعلامة التجارية للغير عبر الانترنت يجعلنا أمام حالتين :

الحالة الأولى : هي الاعتداءات عبر الانترنت التي تخضع في تقدير طبيعة التقليد الى السلطة التقديرية للقضاة وفي هذه الحالة نكون دائما أمام اعتداء يكون مصدره العلامة التجارية بمعنى أننا أمام عملية تمثيل رقمي للعلامة التجارية الاصلية من خلال علامة تجارية مقلدة تكون مطابقة او مشابهة لها. (1.2)

الحالة الثانية : لا تخضع لتقدير القضاة بمعنى أن القضاء مطالب وجوبا بتقدير طبيعة التقليد ك تقليد بالمشابهة أو المحاكاة وتكون عندما يتم الاعتداء على العلامة من خلال عنصر أجنبي عن قانون العلامات مثل الاسم التجاري او أي رمز آخر قادر على خلق اللبس بمفهوم المادة 9-3 من الامر 03-06 (2.2).

1.2. التمثيل الرقمي في شكل علامة مطابقة او مشابهة.

تمثل هذه الحالة الأصل ؛ ذلك عملية التقليد هي عملية إعادة تمثيل للعلامة الاصلية من خلال علامة مقلدة تكون مطابقة لها تماما او على الأقل مشابهة للعلامة الاصلية الى تلك الدرجة القادرة على خلق اللبس في ذهن المستهلك المتوسط ، فنحن امام حالة من وحدة الطبيعة القانونية بين محل الاعتداء ووسيلة الاعتداء (علامة تجارية- علامة تجارية) ، تأسيسا على ذلك فعملية التمثيل الرقمي للعلامة في شكل علامة مطابقة او مشابهة تفرض على القضاة تقدير طبيعة التقليد بناء على سلطتهم التقديرية من خلال عملية المقارنة بين العلامتين ، فإذا كان الاعتداء على العلامة عبر الانترنت من خلال علامة مطابقة نكون أمام تقليد بالتطابق تطبيقا للمادة 9-1 التي

تنص : فإن الحق في ملكية العلامة يخول صاحبه منع الغير من استعمال علامته تجاريا دون ترخيص مسبق منه" وتأسيسا على ذلك يعفى المدعى من اثبات احتمال اللبس ، في حين انه إذا تم الاعتداء من خلال علامة مشابهة عبر الانترنت يقدر القضاة في هذه الحالة بناء على سلطتهم التقديرية كذلك التقليد بالمشابهة أو المحاكاة ويكون المدعي مطالب بإثبات اللبس تطبيقا للمادة 9-3 : يمكن التمسك بالحق المخول بموجب تسجيل العلامة في مواجهة الغير الذي يستعمل تجاريا علامة مشابه الى حد اللبس بين سلع او خدمات مشابهة دون ترخيص من المالك".

وتخضع عملية التقدير عبر الانترنت الى نفس المعايير المطبقة على مستوى المنازعة التقليدية ، والمثال على ذلك أن يعمل المدعى عليه على استعمال العلامة التجارية للغير المطابقة او المشابهة في الاشهار عبر البريد الالكتروني ، استعمال العلامة من خلال عرض الاشهار عبر المواقع الالكترونية المختلفة ، بيع السلع الاصلية خارج شبكة التوزيع ، بيع السلع التي تحمل علامة مقلدة عبر السوق الالكتروني وغيرها فنطاق الاعتداء الذي يمكن أن تتعرض له العلامة عبر الانترنت من خلال علامة مقلدة واسع جدا ؛ لذلك فالافضل تكريس معيار عام على هذا المستوى :

الاعتداء على العلامة التجارية عبر الانترنت من خلال علامة تجارية مطابقة او مشابهة لها فإن تقدير طبيعة هذا التقليد تخضع للسلطة التقديرية للقضاة.

2.2. التمثيل الرقمي من خلال عنصر أجنبي عن قانون العلامات .

تمثل هذه الحالة الاستثناء وهي من أكثر الاعتداءات التي تلحق العلامة عبر الانترنت المنصوص عليه صراحة من طرف مشرعنا الجزائري بموجب المادة 9-3 ويتمثل في الاعتداء الذي تتعرض له العلامة التجارية بواسطة عنصر أجنبي عن قانون العلامات فالمنازعة تجمع بين علامة تجارية أصلية وعنصر أجنبي يشابه هذه العلامة بالضرورة مثل الاسم التجاري Le nom commercial ، اسم النطاق le nom de domaine ، الكلمات المفتاحية les Mots-clés ، الوسم Un hashtag وليس علامة تجارية (غياب وحدة الطبيعة بين محل الاعتداء ووسيلة الاعتداء)، وقد أحسن مشرعنا الجزائري عندما كرس هذه المنازعة كـ تقليد بالمشابهة وجوبا فلا

سلطة تقديرية للقضاة في هذه الحالة ؛ ذلك أن الاعتداء على العلامة من خلال عنصر أجنبي يفرض تقدير التقليد كتقليد بالتشابه حتى لو كان هناك تطابق بين العلامة التجارية والعنصر الأجنبي تطبيقا للمادة 9-3 من الامر 03-06 : " يمكن التمسك بالحق المخول بموجب تسجيل العلامة في مواجهة الغير الذي يستعمل تجاريا علامة او اسم تجاري او رمز مشابه الى حد اللبس بين سلع او خدمات مشابهة دون ترخيص من المالك " و المشرع الجزائري حصر التقليد بالتطابق في العلامة التجارية المطابقة دون العنصر الأجنبي في المادة 9-2 وهو توجه صحيح ذلك أنه من غير المنطقي أن يتم تكريس التقليد بالتطابق بين علامة تجارية وعنصر أجنبي تماما يختلف عنها من حيث الطبيعة.

وقد طبق القضاء الفرنسي بالفعل في بعض اجتهاده توجه مشرعا الجزائري حيث قدر على سبيل المثال ان اسم النطاق www.lssy.net هو تقليد بالمشابهة للعلامة التجارية Issy وليس تقليد بالتطابق¹ (تنازع علامة تجارية - اسم نطاق) على الرغم من ان اسم النطاق مطابق للعلامة التجارية في هذه الحالة ، فالمعيار الذي نكرسه هنا في قراءة المادة 9-3 :

أي اعتداء على العلامة التجارية عبر الانترنت من خلال عنصر أجنبي عن قانون العلامات هو تقليد بالمحاكاة حتى مع وجود تطابق على نحو ما فلا سلطة تقديرية للقضاة في ذلك والمدعي يكون دائما مطالبا بإثبات اللبس.

ثانيا : شروط الاستعمال

وجود حالة من التطابق أو المحاكاة للعلامة المملوكة للغير لا يعتبر بالضرورة إستعمال غير مرخص يقيم المسؤولية القانونية بموجب الامر 03-06 بل يجب أن يتم استعمال العلامة ضمن مبدأ التخصيص (1) إضافة الى الطبيعة التجارية للاستعمال (2) مع إقصاء بعض أشكال الاستعمال التي تتم بحسن النية (3).

1. تطبيق مبدأ التخصيص

عرف القضاء الفرنسي صعوبة في تكريس إمكانية تطبيق مبدأ التخصيص عبر الانترنت خصوصا في مجال السطو الالكتروني على العلامة التجارية والظاهر أن القضاء الفرنسي رفض بداية

1 -Luc grynbaum , Caroline le Goffic , lydia Morlet , op .cit , p 545.

تكريس أي تطبيق لمبدأ التخصيص في المنازعة بين العلامة التجارية وأسماء النطاق (1.1) ثم كرس بعد ذلك إقراراً محدوداً بخصوصية قائمة على وحدة تخصيص أسماء النطاق (2.1) وهو ما عجل بالاعتراف الكامل لتطبيق مبدأ التخصيص سواء بالنسبة لأسماء النطاق أو جميع أشكال الاعتداء (3.1).

1.1. رفض تطبيق مبدأ التخصيص على التقليد عبر الانترنت .

رفض القضاء الفرنسي تكريس مبدأ التخصيص في المنازعة بين العلامة التجارية وأسماء النطاق حيث تعتبر قضية أليس l'affaire Alice المثال الأكثر شهرة في تكريس اتجاه القضاء الفرنسي بعدم تطبيق مبدأ التخصيص وتعود وقائع القضية أن وكالة إخبارية تملك العلامة التجارية المسجلة Alice رفعت دعوى قضائية بالتقليد ضد مؤسسة تحمل تسمية Alice d'isoft المختصة في برمجيات الحاسوب وذلك لتسجيل هذه الأخيرة اسم النطاق alice.fr ، إن جوهر المنازعة هو عملية تسجيل اسم النطاق www.alice.fr بشكل مطابق للعلامة التجارية Alice ، وأقر القضاء الفرنسي¹ التقليد في مواجهة مؤسسة Alice d'isoft مع الحكم بنقل اسم النطاق محل المنازعة من المدعي عليه إلى المدعي دون النظر في طبيعة السلع أو الخدمات بين أطراف الخصومة وهو ما يعني رفض تطبيق مبدأ التخصيص بين أسماء النطاق والعلامة التجارية :

«..... que l'enregistrement d'un nom n'est cependant pas limité par le principe de spécialité, ce qui provoque l'indisponibilité de ce nom dans tout autre domaine d'activité, pour toute autre entreprise, dans la zone déterminée.....»²

إن رفض تطبيق مبدأ التخصيص يكون دائماً في مصلحة مالك العلامة التجارية بإعتبار أن القضاة يكرسون التقليد مباشرة عند وجود شكل من أشكال التقليد سواء كان على سبيل التطابق أو المشابهة دون الحاجة إلى النظر في طبيعة السلع أو الخدمات المرتبطة بأسماء النطاق.

1 -TGI Paris, ordonnance de référé, 12 mars 1998

2 -Yassin EL SHAZLY, L'application du principe de spécialité aux noms de domaine ; Un regard croisé entre la voie judiciaire et extrajudiciaire, Droit & Nouvelles Technologies , p2, <https://www.droit-technologie.org/wp-content/uploads/2016/11/annexes/dossier/160-1.pdf>

2.1. وحدة مبدأ التخصيص

كرس القضاء الفرنسي إقراراً محدوداً بتطبيق مبدأ التخصيص عبر الانترنت من خلال اللجوء الى معيار خاص مؤسس على وحدة مبدأ التخصيص لجميع أسماء النطاق، إن الفكرة الأساسية قائمة على إعتبار جميع أسماء النطاق تحت التصنيف 38 من إتفاقية نيس (خدمات الاتصالات) وعلى هذا الأساس فإن تطبيق مبدأ التخصيص يكون فقط بالنسبة للعلامات المسجلة بدورها ضمن الصنف 38 وهو ما يفرض وحدة التخصيص بين أسماء النطاق والعلامة المسجلة ضمن التصنيف، يبدو الي ، أن هذا الاتجاه يتميز بالعشوائية الشديدة وهو شكل من أشكال الهروب الى الامام من طرف بعض المحاكم الفرنسية وهو ما نتج عنه نتائج كارثية في عملية إنفاذ الحق في العلامة التجارية عبر الانترنت:

النتيجة الأولى : أن هذا الاتجاه يعتبر إقصاء ممنهج لأغلبية العلامات التجارية وعلى هذا الأساس فإن تطبيق مبدأ التخصيص يكون فقط في المنازعة التي تجمع بين أسماء النطاق (الصنف 38) والعلامة التجارية المتخصصة في الاتصالات (الصنف 38) في حين لا تستفيد جميع العلامات التجارية غير المخصصة لقطاع الاتصالات من تطبيق مبدأ التخصيص .

النتيجة الثانية : أن هذا الاتجاه كرس ممارسة غير سوية في مجال تسجيل العلامات التجارية وهي التسجيل الاحتياطي لجميع العلامات ضمن الصنف 38 على الرغم من عدم وجود أي علاقة بين العلامة التجارية من حيث التخصيص والتصنيف 38.

3.1. الاعتراف الكامل

الاشكال الناتج عن تطبيق معيار وحدة مبدأ التخصيص والنتائج السلبية التي صاحبت هذا التطبيق عجلت بتكريس القضاء في فرنسا التطبيق الكامل لمبدأ التخصيص سواء في الاعتداء على العلامات بموجب أسماء النطاق أو أي اعتداء على العلامة عبر شبكة الانترنت وكرس القضاء الفرنسي هذا التطبيق الكامل إستئناف قضية Alice (1.3.1) ثم في قضية ZE Bank (2.3.1) وقضية locateur على مستوى محكمة النقض الفرنسية(3.3.1).

1.3.1. إستئناف قضية Alice (1999)¹

إن المظاهر الأولية لتراجع القضاء الفرنسي عن رفض تطبيق مبدأ التخصيص ظهرت في حكم محكمة إستئناف باريس في قضية **alice** حيث أبطلت محكمة استئناف باريس حكم المحكمة الكبرى لباريس القاضي برفض تطبيق مبدأ التخصيص وأقرت صراحة بضرورة تطبيق المبدأ في المنازعة بين أسماء النطاق والعلامات التجارية مثل المنازعات التقليدية لتأسيس دعوى التقليد :
« si la SNC Alice peut revendiquer indéniablement une utilisation antérieure de la dénomination sociale, il ne peut en être déduit pour autant de manière évidente une usurpation fautive de celle-ci par la SA Alice, alors qu'il s'agit d'un prénom commun et qu'en raison des activités totalement différentes des deux sociétés, il ne peut y avoir de confusion dans l'esprit du public »²

2.3.1. قضية ZE Bank (2001)³

تعود وقائع القضية ، قامت شركة كندية تحمل التسمية MULTIMEDIA CANADIA LTD المتخصصة في إستغلال الاعمال الفنية L'exposition d'oeuvres artistiques بتسجيل أسماء النطاق nzebanque.com و zbourse.com وهو ما إعتبرته شركة ZE BANK المتخصصة في خدمات البنوك عبر الانترنت le développement d'une activité bancaire sur Internet اعتداء على علامتها التجارية وعلى هذا الأساس رفعت الشركة دعوى قضائية بالتقليد ضد الشركة الكندية MULTIMEDIA CANADIA LTD .
وعملت محكمة إستئناف فرساي على التطبيق الكامل لمبدأ التخصيص وذلك من خلال عملية تحليل ومقارنة خدمات كل من المدعي والمدعي عليه سواء بالنسبة لاسم النطاق nzebanque.com او zbourse.com حيث كرست :

« Il est certain que la société ZEBANK a protégé ses marques dans la classe 38 liée à Internet ; néanmoins, pour apprécier le risque de confusion entre le site de la société ZEBANK et les sites ouverts par la société 1 2 3 Multimédia CANADIA, il convient d'examiner leur

1 -CA de Paris, 14ème ch., sect. B, 4 décembre 1998, La SA Alice / La SNC Alice

2 -Yassin EL SHAZLY , op.cit , p3.

3 -CA Versailles, 12e chambre, 22 novembre 2001 (ZE BANK-123MULTIMEDIA CANADIA)

contenu. En l'occurrence, les sites « zebanque.com » et « zebourse.com » constituent un lieu d'exposition d'oeuvres artistiques ; leur contenu ne génère aucun risque de confusion avec le site de la société ZEBANK qui est consacré à une activité bancaire en ligne. **En conséquence, il ne peut être admis que les noms de domaine et les sites en cause constituent la contrefaçon par imitation illicite des marques de la société ZEBANK...** La société ZEBANK a pour objet le développement d'une activité bancaire sur Internet ; les sociétés défenderesses ont pour activité le multimédia ; il n'y a aucune concurrence entre ses sociétés.... »

إن محكمة إستئناف فرساي أقرت أن تسجيل العلامة التجارية ZEBANK ضمن التصنيف 38 من إتفاقية نيس دون أهمية ومن جهة ثانية كرست ضرورة مقارنة محتوى الخدمات المقدمة من طرف الشركة المدعية ZEBANK والشركة المدعي عليها MULTIMEDIA CANADIA LTD ومن خلال عملية المقارنة تأكدت الجهة القضائية الفرنسية بغياب أي وحدة للخدمات بين أطراف الخصومة ، وعلى هذا الأساس أقرت الجهة القضائية بعدم تأسيس دعوى التقليد في حق شركة .MULTIMEDIA CANADIA LTD

والظاهر أن محكمة استئناف فرساي كرست كذلك وجود شكل من أشكال المنافسة الانتهازية طبقاً للقواعد العامة des actes de parasitisme et dénigrement دون دعوى التقليد لغياب وحدة التخصيص بين أطراف الخصومة :

«il a débouté la société ZEBANK de son action en contrefaçon dirigée contre les intéressées..... qu'en effet, il apparaît qu'en réservant les noms de domaine zebanque.com et zebourse.com, puis ouvrant les sites INTERNET correspondants, dans les conditions ci-dessus rappelées, les sociétés 1 2 3 MULTIMEDIA et 1 2 3 MULTIMEDIA CANADIA LTD ont commis, au préjudice de la société ZEBANK, **des actes de parasitisme et dénigrement, engageant leur responsabilité civile** sur le terrain de l'article 1382 du Code civil ; Que ces fautes justifient leur condamnation in solidum, à des dommages-intérêts qui, compte tenu de l'ensemble des circonstances particulières à l'espèce, et notamment de l'ampleur et de la durée du trouble commercial subi par la société ZEBANK, seront fixés à 200 000 francs.. »

وما يهمنا بالنسبة لتحليل هذا الحكم القضائي هو تطبيق مبدأ التخصيص بالشكل التالي :

- أن المحكمة الفرنسية إعتبرت أن تسجيل العلامة التجارية ضمن الصنف 38 من إتفاقية نيس دون أهمية في تكريس دعوى التقليد بين العلامة وأسماء النطاق ،
- أن المحكمة الفرنسية أقرت أن تأسيس دعوى التقليد يقوم على عملية المقارنة بين طبيعة السلع والخدمات لأطراف الخصومة وعلى هذا الأساس فإن غياب هذه الوحدة يكرس إنتفاء دعوى التقليد

3.3.1. قضية locateur (2005)

كرست محكمة النقض الفرنسية في قضية locateur إتجاه محكمة فرساي في قضية ZEBANK حيث أقرت بضرورة التطبيق الكامل لمبدأ التخصيص عبر الانترنت بالشكل المطبق في المنازعة التقليدية.

وتعود وقائع القضية أن شركة Soficar المتخصصة في العمليات المتعلقة بمحافظ الأموال le portefeuille قامت بتسجيل اسم النطاق locateur.com وهو ما اعتبرته شركة locateur المتخصصة في السياحة إعتداء على علامتها التجارية وعلى الأساس رفعت شركة locateur دعوى قضائية ضد شركة Soficar مؤسسة على التقليد.

إن محكمة النقض الفرنسية كرس لأول مرة على مستوى قضاء النقض أن تسجيل العلامة التجارية ضمن الصنف 38 من إتفاقية نيس دون أهمية في تطبيق مبدأ التخصيص عبر شبكة الانترنت وأن تطبيق مبدأ التخصيص يقوم على عملية المقارنة بين الخدمات المقدمة من طرف أطراف الخصومة وبإعتبار أن الخدمات المقدمة من طرف Soficar (إدارة المحافظ المالية) تختلف أن الخدمات المقدمة من طرف locateur (الخدمات السياحية) فإن دعوى التقليد غير مؤسسة لغياب مبدأ التخصيص :

" إن عملية المقارنة بين الخدمات المخصصة للعلامة تظهر بإنها خدمات غير مطابقة او مشابهة بالطبيعة او الوجهة...."

« La comparaison de ces services avec ceux visés par la marque révèle qu'ils ne sont ni identiques ni similaires par nature ou par destination »

2. الطبيعة التجارية

يجب توفر شرط إضافي ليكون التقليد مؤسسا وهو أن يتم الاستعمال في الحياة التجارية ؛ ذلك أن استعمال العلامة التجارية خارج نطاق الحياة التجارية ينفي وجود التقليد وجوبا وقد أحسن مشرعنا الجزائري بموجب الامر 03-06 عندما نص صراحة على هذا الشرط من خلال اللفظ تجاريا الوارد في كل من المادة 9-2 المتعلقة بالتقليد بالتطابق والمادة 9-3 المتعلقة بالتقليد بالمشابهة، تأسيسا على ذلك فإن شرط الاستعمال في الحياة التجارية مسألة أساسية في عملية تقدير وجود التقليد غير أن الاشكال الذي يطرح على مستوى تطبيق هذا الشرط على مستوى الامر 03-06 هو غياب التحديد الدقيق للمقصود بالاستعمال في الحياة التجارية ؛ ذلك أن غياب أي نصوص تفسيرية رسمية لمواد الامر 03-06 أو أي اجتهاد قضائي متوفر يمكن التأسيس عليه فإن اللجوء الى التجربة المقارنة الفرنسية يبدو مسألة ضرورية ، الملاحظ أن المشرع الفرنسي أغفل النص على شرط الاستعمال في الحياة التجارية في المادة 713-2 والمادة 713-3 من قانون الملكية الفكرية وهو ما خلق نوع من الضبابية حول تطبيق هذا الشرط على مستوى المحاكم الفرنسية وإن كان التطبيق يبدو حتميا بإعتبار أن القاضي الفرنسي مطالب بتفسير التشريع الفرنسي قياسا للنصوص الإقليمية للاتحاد الأوروبي¹ وهو ما كرس إجتهاد القضاء الفرنسي في معيار الهدف الاقتصادي (1.2) وتطبيقاته عبر شبكة الانترنت (2.2).

1.2. معيار الهدف الاقتصادي .

غياب النص، فتح المجال في حقيقة الامر للقضاء الفرنسي لممارسة دوره في الاجتهاد؛ فالملاحظ أن القضاء الفرنسي كرس بموجب تفسيره للمادة 10 (المقابلة للمادة 5-1 من التوجيهات السابقة) من التوجيه الأوروبي 2015/2436 الحالي المقصود بالاستعمال في الحياة التجارية في معيار قائم على الهدف الاقتصادي كالاستعمال الذي يهدف الى تحقيق منافع اقتصادية من استعمال العلامة بطريقة مباشرة او غير مباشرة وهو معيار مطابق من حيث المعنى لتفسير محكمة العدل الأوروبية CJUE للاستعمال في الحياة التجارية في قضية Aresnal²، تأسيسا على ذلك

1 -Jerome Passa, op.cit. p 221

2 - CJCE, 12 novembre 2002, affaire C-206/01, Arsenal Football Club, point 40

فالاستعمال الذي لا يحقق المنفعة الاقتصادية لا يمكن التأسيس عليه في جنحة التقليد ، على مستوى القضاء الفرنسي ؛ يمكن الإشارة الى قضية La Basoche أين أكدت محكمة النقض الفرنسية - للمرة الأولى - على ضرورة وجود منفعة اقتصادية مباشرة أو غير مباشرة من استعمال العلامة للتأسيس على وجود استعمال في الحياة التجارية وتأسيسا على ذلك فإن عدم قدرة المحكمة على تقدير المنفعة الاقتصادية ينفي وجود التقليد بصفة قطعية بإعتبار أن " ...المجلة مجانية ولا تحتوي على أي اشهارات مدفوعة او أي دعوة للمشاركة في عمليات ذات طابع اقتصادي اوالمساهمة في عملية تمويلها .. من خلال تقديرها فإن محكمة الاستئناف لم تتمكن من تقدير وجود أي منفعة اقتصادية مباشرة او غير مباشرة من استعمال العلامة التجارية " ¹فالقضاء الفرنسي قدر أن استعمال العلامة التجارية La Bastoche (علامة محاكية للعلامة La Basoche المملوكة للمدعي) على مستوى مجلة مجانية ، لا تحتوي على أي اشهارات مدفوعة وذات هدف اعلامي أساسا لا يمكن أن يندرج ضمن الاستعمال في الحياة التجارية ، يبدو لي أن المعيار المعتمد من القضاء الفرنسي يمثل حل عملي ممتاز لتفسير شرط الاستعمال في الحياة التجارية من خلال البحث عن المنافع الاقتصادية الناتجة عن هذا الاستعمال سواء بطريقة مباشرة او بطريقة غير مباشرة فإذا إنتفت هذه المنافع فإنه لا وجود للاستعمال في النطاق التجاري وهو ما يجعل من دعوى التقليد غير مؤسسة وندعو قضائنا الجزائري لاعتماد هذا المعيار كحل مثالي لتفسير اللفظ "تجاريا" الوارد في المادة 9 من الامر 03-06 .

2.2. تطبيق معيار الهدف الاقتصادي عبر الانترنت

كرس القضاء الفرنسي بالفعل وبصفة متواترة معيار الهدف الاقتصادي في منازعات تقليد العلامة التجارية عبر الانترنت:

1.2.2. قضية jeboycottedanone.com

واحدة من القضايا المشهورة في فرنسا ، يرجع ذلك الى انها من أوائل القضايا التي طبقت فيها المحاكم الفرنسية معيار الهدف الاقتصادي في منازعات تقليد العلامة التجارية عبر الانترنت ولو كان هذا التطبيق في شكله البدائي وتعود وقائع القضية الى أن شركة الاجبان الفرنسية الشهيرة

1 - CC, Chambre commerciale, 10 mai 2011, 10-18.173, Publié au bulletin

DANONE عمدت الى عملية تسريح ضخمة للعمال ، الامر الذي دفع جمعية RESEAU VOLTAIRE الى إنشاء موقع الكتروني تحت اسم النطاق jeboycottedanone.com بهدف تنوير الرأي العام الفرنسي حول عملية التسريح الضخمة وغير المبررة والمصير المجهول للعمال المسرحين وعائلاتهم ، غير أن شركة DANONE اعتبرت ان استخدام طرف ثالث (الجمعية) لاسم النطاق jeboycottedanone.com والذي يتضمن علامتها التجارية المسجلة DANONE هو فعل تقليد ، غير أن محكمة استئناف باريس كرست أن تأسيس دعوى التقليد يتطلب اثبات الاستعمال في الحياة التجارية ، ذلك أن الهدف من موقع jeboycottedanone.com هو الاعلام وتنوير الرأي العام حول قضية تسريح العمال وهو ما يندرج قطعاً ضمن حرية التعبير المضمونة دستوريا في فرنسا ولم يتوصل في حقيقة الامر قضاة محكمة الاستئناف الى تقدير وجود أي منفعة اقتصادية مباشرة او غير مباشرة يمكن أن تعود على جمعية RESEAU VOLTAIRE من استعمال العلامة التجارية DANONE ضمن اسم النطاق jeboycottedanone.com وهو ما جعل دعوى التقليد غير مؤسسة لغياب الاستعمال في الحياة التجارية¹.

2.2.2. قضية السيدة لورانس *madame Laurence* (2013)

قامت السيدة لورانس بإنشاء صفحة للمعجبين بالمسلسل الفرنسي الشهير *Plus belle la vie* على موقع التواصل الاجتماعي facebook تحت اسم النطاق المخصص (www.facebook.com/pblvmarseille) ، غير أن الشركة المنتجة للمسلسل والمالكة للعلامة التجارية *Plus belle la vie* و *PBLV* على التوالي اعتبرت أن استعمال العلامة التجارية *PBLV* ضمن العنوان المخصص (www.facebook.com/pblvmarseille) هو استعمال غير مرخص للعلامة التجارية، غير أن القضاء الفرنسي رفض التأسيس كذلك لوجود التقليد تطبيقاً لمعيار الهدف الاقتصادي صراحة حيث أقر أن ".....فمن الثابت أنه لا وجود لأي استعمال من طبيعة تجارية بإعتبار أن الصفحة محل المنازعة هي صفحة خاصة بالمعجبين"².

1 - CA PARIS , 4è chambre, section A , ARRET DU 30 AVRIL 2003

2 -TGIParis 3ème chambre, 4ème section Jugement du 28 novembre 2013, Laurence C. / Telfrance Serie, Facebook France

3.2.2. قضية Dream Property

طبق القضاء الفرنسي معيار الهدف الاقتصادي وذلك للتمييز بين الاستعمال الشخصي لعلامة الغير والاستعمال التجاري الذي يؤسس لدعوى التقليد وتعود وقائع القضية الى قيام شخص يقيم في فرنسا بشراء منتج مقلد من خلال سوق الكتروني عبر الانترنت وبالفعل تم حجز المنتج على مستوى الجمارك الفرنسية عندما تم شحنه من طرف البائع الى الإقليم الفرنسي أين قامت الشركة مالكة العلامة التجارية برفع دعوى تقليد غير أن القضاء الفرنسي رفض تكريس التقليد تطبيقا لمعيار الهدف الاقتصادي ذلك أن الاستعمال الشخصي للعلامة لا يعتبر استعمال في الحياة التجارية بإعتبار أن " ... عملية شراء جهاز واحد بسعر يقارب سعر السوق في فرنسا من طرف المدعي عليه تمثل استعمال من طبيعة شخصية وعلى اساس أن الاستعمال في المجال التجاري هو وحده القادر على تأسيس مسؤولية المدعي عليه فإن الاستعمال الشخصي يجعل من دعوى التقليد غير مؤسوسة على هذا الوجه"¹

3. الاستثناءات الواردة على الاستعمال في الحياة التجارية .

يفرض الواقع التجاري بعض مظاهر الاستعمال التجاري القائم على حسن النية للعلامة التجارية للغير ، الملاحظ أن تطبيق المعايير بصفة مطلقة يؤدي الى توسيع نطاق التقليد بحيث يشمل صور استعمال ضرورية للعلامة التجارية للغير في المجال التجاري² ، تأسيسا على ذلك وبهدف اخراج بعض صور الاستعمال التجاري القائم على حسن النية والضروري في الحياة التجارية من دائرة التقليد نصت المادة 10 من الامر 03-06 على بعض الاستثناءات الضرورية للحق في العلامة التجارية وهي استعمال الاسم ، او العنوان المطابق او المشابه للعلامة في الحياة التجارية (1.3) وكذلك الاستعمال الهادف للإشارة للبيانات الضرورية (2.3).

1.3. استعمال الاسم ، العنوان المطابق او المشابه للعلامة التجارية في الحياة التجارية.

مبدئيا لا يخول الحق في العلامة التجارية منع الغير من استعمال الاسم ، العنوان أو الاسم المستعار الذي يطابق او يحاكي العلامة في الحياة التجارية ، فقد يحدث في الحياة التجارية أن

1 -TGIParis 3ème chambre, 3ème section Jugement du 30 mars 2012.Dream Property / Yves B.

2 -Nicolas binctin , op.cit , p 455.

يتصادف وجود علامة تجارية مسجلة تطابق او تشابه اسم الشخص ، والمقصود بالاسم في هذا الموضع هو الاسم الكامل بمفهوم القانون المدني¹ الذي يدخل ضمن الحقوق للصيقة بالشخصية *le nom patronymique* او على الأقل اسم العائلة *un droit de la personnalité* ويصادف كذلك أن هذا الاسم يستعمل في الحياة التجارية على سلع او خدمات مشابهة للسلع او الخدمات المخصصة للعلامة التجارية المسجلة ، وهو ما يؤدي الى إمكانية حدوث حالة من التنازع بين مالك للعلامة التجارية وبين الحامل الشرعي للاسم ، وقد أقر القضاء في فرنسا² بأحقية الحامل الشرعي لاسم العائلة *henriot* بإستعمال هذا الاسم في المجال التجاري في انتاج وتسويق الخمر حتى في حال وجود علامة تجارية مسجلة وسابقة له *champagne henriot* تستهدف نفس النشاط الاقتصادي ، والحال نفسه مع الاسم المستعار ، أو اسم الشهرة *le pseudonyme* غير الملاحظ أن القضاء الفرنسي لا يشمل اسم الشهرة بهذا الاستثناء الا اذا كان يتمتع بشهرة واسعة تقارب شهرة العلامة التجارية³ .

2.3. الإشارة ضمن المجال التجاري للبيانات الضرورية

لا يخول كذلك تسجيل العلامة التجارية للمالك الحق منع الغير من استعمال العلامة التجارية في الإشارة لبعض البيانات الضرورية ؛ ذلك أنه يحدث كذلك على مستوى الحياة التجارية أن تستعمل مؤسسة العلامة التجارية للغير بهدف الإشارة الضرورية لبعض البيانات الحقيقية التي تكون مرتبطة بنشاط المؤسسة مثل أن تقوم مؤسسة مختصة في انتاج قطع الغيار باستعمال العلامة التجارية للمؤسسة المسؤولة عن صناعة السيارات المخصصة لها تلك القطع ، فالإشارة هنا الى العلامة التجارية للغير تكون ضرورية لتوضيح الوجهة بإعتبار أن المنتج المتمثل في قطع الغيار يعتبر من لواحق المنتج الأصلي وموجه أساسا لهذا النوع من السيارات⁴ .

1- المادة 28 من القانون المدني .

2- CC,n° 651 du 21 juin 2011 (10-23.262).

3- CA Paris - 20 mars 1998 , Petrossian -la marque renommée Petrossian.

4- Nicolas binctin, op.cit, p 456.

الفرع الثالث : الركن المعنوي

تأسيس جنحة التقليد أمام القاضي الجنائي تطبيقا للقواعد العامة¹ يتطلب الى جانب إثبات الركن المادي (تقدير التقليد بموجب المادة 9 من الامر 03-06) ضرورة ثبوت الركن المعنوي في حق المتهم والواقع أن الركن المعنوي شرط جوهري في قيام جنحة التقليد او أي جريمة اخرى ؛ ذلك أن العدالة الجنائية تقتضي أن لا جريمة ولا عقوبة دون وجود الركن المعنوي : *Nullem crimen, nulla poena sine culpa* ولا ينص مشرعنا الجزائري في قانون العقوبات على الركن المعنوي صراحة بموجب القواعد العامة وإنما يكرس الركن المعنوي بناء على الصياغة اللغوية لكل مادة على نقيض المشرع الفرنسي والذي كرس ضرورة وجود الركن المعنوي في جميع الجرائم وهو الاصح بنص المادة 121-3 (1) من قانون العقوبات الفرنسي:

Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

المادة 26 من الامر 03-06 جاءت في سياق عام لا يشير الى الأساس الذي يقيم الركن المعنوي سواء القصد الجنائي او الخطأ غير العمدى والوضع ذاته على على مستوى التشريع الفرنسي فالمواد 716-9 و 716-10 المتعلقة بدعوى التقليد الجنائية لا تشير بدورها للاساس الذي يقوم عليه الركن المعنوي في جريمة التقليد ، غير أن القراءة العامة لسياق المادة 26 من الامر 03-06 وما يقابلها على مستوى التشريع الفرنسي وتحليل هذه المواد تكرر الخطأ غير العمدى كأساس للركن المعنوي وهو الأكثر راحة باعتبار أن المشرع لم ينص صراحة على القصد الجنائي² على خلاف الوضع في جنحة تقليد براءة الاختراع على سبيل المثال؛ أين اشترط صراحة العمدية³، ذلك أن استعمال العلامة التجارية للغير في الوسط التجاري على سلع وخدمات مطابقة او مشابهة يقتضي وجود سلوك خاطئ على أقل تقدير وإن لم يرقى للقصد الجنائي غير أنه يكون كافيا لقيام الركن المعنوي⁴ ويكون الخطأ غير العمدى مفترضا وهو ما ينقل عبأ اثبات الخطأ من

1 - عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، الجريمة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2002 ، الجزائر ، ص 231.

2- Jerome passa , op.cit , p

3- المادة 61 من الامر 03-07 المتضمن قانون براءة الاختراع .

4- Crim. 8 février 2012 n° 11-80399

Crim. 25 janv. 2011, n°10-81659

النيابة العامة الى المتهم الذي يكون مطالبا بإثبات العكس أي حسن النية وفي هذه الحالة فقط تتنفي مسؤوليته الجنائية¹ والاساس الذي يقوم عليه الافتراض هو تسجيل العلامة التجارية ونشرها؛ ذلك أن العلامة المنشورة تعتبر قد إتصلت بعلم الكافة بحيث لا يمكن الدفع بعدم العلم للتصل من المسؤولية القانونية ، والظاهر أن على المتهم دحض هذا الافتراض وذلك بإثبات حسن النيةوفي هذه الحالة فإن جنحة التقليد لا تكون مؤسسة وذلك على نقيض الوضع بالنسبة للقاضي المدني ؛ بإعتبار أن المعالجة المدنية للتقليد تكون مؤسسة بمجرد تقدير القاضي المدني لوجود التقليد بموجب المادة 9 من الامر 03-06 دون أي حاجة الى إثبات حسن او سوء نية المدعي عليه² تأسيسا على ذلك فقيام التقليد المدني يكون أيسر بالنسبة للمدعي من التقليد الجنائي من هذا الجانب والذي يكون دائما خاضعا لجهود النيابة العامة وعدم تمكن المتهم من اثبات حسن النية.

1 - Marion briatta , la pénalisation de la contrefaçon , memoire master 2 ,CEIPI, 2013 , p88.

2 - Jacques Azéma, op.cit., p 1016.

المطلب الثاني

الممارسات التجارية غير النزيهة

يمكن لمالك العلامة التجارية تأسيس الدعوى القضائية على جنحة الممارسة التجارية غير النزيهة بموجب المادة 27-2 والمادة 65 من القانون 04-02:

' تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس او تقليد منتوجاته او خدماته او الاشهار الذي يقوم به، قصد كسب زبائن هذا العون اليه بزرع شكوك واوهام في ذهن المستهلك'

ومثلما عليه الحال بالنسبة لجنحة التقليد فإن تأسيس جنحة المحاكاة بموجب المادة 27-2 من القانون 04-02 يتطلب توفر أركانها سواء الركن الشرعي (الفرع الاول) والركن المادي (الفرع الثاني) وكذلك الركن المعنوي (الفرع الثالث).

الفرع الأول : الركن الشرعي

تمثل المادة 27-2 من القانون 04-02 آلية تهدف الى حماية المستهلك أساسا دون الفاعل الاقتصادي (أولا) وتتميز بطبيعتها الجنحية (ثانيا) إضافة الى الاختلاف عن دعوى تقليدية معروفة في الفقه الفرنسي وهي دعوى المنافسة غير المشروعة (ثالثا).

أولا : تطبيق المادة 27-2 من القانون 04-02

المادة 27-2 مطابقة من حيث المعنى للمادة 121-2(1) من قانون المستهلك الفرنسي:

« 1°Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent..... »

ويكرس المشرع الفرنسي هذه الممارسة ضمن قانون حماية المستهلك¹ في حين يجعل المشرع الجزائري الممارسات التجارية غير النزيهة ضمن قانون مستقل هو القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية غير أن الهدف قياسا لصياغة المادة 27-2 هو حماية المستهلك أساسا دون الفاعلين الاقتصاديين إلا على سبيل الاستثناء والاصح أن المكان الطبيعي

1- أمر رقم 301-2016 المؤرخ في 14 مارس 2016 المتضمن قانون المستهلك (الجمهورية الفرنسية)

للمادة 2-27 هو قانون المستهلك وليس القانون المطبق على الممارسات التجارية وهو ما يفسر منح مشرعنا الجزائري صفة التقاضي لجمعيات حماية المستهلك قبل الأشخاص الطبيعية او المعنوية المتضررة بموجب المادة 65 من القانون 02-04:

"دون المساس يمكن لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي انشأت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي او معنوي ذي مصلحة ، القيام برفع دعوى أمام العدالة...."

وعلى هذا الأساس فإن تأسيس مالك العلامة التجارية على المادة 2-27 والمادة 65 من القانون 02-04 لا يكون إلا في إطار الوظيفة الأساسية للقانون 02-04 وهي الضبط الاقتصادي القائم على حماية المستهلك بحيث لا تمثل المادة 2-27 من القانون 02-04 في حد ذاته وسيلة أصيلة لحماية الفاعلين الاقتصاديين من الاعتداء على العلامة التجارية إلا في علاقتها بالمستهلك.

ثانيا : الطبيعة الجنحية للمادة 2-27 من القانون 02-04.

من المفيد التذكير، بالطبيعة الجنحية للمحاكاة بموجب القانون 02-04 ذلك أن الظاهر أن عبارة المخالفات والعقوبات الواردة في الباب الرابع وعبارة معاقبة المخالفات ومتابعتها الواردة في الباب الخامس من القانون 02-04 وغيرها توحى بأن الممارسة التجارية غير النزيهة وكثير من الجرائم المنصوص عليها بموجب القانون 02-04 من قبيل المخالفات دون الجرح وهذا غير صحيح ذلك أن المشرع الجزائري عمل على ترجمة غير دقيقة لعبارة L'infraction الواردة في النسخة الفرنسية من القانون 02-04 وقانون المستهلك الفرنسي الى المخالفات والثابت أن الترجمة غير الدقيقة لمشرعنا الجزائري لا تغير من طبيعة الجرائم باعتبارها جنح وليس مخالفات ذلك أن الرجوع الى المادة 2-5 من قانون العقوبات والتي تعتبر أن العقوبة الاصلية في الجرح هي الغرامة التي تتجاوز 20.000دج وبالعودة الى المادة 38 من القانون 02-04 التي تنص على عقوبة المحاكاة باعتبارها ممارسة تجارية غير نزيهة:

"تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000دج) الى خمسة ملايين دينار (5.000.000دج).".

وعلى هذا الأساس فإن قيمة الغرامة تَكرس أن محاكاة العلامة التجارية بموجب القانون 02-04 هي من قبيل الجنحة وليس المخالفة تطبيقاً للمادة 2-5 من قانون العقوبات.

ثالثاً : التمييز عن دعوى المنافسة غير المشروعة

تتميز المادة 2-27 من القانون 02-04 بذاتية خاصة في حين أن الباحث يلاحظ وجود شكل من أشكال الخلط بين المادة 2-27 التي تَكرس الممارسات التجارية غير النزيهة وبين دعوى مشابهة معروفة ضمن الفقه والقضاء التقليدي الفرنسي تعرف بدعوى المنافسة غير المشروعة ، في الواقع وبغض النظر عن وجود ذاتية دعوى المنافسة غير المشروعة في حد ذاتها فإن الثابت أنه لا توجد علاقة مطلقاً بين المادة 2-27 ودعوى المنافسة غير المشروعة ذلك أن التشابه في العبارة لا يعني التشابه في الطبيعة (1) والهدف (2).

1. الاختلاف في الطبيعة .

دعوى المنافسة غير المشروعة هي دعوى مدنية تجارية كانت نتيجة لاجتهاد الفقه الفرنسي في الاربعينات بقيادة بول روبيار في حين أن المادة 2-27 هي جنحة ذات طابع جنائي.

2. الاختلاف في الهدف .

الهدف من دعوى المنافسة غير المشروعة قياساً للفقه التقليدي هو حماية الفاعل الاقتصادي في حين أن الهدف من المادة 2-27 هو حماية المستهلك أساساً ولا تكون حماية الفاعل الاقتصادي مالك العلامة التجارية إلا في إطار حماية المستهلك وهو ما يفسر وجود المادة المشابهة للمادة 2-27 ضمن التشريع الفرنسي في قانون المستهلك دون القانون التجاري.

الفرع الثاني : الركن المادي

تأسيس جنحة المحاكاة مرتبط بوجود علامة تجارية مسجلة بموجب الامر 03-06 (أولاً) مع تقدير وجود شكل من أشكال المحاكاة للعلامة التجارية (ثانياً) تؤدي الى إحداث الخلط في ذهن المستهلك (ثالثاً).

أولاً : إستبعاد العلامة غير المسجلة

يكرس المشرع الجزائري بموجب الامر 03-06 إجبارية إستعمال العلامة على جميع المتعاملين الاقتصاديين¹ بموجب المادة 3-1 :

" تعتبر علامة السلعة او الخدمة إلزامية لكل سلعة أو خدمة مقدمة ، بيعت أو عرضت للبيع عبر أنحاء التراب الوطني"

ويكرس إضافة الى ذلك إجبارية التسجيل بموجب المادة 33-2 :

"يعاقب بالحبس (2) الذين وضعوا على سلعهم او خدماتهم علامة لم تسجل او لم يطلب تسجيلها وفقا للمادة 4 من هذا الامر"

والظاهر حسب رأي الباحث أن المشرع الجزائري يكرس إجبارية الاستعمال والتسجيل للعلامة وهو ما يمثل حالة فريدة مقارنة بالتشريع المقارن الذي يضمن تكريس الحماية القانونية للعلامة غير المسجلة بموجب القواعد العامة دون دعوى التقليد² ويرجع ذلك الى مجموعة من الأسباب العلمية :

- السبب الأول : حماية المستهلك من المنتجات والخدمات غير مميزة المصدر على وجه التحديد والدليل على ذلك أن المشرع يعفي المنتجات التي تحمل تسمية منشأ من إجبارية وضع العلامة التجارية عليها³ بإعتبار أنها مميزة المصدر ،

- السبب الثاني : ضمان نوع من الامن القانوني من خلال إعفاء المحاكم الجزائرية من النظر في المنازعات التي قد تنشأ من استخدام العلامات غير المسجلة وإشكالات الاثبات المتعلقة بملكية هذه العلامات كإثبات حق أولوية استخدام العلامة غير المسجلة بين أكثر من متعامل اقتصادي ،

1- ميلود سلامي ، عبداللطيف والي ، الحماية الجزائرية للعلامة التجارية في القانون الجزائري ، مجلة الدراسات القانونية والسياسية ، العدد 07 ، 2018 ، ص85.

2 -Jean-Bernard Blaise , Richard Desgorces , DROIT DES AFFAIRES , 8e édition, n630.

3- أنظر المادة 3-3 من الامر 03-06.

- السبب الثالث : ضمان إيرادات دورية للمعهد الجزائري للملكية الصناعية من خلال رسوم عملية تسجيل العلامات التجارية ، باعتبارها من الإيرادات الأساسية لميزانية المعهد بموجب المادة 24 من المرسوم التنفيذي 98-68 المتضمن إنشاء المعهد الجزائري للملكية الصناعية والمحدد لقانونه الأساسي.

وعلى هذا الأساس فإن مشرعنا الجزائري يتعامل مع العلامة غير المسجلة كإشارة مادية مخالفة للنظام العام لا يمكن أن تستفيد والحال كذلك من أي حماية قانونية ولو بموجب القواعد العامة بإعتبارها غش والغش لا يحميه القانون تطبيقا للقاعدة الاتينية: **Fraus omnia corrumpit**

ثانيا : وجود المحاكاة

المحاكاة من حيث الأصل هي المماثلة أو المشابهة وفحواها أن يستعمل المنافس إشارة معينة تكون مطابقة للعلامة الأصلية أو على الأقل مشابهة لها والهدف من المحاكاة هو الاستفادة من سمعة العلامة وما ينتج عن ذلك من خلال إحداث اللبس بين العلامة الأصلية ذات السمعة الجيدة والعلامة محل المحاكاة في ذهن المستهلك والملاحظ أن الصياغة العربية للمادة 27-2 غير دقيقة مقارنة بالصياغة الفرنسية للمادة نفسها والتي تعتبر من وجهة نظر الباحث الصياغة الأصح :

Imite les signes distinctifs d'un agent économique concurrent, de ses produits ou services et de sa publicité dans le but de rallier sa clientèle en créant un risque de confusion dans l'esprit du consommateur

وذلك للأسباب التالية :

- عبارة التقليد الواردة في النص العربي غير دقيقة بإعتبار أن وجود التقليد مرتبط من حيث الوجود والعدم بالشروط المكرسة بموجب الامر 03-06 وفي غير ذلك فإننا لا نكون أمام تقليد للعلامة التجارية بالمفهوم القانوني والأصل ما جاء في النص الفرنسي للمادة 27-2 التي لا تنص على عبارة التقليد نهائيا وإنما المحاكاة l'imitation :

- صياغة النص العربي للمادة 27-2 توحى بأن مجال تطبيق النص هو العلامات التجارية دون غيرها وهذا غير صحيح ذلك أن النص الفرنسي ينص على جميع الإشارات التمييزية وليس

العلامة التجارية فقط من خلال العبارة *les signes distinctifs* وهو مصطلح يشمل العلامات وتسميات المنشأ والرسوم والنماذج الصناعية¹.

وعلى هذا الأساس فإن عبارة العلامات المميزة على مستوى النص العربي ترجمة غير دقيقة لعبارة *les signes distinctifs* ونقترح على مشرعنا الجزائري تعديل صياغة النص العربي لتكون متوافقة من حيث المدلول القانوني مع النص الفرنسي بالشكل التالي: " محاكاة الإشارات التمييزية للمنافس... " وليس " تقليد العلامات المميزة للمنافس... ".

وأشكال المحاكاة الممكنة للعلامة التجارية بموجب المادة 2-27 من القانون 02-04 متعددة خصوصا أن شبكة الانترنت تمنح قدرة هائلة على التمثيل الرقمي لمختلف العلامات والواقع أن التساؤل يطرح حول الفروق بين استعمال العلامة من خلال المحاكاة المكرسة بموجب المادة 27-2 والاستعمال غير المرخص للعلامة بموجب المادة 9 من الامر 03-06 المتضمنة جنحة التقليد؟ والاصل أن المعنى واحد مع إختلاف الصياغة القانونية بين جنحة المحاكاة و جنحة التقليد وبعض التفاصيل الدقيقة :

- أن المشرع في جنحة التقليد يقسم الاستعمال الى شكلين التقليد بالتطابق والتقليد بالتشابه في حين أن المشرع في جنحة المحاكاة يتعامل مع الاعتداء على العلامة كشكل واحد وهو المحاكاة وهو ما يجعل للمحاكاة مفهوما واسعا يشمل التطابق والتشابه.

- أن المشرع في جنحة التقليد يجعل من إثبات اللبس مرتبط بالتقليد بالتشابه دون التطابق وبالتالي فإن الطرف المدني والنيابة العامة في التقليد بالتطابق يعفى من إثبات اللبس، في حين أن المشرع يجعل من إثبات اللبس مرتبط بالمحاكاة سواء تم استعمال العلامة على سبيل التطابق أو التشابه وعلى هذا الأساس فإن الطرف المدني مطالب دائما إثبات اللبس في ذهن المستهلك في جنحة المحاكاة بموجب القانون 02-04.

1- Jacques Azéma, op.cit., p 785

ثالثا : إحداث الخلط في ذهن المستهلك

إن إحداث الخلط يجب أن يكون في ذهن المستهلك (1) وذلك ضمن وجود حالة من المنافسة (2)

1. المستهلك

محاكاة العلامة التجارية غير كاف لتكريس المسؤولية بموجب المادة 2-27 من القانون 02-04 بل يجب أن تؤدي المحاكاة الى إحداث اللبس في ذهن المستهلك الذي هو أساس تشريع القانون 02-04 وهو ما يستشف من عبارة: "... قصد كسب زبائن هذا العون اليه بزرع شكوك واوهام في ذهن المستهلك" ويقصد بالمستهلك ما ورد في المادة 1-32 من قانون المستهلك: "كل شخص طبيعي او معنوي يقتني بمقابل او مجانا ، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية او تلبية حاجة شخص اخر او حيوان متكفل به".¹ وعلى هذا الأساس فإن الخلط الذي يحدث من المحاكاة في ذهن غير المستهلك لا يقيم المسؤولية القانونية بموجب المادة 2-27 عملا بالتفسير الضيق للنصوص الجنائية والمثال على ذلك أن يشتري شخص السلعة التي تحمل علامة تجارية محاكية للعلامة الاصلية بهدف إعادة بيعها دون أن يكون الهدف من عملية الشراء تلبية حاجته الشخصية او تلبية حاجة شخص اخر او حيوان متكفل به بالمفهوم الوارد في المادة 1-3 من قانون المستهلك يعتبر في حكم القائم بالاعمال التجارية أو التاجر دون المستهلك بموجب المادة 2 من القانون التجاري وهو ما يجعل تطبيق المادة 2-27 غير مؤسس والظاهر بعد هذا التفسير الاختلاف الواضح بين إحداث اللبس في جنحة التقليد بموجب الامر 06-03 وإحداث اللبس في جنحة المحاكاة بموجب المادة 2-27 من القانون 02-04 ذلك أن إحداث اللبس بموجب المادة 9 من الامر 06-03 غير مرتبط بالمستهلك بل بالجمهور وهو مفهوم واسع يشمل المستهلك وغير المستهلك في حين أن إحداث اللبس بموجب المادة 2-27 من القانون 02-04 مرتبط من حيث الوجود والعدم بالمستهلك وهو ما يؤكد توجهنا الذي أشرنا إليه أعلاه أن حماية العلامة بموجب القانون 02-04 مرتبط بحماية المستهلك أساسا قبل الفاعل الاقتصادي المالك للعلامة.

1- قانون 03-09 مؤرخ في 25 فبراير 2009 بتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم، ج ر عدد 15 المؤرخة في 8 مارس 2009 المعدل والمتمم.

2. حالة المنافسة .

يتطلب إحداث اللبس في ذهن المستهلك وجود حالة المنافسة وهي مسألة أساسية ذلك أن من غير الممكن أن ينشأ الوهم في ذهن المستهلك دون أن يشترك كل من الطرف المدني (مالك العلامة محل المحاكاة) والمتهم (المعتدي على العلامة) في نوعية واحدة من الزبائل أو على الأقل نوعية متشابهة تطبيقاً للنظرية التقليدية عند بول روبيار ذلك أن غياب حالة المنافسة يجعل من إحداث اللبس وتحويل الزبائل مسألة غير ممكنة عملياً وهو ما يفسر إشتراط المادة 27-2 من القانون 04-02 وجود حالة المنافسة كأساس لجنحة المحاكاة وتعرف حالة المنافسة في التشريعات الحديثة مرتبطة بفكرة وحدة السوق على نقيض الفقه التقليدي الفرنسي بقيادة بول روبيار الذي يؤسس حالة المنافسة على وحدة الزبائن¹ والأصل أن النتيجة واحدة بإعتبار أن حالة المنافسة تفرض وحدة السوق وهو ما ينتج عنه وحدة الزبائن غير أن وحدة السوق كتفسير لحالة المنافسة أكثر دقة وحدائة من وجهة نظر الباحث وهو ما جاء به الامر 03-03 المتعلق بالمنافسة في المادة 3-ب : "كل سوق للسلع او الخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك مماثلة او تعويضية ، لا سيما بسبب مميزاتها واسعارها والاستعمال الذي خصصت له والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيها السلع او الخدمة المعنية"² وعلى هذا الأساس فإن وجود حالة المنافسة يشترط وحدة السوق بمعنى أن يتشارك كل من الطرف المدني (مالك العلامة محل المحاكاة) والمتهم (المعتدي على العلامة) في توفير سلع متطابقة (1.2) أو تعويضية (2.2) للمستهلك النهائي وهو ما ينتهي الى وحدة الزبائن.

1.2. تطابق السلع او الخدمات

إن وجود حالة المنافسة قياساً للنظرية الحديثة يؤسس على فكرة أن يتشارك كل من مالك العلامة التجارية والمعتدي نفس السلع او الخدمات وهو ما يؤدي الى وحدة السوق والتي تؤدي كذلك الى وحدة الزبائن وعلى هذا الأساس فإن من غير الممكن تطبيق المادة 27-2 على المعتدي على

1 -Paul Roubier,Le Droit de la propriété industrielle,librairie du recueil sirey , paris , france , 1954 ,p498

2- أمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة ، ج ر عدد 43 المؤرخة في 20 جويلية 2008 المعدل والمتمم.

الحق في العلامة إذا لم يستعمل هذه العلامة ضمن سلع او خدمات مطابقة لسلع او خدمات مالك العلامة التجارية لغياب حالة المنافسة وإحداث الخلط في ذهن المستهلك.

2.2. تعويضية السلع او الخدمات

يمكن تطبيق المادة 27-2 كذلك عند غياب التطابق بين السلع و الخدمات غير أن ذلك يكون على سبيل الاستثناء عندما تكون هذه السلع تعويضية Les biens substituables ، بمعنى أن يقوم بعضها محال بعض ضمن خيارات المستهلك وعلى هذا الأساس فإن المساس بالحق في العلامة ضمن سلع او خدمات غير متطابقة لكنها تعويضية بالنسبة للمستهلك يكرس وحدة السوق و يسمح بتطبيق المادة 27-2 في هذه الحالة.

الفرع الثالث : الركن المعنوي

إن تحديد الركن المعنوي في الجرائم المنصوص عليها بموجب القانون 04-02 مسألة جدلية ، ما يجب التركيز عليها بصفة مبدئية أن الركن المعنوي هو ركن أساسي في تكوين جميع الجرائم دون إستثناء¹ ، والظاهر أن الممارسة القضائية في الجزائر تميل الى تكريس الطبيعة المادية لجرائم القانون 04-02 غير أن الطبيعة المادية لا تنفي الركن المعنوي في هذه الجرائم أو أي جريمة اخرى وهو الاصح ، ذلك أن إنتفاء الركن المعنوي في الجريمة هو مساس مباشر بالعدالة الجنائية فالتساؤل حول الركن المعنوي في جريمة المكرسة بموجب المادة 27-2 من القانون 04-02 لا يطرح حول وجود الركن المعنوي من عدمه وإنما الأساس الذي يقوم عليه هذا الركن وتأسيسا على ذلك ، فإن من المفيد التطرق لرأي محكمة النقض الفرنسية في تطبيق المادة 121-2(1) من قانون المستهلك الفرنسي (المقابلة للمادة 27-2 من القانون 04-02) حول هذه الجزئية (أولا) ثم تكريس رأي الباحث الخاص (ثانيا).

أولا : إتجاه محكمة النقض الفرنسية

عرضت إشكالة الأساس الذي يقوم عليه الركن المعنوي في المادة 121-2(1) من قانون المستهلك الفرنسي على محكمة النقض الفرنسية وذلك من خلال قضية عرضت ضمن الدرجة

¹ هاني منور ، سوييف بوشي ، تجزئة القاعدة الجنائية وأثرها على إثبات الركن المعنوي في القانون الجنائي ، مجلة القانون والعلوم السياسية ، المجلد 4، العدد 2 ، 2018 ، ص 746.

الثانية على محكمة استئناف فرساي¹ وكرست محكمة النقض الفرنسية صراحة بموجب قرار² ضرورة توفر الركن المعنوي في هذه الجرائم تطبيقاً للقواعد العامة :
" حيث أن الوجه المطروح ضمن المنازعة لا يشكل مسألة جدية ، ذلك أن غياب النص على الركن المعنوي لجنحة الممارسات التجارية التديسية والمكرسة بموجب المادة 1-121 السابقة و المادة 2-121 الحالية من قانون المستهلك ، من الواضح أن على القضاة تطبيق القواعد العامة المكرسة بموجب المادة 3-121 من قانون العقوبات والتي تنص على أن لا جريمة دون وجود الركن المعنوي "

« Et attendu que la question posée ne présente pas un caractère sérieux, dès lors **qu'en l'absence de précision sur l'élément moral du délit** de pratique commerciale trompeuse, prévu à l'article L. 121-1, I, devenu L 121-2 du code de la consommation, il appartient au juge de faire **application des dispositions générales de l'article 121-3 du code pénal** aux termes desquelles il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ; »

وعلى هذا الأساس فمن الثابت بموجب محكمة النقض الفرنسية أن وجود الركن المعنوي هو مسألة أساسية وتطبيق للقواعد العامة في المادة الجنائية سواء تعلق الأمر بتطبيق المادة 2-121 من قانون المستهلك الفرنسي وبالتبعية المادة 2-27 من القانون 02-04 الوطني.

ثانياً : رأي الباحث حول أساس الركن المعنوي في المادة 2-27

يرى الباحث أن الأساس الذي يقوم عليه الركن المعنوي في المادة 2-27 هو الخطأ القائم على قلة الحيطة والتهاون دو القصد الجنائي ، إن هذا الاتجاه قائم على ضرورة التشدد في قمع هذه الممارسات وذلك الى الأسباب التالية :السبب الأول : أن الركن المادي على مستوى جرائم العلامات التجارية عموماً يتميز بالقوة والترسيخ ، ذلك أن إستحداث علامة محاكية للعلامة الاصلية الى درجة إحداث اللبس في ذهن المستهلك هو أساس وجود سوء النية عند الفاعل الاقتصادي على أقل تقدير ولو كان ذلك على سبيل التهاون وقلة الحيطة.السبب الثاني : أن الهدف من المادة 2-27 من القانون 02-04 هو حماية المستهلك وعلى هذا الأساس فإن التشدد

1 -CA Versailles - 9e chambre, 20 septembre 2017

2 -Arrêt n°1997 du 11 juillet 2018 (17-86.876) - CC - Chambre criminelle - ECLI:FR:CCASS:2018:CR01997

في الركن المعنوي للجريمة هو أساس حماية المستهلك وتوسيح للسلوكيات المجرمة في حين أن تأسيس الركن المعنوي على القصد الجنائي يجعل من النياية العامة مطالبة أساسا بإثبات وجود هذا القصد وهو ما يجعل من تأسيس الجريمة مسألة غير ممكنة في كثير من الحالات وفي ذلك تضييق من نطاق تطبيق المادة 27-2 وإهدار لحقوق المستهلك،السبب الثالث : أن الفاعل الاقتصادي هو فاعل محترف فلا يصح معاملة الفاعل الاقتصادي المحترف معاملة الرجل العادي وعلى هذا الأساس فإن معاملة المحترف في مجال التجارية تكون أكثر تشدد من معاملة الرجل العادي .

**

المبحث الثاني

قانون العقوبات الجزائري في مواجهة عالمية الجريمة

إن الاشكال المرتبط بالاعتداء على العلامة التجارية عبر الانترنت يقتضي التساؤل حول مدى قابلية تطبيق قانون العقوبات الجزائري على مختلف أشكال الاعتداء العابرة للحدود الوطنية¹ وذلك في مواجهة خواص القاعدة القانونية الجنائية التي تتميز بها بالإقليمية الشديدة؟ حيث شرعت لتكون محل تطبيق على مستوى الأقاليم الوطنية للدول محل تشريع النص الجنائي² ؛ ذلك أنه لا يتصور من الناحية الجنائية وجود حالة تنازع القوانين Un conflit de lois مثل ما عليه الامر في المادة المدنية للقاضي الجنائي قياساً لمبدأ السيادة لا يطلق إلا قانونه الجزائري lex fori (المطلب الاول) ومن جهة ثانية فإن إختصاص القاضي الجنائي الجزائري قد يكون مؤسسا على الرغم من من إستبعاد مبدأ الإقليمية وذلك من خلال المبادئ الاحتياطية لتطبيق النصوص الجنائية بموجب القواعد العامة وفي هذه الحالة الاستثنائية فإن القضاء الجنائي الجزائري يكون مختصاً بصفة تامة ويعمل على تطبيق النصوص الجنائية الوطنية على الجريمة دون الإقليمية وذلك من خلال تأسيسها على واحدة من المبادئ الاحتياطية سواء كان مبدأ الشخصية او مبدأ العينية (المطلب الثاني) وهو ما يؤدي بنا الى القول أن الإشكالية الأساسية تكمن في المعايير التي يمكن الاعتماد عليها أمام عالمية الجريمة لتكريس تطبيق القانون الجزائري أو إستبعاده تماماً من حيث التطبيق الى القاضي الأجنبي وفي هذه الحالة فإن عدم تأسيس تطبيق قانون العقوبات الجزائري سواء على مبدأ الإقليمية او واحدة من المبادئ التقليدية يؤدي بصفة كلية الى إستبعاد الإختصاص الجنائي كاملاً للنظر في الجريمة.

1- محمد رحموني ، خصائص الجريمة المعلوماتية ومجالات استخدامها ، مجلة الحقيقة ، العدد 41 ، 2018 ، ص441.

2- شوقي يعيش تمام ، عزيزة شبري ، تفعيل مبدأ عالمية النص الجنائي في التصدي للجريمة المعلوماتية ، مجلة الاجتهاد القضائي ، العدد 15 ، 2017 ، ص94.

المطلب الأول

مبدأ إقليمية النص الجنائي عبر شبكة الانترنت

النصوص الجنائية هي نصوص إقليمية من حيث التطبيق¹؛ ذلك أنها مرتبطة بسيادة الدولة ووظيفتها الأساسية في الردع حماية للمصلحة المجتمعية فالنص الجنائي يطبق بصفة تلقائية على جميع الجرائم المرتكبة ضمن إقليم الدولة محل التشريع² وذلك بغض النظر عن جنسية الشخص او المصلحة المعتدى عليها غير أن الملاحظ أن تطبيق مبدأ الإقليمية على جنح المساس بالعلامة التجارية عبر الانترنت (والجرائم المرتبطة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال بصفة عامة) عرف بعض الصعوبات العملية الناتجة أساسا عن الطبيعة العابرة للحدود لهذا النوع من الاجرام و ذلك انه في الغالب من الأحوال فإن العناصر المشكلة للجريمة تكون موزعة على أكثر من إقليم وهو ما دفع القضاء الفرنسي الى تكريس اجتهاده حول تطبيق مبدأ الاقليمية قياسا للتحديات التي تطرحها الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال في حينها (الفرع الاول) وذلك الى غاية تدخل المشرع الفرنسي من خلال استحداث المادة 113-2-1 من قانون العقوبات (الفرع الثاني) مع ضرورة الإشارة بعد دراسة التجربة الفرنسية الى الوضع على مستوى تشريعنا الجزائري (الفرع الثالث).

الفرع الأول : اجتهاد القضاء الفرنسي (2000-2016)

وجد القضاء الفرنسي صعوبة في تطبيق مبدأ الإقليمية المنصوص عليه في المادة 113-2 من قانون العقوبات الفرنسي والمطابقة للمادة 3-1 من قانوننا الجزائري ، مبدئيا طبق القضاء الفرنسي القواعد التقليدية في الاختصاص المنصوص عليها في المادة 113-2 من قانون العقوبات الفرنسي من خلال ما يعرف بمعيار الوصول **La théorie de l'accessibilité** ذلك أن وصول الموقع الالكتروني الذي يمثل دعامة الفعل المجرم الى الإقليم الفرنسي وحده يكون كافيا لتطبيق قانون العقوبات الفرنسي (أولا) غير أن النتائج غير العملية لتطبيق معيار الوصول عجلت بظهور

1 -Xavier pin , Droit pénal général , dalloz , ed 10 ,2019 , france , p 139.

2 - عبد المومن بن صغير ، تطبيق النص الجنائي بين الإقليمية والعالمية في ظل عولة مكافحة الجرائم المستحدثة ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد 10 ، العدد 03 ، 2019 ، الجزائر ، ص 61

نظرية مكتملة تعرف بنظرية الارتباط **la théorie de la focalisation** المستمدة من التجربة الامريكية والتي لا تركز الوصول كمعيار وحيد لتطبيق قانون العقوبات بل تعتمد على معايير ارتباط اضافية بين الفعل المجرم والاقليم (ثانيا).

أولا : معيار الوصول **La théorie de l'accessibilité**.

أساس معيار الوصول هو القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 113-2 من قانون العقوبات الفرنسي¹ والمطابقة للمادة 586 من قانون الاجراءات الجزائية الوطني² : " تعد مرتكبة في الاقليم الجزائري كل جريمة يكون عمل من الاعمال المميزة لاحد اركانها المكونة لها قد تم في الجزائر" فالاصل أن تطبيق قانون العقوبات يكون مؤسسا قياسا لمبدأ الإقليمية في حالتين:

- ارتكاب الجريمة بشكل كامل ضمن الإقليم محل تشريع النص الجنائي وهي حالة نادرة عبر شبكة الانترنت،

- أن يكون أحد العناصر المشكلة للجريمة **les faits constitutifs** على الاقل مرتكبا ضمن الإقليم محل تشريع النص الجنائي فيكون تطبيق قانون العقوبات مؤسسا.

من الواضح أننا إذا قمنا بتطبيق المادة 113-2 من قانون العقوبات الفرنسي تطبيقا حرفيا على جرائم الاعتداء على العلامة التجارية المرتكبة عبر الانترنت فإن مجرد وصول الموقع الالكتروني الذي يتضمن الفعل المجرم (فعل التقليد على سبيل المثال) الى الإقليم هو وصول للنتيجة الجرمية الى هذا الإقليم فيكون تطبيق قانون العقوبات النافذ في الاقليم حتميا.

وقد كرس القضاء الفرنسي خلال مراحلها الأولية في التعامل مع الجرائم عبر الانترنت هذا التطبيق الجامد للمادة 113-2 من قانون العقوبات الفرنسي بصفة مفردة الى حد ما من خلال مجموعة من القضايا.

1- تنص المادة 113-2 من قانون العقوبات الفرنسي على مبدأ الإقليمية بالشكل التالي :

« La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire. »

2- أمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل والتتم .

و تعتبر قضية Yahoo.com من من أوائل القضايا الذي عرضت على القضاء الفرنسي والتي كرس فيها معيار الوصول صراحة كمعيار وحيد لتطبيق قانون العقوبات على جرائم الانترنت.

وتعود وقائع القضية أن السوق الالكتروني Yahoo.com تضمن مجموعة من السلع التي تمجد النازية ، وعلى أساس أن هذا النوع من السلع ممنوع في فرنسا بموجب المادة 1-645 من قانون العقوبات الفرنسي بإعتباره جريمة كراهية ؛ رفعت بعض المنظمات اليهودية الفرنسية المناهضة لمعاداة السامية Anti-Semitism دعوى قضائية أمام القاضي الجنائي الفرنسي لمنع الوصول الى جميع الصفحات ضمن السوق الالكتروني Yahoo.com التي تتضمن هذه السلع في فرنسا وهو ما أثار بعض الإشكالات المتعلقة بتطبيق قانون العقوبات الفرنسي .

مبدئيا ، شركة Yahoo.com هي شركة أمريكية أساسا لا تخضع لولاية القضاء الفرنسي والأشخاص الذي وضعوا السلع على مستوى السوق الالكتروني Yahoo.com هم مواطنون أمريكيون وموقعها الالكتروني مستضاف على موزعات متواجدة على أراضي الولايات المتحدة¹ ضف الى ذلك غياب ازدواجية التجريم ؛ فاذا كان تداول السلع التي تمجد الحقبة النازية ممنوع في فرنسا بموجب المادة 1-645 من قانون العقوبات الفرنسي فإنه لا وجود لهذا التجريم على مستوى القانون الأمريكي² ، وتأسيسا على ذلك فإنه لا توجد أي علاقة بين شركة Yahoo.com والاقليم الفرنسي يمكن من خلالها تفسير اختصاص القضاء الفرنسي غير أن القضاء الفرنسي عمل على تطبيق المادة 113-2 عقوبات فرنسي تطبيقا جامدا مكرسا أن :

1- banks, james (2011). european regulation of cross-border hate speech in cyberspace: the limits of legislation. european journal of crime, criminal law and criminal justice, 19 (1), p7.

2 - romain boos , la lutte contre la cybercriminalité au regard de l'action des états, thèse de doctorat en droit privé et sciences criminelles , université de lorraine ,2016 ,p167.

" وصول الموقع لالكتروني Yahoo.com الى الإقليم الفرنسي هو وصول للنتيجة الجرمية وتأسيسا على ذلك تكون احدى الاعمال المشككة للجريمة واقعة ضمن الإقليم الفرنسي فيكون معيار الوصول تأسيسا على ذلك وحده كافيا لتطبيق قانون العقوبات الفرنسي¹ . "

إن نفس التوجه جاءت به محكمة النقض الفرنسية بعد سنوات في قضية مخبر المنتجات الصيدلانية Thea (2008) ؛ أين كرست معيار الوصول بطريقة غير مباشرة عندما رفضت الطعن بالنقض الذي أثاره المتهم والمؤسس على عدم اختصاص قاضي التحقيق الفرنسي بالنظر في تقرير مزور مستضاف في موقع الكتروني خارج فرنسا يحتوي على تشويه للمخبر الفرنسي Thea حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الاستئناف: لا يوجد ما يمنع النيابة العامة الفرنسية في تطبيق قانون العقوبات الفرنسي على موقع قابل للوصول في فرنسا وتأسيسا على ذلك اختصاص النيابة العامة الفرنسية وقضاة التحقيق في حماية المؤسسة ضحية فعل التزوير².

ثانيا : معيار الارتباط *la théorie de la focalisation*

يكرس تطبيق معايير الارتباط *la théorie de la focalisation* أن وصول الموقع الالكتروني الذي يتضمن الفعل المجرم الى الإقليم لا يكون وحده كافيا لتطبيق قانون العقوبات الفرنسي تطبيقا حرفيا للمادة 113-2 ، بل يجب أن تقدر المحكمة وجود حالة من الارتباط بين الفعل المجرم والاقليم محل نفاذ النص الجنائي ليكون تطبيق قانون العقوبات مؤسسا قياسا لمبدأ الإقليمية ، من الواضح أن تكريس معايير الارتباط هو محاولة للتضييق من تطبيق مبدأ إقليمية النص الجنائي في مواجهة عالمية الجريمة عبر الانترنت من خلال عدم اكتفاء المحاكم تطبيق معيار الوصول كمعيار وحيد بل محاولة تقدير وجود حد أدنى من الارتباط بين الفعل والاقليم ، ذلك أن تطبيق معيار الوصول نتج عنه بعض النتائج غير العملية في واقع الامر :

1- jacques francillon , infractions relevant du droit de l'information et de lacommunication , revue de science criminelle et de droit pénal comparé , dalloz , n° 3, 2016 , p536.

2- CC, criminelle, Chambre criminelle, 15 janvier 2008, 07-86.944, Publié au bulletin

النتيجة الاولى : ربط تطبيق قانون العقوبات الفرنسي بالوصول يعني تكريس عالمية القضاء الفرنسي في جرائم الانترنت ، فنطاق تطبيق قانون العقوبات الفرنسي يتوسع بشدة الى جميع جرائم الانترنت عبر العالم بمجرد قابلية وصول الموقع الالكتروني الى الإقليم الفرنسي¹ ،

النتيجة الثانية : تطبيق هذا المعيار ينتج عنه في واقع الامر حالة تنازع دولي في الاختصاص ، ذلك أن أي قضاء وطني يمكن أن يعلن اختصاصه بإعتبار أن شبكة الانترنت قابلة للوصول الى جميع أنحاء العالم² .

تأسيسا على ذلك عملت محكمة النقض الفرنسية في السنوات الأخيرة على اللجوء الى تطبيق معايير الارتباط في بعض اجتهادها خصوصا في مجال جنحة التقليد عبر الانترنت ، تعتبر قضية IL Foglio (2008) من أوائل القضايا في المادة الجنائية التي كرس فيها القضاء الفرنسي معايير الارتباط لتطبيق قانون العقوبات على جرائم الانترنت متخليا بذلك عن معيار الوصول كمعيار وحيدة لتطبيق قانون العقوبات.

وتعود وقائع القضية الى أن موقع الكتروني لجريدة إيطالية تعرف بـ IL Foglio قامت بنشر مقال مترجم من اللغة الفرنسية الى الإيطالية تعود ملكيته أساسا لصحفيين فرنسيين ، من الواضح أننا امام جنحة تقليد ؛ ذلك أن عملية ترجمة المصنف الى اللغة الإيطالية لا يكون مشروعا دون ترخيص مسبق من مالك الحقوق³ وهو ما دفع الطرف المدني (المالك الأصلي للمقال) الى رفع دعوى تقليد أمام القضاء الفرنسي ، وقد قدرت محكمة استئناف باريس⁴ بالفعل وجود جنحة التقليد إضافة الى رفض الدفع الذي تقدم به المتهم بعدم قابلية تطبيق قانون العقوبات الفرنسي على المنازعة حيث كرس أن تطبيق قانون العقوبات الفرنسي يكون مؤسسا قياسا لمعيار الوصول تطبيقا للمادة 113-2. غير أن محكمة النقض الفرنسية خالفت الممارسة القضائية السائدة في ذلك الوقت والقاضية بتطبيق معيار الوصول فأعتبرت أن وصول الموقع الالكتروني ilfoglio.it

1- Jacques Francillon , op.cit , p 538.

2 - Romain Boos , op.cit , p 167.

3 -Guillaume Royer , CHRONIQUE DE DROIT PÉNAL INTERNATIONAL DES AFFAIRES,Revue internationale de droit pénal,Vol. 80 , 2009 , p 601

4- CAParis 13ème chambre, section A Arrêt du 25 septembre 2007 Giuliano F. / Antonio T.

لا يعتبر كافياً لتطبيق قانون العقوبات الفرنسي على جرائم الانترنت بل يجب على المحاكم أن تقدر وجود حد أدنى من الارتباط بين الموقع الإلكتروني والإقليم الفرنسي حيث أقرت: " محكمة الاستئناف لم تقدر وجود جنحة تقليد مرتكبة على الإقليم الفرنسي مما يجعل من تطبيق قانون العقوبات الفرنسي مؤسساً ذلك أن مجرد وصول الموقع الإلكتروني إلى الإقليم الفرنسي لا يمثل معيار كافٍ لتطبيق قانون العقوبات الفرنسي بل يجب على المحاكم أن تقدر وجود حد أدنى من الارتباط بين الموقع الإلكتروني والمجتمع الفرنسي"¹

تأسيساً على هذا الطرح لم تقدر محكمة النقض الفرنسية وجود أي ارتباط بين الموقع الإلكتروني ilfoglio.it الذي يمثل الدعامة الإلكترونية للمقال محل التقليد المنشور باللغة الإيطالية والإقليم الفرنسي ، فالمجتمع الفرنسي لا يتحدث الإيطالية ؛ إضافة إلى أن الصحيفة الإيطالية ذاتها لا توزع في فرنسا وهو ما يجعل من تطبيق قانون العقوبات الفرنسي غير مؤسس لغياب الحد الأدنى من الارتباط ، وثمّثل قرار محكمة النقض الفرنسية بداية نحو استقرار الاجتهاد القضائي الفرنسي في تطبيق معيار الارتباط .

الفرع الثاني : إستحداث المشرع الفرنسي لمعيار الإقامة

كرس المشرع الفرنسي معيار جديد يعرف بمعيار الإقامة la résidence de la victime en France كأساس لتطبيق مبدأ الإقليمية عبر شبكة الانترنت وذلك من خلال تعديل قانون العقوبات الفرنسي بموجب القانون 2016-731 المتضمن وسائل مكافحة الجريمة المنظمة والإرهاب وتكريس الضمانات الأساسية للنصوص الاجرائية² حيث استحدث المشرع الفرنسي المادة 113-2-1 ضمن القسم المعنون بـ تطبيق قانون العقوبات من حيث المكان ، من الواضح تماماً أن المشرع الفرنسي قدم معياره الخاص في تطبيق مبدأ الإقليمية ، وهو معيار مخالف للمعايير السابقة التي عمل القضاء الفرنسي على تكريسها خلال عقود من الزمن ، وأساس هذا المعيار أن تطبيق قانون العقوبات الفرنسي يكون مؤسساً بمجرد ثبوت الضرر الناتج عن الجريمة المعلوماتية في حق

1- CC, criminelle, Chambre criminelle, 9 septembre 2008, 07-87.281, Inédit

2 -LOI n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

الشخص الطبيعي او المعنوي المقيم على الأراضي الفرنسية ، ذلك أنه بمجرد استعمال شبكة الانترنت لارتكاب جناية او جنحة تمس بمصالح شخص مقيم في فرنسا فإن القضاء القمعي الفرنسي يكون مختصا أساسا دون الحاجة الى تكريس أي معايير أخرى، ويعتقد بعض الفقه في فرنسا أن المادة 1-2-113 تمثل ألية متشددة لمواجهة تحديات الجريمة المعلوماتية وخصوصا ما تعلق منها بالجرائم الإرهابية¹ من خلال تطبيق مبدأ الإقليمية مباشرة دون اللجوء الى المبادئ الاحتياطية وعلى رأسها مبدأ الشخصية (الجانب السلبي) le principe de compétence personnelle passive الذي يجعل من تطبيق قانون العقوبات الفرنسي- متى توفرت شروط معينة- مؤسسا عندما يكون الضحية حامل للجنسية الفرنسية وقت ارتكاب الجريمة بموجب المادة 7-113 من قانون العقوبات الفرنسي غير أن معيار الإقامة أكثر توسعا فهو غير مرتبط بالجنسية وإنما بالإقامة في الإقليم الفرنسي .

وتعمل المحاكم الفرنسية على تقدير وجود عنصرين جوهريين ليكون تطبيق قانون العقوبات الفرنسي مؤسسا قياسا لمبدأ الإقامة :

العنصر الأول هو الإقامة في الإقليم الفرنسي ويقصد بالإقامة هنا الفعلية وليس الشرعية ؛ ذلك أن الوصول الى القضاء هو حق من حقوق الانسان لا المواطنة ، فكل ضرر يصيب أي شخص مقيم ضمن الإقليم الفرنسي يؤسس للحماية القضائية.

العنصر الثاني ثبوت الضرر في حق المقيم سواء كان شخص طبيعي او معنوي الناتج عن الجريمة المعلوماتية وذلك دون الحاجة الى أي من المعايير القضائية السابقة .

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري

إن نظامنا القانوني لم يعرف هذه الاشكالية ، ويرجع ذلك الى قلة المنازعات مقارنة بالاقضية الغربية وعلى هذا الاساس فإن تطبيق قانون العقوبات الجزائري على الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال يخضع الى معيار الوصول وهو التفسير الأكثر ملائمة من قانون العقوبات:

1 -Raphaële Parizot , Jean-Baptiste Perrier, CHRONIQUE LÉGISLATIVE , Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,Dalloz, 2016/2 N° 2 , p378

" تُعد مرتكبة في الاقليم الجزائري كل جريمة يكون عمل من الاعمال المميزة لاحد اركانها المكونة لها قد تم في الجزائر"¹ وذلك في ظل غياب أي إجتهااد قضائي يكرس مخالفة هذه النقطة.

والواقع أن تطبيق معيار الوصول في الفترة الحالية قد لا يمثل مشكلة عملية غير أن تزايد عدد الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال سوف يجعل من قضائنا الجزائري في الفترة القادمة يميل الى التخلي عن معيار الوصول الى معيار الاقامة او الارتباط على اقل تقدير وذلك بهدف تقليل إمكانية تطبيق قانون العقوبات الجزائري على الجرائم خصوصا تلك التي لا تتركس أي علاقة مع الاقليم او المواطنين الجزائريين.

1 المادة 586 من قانون العقوبات المعدل والمتمم

المطلب الثاني

دور المبادئ الاحتياطية في حماية العلامة عبر الانترنت

يمكن اللجوء بصفة استثنائية الى توسيع تطبيق قانون العقوبات الجزائري من خلال المبادئ الاحتياطية ويكون ذلك سواء باللجوء الى مبدأ الشخصية السلبية (الفرع الاول) او مبدأ العينية (الفرع الثاني) وذلك بهدف توفير أقصى حماية ممكنة لمالك العلامة التجارية عبر الانترنت حالة عدم إمكانية تطبيق قانون العقوبات الجزائري قياسا لمبدأ الإقليمية.

الفرع الأول: مبدأ الشخصية السلبية

يقصد بمبدأ الشخصية عموما أن كل دولة تمارس إختصاصها القضائي على الأشخاص الذين يحملون جنسيتها¹ وأساس تطبيق قانون العقوبات طبقا لمبدأ الشخصية هو الجنسية دون الإقليم حيث تميل التشريعات الحديثة الى تكريس مبدأ الشخصية كألية احتياطية لتوسيع نطاق تطبيق قانون العقوبات في الحالة التي لا يكون هذا التطبيق ممكنا قياسا لمبدأ الإقليمية ، ويقصد بمبدأ الشخصية السلبية le principe de compétence personnelle أن تطبيق قانون العقوبات الجزائري يكون مؤسسا متى كان ضحية الجريمة المرتكبة في الخارج جزائريا² وهو ما يهمننا على مستوى هذه الدراسة حيث يطرح التساؤل حول الدور الذي يمكن أن يلعبه مبدأ الشخصية الجنائية السلبية في حماية العلامة التجارية عبر الانترنت؟ والواقع أن مشرعا الجزائري لم يعترف بالشق السلبية لمبدأ الشخصية إلا بعد تأخر طويل مقارنة بالمشرع الفرنسي³ وذلك بعد تعديل المادة 588 من قانون الإجراءات الجزائرية بموجب الامر 02-15⁴ حيث نص بشكل غير صريح على توسيع نطاق تطبيق تشريعا الجزائري الى الجرائم المرتكبة في الخارج والتي يكون فيها

1 -Charles Rousseau, Droit international public,Dalloz,france, 1976,p 95-96.

2- وردة شرف الدين ، حل مشكلة تنازع الاختصاص الجنائي الدولي في مجال مكافحة جرائم التجارة الإلكترونية -وفقا للاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة 2010- ، مجلة الحقوق والحريات ، المجلد 5، العدد 1 ، 2019 ، ص130.

3 -Delphine Brach-Thiel , LA VICTIME D'UNE INFRACTION

EXTRATERRITORIALE , Dalloz « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé » , 2010/4 N° 4, p821.

4- أمر رقم 02-15 مؤرخ في 23 يوليو 2015 يعدل ويتم الامر رقم 66-115 المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون الاجراءات الجزائرية.

الضحية جزائريا دون أن يفرد له مادة خاصة : " تجوز متابعة ومحاكمة كل أجنبي ، وفقا لاحكام القانون الجزائري ارتكب خارج الإقليم الجزائري بصفة فاعل او شريك أي جنائية او جنحة ترتكب اضرار بمواطن جزائري." وقد أحسن مشرعنا الجزائري بتكريسه لمبدأ الشخصية السلبية وإن كان تطبيقه محدود في مجال حماية مالك العلامة التجارية عبر الانترنت من وجهة نظرنا ؛ ذلك أن تطبيق قانون العقوبات الجزائري يكون مؤسسا قياسا لمبدأ الشخصية السلبية متى توفرت تطبيقا للمادة 586 و588 من قانون الإجراءات الجزائية الشروط التالية :أولا ؛ ألا تكون احدى العناصر المميزة لجنحة التقليد مرتبكة ضمن الإقليم الجزائري ، سواء من حيث السلوك او النتيجة الاجرامية، ذلك أن ارتكاب أي عنصر من عناصر الجريمة على مستوى الإقليم الجزائري يجعل من تطبيق قانون العقوبات الجزائري مؤسسا قياسا لمبدأ الإقليمية وليس مبدأ الشخصية السلبية تطبيقا للمادة 586 من قانون الاجراءات الجزائية ، ثانيا : أن يكون ضحية فعل الاعتداء على العلامة شخص طبيعي حامل للجنسية الجزائرية وقت ارتكاب الجريمة ، ذلك أن تطبيق المادة 588 محصور بالشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي الخاضع للقانون الجزائري تأسيسا على اللفظ مواطن جزائري الوارد في المادة 588 من قانون الإجراءات الجزائية قياسا للتفسير الضيق للنصوص الجنائية.ونعتقد من وجهة نظرنا ضرورة تعديل هذه المادة لتمثل كذلك الجرائم التي ترتكب في الخارج من طرف أجانب ضد الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الجزائري - وهم أكثرية مالكي العلامات التجارية في حقيقة الامر- من خلال استبدال اللفظ مواطن جزائري بعبارة "أي شخص طبيعي او معنوي من جنسية جزائرية" .

الفرع الثاني : مبدأ العينية

يتمثل مبدأ العينية في قدرة الدولة من خلال نصوصها الحنائية على تجريم ومحاكمة الأفعال المرتكبة في الخارج والماسة بمصالحها الأساسية¹ أيا كانت جنسية مرتكبها² والواقع أن مبدأ عينية النص الجنائي من المبادئ الاصلية على مستوى تشريعنا الجزائري المنصوص عليها منذ سنة 1966 بموجب المادة 588 من قانون الإجراءات الجزائية و الملاحظ أن القانون 09-04 كرس

1- Anne-Marie LA ROSA , Dictionnaire de droit international pénal : Termes choisis. Nouvelle édition, Genève : Graduate Institute Publications, 1998 , p 9.

2- وردة شرف الدين ، المرجع السابق ، ص 130.

بدوره مبدأ العينية صراحة في مجال الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال من خلال نص خاص وهي المادة 15 والتي تنص صراحة على توسيع تطبيق قانون العقوبات بالنسبة للجرائم الالكترونية التي تمس بالمصالح العليا للدولة ونعتقد من وجهة نظرنا أن تطبيق مبدأ العينية على الجرائم الماسة بالعلامة عبر الانترنت ممكن من الناحية القانونية غير أنه نادر في الحياة العملية ذلك أنه يتطلب توفر مجموعة من الشروط من الصعب توفرها قياسا للوضع الحالي :-

الشرط الأول : ألا تكون احدى العناصر المميزة للجريمة مرتبطة ضمن الإقليم الجزائري ، سواء من حيث السلوك او النتيجة الاجرامية ، ذلك أن ارتكاب أي عنصر من عناصر الجريمة على مستوى الإقليم الجزائري يجعل من تطبيق قانون العقوبات الجزائري مؤسسا قياسا لمبدأ الإقليمية تطبيقا للمادة 586 من قانون الاجراءات الجزائية -الشرط الثاني: ألا يكون الضحية شخص طبيعي حامل للجنسية الجزائرية ، ذلك أن المواطنة تجعل من تطبيق قانون العقوبات الجزائري مؤسسا قياسا لمبدأ الشخصية تطبيقا للمادة 588 من قانون الإجراءات الجزائية ، وهو الشرط الأكثر أهمية في حقيقة الامر - الشرط الثالث : أن تمس الجريمة المرتكبة عبر الانترنت بالمصالح الاستراتيجية للاقتصاد الجزائري وذلك تطبيقا للمادة 15 من القانون 04-09 : ".... عندما يكون مرتكبها أجنبيا وتستهدف مؤسسات الدولة الجزائرية ... او المصالح الاستراتيجية للاقتصاد الجزائري" ويطرح التساؤل في حقيقة الامر متى يعتبر الاعتداء على العلامة عبر الانترنت المرتكب في الخارج مساسا بالمصالح الاستراتيجية للاقتصاد الوطني؟ والظاهر أننا أمام مصطلح غامض وهو ما يطرح صعوبة على مستوى تفسير هذه العبارة ذلك أنه من الثابت ان الاعتداء على العلامات التجارية الوطنية خصوصا المشهورة منها هو مساس مباشر بالمصالح الاستراتيجية للأنظمة الاقتصادية غير أنه لا يمكن تطبيق مبدأ العينية المنصوص عليه بموجب المادة 15 من الامر 04-09 على الجرائم الماسة بالعلامة عبر الانترنت - من وجهة نظر الباحث - إلا في الأحوال التي تقدر فيها النيابة العامة تلقائيا او من خلال جهود الدفاع أن حجم المساس المرتبط بتكنولوجيا الاعلام والاتصال وصل الى حد من الجسامة بحيث ينعكس سلبا على الاقتصاد الجزائري وهو ما يمثل اقضاء ممنهج لمالكي العلامة التجارية الوطنية من المؤسسات الصغيرة والمتوسطة المالكة للعلامات الوطنية ذات الشهرة المتدنية.

الفصل الثاني

مسؤولية الفاعلين عبر شبكة الانترنت

إن الاعتداء على العلامة التجارية عبر الانترنت هي ظاهرة متعددة الفاعلين ؛ وعلى هذا الأساس فإن تعدد الفاعلين هو تعدد لانظمة المسؤولية في حد ذاتها ؛ ذلك أن ممارسة أي شكل من أشكال المساس بالحق في العلامة التجارية (أو أي جريمة متصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال) لا يكون ممكنا من الناحية العلمية دون وجود بعض أشكال الوطاء بين الناشر (الشخص الذي يعمل على إنشاء المحتوى الذي يمثل اعتداء على العلامة) وبين المستهلك النهائي الذي يستهلك المحتوى محل التجريم.

سوف نركز ضمن هذا الفصل الحالي على مسؤولية الوطاء عبر الانترنت قياسا للتأثير الكبير على عملية المساس بالحق في العلامة التجارية؛ ذلك أن غياب وظيفة الوطاء يجعل من المستحيل ليس فقط المساس بمختلف الحقوق عبر الشبكة بل إن تواجد شبكة الانترنت في حد ذاتها لا يكون ممكنا (المبحث الاول).

ومن جهة ثانية فإن ناشر المحتوى والذي يعتبر الفاعل الثاني الأكثر أهمية في عملية المساس بالحق في العلامة التجارية عبر شبكة الانترنت بإعتبار أن الناشر هو المصدر الأول للمساس بالحق وبالتالي فإن الناشر يخضع كذلك وهذه مسألة بديهية الى المسؤولية القانونية الكاملة عن مختلف أشكال الجرائم المترتبة عبر شبكة الانترنت ، والواقع أن دراسة مسؤولية الناشر هي دراسة القواعد العامة في المسؤولية سواء كانت مسؤولية مدنية أو جنائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مسؤولية الوسيط التقني

إن فكرة الوطاء غير مرتبطة بشبكة الانترنت؛ ذلك أن كثير من مظاهر الحياة العلمية قائمة على فكرة الوساطة وعلى هذا الأساس فإن مؤسسة البريد على سبيل المثال تعتبر شكل من أشكال الوساطة بين المرسل والمرسل اليه عند نقل مختلف الطرود البريدية¹ وهو الحال بالنسبة لشبكة الانترنت حيث يضمن الوطاء عملية نقل وتخزين مختلف المعطيات الالكترونية بين شخصين ؛ الأول ينشأ المحتوى والثاني يستهلك هذا المحتوى وعلى هذا الأساس فإن وظيفة الوطاء عبر الانترنت من حيث التأصيل البسيط لا تختلف عن مختلف أشكال الوساطة المعروفة في الحياة العملية ويعتبر الوطاء عبر الانترنت من أهم الفاعلين في مجال السير التقني لشبكة الانترنت بإعتبار أن الوظيفة الأساسية للوظطاء تتمثل في ضمان الوصول وتخزين المعطيات عبر الشبكة ودون وجود هذه الوظيفة فإن إمكانية التواصل في حد ذاتها هي مسألة غير ممكنة تقنيا (المطلب الاول) وعلى هذا الأساس فإن تكريس أنظمة المسؤولية الخاصة بهذا النوع من الفاعلين يكون قياسا لطبيعة الوظيفة الخاصة لهؤلاء الفاعلين عبر شبكة الانترنت(المطلب الثاني).

1- Jaani Riordan, The Liability of Internet Intermediaries, Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy in Law, Magdalen College, Oxford, 2013, p32.

المطلب الأول

الوسيط التقني

تكرس التشريعات المختلفة ومن بينها مشرعا الجزائري تصنيف معين للوسطاء عبر شبكة الانترنت (الفرع الاول) وهو ما يسمح من إصباغ صفة الوسيط التقني على بعض الفاعلين لتميزهم بخصائص موضوعية معنية تجعل من طبيعتهم القانونية تختلف عن بقية الفاعلين ضمن مجتمع الانترنت (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تصنيف الوسطاء

يصنف الوسيط التقني الى نوعين؛ النوع الأول يعرف بـ مقدم خدمة الوصول les fournisseurs d'accès internet (أولا) في حين يتمثل النوع الثاني في المستضيف Un hébergeur (ثانيا) وهو التصنيف المعتمد من طرف مشرعا الجزائري بموجب المادة 2 (د) من القانون 04-09 المتضمن القواعد الخاصة بمكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال تحت مسمى مقدمي الخدمات والقانون الفرنسي بموجب المادة 6 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي (LCEN).

أولا : مقدم خدمة الوصول les fournisseurs d'accès à internet

يعرف المشرع الجزائري بموجب المادة 2(د)-1 من القانون 04-09¹ مقدم خدمة الوصول بإعتباره: كيان عام او خاص يقدم لمستعملي خدماته القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية و/أو نظام الاتصالات، المشرع الفرنسي كرس تعريف مقدم خدمة الوصول بموجب المادة 6(ل)1 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي (LCEN) بإعتبارهم : الأشخاص الذين يتمثل نشاطهم في تزويد الجمهور بخدمة اتصال عبر الخط والملاحظ أن كل من المادة 2(د)-1 من تشريعنا الجزائري والمادة 6(ل)1 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي (LCEN) تكرر معيار وحيد لمقدم خدمة الوصول وهو الشخص أو الكيان الذي يعمل على تزويد الجمهور بخدمة الانترنت في إطار علاقة تعاقدية تجمع بين المزود والمستهلك النهائي، ويكرس القضاء الفرنسي أن

1- المادة 2(د)-1 من القانون المتضمن القواعد الخاصة بمكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال

التزام مقدم خدمة الوصول اتجاه المستهلك هو التزام بتحقيق نتيجة une obligation de résultat¹ بإعتبار أن مقدم خدمة الوصول يمثل النقطة الأولية لاتصال الجمهور بشبكة الانترنت² فهو يضمن من الناحية التقنية نقل المعطيات بين مختلف الفاعلين عبر الشبكة وعلى هذا الأساس فكل شخص طبيعي او معنوي يوفر للجمهور إمكانية الاتصال بشبكة الانترنت بأي شكل من الاشكال سواء بمقابل أو مجانا يعتبر من قبيل مقدم خدمة الوصول وعلى هذا الأساس وسيطا تقنيا عبر الانترنت سواء تم تقديم هذه الخدمة بطريقة أصيلة (1) أو عرضية (2).

1. تقديم خدمة انترنت بشكل أصيل.

تعتبر شركات الاتصالات مقدم خدمات انترنت بشكل أساسي بإعتبار أن تقديم الخدمة يكون بشكل أصيل وأساس النموذج الاقتصادي لشركات الاتصالات وتخضع الأشخاص التي تعمل على توفير خدمة انترنت للمرسوم التنفيذي 98-257 الذي يضبط ويحدد شروط إقامة خدمات انترنت³ ويمنع المرسوم 98-257 على الأشخاص الطبيعية تقديم خدمة انترنت بشكل أصيل وتأسيسا على ذلك يجب أن يكون الشخص الذي يقدم خدمة انترنت شخص معنوي من جنسية جزائرية.

2. تقديم خدمة انترنت بشكل عرضي.

إن المفهوم المكرس بموجب المرسوم التنفيذي 98-257 لمقدمي خدمات انترنت والذي يحصر عملية تقديم خدمة انترنت بالأشخاص المعنوية يؤدي بنا الى التساؤل حول إمكانية أن يكون مقدم خدمة انترنت شخص طبيعي؟ وهل يمثل إقصاء الشخص الطبيعي من تقديم خدمة انترنت إعفاء من المسؤولية القانونية؟ والظاهر أن المرسوم التنفيذي 98-257 يكرس إقصاء الشخص الطبيعي من مجال تقديم خدمة انترنت خصوصا أن تعريف مقدم خدمة انترنت المكرس حديثا بموجب المادة 2(د) من القانون 09-04 يميل الى إقصاء الشخص الطبيعي كذلك من خلال عبارة " أي كيان عام او خاص" والتي تؤكد أن مشرعنا الجزائري يعتبر أن مقدم الخدمة أساس هو الشخص

1- CC, Chambre civile 1, du 8 novembre 2007, 05-20.637, Inédit

2- حدة بوخالفة ، المسؤولية الجزائرية لمعهد الدخول عبر الانترنت ، مجلة الدراسات القانونية ، المجلد 6 ، العدد 01 ، 2020 ، ص 2.

3- المرسوم تنفيذي رقم 98 - 257 المؤرخ في 03 جمادي الأول الموافق 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات "انترنات" واستغلالها . (الجريدة الرسمية عدد 63 بتاريخ 26 أوت 1998).

المعنوي دون الطبيعي، وقياسا للتجربة المقارنة فإن هذا التوجه يعتبر تقليديا بحيث يختصر مقدم خدمة انترنت في الشخص المعنوي أي شركات الاتصالات دون الأشخاص الطبيعية والاصل أن الشخص الطبيعي يمكن وفي أحوال كثيرة من تقديم خدمة انترنت بشكل عرضي دون أن تكون الخدمة نشاط أصيل له وهو ما يفسر تكريس الاقضية الأوروبية معيار واسع لمقدم خدمة انترنت يشمل أي شخص طبيعي أو معنوي يضمن إتصال الجمهور بشبكة الانترنت دون إقصاء الأشخاص الطبيعية، وهو ما جاء المشرع الفرنسي في المادة 6(ل1) من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي (LCEN) المشار إليه إعلاه الأشخاص الذين يتمثل نشاطهم في تزويد الجمهور بخدمة اتصال عبر الخط بحيث تشمل عبارة الأشخاص الشخص الطبيعي والمعنوي، وقد كرس محكمة العدل الأوروبية CJUE هذا المفهوم الواسع بالفعل لمقدم خدمة انترنت حيث اعتبرت أن الشخص الطبيعي الذي يوفر ضمن المتجر الخاص به للزبائن إمكانية الاتصال بشبكة الانترنت من خلال نظام WIFI الخاص بالمتجر يعتبر من قبيل مقدم خدمة الوصول ويخضع لنفس النظام القانوني لمقدمي خدمات الوصول التقليدية (شركات الاتصالات) عند المساءلة القانونية بالنسبة للجرائم المرتكبة من طرف الغير بإستعمال شبكة الاتصال الخاصة بالمتجر¹، وكرس القضاء الفرنسي أن المؤسسة التي توفر للعمال إمكانية الاتصال بشبكة الانترنت تعتبر في حكم مقدم خدمة إنترنت² ويقوم في هذا المقام مقاهي الانترنت والفنادق والمطارات والمطاعم وغيرها متى مكنت الزبائن من الاتصال بشبكة الانترنت على مستواها فالمعيار واسع ذلك أن كل شخص طبيعي او معنوي يوفر للجمهور إمكانية الاتصال بشبكة الانترنت بأي شكل من الاشكال سواء بمقابل أو مجانا يعتبر من قبيل مقدم خدمة الوصول وعلى هذا الأساس وسيطا تقنيا، وتقترح على مشرعنا الجزائري تعديل المادة 2(د) بالشكل التالي " كل شخص طبيعي او معنوي" دون اللفظ كيان عام او خاص الذي يحصر مقدم خدمة انترنت بالاشخاص المعنوية دون الطبيعية.

1 - Cour de justice de l'Union européenne, 3ème ch., arrêt du 15 septembre 2016- Tobias Mc Fadden c / Sony Music Entertainment Germany GmbH

2 - valérie sédallian, la responsabilité de l'employeur en tant que fournisseur d'accès à internet, victoires éditions | « legicom », 2002/2 n° 27.

ثانيا : المستضيف les hébergeurs

يعرف المستضيف بموجب القانون 09-04 بإعتباره : أي كيان يقوم بمعالجة او تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الاتصال او لمستعملها¹ بالعودة الى قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي (LCEN) يعرف المشرع الفرنسي المستضيف بموجب المادة 6(ل)2 يشكل أكثر دقة : الأشخاص الطبيعية او المعنوية التي تضمن ، ولو بصفة مجانية تخزين الإشارات ، النصوص ، الصور ، الأصوات ، او أي رسائل مهما كانت طبيعتها مرسله من طرف مستخدم الخدمة ، يوفر المستضيف مساحة عبر شبكة الانترنت تسمح لمستخدميها بتخزين مختلف المعطيات مع إمكانية الوصول اليها في كل وقت²، ويجب عدم الخط تأسيسا على ذلك بين مقدم خدمة الوصول un fournisseur d'accès internet الذي يعمل على تزويد الجمهور بإمكانية الاتصال بالشبكة بمفهوم المادة 2(د)-1 من القانون 09-04 وبين المستضيف un hébergeur بمفهوم المادة 2(د)-2 من القانون 09-04 الذي يعمل أساسا على تخزين المعطيات على الخوادم الخاصة به serveur لمستعملي خدمة الاتصال وذلك بهدف مشاركتها مع الغير، وتتميز الوظيفة التقنية للمستضيف في حد ذاتها بالحساسية الشديدة بإعتبار أنه يعتبر كمخزن لمختلف أنواع المعطيات بما في ذلك المعطيات غير المشروعة³ (الاعتداء على الحق في العلامة على سبيل المثال) وهو ما يطرح تساؤلات حول المسؤولية القانونية لمقدم هاته الخدمة بالنسبة للمعطيات غير المشروعة التي يعمل طرف ثالث على تخزينها؟

الفرع الثاني: تكريس صفة الوسيط التقني وتمييزها

يتميز الوسطاء التقنيون بمجموعة من الخصائص المشتركة (أولا) ما يسمح بتمييز الوسيط التقني عن غيره من الفاعلين عبر شبكة الانترنت(ثانيا)

1 -المادة 2(د)-2 من القانون المتضمن القواعد الخاصة بمكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال

2 -أودين سلوم الحايك ، مسؤولية مزودي خدمات الانترنت التقنية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 2009، ص42 .43.

3 - أودين سلوم الحايك ، المرجع السابق ، ص 41.

أولاً : الخصائص المشتركة للوسطاء

الخاصية الأولى هي الدور السلبي المكرس بموجب محكمة العدل الأوروبية اول الامر ذلك أن مقدم الخدمة قياسا لوظيفته التقنية لا يمارس أي دور إيجابي فيما يتعلق بالمعطيات عبر شبكة الانترنت سواء التي يسمح بالوصول اليها او التي يعمل على تخزينها بمبادرة طرف ثالث (1) في حين تتمثل الخاصية الثانية في إستحالة ممارسة الوسيط التقني للرقابة القبلية لهذه المعطيات من حيث مشروعيتها قياسا للحجم الكبير هذه المعطيات (2) فمتى توفرت هذه الخصائص إتجاه المعطيات في أي فاعل من الفاعلين عبر شبكة الانترنت فإننا نكون أمام وسيط تقني بالمفهوم الوارد في المادة 2 من القانون 09-04.

1. الدور السلبي *Le rôle passif*

كرست محكمة العدل الأوروبية في قرار ¹ Google / LVMH, Viaticum للمرة الأولى تفسيرها الخاص للمادة 14 من التنظيم الأوروبي للتجارة الالكترونية² حيث إعتبرت أن الخصوصية الأساسية للوسيط التقني عبر الانترنت والتي تؤدي الى تمييزهم عن بقية الفاعلين تكمن في الدور السلبي الذي يمارسونه إتجاه المعطيات ، والوسيط التقني تأسيسا على ذلك لا يتدخل بشكل إيجابي مطلقا في توريد المعطيات سواء التي يضمن الوصول اليها (مقدم خدمة انترنت) او التي يعمل على تخزينها بمبادرة طرف ثالث (المستضيف) ، ويعتبر قرار Google / LVMH, Viaticum من محكمة العدل الأوروبية ذو أهمية بالغة بالنسبة للقضاء الفرنسي على الخصوص؛ ذلك أن تأكيد هذا المعيار سمح للمحاكم الفرنسية بتطبيق أكثر دقة للنصوص القانونية المرتبطة بمقدم الخدمة المكرسة بموجب قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي (LCEN) وتمييزه عن غيره من الفاعلين عبر شبكة الانترنت³ خلافا للوضع السابق أين كان هناك اختلاف كبير على مستوى

1 - CJUE,23 mars 2010 , Google / LVMH, Viaticum

2 - Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique

3 - Laure MARINO, Responsabilité civile et pénale des fournisseurs d'accès et d'hébergement, Juris-Classeur Communication, fasc. n° 670, 1re éd. 2016 , note 22,23,24.

القضاء الفرنسي في تحديد معايير متفق عليها لتمييز الوسطاء التقنيين نتج عنه اضطراب على مستوى الاحكام القضائية.

2. إستحالة الرقابة القبلية

لا يمكن من الناحية التقنية للوسيط التقني ممارسة رقابة قبلية على المعطيات التي يضمن نقلها او تخزينها ويرجع ذلك أساسا الى حجم المعطيات؛ فكلما كان حجم المعطيات المنقولة او المخزنة كبير كانت هناك استحالة بحكم الواقع لممارسة أي رقابة قبلية فلا يعتبر من قبيل الوسيط التقني في حقيقة الامر الفاعل الذي يمارس بالفعل أو يمكن أن يمارس - قياسا للوقائع المادية - رقابة قبلية على المعطيات التي ينقلها او يخزنها والواقع أن القضاء الفرنسي تشدد في المراحل الأولى¹ في تكريس واجب الرقابة القبلية على الوسطاء في بداية تعامله مع هذا النوع من المنازعات ولم يأخذ بعين الاعتبار الصعوبات التقنية (الحكم الضخم لمعطيات) والمادية (نققات الرقابة) التي تواجه الوسطاء في مراقبة كل المعطيات التي ينقلونها او يضمنون تخزينها² غير أن تدخل المشرع الأوروبي والفرنسي بعد ذلك أعفى نهائيا الوسطاء من أي واجب عام للرقابة وتأسيسا على ذلك فالوسيط التقني عبر الانترنت هو ذلك الفاعل الذي لا يمكن أن يمارس - قياسا لحجم المعطيات - أي رقابة قبلية على هذه المعطيات فمتى مارس الفاعل عبر الانترنت رقابة قبلية بالفعل أو كان من الممكن ممارسة هذا النوع من الرقابة على المعطيات فإنه يخرج من تصنيف الوسطاء التقنيين الى تصنيف مختلف وهو الناشر.

ثانيا : تمييز الوسيط التقني عن الناشر

يعتبر كل من الوسيط التقني والناشر من الفاعلين عبر الانترنت غير أن هناك اختلاف جوهري بين الفاعلين قياسا لطبيعة الدور الذي يمارسه كل فاعل عبر الانترنت (1) ونظام المسؤولية (2).

1 - TGI Nanterre , Lacoste / Multimania, 8/12/1999

TGI Lyon, 28 mai 2002, SARL Père-Noël .fr c/ M. F. M., Mlle E. C. et SARL Deviant Network

2 - M.Truyens , P. Van Eecke, Liability of domain name registries: Don't shoot the messenger , computer law & security review , Volume 32, Issue 2, April 2016, P327

1. طبيعة الدور

الناشر¹ يشارك في نشر المعطيات عبر الانترنت ويعتبر المصدر الأول للمحتوى المنشور عبر الشبكة وعلى هذا الأساس يمارس الناشر دور إيجابي إتجاه المعطيات² فهو يعمل على إنشاء هذه المعطيات أو مشاركتها على أقل تقدير مع المستهلك النهائي في حين يمارس مقدم الخدمة دور سلبي ولم تتضمن التشريعات تعريف دقيق لفكرة الناشر على نقيض الوضع بالنسبة للوسيط التقني وإن كان قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي (LCEN) أشار إليه بطريقة غير مباشرة بموجب المادة 6 (II) بإعتباره : الشخص الذي يشارك في إنتاج المحتوى Quiconque a contribué à la création du contenu. و الأكثر دقة من وجهة نظر الباحث ما قدمه المشرع الأمريكي في قانون حجب المواد المسيئة عبر الانترنت حيث عرف الناشر تحت تسمية مزود محتوى المعلومات Information content provider بإعتباره : أي شخص أو كيان يضمن بشكل كلي أو جزئي إنشاء أو تطوير المعطيات عبر شبكة الانترنت³.

any person or entity that is responsible, in whole or in part, for the creation or development of information provided through the Internet or any other interactive computer service.

وعلى هذا الأساس يعتبر ناشر كل من يعمل على مشاركة الجمهور عبر الانترنت بمختلف المعطيات سواء كانت مشروعة أو دون ذلك في حين يعتبر من قبيل الوسيط التقني كل شخص طبيعي أو معنوي يتعامل مع هذه المعطيات بالنقل أو التخزين ؛ ذلك أن الناشر يمارس دور إيجابي على نقيض الوسيط التقني الذي يمارس دائما دور سلبي إتجاه المعطيات.

1 يعرف كذلك بـ مورد المحتوى le fournisseur de contenu.

2 - Lionel Thoumyre, La responsabilité pénale et extra-contractuelle des acteurs de l'Internet, Lamy Droit des Médias et de la Communication , 2009 , p9.

<http://juriscom.net/wp-content/documents/resp20091115.pdf>

3 - 47 USC § 230(f)(3) "Information content provider the term "information content provider" means any person or entity that is responsible, in whole or in part, for the creation or development of information provided through the Internet or any other interactive computer service"

2. من حيث المسؤولية

يختلف الناشر عن الوسيط التقني كذلك فيما يتعلق بنظام المسؤولية القانونية ذلك أن مقدم الخدمة قياسا لدوره السلبي فإنه يخضع لنظام مسؤولية محدود بالنسبة للمعطيات غير المشروعة التي ينقلها او يخزنها يعرف هذا النظام الخاص بالاعفاء المشروط *irresponsabilité sous conditions* في حين يخضع الناشر للمسؤولية بموجب القواعد العامة أي المسؤولية الكاملة عن جميع أشكال الاعتداء على العلامة التجارية عبر الانترنت¹

1 - céline castets-renard *op.cit*,p373.

المطلب الثاني

إستفادة الوسيط من نظام خاص للمسؤولية

الهدف من تكريس نظام خاص للمسؤولية القانونية للوسيط عبر الانترنت هو تحقيق التوازن بين مختلف مصالح الفاعلين عبر الشبكة (مالك الحق- الوسيط- المستهلك) ذلك أن الوسيط التقني يمثل أساس وجود شبكة الانترنت من الناحية التقنية ؛ ضف الى ذلك أن تكريس المسؤولية بموجب القواعد العامة في حق الوسيط يعتبر توجه متشدد يؤثر على نمو التجارة الالكترونية والظاهر أن تكريس هذه المسؤولية الخاصة للوسيط جاء بعد مرحلة من التنازع بين الوسيط وماكلي العلامة التجارية في الاقضية الغربية (الفرع الأول) وهو ما عجل بتدخل التشريع المقارن والتشريع الجزائري من خلال تكريس إستفادة الوسيط من الاعفاء من المسؤولية كأصل عام فيما يتعلق بالاعتداء على العلامة التجارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : طبيعة العلاقة بين مالك العلامة التجارية والوسيط

يمثل الوسيط عبر الانترنت عامل مسهل للاعتداء على العلامة التجارية بإعتبار أنهم يوفرون إمكانية نقل وتخزين المعطيات المختلفة عبر شبكة الانترنت ويعتبر الوسيط التقني حلقة الوصل بين الشخص المسؤول عن الاعتداء عن العلامة وبين المستهلك النهائي ودون وجود هذه الوظيفة فإن استعمال العلامة التجارية للغير عبر الانترنت لا يكون ممكنا من الناحية التقنية وعلى هذا الأساس نشأ نوع من التنازع بين مالك العلامة ومختلف أشكال الوسيط عبر الانترنت بإعتبار أن مالك العلامة التجارية يعمل دائما على محاولة تكريس المسؤولية الكاملة للوسيط (أولا) وذلك لاسباب عملية متعددة (ثانيا).

أولا : مظاهر التنازع

تتمثل مظاهر التنازع بين الوسيط التقني ومالك العلامة التجارية أساسا في حجم الدعاوي القضائية المرفوعة ضد الوسيط من طرف مالكي العلامة وعلى هذا الأساس شملت الدعاوي القضائية جميع أصناف الوسيط عبر الانترنت دون استثناء وعرف القضاء في الولايات المتحدة الامريكية أول القضايا المتعلقة بشكل مباشر بالاعتداء على العلامة التجارية سنة 1997 والتي تجمع بين

مالك علامة تجارية ومكتب تسجيل اسم النطاق الوحيد في تلك الفترة Network Solutions من خلال قضية ¹ **Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions** والظاهر أن طرف ثالث عمل على السطو الإلكتروني على العلامة التجارية Skunk Works من خلال تسجيلها كاسم نطاق theskunkworks.net إضافة الى العلامة Lockheed Martin من خلال تسجيلها كاسم نطاق lockheedmartin.org وعلى هذا الأساس قامت شركة Lockheed Martin المالكة للعلامات محل الاعتداء برفع دعوى ضد مكتب التسجيل Network Solutions بتهمة التقليد.

والقضية الثانية **Academy of Motion Picture Arts and Sciences v. Network Solutions**² اين عمل طرف ثالث كذلك على تسجيل العلامة التجارية academyawards® ، academy-awards.net ، academyaward.com ، theoscars.net ، academyawards.net وعلى هذا الأساس رفعت كذلك Motion Picture Arts and Sciences دعوى قضائية ضد مكتب التسجيل Network Solutions بتهمة التقليد.

ورفض القضاء الأمريكي تكريس مسؤولية مكتب تسجيل أسماء النطاق Network Solutions عن تقليد العلامات وأسس ذلك على غيباب سوء النية.³ ولم يعرف القضاء الفرنسي هذا النوع من التنازع والذي يجمع بين مالك العلامة ومكتب التسجيل في مراحل مبكرة حيث تركزت أغلبية منازعات السطو الإلكتروني⁴ (1997-2006) بين مالك العلامة والشخص المسؤول (الناشر) أساساً دون إستهداف مكاتب التسجيل بالمسؤولية مثل ما هو عليه الحال في الولايات المتحدة.

1 -Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc., 985 F.Supp. 949 (C.D. Cal. 1997)

2 -Academy of Motion Picture Arts and Sciences v. Network Solutions, 989 F. Supp. 1276 (C.D. Cal. 1997) December 22, 1997

3 -Block, Ian J. () "Hidden Whois and Infringing Domain Names: Making the Case for Registrar Liability," University of Chicago Lega Forum: Vol. 2008: Iss. 1, Article 12, p 443

4 -TGIParis Ordonnance de référé du 25 avril 1997

Framatome / Association Internaute, Jérôme D., Olivier L., Xavier B.
TGINanterre Jugement rendu le 18 janvier 1999 SFR / W3 SYSTEM INC

وتعتبر قضية¹ **rueducommrece** (2006) أول حالة تنازع مرتبطة بالسطو الالكتروني على العلامة التجارية في فرنسا وتستهدف مكتب التسجيل بالمسؤولية الكاملة بطريقة مشابهة للحالة الامريكية حيث عمل طرف ثالث (Brainfire Group) على تسجيل العلامة التجارية **rueducommrece** كأسماء نطاق **rueducommrece.com** و **rueducommrece.com** وتأسيسا على ذلك رفع مالك العلامة التجارية محل السطو الالكتروني دعوى تقليد ضد كل من الشخص المسؤول عن السطو الالكتروني (Brainfire Group) ومكتب تسجيل أسماء النطاق (Moniker Online Service Inc) وتتميز قضية **rueducommrece** بخصوصية معينة فهي أول قضية تنازع تجمع بين مالك العلامة التجارية والوسيط التقني (مكتب التسجيل) في فرنسا كما تمت الإشارة اليه أعلاه إضافة الى أن القضاء الفرنسي كرس المسؤولية الكاملة لمكتب تسجيل أسماء النطاق (Moniker Online Service Inc) أي الوسيط التقني كشريك في عملية السطو الالكتروني من خلال إلزام كل من (Brainfire Group) و (Moniker Online Service Inc) بالتضامن بدفع قيمة التعويض.

ولم تشمل مظاهر التنازع مكاتب تسجيل أسماء النطاق دون غيرها بل امتدت كذلك الى الأسواق الالكترونية **Online marketplace** من خلال قضية **Tiffany v. eBay** الشهيرة حيث رفعت شركة **Tiffany** دعوى قضائية ضد السوق الالكتروني الأكبر عالميا **eBay** أمام محكمة جنوب نيويورك **the Southern District of New York** بتهمة تقليد علامتها التجارية ، أساس الدعوى وجود عدد كبير من السلع التي تحمل العلامة التجارية **Tiffany** يتم تداولها عبر السوق الالكتروني **eBay** بمبادرة مستخدمي المنصة التشاركية سواء كانت هذه السلع في حد ذاتها محل تقليد وهي الصورة الأكثر شيوعا أو على الأقل السلع الاصلية التي ليست محل تقليد في حد ذاتها غير أن تداولها خارج شبكة التوزيع الخاصة بالعلامة يعتبر في حكم الاعتداء على العلامة.

1 -TGI Paris Ordonnance de référé 10 avril 2006 Rue du commerce / Brainfire Group, Moniker Online Service Inc

وكرس القضاء الأمريكي مرة ثانية غياب أي مسؤولية مباشرة أو غير مباشرة للوسيط التقني eBay عن الاعتداء على العلامة التجارية Tiffany من طرف ثالث¹.

وشمل التنازع كذلك محركات البحث حيث رفعت شركة **Rescuecom** دعوى قضائية ضد محرك البحث غوغل Google حيث عمل طرف ثالث على حجز العلامة التجارية Rescuecom لكلمات مفتاحية في إطار نظام الأشهار الالكتروني التابع لغوغل Google وهو ما إعتبرته Rescuecom تقليد لعلامتها التجارية .

والملاحظ أن القضاء الأمريكي عمل على إعفاء شركة غوغل من أي مسؤولية عن التقليد في حكم الدرجة الأولى الصادر من محكمة مقاطعة نيويورك الشمالية (2005) غير أن محكمة الاستئناف للدائرة الثانية نيويورك² United States Court of Appeals for the Second Circuit عملت على إلغاء الحكم وكرست وجود مسؤولية ثانوية لغوغل عن تقليد العلامة التجارية Rescuecom معتبرة أن غوغل إستعملت العلامة محل المنازعة تجاريا use in commerce بموجب قانون العلامات الأمريكي (2009).

من الواضح تماما من خلال تحليل هذه العينة من الاحكام القضائية وجود حالة من التنازع بين مالك العلامة التجارية والوسطاء عبر الانترنت حيث يعمل مالك العلامة التجارية دائما على محاولة تكريس المسؤولية الكاملة للوسطاء عن أي مساس بالحق في العلامة التجارية.

ثانيا : أسباب التنازع

يطرح التساؤل حول أسباب وجود تنازع بين مالك العلامة التجارية والوسطاء عبر الانترنت؟ خصوصا أن وظيفة الوسطاء هي وظيفة تقنية أساسا في حين أن المسؤول الأول عن الاعتداء على العلامة هو مستعمل الخدمة (الناشر) وليس مقدم الخدمة (الوسيط التقني) والاصل أن طبيعة التنازع تقتضي أن يستهدف مالك الحق الشخص المسؤول عن الاعتداء على العلامة وليس الوسيط

1- Béatrice Martinet Farano, Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approaches, TTLF Working Papers, No. 14, Stanford Law School and the University of Vienna School of Law, 2012, p119.

2- Rescuecom Corp. v. Google Inc. 562 F.3d 123 (2nd Cir. 2009)

التقني والظاهر أن التنازع يرجع الى مجموعة من الأسباب العملية التي لا يمكن إنكارها ، ويكرس Jaani Riordan في أطروحة الدكتوراه المعنونة بـ "مسؤولية الوسيط عبر الانترنت"¹ الأسباب الأساسية لهذا التنازع بين مالك الحقوق والوسيط وهي الشفافية (1) Visibility and presence وقوة التأثير (2) وقلة النفقات (3) cost-effective

1. شفافية الوسيط مقارنة بالناشر

يتميز الوسيط عبر الانترنت بالشفافية والوضوح على خلاف الشخص المسؤول عن الاعتداء والذي يستفيد من المجهولية التي تتركسها شبكة الانترنت وتأسيسا على ذلك فإن مقاضاة الوسيط أيسر من الناحية العملية من مقاضاة الشخص أو الأشخاص المسؤولين عن الاعتداء على العلامة.² والوسيط التقني بإعتباره كيان تجاري يعمل في إطار حد أدنى من الشفافية فتكون والحال كذلك هويته مكشوفة في الغالب من الأحيان بإعتبار أن الوسيط مؤسسات او شركات مسجلة طبقا للنصوص القانونية في كل دولة وهو ما يجعل من الوصول اليها ورفع الدعوى أيسر من مقاضاة جميع الأشخاص المسؤولين عن الاعتداء على العلامة التجارية للغير والذي قد يصل الى الالاف.

2. قوة تأثير الوسيط عبر الانترنت مقارنة بالناشر

الوسيط بإعتباره كيان محوكم قادر على وقف أي إعتداء على العلامة التجارية مباشرة ، إن الوسيط قادر تماما وفي كل وقت على حذف او حجب او تعطيل أي صفحة على مستوى الخدمة التي يضمن الوصول اليها تتضمن مساس بالحق في العلامة التجارية أو أي حق من الحقوق، في حين أن إستهداف الشخص المسؤول عن الاعتداء لا يكون فعالا بالدرجة ذاتها من حيث إنفاذ الحق في العلامة وهو ما يجعل من استهداف الوسيط أفضل من الناحية العملية³

1 -Jaani Riordan,op.cit , p14-17.

2 -Jaani Riordan , op.cit , p15-16.

3 -Jaani Riordan , op.cit , p.16

3. الاقتصاد في النفقات

إن إستهداف الوسطاء عبر الانترنت أفضل من الناحية المالية من إستهداف الشخص أو الأشخاص المسؤولين عن المساس بالحق في العلامة التجارية.¹

الفرع الثاني: إستحداث المشرع المادة 12-أ من القانون 04-09

إن إستهداف مالك العلامة التجارية للوسطاء عبر الانترنت بالمسؤولية الكاملة عن المساس بالعلامة التجارية هو السبب الأساسي لتدخل التشريعات المختلفة ومنها المشرع الجزائري بموجب المادة 12-أ من القانون 04-09 من خلال تكريس نظام خاص بالمسؤولية للوسطاء عبر الانترنت ، إن الفكرة تقوم أساسا على تحقيق شكل من اشكال الموازنة بين مالك العلامة التجارية أو أصحاب الحقوق المشروعة عموما وبين الوسطاء عبر الانترنت، وعلى هذا الأساس كرست المادة 12-أ الاعفاء المشروط لمسؤولية الوسطاء عبر الانترنت وهو الاتجاه الذي يسمح للوسطاء بالعمل في شكل من أشكال الامن القانوني ، ذلك أن تقييد وظيفة الوسطاء هو تقييد لنمو التجارة الالكترونية ومن جهة ثانية فإن على الوسطاء ضمان الحد الأدنى من إنفاذ الحقوق المشروعة لمالكي العلامات التجارية ، ذلك أن من غير المقبول أن تكون الوظيفة التقنية للوسطاء السبب الأساسي في تكريس المساس بالعلامة التجارية بر الانترنت (أولا) والثابت أن المسؤولية الخاصة بالوسطاء والقائمة على الاعفاء هي قاعدة عامة تخضع للاستثناء (ثانيا).

أولا : الاعفاء من المسؤولية

تطبيقا للمادة 12-أ من القانون 04-09 فإن الوسيط التقني يستفيد من الاعفاء من المسؤولية القانونية عن المعطيات غير المشروعة التي يضمن نقلها او تخزينها غير أن هذا الاعفاء مرتبط بتوفر شرطين: العلم بالطابع غير المشروع للمعطيات (1) وغياب التصرف الإيجابي إتجاه هذه المعطيات من طرف الوسيط التقني(2)، وتأسيسا على ذلك فالوسيط التقني الذي يتصل بالطابع غير المشروع للمعطيات فيعمل على سحب المعطيات أو تقييد الوصول اليها يعفى من المسؤولية القانونية الناتجة عن الطبيعة غير المشروعة لهذه المعطيات بموجب المادة 12-أ.

1 -Jaani Riordan , op.cit , p.17

1. العلم La connaissance

تكريس مسؤولية الوسيط التقني قائم على توفر العلم بالطابع غير المشروع لهذه المعطيات وهو ما نصت عليه صراحة المادة 12-أ من القانون 04-09 من خلال عبارة: "...بمجرد العلم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بمخالفتها للقوانين..." ، يعتبر العلم أساس مسؤولية الوسطاء عبر الانترنت ؛ ذلك أن تكريس المسؤولية في حق هؤلاء على المعطيات غير المشروعة التي لا يعلمون بوجودها يتنافى مع مبادئ العدالة والتساؤل الذي يطرح : كيف يتحقق العلم بالمعطيات غير المشروعة بالنسبة للوسطاء؟ بالعودة الى المادة 12-أ فالظاهر أن النص كرس أن الوصول الى العلم يكون بطريقة مباشرة أو غير مباشرة والواقع أننا لا نعلم المقصود بهذه العبارة فكيف يمكن أن يتصل الوسيط التقني بالعلم بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة ؟ وما الفرق بين الطريقتين؟ والظاهر أن المشرع الجزائري يقصد بـ الطريقة المباشرة la connaissance directement العلم الناتج عن التبليغ la Notification مثلما عليه الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي¹ في حين يقصد بالطريقة غير المباشرة la connaissance indirectement إتصال الوسطاء بالمعطيات غير المشروعة تلقائيا دون تدخل طرف ثالث بالتبليغ ، إن الاشكال يتمثل في غياب الإجراءات القانونية للتبليغ من طرف ثالث بموجب القانون 04-09 على نقيض الوضع في التشريع الفرنسي الذي يكرس بموجب المادة 6(1)5 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي (LCEN) طريقة التبليغ من طرف ثالث بالمعطيات غير المشروعة بشكل شامل وهو ما يؤدي بنا الى القول إن غياب الإجراءات القانونية للتبليغ من طرف ثالث بموجب القانون 04-09 يمثل عيب من عيوب التشريع ، وعلى هذا الأساس فإن الباحث يعتقد بضرورة تكريس نظام إجرائي مثل ما هو الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي لطريقة العلم بالمعطيات غير المشروعة.

2. التصرف الإيجابي la réaction

إتصال الوسيط التقني بالمعطيات غير المشروعة غير كاف للاعفاء من المسؤولية بل يجب أن يتدخل بشكل إيجابي بحيث يعمل دون تمهل sans délai على سحب هذه المعطيات أو منع الوصول اليها وتخزينها بموجب المادة 12-أ : "التدخل الفوري لسحب المحتويات التي يتيحون

1 -céline castets-renard op.cit,p3.64

الاطلاع عليها بمجرد العلموتخزينها وجعل الدخول اليها غير ممكن " وتمثل مشروعية المعطيات في حد ذاتها عبارة غامضة وهو ما يطرح مشكلة عملية في ضبط نطاق هذه المشروعية بالنسبة للوسطاء ذلك أن تحديد المقصود بالمعطيات غير المشروعية التي تعتبر أساس التصرف الإيجابي بالنسبة للوسيط التقني يعتبر مسألة جدلية فهل يمكن التسليم للوسطاء عبر الانترنت بممارسة هذه الوظيفة الحساسة من خلال تحديد مشروعية المعطيات من عدمها ؟ وما مدى تأثير ذلك على حرية التعبير؟ وتتص المادة 12-أ من القانون 04-09 على أن المعطيات غير المشروعية هي تلك التي تخالف القوانين والظاهر أن عمومية العبارة تشمل القاعدة القانونية بجميع مصادرها غير أن تطبيق المادة على المعطيات لا يمثل مسألة بسيطة خصوصا عندما يكون الطابع غير المشروع للمعطيات محل شك ، والواقع أن الممارسة الفرنسية عرفت هذا الاشكال حيث كرس المجلس الدستوري الفرنسي رأي خاص عند النظر في دستورية قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي (LCEN) حيث إعتبر أن الوسيط التقني (المستضيف بشكل خاص) مطالب بالتدخل في الحالة التي تكون الطبيعة غير المشروعية للمعطيات ظاهرة فقط او بموجب حكم قضائي يكرس الطبيعة غير المشروعية لهذه المعطيات:

Ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge.¹

وعلى هذا الأساس ، فإن رأي المجلس الدستوري الفرنسي يكرس نوع من التفهم لصعوبة تحديد الطبيعة غير المشروعية لجميع المعطيات بالنسبة للوسطاء ولا يمنح الوسطاء في نفس الوقت حق ممارسة رقابة مفتوحة حول طبيعة المعطيات مما قد يمس بحرية التعبير والحريات الأساسية ، والظاهر بناء على التجربة الفرنسية أن الوسيط غير مطالب بالتدخل والسحب الفوري للمعطيات التي تكون مشروعيتها غير ظاهرة وعلى هذا الأساس فإن الوسطاء غير مطالبين بسحب المعطيات التي تتضمن إعتداء على العلامة التجارية على سبيل المثال إلا في الأحوال التي تكون العلامة

1 -Conseil constitutionnel(france), décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004

مشهورة فيكون الطابع غير المشروع ظاهر أمام بالنسبة للعلامات المحلية التي لا تتمتع بالشهرة الواسعة فإن فاعلية هذه القواعد قليلة.

ثانيا : الاستثناء

إعفاء الوسطاء من المسؤولية عن المعطيات غير المشروعة يمثل قاعدة عامة تخضع للاستثناء ، ذلك أن الوسيط التقني الذي يتصل بعلمه الطابع غير المشروع للمعطيات دون أن يتخذ في شأنها أي تصرف إيجابي لا يستفيد من الاعفاء من المسؤولية بل يخضع تأسيسا على ذلك للمسؤولية الكاملة بموجب القواعد العامة غير أن التساؤل الذي يطرح هو الأساس القانوني لمسؤولية الوسطاء ؟ يمكن اللجوء الى تطبيق قواعد الاشتراك في الجريمة بموجب القواعد العامة لتكريس المسؤولية الجنائية للوسطاء (1) أو التأسيس على المسؤولية المدنية بموجب المادة 124 من القانون المدني وهو الاصح بالنسبة لنظامنا القانوني (2).

1. تطبيق قواعد الاشتراك

يمكن تأسيس المسؤولية الجنائية للوسطاء على الاشتراك *la Complicité* بموجب المادة 42 من قانون العقوبات الجزائري : "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يتشارك اشتراكا مباشرا، ولكنه ساعد بكل الطرق وعاون الفاعل او الفاعلين على ارتكاب الافعال التحضيرية او المسهلة او المنفذة لها مع علمه بذلك"¹ وفي هذه الحالة فإن الوسيط التقني الذي يتصل بالمعطيات غير المشروعة سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة دون أن يعمل على سحب هذه المعطيات أو منع الوصول اليها يكون شريكا في الجريمة المرتكبة بموجب تكنولوجيا الاعلام والاتصال والملاحظ أن القانون 04-09 لم ينص على عقوبات ذات طبيعة جنائية بالنسبة للوسطاء الذين يخالفون المادة 12-أ وهو ما يكرس أن المسؤولية الجنائية للوسطاء تكون بتطبيق المادة 42 من قانون العقوبات والقواعد المتعلقة بكل جريمة حسب الحالة.

وبتطبيق ذلك في مجال العلامات فإن الوسيط الذين يخالف المادة 12-أ يعتبر كشريك في الاعتداء على العلامة حسب المادة 42 من قانون العقوبات بإعتباره ساهم وسهل عملية الاعتداء سواء كان هذا الاشتراك في جنحة التقليد المكرسة بموجب المادة 26 من الامر 03-06 أو جنحة

1 - القانون 82-04 المؤرخ في 13 فبراير 1982 المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

الممارسة التجارية غير النزيهة المكرسة بموجب المادة 26 و27 من القانون 04-02 والظاهر أن تطبيق قواعد الاشتراك على الوسطاء غير ممكن بالنسبة لجنح الاعتداء على العلامة التجارية ويرجع ذلك من وجهة نظر الباحث :

- أن الاشتراك يقوم على القصد الجنائي وهو ما يستشف من عبارة "مع علمه بذلك" الواردة في المادة 42 من قانون العقوبات وفي هذه الحالة فإن الطرف المدني أو النيابة العامة يجب أن تثبت أن الوسيط كان على علم بالمعطيات غير المشروعة ، وهي مسألة صعبة كما سبق الإشارة إليها بإعتبار أن مشرعنا الجزائري لا ينص صراحة على طريقة العلم بالمعطيات بموجب المادة 12-1 من القانون 09-04.

- أن الوسطاء عبر الانترنت هم أشخاص معنوية في الغالب من الحالات والملاحظ على مستوى جنح الاعتداء على العلامة التجارية سواء جنحة التقليد بموجب المادة 26 من الامر 03-06 أو المحاكاة المكرسة بموجب المادة 26 و27 من القانون 04-02 أنها لا تنص على مسؤولية الشخص المعنوي ومن الثابت في التشريع الجزائري أن مسؤولية الشخص المعنوي لا تتركس دون وجود نص تطبيقا للمادة 51 مكرر¹ من قانون العقوبات "...يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته او ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك ."

2. المسؤولية المدنية

غياب النص على مسؤولية الشخص المعنوي في كل من الامر 03-06 والقانون 04-02 يجعل من تكريس مسؤولية الوسطاء الجنائية غير ممكنة وفي هذه الحالة فإن مالك العلامة التجارية لا يمكن أن يؤسس المسؤولية الجنائية للوسطاء في نظامنا القانوني فاللجوء الى القواعد العامة في المسؤولية المدنية يمثل الخيار المتوفر وتأسيسا على ذلك يجب على مالك العلامة التجارية أن يثبت جميع أركان المسؤولية المدنية عن الفعل الشخصي المنصوص عليها بموجب المادة 124 من القانون المدني (الخطأ والضرر والعلاقة السببية).

1- القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات .

المبحث الثاني

مسؤولية الناشر

يمثل الناشر أساس المساس بالحق في العلامة التجارية وباعتبار أن الناشر يمثل إرادة واعية بمختلف أشكال الاعتداء المجرمة فإن المسؤولية القانونية للناشرين تكون طبقاً للقواعد العامة ولا يستفيد من أي نظام إعفاء من المسؤولية بالشكل المستحدث بالنسبة للوسطاء التقنيين ؛ ذلك أن الناشر يخضع للمسؤولية الكاملة سواء كانت مسؤولية جنائية أو مسؤولية مدنية طبقاً للقواعد العامة ، وعلى هذا الأساس فإن تكريس مسؤولية الناشر يقوم على الإثبات (المطلب الأول) والجزاءات القضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإثبات

إن إنفاذ الحق مترابط بوجود أدلة الإثبات وتتميز عملية الإثبات في مجال المساس بالعلامة المملوكة للغير بالحرية فيمكن لمالك العلامة التجارية إثبات المساس بالحقوق بجميع الطرق الممكنة ويرجع ذلك إلى كون الاعتداء على العلامة يتميز بطبيعته الجنحية وعلى هذا الأساس فإن إثبات الجرائم يخضع لمبدأ حرية الإثبات وحتى بالنسبة للجانب المدني أي القواعد العامة فالمساس بالعلامة هو واقعة مادية تثبت بكل الطرق والظاهر أن إرتباط تكنولوجيا الاعلام والاتصال بالمساس بالعلامة المملوكة للغير وإن كان مبدأ حرية الإثبات يمثل ضماناً معيناً في إنفاذ الحق غير أن هذا الارتباط في حد ذاته يفرض بعض الصعوبات الاجرائية في عملية الإثبات في حد ذاتها¹ ؛ ذلك أن المساس بالحق قائم على الاستعمال ولا يكون لهذا الشكل من المساس وجود مادي إلا على سبيل الاستثناء وعلى هذا الأساس فإن الإثبات يرتكز أساساً على إثبات هذا الاستعمال الظاهر على شاشة الكمبيوتر (الفرع الأول) و كشف الهوية (الفرع الثاني) ثم ضبط الأدلة المادية (الفرع الثالث) والخبرة التقنية (الفرع الرابع).

1- أنيس العذار ، مكافحة الجريمة المعلوماتية ، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ، المجلد 17 ، العدد 01 ، 2018 ، ص 728

الفرع الأول : المعاينة التقنية

تضمن المعاينة إثبات المظاهر المادية للاستعمال غير المشروع للعلامة التجارية عبر الانترنت والظاهر على شاشة الكمبيوتر والمعاينة هي الأساس الذي تعتمد عليه السلطات القضائية في المراحل التالية للدعوى خصوصا إذا تمت إزالة الاعتداء في وقت لاحق وهو الشائع في الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال.

إن غياب معاينة واضحة للاستعمال فإن القضاء غير قادر على تقدير وجود الاعتداء على العلامة سواء بموجب الامر 06-03 او القانون 02-04 ومحاضر المعاينة تطبيقا للقواعد العامة تتمتع بالحجية المطلقة أمام الجهات القضائية في إثبات الاستعمال ولا يمكن دحض هذه الحجية إلا عند الادعاء بالتزوير.

والغالب أن المعاينة تتم من طرف مصالح الشرطة القضائية باعتبارها صاحبة الاختصاص العام بموجب القواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية حيث تعمل بمجرد إتصالها بالشكوى أو تنفيذها لاوامر النيابة العامة بغير تمهل الى المعاينة التقنية للاستعمال محل الشكوى و يمكن كذلك بموجب القانون 02-04 لبعض أصناف الموظفين¹ المعاينة التقنية لمختلف جنح القانون 02-04 وعلى هذا الأساس فإن هؤلاء الموظفين مخولون قانونا بتحرير محاضر المعاينة التقنية لجرائم المساس بالعلامة التجارية المنصوص عليها بموجب المادة 27-2 و دون أن يشمل هذا الاختصاص جنحة التقليد بموجب المادة 26 من القانون 06-03.

وتتميز المعاينة عبر الانترنت بخصوصيات معينة:

أولا ؛ لا تتطلب المعاينة الانتقال الى مسرح الجريمة مثل عليه الامر في الجريمة التقليدية بل من الكاف على مصالح الشرطة القضائية معاينة الاعتداء على العلامة الظاهر على شاشة الكمبيوتر دون الحاجة الى الانتقال والواقع أن سهولة الوصول الى مسرح الجريمة تطلب المسارعة في عملية المعاينة وإثباتها في محاضر لما يتميز به مسرح الجريمة عبر الانترنت من سرعة التغير.

ثانياً؛ لا تطلب المعاينة كونها إجراء من إجراءات الاستدلالات إذن من السلطات القضائية باعتبار أن الموقع الإلكتروني القابل للوصول من طرف الكافة يقوم مقام الأماكن العامة¹.

الفرع الثاني : اللجوء الى المعطيات المتعلقة بحركة السير

تعتبر المجهولية عبر شبكة الانترنت واحدة من الصعوبات الحقيقية للوصول الى الهوية الفعلية للشخص أو الأشخاص المسؤولة عن المساس بالحق في العلامة ، إن من الواضح أن الطبيعة التقنية لشبكة الانترنت تساعد على إخفاء الهوية وهو ما يمكن إستغلاله للهروب من المسؤولية القانونية ، من حسن الحظ يكرس القانون 04-09 في إطار التحقيق القضائي إمكانية لجوء مصالح الشرطة القضائية الى شكل من أشكال المعطيات الإلكترونية تعرف بالمعطيات المتعلقة بحركة السير (أولاً) تسمح بتتبع سلوك المستعمل عبر الشبكة وهو ما يؤدي بعد الاستعانة بأشكال التحقيق الإضافية الى الوصول الى هوية معينة تكون محل إشتباه وتسمح بتكوين ملف قضائي (ثانياً).

أولاً : المعطيات المتعلقة بحركة السير

يكرس القانون 04-09 الكشف التقني كألية مستحدثة للكشف عن الهوية عبر الانترنت من خلال المعطيات المتعلقة بحركة السير les données relatives au trafic والتي يجب أن توضع تحت تصرف مصالح الشرطة القضائية بمجرد طلبها من الوسطاء التقنيين.

ويعرف القانون 04-09 المعطيات المتعلقة بحركة السير:

"أي معطيات متعلقة بالاتصال عن طريق منظومة معلوماتية تنتجها هذه الاخيرة باعتبارها جزءا في حلقة الاتصال ، توضح مصدر الاتصال ، والوجهة المرسل اليها والطريق الذي يسلكه ووقت وتاريخ وحجم ومدة الاتصال ونوع الخدمة."

وهذا التعريف مستمد حرفيا من إتفاقية بودابست لمكافحة الجريمة المعلوماتية بموجب المادة 1(d)¹.

1- أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الاجراءات الجزائية في التشريع الجزائري ج 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط3 ، 2003 ،

الجزائر، ص170

وتشمل هذه المعطيات على سبيل الحصر :

- المعطيات التي تسمح بالتعرف على مستعملي الخدمة
- المعطيات المتعلقة بالتجهيزات الطرفية المستعملة للاتصال
- الخصائص التقنية : تاريخ ، توقيت ، مدة كل اتصال
- المعطيات المتعلقة بالخدمات التكميلية المطلوبة او المستعملة ومقدميها
- المعطيات التي تسمح بالتعرف على المرسل اليه او المرسل إليهم الاتصال وكذا عناوين المواقع المطلع عليها

والمشرع الجزائري حدد نطاق هذه المعطيات بما يطابق المعطيات المنصوص عليها بموجب المادة 1 من المرسوم التنفيذي الفرنسي 2006-358² وعلى هذا الاساس تعتبر إتفاقية بودابست والرسوم التنفيذية الفرنسي رقم 2006-358 من المصادر غير الرسمية للمعالجة التشريعية للمعطيات المتعلقة بحركة السير في النظام القانوني الوطني.

ثانيا : حرية الوصول الى المعطيات من طرف الشرطة القضائية

تهدف هذه المعطيات ذات الطبيعة التقنية لمصالح الشرطة القضائية بإتباع سلوك مستعمل شبكة الانترنت ضمن حلقة إتصال معينة وهو ما يسمح بالوصول الى مؤشرات جدية حول الهوية الفعلية للشخص المشتبه به ، وأشارات محكمة العدل الاوروبية الى الوظيفية الاساسية للمعطيات المتعلقة بحركة السير ضمن التحقيق القضائي بالشكل التالي:

' تهدف هذه المعطيات الى تحديد مصدر الاتصال والوجهة الاساسية لهذا الاتصال ، وتحدد التاريخ والساعة ومدة وطبيعة الاتصال ، الاجهزة المستعملة هذه المعطيات تسمح بشكل خاص بمعرفة الاشخاص وسلوكهم عبر شبكة الانترنت والوسائل المستعملة³..'

1- Conseil de l'Europe - Convention sur la cybercriminalité (2001)

2- Décret n° 2006-358 du 24 mars 2006 relatif à la conservation des données des communications électroniques

3 - CJUE, C-203/15, 21 décembre 2016, Tele2 Sveridge AB) «de retrouver et d'identifier la source d'une communication et la destination de celle-ci, de déterminer la

وتأسيسا على ذلك فإن تتبع سلوك مستعمل الشبكة او الخدمة في الفترة الممتدة من مصدر الاتصال الى الوجهة النهائية يسمح بالكشف عن مجموعة من المؤشرات التي تقود في النهاية الى التعرف على الهوية الحقيقية للشخص المسؤول عن الجريمة المعلوماتية.

ويكرس القانون 04-09 حرية مصالح الضبطية القضائية في الوصول الى المعطيات المتعلقة بحركة السير دون الحاجة الى إذن من السلطات القضائية على ضوء إستقراء القانون 04-09 وذلك على خلاف الوضع بالنسبة للمراقبة الالكترونية والتفتيش في البيئة الالكترونية والذي يجب على مصالح الشرطة القضائية الحصول على إذن قبل الشروع في إجراء المراقبة او التفتيش.

وعلى هذا الاساس فإن الوسطاء التقنيين ملزمون بوضع هذه المعطيات تحت تصرف مصالح الشرطة القضائية بمجرد طلبها مع مراعاة ظروف الاستعجال التي تتميز بها التحريات القضائية.

وقد أحسن المشرع الجزائري بالفعل عندما كرس الوصول الى هذه المعطيات دون إذن السلطات القضائية ويرجع ذلك من وجهة نظر الباحث من خلال إستقراء التعليق التفسيري لاتفاقية بودابست للاجرائم الالكترونية¹ للأسباب التالية:

1. سرعة زوال المعطيات .

المعطيات المتعلقة بحركة السير سريعة الزوال وعلى هذا الأساس فإن إخضاع هذه المعطيات لإذان السلطات القضائية قد يؤثر في سرعة التحقيقات القضائية الجارية وهو ما نص عليه البند 29 من التفسير الرسمي لاتفاقية بودابست بالشكل التالي:

" خلال تحقيق حول جريمة جنائية مرتبطة بنظام معلوماتي، فإن المعطيات المتعلقة بحركة السير تعتبر عنصر مهم للوصول الى مصدر الاتصال، إنها نقطة الانطلاق التي تسمح بالاستعانة

date, l'heure, la durée et le type d'une communication, le matériel de communication des utilisateurs, ainsi que de localiser le matériel de communication mobile Ces données permettent, en particulier, de savoir quelle est la personne avec laquelle un abonné ou un utilisateur inscrit a communiqué et par quel moyen, tout comme de déterminer le temps de la communication ainsi que l'endroit à partir duquel celle-ci a eu lieu. En outre, elles permettent de connaître la fréquence des communications de l'abonné ou de l'utilisateur inscrit avec certaines personnes pendant une période donnée »

1- Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité, Série des traités européens - n° 185, Budapest, 23.XI.2001, note 29.

بوسائل الاثبات الاضافية المشكلة للجريمة.... إن المعطيات المتعلقة بحركة السير سريعة الزوال وتحفظ لمدة قصيرة ولهذا السبب يجب أن يكون الكشف عن هذه المعطيات بشكل سريع قبل أن تختفي هذه المعطيات ويصبح الوصول الى هوية المشتبه به غير ممكنة¹.

2. محدودية تأثير المعطيات على الخصوصية .

المعطيات المتعلقة بحركة السير لا تكشف مضمون الاتصال وإنما يقتصر دورها على تتبع حركة الاتصال وعلى هذا الأساس لا يمثل الوصول الى هذه المعطيات أي مساس بالمعلومات ذات الطابع الشخصي المحمية بموجب القانون 18-07² وهو ما نص عليه التقرير التفسري كذلك في البند 29 :

"...نعتقد من حيث المبدأ أن الوصول الى المعطيات المتعلقة بحركة السير يمثل إجراء قليل الاهمية ، ذلك أن هذه المعطيات لا تكشف عن مضمون الاتصال الذي يعتبر مضمونا حساسا ..."³

الفرع الثالث : ضبط الادلة المادية

إن ضبط الأدلة المادية الناتجة عن المساس بالحق في العلامة التجارية عبر الانترنت يعرف تنوعا على مستوى الأدوات المتوفرة سواء بموجب النصوص الخاصة بالملكية الفكرية والتي تركز الإجراءات التحفظية (أولا) أو ضمن التحقيق القضائي بموجب القواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية أي التفتيش La perquisition (ثانيا).

1 -« Lors d'une enquête sur une infraction pénale concernant un système informatique, les données relatives au trafic sont nécessaires pour trouver la source de la communication ; c'est un point de départ permettant de réunir d'autres preuves ou un élément constitutif de la preuve de l'infraction. Les données relatives au trafic pouvant être éphémères, il importe de faire en sorte qu'elles soient préservées dans des délais très brefs. Par conséquent, il peut être nécessaire de les divulguer rapidement pour connaître l'itinéraire de la communication et réunir d'autres preuves avant qu'elles ne soient effacées ou pour identifier un suspect »

²- قانون 18-07 مؤرخ في 10 يونيو 2018 ، يتعلق بحماية الاشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ، ج ر رقم 34 المؤرخة في 10 يونيو 2018.

3 -«.....on considère en principe que la collecte de données relatives au trafic est une intrusion moins importante, car elle ne révèle pas le contenu de la communication, jugé plus sensible. »

أولا : الحجوز التحفظية

تكرس النصوص الخاصة بإمكانية ضبط أدلة الاثبات بشكل تحفظي بمبادرة مالك العلامة التجارية وتشمل حجز التقليد (1) والحجز الجمركي (2).

1. حجز التقليد

نتناول تعريف حجز التقليد (1.1) وطريقة تطبيق القواعد التقليدية لهذا النوع من الحجوز عبر شبكة الانترنت (2.1).

1.1. تعريف حجز التقليد

يعتبر حجز التقليد إجراء مستمد من القانون الفرنسي¹ قائم على عنصر المفاجئة يهدف الى توفير الأدلة المادية في حينها وذلك قبل اللجوء الى القضاء في أجل محدد من تاريخ ثبوت الحجز تحت طائلة البطلان والتعويض، تَكرس المادة 34 من الامر 03-06 صراحة إمكانية مالك العلامة التجارية اللجوء الى هذه الاجراء الخاص بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة المختصة انتداب محضر قضائي بعملية حجز على السلع التي يدعي تقليدها :

" يمكن مالك العلامة، بموجب أمر من رئيس المحكمة، الاستعانة، عند الاقتضاء، بخبير للقيام بوصف دقيق للسلع التي يزعم أن وضع العلامة عليها قد ألحق به ضررا و ذلك بالحجز أو بدونه. يتم إصدار الأمر على ذيل عريضة بناء على إثبات تسجيل العلامة. عندما يتأكد الحجز، يمكن أن يأمر القاضي المدعي بدفع كفالة"

يعتبر حجز التقليد من الاعمال الولائية لرئيس المحكمة وعلى هذا الأساس فإن الاجراء لا يتميز بالوجاهية *une procédure non contradictoire* بإعتبار أن الأساس الذي يقوم عليه هو عنصر المفاجئة، غياب الوجاهية يكرس حتمية رقابة واسعة لرئيس المحكمة على طريقة ممارسة هذا الحق المكفول لمالك العلامة في مواجهة المدعي عليه وذلك بهدف تحقيق التوازن بين مختلف المصالح المتضاربة خصوصا مصالح المدعي عليه والذي يمكن أن يؤدي الاجراء غير المؤسس أو التعسفي في حقه الى خسائر فادحة.

1 -Jacques Azéma, op.cit., p 1029.

والأصل أن يكون حجز التقليد وصفيا *la saisie descriptive* بحيث يعمل المحضر القضائي على إعداد قائمة مفصلة بالسلع محل عملية التقليد مع إمكانية تدعيم هذه القائمة بعينة لتكون دليل إثبات أمام القضاء¹ وهذه هي القاعدة العامة ويمكن تكريس الحجز الفعلي *la saisie réelle* ويكون على سبيل الاستثناء بإعتباره إجراء خطير بحيث يعمل المحضر القضائي على عملية حجز كاملة للسلع الموجودة² وفي هذه الحالة فإن عملية الحجز يكون لها دور مزدوج فمن جهة تسمح بتوفير دليل اثبات أمام القضاء ومن جهة ثانية تساهم في وقف عملية التقليد من خلال فصلها عن قنوات التوزيع الى غاية الفصل في دعوى الموضوع.

إن الحجز الفعلي *la saisie réelle* بإعتباره إجراء خطير فإن للمحكمة أن تأمر المدعي مالك العلامة التجارية بدفع كفالة حال ثبوت الحجز الفعلي ولا يشمل هذا الاجراء الحجز الوصفي *la saisie descriptive* مطلقا بإعتبار أنه لا يعمل على وقف أعمال المدعي عليه وفصلها عن قنوات التوزيع.

وبموجب المادة 35 من الامر 06-03 فإن الوصف أو الحجز يكون باطلا متى لم يلتمس المدعي الجهة القضائية المختصة في أجل 30 يوم من تاريخ الوصف أو ثبوت الحجز دون الاخلال بحقوق المدعي عليه في طلب التعويض :

"يعد الوصف أو الحجز باطلا بقوة القانون إذا لم يلتمس المدعي الطريق المدني أو الجزائي خلال أجل شهر و ذلك بصرف النظر عن تعويضات الأضرار التي يمكن طلبها".

وهو ما يؤدي الى القول ، بالطبيعة الاستثنائية عن القواعد العامة³ لهذا الشكل من الإجراءات حيث يعمل المشرع الجزائري بموجب المادة 34 و35 من الامر 06-03 على منح المدعي (مالك العلامة التجارية) حق الحصول على أدلة إثبات مادية بشكل تحفظي لتأسيس دعوى الموضوع وفي نفس الوقت تكريس حقوق المدعي عليه حسن النية من مخاطر إستعمال هذا النوع من الحجز تعسفا من طرف المدعي (مالك العلامة التجارية) فيكسر الكفالة بالنسبة للشكل الأكثر خطورة

1 - Séverine Visse , op.cit , p187.

2 - Cédric Monnerie , op.cit ., p 465

3 - Jacques Azéma, op.cit., p 1029.

لحجز التقليد وهو الحجز الفعلي la saisie réelle ومن جهة ثانية يحد من النطاق الزمني للاجراء بـ 30 يوما غير قابلة لتمديد تحت طائلة بطلان الوصف او الحجز والتعويض.

2.1. تطبيق حجز التقليد على التقليد عبر الانترنت

القضاء الفرنسي يعمل على تكريس صحة حجز التقليد عبر شبكة الانترنت في بعض الاحوال وفي ذلك توسيع لحقوق مالك العلامة التجارية لتشمل الأدلة المادية الناتجة عن المساس بالحق في العلامة التجارية عبر الانترنت وإن كان من الثابت محدودية الاجراء في مجال التقليد عبر الانترنت ، يمكن الإشارة الى حكم محكمة إستئناف باريس¹ في مجال حجز التقليد عبر الانترنت في مجال براءة الاختراع أين كرست محكمة الاستئناف صحة حجز التقليد من طرف محضر قضائي بهدف إثبات وجود تقليد على البراءة ، وتعود وقائع القضية الى أن شركة **Castorama** عملت على تسويق منتج عبر الانترنت يتضمن جزء من براءة اختراع مملوكة لشركة فرنسية تعرف بـ **Core** وهو ما أدى بالشركة الى رفع دعوى قضائية بالتقليد ضد شركة **Castorama** ، في إطار إثبات عملية التقليد عمل المحضر القضائي على شراء المنتج محل المنازعة الخاص بالمدعي عليه (شركة **Castorama**) من الموقع الرسمي وهو ما يعرف بإثبات الشراء un constat d'achat ثم عمل المحضر القضائي بعد الحصول على المنتج وبموجب ترخيص قضائي على عملية حجز المنتج محل المنازعة ليكون دليل إثبات مادي ، والواقع أن محكمة إستئناف كرسست مشروعة الممارسة ورفضت طلبات المدعي عليها بالبطلان ؛ ذلك أنه بالنسبة الى لعملية إثبات الشراء فالمحكمة اعتبرت أنها بإعتبارها من المعايير المادية لا تحتاج الى أي ترخيص قضائي وبالنسبة لحجز التقليد فإن المحكمة إعتبرت أن هذا الاجراء يشمل جميع الأمكنة التي من الممكن أن يتواجد فيها السلع محل التقليد بما في ذلك السلع التي تباع عبر شبكة الانترنت ، من الواضح تماما أن محكمة الاستئناف كرسست مشروعة الممارسة وهو ما يمكن التأسيس عليه في مجال العلامة التجارية بإمكانية المحضر القضائي شراء المنتج محل التقليد عبر الانترنت ثم تطبيق إجراء حجز التقليد على هذا المنتج بموجب القواعد العامة.

2. التدخل الجمركي

يمكن لصاحب الحق اللجوء الى طلب التدخل الجمركي بموجب قرار وزير المالية¹ بهدف وقف إمتياز رفع اليد أو حجز السلع محل الاعتداء على العلامة التجارية بموجب المادة 22 من قانون الجمارك بشكل تحفظي لتأسيس دعوى الموضوع (1.2) أو في الحالة التي يتم فيها التدخل الجمركي تلقائيا من طرف إدارة الجمارك (2.2) غير أن التساؤل الذي يطرح هو فاعلية هذه الالية عندما يتعلق الامر بالمساس بالحق في العلامة عبر شبكة الانترنت (3.2).

1.2. طلب التدخل الجمركي بموجب المادة 4 من قرار وزير المالية.

يكرس قرار وزير المالية لصاحب الحق- من حيث الأصل يعتبر مالك الحق هو مالك العلامة التجارية او على سبيل الاستثناء الشخص المرخص بإستعمال العلامة²- إخطار المديرية العامة للجمارك بطلب مكتوب *une demande d'intervention* يلتمس فيه التدخل لوقف إمتياز رفع اليد *la mainlevée* أو الحجز *la retenue de la marchandise* التي يعتقد أنها تمثل مساس بالحق في العلامة التجارية أو أي حق من حقوق الملكية الفكرية³ وعلى هذا الأساس فإن مالك العلامة التجارية يعمل على فصل هذه السلع عن قنوات التوزيع قبل الوصول الى السوق الوطنية، عندما يكون الطلب مؤسسا يمكن لإدارة الجمارك أن تطلب من صاحب الحق إيداع ضمان *une garantie* بهدف تغطية مسؤوليتها المدنية الناتجة عن الطلبات غير المؤسسة او على الأقل ضمان النفقات الناتجة عن تطبيق هذا النظام الجمركي⁴ في جميع الأحوال فإن قبول الطلب يؤدي الى رفع إمتياز رفع اليد او الحجز عن السلع محل القرار وبالتالي منع دخول هذه السلع الى الإقليم الجمركي بصفة مؤقتة وفي هذه الحالة يجب على صاحب الحق إخطار الجهة القضائية المختصة في أجل عشرة (10) أيام من تاريخ وقف إمتياز رفع اليد أو الحجز كقاعدة عامة او في بعض الحالات الخاصة عشرون (20) يوما من تاريخه، عندما تفصل الجهة

1- قرار وزير المالية المؤرخ في 15 جويلية 2002 و المحدد لكيفيات تطبيق المادة 22 من قانون الجمارك المتعلقة باستيراد السلع المزيفة

2- المادة 2-2 من قرار وزير المالية

3- المادة 4 من قرار وزير المالية

4 - المادة 6 من قرار وزير المالية

القضائية في موضوع الدعوى فإن إدارة الجمارك تعمل على إتلاف هذه السلع أو على الأقل إخراجها من التداول التجاري، في جميع الحالات لا يرخص لإدارة الجمارك إعادة تصدير هذه السلع أو وضعها تحت نظام جمركي مختلف¹.

2.2. التدخل الجمركي تلقائيا

يمكن أن يكون تدخل مديرية الجمارك دون طلب من صاحب الحق ويمثل ذلك الاستثناء عن القاعدة العامة المنصوص عليها بموجب المادة 4 والقائمة على طلب التدخل la demande d'intervention فيكرس قرار وزير المالية² إمكانية مديرية الجمارك بإعتبار أن مكافحة التقليد أو أي شكل من أشكال المساس بحقوق الملكية الفكرية هو إختصاص أصيل لها³ وقف إمتياز رفع اليد أو حجز السلع تلقائيا عندما يقوم الشك ضمن إجراء جمركي بمساس هذه السلع بحقوق الملكية الفكرية.

وفي هذه الحالة فإن وقف إمتياز رفع اليد أو الحجز يكون لمدة ثلاث (3) أيام غير قابلة للتجديد لتمكين صاحب الحق من إيداع طلب التدخل بموجب المادة 4 من القرار الوزاري، إن الأساس الذي يقوم عليه التدخل الجمركي تلقائيا في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية هو المادة 3-3 من قانون الجمارك⁴ والتي تجعل من الاهداف الأساسية لمديرية الجمارك مكافحة المساس بحقوق الملكية الفكرية.

3.2. فاعلية التدخل الجمركي عبر الانترنت.

إن القواعد المكرسة بموجب قانون الجمارك والنصوص التنظيمية شرعت للتعامل مع مختلف المظاهر التقليدية لمخالفة التشريع الجمركي والواقع أن ظهور شبكة الانترنت وإنتعاش التجارة عبر الانترنت والمنصات الالكترونية حاليا يطرح دائما التساؤل حول فاعلية هذه القواعد في إنفاذ فعال لحقوق الملكية الفكرية ضمن التشريع الجمركي؟ ذلك أن طبيعة التجارة الالكترونية وعملية تداول

1 - المادة 14 من قرار وزير المالية

2 - المادة 08 من قرار وزير المالية

3-فايزة سقار ، إدارة الجمارك كآلية لمكافحة التقليد الماسة بحقوق الملكية الفكرية ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية ، المجلد 8 ، العدد 02 ، 2019 ، ص 15.

4- قانون 04-17 المؤرخ في 16 فبراير 2017 يعدل ويتمم القانون 07-79 المؤرخ في 21 يوليو 1979 والمتضمن قانون الجمارك

السلع عبر المنصات الالكترونية تختلف عن الطريق التقليدية لاستيراد وتصدير السلع ضمن الأنظمة الجمركية وهو ما يؤدي الى ظهور إشكالية كبرى نظام الشحن القائم على الشحنات الصغيرة ، يشير كل من أعضاء مجلس الشيوخ الفرنسي Philippe DALLIER و Albéric de MONTGOLFIER في تقرير رسمي¹ الى هذه النقطة بالشكل التالي :

" مع التجارة الالكترونية ، فإن عملية الشحن تكون محل مجموعة من الطرق القائمة على التجزئة سواء من خلال الارسال من طرف البائع الى المستهلك عن طريق الطرود البريدية أو الشحن السريع، في هذه الحالة فإن تجزئة عملية الشحن تتطلب عدد أكبر من عمليات الرقابة الجمركية"². يبدو واضحا الاختلاف بين عملية الشحن ضمن الإقليم الجمركي التقليدية والتي تقوم على نصوص تنظيمية دقيقة وبشحنات كبيرة تخزن ضمن حاويات وبين طريقة الشحن التي جاءت بها التجارة الالكترونية والتي تعتمد أساسا على شحنات صغيرة ترسل مباشرة الى المستهلك النهائي من خلال الطرد البريدي أو السريع وفي هذه الحالة فإن عملية الرقابة على هذه السلع بإعتبار أنها مجزئة الى شحنات صغيرة تصبح مسألة مرهقة وتجعل النظام الجمركي غير فعال في ممارسة رقابة فعلية ، وعلى على هذا الأساس نعتقد بوجود إستحداث أنظمة رقابة جمركية خاصة للتعامل مع الشحنات الصغيرة المكرسة بموجب أنظمة الرقابة الجمركية، إن إشكالية نظام الشحن القائم على الشحنات الصغيرة تؤدي الى إشكالية إضافية مباشرة بالنسبة لمالك العلامة التجارية وهي تعدد طلبات التدخل الجمركي.

إن مالك العلامة التجارية يكون في مواجهة عدد مهول من الطرود البريدية وأنظمة الشحن السريع الموجهة مباشرة الى المستهلك النهائي والتي قد تتضمن مساس بالحق في العلامة فكيف يمكن لمالك العلامة من خلال طلب التدخل الجمركي ممارسة رقابة فعلية على هذا العدد من الشحنات ؟ و الاشكال يبدو أكثر تعقيد عندما نعلم أن أغلب هذه الشحنات تكون من مصادر شبة مجهولة

1 -Albéric de MONTGOLFIER et Philippe DALLIER, le rôle des douanes dans la lutte contre la fraude sur Internet , RAPPORT D'INFORMATION , SÉNAT , SESSION ORDINAIRE DE 2013-2014

2 - Albéric de MONTGOLFIER et Philippe DALLIER, op .cit , p16

وحتى في الحالة التي يمكن من خلالها رصد مصدر الشحنات فإن سهولة إعادة إنشاء منصات إلكترونية بأسماء مختلفة تبقى قائمة¹.

ثانيا : التفتيش

تعتمد مصالح الشرطة القضائية الى التفتيش طبقا للقواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية بموجب إذن من النيابة العامة وتحت رقابتها المباشرة في جميع الأماكن التي يمكن العثور فيها على أشياء يكون كشفها مفيدا لاثبات الحقيقة² وتتوزع قائمة الأدلة التي يمكن الوصول اليها وحجزها عند مباشرة التفتيش و تشمل المعطيات المادية كالسلع في حد ذاتها ومختلف الوثائق والفواتير المثبتة لتداول هذه السلع إضافة الى الأجهزة المستعملة في الاعتداء فالوصول الى هذه الأشياء المادية في حيازة المتهم أو شركاءه يقتضي من مصالح الشرطة القضائية وضعها في أحرار والختم عليها بهدف وضعها تحت يد القضاء كدليل إثبات على الاعتداء على العلامة التجارية³، إن عملية التفتيش يمكن أن تشمل إضافة الى ذلك المعطيات الإلكترونية⁴ Les données informatiques (فواتير الكترونية ، نماذج ، كتيبات في شكل الكتروني ..) والواقع أن مشرعا الجزائري من الناحية الإجرائية تغافل عن النص على طريقة حجز المعطيات الإلكترونية الناتجة عن عملية التفتيش التقليدية على نقيض الوضع بالنسبة للتفتيش في البيئة الإلكترونية⁵ ذلك أنه يحدث في الكثير من الحالات أن تصل مصالح الشرطة القضائية خلال مباشرة التفتيش الى دعامة مادية معينة تحتوي معطيات إلكترونية يكون لها أهمية بالغة في عملية الإثبات ، والظاهر أن مصالح الشرطة القضائية تعمل على حجز الدعائم المادية لهذه المعطيات تطبيقا للقواعد العامة لئتم بعد ذلك نسخها على دعائم جديدة وتقديمها للجهات القضائية في حين

1 - Albéric de MONTGOLFIER et Philippe DALLIER, op.cit p16

2 - المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية

3 - المادة 45 من قانون الإجراءات الجزائية

4 - بومدين رحال ، محل التفتيش في مجال جرائم التجارة الإلكترونية وفق القانون الجزائري ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم

السياسية ، المجلد 3 ، العدد 2 ، 2018 ، ص170.

5 - المادة 6 من القانون 04-09

كرس المشرع الفرنسي وهو الاصح بموجب نص خاص¹ من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي طريقة التعامل مع المعطيات الالكترونية ضمن عملية التفتيش فيكون ذلك عن طريق حجز الدائم المادية المتضمنة هذه المعطيات أو نسخ المعطيات الالكترونية على دعامة مادية وذلك بحضور الشخص الذي يحضر عملية التفتيش حفاظا على سرية الحياة الخاصة و الأصل أن تعمل مصالح الشرطة القضائية عند التعامل مع المعطيات الالكترونية على نسخ هذه المعطيات على دعامة ثانية بحضور الشخص الذي يحضر عملية التفتيش وفي هذه الحالة فإن الشخص الحاضر عملية التفتيش يمارس حد ادنى من الرقابة على نطاق المعطيات المنسوخة فلا تمتد الى معطيات الكترونية قد تمس بالحياة الخاصة أو الاسرار التجارية للمشتبه به فإن لم يكن ذلك ممكنا فإن حجز الدعامة المادية يكون الخيار الأخير وهو الاستثناء ، وندعو مشرعنا الجزائري الى تكريس هذه النقطة ضمن المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية بحيث تتضمن فقرة إضافية بالشكل التالي :

" يتم حجز المعطيات الالكترونية ضمن عملية التفتيش بنسخ هذه المعطيات على دعامة مادية قابلة للحجز وذلك بحضور الشخص الحاضر عملية التفتيش فإن لم يكن ذلك ممكنا فإن الحجز يشمل الدعامة المادية المتضمنة هذه المعطيات."

الفرع الرابع : الخبرة التقنية

يمكن اللجوء الى الخبرة التقنية عند التعامل مع جرائم المساس بالحق في العلامة التجارية عبر الانترنت من طرف مختلف الفاعلين في الدعوى العمومية سواء من طرف مصالح الشرطة القضائية (أولا) النيابة العامة وذلك من خلال الاجراء المستحدث بموجب الامر 15-02 (ثانيا) وبطبيعة الحال عن طريق إنتداب الخبراء من طرف قضاة التحقيق أو الحكم تلقائيا أو بطلب من الخصوم وهو الاجراء الأصيل (ثالثا).

أولا : إستعانة مصالح الشرطة القضائية بذوي الخبرة .

يمكن لمصالح الشرطة القضائية الاستعانة بأي شخص يمكن أن يكون على دراية جيدة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال (TIC) خصوصا في مجال الصعوبات التي قد تواجه الشرطة القضائية في تحليل الوسائل التقنية للتعرف على الهوية عبر الانترنت المنصوص عليها بموجب المادة 11 من

1- المادة 56-5 من القانون 57-1426 المؤرخ في 31 ديسمبر 1957 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي

القانون 04-09 أو فحص السلع المحجوزة¹ أو الوصول الى المعطيات الالكترونية بما يضمن سلامة هذه المعطيات أو أي صعوبة تقنية مهما كان نوعها تتطلب اللجوء الى شخص خبير وتعتبر الاعمال التي يقوم بها الخبراء لفائدة مصالح الشرطة القضائية من أعمال الاستدلال القائمة على التسخير وليس التحقيق فليس للخبير أن يحلف اليمين² ، والظاهر أن القانون 04-09 يكرس صراحة بموجب النص³ إمكانية لجوء مصالح الشرطة القضائية عند التحقيق في الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال (TIC) الى أي شخص خبير بالتعامل مع منظمة معلوماتية ضمن عملية التفتيش الالكتروني وهو ما يكرس إمكانية لجوء هذه المصالح كقاعدة عامة للخبراء أثناء مرحلة الاستدلال وجمع الإيضاحات.

ثانيا : إستعانة النيابة العامة بالمساعدين القضائيين.

يمكن للنيابة العامة الاستعانة بمساعدين مختصين في مسائل فنية معينة لتحضير تقارير تلخيصية او تحليلية يمكن أن ترفق بالتماسات النيابة العامة⁴ ويعتبر اللجوء الى المساعدين المختصين إجراء مستحدث بموجب الامر 02-15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية وهو مشابه لحد كبير لندب الخبراء بموجب المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية التقليدية ؛ خصوصا أن المساعدين القضائيين يؤدون اليمين قبل مباشرة أعمالهم ويتمتعون بضمانات جيدة بإعتبار أنهم يعملون تحت مسؤولية النيابة العامة ، الملاحظ أن ما يميز الاجراء الجديد كونه مخول للنيابة العامة وحدها دون غيرها من الفاعلين في الدعوى العمومية ، ونعتقد من وجهة نظرنا أن هذا الاجراء المستحدث على درجة كبيرة من الأهمية، ذلك أن اللجوء الى الخبرة في مجال جنحة التقليد عبر الانترنت على سبيل المثال قبل تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب الامر 02-15 كان يتطلب من النيابة العامة ضرورة اللجوء الى قاضي التحقيق وتقديم التماس لندب خبير بموجب المادة 143 وذلك في جنح بسيطة قد لا تتطلب ذلك غير أن الاجراء الجديد يسمح للنيابة العامة بالحصول على الخبرة الفنية مباشرة لتكريس التماساتها من خلال تعيين مساعد مختص ودون الحاجة الى التحقيق القضائي في الجنح البسيطة وهو ما يعني رفع الدعوى مباشرة من خلال

1 - Jacques Azéma, op.cit., p1026

2 - أحمد الشلقاني ، المرجع السابق، ص169

3 - المادة 4-5 من القانون 04-09.

4 - المادة 35 مكرر من قانون الاجراءات الجزائية المعدل والمتمم

تكليف المتهم بالحضور أمام محكمة الجنح والمخالفات وترفع تقارير المساعدين القضائيين في هذه الحالة مع التماسات النيابة العامة وتخضع لتقدير القاضي، غير أن الملاحظ أن مشرعنا الجزائري -مع الأسف الشديد- لم يحدد بعد الشروط الأساسية لتعيين المساعدين القضائيين وقانونهم الأساسي تطبيقاً للمادة 35 مكرر-5 بعد ما يقارب الخمس سنوات من تكريس الاجراء، وهو ما يجعل من هذا الاجراء مجمد الى حين تكريس النصوص التنظيمية .

ثالثا : ندب الخبراء

يمثل ندب الخبراء إجراء أصيل مخول بموجب المادة 143 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري خلال مرحلة التحقيق، وعلى هذا أساس فإذا قدرت النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو الخصوم ضرورة فتح التحقيق فإن قاضي التحقيق يمكن أن ينتدب خبير من أجل توضيح مسألة فنية معينة¹ وذلك ضمن قائمة الخبراء المعتمدين، والحال كذلك في مرحلة المحاكمة² فيمكن دائما للقاضي ندب خبير سواء تلقائيا او بطلب من الخصوم للحصول على التنوير في مسألة مرتبطة بالمساس بالعلامة المملوكة للغير عبر الانترنت وفي جميع الحالات فإن الخبير المنتدب بموجب المادة 143 هو خبير محلف³ يعمل تحت السلطة المباشرة لقاضي التحقيق او القاضي الذي أمر بالخبرة⁴ ، ولا يكون للخبرة المنجزة من طرف الخبراء الحجية المطلقة ، ذلك أنه يمكن للقاضي الجنائي قياسا لسلطته التقديرية إستبعاد الخبرة وهو الرأي الراجح⁵ غير أن إستبعاد الخبرة كليا أو جزئيا يجب أن يكون دائما محل للتسيب.

1- سعيد فروحات، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التعامل مع الخبرة الجنائية ، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات ، المجلد 9 ، العدد 2 ، 2016 ، جامعة غرداية ، ص 125.

2 -المادة 219 من قانون الإجراءات الجزائية

3 -المادة 145 من قانون الاجراءات الجزائية

4- المادة 143-4 من قانون الإجراءات الجزائية

5- سعيد فروحات ، المرجع السابق ، ص 132

المطلب الثاني

الجزاءات القضائية

إن المسؤولية التي يخضع لها الناشر بإعتبارها الفاعل الأول في عملية المساس بالحق في العلامة التجارية هي مسؤولية كاملة تخضع للقواعد العامة ؛ ذلك أنه لا يوجد إختلاف من حيث الجزاءات المتوفرة سواء كانت مدنية أو جزائية للمساس بالحق في العلامة والذي يتم عبر شبكة الانترنت عن المساس بالحق خارج شبكة الانترنت ، وعلى هذا الأساس فإن مسؤولية الناشر مكرسة في شقها الجنائي وهو الأصل في نظامنا القانوني بموجب كل من الامر 03-06 والقانون 04-02 (الفرع الاول) في حين أن المسؤولية المدنية تخضع للقواعد العامة في المسؤولية عن الفعل الشخصي المكرسة بموجب المادة 124 من القانون المدني وعلى خلاف الوضع في المادة الجنائية فإن المسؤولية المدنية للناشر على مستوى نظامنا القانوني بالنسبة للمساس بالحق عبر الانترنت هي فاعلية محل شك(الفرع الثاني).

الفرع الأول : إرتباط الانفاذ الفعال بالمسؤولية الجنائية

يخضع الناشر بشكل كامل للمسؤولية الجنائية بموجب القواعد العامة وعلى هذا الأساس تتركس المادة 32 من الامر 03-06 مختلف العقوبات المتعلقة بالمساس بالحق في العلامة التجارية بإعتبارها جنحة تقليد وهي القاعدة الأساسية في الحماية القانونية للعلامة (أولا) في حين تتركس المواد 39 و 44 من القانون 04-02 مختلف العقوبات ذات الطبيعة الجنائية كذلك للمساس بالحق في العلامة وفي هذه الحالة فإن المساس بالحق يعتبر من قبيل المنافسة التجارية غير النزيهة (ثانيا).

أولا : فاعلية الامر 03-06 في الانفاذ عبر الانترنت

تنص المادة 32 من الامر 03-06 على مختلف العقوبات الاصلية والتكميلية لجنحة التقليد: "... كل شخص ارتكب جنحة تقليد ، يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر الى سنتين وبغرامة من مليونين وخمسمائة ألف دينار (2.500.000دج) الى عشرة ملايين دينار (10.000.000دج

(أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط مع : - الغلق المؤقت او النهائي للمؤسسة - مصادرة الاشياء والوسائل والادوات التي استعملت في المخالفة - إتلاف الاشياء محل المخالفة"وعلى هذا الأساس فإن فاعلية العقوبات الاصلية المكرسة بموجب المادة 32 من الامر 03-06 في التعامل مع التقليد عبر الانترنت هي محل شك (1) إضافة الى أن تطبيق العقوبات التكميلية الوجوبية يكرس بعض الخصوصيات المترتبة بشبكة الانترنت (2).

1. فاعلية العقوبات الاصلية في التقليد عبر الانترنت .

إن فاعلية العقوبات المكرسة بموجب المادة 32 من الامر 03-06 هي فاعلية مقبولة غير أن الملاحظ أن مشرعا الجزائري يتعامل مع التقليد كظاهرة جامدة (1.1) و لا ينص على استعمال تكنولوجيا الاعلام والاتصال كظرف مشدد للعقوبة (2.1) كذلك فإنه لا يمكن مساءلة الشخص المعنوي(3.1).

1.1. التعامل الجامد مع التقليد

يتعامل مشرعا الجزائري مع التقليد كظاهرة جامدة ؛ والاصل أن التقليد ظاهرة متطورة وهو ما يفسر تعديل المشرع الفرنسي للنصوص القانونية المنظمة للتقليد بشكل مستمر لتكون متوافقة مع الاشكال المستحدثة من التقليد ، يميل مشرعا الجزائري الى تكريس الحد الأقصى للعقوبة المكرسة للتقليد ويترك تأسيسا على ذلك للقاضي الجنائي سلطة توقيع الاحكام بما يتناسب مع الخطورة والسلطو التقديرية وهو ما يكرس الانتقال من حيث قسوة الاحكام من الغرامة كوسيلة أولية الى الحبس وبالنسبة للتقليد الأكثر خطورة فإن القاضي الجنائي يمكن أن يجمع بين الغرامة والحبس في حالات نادرة.

إذا قمنا بمقارنة هذه المقاربة المكرسة على مستوى نظامنا القانوني مع التشريع الفرنسي فمن الواضح أن المشرع الفرنسي يميل الى التمييز بين أشكال التقليد المختلفة فيكرس لكل شكل من أشكال التقليد عقوبة معينة وذات ذاتية خاصة فلا يتعامل مع جميع أشكال التقليد كشكل واحد ، على سبيل المثال فإن التقليد الذي يكون في شكل صناعي *De produire industriellement* وهو شكل خطير من أشكال المساس بالحق في العلامة فإن العقوبات المكرسة لهذا الشكل من التقليد تصل بموجب المادة 716-9 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي

السابق التطرق لها الى أربعة (4) حبس و/أو الغرامة التي تصل الى 400.000 أورو في حين لا تتجاوز العقوبة بالنسبة للتقليد البسيط بموجب المادة 716-10 والذي يتم دون اللجوء الى الوسائل الصناعية على سبيل المثال الثلاث (3) سنوات من الحبس ودون أن تتجاوز الغرامة 300.000 أورو .

من الواضح تماما أن مشرعنا الجزائري يميل الى التعامل مع التقليد كشكل واحد في حين أن الاصح أن يتم التعامل مع التقليد من خلال جنح متعددة وتتميز كل منها بذاتية خاصة مثل ماهو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي ، إن ما يثير التساؤل كذلك أن مشرعنا الجزائري في القانون السابق للعلامات¹ كان يعمل على التمييز بين أشكال التقليد المختلفة ويجعل لكل منها نظام نجنيح خاص فيميز على سبيل المثال بين التقليد القائم على التطابق بموجب المادة 28 من الامر 57-66 :

" يعاقب بغرامة من 1.000 الى 20.000 د. ج ويسجن من ثلاثة أشهر الى ثلاث سنوات أو بإحدى العقوبتين فقط: 1- الذين يقلدون علامة أو يستعملون علامة مقلدة 2- الذين يضعون عن طريق التدليس، على منتجاتهم أو على الأشياء التابعة لتجارتهم، علامة هي في ملك غيرهم. 3 - الذين يبيعون أو يعرضون للبيع، عن قصد، منتجاً واحداً أو عدة منتجات ملبسة بعلامات مقلدة أو موضوعة بطريق التدليس"

وهو الشكل الأكثر خطورة وعلى هذا الأساس يكرس القانون السابق عقوبات أشد (الغرامة من 1.000دج- 20.000دج والحبس من ثلاث أشهر الى ثلاث سنوات) وبين التقليد القائم على التشابه بموجب المادة 29 من الامر 57-66 :

" يعاقب بغرامة من 1.000 الى 15.000 د. ج ويسجن من شهر الى سنة أو بإحدى العقوبتين فقط: 1- الذي يتخذون علامة لغيرهم ومن غير أن يقلدوها، يجعلون منها صورة تدليسية من شأنها أن يندع لها المشتري، وكذا الذين يستعملون علامة تجري محاكاتها بطريق التدليس. 2- الذي يستعملون علامة تحمل بيانات يقصد بها خداع المشتري عن نوع المنتج.

1 - أمر رقم 66 - 57 مؤرخ في 27 ذي القعدة عام 1385 الموافق 19 مارس سنة 1966 ، يتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية المُلغى

3- الذين يبيعون أو يقدمون للبيع، عن قصد، منتجاً واحداً أو عدة منتجات ملبسة بعلامة تجري محاكاتها بطريق التدليس أو تتضمن بيانات كافية لخداع المشتري عن نوع المنتج"

وهو التقليد الأقل خطورة فتكرس المادة عقوبات أقل شدة (الحد الأقصى للغرامة 15.000 دج والحبس سنة واحدة) وعلى هذا الأساس ندعو مشرعن الجزائري الى ضرورة التعامل مع التقليد كظاهرة ذات أبعاد غير متجانسة بحيث يمكن تكريس جنح خاصة لكل شكل من أشكال التقليد سواء كان السبب في ذلك الخطورة أو الانتشار أو غيرها فلا يصح التعامل مع جميع أشكال التقليد الممكنة من خلال المادة 32 من الامر 06-03 وترك الحرية للقضاة في تقدير خطورة فعل التقليد

2.1. غياب الظروف المشددة

يمكن الإشارة الى أن مشرعنا الجزائري بموجب الامر 06-03 لا يكرس أي ظروف مشددة لجنة التقليد وهي مسألة محل نظر ؛ على سبيل المثال لا يكرس الامر 06-03 إستعمال تكنولوجيا الاعلام والاتصال للمساس بالحق في العلامة مظرف مشدد للجريمة على نقيض الوضع في التشريع الفرنسي الذي يكرس مجموعة من الظروف بموجب المواد 916-9(2) و 916-10(2) لتشديد العقوبة فيجعل من إستعمال تكنولوجيا الاعلام والاتصال ظرف مشددة للعقوبة ، ضف الى ذلك أن التقليد الذي يمس بالصحة البشرية او الحيوانية أو الذي يتم في إطار الجرائم العابرة للحدود هي ظروف مشددة كذلك للعقوبة في التشريع الفرنسي.

Lorsque les délits prévus au présent article ont été commis **en bande organisée** ou sur **un réseau de communication au public en ligne** ou lorsque les faits portent sur des marchandises **dangereuses pour la santé, la sécurité de l'homme ou l'animal**, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende.

3.1. غياب مسؤولية الشخص المعنوي

الملاحظة الثالثة ، أن المادة 32 من الامر 06-03 لا يمكن أن تطبق على الأشخاص المعنوية وعلى هذا الأساس فإن نطاق التجريم بموجب المادة 32 مرتبط فقط بالناشر الشخص الطبيعي وهو ما يؤدي الى ضعف النص ذلك أن من الثابت أن التقليد الذي يتم من طرف الأشخاص المعنوية يكون أكثر تأثير من التقليد الذي يتم من طرف الشخص الطبيعي بإعتبار أن الشخص المعنوي

يملك بالضرورة الإمكانات وتفسير لك أن المشرع الجزائري إقراراً بمسؤولية الشخص المعنوي بموجب القانون 04-15 المعدل لقانون العقوبات الوطني¹ حيث تنص المادة 51 مكرر² من قانون العقوبات "...يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك". وباعتبار أن مسؤولية الشخص المعنوي الجنائية لا يمكن تكريسها إلا بموجب نص صريح وامام غياب هذا التصييص بموجب المادة 32 من الامر 03-06 فإن مسؤولية الشخص المعنوي لا تكون مؤسسة وعلى هذا الأساس ندعو مشرعنا الجزائري الى ضرورة تعديل المادة 32 من الامر 03-06 لتشمل النص صراحة على مسؤولية الشخص المعنوي.

2. خصوصية العقوبات التكميلية في التقليد عبر الانترنت

تشمل العقوبات التكميلية الغلق(1.2) ، المصادرة والاتلاف (2.2) وهي عقوبات وجوبية فيجب على القاضي الجنائي عند الحكم بالتقليد الحكم بجميع العقوبات التكميلية تحت طائلة الخطأ في تطبيق القانون ، الملاحظ أن تطبيق بعض هذه العقوبات يطرح خصوصيات معينة عبر شبكة الانترنت.

1.2. تطبيق الغلق في مواجهة الموقع الالكتروني

يتمثل الغلق بموجب المادة 16 مكرر1: "يترتب عن عقوبة غلق المؤسسة منع المحكوم عليه من أن يمارس فيها النشاط الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه.....ويحكم بهذه العقوبة إما بصفة نهائية أو لمدة لا تزيد.....خمس سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جنحة "وعليه فإن عقوبة الغلق تكون مكرسة أساساً للشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي بإعتبار أن المادة 32 من الامر 03-06 لا تركز المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية والاصل أن عبارة المؤسسة الواردة بموجب المادة 16 مكرر1 تنصرف الى التاجر صاحب المؤسسة الفردية بموجب القانون التجاري والتي لا تملك الشخصية المعنوية³ وعلى هذا الأساس فإن تطبيق المادة 16 مكرر1 لا

1- سليمان حاج عزام ، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي العام بين الرضى والقبول ، مجلة العلوم الانسانية ، العدد 33 ، 2014،ص271.

2- القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات .

3- الطبيب بلولة ، ترجمة محمد بن بوزة ، قانون الشركات ، بيري للنشر ، الجزائر ، 2008 ، ص40.

يشمل الشركات التجارية والمدنية مطلقاً لخروجها من تصنيف المؤسسة الفردية وشمولهم بالشخصية المعنوية والتساؤل الذي يطرح هل يمكن تطبيق المادة 16 مكرر 1 من قانون العقوبات بالنسبة للمؤسسة الفردية التي تمارس نشاطها عبر الانترنت دون أن يكون لها وجود مادي؟ وهل يمكن أن تشمل عقوبة الغلق الموقع الإلكتروني الذي يعتبر دعامة التقليد في هذه الحالة؟ والواقع أن الآليات القانونية المتوفرة حالياً تسمح بتكريس الغلق في مواجهة الموقع الإلكتروني الذي يعتبر دعامة التقليد وذلك من خلال تطبيق المادة 12-ب من القانون 09-04: "... يتعين على مقدمي خدمات الانترنت ما يأتي ب- وضع ترتيبات تقنية تسمح بحصر إمكانية الدخول الى الموزعات التي تحتوي معلومات مخالفة للنظام العام "وعليه ، فإن تبليغ الحكم الجنائي ولو بموجب المسودة¹ الى الوسطاء التقنيين وعلى الخصوص مقدم خدمة الوصول الى شبكة الانترنت بمنع الوصول الى الموقع الإلكتروني من طرف الجمهور طوال مدة الغلق المكرسة بموجب الحكم الجنائي.

2.2. المصادرة والاتلاف

يقصد بالمصادرة La confiscation أن تؤول مختلف الوسائل المستعملة في جنحة التقليد الى الدولة بإعتبارها ذات قيمة مالية² وبإعتبار أن جنحة التقليد تفرض وجود هذه الوسائل في أغلب الأحيان فإن جميع الوسائل المستعملة في إرتكاب الجنحة تؤول الى ملكية الدولة وتكون المصادرة من العقوبات التكميلية الوجوبية في مادة الجنايات³ في حين تخضع للسلطة التقديرية للقضاة في الجرح والمخالفات غير أن الامر 03-06 يجعل من المصادرة عقوبة تكميلية وجوبية وعلى هذا الأساس فإن إغفال الحكم بالمصادرة وجوباً عند الإدانة بجنحة التقليد يعتبر خطأ في تطبيق القانون يؤدي الى نقض الحكم في حين تشمل عقوبة الاتلاف la destruction كعقوبة تكميلية وجوبية كذلك بموجب الامر 03-06 السلع محل التقليد دون غيرها من الوسائل والمنافع ؛ ويجب التمييز تأسيساً على ذلك بين الاتلاف destruction la والمصادرة La confiscation والمعيار هنا هو القيمة المالية بإعتبار أن السلع المقلدة لا قيمة مالية لها تكرر الانتفاع بها فلا تكون محلاً للمصادرة مطلقاً وإنما تكون محلاً للاتلاف.

1- المادة 16 مكرر 1-3 تسمح بالنفاذ المُعجل بالنسبة لعقوبة الغلق .

2- المادة 15 من قانون العقوبات

3- المادة 15 مكرر 1 من قانون العقوبات

وينتج عن إتلاف هذه السلع إخراجها من التداول التجاري، وعلى هذا الأساس فإن المصادرة مرتبطة بالوسائل والعتاد والمنافع عموما المستعملة في جنحة التقليد بهدف حرمان المحكوم عليه من الاستفادة المالية منها في حين أن الاتلاف مرتبط بالسلع المقلدة كأصل عام لاستحالة الاستفادة المالية منها وبالتالي وجب إخراجها من التداول من خلال إتلافها ولا تكون السلع محل جنحة التقليد محلا للمصادرة إلا في حالة واحدة وهي السلع الاصلية المتداولة خارج عقود التوزيع باعتبار أن هذه السلع أصلية لها قيمة مالية يمكن الانتفاع بها فتقول ملكيتها للدولة وأن أساس تكريس جنحة التقليد هو تداولها تجاريا خارج عقود التوزيع دون أن تكون في حد ذاتها محل تقليد.

ثانيا : فاعلية تطبيق القانون 04-02 في مجال الانفاذ عبر الانترنت

أساس المسؤولية الجنائية للمساس بالحق في العلامة بموجب القانون 04-02 هو تصنيف الاعتداء على العلامة كممارسة تجارية غير نزيهة *des pratiques commerciales déloyales* دون التقليد المنظم بصفة حصرية بموجب الامر 03-06 وعلى هذا الأساس فمن الواضح وجود تنوع في الجزاءات الجنائية المكرسة للممارسات التجارية غير النزيهة منها العقوبة الاصلية وهي الغرامة¹ دون الحبس إضافة الى العقوبات التكميلية وهي المصادرة² والتي تخضع للقواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية إضافة الى نشر الحكم³ وهو ما يمثل شكل من أشكال رد الاعتبار الاقتصادي بالنسبة للفاعل الاقتصادي ضحية الجرائم المرتكبة ضمن القانون 04-02 ، من الواضح أن العقوبات ذات الطبيعة الجنائية التي جاء بها القانون 04-02 هي عقوبات معتبرة⁴ غير أن التساؤل الذي يطرح الى أي مدى يمكن أن تكون الاليات المتوفرة بموجب المادة 2-27 والمادة 38 من القانون 04-02 فعالة في إنفاذ الحق عبر شبكة الانترنت؟ أعتقد من وجهة نظري أن تطبيق القانون 04-02 على المساس بالحق في العلامة عبر الانترنت ممكن من الناحية النظرية غير أن الإشكالات العملية هي الطبيعة الاحتياطية للمادة 2-27 في ذاتها بالنسبة

1 - المادة 38 من القانون 04-02

2 - المادة 44 من القانون 04-02

3 - المادة 48 من القانون 04-02

4 - أحمد خديجي ، قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، جامعة باتنة 1 ، 2016 ، ص

للفاعل الاقتصادي (1) ومن جهة ثانية غياب نظرية قضائية لتطبيق نصوص القانون 02-04 عبر شبكة الانترنت على نقيض الوضع بالنسبة للامر 06-03 (2).

1. الطبيعة الاحتياطية للمادة 2-27

يكرس القانون 02-04 للفاعل الاقتصادي إمكانية رفع دعوى على سبيل الاستقلال ضد كل شخص طبيعي او معنوي يخالف أحكام المادة 2-27 أو التأسس كطرف مدني عندما تكون الدعوى العمومية قد حركت بالفعل من طرف الجهات المسؤولة¹، إن الاشكال الذي يطرح هو أن الأركان التي تقوم عليها الجريمة المنصوص عليها بموجب المادة 2-27 من القانون 02-04 والتي تركز دائما الطبيعة الاحتياطية² لمصالح الفاعل الاقتصادي مقارنة بمصلحة المستهلك كأصل ؛ ذلك أن الهدف هو حماية المستهلك أساسا ولا تركز حماية الفاعل الاقتصادي إلا على سبيل الاستثناء ، ضف الى ذلك أن الفاعل الاقتصادي من النادر أن يعمل على تأسيس المساس بالحق في العلامة التجارية على المادة 2-27 إلا في الأحوال التي يكون فيها تأسيس الدعوى على جنحة التقليد غير ممكنة لاي سبب من الأسباب بإعتبار أن الاليات القانونية المكرسة بموجب الامر 06-03 وهي المجال الطبيعي لحماية العلامة أكثر شمولية من تلك المنصوص عليها بموجب المادة 2-27 من القانون 02-04 والواقع أن الطبيعة الاحتياطية للمادة 2-27 بالنسبة للفاعل الاقتصادي وحصر نطاقها في حماية المستهلك أساسا تضعف من فاعلية النص القانوني في جميع أشكال المساس بالحق في العلامة سواء كان المساس تقليديا أو عبر شبكة الانترنت بالنسبة للفاعل الاقتصادي.

2. غياب نظرية قضائية لتطبيق قواعد القانون 02-04 عبر الانترنت

إن الإشكالية الكبرى التي تواجه تطبيق القانون 02-04 عبر شبكة الانترنت هو غياب نظرية قضائية تخلق الانسجام بين القواعد والبيئة الالكترونية ، من الواضح أن القانون 02-04 شرع أساسا للتعامل مع الوسط التقليدي دون شبكة الانترنت وهو الحال بالنسبة للامر 06-03 ؛ ذلك

1 - المادة 65 من القانون 02-04

2 - وهو ما يفسر أن المادة 65 من القانون 02-04 تمنح الاولوية في تحريك الدعوى العمومية لجمعيات حماية المستهلك ثم الفاعل الاقتصادي

أن الثابت أن هذه النصوص لم تشرع للتعامل مع التحديات التي تفرضها شبكة الانترنت ، غير أن الاختلاف بين تطبيق الامر 06-03 و القانون 02-04 يرجع أساسا الى أن الامر 06-03 كان محل لنظرية قضائية موسعة خصوصا على مستوى الاقضية المتقدمة (منذ سنة 1991 على الأقل) والتي سمحت بتكريس نظرية قضائية لطريقة تطبيق القواعد التقليدية للامر 06-03 في المساس بالعلامة التجارية عبر الانترنت وما جعل تطبيق الامر 06-03 عبر شبكة الانترنت أسهل لوجود الاجتهاد القضائي المقارن ، بالنسبة للقانون 02-04 نلاحظ غياب هذه التواتر القضائي بنفس الزخم فكيف يمكن والحال كذلك تطبيق هذه القواعد في غياب الاجتهاد القضائي؟ إن السبب في ذلك يرجع دائما الى الطبيعة الاحتياطية للمادة 2-27 والقانون 02-04 عموما بالنسبة للفاعل الاقتصادي في حماية العلامة التجارية والتي يمثل الامر 06-03 مجالها الطبيعي.

الفرع الثاني: فاعلية دعوى التعويض المدنية في إنفاذ الحق عبر الانترنت

يمكن لمالك العلامة التجارية تأسيس الدعوى القضائية على أسس مدنية وهو ما يعني اللجوء الى القاضي المدني دون القضاء الجنائي المكرس بموجب المادة 32 من الامر 06-03 والمادة 27-2 من القانون 02-04 والاصل أن القاضي المدني هو القاضي الطبيعي Le juge naturel لمنازعات الملكية الفكرية في حين أن تدخل القضاء الجنائي لا يكون إلا في المنازعات التي يمكن أن تمس بالنظام العام وحماية المستهلك ، تأسيسا على ذلك فإن لمالك العلامة التجارية محل الاعتداء تأسيس الدعوى القضائية على القواعد العامة وفي هذه الحالة فإن حماية العلامة تكون في إطار الحماية القضائية المؤسسة على المادة 124 من القانون المدني في إطار دعوى التعويض العادية (أولا) والتي تعتبر فاعليتها في مجال إنفاذ الحق في العلامة عبر الانترنت محل شك على مستوى نظامنا القانوني (ثانيا).

أولا : التأسيس القانوني

التأسيس القانوني لدعوى التعويض المدنية قائم على المادة 124 من القانون المدني (1) وهو ما يؤدي الى دراسة طبيعة العلاقة بين دعوى التعويض ودعوى تقليدية معروفة على مستوى الفقه والقضاء الفرنسي تعرف بدعوى المنافسة غير المشروعة L'action en concurrence déloyale (2).

1. المادة 124 من القانون المدني

إن لجوء مالك العلامة التجارية لدعوى التعويض (القضاء المدني) هو لجوء الى القواعد العامة من خلال تطبيق المادة 124 على فعل المساس بالحق في العلامة التجارية عبر شبكة الانترنت ، بالتالي فالتأسيس القانوني على المادة 124 من القانون المدني يفرض توفر جميع أركان المسؤولية المدنية والتي هي من حيث الأصل مسؤولية عن الفعل الشخصي وذلك دون اللجوء الى أي أسس ذات طبيعة جنائية سواء بموجب الامر 03-06 أو القانون 04-02 وعلى هذا الأساس فإن التأسيس القانوني يقوم على الخطأ المدني (1.1) والضرر (2.1) وبطبيعة الحال إثبات وجود علاقة السببية بين الخطأ المدني والضرر تطبيقاً للقواعد العامة.

1.1. الخطأ المدني

يمثل الخطأ *la faute* شكل من أشكال الانحراف عن السلوك العادي ضمن مجتمع معين¹ ؛ وهو مرتبط أساساً بالظروف الجماعية المتوفرة خلال فترة معينة وعلى هذا الأساس فإن المساس بالحق في العلامة التجارية للغير يمثل كقاعدة عامة شكل من أشكال الانحراف عن السلوك المطلوب إجتماعياً والذي يقضي أن الرجل العادي لا يمس بالحقوق الثابتة للغير والواقع أن مجال الخطأ المدني في المساس بالحق في العلامة على درجة كبيرة من التوسع فهو يشمل جميع أشكال الانحراف سواء تمت من طرف الشخص العادي أو الفاعل الاقتصادي ، يمكن تصنيف أشكال الانحراف على سبيل المثال دون احصر في مجال المساس بالحق في العلامة التجارية والتي تؤسس للخطأ المدني الى نوعين من الاستعمال ؛ الاستعمال الهادف للاستفادة من سمعة العلامة والاستعمال المؤدي الى الحط من قيمة العلامة في حد ذاتها وتطبيقاً للقواعد العامة فإن مالك العلامة التجارية مطالب بإثبات هذا الانحراف في السلوك على كل حال و الذي يعتبر من الوقائع المادية الخاضعة للسلطة التقديرية للقضاة.

1- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثاني ، نضهة مصر ، الطبعة الثالثة ، جمهورية مصر العربية ، 2011 ، ص 777.

1.1.1. الاستفادة من سمعة العلامة

يمثل السلوك الذي يهدف الى الاستفادة من سمعة العلامة الانحراف الأكثر أهمية في مجال المساس بالحق في العلامة التجارية؛ ذلك أن هذا الاستعمال دون حق للعلامة التجارية للغير يهدف بصفة أساسية الى تحويل الزبائن من خلال الاستفادة من سمعة العلامة وقيمتها السوقية ويشمل الاستعمال غير المرخص للعلامة مما يؤدي الى إحداث الخلط وتحويل الزبائن وذلك بأي شكل من الأشكال (بيع السلع التي تحمل العلامة التجارية للغير ، إستعمال العلامة في الاشهار ، السطو الالكتروني على العلامة وغيرها) وعلى هذا الأساس فإننا نكرس معيار جامع للتأسيس الخطأ المدني في هذه النقطة وهو أي إستعمال للعلامة التجارية للغير دون ترخيص من مالك الحق يهدف الى الاستفادة من سمعة العلامة التجارية وتحويل الزبائن يمثل إنحراف في السلوك يؤسس للخطأ المدني .

2.1.1. الحط من قيمة العلامة

يمثل السلوك المنحرف الذي يهدف من الحط من قيمة العلامة ممارسة منتشرة كذلك في مجال العلامات؛ ذلك أن تحويل الزبائن في هذه الحالة لا يكون من خلال الاستفادة من قيمة العلامة بل على النقيض من ذلك يعمل الشخص على تحويل الزبائن من خلال الحط من قيمة العلامة الاصلية في ذهن الجمهور وهو ما يؤدي الى تحويل الزبائن¹ من العلامة الاصلية وعلى هذا الأساس فإن هذا السلوك لا يؤسس على المساس المباشر بالعلامة الاصلية بل من خلال إستحداث علامة مشروعة مختلفة والعمل على تحقير العلامة الاصلية ، يجب الإشارة الى نقطة مهمة وهي أن تقدير الانحراف في مجال العلامة التجارية فيما يتعلق بالحط من القيمة لا يمكن أن يتم خارج الضمانات المكرسة لحرية التعبير؛ ذلك أن الحط من قيمة العلامة يكون في بعض الحالات واحدة من تطبيقات حرية التعبير المحمية دستوريا² ، وعلى هذا الأساس فإننا نكرس معيار جامع لتأسيس الخطأ المدني في هذه الحالة : أي سلوك يهدف من الحط من قيمة العلامة التجارية للغير ويهدف أساسا الى تحويل الزبائن يمثل سلوك منحرف يؤسس للخطأ المدني في مجال العلامات.

1- Jean-Bernard Blaise , Richard Desgorces , op.cit , n624

2- Geiger, Christophe. (2007). Droit des marques et liberté d'expression (de la proportionnalité de la libre critique). Recueil Dalloz, 884-888 (2007).

2.1. الضرر

يعتبر الضرر عنصر مهم من عناصر المسؤولية المدنية¹؛ ذلك أن لا تعويض دون ثبوت الضرر وباعتبار ان مالك العلامة التجارية يكون فاعل تجاري غالبا فإن الضرر من الاستعمال غير المشروع للعلامة يكون تجاريا ، ويشمل الضرر عزوف العملاء عن السلعة او الخدمة التي تحمل العلامة التجارية محل المساس من طرف الغير الى العلامة المزيفة أو غيرها مما يؤدي الى خسائر مالية معتبرة وبتطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية فإن الضرر يجب أن يكون ماليا محقق الوقوع فيكون قد وقع بالفعل أو على الأقل محقق الوقوع في المستقبل² ذلك أن لا تعويض عن الاحتمال، وتعديل القانون المدني بموجب المادة 182 مكرر المستحدثة³ أصبح يمكن المطالبة بالتعويض عن الضرر الادبي وهو ما يمكن التأسيس عليه للحصول على التعويض في الحالة التي لا تؤدي سلوكات الحط من العلامة التجارية الى خسائر مادية.

2. وحدة المسؤولية المدنية.

كرس الفقه الفرنسي بقيادة بول روبيار Paul Roubier خصوصية معينة إتجاه القواعد العامة لدعوى التعويض عندما ترتبط بالمجال التجاري تعرف بدعوى المنافسة غير المشروعة L'action en concurrence déloyale واسباس هذه الخصوصية هو إرتباط دعوى المنافسة غير المشروعة بحالة المنافسة⁴ وغياب حالة المنافسة يجعل من دعوى المنافسة غير المشروعة غير مقبولة⁵ وعلى هذا الأساس فإن وجودها يكون محل شك بإعتبار أن دعوى التعويض (القواعد العامة) يمكن أن تؤدي نفس الوظيفة في حماية الوسط التجاري ، والظاهر أن إتجاه القضاء الفرنسي في السنوات الأخيرة يميل الى دحض هذه الخصوصية من خلال إغفال حالة المنافسة (1.2) من جهة ثانية يميل بعض الفقه الى تكريس هذه الخصوصية بناء على قيمة التعويض وهو

1 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثاني ، المرجع السابق ، ص 855.

2 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثاني ، المرجع السابق ، 858.

3 - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 المتضمن تعديل القانون المدني

4 - Pirovano Antoine. La concurrence déloyale en droit français. R.I.D.C. Vol. 26 N°3,

Juillet-septembre 1974. p493.

5 -Linda Arcelin-Lécuyer, Droit de la concurrence, Presses universitaires de Rennes,

2013, p11.

رأي غير دقيق كذلك (2.2) ، اعتقد من وجهة نظري أن الممارسة الفقهية الفرنسية التقليدية والتي تعمل على تكريس خصوصية معينة لدعوى التعويض في شكل دعوى المنافسة غير المشروعة مما يخلق ذاتية خاصة لها أصبحت من الماضي.

1.2. الخصوصية القائمة على حالة المنافسة.

يعتبر بول روبيار Paul Roubier أن غياب حالة المنافسة une situation de concurrence يؤدي الى غياب تحويل الزبائن بإعتبار أن أطراف الخصومة لا يتشاركان وحدة الزبائن أو على الأقل نوعية مشابهة وعلى هذا الأساس فإن خلق اللبس وتحويل الزبائن (وجود الضرر) أساسا لا يكون ممكنا¹ .

والواقع ان القضاء الفرنسي يحاول تحقيق نوع التقارب بين دعوى المنافسة غير النزيهة والقواعد العامة في المسؤولية المدنية والظاهر أن القضاء الفرنسي تأثر بالممارسة الأوروبية التي لا تشترط وجود حالة من المنافسة لقبول الدعوى حماية للنظام العام الاقتصادي وما يؤكد هذا الاتجاه هو الاحكام المتواترة لمحكمة النقض الفرنسية خلال مرحلتين: المرحلة الأولى كرس قضاة محكمة النقض الفرنسية في قضية Yoplait² (12 فيفري 2008) أن وجود حالة من المنافسة المباشرة une situation de concurrence directe بين الفاعلين لا يمثل شرط لقبول الدعوى ؛ وعلى هذا الأساس فإن وجود حد أدنى من المنافسة يعتبر كافيا ، من الواضح أن القضاء الفرنسي في قضية Yoplait لم يعمل على إقصاء المنافسة بشكل كامل تحقيقا للتوازن بين الممارسة الفرنسية التقليدية بقيادة بول روبيار و التي تعتبر أن حالة المنافسة شرط أساسي لقبول الدعوى وبين الممارسة الأوروبية التي لا تميل مطلقا الى تكريس هذا الشرط.

والظاهر أن محكمة النقض الفرنسية سرعان ما تخلت عن هذا التحفظ خلال مرحلة ثانية من خلال قضية Cocktail³ (27 جانفي 2009) حيث كرست صراحة أن غياب المنافسة بين الفاعلين لا يعتبر عائقا أمام قبول دعوى المنافسة غير النزيهة وهو ما تم تأكيده بعد ذلك في أحكام

1 -Paul Roubier,op.cit , p491.

2 -CCF, Chambre commerciale, l'arrêt Yoplait 12 février 2008.

3 -CCF, Chambre commerciale, l'arrêt Cocktail 27 janvier 2009.

كثيرة. ، من الواضح أن هناك استقرار على مستوى القضاء الفرنسي حاليا قياسا لمحكمة النقض أن حالة المنافسة لا تعتبر شرط من شروط قبول دعوى المنافسة غير النزيهة وهو ما يؤدي بنا الى القول من خلال هذا التحليل أن التوجه الحديث سواء على المستوى الاوروبي او الفرنسي يتحه الى إعتبار دعوى المنافسة غير المشروعة مجرد دعوى تعويض قائمة على الخطأ responsabilité pour faute طبقا للقواعد العامة دون أي خصوصية¹.

2.2. الخصوصية القائمة على قيمة التعويض .

يميل كذلك الاتجاه التقليدي بقيادة بول روبيار Paul Roubier نحو تكريس خصوصية دعوى المنافسة غير المشروعة عن دعوى التعويض على الاختلاف في قيمة التعويض² ؛ ذلك أن قيمة التعويض بالنسبة لدعوى المنافسة غير المشروعة حسب هذا الرأي تكون أكبر من القواعد العامة . والواقع أنه لا توجد علاقة بين قيمة التعويض وخصوصية دعوى المنافسة غير المشروعة من وجهة نظر الباحث ؛ ذلك أن قيمة التعويض مرتبطة أساسا بالضرر وليس بطبيعة الدعوى في حد ذاتها فكلما كان الضرر كبير كلما إتجهت السلطة التقديرية للقضاة لتكريس قيمة كبيرة للتعويض سواء في المنازعة التجارية أو دون ذلك.

ثانيا : تقدير فاعلية دعوى التعويض في إنفاذ الحق عبر الانترنت

تطبيقا للقواعد العامة فإن لمالك العلامة التجارية الحق في الخيار بين القاضي المدني أو اللجوء الى القضاء الجنائي من خلال التأسس مذرف مدني ، يفضل دائما في مجال المساس بالحق الذي يتم في الوسط التقليدي اللجوء الى القاضي المدني بإعتباره قاضيا طبيعيا (1) غير أنه على مستوى التقليد الذي يتم عبر الانترنت ونظرا للارتباط بين جنحة التقليد بتكنولوجيا الاعلام والاتصال (TIC) وما ينتج عن ذلك من صعوبات مرتبطة بالجريمة المعلوماتية في حد ذاتها فإن اللجوء الى القضاء المدني لا يمثل الحل الأمثل وهو ما يجعلنا نكرس حتمية اللجوء الى القاضي الجنائي لتحقيق إنفاذ أفضل للحق في العلامة التجارية عبر شبكة الانترنت (2).

1 –jean bmaise , richard desgorces , droit des affaires , 8eme edition ,lextenso , note641.

2 –Paul Roubier, op.cit ,p507.

1. دعوى التعويض كقضاء طبيعي في المنازعات التقليدية.

يمكن لمالك العلامة التجارية تطبيقا للقواعد العامة اللجوء الى القضاء المدني وفي هذه الحالة فإن القاضي المدني يكون مختصا بالنظر في المنازعة فيؤول الاختصاص من حيث الأصل الى الأقطاب المتخصصة نوعيا وإقليميا باعتبارها منازعة من منازعات الملكية الفكرية¹ وفي حال عدم وجود هذه الأقطاب فإن الاختصاص نوعيا يكون الى الأقسام التجارية بالمحاكم وتختص إقليميا محكمة مقر المجلس دون غيرها باعتبارها منازعة تجارية² والواقع أن مالك العلامة التجارية عندما يسلك الطريق المدني فإنه يؤسس الدعوى من حيث الموضوع على المسؤولية عن الفعل الشخصي بموجب المادة 124 من القانون المدني فيكون مطالب بإثبات جميع عناصر المسؤولية المدنية وهو تطبيق للقواعد العامة دون أي خصوصية يمكن الإشارة إليها، ما يجب التركيز عليه أن القضاء المدني يمثل القضاء الطبيعي للتعامل مع منازعات العلامة التجارية والملكية الفكرية عموما ويرجع ذلك الى مجموعة من الأسباب الموضوعية ، التخصص (1.1) والاعفاء من إثبات الركن المعنوي (2.1) وكذلك التنفيذ المعجل (3.1) وقيمة التعويض (4.1).

1.1. التخصص في منازعات أصل الحق .

الاشكال الذي يواجهه القاضي الجنائي في مجال التعامل مع منازعة العلامة التجارية هو غياب التخصص وخصوصا عند التنازع في أصل الحق ؛ بمعنى وجود تنازع بين المدعي (الطرف المدني) والمتهم حول الاحقية في ملكية العلامة التجارية أساسا ، وفي هذه الحالة يمكن أن يطلب المتهم إبطال أو إلغاء العلامة في إطار سير الدعوى الجنائية، والملاحظ أنه على مستوى الامر 06-03 فإن المشرع وسع من اختصاص القاضي الجنائي للنظر في منازعات أصل الحق أي ملكية العلامة من حيث الابطال والالغاء³ ، تأسيسا على ذلك يختص القاضي الجنائي قانونا مثل ما هو عليه الحال بالنسبة للقاضي المدني بالنظر في التنازع الذي قد يحدث بين الأطراف حول ملكية العلامة ؛على نقيض الوضع في القانون السابق للعلامات - وهو الاصح- والذي جعل

1 - المادة 32-7 من قانون الاجراءات المدنية والادارية

2 - المادة 40-4 والمادة 513 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

3 - المادة 30 من الامر 06-03

الاختصاص النوعي حصريا للقاضي المدني في منازعات ملكية العلامة¹ وجعل من نطاق اختصاص القاضي الجنائي قائما فقط عند المنازعة التي يكون فيها الحق ثابتا للطرف المدني ، ونعتقد من وجهة نظرنا أن هذا التوسع في صلاحيات القاضي الجنائي للنظر في منازعات ملكية العلامة ليس له ما يبرره ؛ ذلك أن النظر في ملكية العلامة بموجب المواد 20 او 21 من الامر 06-03 هو مسألة تقنية دقيقة قد لا يكون القاضي الجنائي ملما بجميع تفاصيلها وهو يؤدي الي تشتت الدعوى الجنائية بين الطلبات الهامشية لكل من النيابة العامة والمتهم حول أصل الحق في حد ذاته ، ذلك أن القضاء الجنائي يكون فعالا فقط في منازعات تقليد العلامة التجارية التي يكون أصل الحق فيها ثابتا للطرف المدني أما في حالة تطلب دعوى التقليد الجنائية مناقشة أصل الحق فإن القضاء الجنائي لا يمثل الخيار المناسب لغياب التخصص في مثل هذه المنازعات ؛ ذلك أن النيابة العامة والقاضي الجنائي لا يختص في الحقيقة بإثبات أصل الحق للطرف المدني وإنما بحماية هذا الحق عندما يكون ثابتا ، على نقيض الوضع في القضاء المدني والتي تمثل منازعات ملكية العلامة النطاق الطبيعي له .

2.1. الاعفاء من إثبات الركن المعنوي

تأسيس جناح المساس بالحق في العلامة التجارية أمام القاضي الجنائي تطبيقا للقواعد العامة² يتطلب الى جانب إثبات الركن المادي (تقدير التقليد بموجب المادة 9 من الامر 03-06 أوالمحاكاة بموجب المادة 27-2 من القانون 04-02) ضرورة إثبات الركن المعنوي والواقع أن الركن المعنوي شرط جوهري في قيام جميع الجرائم دون إستثناء ؛ ذلك أن العدالة الجنائية تقتضي أن لا جريمة ولا عقوبة دون وجود الركن المعنوي *Nullem crimen, nulla poena sine culpa* كما سبقت الإشارة إليه ، غير أن اللجوء الى القضاء المدني يعفي المدعي من إثبات الركن المعنوي ؛ ذلك أن الخطأ الجنائي القائم على القصد كأصل عام يختلف عن الخطأ المدني الذي يكفي للتأسيس عليه الانحراف عن سلوك الرجل العادي ولو تم هذا الانحراف بحسن نية فالمسؤولية المدنية أوسع نطاقا من المسؤولية الجنائية وهو ما يؤدي بنا الى القول أن إثبات المساس بالحق في

1 - المادة 37 من الامر 66-57 المتعلق بعلامات المصنع والعلامة التجارية

2 - عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، الجريمة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2002 ، الجزائر ، ص 231.

العلامة التجارية في هذا الجانب أسهل أمام القاضي المدني ؛ ذلك أن المدعي يكفي بإثبات العناصر الأساسية للمسؤولية المدنية وعلى الخصوص الخطأ (الانحراف) والضرر ليكون الانفاذ مؤسسا وعلى الرغم من أن الركن المعنوي مفترض في جنح المساس بالحق في العلامة بصفة عامة سواء بموجب الامر 06-03 أو القانون 02-04 فإن احتمالية دحض هذا الافتراض من طرف المتهم تبقى قائمة دائما وفي هذه الحالة فإن الدعوى الجنائية لا تكون مؤسسة.

3.1. قيمة التعويض

يمثل ضعف التعويض المدني في جنحة المساس بالحق في العلامة واحدة من أكبر العقبات التي تحول دون اللجوء الى القاضي الجنائي ؛ ذلك أن المعالجة الجنائية تهدف الى حماية المجتمع أساسا ولا تعمل على منح التعويض للطرف المدني إلا في ضوء المساس بالقيم الجماعية من خلال فعل التقليد¹ وقد أرودت السيدة Laurent BÉTEILLE في تقريرها الموجه لمجلس الشيوخ الفرنسية هذه الجزئية المهمة معتبرة أن المتقاضي في الغالب لا يكون راضيا عن قيمة التعويض المدني الممنوح من القاضي الجنائي² والذي لا يتماشى مطلقا مع قيمة الضرر في المجال التجاري ؛ على خلاف الوضع أمام القاضي المدني الذي يعمل على تكريس المصالح الاقتصادية لأطراف الخصومة المدنية بصفة اساسية ويمنح تعويضات مجزية .

4.1. التنفيذ المعجل

على المستوى الجنائي ، فإن الحكم لا يكون قابلا للتطبيق إلا إذا كان الحكم باتا³ بمعنى أنه استنفد جميع طرق الطعن العادية (معارضة ، استئناف) وغير العادية (الطعن بالنقض) التي يكون لها الأثر الموقوف وتأسيسا على ذلك تمنع الحكم من حيابة قوة الشيء المقضي فيه⁴ ومن

1 -Marion briatta, op.cit , p

2 -Laurent BÉTEILLE , Richard YUNG , RAPPORT D'INFORMATION : sur l'évaluation de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, SÉNAT , SESSION ORDINAIRE DE 2010-2011 , N° 296, p54.

3- أحمد شوقي الشلقاني ، مبادئ الاجراءات الجزائية في التشريع الجزائري (الجزء الثالث) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط3 ، 2003 ، ص 577.

4 -Jacques Borricand , Anne Simon , Droit pénal, procédure pénale, SIREY , ED9 , 2016 , p504.

النادر أن يعمل القضاء الجنائي إلا في حالات خاصة جدا على تنفيذ الاحكام الجنائية بناء على المسودة ، ذلك أن العدالة الجنائية تقتضي عدم تنفيذ الحكم الجزائي في حق المتهم دون ثبوت التهمة ثبوتا تاما من خلال عرضها على درجات تقاضي متعددة فتكون بذلك عنوانا للحقيقة فتنفيذ الحكم القاضي بجنح المساس بالعلامة التجارية يتطلب بالضرورة أن يحوز هذا الحكم قوة الشيء المقضي فيه وهو ما لا يتماشى مع ظروف الاستعجال في الدعاوي التجارية عموما ؛ على نقيض الوضع أمام القاضي المدني بحيث يمكن تنفيذ الاحكام المدنية النهائية مباشرة بمجرد استتفاذ هذه الاحكام لطرق الطعن العادية (المعارضة والاستئناف) ؛ ذلك أن الطعن بالنقض لا يكون له الأثر الموقوف في المادة المدنية¹ ، ضف الى ذلك أن الاحكام المدنية غير النهائية يمكن أن تنفذ في حالة الاستعجال بناء على النفاذ المعجل L'exécution provisoire وتأسيسا على ذلك فإن الحكم المدني يكون قابلا للتنفيذ حتى في حالة قابليته للطرق الطعن العادية وهو ما ليس عليه الحال بالنسبة للحكام الجنائية.

2. مساوئ اللجوء الى دعوى التعويض المدنية في الانفاذ عبر الانترنت

تكمن خصوصية إنفاذ الحق في العلامة التجارية عبر الانترنت وعلى خلاف الاشكال التقليدية على مستوى نظامنا القانوني في حتمية لجوء مالك العلامة التجارية محل التعدي الى القضاء الجنائي ، يرجع ذلك من الناحية العملية الى أن إرتباط فعل الاعتداء على العلامة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال يؤثر في طبيعة الاعتداء في حد ذاتها فيجعل منها جريمة معلوماتية تتميز بخصوصيات معينة وهو ما يجعل من الاليات القانونية المتوفرة للقضاء المدني في الجزائر - على خلاف الوضع في التشريع المقارن - عاجزة عن إمكانية الوصول الى إنفاذ فعال للحق في العلامة التجارية عندما ترتبط بتكنولوجيا الاعلام والاتصال فيصطدم مالك العلامة عند اللجوء الى القضاء المدني بمجموعة من الصعوبات العملية سواء على مستوى الكشف عن الهوية المجهولة (1.2) أو عملية الاثبات في حد ذاتها (2.2) وهو ما يؤدي الى إنفاذ ضعيف للحق في العلامة عبر الانترنت.

1- المادة 361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

1.2. الصعوبات المرتبطة بالكشف عن الهوية

إن من بين أكبر الصعوبات التي تواجه مالك العلامة التجارية عبر الانترنت هو الكشف عن هوية الشخص أو الأشخاص المسؤولين عن فعل الاعتداء ، وفي كثير من الحالات فإن اللجوء الى الوسائل التقنية المتمثلة في المعطيات المتعلقة بحركة السير *les données relatives au trafic* المنصوص عليها بموجب المادة 2-هـ من القانون 04-09 يعتبر خطوة ضرورية للكشف عن الهوية المجهولة ، الملاحظ أن مالك العلامة التجارية والقاضي المدني كذلك لا يملك أي إختصاص على مستوى نظامنا القانوني في الوصول أو حتى طلب هذه المعطيات بإعتبار أن الوصول الى هذه المعلومات ذات الأهمية محصور فقط بالشرطة القضائية والنيابة العامة في إطار التحريات القضائية¹ دون غيرها والتساؤل الذي يطرح كيف يمكن لمالك العلامة التجارية محل الاعتداء عبر الانترنت والذي يختار قاضيه الطبيعي الوصول الى هوية الشخص المسؤول عن المساس بالحق في العلامة (المدعي عليه) والذي يمثل حجر الزاوية في الدعوى المدنية؟ إذا قمنا بمقارنة نظامنا القانوني بالتشريع الفرنسي - الذي يكرس دائما إختصاص القاضي المدني بهذا النوع من المنازعات- فمن الواضح أن المشرع الفرنسي يكرس إمكانية الوصول الى هذه المعطيات من طرف الجهات القضائية *L'autorité judiciaire* سواء كانت مدنية او جنائية² وهو ما يمنح للتحقيق المدني نفس أفضلية التحقيق الجنائي في الوصول الى الهوية ، وقد كرس القضاء الفرنسي صراحة ان الوسطاء التقنيين عبر الانترنت مطالبون بتزويد الجهات القضائية عند الطلب بجميع المعطيات المتعلقة بحركة السير بهدف الكشف عن الهوية ودون أن تكون مقتصرة على التحقيقات الجنائية³ وعلى هذا الأساس فإن القاضي المدني يمكن أن يطلب هذه المعطيات سواء بشكل تلقائي او بناء على أمر على عريضة ، إن حصر الوصول الى هذه المعطيات بالنسبة للقاضي المدني في الجزائر يضعف بشكل كبير قدرة الاقضية الطبيعية على إنفاذ الحق في العلامة التجارية عبر

1 - المادة 3 من القانون 04-09

2- l'article 6-II (LCEN): « L'autorité judiciaire peut requérir communication, auprès des fournisseurs d'accès et d'hébergement, des données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création d'un contenu répréhensible sur internet »

3- TGI Paris (Chambre des Requêtes), Ordonnance du 30 janvier 2013, Bouygues Télécom / Publicis Webformance

الانترنت ؛ ذلك أنه في كثير من الحالات فإن الوصول الى هوية المدعي عليه يكون غير ممكن أساسا لتأسيس الدعوى المدنية.

2.2. الصعوبات المترتبة بإثبات الاستعمال .

الأشكال الثاني الذي يواجه مالك العلامة التجارية عبر الانترنت عند اللجوء الى القاضي المدني هو صعوبة إثبات الاستعمال غير المرخص للعلامة التجارية ، من الواضح أن إثبات الاستعمال غير المرخص للعلامة عبر الانترنت ضمن الدعوى العمومية يتم من خلال محاضر المعاينة التي تحررها الشرطة القضائية وهي محاضر رسمية على كفاءة عالية وذات حجية مطلقة لا يطعن فيها إلا بالتزوير ، التساؤل الذي يطرح كيف يمكن للمدعي في الدعوى المدنية إثبات الاستعمال غير المرخص لعلامته التجارية؟ من الواضح أن المعاينات المادية هي من إختصاص المحضر القضائي ، لكن هل يمكن للمحضر القضائي في الجزائر القيام بمعاينات مادية للاستعمال عبر الانترنت؟ في الواقع ، يمكن لمالك العلامة التجارية من خلال عقد غير قضائي بموجب المادة 12-2 من القانون 06-03 انتداب محضر قضائي للقيام بمعاينة مادية للاعتداء على العلامة التجارية عبر الانترنت:"..... يمكن انتدابه قضائيا او بالتماس من الخصوم للقيام لمعاينات مادية بحتة"¹ والظاهر أن التشريع الفرنسي مثل ما هو عليه الحال بالنسبة لتشريعنا الجزائري لا ينص صراحة على إمكانية المحضر القضائي القيام بمحاضر المعاينة المادية عبر الانترنت غير أنه لا يمنع كذلك هذا النوع من المعاينات فيما يتعلق بإثبات الوقائع الالكترونية تطبيقا للقواعد العامة، وتأسيسا على ذلك؛ يعترف القضاء الفرنسي منذ سنة 2003 بالمعاينات المادية التي يعدها المحضرون القضائيون عبر الانترنت بصفة كاملة متى استجابت لمجموعة من المعايير التقنية وقد كرس الاجتهاد القضائي الفرنسي المتطلبات التي يجب احترامها في المعاينة عبر الانترنت تحت طائلة البطلان في حكم شهير لمحكمة المنازعات الكبرى لباريس (**Frédéric M. c. Ziff Davis, ZDN et autres**)² ، وتأسيسا على ذلك يجب على المحضر القضائي

1- المادة 12-2 من القانون 06-03 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتمتن تنظيم مخنة المحضر القضائي

2 - TGI Paris, 3ème ch., 1ère sect., 4 mars 2003, Frédéric M. c. Ziff Davis, ZDN et autres

التأكد قبل اجراء اي معاينة من المتطلبات التقنية التالية¹ : - توضيح المتطلبات التقنية للأجهزة المستخدمة في عملية المعاينة عبر الانترنت ، ويشمل ذلك نوعية جهاز الاعلام الالي ، نظام التشغيل ، نوع متصفح الانترنت ، نوع الطابعة ومواصفاتها التقنية ، يرجع ذلك الى أن اختلاف الأجهزة المستعملة قد يؤثر على عملية المعاينة عبر الانترنت - تحديد بروتوكل الانترنت l'adresse IP المستخدم من طرف المحضر القضائي للاتصال بشبكة الانترنت- ضرورة تأكد المحضر القضائي من أن الاتصال بشبكة الانترنت يتم بشكل مباشر دون وجود أي أنظمة وسيطة -serveur proxy- التأكد من مسح بعض انواع الملفات والتي قد تؤثر على عملية المعاينة ، مثل ملفات الارتباط ، الملفات المؤقتة في ذاكرة الكمبيوتر² ، ونظرا للطبيعة التقنية لعملية المعاينة عبر الانترنت والمتطلبات التقنية الدقيقة للمحاكم الفرنسية للاعتراف بها قامت مؤسسة **AFNOR** للتقييس سنة 2010 في فرنسا بتوفير نموذج للمحضرين القضائيين للمعاينات عبر الانترنت يحمل الترميز **AFNOR NFZ 67-147** ويحتوي على كل المتطلبات التي كرسها الاجتهاد الفرنسي للمعاينة الحسنة³ وعلى الرغم من أن النموذج المقدم من **AFNOR** ليس له أي طابع الزامي بالنسبة للمحضر القضائي ؛ ذلك أن المحاكم الفرنسية تعتبر أن دوره يقتصر على الارشاد⁴ غير أنه يمثل وسيلة مبسطة تضمن قبول المعاينة في الوسط القضائي الفرنسي متى تم احترامه من طرف المحضر القضائي، ويطرح التساؤل في حقيقة الامر حول موقف قضائنا الجزائري الجزائري من المعاينة عبر الانترنت للوقائع الالكترونية ؟ وندعو قضائنا الجزائري للاعتراف الكامل بالمعاينات التي تتم عبر الانترنت من طرف المحضر القضائي وذلك بنفس الشروط التي كرسها القضاء الفرنسي باعتبار أن دور المحضر القضائي في معاينة الوقائع يشمل بالضرورة الوقائع الالكترونية.

1- أنظر الملحق رقم (2) في نهاية هذه الاطروحة

2 - Carole duparc , l'adaptation de l'huissier de justice à l'économie **digitale** , AJ contrat , avril2016, p187.

3 - Yves FAURE , Le Contentieux De La Contrefaçonla Réponse Du Droit Français A L'atteinte Aux Droits De Propriété Intellectuelle , DOCTORAT, UNIVERSITÉ DE TOULOUSE , 2014, P165.

4 - CA Paris, 27 février 2013, n° 11/11785

خاتمة البحث

إن دراسة موضوع " تكريس الحق في العلامة التجارية عبر الانترنت " يؤدي بنا الى نتيجة أساسية وهي الأهمية العملية البالغة لتحقيق إنفاذ فعال للعلامة المملوكة للغير ضمن وسط مختلف وهو شبكة الانترنت ؛ ذلك أن إختلاف الوسط هو إختلاف لطريقة الحوكمة وتكريس لطريقة مختلفة في تطبيق القواعد التقليدية المشرعة أساسا للتعامل مع الوسط التقليدي ، والظاهر بعد هذا التحليل أن شبكة الانترنت تمثل في الحقيقية وسيلة جد فعالة لتأمين القيمة الاقتصادية للعلامة بالنسبة للفاعل الاقتصادي في حين تمثل جهة ثانية وسيلة تخلق تحديات غير مسبوقة قياسا للقدرة الهائلة على إمكانية الاستعمال غير المشروع لعلامة الغير وهو ما يجعل من محاولة دراسة الآليات القانونية التقليدية التي يمكن بها تطبيق القواعد التقليدية عبر شبكة الانترنت في مجال حماية العلامات مسألة ضرورية وذلك في ظل إحترام طبيعة هذه القواعد وحدودها عبر شبكة الانترنت وهو ما كرس في نهاية هذه الدراسة مجموعة من النتائج (أولا) والتوصيات (ثانيا).

أولا : النتائج

1. يشمل المساس بالحق في العلامة التجارية عبر الانترنت أشكال متعددة ويتضمن على الخصوص السطو الإلكتروني على العلامة وكذلك أشكال إضافية مستحدثة من الاستعمال غير المشروع صاحبت ظهور الويب 2.0 كالأستعمال ضمن الأشهار والمنصات التشاركية عبر شبكة الانترنت.
2. يمثل السطو الإلكتروني التسجيل الذي يتم بسوء النية للعلامة التجارية للغير كأسماء نطاق عبر شبكة الانترنت ، تعتبر هذه الممارسة تقليدية وشائعة ضمن مجتمع الانترنت وتهدف بصفة أساسية الى منع المالك الشرعي للعلامة من التواجد عبر الشبكة.
3. إن السبب الأساسي لنشوء ظاهرة السطو الإلكتروني يتمثل في تشارك كل من أسماء النطاق والعلامة التجارية نفس الوظيفة التمييزية ، هذا التشابه في الوظيفة يقابله إختلاف في الطبيعة وهو أدى الى خلق شكل من أشكال التنازع.
4. تعتبر أسماء النطاق أصول معنوية ذات قيمة مالية معتبرة ضمن مجتمع الانترنت وتتميز بنظام حوكمة خاص مؤسس في شكل تراتبية هرمية قائم على التعاقد بين فاعلين متعددين ، يشمل ذلك منظمة الايكان كمؤسسة حوكمة على المستوى الدولي على رأي التراتبية

- الهرمية ومؤسسات أقل حجما تهدف الى التنظيم المركزي والتسويق التجاري للمستهلك النهائي لأسماء النطاق.
5. تطرح مؤسسة الايكان إشكالات فعلية فيما يتعلق بشرعيتها دوليا وذلك بسبب توسع الصلاحيات والخضوع للنظام القضائي الأمريكي.
6. أدى تقدم الظاهرة الأشهرية عبر شبكة الانترنت الى خلق أشكال جديدة من الاستعمال غير المشروع للعلامة التجارية للغير كاستعمال العلامة التجارية ضمن الكلمات المفتاحية ورسائل البريد الالكتروني.
7. تعتبر المنصات التشاركية واحدة من أكبر التحديات التي تواجه مالك العلامة التجارية عبر الانترنت وتتضمن الأسواق الالكترونية وشبكات التواصل الاجتماعي بحيث تسمح هذه المنصات من تسهيل تداول مختلف العلامات التجارية ضمن مجتمع الانترنت.
8. إن أساس المساس بالحق في العلامة التجارية ضمن المنصات التشاركية هو الاعتداء على هوية العلامة التجارية ضمن هذه المنصات.
9. يقوم الانفاذ الفعال للعلامة التجارية على الدعوى القضائية من جهة و تكريس نظام مسؤولية فعال عبر شبكة الانترنت من جهة ثانية .
10. تؤسس الدعوى القضائية في مجال إنفاذ الحق في العلامة التجارية عبر الانترنت غالبا على أسس ذات طبيعة جنائية ويكون ذلك باللجوء الى المادة 32 من الامر 03-06 المتضمنة جنحة التقليد أو المادة 27-2 من القانون 04-02 المتضمنة جنحة الممارسة التجارية غير النزيهة .
11. تعتبر قابلية تطبيق قانون العقوبات الجزائي على منازعات الانترنت واحدة من التحديات الكبرى التي واجهت الأنظمة القضائية في السنوات الأخيرة وعرف القضاء الفرنسي معايير متعددة لتطبيق قانون العقوبات عبر شبكة الانترنت بداية من معيار الوصول ثم الارتباط الى غاية معيار الإقامة المكرس تشريعيا سنة 2016.

12. تركز التشريعات المختلفة نظام مسؤولية خاص بالوسطاء عبر شبكة الانترنت ، ويشكل الاعفاء من المسؤولية القانونية شرط علم الوسطاء بالمعطيات غير المشروعة ومنع الوصول إليها ، يسمح هذا النظام للوسطاء عبر الانترنت بالعمل ضمن الامن القانوني ولا يعيق نمو مجتمع الانترنت والتجارة الالكترونية غير أنه يساهم في ضعف إنفاذ الحق في العلامة التجارية عبر الانترنت ومختلف الحقوق المشروعة الأخرى.

13. لا يستفيد الناشر عبر شبكة الانترنت من أي نظام مسؤولية خاص مثل الوسطاء عبر الانترنت ويخضع للقواعد العامة في المسؤولية سواء كانت مسؤولية جنائية او مدنية .

14. يمكن القول أن إنفاذ الحق في العلامة عبر شبكة الانترنت في نظامنا القانوني قائم على أسس جنائية ويرجع ذلك الى غياب أدوات التحقيق الفعالة بالنسبة للقضاء المدني.

ثانيا : التوصيات

يمكن - بعد دراسة الموضوع - الخروج ببعض التوصيات في مجال تكريس الحق في العلامة التجارية عبر شبكة الانترنت :

1. تشريع قانون جديد للعلامات ؛ ذلك أن من الثابت أن الامر 03-06 يمثل عقبة حقيقية في مجال إنفاذ الحق في العلامة التجارية ونعتقد من وجهة نظرنا أن أي تشريع جديد للعلامات يجب أن يكرس المفاهيم الجديدة في حماية العلامة التجارية على مستوى التشريعات المتقدمة دون أن تقتصر عملية التشريع على مجرد إعادة صياغة الامر 03-06 في شكل جديد ، ونفترح في هذا الموضوع على مشرعنا الجزائري مجموعة من النقاط والتي من المفيد للغاية اخذها بعين الاعتبار من وجهة نظر الباحث في تشريع القانون الجديد:

التوصية (1) تفعيل دور القضاء المدني بإعتباره قاضيا طبيعيا في إنفاذ الحق في العلامة التجارية بين مختلف الفاعلين الاقتصاديين ؛ ذلك أن الامر 03-06 يتميز بالطابع الجنائي المفرط من خلال إقصاء ممنهج للقضاء الطبيعي من النظر بفاعلية في إنفاذ الحق بإعتبار أن جنحة التقليد هي أساس عملية الانفاذ بموجب الامر 03-06 في حين كرس الطابع الاحتياطي للدعوى المدنية والواقع أن هذه المقاربة لا تستقيم ذلك أن القضاء المدني هو القاضي الطبيعي و الأكثر

تخصصا في مجال منازعات الملكية الفكرية عموما من القاضي الجنائي ، فيكون القضاء المدني هو الأصل في حين يكون القضاء الجنائي الاستثناء وفي ذلك تطبيق للقواعد العامة.

التوصية (2) : حصر دور القضاء الجنائي في أشكال المساس الأكثر خطورة والتي يكون فيها أصل الحق ثابتا : تركز التشريعات المتقدمة إختصاص القضاء الجنائي في المساس بالحق في العلامة التجارية في أشكال التقليد التي تتميز بخاصيتين : الخاصية الأولى هي المنازعات التي يكون فيها أصل الحق ثابتا ؛ ذلك أن القاضي الجنائي يعمل من حيث المبدأ على حماية الحق الثابت أما إذا كان الحق في حد ذاته محل منازعة بالالغاء أو الإبطال فمن الأفضل دائما اللجوء الى القضاء المدني ذلك أنه لا يستقيم أن يكون القضاء الجنائي مختصا فضلا عن حماية الحق بالمنازعة فيه ، الخاصية الثانية : أن القاضي الجنائي لا يختص بالتقليد في الأنظمة المتقدمة إلا إذا بلغ هذا التقليد من الجسامة ما يمس النظام العام سواء تعلق بالامن أو الصحة العامة للمستهلك أو غيرها في حين أن القضاء المدني هو القضاء الطبيعي عندما يقتصر فعل التقليد على المنازعة التجارية بين الفاعلين الاقتصاديين.

التوصية (3) : تجنب الصياغة الواسعة في المادة الجنائية، ذلك أن المشرع الجزائري في مجال الحماية الجنائية كرس صياغة واسعة للغاية للمادة 32 من الامر 03-06 وهو ما يمس في الحقيقية بمبدأ الشرعية الجنائية ، ونعتقد أن تطبيق القواعد العامة يقتضي من المشرع تكريس التجريم الجنائي بعبارات ضيقة وواضحة دون التوسع الملاحظ على مستوى الامر 03-06.

التوصية (4) : ضرورة التعامل مع التقليد من الناحية الجنائية ضمن أشكال متعددة دون التعامل الجامد الملاحظ حاليا ضمن الامر 03-06 وذلك من خلال إستحداث جنح مختلفة مرتبطة بجسامة التقليد ونعتقد بضرورة الاخذ بالتجربة الفرنسية من خلال التمييز بين التقليد البسيط والتقليد الصناعي.

التوصية (5) : ضرورة النص على مسؤولية الشخص المعنوي ؛ ذلك أن الأشخاص المعنوية قياسا للمكانات التي تتوفر عليها قادرة على ممارسة أفعال التقليد وعلى نطاق واسع .

التوصية (6) : ضرورة تكريس تكنولوجيا الاعلام والاتصال كظرف مشدد لجميع أشكال التقليد ؛ ذلك أن لا يستقيم أن يستوي التقليد ضمن البيئة التقليدية مع التقليد الذي يتم عبر شبكة الانترنت.

التوصية (7) : نعتقد بضرورة تكريس نصوص تشريعية أكثر دقة ضمن القانون الجديد فيما يتعلق بحجز التقليد ؛ ذلك أن المشرع الجزائري ضمن الامر 03-06 تعامل مع حجز التقليد من الناحية الإجرائية بموجب مادتين فقط (المادة 34 و35) والاصح أن يشمل الاجراء أكثر من ذلك من التفصيل ؛ ذلك أن حجز التقليد يمثل إجراء غير وجاهي ويتميز من بتوسع سلطات رئيس المحكمة وهو ما يمكن أن يؤدي عند غياب نصوص دقيقة تحدد الاجراء الى التعسف من طرف مالك العلامة التجارية.

2. تعديل القانون 09-04 ، نعتقد كذلك بضرورة تعديل القانون 09-04 لما يشمل النص المشرع سنة 2009 من نقائص :

التوصية (1) : توسيع نطاق تطبيق القانون 09-04 دون أن يكون مخصص للتحريات ذات الطبيعة الجنائية بموجب المادة 2 من القانون وهو ما يعتبر إقصاء للقضاء المدني من إمكانية الاستفادة من الاليات القانونية في إطار إثبات المساس بالحق في العلامة التجارية عبر شبكة الانترنت او أي جريمة معلوماتية أخرى ، فعلى سبيل المثال يؤدي هذا الاقصاء الى منع القاضي المدني من الحصول على المعطيات المتعلقة بحركة السير وذلك على نقيض الوضع في التشريع الفرنسي والذي يمكن للقضاء سواء كان مدنيا أو جنائيا الوصول الى هذه المعطيات، على هذا الأساس فإن توسيع تطبيق القانون 09-04 هو توسيع لقدرة القضاء المدني على الانفاذ الفعال.

التوصية (2) : ضرورة تعديل بعض النصوص الخاصة بمسؤولية الوسطاء عبر شبكة الانترنت ؛ ويشمل ذلك النص صراحة على نظام المسؤولية الذي تخضع له هذه الطائفة من الفاعلين وعلى الخصوص النص على المقصود بالعلم بالمعطيات غير المشروعة المنصوص عليه في المادة 12-أ من القانون من طرف الوسطاء ، وتكريس نصوص خاصة توضح طريقة العلم خصوصا بالنسبة للعلم الناتج عن التبليغ من طرف ثالث وطريقة الاثبات من خلال إجراءات دقيقة مثل ما هو الحال بالنسبة للقانون الفرنسي.

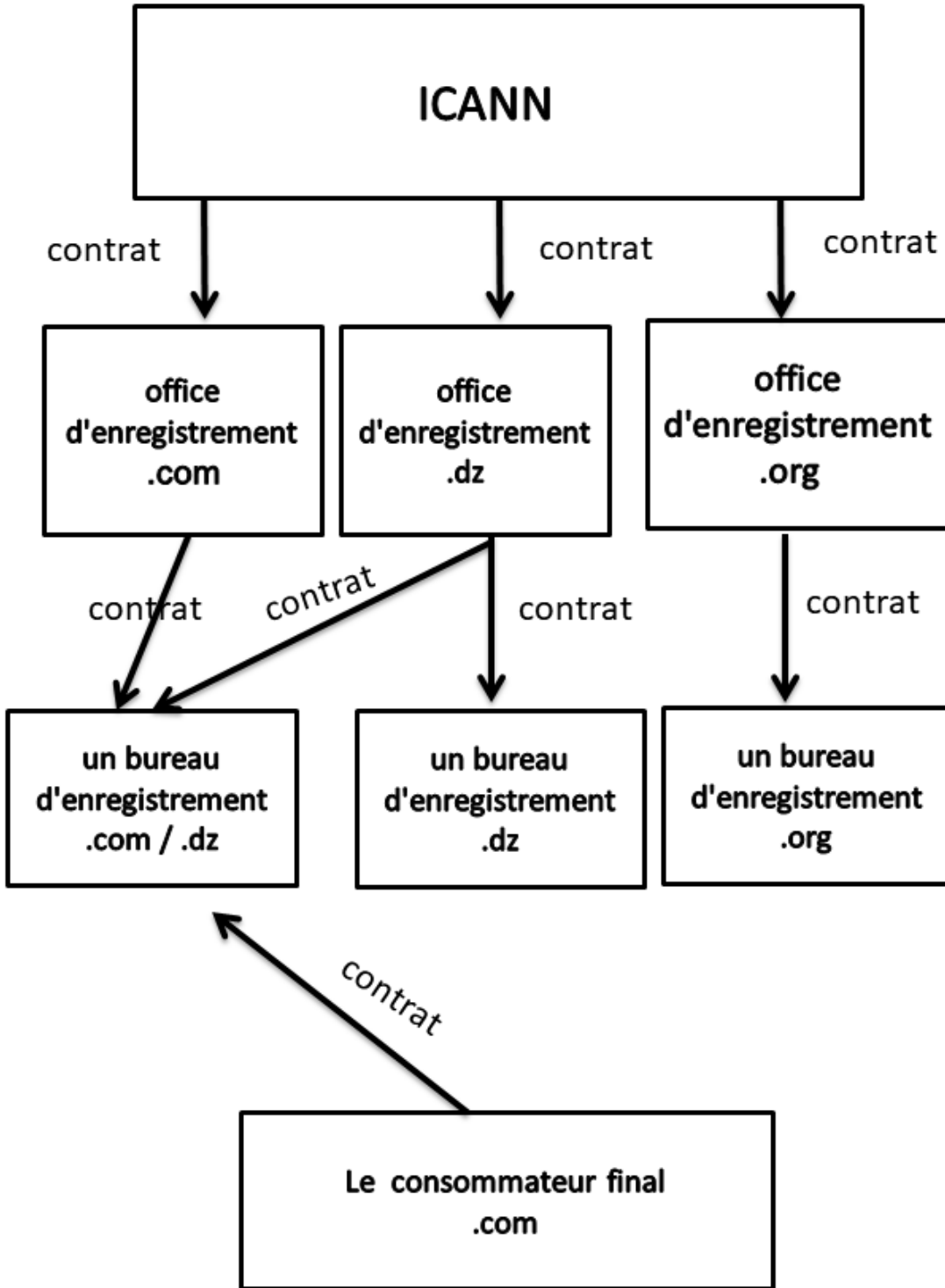
3. تكريس قواعد واضحة للمعاينة المادية عبر شبكة الانترنت، ذلك أن النصوص الحالية وإن لم تمنع من القيام بمعاينة مادية عبر شبكة الانترنت غير أنها لا تكرس في نفس الوقت طريقة واضحة للقيام بهذه المعاينات عبر شبكة الانترنت ، ونعتقد ضرورة التدخل سواء من

خلال التشريع او التنظيم بتحديد الطريقة المعيارية للقيام بهذا النوع من المعايير عبر شبكة الانترنت بما يضمن قبولها ضمن الوسط القضائي ونعتقد أن المعايير الارشادية للقضاء الفرنسي المعروفة تحت تسمية **AFNOR** تعتبر مرجع جيد لتكريس قواعدها الخاصة.

4. إستحداث أنظمة جمركية للتعامل مع السلع المزيفة عبر الانترنت بحيث تكون متوافقة مع طبيعة التجارة الالكترونية من خلال رصد الشحنات الصغيرة ذلك أن من الثابت فشل النظام الحالي التقليدي للتعامل مع الأنظمة الجمركية التقليدية ويمكن الاستفادة من النظام المكرس على مستوى إدارة الجمارك الفرنسية للتعامل مع المساس بحقوق الملكية الفكرية عبر الانترنت والوارد في تقرير كل من السادة أعضاء مجلس الشيوخ الفرنسي **Albéric de MONTGOLFIER** و **Philippe DALLIER** المعنون بـ " دور إدارة الجمارك في محاربة الغش عبر الانترنت " السابق الإشارة اليه في متن هذه الأطروحة.

الملاحق

ملحق رقم (1) : الهيكلية المؤسسية لأسماء النطاق



مخطط من إعداد الباحث يوضح هيكلية نظام حوكمة أسماء النطاق

ملحق رقم (2) : نموذج محضر رسمي فرنسي للمعاينة المادية عبر شبكة الانترنت بإستعمال
معايير أفنور AFNOR NFZ 67-147


SCP DARRICAU-PECASTAING
Huissier de Justice Associé

4/6, Place Constantin Pecqueur 75018 PARIS

TELEPHONE : 01.42.57.05.60

TELECOPIE : 01.42.51.13.51

EXPEDITION
PROCES-VERBAL DE CONSTAT

L'AN DEUX MILLE DIX-HUIT ET LE DIX-HUIT OCTOBRE

A la requête de :

Madame Michèle RIVASI, née le 9 février 1953 à Montélimar (26), de nationalité Française, demeurant
 [REDACTED] 26 [REDACTED] députée européenne, professeure agrégée,

Laquelle me déclare :

« Qu'elle a le plus grand intérêt à faire constater des pages sur Internet afin d'en établir et d'en conserver la preuve. »

Qu'en conséquence, il m'est prié de procéder à toutes constatations matérielles utiles,

Déférant à cette réquisition,

Je soussignée, Hélène PECASTAING, Huissier de Justice Audiencier près le Tribunal de Grande Instance de Paris, associée de la SCP DARRICAU-PECASTAING, 4, place Constantin Pecqueur 75018 Paris,

Ai procédé de mon Etude, à l'ensemble des opérations préalables aux opérations de constat sur Internet selon les préconisations de la norme AFNOR NF Z67 – 147.

1 - Opérations préalables aux opérations de constatation :

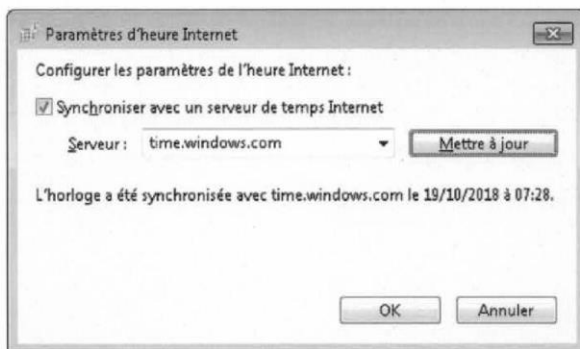

SCP DARRICAU PECASTAING

Page 1 sur 18

Huissier de Justice associé

1 - Mes constatations vont être effectuées sur le poste informatique intitulé PC-001 appartenant au groupe de travail ETUDE constituant l'organisation de partage Microsoft de mon étude. L'ordinateur est situé dans les locaux de mon étude.

2 - Je synchronise l'horloge interne de mon poste avec un serveur de temps Internet en effectuant une mise à jour des «Paramètres d'heure Internet» de mon système d'exploitation Windows 7.



3 - Je mets à jour mon antivirus et mon programme de suppression des logiciels espions « AVIRA ANTIVIR » :



Je procède à une analyse complète de mon ordinateur.

4 – Mon ordinateur est de type PC de Bureau DELL PRECISION T1700 il est configuré tel qu'il suit :

Système d'exploitation	Microsoft Windows 7 Professionnel
Version	6.1.7601 Service Pack 1 Build 7601
Éditeur	Microsoft Corporation
Ordinateur	PC-001
Fabricant	Dell Inc.
Modèle	Precision T1700
Type	PC à base de x64
Processeur	Intel(R) Core(TM) i7-4770 CPU @ 3.40GHz, 3401 MHz, 4 cœur(s), 8 processeur(s) logique(s)
Version du BIOS	Dell Inc. A01,

Version SMBIOS	2.7
Répertoire Windows	C:\Windows
Répertoire système	C:\Windows\system32
Périphérique de démarrage	\Device\HarddiskVolume2
Option régionale	France
Couche d'abstraction matérielle	Version = "6.1.7601.17514"
Utilisateur	PC-001\master
Fuseaux horaires	Paris, Madrid (heure d'été)
Mémoire physique (RAM) installée	8,00 Go
Mémoire physique totale	7,93 Go
Mémoire physique disponible	3,68 Go
Mémoire virtuelle totale	15,9 Go
Mémoire virtuelle disponible	11,0 Go
Espace pour le fichier d'échange	7,93 Go
Fichier d'échange	C:\pagefile.sys

Carte Réseau :

Nom: [00000007] Intel(R) Ethernet Connection I217-LM
 Type de carte : Ethernet 802.3
 Type de produit : Intel(R) Ethernet Connection I217-LM

L'imprimante utilisée est :

- HP Color LaserJet CP4020 Series PCL6

- Navigateur Internet par défaut : **Mozilla Firefox**



- Je configure le navigateur pour réactualiser chaque connexion dans l'éventualité d'une modification du contenu du site et permet d'obtenir le contenu du site en temps réel (suppression automatique de la mémoire cache).

5 - J'accède au réseau INTERNET par une Freebox révolution.

État de la connexion Internet	
État de la connexion :	<input checked="" type="checkbox"/> Connectée
Type de connexion :	xDSL
Adresse IPv4 :	82.227.63.155
Adresse IPv6 :	2a01:e35:2e33:f9b0::1
Reçu :	60.5 Go
Émis :	9.1 Go
Débit Ethernet descendant :	2.3 kb/s (282 octet/s) <input type="checkbox"/>
Débit Ethernet montant :	2.7 kb/s (338 octet/s) <input type="checkbox"/>
Débit Ethernet descendant (Max) :	32.5 Mb/s (4.1 Mo/s) <input type="checkbox"/>
Débit Ethernet montant (Max) :	8.8 Mb/s (1.1 Mo/s) <input type="checkbox"/>

L'adresse IP fixe WAN de la freebox est **82.227.63.155**

6 - Il est présentement rappelé que la consultation réclamée sera effectuée sur Internet, via le fournisseur d'accès FREE auprès duquel l'Etude a souscrit un abonnement internet.

7 - Je détermine l'adresse IP et l'adresse MAC de la carte réseau active de ma machine de travail en utilisant la commande «ipconfig/all» dans l'invite de commande.

```

Microsoft Windows [version 6.1.7601]
Copyright (c) 2009 Microsoft Corporation. Tous droits réservés.

C:\Users\LC>ipconfig /all

Configuration IP de Windows

Nom de l'hôte . . . . . : PC-001
Suffixe DNS principal . . . . . : 
Type de noeud . . . . . : Hybride
Routage IP activé . . . . . : Non
Proxy WINS activé . . . . . : Non

Carte Ethernet LAN :

Suffixe DNS propre à la connexion. . . : 
Description. . . . . : Intel(R) Ethernet Connection I217-LM
Adresse physique . . . . . : B8-CA-3A-AA-50-5A
DHCP activé. . . . . : Non
Configuration automatique activée. . : Oui
Adresse IP4. . . . . : 192.168.1.1 (préféré)
Masque de sous-réseau. . . . . : 255.255.255.0
Passerelle par défaut. . . . . : 192.168.1.200
Serveurs DNS. . . . . : 212.27.40.241
                        9.9.9.9
                        8.8.4.4
NetBIOS sur Tcpip. . . . . : Activé

```

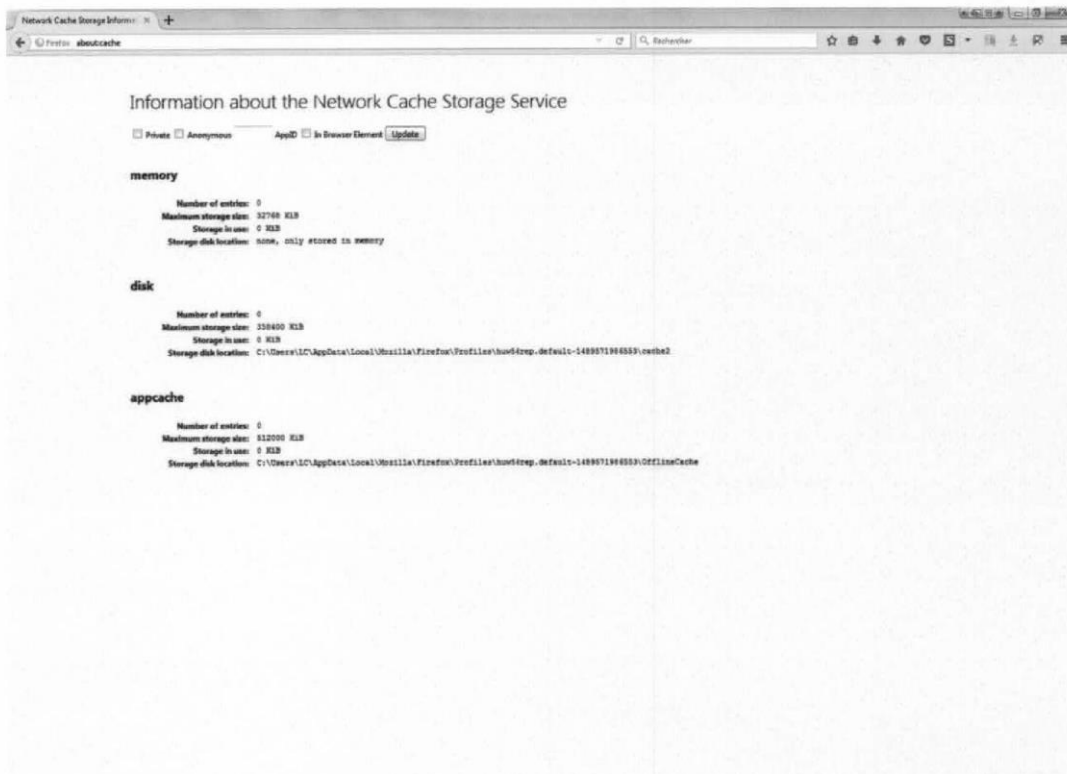
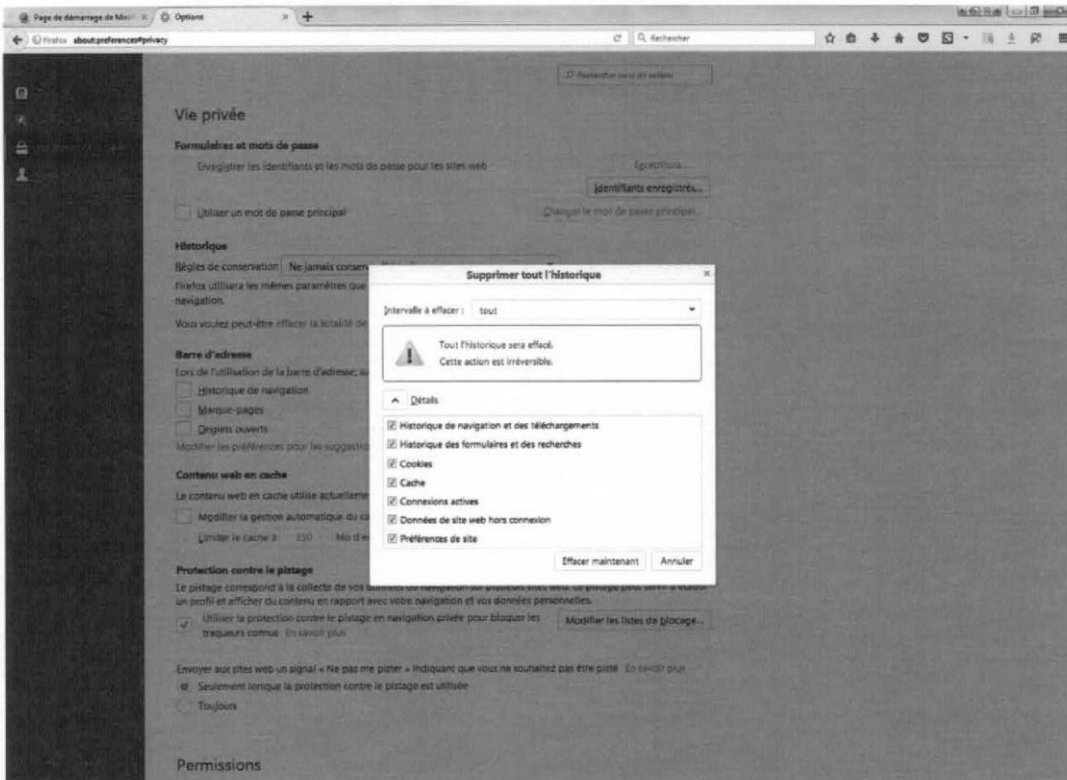
L'adresse MAC est: B8-CA-3A-AA-50-5A

8 - Je procède à diverses opérations de purge, comme suit :

Je purge la «corbeille» Windows

— Je supprime l'ensemble des fichiers temporaires stockés sur mon ordinateur.

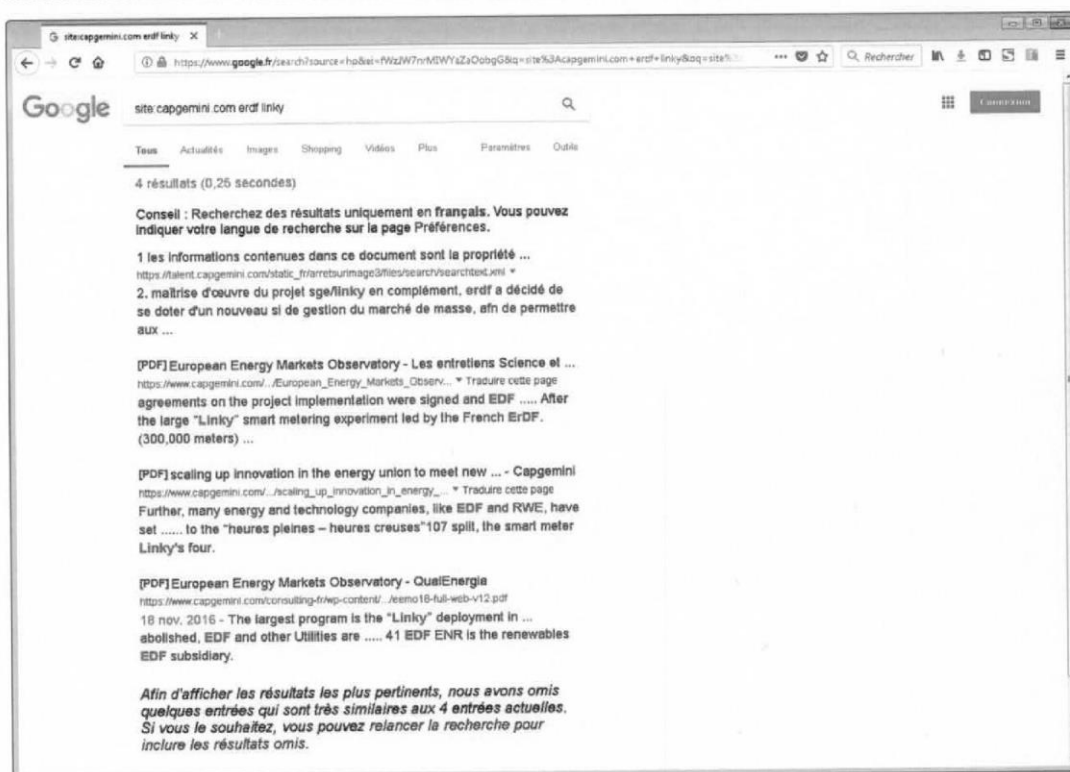
- Mozilla Firefox est paramétré pour ne jamais conservé l'historique de navigation.
- Je réalise la purge complète du navigateur par défaut Mozilla Firefox par le chemin : «vie privée», «Supprimer tout l'historique » prenant en compte les choix suivants :



Je lance le navigateur Mozilla Firefox.

Je me connecte sur le moteur de recherche <https://www.google.fr> à partir duquel je soumetts une requête sur " **site:capgemini.com erdf linky** " accédant à la page :

https://www.google.fr/search?source=hp&ei=fWzJW7nrMIWYaZaOobgG&q=site%3Acapgemini.com+erdf+linky&oq=site%3Acapgemini.com+erdf+linky&gs_l=psy-ab.3...22985.25730.0.26555.3.3.0.0.0.0.75.161.3.3.0...0...1c.1.64.psy-ab..0.0.0...0.CZrRCuzbmbU



Je réalise la capture intégrale de la page. (A1)

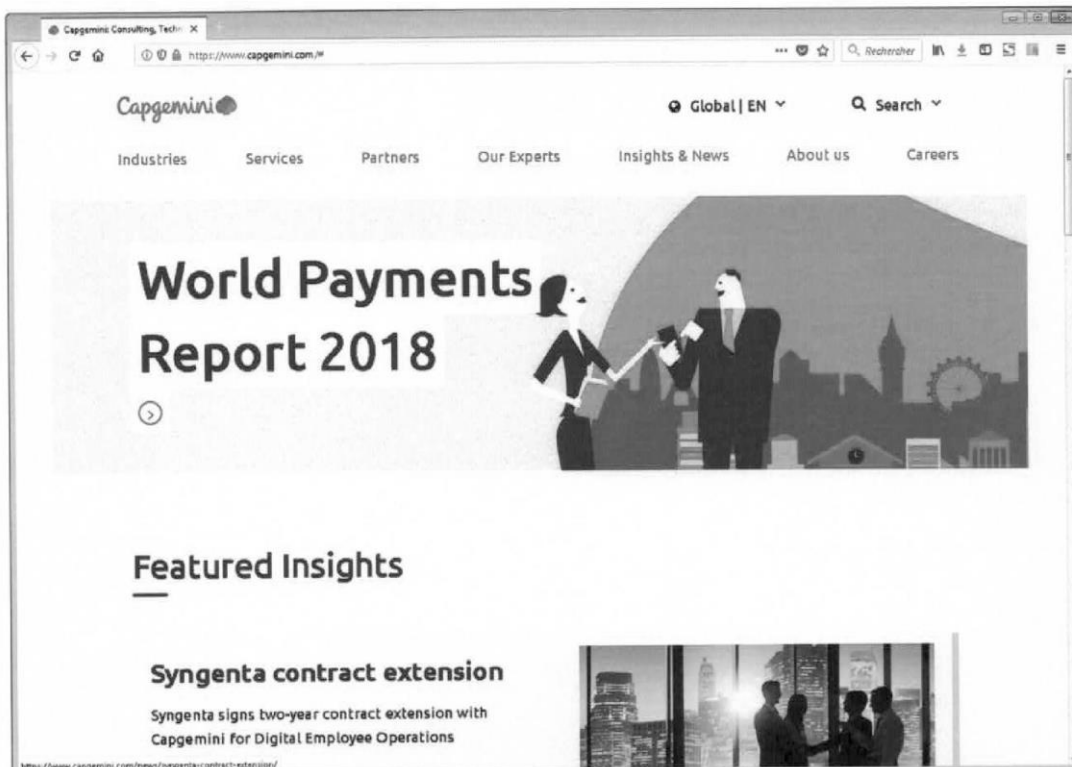
Je constate, et je clique sur le premier lien :

1 les informations contenues dans ce document sont la propriété ...

https://talent.capgemini.com/static_fr/arretsimage3/files/search/searchtext.xml

2. maîtrise d'œuvre du projet sge/linky en complément, erdf a décidé de se doter d'un nouveau si de gestion du marché de masse, afin de permettre aux ...

Accédant à la page : https://talent.capgemini.com/static_fr/arretsimage3/files/search/searchtext.xml

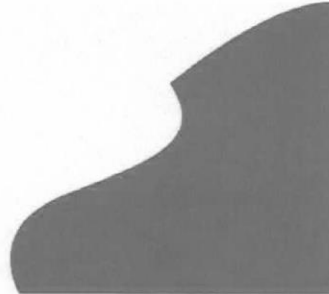


Je réalise la capture intégrale de la page. (A3)

A partir du menu de pied de page, je clique sur la rubrique " Legal Information / Mentions Légales" accédant à la page: <https://www.capgemini.com/legal-information-mentions-legales/>



Legal Information / Mentions Légales



Legal mentions of the site

This site is edited by: / Ce site web est édité par :

Capgemini Service SAS
 Société par actions simplifiée au capital de 8, 000,000 euros – 652 025 792 RCS Paris
 Siège social : 11 rue de Tilsitt, 75017 Paris
 Tel: +33 (0)1 47 54 50 00
 Publication Director: / Directeur de la publication : M. Paul Hermelin

ISP: / Hébergeur :

Automattic Inc
 60 29th Street #343
 San Francisco, CA 94110
 Tel: (877) 273-3049.

Related Posts

ORACLE CLOUD

Best practices for your Oracle SaaS upgrades

Shishir Shinde
 October 19, 2018

We have partnered with our customer and Oracle to ensure smooth SaaS upgrades over numerous past...



DIGITAL TRANSFORMATION

Finance automation in the financial services sector

SEGUIN, PIERRE LOUIS
 October 18, 2018

Financial services organizations aren't as far advanced in intelligent automation as might be...



DIGITAL BANKING

Digital IDs help banks reduce compliance burdens, become more efficient, and less error-prone

Cliff Evans
 October 17, 2018

Digital identification is appealing to banks as it helps them as well as benefits customers and...



قائمة المصادر والمراجع

أولا : المصادر

1- النصوص القانونية

1. أمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ج ر عدد 48 المؤرخة في 10 يونيو 1966، المعدل والمتمم.
2. أمر رقم 66-156 المؤرخ في 6 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات ، ج ر عدد 49 المؤرخة في 11 يونيو 1966 المعدل والمتمم.
3. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم.
4. أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري ، ج ر عدد 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم.
5. قانون 79-07 المؤرخ في 21 يوليو 1979 والمتضمن قانون الجمارك ، ج ر عدد 30 المؤرخة في 24 يوليو 1979 المعدل والمتمم .
6. أمر رقم 03-07 مؤرخ في 19 يوليو 2003 المتضمن براءة الاختراع ، ج ر عدد 44 المؤرخة في 23 يوليو 2003.
7. أمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 يوليو 2003 المتضمن العلامات ، ج ر عدد 44 المؤرخة في 23 يوليو 2003.
8. قانون 04-02 المؤرخ في 23 /07 /2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر رقم 41 المؤرخة في 27 جوان 2004 المعدل والمتمم .
9. قانون 06-03 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي ، ج ر عدد 14 المؤرخة في 8 مارس 2006.
10. قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج ر عدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008.

11. قانون 03-09 مؤرخ في 25 فبراير 2009 بتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم، ج ر عدد 15 المؤرخة في 8 مارس 2009 المعدل والمتمم.
 12. قانون 04-09 مؤرخ في 5 غشت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الاعلام والاتصال ، ج ر عدد 47 المؤرخة في 16 غشت 2009.
 13. قانون 04-14 المؤرخ في 24 فبراير 2014 بتعلق بالنشاط السمعي البصري، ج ر رقم 16 المؤرخة في 23 مارس 2014.
 14. قانون رقم 05-18 المؤرخ في 10 مايو 2018 يتعلق بالتجارة الالكترونية ، ج.ر عدد 28 لسنة 2018.
 15. قانون 07-18 مؤرخ في 10 يونيو 2018 ، يتعلق بحماية الاشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ، ج ر رقم 34 المؤرخة في 10 يونيو 2018.
- 2. النصوص التنظيمية**
1. مرسوم تنفيذي 39-90 المؤرخ في 30/01/1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ، ج ر عدد 5 المؤرخة في 31 يناير 1990.
 2. المرسوم التنفيذي رقم 68-98 المؤرخ في 21 فبراير 1998 والمتضمن إنشاء المعهد الجزائري الجزائري للملكية الصناعية ويحدد قانونه الأساسي ، ج ر عدد 11 المؤرخة في 28 فبراير 1998.
 3. المرسوم التنفيذي رقم 98 - 257 المؤرخ في 03 جمادي الأول الموافق 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات "انترنات" واستغلالها . (الجريدة الرسمية عدد 63 بتاريخ 26 أوت 1998).
 4. المرسوم التنفيذي 05-277 مؤرخ في 2 غشت سنة 2005 يحدد كيفيات ايداع العلامات وتسجيلها ، ج ر عدد 54 المؤرخة في 7 غشت 2005 المعدل والمتمم .

5. قرار وزير المالية المؤرخ في 15 جويلية 2002 و المحدد لكيفيات تطبيق المادة 22 من قانون الجمارك المتعلقة باستيراد السلع المزيفة ، ج ر عدد 56 المؤرخة في 18 غشت 2002.

ثانيا : المراجع باللغة العربية

1. الكتب

1. أحمد الشلقاني ، مبادئ الاجراءات الجزائية في التشريع الجزائري ج 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط3 ، 2003.
2. أودين سلوم الحايك ، مسؤولية مزودي خدمات الانترنت التقنية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس، لبنان ، 2009.
3. بيوت نذير ، ترجمة : أمقران عبد العزيز ، مساهمة القضاء في حماية العلامة التجارية ، المجلة القضائية ، قسم الوثائق ، المحكمة العليا ، العدد 2 ، 2002.
4. حماد مصطفى ، الجوانب القانونية للإعلان عن المنتجات عبر الانترنت ، دار النهضة العربية ، جمهورية مصر العربية ، 2014.
5. خالد ممدوح ابراهيم ، حوكمة الانترنت ، دار الفكر الجامعي : مصر ، ط1 ، 2011.
6. شريف غانم ، العلامة التجارية في علاقتها بالعنوان الالكتروني، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2007.
7. شريف محمد غانم ، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2008.
8. الطيب بلولة ، ترجمة محمد بن بوزة ، قانون الشركات ،بيرتي للنشر ، الجزائر ، 2008،
9. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والاموال- الجزء الثامن، نهضة مصر ، مصر ، طبعة 2011،

10. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثاني ، نضهة مصر ، الطبعة الثالثة ، جمهورية مصر العربية ، 2011 .
 11. عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية والادارية الجديد ، ترجمة للمحاكمة العادلة ، موفم للنشر ، الجزائر 2011.
 12. عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، الجريمة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2002، الجزائر
 13. عصام عبدالفتاح مطر ، التحكيم الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، جمهورية مصر العربية ، 2009.
 14. فرحة زاوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الجزء الثاني، ابن خلدون لنشر والتوزيع ، الجزائر، طبعة 2006.
 15. مصطفى موسى العياط ، الجوانب القانونية لتعاملات التجارة الالكترونية - حماية العلامة التجارية الكترونيا - ، دار وائل للنشر ، عمان ، الاردن ، ط1 ، 2011.
 16. هاني محمد دويدار ، التنظيم القانوني للتجارة ، المؤسسة الجامعية للدراسات مجد ، لبنان ، 1997.
2. أطروحات الدكتوراه باللغة العربية
1. أحمد خديجي ، قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري ،أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، جامعة باتنة 1 ، 2016، ص 236.
 2. خالدية معيزي ، النظام القانوني للاشهار الكاذب أو المضلل ، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2018-2019.
 3. رمضان قندلي ، عقود التوزيع ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، جامعة الجيلالي اليايس ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2017-2018.

4. ميلود سلامي ، النظام القانوني للعلامات التجارية ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم ، جامعة باتنة 1، 2012-2013.

3. المقالات

1. أنيس العذار ، مكافحة الجريمة المعلوماتية ، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ، المجلد 17 ، العدد 01، 2018.

2. بدرة لعور ، الأشهار التضليلي كوسيلة لخرق نزاهة الممارسات التجارية في التشريع الجزائري ، مجلة المفكر ، المجلد 13، العدد2، 2018.

3. بومدين رحال ، محل التفتيش في مجال جرائم التجارة الإلكترونية وفق القانون الجزائري ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ، المجلد 3 ، العدد 2، 2018.

4. حابس الفواعة ، احترام مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بين التشريع والقضاء ، مجلو الحقوق والعلوم الانسانية ، المجلد11، العدد 1 .

5. حدة بوخالفة ، المسؤولية الجزائرية لمتعهد الدخول عبر الانترنت ، مجلة الدراسات القانونية ، المجلد 6، العدد 01 ، 2020.

6. دوجة باقدي ، تسوية المنازعات بين أسماء النطاق والعلامات التجارية على شبكة الانترنت ،مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية ، المجلد 4 ، العدد 1 ، 2018 .

7. رمضان قنفوذ ، المسائل القانونية المتعلقة بالبريد الالكتروني ، المجلد 1 ، العدد 1 2009،

8. سعيد فروحات، السلطة التقديرية للقاضي الجنائي في التعامل مع الخبرة الجنائية ، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات ، المجلد 9 ، العدد 2 ، 2016.

9. سليمان حاج عزام ، المسؤولية الجزائرية للشخص المعنوي العام بين الرفض والقبول ، مجلة العلوم الانسانية ، العدد 33 ، 2014.

10. شوقي يعيش تمام ، عزيزة شبري ، تفعيل مبدأ عالمية النص الجنائي في التصدي للجريمة المعلوماتية ، مجلة الاجتهاد القضائي ، العدد 15 ، 2017.
11. عبد الغني عراب ، الاشهار في التشريع الجزائري: بين الاطر التنظيمية و القانونية ، مجلة أفاق العلوم ، المجلد 3 ، العدد 2، 2018.
12. عبد المومن بن صغير، تطبيق النص الجنائي بين الإقليمية والعالمية في ظل عولمة مكافحة الجرائم المستحدثة ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد 10 ، العدد 03 ، 2019 .
13. عبدالهادي محمد الغامدي ، قواعد إيكاف الموحدة (UDRP) لتسوية منازعات أسماء النطاق والعلامات التجارية ، مجلة جامعة الملك عبدالعزيز: الاقتصاد والإدارة، م28ع2 ، المملكة العربية السعودية .
14. علي أحمد صالح ، الحماية القانونية للعلامات التجارية ، مجلة صوت القانون ، مجلد 5 ، العدد 2 ، 2018.
15. فايزة سقار ، إدارة الجمارك كألية لمكافحة التقليد الماسة بحقوق الملكية الفكرية ، مجلة البحوث والدرسات القانونية والسياسية ، المجلد 8 ، العدد 02 ، 2019.
16. فؤاد الصباغ ، التسويق عبر البريد الالكتروني ، اهم الايجابيات والسلبيات ، مجلد 5 ، عدد 1 ، 2019 .
17. كوثر مازوني ، الحماية القانونية للعلامة التجارية عبر الانترنت في علاقتها مع أسماء المواقع ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، المجلد 48 ، العدد 4 ، 2011.
18. ليندة حاج صدوق ، أسماء المواقع الالكترونية بين التقنية والقانون ، مجلة الدراسات القانونية والسياسية ، المجلد الرابع، العدد 02 ، 2018.
19. مبروك بلعزام ، العناوين الالكترونية وتنازعها مع العلامات التجارية ، بحوث ، المجلد 11 ، العدد 3، الجزء الثالث ، 2017.

20. محمد حمزة عزة ، حماية المستهلك الالكتروني من مخاطر البريد الدعائي - دراس مقارنة - ، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية ، العدد 3 ، 2017.
21. محمد رحموني ، خصائص الجريمة المعلوماتية ومجالات استخدامها ، مجلة الحقيقة ، العدد 41 ، 2018.
22. ميلود سلامي ، العلامة التجارية المشهورة في القانون الجزائري ، دفا تر السياسة والقانون ، العدد الرابع ، 2011.
23. ميلود سلامي ، عبداللطيف والي ، الحماية الجزائرية للعلامة التجارية في القانون الجزائري ، مجلة الدراسات القانونية والسياسية ، العدد 07 ، 2018.
24. هاني منور ، سوي ف بوشي ، تجزئة القاعدة الجنائية وأثرها على إثبات الركن المعنوي في القانون الجنائي ، مجلة القانون والعلوم السياسية ، المجلد 4، العدد 2 ، 2018.
25. وردة شرف الدين ، حل مشكلة تنازع الاختصاص الجنائي الدولي في مجال مكافحة جرائم التجارة الإلكترونية - وفقا للاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات لسنة 2010- ، مجلة الحقوق والحريات ، المجلد 5، العدد 1 ، 2019.

ثالثا : المراجع باللغة الأجنبية .

- اللغة الإنجليزية .

1. الكتب

1. james grimmelman, some skepticism about search neutrality, the next digital decade essays on the future of the internet, california, usa, 2012.

2. rosignoli c., ricciardi f. , electronic marketplaces. in: inter-organizational relationships. contributions to management science , springer international publishing , switzerland .
3. wright, r., marketing: origins, concepts, environment, holborn, london, thomson learning, 1999.

2. الرسائل العملية

3. eddie hurter, aspects of the nature and onlineresolution of domain-name disputes,submitted in accordance with the requirements for the degree of doctor of laws , university of south africa, 2011 ,
4. jaani riordan, the liability of internet intermediaries,thesis submitted for the degree ofdoctor of philosophy in law,magdalen college, oxford,2013
5. jamal arshad , towards a taxonomy of privacy concerns of online social network sites users , master of science thesis , stockholm, sweden 2010 .

3. المقالات العلمية

1. a. michael fromkin ,wrong turn in cyberspace: using icann to route around the apa and the constitution ,duke law journal, vol. 50, no. 1, 2000
2. adam raff , search, but you may not find , the new york times , dec. 28, 2009, p27.

3. adam silberlight , domain name disputes under the acpa in the new millennium: when is bad faith intent to profit really bad faith and has anything changed with the acpa's inception? , fordham intellectual property, media and entertainment law journal ,v13, n1 ,2002
4. amit schejter , noam tirosh ,seek the meek, seek the just": social media and social justice", telecommunications policy. 39 (9), 2015,
5. andreas m. kaplan and michael haenlein, users of the world, unite! the challenges and opportunities of social media, 53 business horizons (2010)
6. ashley tan , google adwords: trademark infringer or trade liberalizer?, michigan telecommunications and technology law review , v16 , 2010
7. benjamin aitken , keyword-linked advertising,trademark infringement, and google's contributory liability , duke law & technology review , n21 , 2005
8. bradley iii, d.b., peters, d.,. electronic marketplaces: collaborate if you want to compete. 42nd world conference international council for small business, sanfrancisco
9. dan malachowski , "username jacking" in social media: should celebrities and brand owners recover from social networking sites when their social media usernames are stolen? , depaul l. rev. , vol 60 , issue 1 ,2010

10. danah boyd , nicole ellison , social network sites: definition, history, and scholarship , journal of computer-mediated communication, n 13,2008,
11. daniel doft, facebook, twitter, and the wild west of ip enforcement on social media: weighing the merits of a uniform dispute resolution policy, marshall l. rev ,vol 49 , issue 4 , 2016
12. danny friedmann, trademarks and social media, edward elgar publishing, inc , usa, 2015.
13. debbie chu , caution businesses: using competitors' hashtags could possibly lead to trademark infringement ,catholic university journal of law and technology , vol 25 , issue 2 , 2017,
14. delaram yousefi, protected: hashtags, trademarks, and the first amendment, touro law review: vol. 33 : no. 3 , article 25 , 2017 ,
15. des laffey, paid search: the innovation that changed the web, business horizons, vol50, 2007
16. elizabeth a. falconer , can hashtags be trademarked: trademark law and the development of hashtags , north carolina journal of law & technology, vol 17 ,issue 5 ,article 1 , 2016
17. graeme b. dinwoodie, (national) trademark laws and the (non-national) domain name system, 21 j. int'l l. 495 (2014),
18. ian tollett, domain names and dispute resolution. world patent information v23, no. 2 ,2001,

19. jacob hansen, the economics of search engines – search, ad auctions & game theory, master thesis, copenhagen business school, applied economics and finance, summer 2009,
20. john g. white , icann's uniform domain name dispute resolution policy in action , berkeley technology law journal, vol. 16, no. 1, annual review of law and technology 2001.
21. jonathan zittrain. "icann: between the public and the private comments before congress." berkeley technology law journal 14, no. 03 (1999):
22. jonathan a.obarn , steve wildman , social media definition and the governance challenge: an introduction to the special issue, telecommunications policy, volume 39, issue 9, october 2015,
23. kwon, s. d., yang, h. d., & rowley, c. (2009). the purchasing performance of organizations using e–marketplaces. british journal of management, 20(1),
24. lisa p. ramsey , brandjacking on social networks: trademark infringement by impersonation of markholders, buffalo law review,2010.
25. mark weston, baker and mckenzie, domain names – disputes and resolution– part1, computer law & security report vol.16 no.4 2000
26. marshall leaffer ,domain names, globalization, and internet governance , indiana journal of global legal studies, vol. 6, no. 1,

- symposium: sovereignty and the globalization of intellectual property, 1998
27. martin grieger , electronic marketplaces: a literature review and a callfor supply chain management research , european journal of operational research v144, 2003
28. matook, s. measuring the performance of electronic marketplaces: an external goal approach study. decision support systems, 54,2013.
29. milton mueller,. icann and internet governance: sorting through the debris of “self–regulation”. the journal of policy, regulation and strategy for telecommunications information and media, 1999, vol. 1, no 6
30. nabil a. adawi, social networking and “brand–jacking” – is it infringement?, law school student scholarship , seton hall university , 2010
31. ozer, a. h., & ozturan, c.. multi–unit differential auction–barter model for electronic marketplaces. electronic commerce research and applications, 10,2011.
32. paul timmers , business models for electronic markets, electronic markets journal, v8, issue 2 , 1998
33. petersen, k. j., ogden, j. a., & carter, p. l. (2007). b2b e–marketplaces: a typology by functionality. international journal of physical distribution and logistics management, 37(1),

34. robert t. sherwin , have we really though this through?:why granting trademark protection to hashtags is unnecessary, duplicative, and downright dangerous, harvard journal of law & technology vol 29, n 2 ,2016 ,
35. rolf mueller, emergent e-commerce in agriculture. university of california, agricultural issues center,n14 ,2000
36. schmid, b.f., lindemann, m.a., 1998. in: elements of a reference model for em. 31st hawaii international conference on system sciences (hicc31). ieee computer society press, hawaii, usa
37. scott sonbuchner,. master of your domain: should the us government maintain control over the internet's root. minn. j. int'l l., 2008, vol. 17,
38. segev, arie, judith gebauer, and frank färber. "internet-based electronic markets." electronic markets 9, no. 3 ,1999
39. sophie stalla-bourdillon , should search engines begin to worry? , journal of internet law , november 2 0 10
40. stephen mckelvey, john grady, join the conversation: the evolving legal landscape of using hashtags in sport , journal of legal aspects of sport, 2017, vol27 , no 1
41. thomas j. curtin , the name game: cybersquatting and trademark infringement on social media websites , journal of law and policy , vol(9) 1 , 2010 ,

42. tobias klatt, e-commerce business models and search engine dependency, ibusiness, 2013,5
43. volker leib, icann-eu can't: internet governance and europe's role in the formation of the internet corporation for assigned names and numbers (icann). telematics and informatics, 2002, vol. 19, no 2
44. william larsen, 'a stern look at the property status of top level domains', the university of chicago law review, vol.82 (2015),
45. yannis bakos , , a strategic analysis of electronic marketplaces, mis quarterly, vol. 15 no. 3,1991

4. الأوراق العلمية

1. béatrice martinet farano,internet intermediaries' liability for copyright and trademark infringement: reconciling the eu and u.s. approaches,tllf working papers,no. 14,stanford law school and the university of vienna school of law,2012.
2. block, ian j. "hidden whois and infringing domain names: making the case for registrar liability," university of chicago lega forum: vol. 2008.

- اللغة الفرنسية

1. الكتب

1. agnée rabagny , droit du commerce électronique , ellipses ,paris ,france , 2011

2. anne–marie la rosa , dictionnaire de droit international pénal : termes choisis. nouvelle édition, genève : graduate institute publications, 1998
3. arnaud de baynast , jacques lendrevie , publicitor – publicité offline et online , dunod , 8e édition , paris , france , 2014
4. charles rousseau, droit international public,dalloz,france, 1976
5. daniel caumont ,la publicité, dunod , 3e édition , paris , france , 2012
6. david forest , droit des marque et nom de domaine ,gualino lextenso édition ,france ,2012
7. jacques borricand , anne simon , droit pénal et procédure pénale , sirey, france, ed9,2016
8. jacques borricand , anne simon , droit pénal, procédure pénale, sirey , ed9 , 2016.
9. jean–bernard blaise , richard desgorces , droit des affaires , 8e édition
10. jean–charles schmidt , faute civile et faute pénale, sirey , paris , france , 1928
11. jean–marc décaudin, jacquese digout, e–publicité– les fondamentaux , dunod ,paris france , 2011
12. jérôme. passa , traité de droit de la propriété industrielle, t.1, marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles, lgdj et alpha edition ,beyrouth , liban, 2009.

13. linda arcelin–lécuyer,droit de la concurrence, presses universitaires de rennes, 2013.
14. luc grynbaum , caroline le goffic , lydia morlet. droit des activités numériques. paris, france: dalloz, 2014
15. maria mercanti–guérin , vincent, michèle , publicité digitale, dunod, france , 2016
16. marie–françoise marais ,thibault lachacinski, l’application des droits de propriété intellectuelle, recueil de jurisprudence , omp, 2011.
17. mireille buydens, l'application des droits de propriété intellectuelle, recueil de jurisprudence,ompi,2014
18. nathalie dreyfus, marques et internet: protection, valorisation, défense, édition lamy ,france ,2011
19. nicolas binctin, droit de la propriété intellectuelle, lextenso édition, paris france, 2010
20. patrick kolb , laurence leturmy , cours de droit pénal général, gualino , france ,ed5,2019
21. patrick tafforeau, , cédrick monnerie ,, droit de la propriété intellectuelle , gualino–lextenso éditions , 2015 .
22. patrick tofforeau, petit lexique droit de la propriété intellectuelle ,galino,france,2016
23. paul roubier,le droit de la propriété industrielle,librairie du recueil sirey , paris , france , 1954

24. romain gola, droit du commerce électronique–guide pratique du e–commerce gualino,lestenso,paris,france,2013.
25. séverine visse , droit de la propriété intellectuelle , lextenso éditions ,france

2. الرسائل الجامعية

1. Claire Albrechtson, Définition et nature juridique du nom de domaine, mémoire du DESS droit de l'Internet Administration – Entreprises ,septembre 2005 , Université Paris I Panthéon–Sorbonne
2. Iony Randrianirina ,Le droit de marque, doctorat ,FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES,UNIVERSITÉ DE POITIERS, 2013
3. Klervi Renaudin,Le spamming et le droit : analyse critique et prospective de la protection juridique des "spammés", Droit. Université de Grenoble, 2011. Français. ffNNT: 2011GREND010
4. Marion briatta , la pénalisation de la contrefaçon , memoire master 2 ,CEIPI, 2013.
5. Romain Boos , La lutte contre la cybercriminalité au regard de l'action des États, Thèse de doctorat en Droit privé et Sciences criminelles , Université de Lorraine ,2016
6. Romain Gola ,la régulation de l'internet: noms de domaine et droit des marques Thèses doctorat,Faculté de droit ,Université de Montréal,2003.

7. Yann Basire , les fonctions de la marque essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif, thèse de doctorat , université de Strasbourg
8. Yves FAURE , Le Contentieux De La Contrefaçonla Réponse Du Droit Français A L'atteinte Aux Droits De Propriété Intellectuelle , DOCTORAT, UNIVERSITÉ DE TOULOUSE , 2014.

3. المقالات العلمية .

1. Abdelkrim Zehioua , l'impact du spamming sur les affaires et son traitement technique et juridique au Canada , journal of milev research and studies, second issue / december 2015
2. Alexandre Defossez, « conflits entre noms de domaine et marques (renommées) : l'approche ompi », revue internationale de droit économique 2006/2 (t. xx, 2),
3. Carole Duparc , l'adaptation de l'huissier de justice à l'économie digitale , aj contrat , avril2016.
4. Delphine Brach-Thiel , la victime d'une infraction extraterritoriale , dalloz « revue de science criminelle et de droit pénal comparé » , 2010/4 n° 4.
5. Eric Barbry, le droit des marques à l'épreuve de l'internet , legicom 1997/3 ,n° 15
6. Geiger, Christophe. (2007). droit des marques et liberté d'expression (de la proportionnalité de la libre critique). recueil dalloz, 884-888 (2007).

7. guillaume royer , chronique de droit pénal international des affaires,revue internationale de droit pénal,vol. 80 , 2009
8. hans klein, icann et la gouvernance d'internet. la coordination technique comme levier d'une politique publique mondiale , les cahiers du numérique ,vol.3, 2002,
9. jacques francillon , infractions relevant du droit de l'information et de lacommunication , revue de science criminelle et de droit pénal comparé , dalloz, n° 3, 2016
10. milton mueller,. icann and internet governance: sorting through the debris of "self-regulation". the journal of policy, regulation and strategy for telecommunications information and media, 1999, vol. 1, no 6.
11. olivier iteanu, , l'icann, un exemple de gouvernance originale ou un cas de law intelligence ? , les cahiers du numérique vol. 3,2002
12. pirovano antoine. la concurrence déloyale en droit français. r.i.d.c. vol. 26 n°3, juillet-septembre1974
13. raphaële parizot , jean-baptiste perrier, chronique législative , revue de science criminelle et de droit pénal comparé,dalloz, 2016/2 n° 2
14. valérie sédallian,la responsabilité de l'employeur en tant que fournisseur d'accès à internet,victoires éditions | « legicom »,2002/2 n° 27.

15. véronique staeffen, aspects généraux de la marque en droit français. rappel général des conditions de validité, évolution du rôle de la marque, inflation des dépôts , legicom 1997/3 (n° 15),
16. yann basire , le risque de confusion en droit des marques : entre extension et évolution , legicom 2014/2 (n° 53),
17. yassin el shazly, l'application du principe de spécialité aux noms de domaine ; un regard croisé entre la voie judiciaire et extrajudiciaire, droit & nouvelles technologies , p2, <https://www.droit-technologie.org/wp-content/uploads/2016/11/annexes/dossier/160-1.pdf>

4. التقارير الرسمية

1. Albéric de MONTGOLFIER et Philippe DALLIER, le rôle des douanes dans la lutte contre la fraude sur Internet , RAPPORT D'INFORMATION , SÉNAT , SESSION ORDINAIRE DE 2013-2014
2. Conseil de l'europe, Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité, Série des traités européens – n° 185, Budapest, 23.XI.2001
3. Gérard lallement , jacques serris, Dominique varenne, RAPPORT: Loi Sapin et publicité sur Internet , Conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies ,2013

4. Laurent BÉTEILLE , Richard YUNG , RAPPORT D'INFORMATION : sur l'évaluation de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, SÉNAT , SESSION ORDINAIRE DE 2010-2011 , N° 296
5. Rapport final concernant le processus de consultations de L'OMPI sur les noms de domaine de l'internet.

رابعاً : الاجتهاد القضائي

1. CA Paris, pôle 5, 6 sept. 2016, n° 15/00108
2. CA Paris, 9 janvier 2019, n°16/25000
3. TGI Paris, ordonnance de référé, 12 mars 1998
4. CA Versailles, 12e chambre, 22 novembre 2001 (ZE BANK-123MULTIMEDIA CANADIA)
5. CA de Paris, 14ème ch., sect. B, 4 décembre 1998, La SA Alice / La SNC Alice
6. CC, Chambre commerciale, 10 mai 2011, 10-18.173, Publié au bulletin
7. CA PARIS , 4è chambre, section A , ARRET DU 30 AVRIL 2003
8. CJCE, n° C-291/00, Arrêt de la Cour, LTJ Diffusion SA contre Sadas Vertbaudet SA, 20 mars 2003.

9. Eksouzianv. Albanese, No. Cv 13-00728-Psg-Man, 2015 WI 4720478, (C.D. Cal. Aug. 7, 2015)
10. TWTB, Inc. v. Rampick, No. CV-15-3399 (E.D. La. Jan.20, 2016)
11. Fraternity Collection, LLC v. Fagnoli, No.3:13-CV-664-CWR-FKB, 2015 WL 1486375, (S.D. Miss. Mar. 31, 2015)
12. Aop Ventures, Inc. V. Steam Distribution, Llc, No.Edcv151586vapkkx, 2016 WI 7336730, (C.D. Cal. Oct. 11, 2016)
13. CA Paris Arrêt du 18 octobre 2000 , Virgin Interactive Entertainment Ltd et Virgin Interactive Entertainment Sarl / France
14. TGI Nanterre, 20 mars 2000,Sony Corporation, SA Sony France / Sarl Alifax
15. CA Paris, 8 février 2000, Sarl DCLK France, Société Double Click Inc c/ Sa Double Click
16. CEDH, 18 septembre 2007, « Paeffgen GmbH contre Allemagne
17. TGI Paris 3ème chambre, 4ème section Jugement du 28 novembre 2013, Laurence C. / Telfrance Serie, Facebook France
18. TGI Paris 3ème chambre, 3ème section Jugement du 30 mars 2012.Dream Property / Yves B.
19. CC,n° 651 du 21 juin 2011 (10-23.262).

20. CA Paris – 20 mars 1998 , Petrossian –la marque renommée Petrossian.
21. CC. Crim. 8 février 2012 n° 11–80399
22. CC. Crim. 25 janv. 2011, n°10–81659
23. H 17–86.876 – Pourvoi c/ CAVersailles – 9e chambre, 20 septembre 2017
24. CC.crim n°1997 du 11 juillet 2018 (17–86.876) – – ECLI:FR:CCASS:2018:CR01997
25. CC, crim, Chambre criminelle, 15 janvier 2008, 07–86.944, Publié au bulletin
26. CAParis 13ème chambre, section A Arrêt du 25 septembre 2007 Giuliano F. / Antonio T
27. CC, crim, Chambre criminelle, 9 septembre 2008, 07–87.281, Inédit
28. TGI Paris, CT0087, du 18 octobre 2006
29. CJCE, 3ème ch., arrêt du 15 septembre 2016– Tobias Mc Fadden c / Sony Music Entertainment Germany GmbH
30. CJCE, 3ème ch., arrêt du 15 septembre 2016– Tobias Mc Fadden c / Sony Music Entertainment Germany GmbH
31. TGI Nanterre , Lacoste / Multimania, 8/12/1999
32. TGI Lyon, 28 mai 2002, SARL Père–Noël .fr c/ M. F. M., Mlle E. C. et SARL Deviant Network

33. Lockheed Martin Corp. v. Network Solutions, Inc., 985 F.Supp. 949 (C.D. Cal. 1997)
34. Academy of Motion Picture Arts and Sciences v. Network Solutions, 989 F. Supp. 1276 (C.D. Cal. 1997) December 22, 1997
35. TGI Paris Ordonnance de référé du 25 avril 1997
36. Framatome / Association Internaute, Jérôme D., Olivier L., Xavier B.
37. TGI Nanterre Jugement rendu le 18 janvier 1999 SFR / W3 SYSTEM INC
38. TGI Paris Ordonnance de référé 10 avril 2006 Rue du commerce / Brainfire Group, Moniker Online Service Inc
39. TGI Paris Ordonnance de référé du 25 avril 1997
40. Framatome / Association Internaute, Jérôme D., Olivier L., Xavier B.
41. TGINanterre Jugement rendu le 18 janvier 1999 SFR / W3 SYSTEM INC
42. Rescuecom Corp. v. Google Inc. 562 F.3d 123 (2nd Cir. 2009)
43. CJUE, C-203/15, 21 décembre 2016, Tele2 Sveridge AB)
44. CA Paris, Pôle 5,Ch 2., 26 avril 2013
45. CC.crim , l'arrêt Yoplait 12 février 2008.

46. CC.crim, l'arrêt Cocktail 27 janvier 2009.
47. TGI Paris (Chambre des Requetes), Ordonnance du 30 janvier 2013, Bouygues Télécom / Publicis Webformance
48. TGI Paris, 3ème ch., 1ère sect., 4 mars 2003, Frédéric M. c. Ziff Davis, ZDN et autres

الفهرس

5 مقدمة
12 الباب الأول : صور الاعداء على العلامة عبر الانترنت
13 الفصل الأول :السطو الالكتروني على العلامة
14المبحث الأول : أسماء النطاق
15المطلب الأول: مفهوم أسماء النطاق
15الفرع الأول : تعريف أسماء النطاق
15أولا : الجانب الشكلي
16ثانيا : الجانب التقني
17الفرع الثاني : تصنيف أسماء النطاق وأهميتها
18أولا : تصنيف أسماء النطاق
19ثانيا : تمييز أسماء النطاق الوطنية إجاه أسماء النطاق العامة
22المطلب الثاني: حوكمة أسماء النطاق
22الفرع الأول : مؤسسة تحديد الأسماء والأرقام عبر الانترنت ICANN
22أولا : نشوء مؤسسة الايكان ICANN
29ثانيا : الانتقادات الدولية لمؤسسة الايكان ICANN
31الفرع الثاني : مكاتب التسيير المركزي ل أسماء النطاق
32الفرع الثالث : مكاتب التسجيل النهائي ل أسماء النطاق
34المبحث الثاني: استعمال العلامة ضمن أسماء النطاق
35المطلب الأول: الاستعمال غير المشروع للعلامة ضمن أسماء النطاق
35الفرع الأول : التسجيل المتضمن علامة الغير
35أولا : التسجيل المطابق لعلامة الغير
36ثانيا : التسجيل دون التطابق لعلامة الغير
37الفرع الثاني : ثبوت سوء النية

- أولا : تقدير سوء النية في الإجراءات الإدارية لتسوية المنازعات (UDRP)..... 37
- ثانيا : تقدير سوء النية في القانون الأمريكي لحماية المستهلك ACPA..... 41
- المطلب الثاني: أسباب التنازع علامة تجارية - اسم نطاق 44
- الفرع الأول : وحدة الوظيفة التمييزية بين العلامات وأسماء النطاق 44
- أولا : الوظيفة التمييزية للعلامات..... 44
- ثانيا : تطور وظيفة أسماء النطاق الى التمييز 45
- الفرع الثاني : الاختلاف في الذاتية بين العلامة التجارية وأسماء النطاق 46
- أولا : من حيث إكتساب الحق في العلامة وأسماء النطاق..... 47
- ثانيا : من حيث طبيعة الحق في أسماء النطاق والعلامة..... 53
- ثالثا : من حيث نطاق الحق في أسماء النطاق والعلامة 60
- الفصل الثاني : الاشكال الحديثة للمساس بالحق في العلامة عبر الانترنت 63**
- المبحث الأول: العلامة ضمن الاشهار عبر الانترنت 64
- المطلب الأول : الاشهار عبر الانترنت 64
- الفرع الاول : خصوصية الاشهار عبر الانترنت 65
- أولا : تعريف الاشهار 65
- ثانيا : الذاتية الخاصة للاشهار عبر الانترنت..... 66
- الفرع الثاني : القواعد الاساسية المنظمة للاشهار عبر الانترنت..... 70
- أولا : الشروط العامة 70
- ثانيا : الرضا المسبق فيما يتعلق بالاشهار المتضمن معلومات شخصية 72
- المطلب الثاني: التأثير على الحق في العلامة التجارية..... 75
- الفرع الأول : علامة الغير ضمن الويب..... 75
- أولا : العرض البسيط للعلامة عبر الويب..... 75
- ثانيا : العلامة ضمن الكلمات المفتاحية عبر الويب..... 76
- الفرع الثاني : علامة الغير ضمن رسائل الاستبيان المباشر 80
- أولا : الاستبيان المباشر المشروع على العلامة التجارية..... 81

83.....	ثانيا : الاستبيان المباشر غير المشروع والعلامة التجارية.....
87.....	المبحث الثاني : العلامة التجارية ضمن المنصات التشاركية.....
87.....	المطلب الاول: الشبكات الاجتماعية الالكترونية
87.....	الفرع الاول : مفهوم الشبكات الاجتماعية.....
88.....	اولا : المعايير التقليدية عند Ellison / boyd (2007).....
89.....	ثانيا : المعايير الحديثة.....
91.....	ثالثا : معايير جامعة
92.....	الفرع الثاني : تأثير الشبكات الاجتماعية الالكترونية على هوية العلامة.....
92.....	أولا : العلامة التجارية للغير ضمن العنوان المخصص.....
98.....	ثانيا : الوسوم Hashtags
103	المطلب الثاني: الاسواق الالكترونية والعلامة التجارية.....
103	الفرع الأول : السوق الالكتروني.....
103	أولا : مفهوم السوق الالكتروني.....
107	ثانيا : تصنيف السوق الالكتروني.....
110	الفرع الثاني : التأثير على الحق في العلامة التجارية
110	أولا : ثبوت غياب مشروعية تداول السلع غير الاصلية
112	ثانيا : مدى مشروعية تداول السلع الاصلية
119	الباب الثاني : إنفاذ الحق في العلامة عبر الانترنت.....
120.....	الفصل الأول : الدعوى القضائية.....
121	المبحث الأول : التأسيس القانوني.....
121	المطلب الاول: جنحة التقليد
122	الفرع الأول : الركن الشرعي
122	أولا : مبدأ شرعية التجريم والعقاب.....

123 ثانيا : مدى توافق المادة 26 من الامر 03-06 مع مبدأ الشرعية
124 الفرع الثاني : الركن المادي
124 أولا : صور الاستعمال
130 ثانيا : شروط الاستعمال
141 الفرع الثالث : الركن المعنوي
143 المطلب الثاني: الممارسات التجارية غير النزيهة
143 الفرع الأول : الركن الشرعي
143 أولا : تطبيق المادة 27-2 من القانون 04-02
144 ثانيا : الطبيعة الجنحية للمادة 27-2 من القانون 04-02
145 ثالثا : التمييز عن دعوى المنافسة غير المشروعة
145 الفرع الثاني : الركن المادي
146 أولا : إستبعاد العلامة غير المسجلة
147 ثانيا : وجود المحاكاة
149 ثالثا : إحداث الخط في ذهن المستهلك
151 الفرع الثالث : الركن المعنوي
151 أولا : إتجاه محكمة النقض الفرنسية
152 ثانيا : رأي الباحث حول أساس الركن المعنوي في المادة 27-2
154 المبحث الثاني : قانون العقوبات الجزائري في مواجهة عالمية الجريمة
155 المطلب الأول: مبدأ إقليمية النص الجنائي عبر شبكة الانترنت
155 الفرع الأول : اجتهاد القضاء الفرنسي (2000-2016)
156 أولا : معيار الوصول La théorie de l'accessibilité
158 ثانيا : معيار الارتباط la théorie de la focalisation
160 الفرع الثاني : إستحداث المشرع الفرنسي لمعيار الاقامة
161 الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري
163 المطلب الثاني : دور المبادئ الاحتياطية في حماية العلامة عبر الانترنت

163	الفرع الأول: مبدأ الشخصية السلبي
164	الفرع الثاني : مبدأ العينية
166	الفصل الثاني : مسؤولية الفاعلين عبر شبكة الانترنت
167	المبحث الأول : مسؤولية الوسيط التقني
168	المطلب الأول : الوسيط التقني
168	الفرع الأول : تصنيف الوسطاء
168	أولا : مقدم خدمة الوصول les fournisseurs d'accès à internet
171	ثانيا : المستضيف les hébergeurs
171	الفرع الثاني: تكريس صفة الوسيط التقني وتمييزها
172	أولا : الخصائص المشتركة للوسطاء
173	ثانيا : تمييز الوسيط التقني عن الناشر
176	المطلب الثاني: إستفادة الوسطاء من نظام خاص للمسؤولية
176	الفرع الأول : طبيعة العلاقة بين مالك العلامة التجارية والوسطاء
176	أولا : مظاهر التنازع
179	ثانيا : أسباب التنازع
181	الفرع الثاني: إستحداث المشرع المادة 12-أ من القانون 04-09
181	أولا : الاعفاء من المسؤولية
184	ثانيا : الاستثناء
186	المبحث الثاني : مسؤولية الناشر
186	المطلب الأول: الاثبات
187	الفرع الأول : المعاينة التقنية
188	الفرع الثاني : اللجوء الى المعطيات المتعلقة بحركة السير
188	أولا : المعطيات المتعلقة بحركة السير
189	ثانيا : حرية الوصول الى المعطيات من طرف الشرطة القضائية
191	الفرع الثالث : ضبط الادلة المادية

192	أولا : الحجوز التحفظية.....
198	ثانيا : التفتيش
199	الفرع الرابع : الخبرة التقنية.....
199	أولا : إستعانة مصالح الشرطة القضائية بذوي الخبرة .
200	ثانيا : إستعانة النيابة العامة بالمساعدين القضائيين.....
201	ثالثا : ندب الخبراء
202	المطلب الثاني : الجزاءات القضائية.....
202	الفرع الأول : إرتباط الانفاذ الفعال بالمسؤولية الجنائية
202	أولا : فاعلية الامر 06-03 في الانفاذ عبر الانترنت.....
208	ثانيا : فاعلية تطبيق القانون 02-04 في مجال الانفاذ عبر الانترنت
210	الفرع الثاني: فاعلية دعوى التعويض المدنية في إنفاذ الحق عبر الانترنت
210	أولا : التأسيس القانوني
215	ثانيا : تقدير فاعلية دعوى التعويض في إنفاذ الحق عبر الانترنت.....
223	خاتمة البحث
230	الملاحق.....
242	قائمة المصادر والمراجع.....

الملخص

يُعتبر تأثير شبكة الانترنت على العلامة تأثير مزدوج ، من جهة مثلت هذه التكنولوجيا وسيلة جد مهمة في ممارسة التجارة وتثمين القيمة المالية لمختلف العلامات ومن جهة ثانية مثلت شبكة الانترنت واحدة من أكبر التحديات المُعاصرة للحق في العلامة ؛ ذلك أن القدرة الهائلة على التواصل والتمثيل الرقمي التي توفرها الشبكة لمختلف العلامات المملوكة للغير أدت الى إنتشار غير مسبوق من الناحية الكمية والنوعية للمساس بالحق ، وعلى هذا الأساس تهدف هذه الدراسة الى تكريس إنفاذ فعال للحق في العلامة عبر شبكة الانترنت من خلال محاولة إيجاد تصنيف لمُختلف أشكال المساس بالحق في العلامة عبر شبكة الانترنت (السطو الالكتروني ، الاشهار ، المنصات الالكترونية وغيرها) أو من حيث تطبيق القواعد التقليدية على هذه الاشكال الحديثة من أشكال المساس سواء على مستوى النصوص الخاصة المُكرسة أساسا لحماية الحق أو تطبيقا للقواعد العامة في مجال المنافسة غير النزيهة ، كذلك تناولت هذه الدراسة أنظمة المسؤولية عبر شبكة الانترنت سواء تعلق الامر بتطبيق القواعد العامة في المسؤولية او الاشكال الأكثر حداثة التي يخضع لها الفاعلون عبر شبكة الانترنت والتي جاءت كنتيجة لعدم القدرة على تطبيق أنظمة المسؤولية بموجب القواعد العامة.

الكلمات المفتاحية : العلامات ، السطو الالكتروني ، المنصات التشاركية ، الاشهار عبر الانترنت ، دعوى التقليد ، دعوى المنافسة غير النزيهة ، دعوى التعويض المدنية ، مسؤولية الفاعلين عبر شبكة الانترنت.

Résumé :

L'influence du réseau d'internet sur la marque a un double effet. D'une part, cette technologie représentait un moyen très important pour la pratique du commerce et l'évaluation de la valeur financière de diverses marques, et d'autre part, internet représentait l'un des plus grands défis contemporains pour le droit à la marque. En raison de l'immense capacité de communication et de représentation numérique fournies par internet pour les différentes marques détenues par des tiers, a conduit à une propagation sans précédent en termes de quantité et de qualité de l'atteinte au droit, d'où cette étude vise à consacrer l'application effective du droit à une marque via internet dans une tentative visant à trouver une classification des différentes formes d'atteinte au droit à la marque sur internet (vol électronique, publicité, plateformes électroniques, etc.) ou en termes d'application des règles traditionnelles à ces formes modernes de contrefaçon, que ce soit au niveau des textes privés consacrés principalement à la protection du droit ou en application des règles générales dans le domaine de la concurrence déloyale, cette étude a également porté sur la réglementation responsabilité sur internet, que ce soit par rapport à l'application des règles générales de responsabilité ou des formes plus modernes auxquelles sont soumis les acteurs sur internet résultant de l'impossibilité d'appliquer des régimes de responsabilité en vertu des règles générales.

Mots clés: les marques , cybersquattage, les plates-formes, publicité sur Internet, contrefaçon, concurrence déloyale, poursuite civile en indemnisation, responsabilité des acteurs en ligne