الإستكشاف المباشر بين المشروعية وانتهاك الحق في الخصوصية الرقمية

Direct prospecting between legitimacy and violation of the right to digital privacy

الدكتورة مريم يغلى[1]

أستاذة محاضرة"ب"-كلية الحقوق

جامعة باجي مختار -عنابة (الجزائر)

yaghlameriem@gmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
14 سبتمبر 2019	06 أكتوبر 2019	17 أكتوبر 2019

الملخص:

إذا كان الاستكشاف المباشر باعتباره إحدى صور الإشهار الإلكتروني وسيلة تبررها حرية التجارة من جهة، و اتخاذ الطريقة الالكترونية وسيلة له من أجل جلب أكبر عدد ممكن من الزبائن، و من ثم تحقيق أكبر رقم أعمال بالنسبة للمورد الالكتروني، أمر من شأنه أن يمس بالحياة الخاصة الرقمية لمستخدم الانترنت، الذي يظل دائما طرفا ضعيفا في مواجهة كل مورد الكتروني يستعمل الشبكة الرقمية لتسويق منتجاته مباشرة عن طريقها، و على هذا الأساس وضع المشرع الجزائري ضمن القانون 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ضمانات قانونية تهدف إلى حماية الشخص الذي يجري استكشافه و هو الزبون من خطر انتهاك المورد الالكتروني للمعطيات الشخصية لهذا الشخص في البيئة الرقمية.

الكلمات المفتاحية:

الاستكشاف المباشر-المعطيات الشخصية- المصلحة المشروعة- الموافقة المسبقة- حفظ المعطيات- الالتزام بالاعلام- حق الاعتراض.

Abstract:

If direct prospecting as a form of electronic advertising is a means justified by the freedom of trade on the one hand, and take the electronic way to attract as many costumers as possible, to achieve the largest turnover for the electronic supplier, would affect the private digital life, on the basis of this, the algerian legislator, under law 18-07 on the protection of phisic persons in processing of personal data, has legal safeguards aimed at ensuring that the electronic network is used to market directly its products, to protect the person being explored as the customer from the risk of the electronic resource violating the person's personal data in he digital environment.

key words:

Direct prospecting- personal data–legitimate interest- prior consent-save the data-commitment to information-objection right.

[1] – المؤلف المرسل: الدكتورة مريم يغلى / ***Email: yaghlameriem@gmail.com***

مقدمة:

إن التطور التكنولوجي الذي شهده العالم في منتصف التسعينيات وما رافقه من تنوع في تنوع وكثرة المنتوجات والخدمات، أدى إلى التفكير في إيجاد سبل لتسهيل حصول الأفراد عليها سريعا، فكان الخروج من المعاملات التقليدية حتمية أفرزت الانتقال إلى المعاملات الالكترونية باعتبارها الوسيلة الحصرية لممارسة التجارة الالكترونية التي قننت لأول مرة في الجزائر بموجب القانون 18-05 الصادر في 10 ماي 2018[1].

إذا كان التغيير الذي شهدته الجزائر في طرق التعاقد من التقليدي إلى الالكتروني المستحدث، قد سهل على المستخدمين إمكانية الشراء والتسوق في العالم الافتراضي، إلا أنه كان أيضا وسيلة للاستغلال من طرف الموردين الالكترونيين ومقدمي الخدمات لاستعماله في إغراء المستخدمين بمختلف منتجاتهم وخدماتهم التي يروجون لها الكترونيا قصد تحقيق رقم أعمال كبير، معتمدين في ذلك طريقة الإشهار الالكتروني، الذي غالبا ما يتخذ الاستكشاف المباشر صورة له.

إن الاستكشاف المباشر إذا كان وسيلة تبررها حرية التجارة من جهة، فإن خصوصية الوسيلة والطريقة التي يتم بها من جهة أخرى من شأنها المساس بحرمة الحياة الخاصة الرقمية لمستخدم الانترنت، الذي يظل دائما طرفا ضعيفا في مواجهة كل مورد الكتروني يستعمل الشبكة الرقمية لتسويق منتجاته مباشرة عن طريقها، ومن هذا المنطلق ارتأينا طرح الإشكالية الآتية: إلى أي مدى يمكن اعتبار الإستكشاف المباشر إنتهاك لحق المستخدم في الخصوصية الرقمية ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية إعتمدنا في هذه الورقة البحثية أساسا على المنهج التحليلي في كل مرة يتعلق الأمر بتحليل النصوص القانونية المستحدثة والناظمة لهذه المسألة، وارتأينا تقسيم الموضوع وفقا للخطة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم الاستكشاف المباشر

المطلب الأول: تعريف الاستكشاف المباشر

المطلب الثاني: أساس جمع المعطيات الشخصية لأغراض الاستكشاف المباشر.

المبحث الثاني: ضمانات حماية الشخص المعني بالاستكشاف المباشر.

المطلب الأول: ضوابط الاستكشاف المباشر.

المطلب الثاني: الاستكشاف المباشر المحظور.

خاتمة.

[1]- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد رقم 28، المؤرخ في 16 ماي 2018.

المبحث الأول: مفهوم الاستكشاف المباشر

إن تحديد مفهوم الاستكشاف المباشر يستوجب علينا التطرق الى تعريفه (المطلب الأول)، وكذا تحديد الأساس القانوني الذي يستند عليه باعتبار أن هذا الأخير يتم عن طريق جمع المعطيات الشخصية للشخص المعني بالاستكشاف (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف الإستكشاف المباشر

لقد عرف المشرع الجزائري "الإستكشاف المباشر" ضمن الكلمات المفتاحية في المادة 3 من قانون 18-07 المؤرخ في 10 يونيو 2018 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي[1]، على أن:" الإستكشاف المباشر: إرسال أي رسالة، مهما كانت دعامتها وطبيعتها موجهة للترويج المباشر أو غير المباشر لسلع أو خدمات أو لسمعة شخص يبيع سلعا أو يقدم خدمات."[2]

إن الإستكشاف المباشر المشار إليه أعلاه، قد نص عليه المشرع الجزائري في موضع آخر وهو قانون 18-05 المؤرخ في 10ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وذلك في نص المادة 31 الواردة تحت الفصل السابع بعنوان"الإشهار الإلكتروني"، وذلك عندما إستعمل مصطلح "الإستبيان المباشر" وهو مصطلح غير دقيق نوع ما، بينما جاءت الترجمة الفرنسية لمصطلحي "الإستبيان المباشر" و"الإستكشاف المباشر" واحدة هي" *la prospection directe*".

من خلال النص المذكور أعلاه يتضح أن الإستكشاف المباشر يهدف إلى الترويج للسلع أو الخدمات أو حتى سمعة شخص يبيع سلع أو خدمات، وبالتالي فهو مجموعة الإتصالات التي تجريها عادة المؤسسة بالمستهلكين المرتقبين بغرض إقناعهم وتعريفهم بالسلع والخدمات المطروحة في الأسواق وإغرائهم بشرائها، مستخدمة في ذلك الرسائل بغض النظر عن طبيعة هذه الأخيرة[3].

كما يهدف الإستكشاف المباشر أيضا إلى الحصول على إستجابة و/ أو تحقيق معاملة وذلك لكونه صورة من صور الإشهار الإلكتروني، حيث يستخدم تكنولوجيا المعلومات والإتصال لتواصل المؤسسات مع زبائنها وذلك بالإعتماد على قياس الإستجابة أو ردة فعل الزبائن عن طريق التكنولوجيا الحديثة ووسائلها المتاحة، وبالإعتماد على ميزة التفاعلية التي تمنح

---

[1]- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 34، المؤرخ في 10 يونيو 2018.

[2]- نص المادة 3 من قانون 18-07، يقابله نص المادة 5-34 من قانون البريد والإتصالات الإلكترونية الفرنسي المعدل والمتمم بتاريخ 2019/08/01.

[3]- أزمور رشيدة، قرار شراء المنتوج الجديد بين تأثير الإعلان والعلامة التجارية، مذكرة ماجستير، تخصص تسويق، جامعة أبوبكر بلقايد –تلمسان، سنة 2010-2011، ص 2.

المستهلك بأن يعرب عن حاجاته وتفصيلاته بخصوص المنتوج الذي يرغب بالحصول عليه أو المواصفات التي يجب أن يكون عليها[1].

إن الإستكشاف المباشر يتم بإرسال أي رسالة ومهما كان نوعها، للشخص الذي يتم إستكشافه[2] وهو الزبون المحتمل، غير أن الأهم من ذلك هو كيفية إيجاد هذا الأخير من طرف المؤسسات المروجة لمنتوجاتها أو خدماتها، حيث تقوم هذه الأخيرة بمراقبة أو اعتراض أو تفريغ أو قراءة الرسائل المتبادلة بين الزبون والمتدخل، عن طريق البريد الالكتروني دون مواقفة الزبون وهو المستهلك الالكتروني، وعادة ما يتم ذلك باستعمال برنامج الكوكيز أو برامج التجسس[3]، وغيرها من التطبيقات الآلية التي تجوب باستمرار الشبكة بحثا عن الرمز الدال على عناوين البريد الالكتروني[4].

وعليه تؤسس قاعدة بيانات تقوم بتجميع معلومات عن مستخدمي الإنترنت عند الإبحار لما يقوم الزائر بتحميل صفحة الإنترنت، فيترك أثر مروره، ومن هذا العبور يمكن معرفة مراكز إهتماماته، فالإستكشاف في هذه الحالة يكون بالبحث عن علاقات لا يعرف عنها شيء مسبقا، لذلك تنطوي على الخوض في بحر من البيانات مثل تلك المتعلقة بتعاملات نقاط البيع الإلكترونية[5].

المطلب الثاني: أساس جمع المعطيات الشخصية لأغراض الإستكشاف المباشر

لقد نص المشرع في القانون 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال المعطيات ذات الطابع الشخصي، على مجموعة من الأسس القانونية التي تبنى عليها عملية جمع المعطيات الشخصية للأشخاص الذين يتم إستكشافهم، من أهمها المصلحة المشروعة (الفرع الأول) والموافقة المسبقة للشخص المعني (الفرع الثاني).

---

[1]- قعيد إبراهيم، بختي إبراهيم، دور المزيج الترويجي الإلكتروني في التأثير على سلوك المستهلك الجزائري، مجلة الدراسات الإقتصادية والمالية، جامعة الوادي، عدد 10، جزء 1، سنة 2017، ص 53.

[2]- المادة 3 من قانون 18-07 المذكور سابقا

[3]- محمد خميخم، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، اطروحة دكتوراه، القانون العام، جامعة تلمسان، سنة 2016-2017، 142.

[4]- بوعزة محمد حمزة وبودالي محمد، حماية المستهلك الالكتروني من مخاطر البريد الدعائي، « *le spamming* »، دراسة مقارنة، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 3، ديسمبر 2017، جامعة يحي فارس، المدية، ص258.

[5]-سعد غالب ياسين، بشير عباس العلاق، التجارة الإلكترونية، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2009، ص 208.

الفرع الأول: المصلحة المشروعة أساس الإستكشاف المباشر

تقضي المادة 7 في فقرتها الأخيرة من قانون 18-07 على: "أن المعالجة الضرورية التي لا تستوجب موافقة الشخص المعني تكون عندما تهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة من قبل المسؤول عن المعالجة أو المرسل إليه مع مراعاة مصلحة الشخص المعني و/ أو حقوقه وحرياته الأساسية."[1]

لقد إستعمل المشرع الجزائري مصطلح "المعالجة الضرورية" في حين إستعمل الفرنسي عبارة "المعالجة المشروعة"، وجعل هذه الأخيرة تتحقق إذا ما اعتبرت ضرورية، والجدير بالذكر أن كلاهما لم يبين المقصود بالمصلحة المشروعة، لكن هل "المشروعية" و"الضرورة" مصطلحان مترادفان ؟

إن المصلحة المشروعة هي فكرة غير ثابتة تختلف من مكان لآخر وكذا من شخص لآخر، فهي تعني"التوقعات المعقولة- *les attentes raisonnables* - للمستخدم ولمضمون جمع المعطيات، وتقدر به معيار موضوعي وليس شخصي.

إن الإستكشاف المباشر يقوم دون شك على المصلحة المشروعة التي تسمح للمؤسسة بتطوير وكسب ثقة الزبائن، وبالنسبة للخواص تكمن المصلحة المشروعة في إعلامهم بالعروض التخفيضية المحتملة وبكل جديد، وبالتالي فأساس جمع المعطيات بغرض الإستكشاف المباشر يقوم على أساس المصلحة المشروعة للمهني المتمثلة في حرية مزاولة التجارة من جهة، ومصلحة المستهلك في الإستفادة من عروض تجارية من جهة أخرى.

ولقد أكد المشرعين الجزائري والفرنسي على اعتبار المصلحة المشروعة كأساس قانوني لجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي، يستوجب الموازنة بين المصالح المشروعة للمسؤول عن المعالجة والمصالح المشروعة و/ أو الحريات والحقوق الأساسية للشخص المعني[2]، ولقد ذهبت محكمة العدل للاتحاد الاوروبي (*CJUE*) في قرار لها[3] إلى أن معالجة المعطيات الشخصية يمكن أن يكون مشروعا دون رضا الشخص المعني متى كان ضروريا لتحقيق المصلحة المشروعة المرجوة من طرف المسؤول عن المعالجـــة، بشـــرط أن لا تمس بالمصالح أو الحقوق والحريات الأساسية

---

[1] – نص المادة 7 من القانون 18-07 يقابله نص المادة 6 من القانون الفرنسي.

[2] - *Mathieu Dary et Victoria Lichet, prospection commerciale et données personnelles :le RGPD bouleverse-t-il les pratiques ? revue Lamy, droit des affaires, n°138, juin 2018, p18.*

[3] - *Cjue 19 octobre2016, affaire c 582/14.*

للشخص المعني، وبالتالي فإن الدفع بفكرة المصلحة المشروعة يفترض مراعاة المصالح، من جهة مصلحة مورد الخدمات عبر الانترنت، ومن جهة أخرى مصالح مستعملي هذه الخدمات[1].

إن فكرتي "المصلحة" و"الغاية" المنشود تحقيقها (*la finalité*) المنصوص عليها في المادة 7 من القانون 18-07، مرتبطتين إرتباطا وثيقا لكنهما مختلفين، حيث أن الغرض هو السبب الخاص والهدف أو النية أو القصد من وراء المعالجة، والمتمثلة في الربح الذي تجنيه المؤسسة من المعالجة[2].

إن المصلحة يجب أن تتضمن مصطلحات واضحة بما فيه الكفاية لإمكانية تطبيق معيار الموازنة بينها وبين الحقوق الأساسية للشخص المعني، وتختلف طبيعة المصلحة باختلاف الحالات، فبالنسبة للمؤسسة تكون المصلحة إقتصادية وتتمثل في الإطلاع قدر الإمكان عن الزبائن المحتملين من أجل توجيه الإشهار حول السلع والخدمات المتوفرة لديها.

يجب أن تكون المصلحة على الوجه المذكور سابقا مشروعة حتى يمكن الموازنة المنصوص عليها في المادة 7 فقرة أخيرة من قانون 18-07، وتكون مشروعة متى كانت مقبولة في نظر القانون- *acceptable au regard du droit*[3]، أي عندما تستجيب للنشاطات الحالية والمزايا المنتظرة من طرف الشخص المعني، وبالتالي تكون مفيدة لهذا الأخير.

الفرع الثاني: الموافقة المسبقة للشخص المعني بالإستكشاف

تنص المادة 7 من قانون 18-07 -المذكور سابقا- على أنه: "لا يمكن القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي إلا بالموافقة الصريحة للشخص المعني".

لقد ورد هذا النص في الباب الثاني المتضمن "المبادئ الأساسية لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي"، وتحت الفصل الأول بعنوان " الموافقة المسبقة ونوعية المعطيات ".

إن المشرع الجزائري يستعمل في النص العربي مصطلح "موافقة" ونفس المصطلح المستعمل في صياغة عنوان الفصل والمترجم إلى الفرنسية ب "*l'accord*"، في حين يستعمل النص الفرنسي للمادة 7 من قانون 18-07 مصطلح "*le consentement*"، أي "الرضا"، ويبدو أن مشرعنا يعتبر كل من الموافقة والرضا مصطلحين مترادفين، ويظهر ذلك عندما عرف "موافقة الشخص المعني" في المادة 3 من قانون 18-07 على أنها: " كل تعبير عن الإرادة المميزة يقبل بموجبه الشخص

---

[1] - *Géraldine Péronne, données à caractère personnel, l'adresse IP est bien une donnée à caractère personnel, droit de la propriété intellectuelle et du numérique, Dalloz, n°2, février 2017, p5.*

[2] -*Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données , avis 06/2014 sur la notion d'intérêt poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE.*

[3] - *Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE , op.cit, p 28.*

المعني أو ممثله الشرعي معالجة المعطيات الشخصية المتعلقة به بطريقة يدوية أو إلكترونية"، ويبدو أيضا أن الموافقة المسبقة تعتبر بمثابة ضمانة أساسية لحماية المعطيات الشخصية للشخص الذي يجري استكشافه، وهو الأمر الذي دفع بالمشرع الى إقحامه ضمن مبادئ مشروعية المعالجة[1].

كما أكد المشرع على شرط الموافقة المسبقة أيضا في القانون 18-05 المتعلق التجارة الإلكترونية وذلك عندما نص: "ينبغي للمورد الإلكتروني الذي يقوم بجمع لمعطيات ذات الطابع الشخصي...

-الحصول على موافقة المستهلكين الإلكترونيين قبل جمع البيانات"[2].

لم يحدد المشرع الجزائري في النص المذكور أعلاه طريقة التعبير عن الإرادة أو كيفية الموافقة، ما عدا الإشارة إلى ضرورة أن تكون "صريحة"، ويمكن إثبات ذلك بعدة طرق، سواء عبر التعبير الكتابي، أو القيام بعمل معين، وذلك بحسب الظروف، فبعض مزودي وموردي الخدمات يطلبون من المستخدم الضغط على زر "أنا موافق"، ليعبر عن موافقته على عدد من الشروط والأحكام، بينما يعتبر البعض الآخر مجرد إستخدام الموقع أو التطبيق بمثابة الموافقة على أحكام وشروط خفية منصوص عليها في مكان ما من الموقع[3].

إن التعبير عن الإرادة على النحو السابق من شأنه أن يؤدي إلى التجهيز المسبق للعقد، الذي عادة ما يتم عن طريق الإستمارات الإلكترونية ترسل للأشخاص في ظروف سريعة مما يؤدي إلى خطر عدم قراءة الشروط القانونية[4]، وتحسبا لذلك أجاز المشرع الجزائري للشخص المعني أن يتراجع عن موافقته على معالجة معطياته الشخصية[5].

غير أنه قد يحدث وأن يرفض الشخص المعني الإستكشاف، أو يوافق ثم يتراجع لسبب ما، وتحسبا لذلك أوجب المشرع في قانون 18-05 على المورد الإلكتروني أن يضع منظومة إلكترونية يسمح من خلالها لكل شخص بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أي إشعار منه عن طريق الإتصالات الإلكترونية، دون مصاريف أو مبررات.

---

[1] - *Michel Gentot, la protection des données personnelles à la croisée des chemins, groupe d'étude société d'information et vie privée, p31, article publié sur www.asmp.fr. site visité le 10/02/2019 à 21h00*

[2] – المادة 26 فقرة 2 قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

[3] – منى الأشقر جبور، محمود جبور، البيانات الشخصية والقوانين العربية الهم الأمني وحقوق الأفراد، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، الطبعة 1، بيروت، سنة 2018، ص 145.

[4] -*MICHEL BOUTROS ; le droit du commerce électronique ; une approche de la protection du cyber consommateur, thèse de doctorat en droit privé, université de grenoble, 2014, p 220.*

[5] – المادة 7 فقرة 3 من قانون 18-07.

وحرصا على حماية الشخص المعني بالإستكشاف المباشر، عندما يكتسب هذا الشخص صفة المستهلك الإلكتروني، الذي يعتبر طرفا ضعيفا في مجال التجارة الإلكترونية أوجب المشرع على المورد الإلكتروني الذي يتلقى رفضا للإستكشاف من المستهلك الإلكتروني عبر المنظومة الإلكترونية، أن يسلم للمستهلك وصل إستلام عن طريق الإتصالات الإلكترونية تدل على تسجيل طلبه وأخذه بعين الإعتبار، وكذا إتخاذ التدابير اللازمة لتلبية رغبته في غضون 24 ساعة[1]، غير أن الملاحظ هنا هو سكوت المشرع عن بداية سريان فترة 24 ساعة، لكن الأرجح أنها تسري من لحظة تسليم وصل الإستلام، كما حدد أيضا الإستثناءات التي ترد على شرط الموافقة المسبقة لمعالجة المعطيات وحصرتها في ستة حالات[2].

غير أنه وبالرجوع إلى المادة 37 من القانون 18 – 07 التي توجب كقاعدة الحصول على الموافقة المسبقة للشخص الذي يتم إستكشافه مباشرة عن طريق البريد الإلكتروني، في حين بينت الحالات التي يجوز أن يتم فيها كإستثناء في الفقرة 2 من نفس المادة، حيث نصت على أنه: "...غير أنه يرخص بالإستكشاف المباشر عن طريق البريد الإلكتروني، إذا ما طلبت البيانات مباشرة من المرسل إليه، وفقا لأحكام هذا القانون، بمناسبة بيع أو تقديم خدمات، إذا كان الإستكشاف المباشر يخص منتجات أو خدمات مشابهة يقدمها نفس الشخص الطبيعي أو المعنوي، وتبين للمرسل إليه بشكل صريح لا يشوبه لبس إمكانية الإعتراض دون مصاريف، بإستثناء التكلفة المرتبطة بإرسال الرفض، على إستعمال بياناته وقت جمع هذه الأخيرة وكلما وجه إليه بريد إلكتروني لأجل الإستكشاف ".

من خلال هذا النص يتبين أن المشرع أورد إستثناءات على حصول المسؤول عن المعالجة على الموافقة المسبقة للشخص المعني قبل الاستكشاف المباشر وهي:

أولا – تعلق الإستكشاف بمنتوجات أو خدمات مماثلة:

إذا كان الشخص المعني زبون سابق للمؤسسة فإن هذه الأخيرة عند قيامها بالإستكشاف، ليست ملزمة بالحصول على الموافقة المسبقة من المعني بالأمر على جمع معطياته الشخصية، إذا كان الإستكشاف يتعلق بسلع أو خدمات مماثلة، أي منتوجات أو خدمات كان من المعقول إنتظار تلقي إستكشاف مباشر بشأنها من طرف البائع أو مقدم الخدمة الذي يقوم بجمع المعطيات[3]، وكمثال على ذلك قيام شخص بطلب كتاب من موقع إلكتروني يقترح منتوجات وخدمات ثقافية

---

[1] – المادة 32 فقرة 1 من قانون 18-05.

[2] – الفقرة 2 من المادة 32 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

[3] – كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2012، ص 219.

متنوعة، في هذه الحالة الشخص المعني سينتظر (يتوقع) تلقي إستكشاف تجاري حول جميع المنتجات والخدمات الثقافية المقترحة عادة من المؤسسة[1].

يبدو أن هذا الإستثناء هو تطبيق لنص المادة 7 فقرة 5 – 3 من القانون 18 – 07 التي تنص على أن: " غير أن موافقة الشخص المعني لا تكون واجبة إذا كانت المعالجة ضرورية:

– لتنفيذ عقد يكون الشخص المعني طرفا فيه أو لتنفيذ إجراءات سابقة للعقد إتخذت بناء على طلبه ".

إن الإستثناء المذكور سابقا يترك مجالا لبعض التفسيرات، حيث أن اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات بفرنسا ترى بأن هذا الإستثناء محدد بطرق مختلفة ويجب أن يفسر بطريقة ضيقة (المعنى الضيق)، وذلك للمبررات الآتية:

1- هذا الإستثناء يقتصر فقط على الزبائن المنصوص عليهم في النص السابق، فضلا عن أن الرسائل الإلكترونية لا يمكن إرسالها إلا للزبائن الذين تم الحصول على معطياتهم الإلكترونية المتعلقة بالبريد الإلكتروني في إطار بيع منتوج أو خدمة، حيث يتضمن هذا التوجيه مثلا معلومات حول مبررات جمع المعطيات، مبدأ الغاية(الإستعمال الملائم والمعالجة النزيهة).

2- وحده الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي قام بالجمع المعطيات يمكنه إرسال رسائل إلكترونية بغرض الإستكشاف المباشر.[2]

3- يقتصر الإستثناء على تسويق المنتجات والخدمات المماثلة (*analogues*)، وترى مجموعة العمل(*G29*) التابعة للجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات الفرنسية *CNIL* أن صفة المماثلة أي التشابه يمكن تقديرها من وجهة نظر موضوعية للمرسل إليه (التوقعات المعقولة) بدلا من وجهة نظر المرسل[3].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الإستثناء يستوجب إعلام المرسل إليه بأن عنوانه الإلكتروني سيستعمل لأغراض الإستكشاف المباشر[4].

---

[1] *-L'union Française du marketing direct, charte de l'e-mailing, code relatif à l'utilisation de coordonnées électroniques à des fins de prospection directe, p 5.*

[2] *-Directive 95/46/ce d parlement européen et du conseil, du 24 octobre1995, relative à la prospection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, jo. L281.23.11.1995, p31.*

[3] *-STEFANO RODOTO, AVIS 5 2004 portant sur les communications de prospection directe non sollicitées selon l'article 13 de la directive 2002 58 CE, Bruxelles , 2004, p10.*

[4] – المادة 32 من قانون 17-08.

ثانيا - الاستكشاف المباشر بالبريد في العنوان المهني لشخص طبيعي:

هذا الإستثناء غير وارد في القانون الجزائري، لكن أقرته اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات الفرنسية، حيث أجازت أن يتم الإستكشاف لأشخاص طبيعيين بالبريد الإلكتروني في عنوانهم الإلكتروني المهني دون موافقتهم المسبقة، وهذا إذا كانت الرسالة الموجهة إليهم بحكم الوظيفة التي يمارسونها في إطار خاص أو عام والتي منحتهم هذا العنوان.

المبحث الثاني: ضمانات حماية الشخص المعني بالاستكشاف المباشر

لقد أقر المشرع الجزائري ضمانات تضفي المشروعية على الإستكشاف المباشر وتضمن من ثم حماية لمعطيات الشخصية وحقوق وحريات الأفراد وذلك عندما أطر عملية الاستكشاف المباشر بضوابط معينة (المطلب الأول) وحدد الحالات التي يكون فيها الإستكشاف المباشر محظورا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضوابط الاستكشاف المباشر.

لقد اهتم المشرع الجزائري بحماية الشخص الطبيعي في مواجهة الاستكشاف المباشر، ويظهر ذلك من خلال سن الشروط التي ينبغي على المسؤول عن المعالجة عموما، والمؤسسات التجارية خصوصا احترامها لضمان مشروعية الاستكشاف، ويتعلق الأمر أساسا باحترام مدة حفظ المعطيات الشخصية (الفرع الأول)، والالتزام بالإعلام وحق الاعتراض (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مدة حفظ المعطيات

لقد نص المشرع الجزائري على ضرورة أن تكون المعطيات الشخصية محفوظة بشكل يسمح بالتعرف على الأشخاص المعنيين خلال مدة لا تتجاوز المدة اللازمة لإنجاز الأغراض التي من أجلها تم جمعها ومعالجتها[1]، كما أوجب أن يتضمن التصريح المسبق الذي تمنحه السلطة الوطنية للمسؤول بالمعالجة "مدة حفظ المعطيات "[2].

تعتبر مسألة مدة الحفظ من المسائل المعقدة وفي نفس الوقت التي يتعين على المؤسسات إحترامها، ويلاحظ أيضا أن المشرع لم يحددها بمدة معينة وجعلها مرتبطة بإنجاز أو تحقيق الغرض الذي تم من أجله الجمع، الذي يختلف حسب الغرض، حيث يتم محوها أو اتلافها أو أو تشفيرها أو ارشفتها عند تحقيقة[3].

---

[1] - المادة 9 فقرة هـ من قانون 18-07.

[2] - المادة 14 فقرة 6 من القانون 18-07.

[3] - منى الأشقر جبور، محمود جبور، المرجع السابق، ص 125.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 26 فقرة 5 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه يتم تحديد كيفيات تخزين المعطيات ذات الطابع الشخصي وتأمينها وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، مع الاشارة الى أن النصوص التنظيمية المتعلقة بهذه المسألة لم تصدر بعد.

أما المشرع الفرنسي فلقد أوجب أن تكون مدة الحفظ "محددة قدر الإمكان"، وبالتالي يرجع لكل دولة من دول الإتحاد الأوروبي تحديد المدة المتعلقة بحفظ المعطيات الشخصية، غير أن اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات *CNIL* قد حددت المدة الخاصة بحفظ بعض المعطيات الشخصية، حيث جعلت مدة حفظ المعطيات الشخصية للزبون عندما يتعلق الأمر بالإستكشاف المباشر محددة ب 3سنوات تسري من نهاية العلاقة التجارية، أي إحتسابها في عملية الشراء من تاريخ إنقضاء الضمان أو أجل عقد تقديم الخدمات.

أما بالنسبة للمعطيات المتعلقة بإستكشاف الشخص المعني غير الزبون، فيمكن حفظها لمدة ثلاث سنوات بداية من تاريخ جمعها من طرف المسؤول عن المعالجة أو من تاريخ آخر إتصال بالشخص المعني بالإستكشاف، مثلا طلب وثيقة أو النقر على رابط[1]، وتجدر الإشارة هنا إلى أن مدة ثلاث سنوات المحددة من طرف اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات ليست ملزمة أو آمرة، إذ يمكن للمسؤول عن المعالجة إذا أراد الإحتفاظ بالمعطيات الشخصية لمدة أطول للشخص المعني أن يثبت أنها ضرورية، ويعد تعديل مدة حفظ المعطيات الشخصية المرتكز الأساسي للحق في المحو الذي يمهد بدوره إلى اقرار الحق في النسيان عبر محو البيانات الشخصية في القواعد الأوروبية الحديثة لحماية المعطيات الشخصية[2].

الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام والحق في الإعتراض

لقد إهتم المشرع الجزائري بتنظيم مسألة إعلام الشخص المعني بالإستكشاف حيث نصت المادة 32 من قانون 18 – 07 على حق الشخص الذي يتم جمع معطيات الشخصية لأغراض الاستكشاف، في الإعلام حيث نصت على أنه: "ما لم يكن على علم مسبق بها، يجب على المسؤول عن المعالجة أو من يمثله إعلام مسبق وبصفة صريحة ودون لبس، كل شخص يتم الإتصال به قصد تجميع معطياته ذات الطابع الشخصي، بالعناصر الآتية:

– هوية المسؤول عن المعالجة وعند الإقتضاء هوية ممثله.

– أغراض المعالجة...".

---

[1] -*la norme simlifiée -048 concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel relatifs à la gestion de clients et prospects. http://cnil.fr* .

[2] – منى الأشقر جبور، محمود جبور، المرجع السابق، ص 126.

كما أكد المشرع على حق الشخص المعني بالإعلام، وذلك عندما يتم الإستكشاف المباشر وفقا للأوضاع المنصوص عليها في المادة 2/37 من قانون 18-07، حيث أجاز الإستكشاف دون الحصول على الموافقة المسبقة للشخص المعني، لكنه أوجب في المقابل على المسؤول عن المعالجة أن يعلم الشخص الذي يجري إستكشافه، حيث يرد الإلتزام بالإعلام على عملية جمع المعطيات في حد ذاتها، وعلى بيانات تمكن من معرفة هوية الشخص الذي أوصلت لفائدته الرسائل[1].

من خلال ما تقدم يتضح أن المعطيات الشخصية لا يمكن أن تستعمل لغرض الإستكشاف إلا إذا تم إعلام الشخص المعني من طرف المسؤول عن المعالجة، ولقد حددت المادة 32 شروط الإعلام بأن يكون صريحا وواضحا وأن يرد على هوية المسؤول على المعالجة وكذا أغراض المعالجة.

ويبدو أن تقرير سالف الإلتزام يهدف لضمان معالجة عادلة وشفافة، ومن جهة أخرى حسب رأينا لإعطاء الشخص المعني فرصة الإعتراض على الإستكشاف، حيث أن حق الإعتراض مرتبط بعلم الشخص المعني بأنه سيتم جمع معطياته ومعالجتها لأغراض الإستكشاف، إذ يجوز للشخص المعني أن يعترض لأسباب مشروعة على معالجة معطياته ذات الطابع الشخصي، وله الحق في الإعتراض على إستعمال معطياته الشخصية لأغراض دعائية ولا سيما التجارية منها، من طرف المسؤول الحالي عن المعالجة أو مسؤول عن معالجة لاحقة[2].

و لقد نص المشرع على إعفاء المسؤول عن المعالجة من إعلام الشخص المعني في حالة معينة وهي:

1- المعالجة لأغراض إحصائية أو تاريخية أو علمية.

2- تطبيق لنص قانوني.

3- المعالجة لأغراض صحفية أو فنية أو أدبية[3].

المطلب الثاني: الإستكشاف المباشر المحظور

لقد نص المشرع الجزائري على شروط الإستكشاف المباشر على النحو المبين سلفا –و ضمانا لإحترام الضوابط التي يخضع لها والكفيلة بحماية الشخص المعني الذي يتم جمع معطياته الشخصية لأغراض الإستكشاف من كل خرق، سن العقوبات المقررة لها، وعليه سنتطرق إلى جرائم الاستكشاف المباشر الواردة في قانون التجارة الالكترونية 18-05 (الفرع الأول)،

1- المادة 37 فقرة 4-5 من قانون 18-07.

2- المادة 36 من قانون 18-07.

3- المادة 33 من قانون 18-07.

وإلى جرائم الاستكشاف المباشر الواردة في قانون حماية المعطيات الشخصية للشخصي الطبيعي18-07 (الفرع الثاني).

الفرع الأول: جرائم الإستكشاف المباشر الواردة في قانون التجارة الإلكترونية 18-05

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 40 من القانون 18 -07 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على عقوبة الغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج لكل من يخالف أحكام المواد 30 – 31 – 32 – 34 من هذا القانون، وذلك دون الإخلال بحقوق الضحايا في التعويض.

فمن خلال النص المشار اليه سابقا يتضح أن الأمر يتعلق بجنحة، تضاعف العقوبة المقررة لها في حالة العود[1]، وبالرجوع إلى النصين الذين أحالت إليهما المادة 40 وهما المادتين 31 و32، نجد أن الأمر يتعلق بجريمتين على النحو الآتي:

أولا – جريمة الإستكشاف المباشر دون الموافقة المسبقة للمستهلك الإلكتروني:

هذه الجريمة تقوم على الاخلال بنظام *OPT-in* أو ما يعرف بنظام الرضا المسبق من طرف المستهلك الإلكتروني[2]، وبمفهوم المخالفة حظر المرسل وهو المورد الالكتروني وفقا لهذا القانون القيام بالإستكشاف المباشر إلا إذا أعطى المرسل إليه وهو المستهلك الالكتروني الموافقة المسبقة، وذلك موازنة بين إحترام مبدأ حرية التجارة وحماية المعطيات الشخصية للمستهلك الإلكتروني[3].

ثانيا – جريمة الإخلال بالحماية التقنية للمستهلك الإلكتروني:

يقصد بالحماية التقنية وضع المورد لمنظومة إلكترونية تسمح للمستهلك الإلكتروني بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي إشهار عن طريق الإتصالات الإلكترونية، وهذا ما يعرف بنظام الـ *opt-out*[4]، ومن ثم فإن إخلال المورد بوضع المنظومة الإلكترونية تحت تصرف المستهلك قصد تمكينه من ممارسة حقه في الإعتراض، يعد جريمة وفقا لنص المادة 40 من قانون التجارة الإلكترونية.

ويعد مجرم أيضا عدم إحترام المورد الإلكتروني رغبة المستهلك الإلكتروني في تلقيه الإشهار الإلكتروني وذلك حتى إذا وفر له المنظومة الإلكترونية.

---

[1]- تضاعف قيمة الغرامة لتصبح من 100.000 دج إلى 10000.000 دج وذلك وفقا للمادة 48 من قانون 18-07.

[2]- خميخم محمد، المرجع السابق، ص89.

[3]-جفالي حسين، دلول الطاهر، الحماية الجنائية للمستهلك من الإشهار التجاري الإلكتروني غير المرغوب فيه في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الرابع، المجلد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، ص528.

[4]- خميخم محمد، المرجع السابق، ص 91.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن الجرائم المذكورة سابقا لا تتطلب الركن المعنوي بحيث يكفي توفر الركن المادي للجريمة، التي تقوم إما لإرتكاب خطأ عمدي في صورة سوء النية لإرتكاب فعل غير عمدي لمجرد إهمال بسيط أو عدم الحيطة[1]، التي تترتب عن عدم الحصول على موافقة المستهلك المسبقة بغرض الإستكشاف المباشر أو عدم تمكينه من الإعتراض على الإستكشاف المباشر.

الفرع الثاني: جرائم الإستكشاف المباشر الواردة في قانون حماية المعطيات الشخصية للشخص الطبيعي

نص قانون 18 -07 على مجموعة من الجرائم في هذا المجال وهي:

أولا - جريمة المعالجة دون الموافقة المسبقة الصريحة:

هذه الجريمة منصوص عليها في المادة 55 من قانون 18 -07 ويعاقب عليها بالحبس من سنة إلى 3 سنوات، وبغرامة 100.000 دج إلى 300.000 دج، ونفس العقوبة لجريمة المعالجة التي تهدف للإشهار التجاري رغم إعتراض الشخص المعني.

ثانيا - جريمة جمع معطيات بطريقة تدليسية أو غير نزيهة أو غير مشروعة:

هذة الجريمة منصوص عليها في المادة 59 من قانون 18 – 07، المعاقب عليها بغرامة من 100.000 دج إلى 300.000 دج والحبس من سنة إلى 3سنوات.

ثالثا - جريمة الإحتفاظ بالبيانات بعد المدة المنصوص عليها قانونا:

و هي الجريمة المنصوص عليها في المادة 65 / 2 من قانون 18 – 07، والمعاقب عليها بغرامة من 200.000 دج إلى 500.000 دج، وذلك دون الإخلال بالعقوبات الأشد المنصوص عليها في هذا القانون.

رابعا - مخالفة بالإلتزام بالإعلام:

هذه المخالفة أدرجها المشرع ضمن الإجراءات الإدارية وليس الجزائية، حيث تصدر السلطة الوطنية غرامة قدرها 500.000 دج ضد المسؤول عن المعالجة الذي يخل بإعلام الشخص المعني، وذلك دون الإخلال العقوبات الجزائية التي تطبق في حالة العود المنصوص عليها في المادة 64 من قانون 18 – 07 التي تجرم أيضا الإخلال بالإلتزام بالإعلام من خلال تقرير عقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

[1] – روسطم عطية موسى نور، الحماية الجنائية للمستهلك من الغش في مجال المعاملات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2014، ص 260.

خاتمة:

من خلال الورقة البحثية الموسومة ب: "الاستكشاف المباشر بين المشروعية وانتهاك الحق في الخصوصية الرقمية"، نستنتج أن:

– الاستكشاف المباشر باعتباره صورة من صور الإشهار الالكتروني، يعد كقاعدة وسيلة مشروعة للترويج الالكتروني للمنتجات والخدمات إذا ما تم وفقا لشروط وضوابط معينة نظمها المشرع ضمن قانون 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ونظمها بقواعد ذات طبيعة آمرة وذلك نظرا لارتباطها الوثيق بحقوق وحريات الأفراد.

– أن الاستكشاف المباشر يصبح مجرم وينتهك حرمة الحياة الخاصة للأفراد في البيئة الرقمية، بمجرد الإخلال بالضوابط القانونية التي سطرت له، وتحسبا لذلك نظم المشرع الجزائري مختلف الجرائم المتصلة به، وقرر لها عقوبات مختلفة حسب نوع الجريمة، حيث تتراوح بين غرامات مالية معتبرة والحبس.

– أن التنظيم التشريعي لمسألة الاستكشاف المباشر، يشوبه تارة نوع من الغموض وتارة أخرى فراغ تشريعي يتعين على المشرع مراعاته مستقبلا، ونقترح مايلي:

– تبيان المشرع موقفه من الاستكشاف الموجه للأشخاص المعنوية الخاصة.

– ضرورة الافراج عن النصوص التنظيمية المكملة للنصوص التشريعية المتعلقة بالاستكشاف المباشر.

– تقنين الاستكشاف المباشر الذي يتم في العنوان المهني لشخص طبيعي.

– تحديد مدة حفظ المعطيات الشخصية التي يتم جمعها لأغراض الإستكشاف المباشر بصفة دقيقة.

– إستعمال المشرع عبارات أدق من "المعالجة الضرورية"، "المصلحة المشروعة"، لأنها عبارات فضفاضة وأفكار مرنة، وتبيان المعايير التي تحكمهما.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا / قائمة المصادر:

القوانين:

- باللغة العربية:

– القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، ج ر عدد 28، المؤرخ في 16 ماي 2018.

– القانون رقم 18-07 المؤرخ في 10 يونيو 2018 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي،ج ر عدد 34، المؤرخ في 10 يونيو 2018.

- باللغة الفرنسية:

-Directive 95/46/ce d parlement européen et du conseil, du 24 octobre1995, relative à la prospection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, jo. L281.23.11.1995.
-Code des postes et des communications français, modifié le 01/08/2019.
-La loi du 6janvier1978 sur l'informatique et liberté.

ثانيا / قائمة المراجع:

أ- الكتب:

- روسطم عطية موسى نور، الحماية الجنائية للمستهلك من الغش في مجال المعاملات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2014.

- سعد غالب ياسين، بشير عباس العلاق، التجارة الإلكترونية، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2009.

- منى الأشقر جبور، محمود جبور، البيانات الشخصية والقوانين العربية الهم الأمني وحقوق الأفراد، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، الطبعة 1، بيروت، سنة 2018.

- كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2012.

ب- الرسائل الجامعية:

- باللغة العربية:

- أزمور رشيدة، قرار شراء المنتوج الجديد بين تأثير الإعلان والعلامة التجارية، مذكرة ماجستير، تخصص تسويق، جامعة أبوبكر بلقايد –تلمسان، سنة 2010-2011.

- محمد خميخم، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، اطروحة دكتوراه، القانون العام، جامعة تلمسان، سنة 2016-2017.

- باللغة الفرنسية:

-MICHEL BOUTROS ; le droit du commerce électronique ; une approche de la protection du cyber consommateur, thèse de doctorat en droit privé, université de grenoble, 2014.

ج- المقالات في المجلات:

- باللغة العربية:

- جفالي حسين، دلول الطاهر، الحماية الجنائية للمستهلك من الإشهار التجاري الإلكتروني غير المرغوب فيه في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد الرابع، المجلد 2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، ص ص534-520.

- قعيد إبراهيم، بختي إبراهيم، دور المزيج الترويجي الإلكتروني في التأثير على سلوك المستهلك الجزائري، مجلة الدراسات الإقتصادية والمالية، جامعة الوادي، عدد 10، جزء 1، سنة 2017، ص ص 46-64.

- بوعزة محمد حمزة وبودالي محمد، حماية المستهلك الالكتروني من مخاطر البريد الدعائي، « *le spamming* »، دراسة مقارنة، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 3، ديسمبر 2017، المدية، ص ص251-268.

- باللغة الفرنسية:

-Mathieu Dary et Victoria Lichet, prospection commerciale et données personnelles :le RGPD bouleverse-t-il les pratiques ? revue Lamy, droit des affaires, n°138, juin 2018, pp17-23.
- Géraldine Péronne, données à caractère personnel, l'adresse IP est bien une donnée à caractère personnel, droit de la propriété intellectuelle et du numérique, Dalloz, n°2, février 2017, pp120-123

هـ- المقالات على مواقع الانترنت:

-la norme simlifiée -048 concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel relatifs à la gestion de clients et prospects. http://cnil.fr. visité le 10/02/2019 à 21h00.

-Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE. http://cnil.fr. visité le 10/02/2019 à 21h00.

-L'union Française du marketing direct, charte de l'e-mailing, code relatif à l'utilisation de coordonnées électroniques à des fins de prospection directe. http://cnil.fr. visité le 10/02/2019 à 21h00.

-STEFANO RODOTO, avis 5- 2004 portant sur les communications de prospection directe non sollicitées selon l'article 13 de la directive 2002- 58 CE, Bruxelles , 2004.

- Michel Gentot, la protection des données personnelles à la croisée des chemins, groupe d'étude société d'information et vie privée, p31, article publié sur www.asmp.fr. Site visité le 10/02/2019 à 21h.00