



دار المنظومة

DAR ALMANDUMAH

الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	الحماية القانونية للمستهلك المتعاقد إلكترونياً
المصدر:	مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية
الناشر:	رضوان العنبي
المؤلف الرئيسي:	الطاهري، نهاد
المجلد/العدد:	ع 4
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2013
الشهر:	يناير
الصفحات:	219 - 238
رقم MD:	484892
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	IslamicInfo, EcoLink
مواضيع:	المغرب، التجارة الإلكترونية ، حماية المستهلك ، القانون التجاري، العقود الإلكترونية ، الجرائم الإلكترونية
رابط:	<a href="http://search.mandumah.com/Record/484892">http://search.mandumah.com/Record/484892</a>

© 2020 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.  
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علماً أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الإلكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

## الحماية القانونية للمستهلك المتعاقد إلكترونياً

نهاد الطاهري

باحثة بـمـاسـتـر قـانـون الأعمـال كـليـة الحـقـوق مـراكـش  
عضو مؤسس للمركز المغربي للأبحاث والتنمية والتواصل

### مقدمة:

خلق الإنسان بقدرات وظيفها من أجل تسهيل حياته اليومية، وطموحات بفضلها سعى إلى التألق والازدهار. فعمل منذ القدم على تكييف طباعه ودوافعه لتحقيق هدف أسى هو العيش الكريم، هذا الأخير الذي حاولت كل الفئات على اختلاف أجناسها وأوطانها وبمختلف وسائلها السعي إليه.

ولتحقيق ما سبق شهدت العصور باختلافها تغيرات ملحوظة، وهو الحال بالنسبة للعصور الحالية، حيث ظهرت مفاهيم جديدة- كعولمة الاقتصاد، الثورة المعلوماتية، .... - ومؤسسات تنظيمية تواكب التطورات، هاته الأخيرة نتج عنها عدة محاسن ومساوئ لتفاديها تم خلق منظومات تشريعية جاءت لحماية الفرد في العلاقات التعاقدية، فاختلفت باختلاف مضامين القوانين. فنجد مجموعة منها تهدف إلى ذلك مثل: قانون التأمين، قانون حرية الأسعار والمنافسة، قانون المتعلق بتدابير حماية المستهلك. حيث هذا الأخير- أي قانون 31-08 - لم يغفل هاته التطورات المعلوماتية وتأثيرها على الفرد كمستهلك<sup>552</sup>، والذي ليست له الدراية الكافية مقارنة مع الأشخاص المتخصصين .

ويرجع سبب ذلك إلى مجموعة من المبررات كالتطورات الاقتصادية والارتفاع المتزايد في الإنتاج وسرعة إبرام المعاملات إضافة إلى قلة وعي المستهلك بالمجال المعلوماتي، مما يجعله

<sup>552</sup> - تم تعريف المستهلك من قبل المشرع المغربي في قانون 31-08 المتعلقة بتدابير حماية المستهلك في المادة 2 منه: «...يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي...».

ونشير إلى أنه قبل صدور هذا القانون كان هناك خلاف فقهي حول مفهوم المستهلك، حيث كان يميز ما بين المفهوم الضيق و الذي يعنى الشخص الذي يقتني أو يستعمل سلعة أو خدمة لغرض غير مهني، أما عن المفهوم الواسع فهو كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك.

عرضة للقرصنة والخداع من طرف مواقع وهمية. كما أن الإقبال والحاجة إلى الخدمات الإلكترونية في ظل نظرية العقد أصبح قاصرا, حيث إن مبدأ سلطان الإرادة غير كفيل بتحقيق التوازن في العقود الاستهلاكية. فإذا كانت القوة الملزمة للاتفاق المبرم بين الطرفين تستند على مبدأ سلطان الإرادة حيث للشخص الحرية في أن يتعاقد أم لا, فالتعبير الحر والمستنير لإرادته لا يتم إلا عن طريق حمايته وتبصيره بشكل فعال لتحقيق التوازن في العلاقات التعاقدية, لاسيما وأن الوسائل التقليدية التي كانت تعتبر وسيلة لحماية المتعاقد مثل: ضمان العيوب الخفية والحماية من عيوب الإرادة ومن الشروط التعسفية ... أصبحت الآن قاصرة<sup>553</sup> في ظل هذا التعاقد الإلكتروني والذي يختلف في خصائصه عن التعاقد العادي. ونظرا لشساعة الموضوع ولما له من أهمية تبرز سواء من الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية أو القانونية فإننا سنعالج موضوعنا من الناحية الأخيرة, وذلك بمعرفة هل استطاع المشرع المغربي أن يكرس من خلال نصوصه القانونية حماية للمستهلك المتعاقد إلكترونيا ؟

فيجابا على الإشكال السابق سنحاول تقسيم الموضوع الى مطلبين كما يلي:

المطلب الأول: الحماية القانونية للمستهلك المتعاقد إلكترونيا

المطلب الثاني: حماية المستهلك أثناء تنفيذ العقد الإلكتروني

### المطلب الأول: الحماية القانونية للمستهلك المتعاقد إلكترونيا

تكتسي التجارة منذ القدم اللبنة الأساسية لتطور المجتمعات, وقد تأثرت بالتطورات المعاصرة لتكتسي صفة وقالب جديد, حيث ظهرت التجارة الإلكترونية التي تعتمد بالأساس على الأنظمة المعلوماتية, ونظرا لوجود مجموعة من التحايلات سواء من جانب العميل أو التاجر أو الأغيار, حاولت جل التشريعات أن تعزز حماية سواء عن طريق قواعد دولية أو

<sup>553</sup> - حيث بالنسبة لهذا القصور نلمسه في تطبيق عيوب الإرادة, فالإكراه المنصوص عليه في ق.ل.ع في المادة 46, فلتحققه يستوجب توفر ثلاثة شروط وهو استعمال وسيلة ضغط على الشخص وكونها بعثت الرهبة في نفسه وأنها هي الدافعة إلى التعاقد والمقصود بالرهبة هو تحقيق غرض غير مشروع, لكنه يصعب اجتماع هاته الشروط خلال تعاقد المستهلك إلكترونيا, لأن الميزة التي يتميز بها العقود الاستهلاكية المبرمة إلكترونيا كونها يمكن انعقادها عن بعد, وهذا ما يجعل عنصر الضغط على الشخص والرغبة المتولدة لديه صعبة إثباتها أمام المحكمة للقول بأن هناك إكراه دافع إلى التعاقد. وبالتالي فإن ضغوطات التسويق والحوافز ومحاولات الإقناع المعتمدة ← = في مجال ترويج السلع والخدمات عن طريق الإعلانات على المواقع الإلكترونية لا يمكن اعتبارها إكراها, وبالتالي الارتكاز على الإكراه كعيب من عيوب الإرادة أصبح قاصرا لعوز إثباته أمام المحكمة. ونشير كذلك أن هذا القصور يعرفه كذلك... للتعويض في هاته النقطة انظر: عبد الله ذيب عبد الله محمود, حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة, رسالة ماجستير, جامعة النجاح الوطنية, فلسطين, 2009, ص:26.

قواعد وطنية، وتختلف هاته الحماية بحسب مضمونها إلى حماية قانونية وحماية تقنية، كما يتدرج ما سبق حسب مراحل بلورة العقد سواء أثناء تكوينه (الفقرة الأولى) أو أثناء التنفيذ (الفقرة الثانية).

### الفقرة الأولى: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد الإلكتروني

إن مرحلة تكوين العقد تعتبر من أهم المراحل القانونية لإنتاج تصرف قانوني صحيح، ولتحقيق ذلك يستوجب تفادي كل ما من شأنه أن يؤدي إلى بطلان ذلك التصرف لكي لا يؤثر على ما هو لاحق عن طريق مراعاة الموضوع وكذلك احترام حقوق أطراف العقد، وهذا ما حاول المشرع المغربي وباقي التشريعات المقارنة أن يكرسه عن طريق حماية المستهلك الإلكتروني خلال مرحلة ما قبل التعاقد (أولاً) إضافة إلى حمايته خلال مرحلة إبرام العقد (ثانياً).

### أولاً: حماية المستهلك خلال مرحلة ما قبل إبرام العقد

نتيجة لسيادة مبدأ الليبرالية وحرية المنافسة، أصبحت العقود مسبقة بجملة من الإعلانات انتشرت بشكل ملحوظ لدرجة أنها أصبحت تؤثر على المستهلكين هدفها التعريف بالمنتجات والخدمات عن طريق وسائل الإعلام والاتصال.

هاته المرحلة التي تعرف المنتجات والخدمات هي مرحلة أولية يتخللها عقد الإعلان وهو عقد رضائي غير مسمى ينعقد ما بين المعلن ووكالة الإعلان، لكن الإختلاف يكون في وسائل التنفيذ كالأنترنيت أو أي وسيلة إلكترونية أخرى.<sup>554</sup>

ونجد أستاذنا بوعبيد عباسي عرف الإعلان بكونه: «يتجلى الإعلان كوسيلة للإعلام في تقديم معلومات أو أخبار إلى الناس عامة حول السلع والخدمات للتعريف بها أو إبراز محاسنها والترويج بها وتوسيع دائرة السوق من أجل تحفيز المستهلك على الإقبال عليها»<sup>555</sup>.

وعرفه البعض: «بأنه كل فعل أو تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على الجمهور أياً كانت وسيلة هذا التأثير بهدف إقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة وما يمكن أن تحققه من فوائد»<sup>556</sup>

<sup>554</sup> - عبد الله ذيب عبد الله محمود: م.س.ص:35.

<sup>555</sup> - بوعبيد عباسي، الإلتزام بالإعلام في العقود دراسة في حماية المتعاقد والمستهلك، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش 2008، ص 279

<sup>556</sup> - عبد الله ذيب عبد الله محمود، م. س. ص: 36

مما سبق نستشف أن الإعلان هو كل فعل أو تصرف يهدف إلى التأثير النفسي على جمهور المستهلكين بهدف إقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة، وما يمكن أن تحققه من فوائد بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة سواء أكانت هذه الوسيلة من خلال الانترنت أو غيرها من الوسائل، وقد أصبحت هناك وسائل تخص الإعلانات عن طريق الانترنت مثل : الروابط التشعبية فهي تقنية خاصة بالانترنت وذهب البعض<sup>557</sup> بأن آلية عملها تتلخص في أن المستخدم يضع كلمة مفتاح في النص نفسه، وتنقله من صفحة إلى أخرى ومن موضوع إلى آخر بمجرد النقر على هذه الكلمة. كما أن هناك أسلوب آخر وهو محركات البحث وهي عبارة عن برنامج يسمح بطريقة أوتوماتيكية بتجميع المعلومات التي تستجيب للبحث الذي قام به المستخدم ويتم ذلك باستخدامه لكلمات مفاتيح تحدد المجال الذي يرغب في الإطلاع عليه ليقدم المحرك بالبحث عن المسالك التي تؤدي إلى المعلومة موضوع البحث، وكلما كان الطلب محددا ودقيقا كانت النتيجة أسرع.<sup>558</sup>

والملاحظ أنه يصعب حصر جميع هاته الأساليب التي هي في ازدياد نظرا لتطور هذا المجال. خصوصا وأنها تتنوع لكون الغرض منها هو جذب الأشخاص من أجل استهلاك منتج معين أو الإقبال على خدمة معينة وقد تختلف الوسيلة المستعملة لذلك، ونشير إلى أن هاته الأخيرة هي التي تحدد نوع الإعلان.

وتبرز الإعلانات الإلكترونية بكثرة في العقود مبرمة عن بعد والذي أشار إليه المشرع المغربي ضمن مقتضيات قانون 31-08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك في المادة 25 منه على أنه: «يقصد ب:

- 1- تقنية الاتصال عن بعد: كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين المورد والمستهلك بدون حضورهما شخصا وفي آن واحد....».
- 2- وهكذا فالمشرع جعل النطاق واسع ليشمل جميع الوسائل والتي نجد من بينها التعاقد الإلكتروني، لكن خصص هذا المهني باسم خاص وهو ما تطرق إليه في الفقرة الثالثة من نفس المادة: «... التاجر السيبراني: كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري باستعمال شبكة الانترنت.».

<sup>557</sup> - فؤاد بوسلامة: الحماية المدنية للمستهلك المتعاقد بوسائل إلكترونية - الانترنت نموذج رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2009-2010، ص: 27.

<sup>558</sup> - فؤاد بوسلامة: م.س.ص: 28.

إذن فقبل حماية المستهلك من هذا التاجر السيبراني المتفوق اقتصاديا وفنيا كيف يمكن حمايته أولا من الإعلانات التي من شأنها أن تؤثر سلبيا على المستهلك ؟  
تعتبر الإعلانات الإلكترونية متعددة ومجال تطبيقها واحد هو شاشات الحاسوب عن طريق إظهار عناوين لبعض المواقع التجارية وقد تكون عبارة عن رسائل صوتية قصيرة يتم إرسالها عبر الهواتف النقالة أو البريد الإلكتروني صوتا وصورة.

فالسؤال الذي يتبادر إلى ذهننا هو ما طبيعة هاته الإعلانات الإلكترونية أولا؟  
يعتبر البعض أن الإعلانات الإلكترونية تعتبر دعوة للتفاوض أو للتعاقد لكن شريطة أن لا يتضمن الإعلان الشروط الجوهرية للتعاقد<sup>559</sup>، لكن إذا ما تضمن هذا الإعلان أحد الشروط الأساسية للتعاقد، هنا يتم اعتبار الإعلان إيجابا حيث مثلا في حالة إن تم إدراج الأسعار كبيان للسلع عبر الانترنت لا يمكن الاكتفاء فقط على اعتبار أن الأمر يتعلق بدعوة للتفاوض وإنما الأمر هو إيجاب، لكن إن كان هناك شك حول البيانات فالأمر يعتبر دعوة للتفاوض مما يفرض أن يكون الإعلان واضحا ومحددا.<sup>560</sup> فمتى يمكن للمستهلك أن يتعرض للتحايل في ظل هاته المرحلة ؟

بالرجوع إلى ما سبق أشرنا إلى أن الإعلان الإلكتروني له أطراف تتجلى في المعلن ووكالة الإعلان والمستهلك وغالبا ما يكون المعلن هو المني أي التاجر السيبراني، ففي ظل هاته العلاقة الثلاثية هناك اللاتوازن والذي قد نلمسه في حالة التضليل الذي يتم بواسطة الإعلانات الإلكترونية، وقد تم تعريف الإعلان المضلل في التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 10 دجنبر 1984 في المادة الثانية منه: «كل إعلان يحتوي في طريقة تقديمه، بأي طريقة كانت، على تضليل أو قد يؤدي إلى تضليل الأشخاص الموجه إليهم أو الذي يصل إليهم».

وهكذا فإن جريمة التضليل تتحقق بتوفر عنصرين، الأول يتجلى في استخدام هذه الوسائل بطرق احتيالية لتوقيعه في الخطأ عن طريق إدراج مجموعة من المعلومات المضللة أو الكاذبة حول تلك السلع أو الخدمات وهذا من شأنه أن يضلل المستهلك<sup>561</sup>. وإضافة إلى السابق - أي العنصر المادي - يستوجب توفر عنصر معنوي والمتمثل في القصد الجرمي.

فكيف يمكن حماية المستهلك من هذا التضليل ؟

<sup>559</sup> - بدرأسامة أحمد: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجمعية الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2005، ص: 181.

<sup>560</sup> - للتوسع في هاته الاتجاهات انظر: عبد الله ذيب عبد الله محمود، م.س. ص: 38.

<sup>561</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم: حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص: 182.

إيجابا على هذا السؤال نجد أن المشرع نص على مجموعة من القواعد جاءت لتفادي التضليل وذلك عن طريق اشتراط الوضوح, فهذا الأخير يساعد المستهلك على تكوين وعي مستنير وكذلك خلق تفكير متبصر له<sup>562</sup>. من خلال الإدلاء ببيانات عن طريق منع الأدعاءات الكاذبة وهذا ما أشار إليه المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 21 من قانون 31-08 حيث جاء فيها: «...يمنع كل إشهار يتضمن, بأي شكل من الأشكال ادعاء أو بيان أو عرض كاذب».

ولتفادي هذا التضليل جاء المشرع المغربي في نفس القانون السابق في المادة 24 منه لينص على أنه: «يجب على المورد عند القيام بكل إشهار عن طريق البريد الإلكتروني: تقديم معلومات واضحة ومفهومة حول حق التعرض في المستقبل على تلقي الإشهارات, تحديد وسيلة ملائمة لممارسة الحق المذكور بفعالية عن طريق البريد الإلكتروني ووضعها رهن تصرف المستهلك.

يمنع عند إرسال كل إشهار عن طريق البريد الإلكتروني :

استعمال العنوان الإلكتروني للغير أو هويته,

تزييف أو إخفاء كل معلومة تمكن من تحديد مصدر الرسالة الموجهة عن طريق البريد الإلكتروني أو مسار إرسالها.

تطبق أحكام هذه المادة كيفما كانت التقنية المستعملة للاتصال عن بعد.

فالمعطيات السابقة التي تضمنتها المادة السابقة جاءت لهدف واحد هو تفادي الغموض من أجل تبصير المستهلك, كما أضافت المادة 23 من نفس القانون على أنه : «يجب أن يشير كل إشهار كيفما كان شكله, يمكن استقباله عبر خدمة للاتصالات موجهة للعموم إلى طبيعته الإشهارية بطريقة واضحة لا تحتمل أي لبس, لاسيما العروض الادعائية كالبيع بالتحفيض أو الهدايا أو المكافآت وكذا المسابقات الاشهارية من أجل الريح عند تلقيها من طرف المستهلك. كما يجب أن يحدد بوضوح المورد الذي أنجز لصالحه الإشهار.

فمما سبق يلاحظ أن المشرع المغربي كرس شرط الوضوح من خلال مقتضيات المادتين 23 و 24 من قانون 31-08 ويتجلى ذلك في اشتراط الوضوح في الطريقة الذي يتم بها الإشهار وأن لا يكون هناك أي لبس فيما خصوصا فيما يخص البيوعات, العروض

<sup>562</sup> - للتوسع في هاته الفكرة انظر: الحسين بلحساني: أساس الإلتزام بتبصير المستهلك ومظاهره, مقال منشور في المجلة المغربية للإقتصاد والقانون, العدد 4, 2001, ص: 5.

الادعائية... إضافة إلى أن المشرع اشترط تحديد المورد الذي تم الإشهار لصالحه، بمعنى تحديد هوية المهني وهذا ما يدخل في باب إعلام المستهلك، وهو ما جاء به المشرع المغربي في ثانيا من المادة 29 الذي جاء فيها: «دون الإخلال بالمعلومات المنصوص عليها في المادتين 3 و5 أو في أي نص تشريعي أو تنظيمي آخر جاري به العمل، يجب أن يتضمن العرض المتعلق بعقد البيع عن بعد المعلومات التالية:

1-.....

2- اسم المورد وتسميته التجارية والمعطيات الهاتفية التي تمكن من التواصل الفعلي معه وبريده الإلكتروني وعنوانه وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي فمقره الاجتماعي، وإذا تعلق الأمر بغير المورد فعنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض.

.....».

والواضح ان المشرع المغربي قد توفيق في هاته النقطة، فالهدف من تحديد هوية المهني وتحديد المعلومات المرتبطة بها هو تبصير المستهلك وتنويره وهو الأمر الذي يتحقق عن طريق إعلامه الشئ الذي يساعد على حماية مصالحه.

ونضيف على كون المشرع المغربي عاقب المورد الذي لم يراعي أحكام المادتين 23 و24 عند قيامه بكل إشهار كيفما كانت تقنية الاتصال عن بعد بغرامة من 10000 إلى 50000 درهم.

وأضاف إلى المقترضات السابقة المتضمنة في المادة 176 في الفقرة الأخيرة من نفس المادة على أن المحكمة يمكن أن تأمر بنشر أو تعليق الحكم الصادر بالإدانة.

وفي نطاق نفس الحماية فإلى جانب منع الاشهارات المضللة تم كذلك منع الاشهارات المقارنة التي من شأنها إيقاع المستهلك في الغلط.

ونشير إلى أنه تم تعريفه في الفقرة الأولى من المادة 22 بأنه : «يعتبر إشهارا مقارنا، كل إشهار يقارن بين خصائص أو أسعار أو تعريفات السلع أو المنتوجات أو الخدمات إما بالإشارة إلى علامة الصنع أو التجارة أو الخدمة الخاصة بالغير أو تجسيدها وإما بالإشارة إلى العنوان التجاري أو تسمية الشركة أو الاسم التجاري أو الشعار الخاص بالغير أو تجسيد ذلك».



وقد اهتم به التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 6 أكتوبر 1997 حيث عرفه في المادة الأولى منه على كونه: «كل إعلان يؤدي صراحة أو ضمنا إلى التعرف على هوية أو سلع أو خدمات منافس آخر».<sup>563</sup>

فمما سبق يكون الهدف من الإعلان المقارن هو التقليل من تلك السلع أو الخدمات وبيان محاسن منتج آخر في هاته المقارنة.

وما نود الإشارة إليه أن هاته الحماية من الإعلانات المضللة والمقارنة لا يمكن تحقيقها عن طريق الجزاءات فقط بل يستوجب أن يكون هناك تنوير وتبصير عن طريق الالتزام بالإعلام، وهو ما تطرق له المشرع في القسم الثاني المعنون بإعلام المستهلك، وبالرجوع إلى المقتضيات المنظمة لذلك لا نجد أي مادة تنص على ذلك، إلا أن أستاذنا بوعبيد عباسي أفادنا بأن: «الالتزام بالإعلام يفرض على أحد المتعاقدين أي المدين إعلام المتعاقد الآخر أي الدائن، بكافة الوقائع والمعلومات التي تكون منتجة ولزامة لتكوين رضاء حر ومستنير، أو لضمان حسن تنفيذ العقد. فالمعلومات المقدمة لا تنحصر في تنوير إرادة المدين وجعله على دراية بمحل العقد والآثار المترتبة عليه، بل يجب على المدين أن يعلم المتعاقد معه بكل البيانات والمعلومات التي من شأنها أن تضمن تنفيذ العقد بحسن نية».<sup>564</sup>

فمما سبق نلمس فعلا أنه يمكن تحقيق الحماية إذا ما تم تطبيق الالتزام بالإعلام من طرف المهني، لكن هل هذا الالتزام على درجة واحدة أم يختلف ؟

إن الالتزام بالإعلام يعتبر وسيلة لإيضاح اللبس الذي يكون لدى المستهلك وهذا ما تبين مما سلف، إلا أنه ليس على درجة واحدة بل يختلف باختلاف المعاملة وطبيعتها وكذلك باختلاف الأطراف وصفتهم. فدرجاته تختلف فهناك التحذير والنصح والإعلام.<sup>565</sup>

لكن لوجوده يستوجب توفر ركنين مادي ومعنوي، فالأول يشمل معلومات والتي يستوجب أن تكون مرتبطة بمحل الالتزام المترتبة عن العقد، وأن تكون الواقعة منتجة ومفيدة بالنسبة للمتعاقد الآخر وأن تكون مشروعة. إضافة إلى ما سبق فإنه يتطلب عنصر آخر في الاداءات حيث يجب أن ينصب على أدائه القانوني وليس على أداء المتعاقد الآخر.<sup>566</sup>

<sup>563</sup> - فؤاد بوسلامه: م.س. ص: 43

<sup>564</sup> - بوعبيد العباسي: م.س. ص: 35

<sup>565</sup> - للتوسع في هاته النقطة انظر: أستاذنا بوعبيد عباسي، م.س. ص: 48

<sup>566</sup> - بوعبيد عباسي، م.س. ص: 179

أما بخصوص مسألة الإثبات فإن الأمر يختلف باختلاف طبيعته ، لكن ما يلاحظ أن المشرع نص صراحة في المادة 34 من قانون 31-08 على أنه : « في حالة حدوث نزاع بين المورد والمستهلك ، يقع عبء الإثبات على المورد خاصة فيما يتعلق بالتقديم المسبق للمعلومات المنصوص عليها في المادة 29 وتأكيدها واحترام الأجال وكذا قبول المستهلك .  
يعتبر كل اتفاق مخالف باطلا وعديم الأثر» .

وما نلاحظ أن المشرع المغربي حاول أن يكرس حماية على مستوى هاته المرحلة ولو أنها لم تصل إلى المستوى المطلوب. فما هو الحال في مرحلة إبرام العقد ؟

#### ثانيا: حماية المستهلك عند إبرام العقد

إن إبرام العقد الإلكتروني شأنه شأن باقي العقود يستوجب توفر إيجاب وقبول وذلك من أجل انعقاد العقد، وما نود ذكره أن انعقاد العقد لا يعني أن المستهلك قد ضمن حقوقه بل الأمر عكس ذلك، بحيث قد تبرز تعسفات من شأنها أن تمس بحقوق المستهلك. فهل هناك قواعد تحمي المستهلك خلال مرحلة الإبرام ؟

إن كنا نجد على مستوى العقود الرضائية توازنا خلال تحقيق المصالح بين الأطراف ، فإن هذا التوازن قد لا نجده في ظل العقود المتسمة بالإذعان، فهل هاته الصفة يمكن أن تتسم بها العقود الاستهلاكية المبرمة إلكترونيا.

لكن قبل معالجة ما سبق توجب علينا إعطاء فكرة عن الإذعان، حيث بالرجوع إلى الفقه المغربي نجد أستاذنا بوعبيد عباسي اعتبر أن : «الإذعان بطبيعته يعني الخضوع وعدم قدرة الطرف المذعن على صياغة أو مناقشة أي شرط من شروط التعاقد المعروضة بما في ذلك الشروط التي قد يبدو مستفيدا منها بوصفه دائنا»<sup>567</sup>. وقد عرفه البعض بكونه : «الذي ينعقد دون مناقشة ولا مساومة بين الطرفين. ففي هذا النوع من العقود يكون موقف أحد المتعاقدين موقف المطاوع لا يملك إلا أن يقبل شروطا يملها الطرف الآخر جملة أو يرفضها جملة دون مفاوضة أو نقاش»<sup>568</sup>. ونلمس هذا الإذعان من خلال الشروط التعسفية التي يمكن أن تتخلل عقد ما ولو أن الفرق بين عقد الإذعان والشروط التعسفية أن الأول يعتبر عقد حقيقي قائم الذات ، أما بخصوص الشروط التعسفية فهي مجرد شرط يتخلل عقد

<sup>567</sup> بوعبيد عباسي:م. س، ص: 73.

<sup>568</sup> مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، الجزء الأول، ص: 43.

ما. ونشير إلى أن العقود الاستهلاكية المبرمة إلكترونيا قد تضارب الفقه حول تكييفه هل هو من العقود الإذاعانية أم لا ؟

فلالإيجاب على ما سبق نجد أن هناك ثلاثة اتجاهات، الاتجاه الأول<sup>569</sup> يعتبر أن هذا النوع من العقود يعتبر من عقود الإذعان والسبب في ذلك يرجع لكون المهني يعتبر هو الطرف القوي، أما بخصوص الاتجاه الثاني فيعتبر أن هاته العقود ليست من قبيل عقود الإذعان وسندهم في ذلك يرجع لكون أنه يمكن أن يكون هناك تفاوض من خلال البريد الإلكتروني، أما عن الاتجاه الثالث فقد كيف الأمر بحسب الحالات فإن كان هناك تفاوض فإنه لا يمكننا التحدث عن الإذعان، أما في حالة غياب للتفاوض ففي هاته الحالة يتسم العقد بالصفة الإذاعانية<sup>570</sup>. ومن جهتنا المتواضعة نتفق مع هذا الاتجاه الأخير الذي يضيفي الصفة الإذاعانية بحسب الحالات.

ونضيف أن اللاتوازن نلمسه ليس فقط في العقود الإذاعانية، بل حتى إذا تعلق الأمر بالشروط التعسفية، والذي تناوله المشرع المغربي في القسم الثالث المعنون بحماية المستهلك من الشروط التعسفية وذلك من المادة 15 إلى المادة 20 مع إدخال الغايتين، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 15 على أنه: « يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك».

وقد عرفه المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الصادر سنة 1995 بكونه: «تعتبر شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المزودين وغير المزودين، أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من آثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد».

لكن هل هناك شروط لازمة للقول بأن هناك تعسف ؟

يرى البعض<sup>571</sup> أنه للقول بوجود شروط تعسفية أن يكون هناك تعسف في استعمال القوة أو السلطة الاقتصادية للمهني، كما أنه يستوجب أن تكون هناك ميزة مفرطة ومتجاوزة يحصل عليها المهني بمناسبة العقد.

<sup>569</sup> أسامة أحمد بدر، م.س، ص: 191

<sup>570</sup> عبد الله ذيب عبد الله محمود، م.س، ص: 71

<sup>571</sup> إدريس الفاخوري: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقال منشور بمجلة طنطيس، العدد 3، 2003، ص: 68.

والغرض من هاته الشروط التعسفية تطرق له المشرع المغربي في المادة 18 من قانون 31-08، حيث جاء من ضمن مقتضياتها:

«إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته، تخويل المورد الحق في أن يقرر فسخ العقد إذا لم تمنح نفس الإمكانية للمستهلك، والسماح للمورد بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة برسم الخدمات لم ينجزها بعد عندما يقوم المورد نفسه بفسخ العقد،.....».

ونلاحظ أن المشرع المغربي رتب أثر هام تطرق له المشرع المغربي في المادة 19 منه حيث جاء فيه:

«يعتبر باطلا ولاغيا الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك. تطبق باقي المقتضيات العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائما بدون الشرط التعسفي المذكور.»

فهذا البطلان جاء لحماية المستهلك، كما أن هاته الحماية تكرست كذلك من خلال تخويل القاضي سلطة تعديل عقد الإذعان وذلك عن طريق إبطال مجموعة من الشروط التعسفية إذا ثبت سوء النية حيث يستوجب إثبات التعهد بحسن النية حسب مقتضيات المادة 231 من ق ل ع، إضافة إلى تفسير الشك لصالح الطرف الضعيف<sup>572</sup>، كما أن له أيضا سلطة التأويل حيث يحق للقاضي سلطة تفسير إرادة المتعاقدين إذا كانت غامضة إلا أنه ليس له حق تغيير مقتضيات العقد<sup>573</sup>.

وفي ظل هذا القصور التشريعي فإن القضاء لا يقتصر دوره على ما سبق بل له سلطة التعديل والإلغاء، فالتعديل يعني الإبقاء على العقد مع رفع أوجه التعسف أما الإلغاء فهو يعني إعفاء المستهلك من ذلك الشرط التعسفي<sup>574</sup>.

وعلى الرغم من هاته الحماية التشريعية والقضائية إلا أنها تبقى قاصرة أمام هاته التطورات لهذا يستوجب حماية رضا المستهلك وتعزيز هاته الحماية أكثر لأن خصوصيات

<sup>572</sup> عبد الله ذيب عبد الله محمود، م، س، ص: 73

<sup>573</sup> محمد المسلومي: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 100، يوليو 2007،

ص: 111-112

<sup>574</sup> محمد المسلومي: م، س، ص: 112

هذا العقد والتي هي عن بعد يجعله متعرض بشدة للغش سواء عن طريق مواقع وهمية أو عن طريق الانعقاد مع أشخاص وهميين.

إضافة إلى أن حماية رضا المستهلك تستوجب إعلامه بكافة المعلومات الجوهرية عن المبيع أثناء التعاقد ويتحقق هذا عن طريق الالتزام المشار إليه سابقا بالإعلام. وذلك عن طريق نفي الجهالة وهو ما أشار إليه المشرع في قانون 31-08 في المادة 3 منه: «حيث يجب على كل مورد أن يمكن كل مستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة...».

من هنا يتبين أن هاته الحماية يمكن تكريسها عن طريق تبصير المستهلك، حيث يستوجب إعطاء وصف معين لتلك الخدمات عن طريق تعيين المحل تعيينا واضحا سواء عن طريق شاشة الحاسوب أو عبر شبكة الانترنت سواء من خلال صفحات الانترنت أو الكتالوج انترنت فإن كان ما سبق يخص حماية المستهلك خلال مرحلة تكوين العقد فما هو الحال أثناء التنفيذ؟

### **المطلب الثاني: حماية المستهلك أثناء تنفيذ العقد الإلكتروني**

لا تقتصر الحماية على مرحلة دون أخرى من مراحل العقد، بل يستوجب أن تكون شاملة لجميعها، ولهذا السبب فإننا سنحاول معرفة ما إذا كانت هناك حماية في مرحلة التنفيذ، سواء في ظل الحقوق الحديثة (الفقرة الثانية)، أو في ظل النظرية العامة (الفقرة الأولى).

### **الفقرة الأولى: حماية المستهلك أثناء تنفيذ العقد**

تعتبر مرحلة التنفيذ مرحلة مهمة لها خصوصيتها وتتخللها مجموعة من الالتزامات المفروضة على الأطراف حيث في حالة الإخلال بها يرتب لا محل أضرار لأحد الطرفين، مما استوجب تدخل المشرع من أجل تحقيق التوازن بين الطرفين عن طريق فرض مجموعة من الضمانات حيث كان الهدف منها هو حماية التعاقد لإنتاج هاته التصرفات اثارها، ومن هاته الضمانات نجد ضمان العيوب الخفية. فالمستهلك المتعاقد إلكترونيا يستوجب أن يكون الشيء الذي تعاقد من أجله صالح للغرض الذي أعد من أجله حيث لو كان يعلم بوجود هذا العيب فإنه لن يتعاقد، وما نشير إليه أن البائع هو الذي يتحمل الضمان وهو ما جاء ضمن مقتضيات المادة 549 من ق.ل.ع حيث جاء :

«يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد، أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من القيمة أو الانتفاع و العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها فلا تخول الضمان».

إذن فالعيب الذي يعتبر مضمونا هو العيب المؤثر أي الذي ينقص من قيمة الشيء نقصا محسوسا أو الذي يجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له إضافة إلى العيب القديم الذي يوجد في الشيء عند البيع وهو ما أشار إليه المشرع في المادة 552 من ق.ل.ع.<sup>575</sup> إضافة إلى أنه يجب أن يكون هذا العيب غير ظاهرا، حيث إن كان بإمكان المشتري أن يعرفه أو يعلم به فإنه يعتبر غير مضمون<sup>576</sup>، فالعيوب التي تكون متوفرة على شروط القدم والتأثير والخفاء للبائع الحق في إنقاص ثمن البيع بقدر العيب الموجود في الشئ المبيع أو أن يطالب بفسخ العقد إذا كان العيب مؤثرا مع الحق في استرجاع الثمن والمصاريف ولضمان هذا العيب يستوجب أن ترفع دعوى الضمان خلال هذا الأجل وإلا سقطت .

ونجد أن أجل السقوط بخصوص تعاقد المستهلك يختلف عن ماهو منصوص عليه في ق.ل.ع وهو ما تضمنته الفقرة الأخيرة من المادة 65 من 31.08 حيث جاء فيه :  
«خلافًا لأحكام المواد 573 و553 من الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الأجل الآتية، وإلا سقطت :

بالنسبة إلى العقارات، خلال سنتين بعد التسليم.

بالنسبة إلى الأشياء المنقولة خلال سنة بعد التسليم.

ولا يسوغ تقصير هذه الأجل باتفاق المتعاقدين».

وما يلاحظ أن الأجل بخصوص هاته الدعوى في ق.ل.ع قصيرة مقارنة مع ما خوله المشرع المغربي في المادة السابقة، وهذا من أجل تعزيز الضمان، بل الأكثر من ذلك قد خصص المشرع في قانون 31-08 القسم الخامس للضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع

<sup>575</sup> نصت المادة 552 من ق.ل.ع على أنه: لا يضمن البائع إلا العيوب التي كانت موجودة عند البيع، إذا كان المبيع شيئا معيناً بذاته، أو عند التسليم إذا كان المبيع شيئا - مثلها بيع بالوزن أو القياس أو على أساس الوصف».

<sup>576</sup> - محمد ابن بونيات: العقود على العقارات، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2006، ص:16.

والضمان التعاقدي والخدمة بعد البيع، ونجد المشرع المغربي قسم الضمان إلى ضمان قانوني وهو الوارد في الباب الأول المعنون بالضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع والمتضمن ما سبق ذكره.

أما بخصوص الباب الثاني فقد تضمن الضمان التعاقدي حيث عرفه المشرع المغربي في المادة 66 على كونه:

« كل ضمان يضاف إلى الضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع المشار إليه في المادة 65 والذي يمكن أن يقترحه المورد على المستهلك».

وقد أضاف نفس الفصل أنه يجب على المورد أن يحدد بكل دقة مدة ونطاق وشروط الضمان المذكور. وما نلاحظه أن هذا المقتضى جاء لتعزيز حماية المستهلك حيث نجد أن هذا النوع من الضمان جاء ليضاف إلى الضمان القانوني، حيث يقترحه المورد على المستهلك ويستوجب على الأول أن يشير بكل وضوح إلى الضمان القانوني الذي يتحمله المورد عن عيوب الشيء المعيب.

ونشير كذلك إلى أن العقود الاستهلاكية المبرمة إلكترونياً تكون كذلك محلاً لتطبيق الالتزام بالضمان لا سيما أن هناك تباعد بين المهني والمستهلك مكانياً<sup>577</sup>.

ونتيجة للتزايد الملحوظ على هذا النوع من التعاقد يستوجب تطوير هذا الالتزام نوعاً ما ليخول مزيد من الضمانات حيث نجد من هاته الضمانات التي لها نفس مغزى ضمان العيوب الخفية الالتزام بالمطابقة أي الالتزام بتسليم الشيء المطابق للمستهلك وهو التزام جديد جاء ليساير خصوصيات هذا النوع من التعاقد. حيث يستوجب فيه أن يكون هذا الالتزام مطابقاً للأشياء المادية، وكذلك الأشياء المعنوية. وهو التزام يحتم عنصر الثقة الذي هو أساس القانون التجاري.

ونظراً لوجود ثغرة في القانون المدني المغربي، فإن التشريع الفرنسي حاول أن ينظم هذا المبدأ في المادة 1648 بعدما كان يشترط ضرورة إثارة العيب داخل أجل قصير مما كان يجعل حقوق المستهلك تضيع نتيجة هذا الأجل القصير لذلك تم رفعه سنتين يبتدأ حسابها من تاريخ اكتشاف العيب والمشرع الفرنسي قد فطن إلى هذا الالتزام من مقتضيات المادة 35

<sup>577</sup> - فؤاد بوسلامة، م. س، ص: 118-119.

من إتفاقية فيينا الصادرة بتاريخ 11 أبريل 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع حيث تضمنت أنه :

«يستوجب أن يكون المنتج صالحا للإستعمال في الأغراض الخاصة التي تستعمل من أجلها عادة منتوجات البضائع من نفس النوع ثم أن تكون البضائع صالحة للإستعمال في الأغراض الخاصة التي أحيط بها البائع صراحة أو ضمنا وقت العقد و أن تكون البضاعة متضمنة للصفات التي سبق للبائع أن عرضها على المشتري كيفية أو نموذج».

والالتزام بالمطابقة نجده ليس فقط في الأشياء المادية، وإنما يشمل كذلك الأشياء المعنوية، مثلا كأن يكون برنامج معلوماتي، ويرى البعض أن إثبات الالتزام بالمطابقة يصعب في هذا النوع من الإثبات أن المهني زود المستهلك بالبرامج خالية العيوب لأنه يصعب تحديد متى اعتري العيب هاته البرامج هل عند التسييم أم قبلها أم بعدها.

وفي غياب نصوص تشريعية تفرض الالتزام بالمطابقة في هذا النوع من الضمان الخاص بالأشياء المعنوية، نجد أن القضاء الفرنسي<sup>578</sup> قد تبني هذا التوجه في أحد قراراته ولو أننا نلاحظ غياب للقضاء المغربي وكذلك التشريع في هاته النقطة مما سيجعل هاته الحماية تعرف قصورا على هذا المستوى.

وإضافة إلى ما سبق نجد في ظل هذه النظرية العامة من الالتزامات التي تترتب على البائع الالتزام بضمان السلامة، فقد ظهر هذا الأخير من طرف القضاء الفرنسي في مجال المسؤولية المدنية ولتطبيق هذا الالتزام يستوجب توافر ثلاثة شروط<sup>579</sup> ، أن يوجد خطر يهدد أحد طرفي العقد في جسده، والشرط الثاني أن يسلم أحد طرفي العقد نفسه للأخر، أما الشرط الثالث فيتمثل في أن المدين في الالتزام بالضمان السلامة يكون عادة مدين محترف مثل الناقل أو مهني مثل الطبيب . ونشير إلى أن المشرع الفرنسي نظم هذا الالتزام في قانون سلامة المستهلكين الصادر تحت عدد 660-83 بتاريخ 31 يوليو 1983، حيث أعطى هذا القانون حق أحد العينات من المنتج وفي حالة إثبات الإخلال بهذا الالتزام يترتب مسؤولية مدنية ونفس المبدأ أكد عليه التوجيه الأوروبي لسنة 1985، إلا أنه بالرجوع إلى التشريع المغربي والاجتهاد القضائي لا نجد هناك تنظيمات له. ويرجع السبب لكون هذا الالتزام له

<sup>578</sup>-paris 6 janvier 1995 ;disponiblesur www.legifrance.gouv.fr

-bruxelles18 fevrier1980 ;disponiblesur www.legifrance.gouv.fr

<sup>579</sup>-وفاء الصالحي، الالتزام بضمان السلامة،مجلة المحاكم المغربية العدد114،2008،ص:53



شروط لا تتناسب مع طبيعة العقد الاستهلاكي المبرم إلكترونياً، كما أن هذا الالتزام كان يقتصر على الشخص في جسمه وشخصه إلا أنه قد توسع إلى الالتزام العام بالسلامة بالنسبة للسلع والخدمات، أما بخصوص البرمجيات فلا نجد التشريع قد تطرق لهذه النقطة ولو أن القضاء الفرنسي كان جريئاً حينما أقر لأول مرة التزام بضمان السلامة بفعل البرمجيات في 11 دجنبر 2007، وبالرجوع إلى بعض التشريعات الأخرى، حيث أن كالتشريع الفلسطيني نص مثلاً على اتخاذ مجموعة من الإجراءات كإبلاغ الجهات المختصة، إعلام الجمهور بواسطة وسائل الإعلام عن هذه العيوب وتحذيره من المخاطر التي قد تنتج عنها سحب السلع من الأسواق، استرداد السلع التي جرى بيعها أو تأجيرها وإعادة الثمن المدفوع، استبدال السلع على نفقته الخاصة<sup>580</sup>.

فكل هاته الإجراءات تهدف إلى حماية وضمان المستهلك، وبالتالي فإنه يترتب عن الإخلال بها مسؤولية المنتج في إطار المسؤولية التقصيرية أو مسؤولية المورد في إطار المسؤولية العقدية.

وإضافة إلى الالتزام السابق هناك ضمان المستهلك للتعرض والاستحقاق، حيث يتم حماية المستهلك عن طريق عدم تعرض البائع في انتفاع المستهلك لأنه صار في ملكه حيث يستوجب عليه أن لا يتعرض شخصياً على المشتري وأن يمنع أتباعه من التعرض للمادي، أما إن كان هذا التعرض صادر عن الغير فإن البائع ليس له حق ضمانه ويحق في هاته الحالة للمشتري أن يقاضي المتعرض عليه<sup>581</sup>.

كما أنه يضمن الاستحقاق وهو ما جاء في الفصل 534 من ق.ل.ع حيث نص على ما

يلي :

«ويلتزم البائع أيضاً بقوة القانون بأن يضمن المشتري الاستحقاق الذي يقع ضده، بمقتضى حق كان موجوداً عند البيع».

ففي حالة إن كان تعرض قانوني أي استحقاق فإنه يترتب على ذلك أن يحكم القضاء لصالح الطرف المتعرض باستحقاق كل شيء المبيع بحيث يستوجب على المشتري أن يرد للبائع الشيء المبيع، وحيث يستوجب على البائع أن يرد الثمن والمصروفات التي أنفقها المشتري وذلك بموجب المادة 538 من ق.ل.ع.

<sup>580</sup> عبد الله ذيب عيج الله محمود، م.س، ص: 111

<sup>581</sup> محمد بن أحمد بونيات، م.س، ص: 14

أما بخصوص ضمان التعرض فهو أن يضمن البائع كل فعل صادر عن نفسه أو عن غيره، ويكون من شأنه المساس بحق المشتري بالتمتع بملكية المبيع كله أو بعضه. وما نريد إضافته أن ضمان التعرض والاستحقاق يطبق كذلك على العقود الاستهلاكية المبرمة إلكترونياً. ويكون هذا التعرض في حالة توجيه فيروس عن بعد من طرف البائع حيث قد يتسبب في تدمير كلي أو جزئي للنظام المعلوماتي<sup>582</sup>.

#### الفقرة الثانية: حماية المستهلك الحديثة أثناء تنفيذ العقد

إن الحماية على مستوى النظرية العامة لازالت لم تصل إلى المستوى المطلوب مما يطرح السؤال حول إن كان هناك حماية على مستوى هاته المرحلة وذلك عن طريق فرض التزامات كالالتزام بالتسليم، الحق في العدول.

فالالتزام بالتسليم توجب على البائع أن يقوم بتسليم الشيء المبيع في الحالة التي كان عليها عند البيع حيث تضمنه المادة 512 من ق ل ع الذي نص على أنه: «يجب تسليم الشيء في الحالة التي كان عليها عند البيع. ويمتنع على البائع إجراء التغيير فيه ابتداء من هذا الوقت».

ويرى البعض<sup>583</sup> أن التسليم قد يتعدد حيث يمكن أن يكون التسليم فعلياً من خلال التسليم المادي للمبيع، أي يتم التغيير في الحيازة الفعلية للمبيع.

وقد يكون حكماً وهو اتفاق على تغيير صفة الحائز للمبيع، دون تغيير الحيازة الفعلية للشيء محل التسليم. أما بخصوص التعاقد الإلكتروني فيلج جانب التسليم الفعلي والحكمي هناك التسليم المعنوي أي تسليم المنتجات عبر شبكة الأنترنت عن طريق تنزيلها على جهاز الحاسوب الخاص بالمشتري وهذا ما يتناسب مع طبيعة التعاقد الإلكتروني والذي يتم فيه الشراء استناداً إلى عرض أوصاف المبيع، مما لا يمكنه الكشف خصوصاً وأنه يرد على نموذج. وبالتالي فإنه يرتب للمستهلك حق على البائع أن يسلمه شيئاً مطابقاً.

ويلاحظ أن مسألة الالتزام بالتسليم الشيء في العقود الإلكترونية ليست فعلية لكون فعلاً لوثم التسليم من حيث الشكل كيف سيعرف المتعاقد عن الجوهر خصوصاً وأن الأمر كان عن ملاحظة الشيء على شاشة الحاسوب.

<sup>582</sup> - عبد الله ذيب عبد الله محمود، م.س، ص: 117

<sup>583</sup> - عبد الله ذيب عبد الله محمود، م.س، ص: 123

إذن فالالتزام بالتسليم يقضي أن يكون مطابقا لما اتفق عليه وأن يكون صالحا للاستعمال لكن هاته التطورات الخاصة بالتعاقد الإلكتروني كانت لها تأثير على بعض المقتضيات المنظمة مما ظهر أنواع أخرى كالتسليم عبر الخط أي تسليم المنتوجات عبر شبكة الأنترنت عن طريق تنزيلها على جهاز الحاسب الآلي الخاص بالمستهلك<sup>584</sup>.

وتسليم الشئ المبيع يشمل تسليم الملحقات وهو ما يكون كذلك في العقود المبرمة عن بعد حيث في حالة عقد البيوع بخصوص برامج الحاسب الآلي يعتبر من ملحقات المبيع المعلومات اللازمة لاستغلال وتشغيل البرنامج للمبيع وكذلك دليل الإرشادات الذي يبين طريقة تشغيل البرنامج. فالبرجوع إلى القانون المغربي لا نجد هناك مقتضيات تنظم الالتزام بالتسليم عكس المشرع الفرنسي الذي كرس مجموعة من النصوص الهدف منها حماية المستهلك حيث استوجب مسؤولية المهني الناتجة عن التأثير في التسليم بموجب الفقرة الأولى من الفصل 145 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي<sup>585</sup>.

كما أنه أضاف أن البائع يستوجب عليه أن يحدد آجال التسليم إذا تجاوز قيمة العقد 500 أورو تحت طائلة مطالبة المستهلك بالفسخ وفي حالة إن قلت قيمة العقد عن هذا المبلغ فكل ما يبقى للمستهلك هو المطالبة باسترجاع المبالغ التي أداها حال عدم تنفيذ المهني لهذا الالتزام<sup>586</sup>.

ويبقى كذلك من حق المستهلك العدول أي حق التراجع وهو المشار إليه في ديباجة قانون 31-08 فالعدول يعني إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، ويكون بأن يرد المستهلك المنتج الذي تم تسليمه إليه، مادام أن ثمة مبرر معقولا دونما شطط الهوى الشخصي للمستهلك<sup>587</sup>، وقد نظمته المشرع الفرنسي في المادة 20-2121 كما نظمته التونسي في قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية .

<sup>584</sup> - فؤاد بوسلامة، م.س، ص: 109

<sup>585</sup> - ينص الفصل على أنه: «كل شخص طبيعي كان أو معنوي يمارس النشاط المنصوص عليه في الفقرة الأولى من الفصل 14 (التجارة عبر الحاسوب) يعد مسؤولا بقوة القانون أمام المشتري على حسن تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد سواء نفذ هذه الالتزامات بصفة شخصية أو بواسطة غيره من مقدمي الخدمات، دون الإخلال بحقه في الرجوع عليهم».

<sup>586</sup> - فؤاد بوسلامة، م.س، ص: 112

<sup>587</sup> - أسامة أحمد بدر، م.س، ص: 210

فممارسة حق العدول تمكن المستهلك من رد ذلك الشيء الذي تسلمه من أجل استبداله أو استرداد الثمن<sup>588</sup>, لكن لعدم الضياع هذا الحق يستوجب على المستهلك أن يحترم الأجل المنصوص عليه, فالمشرع الفرنسي حدده في أجل 7 أيام وكذلك التشريع المغربي لكن مسألة الأجل ليست بهذه السهولة, فهي تطرح مجموعة من الإشكاليات خصوصا في مجال العقود الاستهلاكية المبرمة إلكترونيا لأنه لا يقدم خدمة واحدة وإنما مجموعة من الخدمات المتشابكة مما يطرح تاريخ بداية احتساب الأجل ولإيجاد حل لذلك خول المشرع الفرنسي في الفصل 12-20-121- من مدونة الاستهلاك على أن يبدأ حسابه في اليوم الذي تم فيه إبرام العقد عن بعد, أو من يوم توصيل المستهلك بالشروط التعاقدية والمعلومات الضرورية إذا كان هذا التاريخ لاحقا لذلك المحدد في الحالة السابقة. كما أن الأشكال يقع كذلك في حالة إن تم استغلال المنتج قبل القيام بالعدول هنا اعتبرت المحكمة الدرجة الكبرى بباريس في حكمها الصادر بتاريخ 4 فبراير 2003 أن الشرط الذي يحد من حق المستهلك في ممارسة حقه في العدول نتيجة استخدامه للمنتج لعدة دقائق يعد شرطا تعسفيا<sup>589</sup>.

لكن هل يعتبر حق العدول هذا ضمانا يمكن الاستناد عليها من أجل تعزيز حرية المستهلك ؟

يعتبر حق العدول هذا من النظام العام, وبالتالي يترتب عن هذا خاصية هامة وبالتالي لا يحق له التنازل عنها ولا يمكن للمورد أن يشترط التخلي عنها. كما أنه يستوجب على المورد أن يلتزم بالأجل وإلا ترتب عليه فوائد قانونية وهو ما جاء في المادة 37 من قانون 31-08<sup>590</sup> كما أن المشرع خول إمكانية عدم ممارسة حق التراجع إلا في حالة اتفاق الأطراف على ذلك في مجموعة من الحالات والتي من بينها حالة التوريد بتسجيلات سمعية أو بصرية أو برامج معلوماتية عندما يطلع عليها المستهلك (الفقرة 4 من المادة 38). ونرى أن المشرع المغربي يستوجب عليه أن لا يستثنى أي عقد من العقود من ممارسة حق التراجع ولا يستوجب أن

<sup>588</sup> - خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في العقد الإلكتروني, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, ص: 224.

<sup>589</sup> Igi ; paris4fevrier2003 ; affaire association familles de France cote apres- noel.fr disponible www.legalis.net.

<sup>590</sup> - تنص المادة 37 من قانون 31-08 على أنه: «عند ممارسة حق التراجع, يجب على المورد أن يرد إلى المستهلك المبلغ المدفوع كاملا على الفور وعلى أبعد تقدير داخل أجل 15 يوما الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارسة الحق المذكور. وبعد انصرام الأجل المذكور, ترتب بقوة القانون, على المبلغ المستحق فوائد بالسعر القانوني المعمول بها».

يكون بعد حصول الاتفاق مادام أن الهدف هو توفير الحماية، ويرى البعض أنه يصعب تطبيق هذا الحق ضمن هذا النوع من العقود نظرا لطبيعتها.

وذلك لكونه «يعد خاليا من مضمونه حيث يتسم بعدم الفعالية بصدر تجارة الإلكترونيات في حد ذاتها حيث الخاصية اللامادية التي تحول دون تنفيذ المستهلك لأثر ممارسة لحقه في العدول، فمن السهولة بمكان نسخ هذه الخدمة الإلكترونية التي استقبلها حاسبه الإلكتروني مما يجعل أمرردها لمن أرسلها هباء منثورا» .

هكذا من خلال المعلومات السابقة تبين لنا أنه على الرغم من محاولة المشرع المغربي أن يبلور حماية قانونية من أجل الحفاظ على مصالح المستهلك إلا أنها تبقى قاصرة ولا تصل إلى مواكبة هاته التطورات، لكن هل الأمر نفسه يسقط على الحماية التقنية أم العكس ؟