

العنوان:	مفهوم الإشهار الإلكتروني
المصدر:	مجلة القانون والأعمال
الناشر:	جامعة الحسن الأول - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - مختبر البحث قانون الأعمال
المؤلف الرئيسي:	آباتراب، فاطمة الزهراء
المجلد/العدد:	ع37
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2018
الشهر:	أكتوبر
الصفحات:	32 - 46
رقم MD:	919687
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	EcoLink, IslamicInfo
مواضيع:	القوانين والتشريعات، الأحكام القضائية، وسائل الاتصالات، تكنولوجيا المعلومات، الإشهار الإلكتروني، المغرب، المجتمع المغربي
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/919687

مفهوم الإشهار الإلكتروني

د. فاطمة الزهراء أباتراب

دكتورة في القانون الخاص

مقدمة :

تعتمد المشروعات التجارية والتكتلات الاقتصادية على عدة آليات تقنية ومؤسسية، من أجل ربط الاتصال بالمستهلك، باعتباره المستهدف النهائي من العملية الاستهلاكية، ومن قبيل هذه الآليات نجد وسائل الدعاية والإشهار، التي لم تكن بالشكل المتقدم الحالي، وإنما عرفت عدة تطورات، حتى أصبحنا اليوم أمام إشهار إلكتروني متخصص ودقيق، ذي أبعاد ثقافية واجتماعية وأيضا اقتصادية. ونتيجة للتطور التكنولوجي المتلاحق، والتقدم العلمي المتواصل، والتطور الاقتصادي المتسارع، أصبحت المشروعات الاقتصادية تحقق أرباحا مهمة، بفضل ذبوع معروضاتها، التي لم تكن لتصل إلى ما هي عليه في الظرفية الراهنة، لولا استعانتها بالآليات الإشهارية الإلكترونية، التي حورت العالم في شكل قرية صغيرة، مما مكّنها من غزو كافة الأسواق الاستهلاكية، التي لم يكن لها الوصول إليها في ظل المعاملات الإشهارية التقليدية.

وبذلك أصبحت هذه المشروعات تتيح في ظل هذا الفلك المتواصل من التقدم العلمي، ما لا يعد من العروض الاستهلاكية، التي أضحت ذات طبيعة قانونية متباينة، ومظاهر تقنية متشعبة، الأمر الذي قد يختلط على المستهلك البسيط ذي القدرات المحدودة، والمفتقد لثقافة استهلاكية أو دراية بالمجال

المعلوماتي للقدرة على التمييز بين الطبيعة القانونية لكافة المعروضات المتاحة له إلكترونياً، بين ما إذا كانت تعد إيجاباً أو دعوة للتعاقد، أو مجرد إشهار، خاصة وأن التطور التكنولوجي جعل الحدود الفاصلة بين كافة هذه المسميات شبه منعدمة في أغلب الأحوال، الأمر الذي يقتضي تكريس معايير تميز بين الإشهار كمحور لدراستنا عن غيره مما قد يشتبه به. ولكن ما هو معيار التمييز التي يمكن اعتماده في هذا الإطار؟ وهل وصف الإشهار بالإلكتروني يفيد التغيير في ماهيته؟ وماهي الآليات المعتمدة في وصف الإشهار بهذه الصفة؟

إن الجواب على هذا التساؤل يفرض علينا بداية تعريف الإشهار في محور أول، ثم تحديد معايير التمييز بينه وبين الإيجاب الموجه بشكل إلكتروني في محور ثان.

المحور الأول : تعريف الإشهار الإلكتروني

الإشهار⁴⁴ أو الإعلان لغة من علن الأمر يعلن علونا ويعلن علنا وعلانية، أي المجاهرة والشيوخ والظهور، ويقال يا رجل استعلن أي أظهر وهو خلاف السرية⁴⁵.

وعرفه قاموس أوكسفورد بأنه: إعلان يوجه إلى الأشخاص عن طريق الوسائل الاعلامية أو توجيه المعلومات عن الأشخاص⁴⁶.

أما على المستوى التشريعي فقد عرفه القانون المغربي رقم 77.03 على أنه: "شكل من أشكال الخطابات المذاعة أو المتلفزة ولاسيما بواسطة صور أو رسوم أو أشكال من الخطابات المكتوبة أو الصوتية التي يتم بثها بمقابل مالي أو بغيره، الموجهة لإخبار الجمهور أو لاجتذاب اهتمامه إما بهدف

⁴⁴ - من الناحية الكرونولوجية يعتبر الإشهار قديم قدم الإنسان، ويعود إلى 3000 (ثلاثة آلاف) سنة قبل الميلاد، إذ كان يتم الاعتماد على ورق البردي في هذا الإطار.

- محمد رفيق البرقوقي وصادق راشد: "فن البيع والإعلان"، مكتبة الأنجلو المصرية-القاهرة، بدون سنة النشر، ص 113. ويحفظ التاريخ على باب أحد المعابد تحذير من الاقتراب من نهاية العالم، بسبب تصرفات الشباب وخروجهم عن مبادئ الأخلاق، كما أن بعض نماذج الإعلانات اكتشفت على جدران منازل قديمة العهد بموميبي الهندي. كوسى ليلي: "واقع وأهمية الإعلان في المؤسسة الاقتصادية الجزائرية-دراسة حالة مؤسسة اتصالات الجزائر للهاتف النقال-موبيليس"، مذكرة ماجستير في العلوم التجارية، جامعة منتوري قسنطينة، س.ج 2007/2008، ص 62. أما الإغريق فقد استخدموا ألواح خشبية وأعمدة من المرمر يضعها التجار أمام محلاتهم التجارية لتعريف الجمهور بالمنتجات التي يعرضونها.

- محمد جودة ناصر: "الدعاية والإعلان والعلاقة العامة"، دار مجلاوي-عمان، 1998، ص 105. ووضع الرومان في ساحات روما ألواح حجرية مربعة الشكل كتب عليها إعلانات تجارية بألوان زاهية بهدف جذب مشاهديها. أما في العصور الغابرة والقرون الوسطى فقد أخذ الإشهار فيها شكل رموز وصور بدائية الشكل تميزت بالبساطة. وفي مرحلة ظهور الطباعة في نهاية القرن الرابع عشر اخترع "جوهان جوتنبرج" آلة الطباعة التي تعتبر بلا شك معلما من معالم الحضارة، وفي سنة 1440 ميلادية بدأ استخدام الحروف المتحركة في الطباعة، ثم ظهرت الصحف والمجلات وتعاضل عدد المستخدمين للإشهار ممن وجدوا في هذه الوسيلة فرصة لزيادة مبيعاتهم وأرباحهم. أما في مرحلة الثورة الصناعية فبدأ انتعاش الاقتصاد واشتداد المنافسة وتوسيع الأسواق وارتفاع مستوى الرفاهية ومعدل دخول الأفراد، مما أدى بالمنتجين إلى استخدام الإشهار الذي أصبح ضرورة من الضرورات الملحة التي فرضتها الحياة الاقتصادية وأصبحت أحد المستلزمات الأساسية للصانع والموزع والمستهلك أيضا.

وترتبط على ما سلف فالإشهار يعد مظهر من مظاهر المنافسة المشروعة وعاملا من عوامل التسويق والترويج للمعروضات، وأداة من أدوات إعلام الجمهور بها، فإذا كان مضللا أو خادعا انعكس ذلك سلبا على نظام المنافسة الحرة.

- شباكي سعدان: "الإشهار التجاري وحماية المستهلك"، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، ع. 6، 2006، ص 19

⁴⁵ - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة-بيروت، ط. 8، 2005.

وفي نفس الإطار أنظر: - محمد بن علي بن محمد السويدي: "التغريب الثقافي في الإعلان التجاري-دراسة تحليلية تقويمية لعينة من الإعلانات التجارية في وسائل الإعلام في المجتمع السعودي"، ج. 1، سلسلة الرسائل الجامعية 81، 2008، ص 223.

⁴⁶ - <https://en.oxforddictionaries.com/definition/publicity>

الترويج للتزويد بسلع أو خدمات، بما فيها تلك المقدمة بتسمية فنتها، في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو تقليدي أو فلاحى أو مهنة حرة وإما للقيام بالترويج التجاري لمقابلة عامه أو خاصة.

ولا يشمل هذا التعريف العرض الموجه للعموم من أجل البيع أو الشراء أو تأجير منتجات أو التزويد بخدمات مقابل أجر⁴⁷.

نعيب على الفقرة الأولى أعلاه طولها وعدم دقتها، فضلا عن عدم مواكبتها لما يعرفه التقدم العلمي من مستجدات، إذ أنها جعلت إيداع الإشهار قاصر فقط على الوسائل السمعية والبصرية، دون تلك المستندة على الأنترنت، التي اعتبرها البعض بمثابة وقود الاقتصاد الرقمي⁴⁸، وهذا ما عكسته الرسالة الملكية الموجهة إلى أسرة الصحافة والإعلان بمناسبة اليوم الوطني للصحافة بتاريخ 2002/11/15، التي جاء فيها ما يلي: "بيد أن مشهدنا الإعلامي الوطني، لا يمكنه أن يرفع تحديات الألفية الجديدة التي تفرضها عولمة بث البرامج، المعروضة عبر وسائل الإعلام الوطني...."⁴⁹.

وعلى الرغم من صدور القانون رقم 77.03 بعد مدونة التجارة المغربية، إلا أن مقتضاه أعلاه لازال يخلط ما بين النشاطين التجاري والصناعي، بدليل أنه عددهما في الفقرة الأولى أعلاه، مع أن النشاط الأخير يندرج ضمن الأول، الأمر الذي يستوجب الاقتصار على عبارة "النشاط التجاري" دون باقي الأنشطة التي تندرج في إطاره.

كما حاول التشريع المغربي جاهدا التمييز ما بين الإشهار والإيجاب، ولكن تمييزه مع ذلك ظل مبهما، إذ أنه لم ينص على معايير دقيقة من شأنها توضيح الرؤية للمستهلك البسيط ذي القدرات الضعيفة والمحدودة، بل اكتفى بتحديد الغاية من الإيجاب لا ماهيته أو مضمونه وشكلياته.

⁴⁷- المادة الثانية من القانون رقم 77.03 المتعلق بالاتصال السمعي البصري، الصادر بتاريخ 2005/02/03، منشور في ج. ر 5288 التي تمت الإحالة عليها بموجب المادة 21 من القانون رقم 31-08.

⁴⁸- Linda Arcelin- Lécuyer : «Droit de la publicité», presses Universitaire de Rennes, 2011, p. 111.

⁴⁹- مقتطف وارد في ديباجة القانون رقم 77.03 المشار إليه سابقا، و منشور على م. إ التالي:

<http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/ar/civil/audiovisuel.htm>

أما القانون المغربي رقم 13.83 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع⁵⁰ فقد عرف الإشهار على أنه: "نوع من الحث على اقتناء منتجات أو مواد معينة بواسطة مناشير أو بيانات وصفية أو ملصقات أو إعلانات أو تعليمات كيفما كان نوعها أو بأي طريقة أخرى من طرق الاعلان سواء كانت شفوية أو بصرية أو سمعية بصرية".

نلاحظ أن هذا المقتضى وإن خول للمعلن إمكانية الاستناد على كافة الوسائل التقليدية والحديثة لبث الإشهار، إلا أنه لم يضع له أي تعريف، بل اكتفى ببيان الغاية منه، وهي التأثير على المستهلك، بشكل يدفعه إلى الاستهلاك اللامتناهي، والغير واعي بالنظر للمؤثرات المعتمد عليها في هذا الإطار.

أما التشريع الفرنسي فقد عرف الإشهار أيضا على أنه: "كل رسالة مرئية منشورة قصد ترويج سلعة أو خدمة في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو مهنة حرة أو في إطار ترويج نشاط شركة عامة أو خاصة"⁵¹.

أما على المستوى الإقليمي، فقد اعتبرته المادة الثانية/1 من التوجيه الأوروبي لسنة 1984⁵² بأنه : كل اتصال مهما كان شكله في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو مهنة حرة، يهدف إلى ترويج السلع أو الخدمات بما في ذلك الأموال العقارية وكذا الحقوق والالتزامات، مما يبين أن الهدف القريب

⁵⁰- الفصل الخامس من القانون رقم 13.83 الصادر بتاريخ 1984/10/05 المنشور في ج.ر عدد 3777 بتاريخ 1985/03/20 ص. 395.
⁵¹- Art. 2 du décret n°92-280 du 27 Mars 1992 pris pour l'application de l'article 27 de la loi du 30/09/1986 relative à la liberté de communication et fixant les principes généraux concernant le régime applicable à publicité parrainage: pour l'application du présent décret.

و في نفس الإطار الرجوع : - الفقرة الثانية من المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 1990/01/30 المتعلق بالرقابة والجودة وقمع الغش الجزائري.

- الفصل 35 من القانون عدد 40 لسنة 1998 المؤرخ في 1998/06/02 المتعلق بالبيع والإشهار التجاري التونسي.
- أما التشريع الفلسطيني فلم يعرف الإشهار ولكنه عرف المعلن من خلال المادة 1 من قانون حماية المستهلك رقم 21 لسنة 2005 على أنه : "كل مزود يقوم بإعلان منتجاته بمختلف وسائل الدعاية والإعلان".

- القانون المصري رقم 67 لسنة 2006 المتعلق بحماية المستهلك.
⁵²- Directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse.

من الإشهار يتمثل في عرض المنتجات والخدمات على نطاق واسع، أما الهدف البعيد منه فيتمثل في البيع والتسويق والترويج للعادات الاستهلاكية، وأنماط الحياة المعيشية التي تلئم الاستهلاك الضخم.

وبالتالي، فالإشهار لا يعرف المستهلك بالمنتج أو الخدمة فحسب، بل يمتد ذلك ليزوده بإيديولوجية اقتصادية، تدفعه إلى الاستهلاك اللامتناهي، وذلك يتطلب الاستعانة بالجهات المتخصصة في صناعة الإشهار، التي تقوم بذلك نظير مقابل⁵³، ونضيف أن في ذلك دلالة على وجود اختلافات بينه وبين الدعاية، التي نعرفها بالنشاط الذي يستهدف نشر أفكار وأراء معينة وتجميعها، وهي تكون مجانية إذ لا تستهدف تحقيق الربح أو أي كسب مادي، بل إلى تحقيق إيديولوجية سياسية أو اجتماعية أو دينية معينة.

أما على المستوى الفقهي فقد اعتبره جانب من الفقه الفرنسي على أنه : شكل من أشكال الاتصال غير الشخصي يجري عبر وسيلة متخصصة مدفوعة الأجر بواسطة جهة معلومة ومحددة⁵⁴، أو هو: شكل من أشكال الاتصال المكيفة وبصفة خاصة لتأكيد شهرة المنتج أو العلامة، ومنتج هذه الأخيرة بعض الأبعاد الفيزيائية أو البسيكولوجيا، أو من أجل صورة جيدة عن المنتج أو العلامة⁵⁵.

نلاحظ أن هذه التعريفين اقتصرنا على اعتبار الإشهار مجرد آلية تهدف إلى تحقيق شهرة المنتجات وذبيوع انتشارها، في حين أنه يهدف أيضا وقبل كل شيء إلى التعريف بها، وإعلام المستهلك بخصائصها،

⁵³- أحمد السعيد الزقرد: "الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن"، مجلة الحقوق الكويتية، س 19، ع 4، ص 145.

وفي نفس الإطار أنظر: - أيت أحمد ياسين: "الضوابط القانونية لحماية المستهلك في مجال الإشهار"، مجلة العلوم القانونية ع 2، 2014، ص 182.

-إيمان التيس: "حماية المستهلك من الإشهاريات الخادعة على ضوء القانون رقم 31-08"، مجلة القضاء المدني، حول موضوع "حماية المستهلك"، دار الأفاق المغربية، الدار البيضاء، ص. 105.

- سمير العكروت: "الإشهار التجاري وحماية المستهلك"، مجلة القضاء والتشريع، أكتوبر 2005، ع 8، ص 149.

union, 10^{ème} éd. Paris 1997, p 580. ⁵⁴- Kotler. P, Dubois. B: "Marketing management", publi

⁵⁵- P. Joffre, Y. Simon, J. M. Esnault: "Encyclopédie de gestion"; éd. Economica, paris, 1989, p 2423.

ونفس الأمر ينسحب على الخدمات باعتبارها موضوعا من موضوعات الإشهار، على الرغم من تغاضي التعريفين أعلاه عن الإشارة إليها.

وارتأى جانب آخر من الفقه الفرنسي تحديد مفهوم الإشهار من زاوية أخرى على أنه: اتصال جماهيري غير شخصي يتم لحساب مؤسسة تسمى المعلن الذي يدفع لوسيلة الإعلام لكي تنشر رسالة، والتي غالبا ما يتم وضعها وتصميمها من طرف وكالة إخبارية أو اتصالية وغالبا ما يكون في خدمة هدف تجاري وقد يكون أحيانا أخرى اجتماعيا أو سياسيا⁵⁶.

إن هذا التعريف يشير إلى دخول طرف ثالث في النشاط الإشهاري، وهو الوكالة الإخبارية، التي تعد أهم طرف في العملية الإخبارية، وكثيرا ما تلجأ إليها المؤسسات سواء توفرت على قسم إشهار داخلي خاص بها أم لا، وهي على هذا النحو يعرفها البعض على أنها: "شركة مستقلة ذات ملكية خاصة تعمل على تقديم الخدمات المتخصصة في مجال الإشهار بصفة خاصة والتسويق بصفة عامة"⁵⁷.

وبذلك، يتضح جليا أنه قد أصبح للإشهار ممارسيه ومحترفيه، ولم يعد من الأنشطة التي تمارس بالاعتماد على الإمكانيات الذاتية المحدودة للمعلن، إذ أنه أصبح يتطلب قدرا مهما من الدراسة والتخطيط العلميين والمهنيين الدقيقين، سواء على المدى القريب أو البعيد.

والتقنيات المستخدمة في المواد الإخبارية هي التي تتحكم في حجم الإقبال على المعروضات الاستهلاكية، ولكن درجة تأثيرها تختلف باختلاف المستوى الاجتماعي والثقافي للمخاطبين به، فالمستهلك العادي، مثلا قد يقتني منتجات ليس بحاجة إليها.

⁵⁶- Laurent François: "Les études de marché", éd. D'organisation, paris, 2001, p 518

وفي نفس الإطار أنظر:

D-1980, paris, 2005, p 135..Jean Calais Auloy: « Droit de la consommation », éd.

⁵⁷- محمد فريد الصحن: "الإعلان"، دار الجامعية- الإسكندرية، 1990، ص 297.

وهناك من ركز في تحديد مفهوم الإشهار على جوانبه الاجتماعية والثقافية واعتبره: "ظاهرة موسعة ومتعددة الأشكال"⁵⁸ أو هو عبارة عن: "نتاج ثقافي تكون إسناداته وطرقه ومواضيعه وصوره كيفية مع الثقافة، بل ويمكن اعتباره مرآة لها وهي توجه الفرد إلى استهلاك معين وتغير طريقة تفكيره وتصرفاته"⁵⁹. أما على المستوى القضائي فقد عرفه محكمة النقض الفرنسية بأنه: كل إعلام من شأنه حمل الزبون على تكوين فكرة عن النتائج التي يمكن انتظارها من السلعة أو الخدمة المقترحة⁶⁰.

وانطلاقاً مما سبق يمكن القول إن الإشهار هو وسيلة من وسائل الاتصال الهادفة إلى الترويج⁶¹ لمعروضات الموجب وتسويقها⁶²، بشكل يؤثر في المستهلك، مما يدفعه إلى اقتنائها بشكل لا واعي، نظراً

⁵⁸ - Allou Paul: "Psychologie de la vente et de la publicité", collection sup, paris, 1977, p 200.

⁵⁹ - أحمد أيت موهوب: "اتجاهات الطلبة نحو الإشهارات التجارية في التلفزيون الجزائري"، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، س.ج. 2002/2001، ص 35.

وفي نفس الإطار أنظر: - باتول صراوة عبادي: "التضليل الاعلاني التجاري وأثره على المستهلك - دراسة مقارنة" منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت- لبنان، ط. 1، 2011، ص. 21 وما يليها.

- حكيمة السدري: "المنافسة غير المشروعة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني-عين الشق- الدار البيضاء، س.ج. 2003/2002، ص 76.

⁶⁰ - N° 335..crim, 12/11/1986, Bull Cass.

مقتطف من قرار أورده: أحمد سعيد الزقرد: "الحماية المدنية من الدعاية الكاذبة والمضللة"، دار الجامعة الجديدة - مصر، 2007، ص.9.

⁶¹ - يعرف الترويج بأنه: "الجهد المبذول من جانب البائع لإقناع المشتري المرتقب بقبول معلومات معينة عن سلعة أو خدمة وحفظها في ذهنه بشكل يمكنه من استرجاعها".

- ناجي معلال، رائف توفيق: "أصول التسويق"، دار رائد للنشر- عمان، ط 1، 2002، ص 294.

أو يعرف بأنه: "الوظيفة المتعلقة بالإخبار والإقناع والتأثير على القرار الشرائي للمستهلك".

- شريف أحمد شريف العاصي: "التسويق: النظرية والتطبيق"، دار الكتب المصرية، 2004، ص 373.

- أو هو ذلك العنصر المتعدد الأشكال والمتفاعل مع غيره من عناصر المزيج التسويقي والهادف إلى تحقيق عملية الاتصال الناجمة عما تقدمه المؤسسات من سلع أو خدمات وفق إمكاناتهم وتوقعاتهم".

- يوسف حسن يوسف "التسويق الإلكتروني"، المركز القومي للإصدارات القانونية- القاهرة، ط.1، 2012، ص.67 وما يليها.

⁶² - التسويق في مفهومه الضيق هو مجموعة من الوسائل والأساليب التي تحوز عليها المؤسسة من أجل بيع منتجاتها لزبائنها بطريقة تضمن لها الربح، أما التعريف الواسع فهو: "مجموع الطرق والوسائل التي تحوز عليها المنظمة من أجل الارتقاء بسلوكيات الجماهير التي تهتم بها بالاتجاه الذي يضمن تحقيق أهدافها الخاصة".

ومن تم يمكن القول بأنه: "فلسفة ومنهجية ومجموع التقنيات التي يؤخذ بها لتحقيق غاية ما".

- Abderrazak Benhabib, Benchicha Sahraoui: "L'introduction du marketing dans les collectivités locales" Séminaire Montouri, Constantine en collaboration avec l'université pierre Mendès-France, 26-27 Avril 2003, p. international, unive

لأنه ذو قوة كبيرة وفاعلة نحس بتأثيرها على حياتنا اليومية كمستهلكين، الأمر الذي يفرض ضرورة اتسامه بالشفافية والوضوح، وذلك بتضمينه جملة من البيانات، التي تعرف بصورة حقيقية بالسلع أو الخدمات المعلنة بكيفية لا تحدث أي خلط أو لبس بشأنها، سيما وأن الواقع يعكس وجود نوع من المطاردة بين عالم الإشهار الممزوج بالخيال والمواهب الفنية للمبتدعين، ومتطلبات زبائنهم والمعلنين، الذين يبحثون دائما عن الرفع من رقم أعمالهم وتحقيق المزيد من المردودية، الشيء الذي يدفعنا إلى وصف الإشهار بأنه بمجرد صورة مرضية، لكونه لا يعكس الصورة الحقيقية والواقعية لموضوعاته بكل شفافية ووضوح.

وسواء تم توجيه الإشهار استنادا على الوسائل التقليدية أو الحديثة، كالمواقع والبريد الإلكترونيين، فإن ذلك لا يغير من ذاتيته في شيء، إذ أن العبرة بمضمونه لا بشكليات توجيهه، التي لا تزيد من الأمر شيئا سوى مساهمتها في تحقيق، بشكل أكثر فاعلية ومردودية، الأمر الذي قد يجعله يتداخل مع الإيجاب في هذا الإطار.

وبالنتيجة، فعلى الرغم من زخم المقتضيات التشريعية وكثرة الاجتهادات الفقهية السالفة، إلا أننا نرى أنها غير كافية بحد ذاتها في إيجاد معايير للتمييز ما بين الإيجاب والإشهار، سيما في خضم التطور التكنولوجي الذي زاد الأمر صعوبة.

المحور الثاني: معايير تمييز الإشهار عن الإيجاب الموجه بشكل إلكتروني

في ظل التطور المتلاحق الذي تعرفه التقنيات الحديثة احتدم خلاف فقهي حول الطبيعة القانونية للإشهار، أي هل يظل محتفظا بطبيعته الخاصة؟ أم من الممكن اعتباره إيجابا، خاصة وأن التطور الهائل الذي تعرفه التكنولوجيا، جعل معايير التمييز بينهما شبه منعدمة في أحيان كثيرة؟

ويمكن القول أن التسويق هو خيار تسييري وجملة من الإمكانيات والتقنيات الموجهة أساسا من أجل إشباع رغبات المستهلكين عن طريق الإعلان عن السلع والخدمات والمبيعات عموما وكذا الأفكار.

لقد ارتأى جانب من الفقه المصري أنه إذا كانت التفرقة بين الإيجاب والإشهار بادية وواضحة في العقود المبرمة بالوسائل التقليدية، فإن الصعوبة تدق في مجال المعاملات المبرمة بكيفية إلكترونية، خاصة إذا تضمن الإشهار كافة العناصر الضرورية والإلزامية في الإيجاب⁶³.

وقد استند جانب من الفقه الفرنسي في التمييز بين الإيجاب والإشهار الإلكترونيين على معيارين، أحدهما شكلي يتمثل في النقر على الأيقونة، والآخر موضوعي، يتمثل في مضمون البيانات موضوع الإيجاب⁶⁴، وإن كان الإشكال مطروح قضائيا وفقهيا عن الطبيعة القانونية للنقر على الأيقونة، أي هل النقرة الواحدة تعد بمثابة تعبيرات وجاهز عن الإرادة، أم أن هذه النقرة تحتاج إلى تأكيد لها بأحد الطرق الإلكترونية المتاحة.

وبناء عليه، إذا تضمن الإيجاب عبارة "الضغط على الأيقونة" أو "اضغط هنا"، أو غيرهما من العبارات ذات الدلالات الموازية، فنكون في هذا الإطار أمام إيجاب موجه بشكل إلكتروني، يترتب عنه انعقاد العقد جراء قبول المستهلك به، في حين أن الإشهار لا يتضمن العبارتين المذكورتين، وبالتالي، فأساس التمييز ما بينهما هو صياغة الإعلان نفسه، من خلال الألفاظ المستعملة فيه.

ونعتقد أن الصعوبة تدق إذا كان موضوع الإشهار مستجمعا لكافة البيانات الإلزامية في الإيجاب، التي تمكن من إبرام العقد إذا اقترن به القبول، وبمفهوم المخالفة إذ لم يحتوي الإيجاب على تلك العناصر فيعد مجرد إشهار، يشتمل فقط على الدعوة للتعاقد لا إلا.

⁶³ - محمد حسن رفاعي العطار: "البيع عبر شبكة الأنترنت دراسة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004"، دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية، مصر، 2007، ط 1 ص 74.

- Olivier Poulet: "Savoir négocier ses contrats", Delmas, paris, 2007, p 65.

⁶⁴ - Thibault Verbiest: "Le nouveau droit du commerce électronique, la loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyber consommateur-préface du Maroc Oliver, LGDJ, 2005, p 95.

وقد اختلف مناصري هذا المعيار حول تحديد محور الارتكاز وأساس التمييز، إذ هناك من اعتبر أن تحديد الثمن هو معيار التمييز، وإن كان عرض المنتجات لا يعتبر في كافة الأحوال إيجاباً، حتى وإن ذكرت الأسعار وحددت المواصفات⁶⁵.

وفي نطاق آخر اعتبر جانب من الفقه المصري، أن الإيجاب هو ما احتوى فحواه على بيانات محددة تحديداً نافياً للجهالة، بما في ذلك تحديد السعر إضافة إلى العناصر الأخرى للتعاقد⁶⁶، بشكل يجعله خالياً من أي لبس أو غموض ومحدداً بشكل كاف، وذلك كأن يتضمن الشروط الجوهرية للتعاقد، كطبيعة المنتج أو الخدمة، خصائصهما، تحديد الثمن وكيفية السداد، إضافة إلى زمن ومكان التسليم، في حين أن ما سلف بيانه لا يتوافر دائماً في الإشهار.

وترتباً عليه، نفترض أن الإشهار الذي يتضمن البيانات محور الإيجاب يعتبر في الوقت نفسه إيجاباً وإشهاراً، إذ يشتمل على عرض جازم للتعاقد قصد التعريف بالمنتجات أو الخدمات، أما إذا لم يتضمن تلك البيانات، فلا يعدو أن يكون إلا إشهاراً، لا يرقى إلى مرتبة الإيجاب الذي يتميز بالعزم الجازم والإرادة المصممة على التعاقد.

ولكن هذا الافتراض لا يمكن التسليم به إطلاقاً، نظراً لكون كل من الإيجاب والإشهار له نظامه وأساسه المميز، وبالتالي، لا يمكن اعتبار نفس الآلية تشكل إيجاباً وإشهاراً في نفس الوقت، وهذا ما تبنته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2011/11/29 الذي اعتبر أن الموقع الإلكتروني الذي يتضمن مدة فاعلية الإيجاب، ومقابل التسليم يعتبر بمثابة موقع خاص بتوجيه الإيجاب، استناداً إلى

⁶⁵- محمد رامي علوان: "التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، مجلة الحقوق - الكويت، ع.4، س. السادسة والعشرين، دجنبر 2002، ص 244.

في نفس الإطار أنظر: - محمد صبري السعدي: "الواضح في شرح القانون المدني الجزائري"، دار الهدى - الجزائر، 2007، ص 110.
- وفاء مصطفى محمد: "توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا لعام 1980"، أطروحة، جامعة القاهرة، مصر، 2005، ص 23 وما يليها.

⁶⁶- أسامة أبو الحسن مجاهد: "خصوصية التعاقد عبر الأنترنت"، دار النهضة العربية، مصر 2000، ط 1، ص 67.

البيانات المذكورة فيه، والتي لا تندرج في إطار الاعلانات ذات الطبيعة الإشهارية⁶⁷، وفي نفس الإطار اعتبرت محكمة الاستئناف بتولوز بموجب قرارها المؤيد للحكم الابتدائي الصادر بتاريخ 02 فبراير 2011 أن الاعلان الذي لا يتضمن العناصر الضرورية التي تفرضها مقتضيات القانونية، وخاصة منها طرق إبرام العقد وثمانه ومصاريف تسليم السيارة موضوع النزاع لا يرقى إلى درجة الإيجاب ويبقى ذو طابع إشهاري⁶⁸.

وفضلا عن ذلك اعتبرت المحكمة المذكورة أن شركة "la SAS CALAIS NORD AUTOMOBILES" قد عرضت الاعلان موضوع النزاع بتاريخ 2007/03/26 وهو تاريخ لاحق على إلغاء حسابها على موقع "AUTO SCOUT 21" الخاص بتوجيه العروض من أجل التعاقد، مما يبين أن ما عرضته الشركة المذكورة لا يتعدى كونه إشهار، مما يتبين معه أن الطبيعة القانونية للألية المستخدمة تعتبر محددا للطبيعة القانونية لما يتم عرضه أو إيداعه.

نرى أن موقف القضاء الفرنسي حري بالتأييد من قبل النظم التشريعية، لكونه وضع معايير دقيقة للتمييز ما بين الإشهار والإيجاب، على أساس أن التفرقة بينها من الأهمية بمكان، خاصة وأنها تبين الأحكام والآثار المترتبة عليهما في حال نشوب أي نزاع.

⁶⁷ -La Cour de cassation, dans un arrêt du 29 novembre 2011, a rappelé que, conformément à la LCEN, la nature publicitaire d'un site internet doit pouvoir être clairement identifiée. Elle a ainsi confirmé que l'information sur la nature publicitaire d'un site comparateur de prix doit être facilement accessible. Dès lors, conditionner l'accès à cette information à l'ouverture de plusieurs fenêtres, revêtait en l'espèce un caractère illicite. La Cour a en revanche cassé l'arrêt d'appel qui condamnait le site à indiquer la durée de validité de l'offre et le montant des frais de livraison, estimant qu'une telle obligation d'information ne s'applique qu'aux offres de contrat, et non à des annonces à caractère publicitaire.

Cass. Com. du 29 novembre 2011, accessible sur : <http://www.cyberdroit.fr/themes/nature-dun-site-internet/>
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024920229&fastReqId=679520651&fastPos=1>

⁶⁸ -Cour App. Toulouse, 2ème ch., sec 1, du 2 février 2011, accessible sur :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025304040&fastReqId=525543615&fastPos=1>

وطبيعة المعروض ترتبط ارتباطا وثيقا بالغرض الذي تخصص له الوسيلة الإلكترونية، إذ أنه إذا

كانت هذه الأخيرة ذات طابع إشهاري، فما يعرض عليها يتخذ نفس الطابع والعكس بالعكس.

وفي منحنى مخالف لما سبق بيانه K ذهب جانب من الفقه المصري إلى اعتبار الإشهار مجرد دعوة

للتعاقد، وذلك بسبب عدم تعيين الشخص المقصود منه⁶⁹، ولكن هذا المنظور لا يمكن التسليم به على

طلاقه، إذ نجد أن الإيجاب الموجه عن طريق المواقع الإلكترونية مثلا، يتاح أيضا إلى مستهلكين غير

محدددين، مما يجعل التبرير المذكور أعلاه معرّى من أي حجية أو قوة قانونية.

ومن خلال ما سلف أن عرجنا عليه، يمكننا التصريح أن لتحديد معايير التمييز بين الإشهار

والإيجاب الإلكترونيين أهمية اقتصادية واجتماعية وائتمانية، وذلك بالنظر لكون عدم ضبط هذه

المعايير بشكل دقيق من شأنه أن يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، ونشوب عدة منازعات قضائية تجمع

ما بين المعلن والمستهلك الذي قد يطالب بتنفيذ ما ظنه إيجابا، بالنظر لجهله الحدود الفاصلة بين

الإشهار عن غيره من مسميات قانونية.

- حامد عبد العزيز الجمال: "التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة-دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية - القاهرة، 2006، ص 105.69

لائحة المراجع المعتمدة:

أولا : بالعربية

- أحمد السعيد الزقرد: " الحماية المدنية من الدعاية الكاذبة والمضللة " ، دار الجامعة الجديدة - مصر ، 2007.
- أحمد السعيد الزقرد: "الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن"، مجلة الحقوق الكويتية، س 19، ع 4.
- أحمد أيت موهوب: "اتجاهات الطلبة نحو الإشهارات التجارية في التلفزيون الجزائري"، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، س.ج 2001/2002.
- أسامة أبو الحسن مجاهد: "خصوصية التعاقد عبر الأنترنت"، دار النهضة العربية، مصر 2000، ط 1.
- أيت أحمد ياسين: "الضوابط القانونية لحماية المستهلك في مجال الإشهار"، مجلة العلوم القانونية ع 2، 2014.
- إيمان التيس: "حماية المستهلك من الإشهاريات الخادعة على ضوء القانون رقم 31-08"، مجلة القضاء المدني، حول موضوع "حماية المستهلك"، دار الأفاق المغربية، الدار البيضاء.
- باتول صراوة عبادي: "التضليل الاعلاني التجاري وأثره على المستهلك - دراسة مقارنة " منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت- لبنان ، ط. 1 ، 2011.
- حامد عبد العزيز الجمال: "التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة-دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية - القاهرة، 2006.
- حكيمة السدري: "المنافسة غير المشروعة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة الحسن الثاني-عين الشق- الدار البيضاء، س.ج 2002/2003.
- سمير العكروت: "الإشهار التجاري وحماية المستهلك"، مجلة القضاء والتشريع ، أكتوبر 2005، ع.8.
- شبايكي سعدان: "الإشهار التجاري وحماية المستهلك"، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، ع. 6، 2006.
- شريف أحمد شريف العاصي: "التسويق : النظرية والتطبيق"، دار الكتب المصرية، 2004، ص 373.
- كوسى ليلي: "واقع وأهمية الإعلان في المؤسسة الاقتصادية الجزائرية-دراسة حالة مؤسسة اتصالات الجزائر للهاتف النقال-موبيليس"، مذكرة ماجستير في العلوم التجارية، جامعة منتوري قسنطينة، س.ج 2007/2008.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي: القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط . 8 ، 2005.
- محمد بن علي بن محمد السويد: "التغريب الثقافي في الإعلان التجاري-دراسة تحليلية تقويمية لعينة من الإعلانات التجارية في وسائل الإعلام في المجتمع السعودي"، ج.1، سلسلة الرسائل الجامعية 81، 2008.
- محمد جودة ناصر: "الدعاية والإعلان والعلاقة العامة"، دار مجلاوي- عمان، 1998.
- محمد حسن رفاعي العطار: "البيع عبر شبكة الأنترنت دراسة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004"، دار الجامعة الجديدة-الإسكندرية، مصر، 2007، ط 1 .

- محمد رامي علوان: "التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، مجلة الحقوق - الكويت، ع.4، س. السادسة والعشرين، دجنبر 2002.
- محمد رفيق البرقوقي وصادق راشد: "فن البيع والإعلان"، مكتبة الأنجلو المصرية-القاهرة، بدون سنة النشر.
- محمد صبري السعدي: "الواضح في شرح القانون المدني الجزائري"، دار الهدى- الجزائر، 2007.
- محمد فريد الصحن: "الإعلان"، دار الجامعية- الإسكندرية، 1990.
- ناجي معلال، رائف توفيق: "أصول التسويق"، دار رائد للنشر- عمان، ط 1، 2002.
- وفاء مصطفى محمد: "توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا لعام 1980"، أطروحة، جامعة القاهرة، مصر، 2005.
- يوسف حسن يوسف "التسويق الإلكتروني"، المركز القومي للإصدارات القانونية- القاهرة، ط.1، 2012.

ثانيا : بالفرنسية

Abderrazak Benhabib, Benchicha Sahraoui: "L'introduction du marketing dans les collectivités locales"
Séminaire international, unive. Montouri, Constantine en collaboration avec l'université pierre Mendès-
France, 26-27 Avril 2003.

Allou Paul: "Psychologie de la vente et de la publicité", collection sup, paris.

Jean Calais Auloy: « Droit de la consommation », éd. D. 1980, paris, 2005.

Kotler. P, Dubois. B: "Marketing management", publi . union, 10^{ème} éd. Paris 1997.

Laurent François: "Les études de marché", éd. D'organisation, paris, 2001.

Linda Arcelin- Lécuyer : «Droit de la publicité», presses Universitaire de Rennes, 2011.

Olivier Poulet: "Savoir négocier ses contrats", Delmas, paris, 2007.

P. Joffre, Y. Simon, J. M. Esnault: "Encyclopédie de gestion"; éd. Economica, paris, 1989.

Thibault Verbiest: "Le nouveau droit du commerce électronique, la loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyber consommateur-préface du Maroc Oliver, LGDJ, 2005.

ثالثا : اليوبوغرافيا

<https://www.legifrance.gouv.fr>

<http://www.cyberdroit.fr>

<http://adala.justice.gov.ma/>

<https://en.oxforddictionaries.com/>