



جامعة مولود معمري - تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مدرسة الدكتوراه "القانون الأساسي والعلوم السياسية"



حماية المستهلك الإلكتروني

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون
فرع: المسؤولية المهنية

تحت إشراف الأستاذة:
سي يوسف زاهية حورية

من إعداد الطالب
غدوشي نعيمة

لجنة المناقشة:

- د/كتو محمد شريف، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو رئيسا
- د/سي يوسف زاهية حورية، أستاذة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، مشرفة ومقررة
- د/صبايحي ربيعة، أستاذة محاضرة - أ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ممتحنة

تاريخ المناقشة: 27 سبتمبر 2012

اهداء

أهدي هذا العمل المتواضع:

الى الوالدين الكريمين واخوتي واخواتي

الى كل العائلة الكريمة

الى كل الاصدقاء

الى كل من كانوا سببا في نجاحي

الى كل من ساعدني في انجاز هذا العمل من قريب او بعيد

نعيمه

كلمة شكر

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة الفاضلة الدكتورة "سي يوسف نراهية" على مساعدتها لي، فرغم انشغالاتها، والتزاماتها الكثيرة فقد قبلت بالإشراف على هذا العمل ومراجعته من جديد، مع تقديمها الملاحظات قيمة أنارت لي طريق البحث والتقصي.

فلها كل عبارات الشكر والتقدير عرفانا مني بالجميل.

إلى كل أساتذة المعهد الذي مرافقوني في الدراسة من بدايتها إلى نهايتها، وإلى كل موظفي معهد العلوم القانونية والإدارية بتيزري ونرو، وكذلك موظفي مكتبة معهد العلوم السياسية.

نعيمه

مقررة

قائمة المصترحات

أولاً: باللغة العربية

ج ر: جريدة رسمية

د: الدكتور

د ب ن: دون بلد النشر

د ت ن: دون تاريخ النشر

د ت م: دون تاريخ المناقشة

ص ص: من صفحة ... إلى صفحة

ثانياً: باللغة الفرنسية

P : page

Pp : de page... à la page

N° : Numéro

Op.cit : Œuvre précitée

Fasc : Fascicule

Jo : Journal officiel

LGDJ : Libraire Général de Droit et de Jurisprudence

Cass.Civ : Chambre Civile de la cour de Cassation

Cass Crim : Chambre Criminelle de la Cour de Cassation

Civ.1^{er} : Cour de cassation 1^{er} chambre

CE : Communauté Européenne

JCP : Semaine Juridique

من المسلم به أن العالم يعاصر اليوم عهداً جديداً من النهضة في المجالات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات ، والتي تعد بحق ، الثورة الصناعية الثانية في حياة البشرية، حيث لا يجد مستخدم الانترنت أي عناء في استظهار التطور الهائل والسريع لمواقع التجارة الالكترونية.

ونتيجة لهذا التطور الاقتصادي والانفجار التقني المتكل على الأنظمة الرقمية، يتحتم تصور عمق التغير والتحول المتوقعين في أنماط الحياة والبناء الاقتصادي، ومن ثم البنية القانونية الداعمة لنموه.

وباعتبار التجارة من أهم مقومات الاقتصاد، كان لازماً أن تتأثر بهذا التحول، فانتقلت بذلك من تجارة تقليدية إلى أخرى إلكترونية، تعتبر من أهم المستجدات على المستوى المحلي والدولي، حيث أصبحت نمطا من أنماط المعاملات الاقتصادية في عصر تلاشت فيه الحدود والفواصل الجغرافية.

وأمام هذا الواقع ومفرزاته، يغدو تجاهل هذا النوع من المعاملات، مغالاة في المحافظة على الأنماط التقليدية، ذلك أن هذا النمو، أصبح يشكل تحديا هاما على المستوى الدولي، مما حرك عجلة البحث نحو التشخيص الدقيق للمعوقات المطروحة والتنقيب على سبل سريعة لإيجاد الحلول.

وتأسيسا على ما سبق، كان من الضروري أن نوجه الأنظار إلى موضوع التجارة الإلكترونية باعتباره أهم روافد التطور التقني، حيث يثير تحديات قانونية كثيرة، تجتمع جلها في مدى قابلية القواعد التقليدية للتطبيق على تلك المعاملات و مدى حمايتها للمستهلك المتعاقدا.

وعلى ذلك، لا يقصد بالتجارة الالكترونية تلك التجارة التي يكون محلها أجهزة أو مستلزمات إلكترونية، وإنما يقصد بها التعاملات التي تتم من خلال أجهزة ووسائل الكترونية.

إذ بالرغم من اشتغال التجارة الإلكترونية على كل الاستعمالات التكنولوجية من فاكس وهاتف وتلفاز وما إلى ذلك، إلا أن المقصود بإطلاقها التعاملات التجارية التي تتم إلكترونياً عبر شبكة المعلومات الدولية (الانترنت)¹.

وبذلك، فإنه يمكن تعريف التجارة الإلكترونية بأنها "بيع وشراء وتبادل المنتجات والخدمات عبر شبكة الانترنت"، غير أن هذا التعريف لم يقع بشأنه الاتفاق، فبالرجوع إلى القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية² المسمى باليونسترال (UNCITRAL)³، نجده أنه اعتبر التجارة الإلكترونية عبارة عن نقل الكتروني للبيانات بين جهازين للكمبيوتر باستخدام نظام متفق عليه للمعلومات، حيث ينصرف هذا التعريف لكل استعمالات المعلومات الإلكترونية في التجارة من جهة، ولكل وسائل الاتصال التي تتم عن طريقها هذه التجارة من جهة أخرى.

أما في فرنسا، فتشكلت لجنة برئاسة وزير الاقتصاد الفرنسي لتعريف التجارة الإلكترونية انتهت إلى أنها " مجموعة من المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية

1 - الإنترنت (Internet) كلمة إنجليزية الأصل تتكون من مقطعين هما inter وتعني البينية أو الاتصال، أما الثانية net وتعني الشبكة، وإذا جمعنا الكلمتين معاً فإن المعنى الكامل المتحصل هو الشبكة المتصلة أو البينية ، ويعرف الإنترنت بأنه: "مجموعة من أجهزة الحاسب الآلي مرتبطة بعضها ببعضها الأخر بطريقة تمكن من تبادل المعلومات باستخدام التكنولوجيا الحديثة" أنظر، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية ، مجلس النشر العلمي، الكويت ، 2003 ، ص23.

2- قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، الجمعية العامة للأمم المتحدة، لجنة القانون التجاري الدولي، قرار رقم (85)، الصادر في 1996/12/16، للإطلاع على نصوص هذا القانون، أنظر،

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-ecomm-a_ebook.pdf

3- اليونسترال هي لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة وتضم في عضويتها غالبية دول العالم الممثلة لمختلف النظم القانونية الرئيسية، وغرضها الرئيس تحقيق الانسجام والتوائم بين القواعد القانونية النازمة للتجارة الإلكترونية وتحقيق وحدة القواعد المتبعة وطنياً في التعامل مع مسائل التجارة العالمية.

بين المشروعات ببعضها البعض وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة
"(4).

على الرغم مما توفره التجارة الإلكترونية من مزايا عديدة (5) ، فإن هناك من المعوقات ما يقف في طريق التوسع في الأخذ بها بصورة تجعلها البديل الحديث للتجارة التقليدية، فالعلاقات التجارية التقليدية قامت منذ القدم على أساس الإيجاب والقبول بخصوص أي تعاقد ، وعلى أساس التزام المهني مثلاً بتسليم المبيع بشكل مادي وضمن نشاط إيجابي ملموس، وأن يقوم المستهلك بالوفاء بالثمن إما نقداً أو باستخدام أدوات الوفاء البديل عن الدفع المباشر من خلال الأوراق المالية التجارية أو وسائل الوفاء البنكية التقليدية.

يعتبر العقد الإلكتروني ترجمة قانونية لتتلاقى الإرادة بين المهني و مقدم الخدمة من ناحية و المستهلك من ناحية أخرى، و يمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه: " إتفاق بين شخصين أو أكثر يتلاقى فيه الإيجاب و القبول عبر تقنيات الاتصال عن بعد بهدف إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها".

لا يختلف في تكوينه عن العقد التقليدي من توافر أركانه المتمثلة في الرضا و المحل و السبب، حيث تتلاقى إرادتين الإيجاب و القبول عبر تقنيات الاتصال الحديثة و إن الإيجاب يجب أن يكون جازماً و يتضمن كافة الشروط و العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بحيث يتعقد اذا ما صادفه قبول و ان تكون الإرادة للمتعاقدين صحيحة و خالية من أي عيب من عيوب الإرادة.

⁴ - أنظر: عبد الفتاح بيومي حجازي ، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية ، جريدة رسمية 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص18.

⁵ - مزايا التجارة الإلكترونية : توفير الوقت والجهد- المساعدة على سرعة نشر المعلومات التجارية وتوزيعها - القدرة على تحليل الأسواق والاستجابة لتغير متطلبات المستهلكين - خلق العديد من فرص العمل الحر- توفر كثيراً من نفقات الإعلان والنفاذ إلى الأسواق - توفر الشفافية في التعاملات التجارية بما يتيح من سهولة الحصول على معلومات دقيقة وكاملة - زيادة القدرة التنافسية وغيرها مما لا يتسع المقام لذكرها، أنظر:

يتصف العقد الالكتروني بالطابع الاستهلاكي، حيث قد جاءت هذه الصفة لأنه غالباً ما يتم بين مهني و المستهلك، و من ثم فانه يعتبر من قبيل عقود الاستهلاك لذا يخضع العقد الالكتروني عادة للقواعد الخاصة بحماية المستهلك على نحو ما جاء به التوجيه الاوروبي بشأن حماية المستهلك الالكتروني رقم 7/97 و كذا قانون الاستهلاك الفرنسي، الذي تفرض على المهني باعتباره الطرف القوي في التعاقد العديد من الالتزامات القانونية تجاه المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العقد.

و يتسم كذلك بالطابع الدولي و ذلك راجع للطابع الدولي لشبكة الأنترنت، و ما يرتبه من جعل معظم دول العالم في حالة اتصال على الخط، و يثير الطابع الدولي للعقد الالكتروني العديد من المسائل كمسألة بيان مدى أهليته المتعاقد للتعاقد و كيفية التحقق من شخصيته المتعاقد الاخر، و معرفة حقيقة المركز المالي له، و تحديد المحكمة المختصة و كذلك القانون الواجب التطبيق على منازعات ابرام العقد الالكتروني.

رافقت انتشار التعامل الإلكتروني ، نهضة تشريعية قامت من خلالها المنظمات الدولية والدول بوضع نصوص تشريعية تعمل على تأمين سلامة التعاقد عن بعد بصفة عامة، ووضع إطار قانوني لحماية المستهلك الإلكتروني بصفة خاصة، فنجد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيف، UNCITRAL أو CNUDCI)⁶ الصادر سنة 1996، وبالرغم من عدم

⁶ - صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-162 في 16 ديسمبر 1996، يگون هذا القانون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من 1 إلى 10، أما الباب الثاني فمكون من فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و 17 منه، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطاباً للدول الأعضاء بكيفية إدماج ه ضمن تشريعاتها الداخلية.

- يتضمن هذا القانون نوعين من القواعد، قواعد آمرة تتعلق بالتطبيق العام للقانون، وأخرى تكميلية لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها، وتكمن مزاياه في توحيد القواعد القانونية المعمول بها في مجال التجارة الإلكترونية ، كما يساعد الدول والأشخاص المتعاملين في هذه التجارة الأخذ بأحكامه، كما أن يسري أن التجارة

إلزاميته، إلا أنه يتمتع بقيمة قانونية في إسترشاد الدول إلى وضع قوانين تحكم المعاملات الإلكترونية.

كذلك جهود الاتحاد الأوروبي من خلال مختلف التوجيهات التي نجد على رأسها التوجيه رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 الصادر عن البرلمان الأوروبي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين في هذا مجال ، والتي تعرف المادة 2 التعاقد عن بعد بأنه :

"كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه"، وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في نفس النص بأنها:

" كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد والمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه"

وبالتالي فإن تعريف التوجيه للعقود المبرمة عن بعد يشمل مفهوم العقود الإلكترونية.⁷

على الرغم من فوائد التعاقد الإلكتروني، كاختصار الوقت، والنفقات في مختلف المعاملات المدنية والتجارية، إلا أن هذا التعاقد قد أثار العديد من المشكلات، منها كيفية

الإلكترونية والدولية على حد سواء. ويلاحظ على هذا القانون أخذه بمفهوم واسع للتجارة الإلكترونية، ولم يهتم بالتفاصيل الفنية المستخدمة فيها، ويعد بذلك عملا تشريعيا صادرا عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، - للإطلاع على القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وملاحقه المفسرة له، أنظر الموقع: www.uncitral.org.

⁷ - Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997, modifier par : Directive 2011/83/UE du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil. - **Remarque** : La Directive 2011/83/UE rentrera en vigueur juin 2014

إجراء هذا النوع الجديد من أسلوب التعاقد، ومدى ملائمة القواعد القانونية له، وكيفية مواجهة طرق الاحتيال والاستغلال التي يمارسها أحد أطراف العلاقة التعاقدية اتجاه الآخر عند إبرام العقد، وبشكل خاص إذا كان أحدهما مستهلكاً - نظراً للحيز الذي تشغله عقود الاستهلاك من العقود الإلكترونية سواء لشراء السلع أو الاستفادة من الخدمات.

ومن الموضوعات التي اختلف حولها، موضوع تعريف المستهلك فهناك اتجاهان: اتجاه موسع الذي يرى أن المستهلك كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك، و يكون بذلك تعاقد المهني للحصول على سلعة و حاجات لا تتعلق بمهنته، أما الاتجاه الضيق، فيرى أن المستهلك كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية والعائلية وعلى ذلك لا يكتسب صفة المستهلك من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه.

يقصد بحماية المستهلك بوجه عام حفظ حقوقه و ضمان حصوله على تلك الحقوق قبل المهنيين في كافة المجالات سواء كانوا تجاراً أو صناعاً أو مقدمي خدمات أو شركات، وذلك في إطار التعامل التسويقي الذي تكون محله سلعة او خدمة.

وتكمن أهمية توفير الحماية للمستهلك، في كونه الطرف الضعيف في التعاقد بالنظر إلى المهنيين الموجودين في مركز القوة، فالمستهلك هو الشخص الضعيف اقتصادياً، كما أنه قليل الخبرة بالنظر الى المهني ، وأيضاً لأنه في المعاملات الالكترونية يكون التعاقد عن بعد ولا يكون المنتج محل التعاقد بين يدي المستهلك.

نظراً للمخاطر الكبيرة التي تتعرض لها العمليات الاستهلاكية في جميع مراحلها، و بصفة خاصة في مرحلة التعاقد الإلكتروني، ولوقاية المستهلك من مخاطر ما يقتنيه من سلع و خدمات، ولحمايته من شر الوقوع ضحية لنزعه الاستهلاكية، ظهرت الحاجة لحماية المستهلك في السوق الإلكترونية، فالثقة في السوق الإلكترونية من أبرز ما يحتاج إليه المستهلك في سبيل تلبية إحتياجاته الشخصية، حيث أن الحماية القانونية للمستهلك سواء في مرحلة ما قبل إبرام العقد، أو في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني تعتبر مهمة جداً بسبب أن المستهلك يمكن أن يكون طرفاً ضعيفاً. ففي تلك الحالة قد يحتاج لسلعة معينة بصورة

ضرورية، وبالتالي يخضع لشروط غير عادية ومجحفة بحقه، فالشركة البائعة تكون هي الطرف القوي في هذا العقد في مقابل المستهلك.

ونظرا لكون العقد الالكتروني عقد مبرم عن بعد، فإن هذه السمة لا تسمح للمستهلك الالكتروني تفحص المنتج ولا لتدبر أمره في روية، لهذا فإن المستهلك الالكتروني يجب أن يحظ بحماية خاصة تجعله يتمتع بحقوق إضافة إلى ما يتمتع به المستهلك العادي. وفائدة التمييز بين المستهلك العادي والمستهلك الالكتروني، تظهر في تحديد القانون الواجب التطبيق على الواقعة، فالمستهلك تحكمه القوانين الداخلية الخاصة بحماية المستهلك والقواعد العامة فيما لم يرد نص خاص. أما المستهلك الالكتروني فتحكمه القواعد القانونية الخاصة بحماية المتعامل بالوسائل الالكترونية، والقواعد العامة في حماية المستهلك العادي عند عدم وجود لبعض الوقائع نص خاص، و القواعد الدولية المنظمة للمعاملات الالكترونية.

والحقيقة أن حماية المستهلك الالكتروني تتطلب تحديد المشكلات التي تمثل ضعفا لديه حال التعامل عبر الشبكة و لعل أهمها ضمانات ابرام هذا العقد من حيث التأكد من رضا المستهلك عند ابرم العقد بطريق الانترنت، و حقه في الاعلام و كذلك مراعاة الضمانات اللازمة لعدالة التنفيذ، ومنها حمايته من العيوب الخفية، و حقه في العدول، و يدخل في عداد حمايته حقه في معرفة القانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة بالنزاع.

و عليه تكمن اشكالية الدراسة في ما يلي:

ما هي الحماية المقررة للمستهلك قبل ابرام العقد و أثناء تنفيذه؟

و للإجابة على هذه الاشكالية، قسمت البحث الى فصلين، في القسم الأول منه اتطرق لحماية المستهلك قبل ابرام العقد من خلال التطرق إلى حمايته عن طريق حقه في الإعلام و حماية رضائه ، أما الفصل الثاني من البحث فتطرقنا إلى حماية المستهلك

الإلكتروني عند تنفيذ العقد كحقه في الضمان و حقه في الدول و خاصة فيما يخص تحديد القانون والمحكمة المختصة في حالة وجود نزاع.

انتهجنا خلال داستنا لموضوع حماية المستهلك الإلكتروني إلى منهج تحليل مقارنة من خلال دراسة معظم الاتفاقيات والقوانين المجسدة لحماية المستهلك في إطار التعاقد التقليدي ومحاولة تكرسها في ضمن التعاقد الإلكتروني كما حاولنا تحليل بعض النصوص من أجل استنباط بعض النقائص التي ترتبها ومحاولة تجسيد بعض الحلول في التشريعات المقارنة.

الفصل الأول

حماية المستهلك قبل إبرام العقد

تعتبر المرحلة التمهيدية لإبرام العقد ذات أهمية قصوى بالنسبة لمن ينوي التعاقد عبر الشبكة، خاصة من جهة أن يتأكد من مدى مشروعية التعبير عن إرادته في العقد المزمع إبرامه، ومدى إمكانية إبرام هذا العقد عبر هذه الوسيلة المستحدثة، فإذا ما أجازت التشريعات التعبير عن الإرادة وإبرام هذا العقد عبر الانترنت، فيمكن للمتعاقد أن يتنبه الى وجود أية مشاكل قانونية قد تنثور من جراء التعبير عن الإرادة عبر الانترنت، ويحاول البحث عن الحلول المناسبة لها قبل الدخول في العملية التعاقدية (المبحث الاول).

كما تبرز أهمية هذه المرحلة بوجود الالتزام بتقديم المعلومات السابق للتعاقد والذي كرسه أغلب التشريعات التي تنظم التجارة الالكترونية والتعاقد عبر الانترنت، حيث يلقي هذا الالتزام على عاتق المهني تقديم المعلومات الكافية عن العملية محل التعاقد ليكون رضا المتعاقد صادرا عن وعي وبصيرة وإدراكا لمصلحته (المبحث الثاني).

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

المبحث الأول

إلزام المهني بإعلام المستهلك

أصبح اليوم الالتزام بالإعلام⁽¹⁾ بناءاً قانونياً جديداً تمليه ضرورات الحياة الحديثة ومتطلباتها، وبالتالي لابد من ضرورة توسيع نطاق تطبيقه وبسطه على كافة العقود، وذلك رغبة في الحد من حالات عدم المساواة في المعرفة بين أطراف العقد المزمع إبرامه .

ويكون هذا الإلتزام مطلوباً أكثر في مجال العقد الإلكتروني، ذلك أن هذا النوع من التعاقد يتم باستخدام وسائل الكترونية دون التقاء مادي بين أطرافه، و فيه الكثير من المخاطر التي تؤدي إلى التأثير على رضا المستهلك.⁽²⁾

لذا كان حرص التشريعات الحديثة على ضرورة إعلام المستهلك الإلكتروني على نحو معين يختلف عن الحق في الإعلام في الحالات العادية، و عليه سأحاول من خلال هذا المبحث أن أوضح المقصود من الحق في الإعلام الإلكتروني مع بيان الحكمة من تقريره (المطلب الأول)، ثم سأعرض الأساس القانوني للإعلام ومضمونه (المطلب الثاني).⁽³⁾

¹- ثمة تسميات أخرى للالتزام بالإعلام وهي الالتزام بالادلاء، أنظر في هذا: نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود (دراسة فقهية قضائية مقارنة) ، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982، ص 4؛ والالتزام بالافضاء أنظر: علي جابر محجوب ، سلامة المستهلك من اضرار المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص 108؛ والالتزام بالتنصير أنظر: حسام كامل الاهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي، تقرير مقدم الى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الاعمال الدولي، القاهرة، 1993، ص 17، الالتزام بالاخبار أنظر: عمران السيد محمد السيد ، حماية المستهلك أثناء إبرام العقد، الدار الجامعية للطباعة و النشر، الإسكندرية، 2003، ص 24.

²- زريقات عمر خالد، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، دار الحامد للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2007، ص 339.

³- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء مضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 105.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

المطلب الأول

مفهوم الالتزام بالإعلام الإلكتروني والحكمة من تقريره

يفرض على عاتق المهني التزام بأن يدلي قبل إبرام العقد كافة أنواع البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد والتي من شأنها أن تساهم في إيجاد رضا كامل وسليم ومنتور بكافة تفاصيل العقد فهو لا يشدد الاعتداء على الإرادة وإنما على المسؤولية وحسن نية الطرفين.⁽¹⁾

تعرض المشرع الجزائري للالتزام بالإعلام في كل من التقنين المدني باعتباره الشريعة العامة التي تحكم أغلب التصرفات، حيث نص بضرورة التزام المهني بإعلام المستهلك بالمبيع طبقا لنص المادة 1/352 من التقنين المدني ضمن أحكام عقد البيع حيث تنص على أنه:

« يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا و يعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه ». ⁽²⁾

فعلى البائع أن يصرح بحقيقة المبيع ويصفه وصفا نافيا للجهالة، والزامية إعلام المستهلك بكل ملابسات التعاقد في إطار العقود التقليدية بصفة عامة دون الإشارة إلى العقود الإلكترونية، على عكس المشرع الفرنسي الذي أشار في قانون المستهلك إلى المعاملات الإلكترونية، في إطار ما يعرف بحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد⁽³⁾، إلا أنه كان أكثر وضوحا حين عدل هذا القانون بالأمر رقم 648-2005 بتاريخ 2005/06/06⁽⁴⁾،

¹ - عروبة شافي المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون المدني، جامعة بابل، 2008، ص 116. متوفرة على الموقع: www.uomisan.edu.iq

² - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، جريدة رسمية عدد 78، مؤرخة في 1975/09/30.

³ - أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، مجلة الشريعة و القانون، العدد 40، 2009، ص 439.

⁴ - Ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, [JO n° 7 du juin 2005, en vigueur le 1er décembre 2005.](http://www.legifrance.gouv.fr)

Voir : www.legifrance.gouv.fr

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

وقرر أن أحكام التعاقد عن بعد المتعلقة بالحق في الإعلام الواردة بنص المادة 18/121 تنطبق على العقود الإلكترونية سواء تضمنت منتج أو خدمة⁽¹⁾.

ومن خلال ما سبق سأتناول في هذا المطلب تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني (الفرع الأول) والحكمة من تقريره (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني

عرف البعض الالتزام بالإعلام بأنه:

« التزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع الى طبيعة هذا العقد او صفة احد طرفيه او طبيعة محله او اي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على احدهما ان يلتزم ببيانات معينة او يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الاخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالادلاء بالبيانات »⁽²⁾.

يعتبر كذلك نوع من الوقاية من عيوب الرضا ويمكن بالتالي أن يقود الى توسيع عيوب الرضا التقليدية، بينما عرفه البعض الآخر بأنه تنبيه أو إعلام المستهلك بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما، من عناصر التعاقد المزمع حتى يكون المستهلك على بينة من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسباً على ضوء صاحبه وهدفه من إبرام العقد.

¹ - Article 121/18 de l'ordonnance 2005-648 énonce: « ...Ces informations, dont le caractère commercial doit apparaître sans équivoque, sont communiquées au consommateur de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée. ». Voir : www.legifrance.gouv.fr

² - خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، الدار الفكر الجامعي ، مصر، 2007 ، ص 163. أنظر كذلك: نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 15.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

تناول البعض هذا الالتزام بالتعريف على أنه: « التزام قانوني عام سابق على التعاقد يلتزم فيه المهني، بالإعلام المستهلك في ظروف معينة اعلاماً صحيحاً وصادقاً بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه، والتي يعجز عن الاحاطة بها بوسائله الخاصة ليبنى عليها رضاه بالعقد ».⁽¹⁾

كما عرف الالتزام بالإعلام بأنه إعلام المهني الذي يكون في مركز أقوى من المستهلك بإخطار المستهلك في العقد بكافة البيانات عند إبرامه للعقد والتي تساهم في تكوين الرضا الحر المستنير والتي تمكن المتعاقد الضعيف الذي هو المستهلك من الإقدام على العقد عند إبرامه أو عدم إبرامه إذا شاء، ثم إيجاد نوع من التعاون بين الطرفين لتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع موجبات حسن النية في التعامل وحماية الثقة المشروعة في العقد.

يتضح لنا من خلال التعريفات السابقة لهذا الالتزام بانه التزام يجد أساسه في الالتزام الرئيسي في هذه المرحلة ، وهو التعامل بحسن نية إذ أن هذا الأخير يفرض على كل طرف من طرفي التعاقد منذ اللحظة الأولى لبدء هذه المرحلة التي تسبق التعاقد أن يتخذ موقفاً ايجابياً اتجاه الطرف الآخر، فيطلعه على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه.⁽²⁾

يتم الالتزام بالإعلام سواء بشكله التقليدي أو الإلكتروني في المرحلة السابقة على التعاقد أي مرحلة المفاوضات⁽³⁾، ولذلك يجب أن يتوفر في الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق على التعاقد شرطين هما:

الشرط الأول : أن يكون أحد المتعاقدين مهنيًا خبيرًا على نحو يسمح له بالعلم الشامل والكافي ببيانات ومواصفات المبيع محل عقد الاستهلاك، ولا يقتصر علم المهني بالمعلومات

¹ - نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، 2005، ص138.

² - محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة و مدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص16.

³ - محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة" ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2007، ص 270.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

المتعلقة بالمنتج بل يتعدى إلى العلم بأهميتها وبدورها المؤثر والفعال في تكوين رضا المستهلك.⁽¹⁾

الشرط الثاني : أن يكون المستهلك جاهلا لهذه المعلومات، حيث أن هذا الجهل هو الذي يجعل المهني في عقود الاستهلاك الإلكترونية مدين بالإعلام للمستهلك، غير أن جهل المستهلك لا بد أن يكون مشروعاً، باعتبار أن الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق المهني له حدود، حيث لا يتعدى ما يجله المهني شخصياً ولا المعلومات التي يعلمها المستهلك أو يفترض علمه بها.⁽²⁾

يعتبر الالتزام بالإعلام كما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي التزاماً ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة، وذلك أن المهني ليس مطالباً بأكثر من توفير رضا المستهلك باستخدام كافة الوسائل التي تجعل التزامه ناجعاً، ولكنه لا يستطيع في المقابل أن يضمن إتباع المستهلك لما أبداه من نصائح ومعلومات أو تقيده بتوجيهات و تحذيرات المهني.⁽³⁾

يعد الالتزام بالإعلام في مجال التجارة الإلكترونية، من أهم الضمانات القانونية لتحقيق المساواة في العلم بجوانب العقد بين طرفي العلاقة، خاصة وأنه من الشائع والمستغرب أيضاً في العقود التي تبرم عبر الانترنت أن تكون الشروط التعاقدية مخفية.⁽⁴⁾

و يأخذ هذا الإخفاء أشكالاً متعددة، كأن يكون من الصعب على المستهلك إيجاد بنود العقد على الموقع وذلك بسبب العدد الكبير من الوثائق القانونية المرفقة، أو في بعض الأحيان قد تسمى على المحتويات القانونية أسماء غير قانونية، مثل: شروط الاستخدام،

¹- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003، ص 139.

²- جرعود الياقوت، عقد البيع و حماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002، ص 38. أنظر كذلك : خالد ممدوح ابراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 85.

³- سليم سعادوي، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 30.

⁴- Vincent GAUTRAIS : Le nouveau contrat à distance et la Loi sur la protection du consommateur , dans Pierre-Claude Lafond, droit de la consommation sous influences, Éditions Yvon Blais, Cowan ville, 2007, p. 105-137.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

الأمن والسرية.... إلخ، وهو ما يقوم به المهني بهدف عدم تخويف المستهلك بالشروط والالتزامات القانونية.⁽¹⁾

الفرع الثاني

مبررات تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

يعود سبب إقرار الالتزام بالإعلام قبل التعاقد إلى طبيعة العقد الذي يبرمه المستهلك، الذي يكون في كثير من الأحيان يتميز بانعدام التوازن العقدي بين طرفيه⁽²⁾، خاصة وأن هذه

¹ - عمران السيد محمد السيد، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الأنترنت، الدار الجامعية للنشر، بيروت، 2006. ص 60.

² - من بين مظاهر الحماية العامة التي تهدف إلى حماية المتعاقد مشتري كان أو مستهلك وفق النظرية العامة للعقد والقواعد الخاصة بعقد البيع

1. حماية رضا المستهلك عن طريق الحق في طلب إبطال العقد إذا شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة، وهي الغلط و الإكراه و التدليس والغبن ، وإن كانت الحماية هنا ضعيفة نظرا لصعوبة إثبات العيب من جهة، ومن جهة أخرى اللجوء إليها يؤدي إلى الإبطال أي التخلي عن العقد برمته ، وهو ما قد لا يخدم مصلحة المتعاقد.

2. نظرية الظروف الطارئة التي توفر الحماية للطرف المضرور من نتائج الحدث الطارئ حسب نص المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري " : غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي و إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك. "

3. تفسير الشك لمصلحة المدين فإذا كان المستهلك الطرف المدين فسر الشك لمصلحته، الفقرة الأولى من نص المادة 112 من القانون المدني الجزائري " : يؤول الشك في مصلحة المدين.

4. السلطة التقديرية للقاضي في تفسير العقد، فللقاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين إذا كانت عبارات العقد غامضة، نص المادة 111 من القانون المدني الجزائري.

5. منح القاضي سلطة تعديل أو إعفاء المستهلك من الشروط التعسفية و ذلك حسب نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها " : إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفق لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ، وقد نصت الفقرة الثانية من نص المادة 112 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: =

=غير انه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " ، وهو ما يفيد تفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة المستهلك الإلكتروني الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا.

6. كما رتب المشرع الجزائري على عاتق البائع في عقد البيع الإلتزام بضمان العيوب الخفية للمبيع طبقا للمواد من 371 إلى 386 من القانون المدني الجزائري.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

العقود تبرم بوسائل إلكترونية يكون الحضور فيها افتراضيا بين طرفيه إضافة إلى البعد المكاني الذي يظل واقعا مؤثرا يثير العديد من الإشكالات، الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة توفير حماية خاصة للمستهلك الإلكتروني، وعليه فمن أهم الضرورات العملية التي أدت إلى وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ما يلي:

- عادة ما تكون الأعمال التجارية الإلكترونية مسبقة بشكل من أشكال الدعاية والإعلان الإلكتروني ولأن الإعلان في شكله الإلكتروني أقل تكلفة وأكثر سهولة من الإعلان التجاري التقليدي فإنه يشكل مصدر خطورة حقيقية على توجيه إرادة المستهلك⁽¹⁾، وذلك بدفعه إلى الإقدام على شراء السلع والاستفادة من الخدمات دون أن يكون بحاجة فعلية إليها⁽²⁾. فيكون التضليل إيجابيا إذا تضمن مواصفات خادعة مغايرة للحقيقة، أو سلبيا كعدم ذكر بيانات جوهرية أدت إلى تكوين صورة مخالفة للحقيقة، فالإعلان التجاري وإن كان مظهرا من مظاهر المنافسة المشروعة ووسيلة للتعريف بالمنتجات والخدمات⁽³⁾، إلا أنه انقلب سلبا على المستهلك، ففي ظل الإغراءات التجارية، وتأثير التقنية الحديثة على محتوى الإعلان نفسه، أصبحت الصورة الإعلانية الافتراضية تتفنن في إظهار الأشياء على غير حقيقتها بشكل منقوص الوضع الذي يخلق في النهاية مظهرا من مظاهر عدم التكافؤ ليصبح المهني مسيطرا على العلاقة التعاقدية أمام عرقلة رضا المستهلك في اختياره.

¹ - يقترب مفهوم الإعلان مع كل من مفهوم الإعلام و الدعاية، فتختلف الدعاية عن الإعلان بأنها وجه من وجوه ممارسة نشر الأفكار و الآراء الخاصة بأفكار معينة و محاولة تجميع مؤيدي هذه الأفكار كالدعاية لنشاط جمعية من الجمعيات المناصرة لحماية البيئة أو الحيوان وهدف الدعاية غير مادي فهي لا تسعى إلى تحقيق الربح من وراء الأنشطة الممارسة. أما الفرق ما بين الإعلان و الإعلام يتجلى في كون الإعلام هو نشر حقائق و المعلومات و الأخبار بين الجمهور بقصد نشر الثقافة و تنمية الوعي و الارتقاء بالمدارك، فهو لا يهدف إلى ترويج المنتجات و الخدمات بخلاف الإعلان الذي يهدف بصفة أساسية إلى ترويج السلع و الخدمات بهدف تحقيق الربح. **راجع كذلك: عمران السيد محمد السيد،** الإلتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الأنترنت، المرجع السابق ، ص 57.

² - **Thibaut VERBIEST:** La protection juridique du cyber-consommateur, Paris, 2002, p. 10.

³ - **Nathalie MOREAU:** La formation du contrat électronique dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits , Droit des contrats, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales ,Université de Lille 2,France 2003 ,p 21.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

- أدى التطور الصناعي والاقتصادي الذي يشهده العالم اليوم إلى الإسهام في انحراف أسلوب البيع عن أسلوبه التقليدي، فلم يعد بسيطاً كما كان، بل أصبح التعاقد الإلكتروني أكثر تعقيداً، وتعددت أنواع السلع والمنتجات بفنيات يجهلها المستهلك في أغلب الأحيان، ويعلمها المهني صاحب الخبرة على حساب المستهلك عديم الخبرة الذي يقبل على التعاقد دون دراية بأوصاف محل العقد من سلع وخدمات، فإنه يقع على عاتق المهني التزام بإعلام المستهلك بكل ملابسات العقد قبل التعاقد بما في ذلك من إحاطة بكل مواصفات محل العقد وإظهار بنود التعاقد بصفة واضحة على صفحة موقع المهني، من أجل ضمان حد أدنى من إعلام المستهلك حول ما يتعاقد عليه⁽¹⁾.

إن سرعة وسهولة إتمام التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية أظهرت عدة إشكالات في إطار العقود الاستهلاكية⁽²⁾، ابتداءً من ضغط الدعاية الإلكترونية الحديثة التي تؤثر على حريته في الإقبال على التعاقد، إلى الكم الهائل من السلع والخدمات الجديدة التي تفقد المستهلك تركيزه من أجل الاختيار الأنسب في حدود خبرته الفنية، ثم رضوخه الإلزامي لبنود العقد النموذجي ملزماً بتنفيذها أياً كانت الظروف، ليجد المستهلك نفسه في الأخير أبرم عقداً دون حاجته الفعلية إلى ذلك.⁽³⁾

¹ - ادريس الفخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، كلية العلوم القانونية، جامعة عبد الملك السعدي، المغرب، العدد الثالث، 2003، ص 64.

² - **عقد الاستهلاك** : هو عقد بين طرفين يتلقى بموجبه الطرف الأول منتوجاً أو خدمة من الطرف الثاني المهني بمقابل نقدي، وإذا ما أبرم هذا العقد بوسائل إلكترونية عرق بعقد الاستهلاك الإلكتروني، ولا يختلف عن عقد الاستهلاك التقليدي إلا من حيث وسيلة إبرامه. **راجع أيضاً :**

-Véronique ABAD , « *Publicité sur internet et protection du consommateur* » , Lex Electronica, vol. 8, n°2, printemps 2003, p 4 , Disponible sur : <http://www.lexelectronica.org/articles/v8-2/abad.htm>

³ - يعرف العقد النموذجي بأنه عبارة عن مجرد صيغة معدة من قبل منظمة مزودة أو شركة، و هذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلاً، و التي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد. و ينبغي عدم الخلط بين العقد النموذجي و عقد الإذعان، فالعقد النموذجي ليس بالضرورة من عقود الإذعان، إلا أنها يمكن اعتباره وسيلة من الوسائل لإبرام عقود الإذعان، لاسيما في المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت. **نقلا من خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية ، المرجع السابق، ص101.**

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

قد تطرقت العديد من التشريعات المنظمة للعقود المبرمة عن بعد بصفة عامة والعقود الإلكترونية بصفة خاصة على ضرورة تضمين هذا النوع من العقود بجميع المعلومات الخاصة بمحل العقد، وهو التزام يقع على عاتق المهني لصالح المستهلك، وفي هذا الصدد نجد التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد⁽¹⁾، أضفى نوع معين من التكافؤ في الحماية بين المستهلك الإلكتروني ونظيره في التعاقد عن بعد بصورته التقليدية فالدفاع عن الطرف الأضعف هو المنطلق الأساسي الذي اعتمدته نصوص التوجيه، وذلك بإتاحة و تمكين من العلم بجميع المعلومات عن العقد، وهو شرط حاسم لا غنى عنه لصحة موافقته الحرة و المستنيرة.⁽²⁾

كما ترك التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الصادر في 8 جوان 2000 الخاص ببعض الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في السوق الداخلي⁽³⁾ ، للدول الأعضاء مهمة صياغة قوانين وطنية تهدف إلى حماية المستهلك الإلكتروني، وتتضمن أحكام تعزز تنمية العقود التي تبرم عبر الشبكة ، وأوجب التوجيه على الدول الأعضاء أن تضمن بوجه خاص أن النظام القانوني الذي يحكم عملية التعاقد لا يمنع استخدام العقود الإلكترونية، ولا يؤدي إلى حرمان وعدم ترتيب الأثر القانوني لصلاحياتها على أساس أنها تبرم إلكترونياً، وهذا ما نصت عليه المادة 9 من هذا التوجيه.⁽⁴⁾

¹ – Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. JO L144 du 04/06/97.

² - **Michel TROCHU** : Protection des consommateurs en matière de contrats à distance, directive 97-7 CE mai 1997, Dalloz, 1999, p 179.

³ – Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE n° L 178, 17 juillet. 2000 .

⁴ – **Article 9** : « Les états membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique ». **Voir** : Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

نص القانون الفرنسي من خلال فحوى المادة 1/111 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993⁽¹⁾ على مبدأ وجود الالتزام بالإعلام في العقود المبرمة بين المهني والمستهلك وهو ما تم تأكيده في إطار القانون رقم 575-2004 الصادر في 21 جوان 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي⁽²⁾ الذي فرض وعزز واجب الالتزام بالإعلام على عاتق المهني.

نفس الالتزام نجده أيضا ضمن نصوص المرسوم الفرنسي رقم 648-2005 الصادر في 6 جوان 2005 المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد⁽³⁾، الذي ألقى على عاتق المهني واجب إعلام المستهلك، كما تضمن العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية تجار مستهلكون و الذي أعدته غرفة التجارة والصناعة بباريس حق المستهلك في الإعلام، من باب تأكيد المواقع التجارية الخاصة بفرنسا على فرض التزاما مشددا بإعلام المستهلك في الوقت المناسب يقع على عاتق المورد يتضمنه العرض المقدم عبر صفحات الويب⁽⁴⁾.

نخلص من ذلك أن وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يساهم في تكملة عيوب الارادة وخاصة حالة الكتمان التدليسي، إذ يعتبر سكوت المتعاقد عن الاعلام أو الافصاح بالمعلومات عمداً مع علمه بهذه البيانات وان المتعاقد الآخر سوف لا يقدم على التعاقد اذا علم بها، ومن ثم يعتبر سكوته تدليساً يؤدي الى ابطال العقد.⁽⁵⁾

¹– **L'article L.111-1 du code de la consommation** : « Tout professionnel de biens ou prestataire de services doit avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ».

²– La Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), JO n° 143 du 22 juin 2004 p 11168.

³– Ordonnance n° 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs , J.O 7 juin 2005.

⁴– contrat type www.echangeur-pme.ccip.fr/.../Contrat-type-commerce-electronique-2008.pdf . **Voir aussi: Vincent GAUTRAIS**, L'encadrement juridique du cyberconsommateur québécois, Montréal, 2002, p285-286. www.lex-electronica.org

⁵– **محمود عبد الرحيم الشريقات**، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2009، ص 122.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

المطلب الثاني

الأساس القانوني للحق في الإعلام و مضمونه

تلعب البيئة الالكترونية دورا كبيرا في خلق مركز الضعف الذي يوجد فيه المستهلك والذي تبدأ ملامحه قبل التعاقد عن طريق الضغط الممارس عليه من خلال الدعاية الترويجية المضللة بشكلها الالكتروني، ومحاولة تقليل الأثر السلبي للبيئة الإلكترونية سعت مختلف التشريعات المنظمة لحماية المستهلك الالكتروني إلى تعزيز حقه في الحماية في حالة التعاقد عن بعد، وهو ما يترجمه تقرير التزام يقع على عاتق المهني بإعلام أو تبصير المستهلك بالبيانات الجوهرية اللازمة حتى يكون على علم بكافة ظروف العقد وإبعاد تعهداته المستقبلية⁽¹⁾. وعليه سنتناول الأساس القانوني للحق في الاعلام(الفرع الأول)، ثم مضمون الالتزام بالاعلام (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأساس القانوني للحق في الإعلام

اختلف الفقه حول الأساس القانوني الذي يوفر للمستهلك حق الإعلام الصادر من المهني، فمنهم من يبني أساسه على تلك الحتمية في إضفاء التوازن بين أطراف العقد، إلا أن البعض يؤكد أن نظرية عيوب الرضا تفسر لنا التزام المهني بالإعلام تفاديا من وقوع المستهلك في غلط وتفادي لبطلان العقد، بالإضافة إلى اعتبار حق الإعلام امتداد لالتزام البائع بضمان العيوب الخفية، بينما أكد جانب آخر أن مبدأ حسن النية في التعاقد هو الأساس الذي ينبع منه التزام الإعلام.⁽²⁾

¹-Alain BENSOUSSAN, Le commerce électronique "aspect juridique", Editions HERMES, Paris, 1998, p24.

²- يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، أطروحة لنيل الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح، فلسطين، 2006، ص 31.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

أولاً : التوازن العقدي

يرى بعض فقهاء القانون أن الالتزام بتقديم المعلومات في مرحلة ما قبل التعاقد يستند الى مبدأ سلامة العقود، والتوازن العقدي فيما بين طرفي العقد، ذلك أن وجود مثل هذا الالتزام هام وضروري لسلامة العقود في ظل عدم المساواة بين المتعاقدين في العلم نظرا للتفوق الذي يحظى به أحد المتعاقدين إزاء الطرف الآخر.

فالمهني الذي يعرض بضائعه أو خدماته بأي وسيلة كشبكة الانترنت مثلا غالبا ما يتميز بالعلم بكافة ظروف وتفاصيل العقد لمعرفة بكافة خصائص المبيع أو الخدمة، بينما الطرف الآخر وهو المستهلك يفتقر الى هذه المعلومات، فتحصل حالة من عدم التوازن في العلاقة العقدية.

وعليه يمكن القول وفقا لهذا الاتجاه أن أساس وجود هذا الالتزام يعود الى المبدأ القائل أنه إذا كان أحد المتعاقدين في مركز لا يؤهله للاطلاع على المعلومات الضرورية والمتعلقة بموضوع العقد كان على المتعاقد الآخر إخباره بذلك، أي بصورة أخرى يمكن القول أنه يترتب على من يمتلك معلومات عن موضوع العقد المزمع إبرامه أن يلقي الضوء على ذلك، حتى يصبح العقد متوازنا.⁽¹⁾

من الواضح أن حالة عجم التوازن بين أطراف العقد هي في ازدياد بسبب ازدياد التقدم العلمي والتكنولوجي وظهور العديد من المنتجات الصناعية المعقدة، أو الخطرة والتي قد تسبب أضرارا للمستهلك في حال لم تتوافر لديه معلومات عن خصائصها أو استخدامها وما ينتج عن هذا من ازدياد لأهمية وجود التزام بتقديم المعلومات لتحقيق مبدأ سلامة العقود والتوازن العقدي، إلا أن ما ذكر انفا لا يمكن اعتباره مصدرا لهذا الالتزام إنما هو مبرر لظهور الالتزام

¹ - نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001، ص137.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

بتقديم المعلومات أو أحد غايات ظهور هذا الالتزام ولكن ليس أساس ينبنى عليه وجود هذا الالتزام.⁽¹⁾

ثانياً : نظرية عيوب الرضا

لا يمكننا إنكار وجود علاقة قوية بين الالتزام بالإعلام ونظرية عيوب الرضا، فكلاهما يهدف إلى حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك، وهذا التقارب الشديد دفع بكثير من الفقهاء إلى اعتبار نظرية عيوب الرضا أساساً قانونياً لموجب الإعلام، وذلك نظراً لأن الإخلال بالالتزام ينتج عنه عيب في إرادة الطرف الضعيف خاصة في حالة الغلط الواقع على صفة جوهرية، فيبطل العقد استناداً إلى الخداع أو التدليس إذا كان المنتج أو البائع على معرفة بالصفة موضوع الإعلام وتعتمد إخفاءها أو كتمانها، أو استناداً إلى نظرية الغلط إذا وقع على صفة يجهلها البائع أو المنتج، ولم يعتمد إخفاءها، على أن تكون صفة جوهرية.⁽²⁾

وقد اتجه الاجتهاد الحديث والتشريعات إلى اعتبار السكوت الحاصل في ظروف معينة كسبب لإبطال العقد، في حين كان يشترط سابقاً أن تصاحب التكتّم تصرفات احتيالية، أو أن يقع على صفة جوهرية في الشيء.⁽³⁾

أنتقد هذا الاتجاه ورفضت فكرة اعتبار نظرية عيوب الرضا مصدراً للالتزام بالإعلام، وكان أول هذه الانتقادات هو أن نظرية عيوب الرضا لا تتدخل إلا إذا كان المتعاقد يشكو من غلط أو إكراه أو تدليس مقترن بغبن فاحش، تسبب فيه الطرف الآخر أو علم به أو كان بإمكانه أن يعلمه، وأنه لا يستطيع التمسك بهذا العيب إلا بعد نشوء العقد.

بينما الالتزام بالإعلام ينشأ وينقضي قبل قيام العقد، كما أن البعض يرى أن الالتزام بالإعلام يتفق مع نظرية عيوب الرضا من حيث الغرض، وهو ضمان صحة رضاء المتعاقد

¹ - الشريقات محمود عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 95.

² - Calais Auloy, L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, Paris, 1994, p.212.

³ - محمد عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 109.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

وسلامته، إلا أن نطاق الالتزام بالإعلام أوسع بكثير من نطاق نظرية عيوب الرضا، ويرى بعض الفقه أن الالتزام بالإعلام هو التزام إيجابي حل محل التزام سلبي بعدم التدليس.⁽¹⁾

ثالثاً: الالتزام بضمان العيوب الخفية

اتجه جانب من الفقه إلى اعتبار الالتزام بضمان العيوب الخفية مصدر للالتزام بالإعلام، فلا يستطيع المستهلك العلم بمواصفات المبيع وكافة بياناته من تلقاء نفسه، فالبائع هنا ملزم بإعلامه بها، ويكون العيب خفياً لأن البائع لم يخبر المستهلك به قبل إبرام العقد وبالتالي لم يمنحه الخيار في قبول الصفقة، أو رفضها في حال علمه السابق للتعاقد بالعيوب الذي يكون مؤثراً في قراره الشرائي وعاملاً مهماً في تعاقد.

انتقدت هذه النظرية لأن المسؤولية المترتبة عن ضمان العيوب الخفية هي مسؤولية عقدية تجد أساسها في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد وإن كان العيب الخفي يرجع إلى خطأ سابق للتعاقد يتمثل في امتناع البائع عن إعلام المشتري بهذا العيب، ودعوى ضمان العيوب الخفية تلزم المستهلك إثبات وجود العيب الخفي، لكنها لا تشترط عليه إثبات الخطأ السابق للتعاقد.⁽²⁾

في حين يختلف النظام القانوني للالتزام بالإعلام، بحيث تقوم المسؤولية السابقة للتعاقد على أساس مجرد الإخلال بالالتزام كخطأ مستقل يوجب إبطال العقد، ويكفي لذلك إثبات المشتري أن البائع أخل بالتزامه بالإعلام أو كتم واقعة هامة ومؤثرة في إرادته التعاقدية، وبالتالي فإن الاختلاف بين النظامين يبرر استبعاد ضمان العيوب الخفية كمصدر للالتزام بالإعلام السابق للتعاقد.⁽³⁾

¹ - نضال سليم برهم ، المرجع السابق، ص 111.

² - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 33.

³ - وائل نافذ سفرجلاني، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، 2006، ص 30.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

رابعاً : مبدأ حسن النية في العقود

اتجه الفقه والقضاء الفرنسي إلى القول بأن أساس الالتزام بالإعلام هو مبدأ حسن النية بما يوجبه هذا المبدأ من التزامات على عاتق كلا المتعاقدين بهدف توفير الأمانة والثقة بينهما.

يوجب مبدأ حسن النية مراعاة الأمانة بين المتعاقدين بما يحقق الثقة بينهما، فعلى البائع عند إبرام العقد الإدلاء بكافة المواصفات والمعلومات الضرورية عن البيع، وأي كتمان لهذه المعلومات يتنافى مع حسن النية، الأمر الذي أكدته المشرع الفرنسي في نص المادة 1134/3 من القانون المدني⁽¹⁾، والمشرع الجزائري أيضاً في المادة 107 من التقنين المدني⁽²⁾.

رغم اختلاف الفقهاء حول مصدر الالتزام بالإعلام، فإن الفقه الراجح يجسد مبدأ حسن النية في العقد الذي يمتد من مرحلة إبرام العقد إلى مرحلة تنفيذه، كأساس لتجسيد حق الإعلام، إلا أنه تجدر الإشارة في هذا الصدد أن وجود نصوص قانونية تؤكد على التزام المتعاقد بإعلام الطرف الآخر يغنيان عن تفسير أساس الإعلام على مبدأ حسن النية، فوجود نص يلزم المتعاقد بإعلام المتعاقد الآخر بكافة المعلومات حول المبيع يجعل منه التزاماً قانونياً يفرضه القانون أما في حالة عدم وجود نص يلزم المتعاقد فيجب تأسيسه على مبدأ حسن النية الذي يمتد من مرحلة إبرام العقود إلى تنفيذها.⁽³⁾

¹ - **Article 1134/3 code civil Français** : « La force obligatoire du contrat s'impose aux parties mais également au juge et au législateur. En revanche, les parties ne peuvent pas lier les personnes qui sont étrangères à l'accord de leurs volontés ».

² - المادة 107 من التقنين المدني الجزائري: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية. و لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، و العرف، و العدالة، و بحسب طبيعة الالتزام ". www.joradp.dz.

³ - Pierre Hugues Vallée, Ejan Mackaay, **L a confiance sa nature et son rôle dans le commerce électronique**, Lex Electronica, vol 11 n° 2 Automne, 2006, p 11.
Disponible sur le site : www.lex-electronica.org

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

الفرع الثاني

مضمون الالتزام بالإعلام

إن أكثر ما يهم المستهلك عند إبرامه للعقود عبر شبكة الانترنت هو التأكد ومعرفة شخصية البائع الذي يتعامل معه، لأن طبيعة التعاقد الإلكتروني تستلزم الوضوح في جميع خطواته، و لعل أهمها تحديد شخصية الموجب في هذه العقود بشكل قاطع لا لبس فيه، فمن أجل الحرص على الثقة والشفافية التي تسمح بتشجيع المعاملات التجارية الإلكترونية مع المستهلكين يلتزم المهني بتحديد هويته عبر الشبكة بحيث يتضمن إجابته جميع العناصر التي تمكن تحديده.⁽¹⁾

نص التوجيه الأوروبي رقم 7/97 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد، من خلال الفقرة الأولى من المادة 4 بأن تتضمن المعلومات التي يتم تزويدها للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد هوية المورد المتعامل معه وعنوانه⁽²⁾، كما أوجبت المادة 18/121 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لعام 1993 ضرورة إعلام المستهلك باسم وعنوان، رقم تليفون المهني أو الشخص مقدم الخدمة، عنوان مركز الشركة الاعتباري إن وجد وعنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض للعقد إذا كان العنوان مختلفا.⁽³⁾

¹ - تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، بهجات للطباعة، الاسكندرية، 2009، ص 68.

² - **Article 4** : « Informations préalables :

1. En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes:

a) identité du fournisseur et, dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé, son adresse;..... », **voir aussi** : Lionel BOCHURBERG : Internet et commerce électronique, Delmas paris, 2001, p114. **Voir aussi** : www.legifrance.gouv.fr

³ - **L'article L.121-18 du code de la consommation** : « L'offre de contrat doit comporter les informations suivantes : 1 Le nom du vendeur du produit ou du prestataire de service, son numéro de téléphone, son adresse ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social et si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre ». **Voir**: www.legifrance.gouv.fr

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

كما نجد نص المادة 19 من القانون الفرنسي رقم 575-2004 الصادر في 21 جوان 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي⁽¹⁾، أنها قد فرضت على الممارسين للتجارة الإلكترونية أن يبرزوا على مواقع الانترنت التجارية المعلومات المتعلقة بهوية البائع عبر الشبكة، اسمه و لقبه إذا كان شخصا طبيعيا وعنوان الشركة إذا كان شخصا معنويا، ويشير إلى عنوان منشأته وعنوان بريده الإلكتروني، رقم هاتفه، وفي حالة إذا كان خاضعا لإجراءات القيد في سجل التجارة والشركات أو في جدول مهني أن يبرز رقم قيده، ورأس مال الشركة، مركز إدارتها، و إذا كان خاضعا للضريبة وكان معرّفا برقم خاص فيجب أن يذكر هذا الرقم، وإذا كان يمارس نشاطا يخضع لترخيص فعليه أن يظهر على الموقع اسم وعنوان السلطة التي منحت هذا الترخيص، على أن يكون الوصول لجميع هذه المعلومات سهلا ومتاحا للكافة إلكترونيا من خلال الموقع التجاري على الانترنت.⁽²⁾

¹ – La Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) , JO n° 143 du 22 juin 2004 . Voir: www.legifrance.gouv.fr

² - **Article 19** : « Sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 est tenue d'assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile, direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes :

1- S'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénoms et, s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale.

2- L'adresse où elle est établie, son adresse de courrier électronique, ainsi que son numéro de téléphone.

3- Si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social.

4- Si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et identifiée par un numéro individuel en application de l'article 286 ter du code général des impôts, son numéro individuel d'identification.

5- Si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci .

6- Si elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'Etat membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite ».

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

من جانب آخر يجب أن يتضمن الإعلام بيان الأوصاف الأساسية للسلعة أو الخدمة والشروط العامة للتعاقد، ويقصد به هو ما يتحقق بوصف المنتج أو الخدمة وصفا دقيقا وشاملا يتحقق معه علم المستهلك بالمبيع محل التعاقد علما كافيا نافيا للجهالة.⁽¹⁾

في هذا الصدد أشار التوجيه الأوروبي رقم 07/97 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد في نص المادة 4 منه، على إلزام الموردين بإعلام المستهلكين ببيان للأوصاف الأساسية للسلع والخدمات، وكذا بعض المعلومات الخاصة بالعقد كبيان الأثمان، طريقة أو كيفية الدفع، التسليم والتنفيذ، إقرار حق العدول للمستهلك، ومدة صلاحية الإيجاب أو العرض.⁽²⁾

فقانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 فرضت المادة 1/111 على كل مهني محترف وكل شخص ملزم بتقديم خدمة أن يضع أمام المستهلك كل الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة⁽³⁾ وحددت المادة 18/121 من نفس القانون المعلومات محل الإعلام و الخاصة بتنفيذ العقد⁽⁴⁾ مثل كيفية الدفع و التسليم و التنفيذ، حق الرجوع أو العدول عن العقد

¹ - J.HUET, Commerce électronique encore une modification du code civil pour adapter le droit des contrats électronique, JCP 2004 éd, GT.178.p40 .

² - **Article 4:** « 1. En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes :

b) caractéristiques essentielles du bien ou du service.

c) prix du bien ou du service, toutes taxes comprises.

d) frais de livraison, le cas échéant.

e) modalités de paiement, de livraison ou d'exécution.

f) existence d'un droit de rétractation, sauf dans les cas visés à l'article 6 paragraphe 3.

g) coût de l'utilisation de la technique de communication à distance, lorsqu'il est calculé sur une base autre que le tarif de base.

h) durée de validité de l'offre ou du prix.

i) le cas échéant, durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service » , **Voir :** www.legifrance.gouv.fr

³ - **L'article L.111-1 du code de la consommation :** « Tout professionnel de biens ou prestataire de services doit avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ». **Voir :** www.legifrance.gouv.fr

⁴ - **L'article L121-18 du code de la consommation :** « L'offre de contrat doit comporter les informations suivantes :

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

إلا في الحالات التي يستبعدھا القانون، المهلة المحددة لصلاحيّة العرض، على أن تصل هذه المعلومات للمستهلك بطريقة واضحة و سهلة ومفهومة وبجميع الطرق المستخدمة للاتصال عن بعد.⁽¹⁾

أما القانون رقم 575-2004 الصادر في 21 جوان 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي فأكد على وجوب التزام الشخص القائم بنشاط التجارة الإلكترونية، حتى ولو لم يتعلق الأمر بإيجاب للتعاقد، بإعلام المستهلك بالثمن بطريقة واضحة دون غموض أو لبس، وخاصة فيما إذا كان يتم احتساب الضرائب و نفقات التسليم، فالمشرع شدد في حماية المستهلك بقواعد صارمة تشكل إرادة هذا الأخير على نحو سليم.⁽²⁾

1- Le nom du vendeur du produit ou du prestataire de service, des coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact avec lui , son adresse ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social et, si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre

2- Le cas échéant, les frais de livraison ;

3- Les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution ;

4- L'existence d'un droit de rétractation et ses limites éventuelles ou, dans le cas où ce droit ne s'applique pas, l'absence d'un droit de rétractation ;

5- La durée de la validité de l'offre et du prix de celle-ci ;

6- Le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance utilisée lorsqu'il n'est pas calculé par référence au tarif de base ; **Voir : www.legifrance.gouv.fr**

- قد اشترطت عدة قوانين إرسال وثيقة الأمر بالشراء من قبل المتعاقد لتأكيدہ عن القبول ومنها التوجيه الأوروبي رقم 31-2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في مادته 11- 01 التي اشترطت إرسال إشعار بالوصول يحتوي على جميع المعلومات الواردة في العقد =عبر الجهات الموثوقة باستعمال الطريق الإلكتروني ومن ذلك أيضا ما ورد بالبند 7 من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بشأن القبول من ضرورة وجوب تأكيد الأمر بالشراء كما ورد بالتعليق على ذات البند، "أن القبول وتأكيد الأمر بالشراء يجب أن يتحققا بمجموعة من الأوامر على صفحات الشاشة المتعاقبة بحيث تتضمن هذه الأوامر صراحة ارتباط المستهلك على وجه جازم".

¹- محمد ابراهيم ابو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2005، ص 52.

²- **Article 19/ 2:** « Toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 doit, même en l'absence d'offre de contrat, dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus. Le présent alinéa s'applique sans préjudice des dispositions régissant la publicité trompeuse prévue à l'article L. 121-1 du code de la consommation, ni des obligations d'information sur les prix prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur ». **Voir : www.legifrance.gouv.fr**

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

أما التشريع الجزائري و إن لم يضع أحكام خاصة لحماية المستهلك الإلكتروني إلا انه اهتم بحماية المستهلك بصفة عامة، وجسد أحكام تنظم الالتزام بالإعلام من خلال سلسلة من القوانين في أكثر من موضع⁽¹⁾، من بينها ما ورد في القانون رقم 09-03 لسنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش² الذي عنون الفصل الخامس منه بالزامية إعلام المستهلك. المرسوم التنفيذي رقم 06-306 يحدد العناصر الأساسية في للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، بمقتضى المادة 04 وجاء فيها:

« يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات، ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه ».

وكذا في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بما ورد في المادة 04 منه:

« يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات و بشروط البيع ».⁽³⁾

يعتبر وجوب مراعاة اللغة الأم لكل مستهلك و هي الحالة التي أضافتها المبادئ القانونية المعاصرة للمستهلك، ليتسنى له فهم مضمون العقد الذي يريد أن يقدم عليه، التي أوجبت المبادئ القانونية الحديثة أن يكون العقد بلغة المستهلك.⁽¹⁾

¹- بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010، ص 33.

²- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25/02/2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، جريدة رسمية عدد 15، الصادرة 8 مارس 2009.

³- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، الصادرة في 27 جوان 2004 المعدل و المتمم، أنظر: www.mincommerce.gov.dz

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

كما نص المشرع المصري في القانون الخاص بحماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 على وجوب أن تكون البيانات باللغة العربية و بطريقة واضحة ضمن محتوى نص المادة 3 من القانون.(2)

تظهر العبرة في إعلام المستهلك باللغة التي يفهمها في حماية المستهلك الطرف الضعيف بأن يتجه نحو التعاقد وهو على بيئة فيما يخص تعهداته المستقبلية و إجراءات التعاقد، والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد لغة أجنبية بديلة، ولكنه سمح على سبيل الإضافة أن يرد الإعلام بلغات أخرى.

والواقع أن هناك صعوبات في استخدام اللغة العربية أو الفرنسية عند إبرام العقد الالكتروني لأن غالبية المنتجات والخدمات يتم الإعلان عنها وتسويقها باللغة الانجليزية، ذلك أن الانترنت في الأصل انجلوامريكي، ولذلك يرى جانب من الفقه الفرنسي أن استخدام اللغة الفرنسية في إطار البيع للمستهلك يجب أن يوضع في إطار المادة 30 من اتفاقية روما والتي تبنت فيها بدائل متعددة لاستخدام اللغات في المعاملات و الاتصالات التجارية.(3)

بناء على ما سبق يتضح أن المستهلك في العقود التي تتم عن بعد و باستعمال وسائل اتصال الكترونية لا تسمح له بالحكم الدقيق على السلعة أو الخدمة، هو الأمر الذي يبرر

¹ - ذهبت بعض القوانين إلى اشتراط اللغة الوطنية في الإيجاب وهو ما سلكه القانون الفرنسي رقم 94- 665 في مادته الثامنة حيث أوجب استعمال اللغة الفرنسية (Toubon) الصادر في 4 أوت 1994 الخاص باللغة الفرنسية قانون في التعبير عن الإيجاب للسلع و الخدمات الموجه للمستهلكين في كل أنواع التجارة بما في ذلك التجارة الإلكترونية وقد حاولت الحكومة الفرنسية التخفيف من هذا القانون بإصدار رئيس الوزراء منشورا في 19 ماي 1996 يجيز أن يصاحب استخدام اللغة الفرنسية ترجمة بالانجليزية أو أية لغة أجنبية أخرى، نقلا عن: اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 202.

² - على المنتج أو المستورد - بحسب الأحوال - أن يضع باللغة العربية على السلع البيانات التي توجبها المواصفات القياسية المصرية أو أي قانون آخر أو اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وذلك بشكل واضح تسهل قراءته، وعلى النحو الذي يتحقق به الغرض من وضع تلك البيانات حسب طبيعة كل منتج وطريقة الإعلان عنه أو عرضه أو التعاقد عليه. وعلى مقدم الخدمة أن يحدد بطريقة واضحة بيانات الخدمة والتي يقدمها وأسعارها ومميزاتها و خصائصها. نقلا عن : خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 190.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

إعطائه الحق في الإعلام كأحد الضمانات الهامة في هذا النوع من العقود التي تبرم عن بعد حتى تحظى التجارة الإلكترونية بثقة المتعاملين بما يؤدي إلى انتشارها و اتساع نطاقها، و يعتبر هذا الحق من أهم مظاهر الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني.

المبحث الثاني

حماية رضا المستهلك الإلكتروني

إن الإعلام المسبق الذي يلتزم به المحترف اتجاه المستهلك لا يكفي من أجل حماية هذا الأخير، بل لابد أن تكون هناك وسائل أخرى تعمل على تفعيل هذه الحماية، لذلك نصت مختلف التشريعات على العديد منها، وسنتطرق في هذا المبحث إلى الشروط التعسفية التي غالبا ما يضعها الطرف القوي في العقد ولا يستطيع المستهلك مناقشته فيها، ولذلك وضع المشرع حلولاً لمواجهة مثل هذه الشروط، بان جعل للقاضي حق التدخل لتعديلها أو إعفاء الطرف المذعن منها (المطلب الأول).

كما لا يمكننا تجاهل دور نظرية عيوب الرضا في تحقيق الحماية، حيث أن الاختلال بالالتزام بالإعلام قد يؤثر على صحة رضا المستهلك⁽¹⁾ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحماية من الشروط التعسفية

من المعروف أن الصورة التقليدية لعقود البيع تقوم أساساً على المساواة بين طرفيه من خلال مناقشة شروطه وبحثها بكل حرية، غير أن العقود الإلكترونية وبالأخص التي تتم عبر شبكة الإنترنت، تختلف كل الاختلاف، إذ ينفرد الموجب بوضع شروط العقد، ولا يقبل المناقشة فيها⁽²⁾، حيث أن الهدف الأساسي للمهني هو كيفية جذب المستهلك، ويسعى في

¹ - احمد محمد رفاعي، المرجع السابق، ص 79.

² - عمران السيد محمد السيد، حماية المستهلك أثناء إبرام العقد، المرجع السابق، ص 44.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

سبيل ذلك الى إستخدام كافة وسائل الدعاية والإعلان عبر شبكة الأنترنت، و يكون الهدف من هذه الدعاية هو ترويج السلع والخدمات، وعندما يأتي المستهلك للتعاقد مع المهني يفرض عليه هذا الأخير شروط للتعاقد لا تخضع لأية مفاوضات، مستندا في ذلك على تفوقه الاقتصادي والمعلوماتي، وبالمقابل ما على المستهلك إلا قبول هذه الشروط إذا ما أراد إتمام إبرام العقد، وفي أغلب العقود تكون هذه الشروط مجحفة بحق الطرف الآخر الذي لم تتسنى له مناقشتها، لذا فهي تعتبر شروطا تعسفية بحقه.⁽¹⁾

وسنحاول تحديد مفهوم الشروط التعسفية (الفرع الأول)، ومن ثم نتطرق للحماية التي كفلها كل من القانون والقضاء للمستهلك في مواجهة هذه الشروط التي قد سبق له الموافقة عليها، مع الأخذ بعين الاعتبار مدى وضوح أثرها للمستهلك أثناء التعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الشروط التعسفية وأنواعها

الملاحظ أن الشروط التعسفية لم تأت به أغلب التشريعات في القانون المدني، إذ أن تعريفها غالبا ما نجده في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، ومن بين التشريعات التي تولت تعريف الشرط التعسفي سواء في التقنين المدني أو القوانين الخاصة بحماية المستهلك هي: القانون الفرنسي و القانون الألماني و البلجيكي.⁽²⁾

و قد عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي بالمادة 35 من القانون الفرنسي رقم 78-23 الصادر في 10 جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، التي جاء بها:

¹- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر الأنترنت، دار الفكر الجامعي، 2006، ص 45.

²- أحمد رياحي، أثار التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري و القانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 5.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

« في العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين، قد تكون محظورة، أو محددة، أو منظمة،...الشروط التعققة،...متى يظهر أن هذه الشروط مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الآخر، و الذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة ⁽¹⁾ ».

من خلال هذا التعريف بحث الفقه عن معايير الشروط التعسفية، فمنهم من حصرها في معيارين اثنين، و هما: التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي، و الميزة المجحفة التي يحصل عليها المهني. و أضاف بعض الفقه معيارين آخرين، وهما: أن يكون الشرط متعلق بأحد العناصر العقدية الواردة في القائمة المحددة في القانون، وأن يكون الشرط محظورا بموجب مرسوم صادر عن مجلس الدولة. ⁽²⁾ و الذي يهمننا في هذه الدراسة هو المعيار الاول حيث يعتبر معيارا شخصيا، فالمادة 35 من قانون 1978 تتطلب أن يكون الشرط مفروض على غير المحترفين أو المستهلكين بسبب تعسف المحترف في استخدام تفوقه الاقتصادي.

وما يمكن اضافته بهذا الشأن أن المشرع الفرنسي بمناسبة الشروط التعسفية لم يتطرق الى مسألة إثبات التعسف أو نفيه على من يقع، و هذا يدل على أن إدراج عبارة التعسف في إستعمال التفوق الاقتصادي بالمادة السابقة لم يكن القصد منه جعله معيارا للشرط التعسفي، وإلا لما سكت المشرع عن بيان كيفية إثباته وطرق نفيه، وهي مسألة جوهرية في فض المنازعات. ⁽³⁾

¹ – **Loi n° 78-23** du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur, dont **Article 35**: « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs,....., les clauses relatives au, lorsque de telles clauses apparaissent imposées au non- professionnels ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ». **Voir: www.legifrance.gouv.fr**

² – تجدر الملاحظة أن الجمعية الوطنية في فرنسا و في مداخلة السيد M. Foya فضلت أن تسمي الشرط بشرط الأسد **Clauses Lionne**، لكن تم ترجيح تسمية هذه الشروط بالشروط التعسفية، حسب ملاحظة مقرر لجنة القوانين لمجلس الشيوخ الذي رأى أن شرط الأسد مجاله عقود الشركة أو ما يتعلق بأموال القسمة، ينظر لهذا الصدد :

J.C TAHITA, la loi n°78-23 du 10-01-1978 et la protection des consommateur contre les clauses abusifs des contrats, Poitier, 1985, p135 .

³ – **F.Terré, P .Simler et Y .Lequette**, droit civil, les obligations, Dalloz, paris, 8édition, 2002, page 326.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

ثم أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك لسنة 1995، بموجب الفقرة الأولى من المادة 1/132 من القانون رقم 95-96 الصادر في 01 فيفري 1995 ⁽¹⁾ التي تنص على أنه:

" في العقود المبرمة ما بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها إضرار بغير المحترفين أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق و التزامات أطراف العقد".

الملاحظ أنه هناك تغيير في تعريف الشروط التعسفية مقارنة بقانون 1978، و يعود سبب ذلك حسب مشروع قانون 1995 هو عدم مطابقة تعريف القانون السابق مع التعريف الذي جاء بالتوجيه الأوروبي رقم 93-13 الصادر في 05-04-1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، في المادة 1/3 التي نصت على أن:

«الشرط الذي يرد في العقد و ينطوي على إخلال واضح بين حقوق و إلتزامات الأطراف فيه على حساب المستهلك و تتعارض مع مبدأ حسن النية، و يترتب ضررا للمستهلك، يتمثل في عدم توازن ظاهر في الحقوق و الإلتزامات الناتجة عن العقد بين أطرافه». ⁽²⁾

يظهر أن المشرع الفرنسي خلافا لمشروع قانون الاستهلاك رقم 95-96 الصادر في 01 فيفري 1995، لم يأخذ بعين الاعتبار جميع العناصر المكونة لتعريف الشروط التعسفية، فلم يورد النص على "مبدأ حسن النية"، و "عقد الاذعان".

¹ - Loi n° 95-96 du 1er février 1995, J.O. du 2 février concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commerciale. Voir: www.legifrance.gouv.fr

² - Directive 93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, **Article 3** : « ¹. Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi ... ». Voir: www.legifrance.gouv.fr

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

حسب قانون 1978 فإن معايير الشروط التعسفية أربعة، وهي: تعسف المهني في استعمال تفوقه الاقتصادي، و حصوله من جراء ذلك على ميزة مفرطة، وضرورة أن يكون الشرط ضمن القائمة التي وردت في المادة 35، وأن يصدر بشأن الشرط مرسومًا من مجلس الدولة بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية.¹

الظاهر من نص المادة 1/132 أنه قد تم التخلي عن معيار التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي ومعيار الحصول على الميزة المجحفة المنصوص عليهما في قانون 1978 بالمادة 35 منه، أو بالأحرى عن المعيار الأول وهو التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي، والاستبقاء على المعيار الآخر وهو الحصول على الميزة المجحفة، لكن في شكل آخر عبر عنه المشرع الفرنسي بعدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف.⁽²⁾

يرجع سبب العدول عن معيار التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي لعدم ملائمة للتعريف الموضوع من قبل التوجيه الأوروبي الذي لم يضع هذا المعيار في تعريفه للشرط التعسفي. وكذلك الأمر بالنسبة لتفضيل المشرع الفرنسي لعبارة "عدم التوازن الظاهر" عن عبارة "الميزة المجحفة"، حيث أراد المشرع الفرنسي أن يكون تعريفه موافقًا للتعريف الذي جاء به التوجيه، دون النظر أن كان لهذا التغيير أثر وأهمية من الناحية العملية.⁽³⁾

قلل الفقه في تعليقاتهم من شأن هذا التعديل، بقولهم إن إلغاء عبارة "مفرطة بسبب التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي" من تعريف الشروط التعسفية غير ضروري، ذلك أن كل شرط تعسفي لا بد وأن يفرض بموجب تفوق مهما كان وبالتالي فإن التعسف في استعمال التفوق سواء نص عليه أم لا، فإنه موجود لأنه مرتبط بطبيعة الشروط التعسفية، إذ

¹ - عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دار الثقافة و الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص. 50.

² - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 364.

³ - A.Karimi, les clauses abusives et la théorie e l'abus e droit, librairie générale de droit de jurisprudence, paris, 2001, page 250.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

لا يمكن تصور وجود شرط يوصف بأنه تعسفي ولم يكن قد فرض من قبل الطرف الأقوى في العقد.

يضيف هذا الفقه أن التعسف حقيقة لا يأخذ دائما شكل التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي بل قد يتعلق بأشكال أخرى من التفوق، كالتفوق الاجتماعي، التقني أو القانوني...، لكننا نعلم أن التوجيه الأوروبي شأنه شأن القانون الفرنسي للإستهلاك كان لهما غاية تتمثل في مكافحة الشروط التعسفية الناتجة عن التفوق الاقتصادي، ولعل سبب إلغاء معيار التعسف في التفوق الاقتصادي يعود إلى عدم ربط الشرط التعسفي بشكل واحد من أشكال التفوق.⁽¹⁾

أما المشرع الجزائري، فقبل صدور قانون 2004 الخاص بالممارسات التجارية، يسير على نهج التشريعات الغربية، أما بعد إصداره لهذا القانون، قام بتعريف الشرط التعسفي في المادة 5/3 التي تكفل فيها بتحديد المفاهيم الواردة بهذا القانون بقوله:

« شرط تعسفي، كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد ».

انطلاقا من هذا التعريف نحاول بيان معيار التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي لفرض الشرط التعسفي في ذلك على ما أورده المشرع الفرنسي بهذا الشأن في قانون الاستهلاك لسنة 1995، و التوجيه الأوروبي لسنة 1993. و السبب في ذلك أن تعريف المشرع الجزائري عن التشريع الفرنسي في المادة 132، أما ما اختلف فيه المشرع الجزائري عن التشريع الفرنسي فقد اتفق فيه مع التوجيه الأوروبي.

يكمن وجه الاختلاف بين المشرع الجزائري و المشرع الفرنسي يكمن في المجال الشخصي لتطبيق كلا القانونيين، فبينما يحدد المشرع الفرنسي أشخاص الحماية بغير المحترفين و المستهلكين بقوله: " في العقود المبرمة ما بين المحترفين و غير المحترفين أو

¹- احمد محمد رفاعي، المرجع السابق، ص 81.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

المستهلكين، تكون تعسفية الشروط..."، يتجه المشرع الجزائري الى حصر هذه الحماية على المستهلك فقط، بدليل الهدف الذي أعلن عنه في المادة الأولى من قانون الممارسات التجارية بقوله: " يهدف هذا القانون الى تحديد قواعد و مبادئ شفافية و نزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين و بين هؤلاء المستهلكين، و كذا حماية المستهلك و إعلامه".

أما الوجه الآخر الذي يفترق فيه الشرع الجزائري عن المشرع الفرنسي، هو أن المشرع الجزائري اعتبر أن الشروط التي تجب الحماية ضدها هي الشروط التي يفرضها أحد المتعاقدين، و تكون محررة مسبقا، و يذعن لها المستهلك، أي أن مجال الحماية بدائرة عقود الإذعان فقط، و هذا هو أيضا موقف التوجيه الأوروبي في المادة 1/3. و في هذا كله يختلف موقف المشرع الفرنسي إذ أنه لم يحصر دائرة الشروط التعسفية بطائفة من العقود بل جعل مجالها كل العقود سواء كانت إذعان أو عقود مساومة.

يظهر من تعريف المادة 3/5 من قانون الممارسات التجارية أن المشرع الجزائري حدد معيار الشرط التعسفي بعدم التوازن الظاهر بين حقوق و التزامات أطراف العقد. و هو نفس المعيار الذي اعتمده المشرع الفرنسي في المادة 1/132 من قانون 1995 من قانون الاستهلاك.

أتى المشرع الفرنسي أتى بهذا المعيار الجديد، من أجل أن يكون موافقا لما جاء به التوجيه الأوروبي في المادة 1/3 السابقة، و متخليا به في ذات الوقت عن معايير الشرط التعسفي المعتمدة في المادة 35 من قانون 1978، و المادة 1/132 من قانون الاستهلاك لسنة 1993، و التي تعرض من خلالها لنقد شديد من قبل الفقه.

يتبين أن المشرع الجزائري، من خلال تعريفه للشروط التعسفية لم يأخذ صراحة بمعيار التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي، وإن كان يفهم ذلك من خلال تحديده لدائرة الشروط التعسفية بعقود الإذعان التي تعني وجود تفوق ما، وبالمقابل فقد اعتمد معيار عدم التوازن الظاهر بين الحقوق و التزامات أطراف العقد، وهذه الخطوة تكشف عن نيته في مكافحة

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

الشروط التعسفية. ولا ندعي أن المشرع قد وصل الى أكبر حماية، ولكنها مرحلة أولية لبناء نظام متكامل يضع العدالة أساسه.

و بناءً على ما سبق نجد أن الشروط التعسفية متنوعة ومتعددة، منها ما هو متعلق بتكوين العقد، وقد تتصل بتنظيم الالتزامات أو تنفيذها وما يترتب على عدم التنفيذ من آثار وسنحاول توضيحها كما يلي:

أ-الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد:

إن أهم عناصر تكوين العقد هي محل العقد، وتحديد ثمن السلعة أو الخدمة، لذلك يمكن أن يضع المهني أو المحترف شروطا تعسفية تتعلق بـ:

-حقيقة الشيء المبيع مثل الشرط الذي يسمح للمهني بأن يعدل بإرادته المنفردة في بعض خصائص الشيء المطلوب، أو أن يحتفظ لنفسه بحق تسليم محل غير مطابق للمواصفات المعروضة.

-الشرط المتعلق بتحديد الثمن، فعلى سبيل المثال الشرط الذي يضعه المحترف في العقد ليرفع بمقتضاه السعر خلال الفترة مابين انعقاد العقد والتسليم، فمنتجو السيارات يدخلون في عقود شراء السيارات شروطا من هذا القبيل: السيارة تباع بالسعر الذي سيصير إليه لحظة التسليم، وليس لحظة التعاقد.⁽¹⁾

ب-الشروط التعسفية المتعلقة بتنفيذ العقد:

إن التزام المحترف باحترام الوعود والضمانات والتزاماته بتحمل المسؤولية عادة ما يدفعه إلى وضع شروط تعسفية بشأنها من أجل تخفيف أعبائه والتزاماته، ومن هذه الشروط⁽²⁾:

¹ - عمران السيد محمد السيد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، المرجع السابق، ص51.

² - عبد الباسط جمعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقد الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 113.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

-الشروط المتعلقة بالتسليم : فالتسليم يدفع المحترف إلى اشتراط سلطته المنفردة والمطلقة في تحديد موعد تسليم المبيع بدون التزامه بتقديم أعذار عن التأخير أو أسباب اختيار موعد معين دون غيره.

-الشروط المتعلقة بالمسؤولية والضمان : تعتبر الشروط التعسفية التي تتعلق بتطويع أهم التزامات المحترف وهي التزامه بضمان العيوب الخفية، فيبحث عن طريقة من أجل تحديدها في بعض أجزاء المبيع دون غيرها. ⁽¹⁾

ج-الشروط التعسفية المتعلقة بإنهاء العقد وتعديله:

بالإضافة إلى ما ذكرناه من شروط تعسفية، هناك شروط أخرى تسمح بالتمييز بين أطراف العقد في سلطة الفسخ وإنهاء العقد، فقد يرد شرط يفرض على الخاضع له الاستمرار بعقد لا يرغب الاستمرار فيه، إذا لم يتم هذا الأخير بأخطار الطرف الآخر برغبته في الاستمرار خلال مهلة محددة، وفي الغالب يكون هذا الإخطار صعبا.

كما أن هناك شروطا تمكن الطرف الأقوى في العقد من تعديل العقد أو إنهائه بإرادة منفردة، وهناك من الشروط ما يمنع متلقي السلعة أو الخدمة من المطالبة بفسخ العقد حتى وإن قصر المحترف في تسليم المبيع أو القيام بالخدمة محل العقد خلال المهلة المقبولة أو أثناء المهلة المتفق عليها. ⁽²⁾

¹ - احمد محمد الهواري، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2000، ص 139.

² - جابر محجوب علي، خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1998، ص 43.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

الفرع الثاني

دور القانون والقضاء في مواجهة الشروط التعسفية

عملت القوانين على توفير الحماية الشاملة للمستهلك ضد الشروط التعسفية التي قد تفرض عليه، فإيا كانت الحرية الممنوحة له في العقد الإلكتروني للمفاضلة بين السلع أو الخدمات المعروضة عليه، إلا أن الدعاية الهائلة التي تتم عبر الشبكة والقوة الاقتصادية للشركات التي تعرض هذه السلع أو الخدمات تجعل المستهلك بحاجة إلى الحماية من الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد، وسنحاول في هذا الفرع التطرق للنصوص القانونية التي تعمل على تكريس هذه الحماية سواء في الشريعة العامة المتمثلة بالقانون المدني، أو بقوانين المعاملات الإلكترونية بالإضافة إلى قوانين حماية المستهلك، واعتراف التشريعات الصريح بسلطة القاضي في تفسير العقد و تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها تمامًا.⁽¹⁾

فإذا تعذر على القاضي تطبيق القواعد الخاصة بالعقد مثل عيوب الإرادة أو قواعد الفسخ أو البطلان، فيمكنه تطبيق قواعد التعسف إذا قامت شروطه، إلا أن هذه القواعد المختلفة المتمثلة بحق المتعاقد في المطالبة بفسخ العقد للعيب، وتجنبه حالات الإكراه والتغريب مع الغبن الفاحش والغلط لا تكفي لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فقد يقبل هذا الأخير شروطا يضعها الموجب دون مناقشة منه بسبب عدم امتلاكه الخبرة الكافية التي تجنبه شروطا قد تكون مجحفة بحقه⁽²⁾، وقد نصت المادة 151 من القانون المدني المصري على أنه :

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص243.

² - عبد الحميد الشواربي، المشكلات العلمية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1988، ص68.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

« 1- يفسر الشك في مصلحة المدين.

2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن»⁽¹⁾.

كما أن المادة 149 من القانون المدني المصري نصت على أنه :

«إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقًا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» .

اعتبر هذا النص من طرف الفقه أداة قوية في يد القاضي يستطيع من خلالها حماية المستهلك من الشروط التعسفية المفروضة عليه، وهو الوحيد الذي يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا، ما دامت عبارات العقد تحتل المعنى الذي أخذ به، ولا رقابة لمحكمة النقض على تقديره، فإذا اكتشف شرطا تعسفيا في عقد الإذعان، فله أن يعدله بما يزيل التعسف منه، بل له أن يلغيه ويعفي الطرف المذعن منه، كما لا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على نزع هذه السلطة من يد القاضي باتفاق خاص، لأن مثل هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام، ولو صح للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطا مألوفاً في عقودها.⁽²⁾

لذلك إذا قمنا بإعمال هذه القواعد بشأن حماية المستهلك في العقود الإلكترونية، وبوصفه الطرف الضعيف، فإن ذلك يحقق له حماية واسعة، خاصة فيما يتعلق بتفسير العقد أو رفع الشروط الجائرة التي فيها تعسف قبله وكل ما سبق قوله مرتبط بمدى القناعة بكون العقد الإلكتروني عقد إذعان ، فزيادة على النصوص القانونية التي أورها المشرع المصري في القانون المدني، أجاز في الفصل السابع من مشروع قانون التجارة الإلكترونية، إبطال ما

¹ _

² -Chiheb GHAZOUANI, le contrat de commerce électronique international, thèse pour le doctorat en droit, université PANTÉON-ASSAS(Paris II).2008 .p 206.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

يرد من شروط تعسفية في العقود الإلكترونية والتي يمكن اعتبارها عقود إذعان في مفهوم القانون المدني، وتفسيرها لصالح الطرف المذعن، كما أجاز إبطال كل الشروط التعسفية المتعلقة بإعفاء بائع السلعة أو مقدم الخدمة من المسؤولية، وكل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد.⁽¹⁾

حاول المشرع الفرنسي في خطوة تشريعية إضافة المادة رقم 9 من قانون المستهلك الفرنسي الأخير و الصادر في 18 جانفي 1996 والتي تنص على أنه بمناسبة نزاع معروض على القاضي، فإنه يستطيع الحكم باعتباره غير مكتوب، الشرط المتعلق بالخاصية المحددة أو قابلية التحديد للثمن وكذلك بدفعه، بحقيقة الشيء أو تسليمه بعبء المخاطر، بنطاق المسؤوليات والضمانات، بشروط التنفيذ، بالفسخ، الإلغاء أو التجديد للاتفاقات، حينما يبدو أن هذا الشرط مفروضا على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر في العقد، ويمنح لهذا الأخير ميزة محجفة.⁽²⁾

هذه النصوص تطبق على العقود أيا كان شكلها أو أساسها، ويكون الأمر كذلك خاصة، طلبات البضاعة، الفواتير، الضمان، التسليم، تذاكر، بطاقات متضمنة شروط أو إحالة لشروط عامة محررة مسبقا⁽³⁾ والتي قام من خلالها المشرع الفرنسي بحسم خلاف فقهي قضائي حول سلطة القاضي في الحكم بإبطال الشرط التعسفي الذي يفرضه المهني على غير المهني أو المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي في الحصول على ميزة محجفة من جراء هذا الشرط، وتظهر سلطة القاضي في استبعاد الشروط التعسفية عند وجود نزاع

¹-Nathalie MOREAU, la formation du contrat électronique, dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatif de règlement des conflits(M.A.R.C) université de Lille2, 2002-2003, p 18, <http://edoctrale74.univ-Lille2.fr>

²- www.clauses-abusives.fr commission des clauses abusives(CCA)

³-أحمد محمد رفاعي، المرجع السابق، ص253.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

معروض على القاضي أي أنه لا يحكم ببطلان هذا الشرط مادام لم يثر نزاعا انتهى برفعه أمام المحكمة.⁽¹⁾

وبالنسبة لنوع الشروط التي يمكن للقاضي الحكم باستبعادها الشروط المفروضة من طرف المهنيين على غير المهني أو المستهلك، والمتعلقة أساسا:

- بالخاصية المحددة للثمن أو قابلية الثمن للتحديد
- الشروط المتعلقة بكيفية دفع غير المهني أو المستهلك للثمن.
- الشروط المنصبة على جوهر الشيء محل العقد.
- الشرط التعسفي المتعلق بكيفية تسليم الشيء.
- الشروط المتعلقة بالمسؤولية مثل تحديد المسؤولية وغيرها، وشروط الضمان للشيء المبيع(ضمان العيوب الخفية)

إن إعطاء القاضي تلك السلطة لم يتم بسهولة، فقد وجد خلاف ما بين مؤيد ومعارض وكان تبرير رافضي إعطاء القاضي هذه السلطة هو الخوف من أن تصاب المعاملات بعدم الاستقرار، في الوقت الذي يعتبر فيه هذا المبدأ من أهم المبادئ التي تعتمد عليها المعاملات، كما أن السلطة الممنوحة للقاضي هي سلطة تقديرية ليس لها أساس محدد وواضح فمفهومي تعسف النفوذ الاقتصادي أو الميزة المجحفة غامضين مبهمين وهذا ينشأ نوعا من الشك وعدم الاستقرار القانوني.

في حين يرى الجانب المؤيد من الفقه لإعطاء القاضي سلطة استبعاد الشروط التعسفية أنه على الرغم من وجود لجنة شروط تعسفية -في فرنسا -وسلطة الحكومة في إصدار مرسوم بعد موافقة مجلس الدولة باعتبار الشرط تعسفيا، إلا أنه مازالت الشروط التعسفية تدرج

¹ - حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، مصر، 1997، ص55.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

في العقود، وكمثال على ذلك عقود بيع السيارات والتي يشترط فيها أن تتم عمليات الإصلاح لدى البائع، كما أن هناك شروطا تستثني بعض قطع الغيار من نطاق الضمان كما أن بعض عقود البيع تتضمن شروطا تحظر على المشتري رفع الدعوى ضد البائع ولهذا وجب التدخل لعلاج هذه الأوضاع.⁽¹⁾

فالإعتراف للقاضي بسلطة إبطال الشرط التعسفي يعمل على إعادة التوازن للعملية العقدية، كما أنه لا يجب التخوف من هذه السلطة المعطاة للقاضي الذي يعتبر تطبيق العدالة بين الأطراف المتنازعة من صميم دوره، وتأييداً لهذا المفهوم.

المطلب الثاني

التمسك بعيوب الرضا لحماية المستهلك

على الرغم من وجود عدة وسائل لحماية المستهلك، إلا أننا نجد أن نظرية عيوب الإرادة تلعب دورا في نطاق العقود الإلكترونية التي تتسم بالتعقيد التكنولوجي من حيث أساليب التعاقد ووسائله، أضف إلى ذلك أن الطرفين غير متكافئين، إذ يمتلك أحدهما معرفة وخبرة عالية يصعب على الطرف الآخر استيعابها ومجاراتها، لأنه أقل قدرة على الصعيد الفني والاقتصادي، مما يظهر الحاجة لإعمال عيوب الإرادة التي تتيح للمتعاقد إمكانية التمسك بالإبطال وطلب التعويض استنادا إلى وجود عيب في إرادته.⁽²⁾

كما أن عيوب الإرادة من السهل التمسك بها نظرا للالتزامات الكثيرة الملقاة على عاتق البائع في هذه العقود، ويتصل إستنادنا لعيوب الرضا كوسيلة لحماية رضا المستهلك اتصالا وثيقا بمدى تنفيذ المحترف لالتزامه بالإعلام لما له من تأثير على وجود رضا صحيح وخال من العيوب، لأن المستهلك إذا ما قدمت له معلومات صحيحة وكافية عن المبيع أو الخدمات

¹ - Salem YAMMAHI, La protection du consommateur dans les contrats électroniques de consommation, thèse pour le doctorat en droit privé, université de Rouen, Paris, 2009,p252.

² - احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، بدون دار النشر، القاهرة، 1998، ص122.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

التي يريد التعاقد بشأنها، سوف يتمكن من تحديد التزاماته تحديدا صحيحا، فلا يقع في الغلط ولا يستطيع الطرف الآخر خداعه والتغريب به، فعدم الالتزام بالإعلام قد يؤدي بالمستهلك إلى إبداء رضاء مناقض لمصلحته، لذلك سنتناول في هذا المطلب أهم عيبين يمكن بروزهما و اللذان يؤثران و بشكل كبير في الإرادة اللازمة للتعاقد الإلكتروني، الأول عيب الغلط.(الفرع الأول)

أما الثاني هو عيب التدليس أو التغريب، بخلاف الإكراه و الاستغلال حيث أن الإكراه هو ضعف تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، و يولد الإكراه و يبعث في نفس المكره رهبة بينة، و هي التي تعيب الإرادة إذا اتصل المتعاقد الآخر بالإكراه، و يستبعد الإكراه في التعاقد الإلكتروني لوجود قناعة بعدم بروزه في العقد الإلكتروني⁽¹⁾ ، أو بصفة عامة لأن العقد مبرم عن بعد، غير ان هناك من يتصوره في حالة توريد منتج و احتكار إنتاجه، ثم يبيع قطع غياره بشروط مجحفة، يضطر العميل إلى قبولها حيث لا بديل له عنها، فيكون أمام الإكراه، و أن كان يبدو أقرب منه إلى مفهوم الإذعان، لان الإكراه يراعي فيه ظروف من وقع عليه كسبه و حالته الاجتماعية(الفرع الثاني).⁽²⁾

الفرع الأول

التمسك بعيب الغلط

يقصد بعيب الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص، يجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته، وهو يؤدي الى بطلان العقد إذا أنصب على ماهيته، أو على شرط من شروط الانعقاد، أو على محل العقد.⁽³⁾

¹-خالد حمدي عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص138.

²-محمود حسين منصور، المرجع السابق، ص 87.

³- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، 134. أنظر كذلك : إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة متعمقة في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، مطبوعات جامعة الكويت، 1994، ص125.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

إذا كان المشرع المصري قد أورد العيوب التي تؤثر على الإرادة في التقنين المدني على سبيل الحصر و هي التدليس والغلط في حالات محددة و بشروط معينة، إلا أن التطور التقني والتكنولوجي الذي أحدثته ثورة الاتصالات والمعلومات قد ادى الى التلاشي التدريجي للمبادئ القانونية التقليدية التي افترضت تساوي طرفا التعاقد في القدرة ليحل محلها اهتمام فقهي وتشريعي بحماية الطرف الاقل خبرة سواء من الناحية الاقتصادية أو الفنية.⁽¹⁾

من بين ما قام به الفقه والقضاء في سياق التطور السابق، توسعها في فهم المقصود بعيوب الارادة بهدف تحقيق الحماية للطرف الاقل قدرة أو خبرة، ومن ثم فاذا لم يوفر الطرف الاكثر خبرة للطرف الاخر المعلومات الكافية التي كان يجب عليه الادلاء بها، جاز للمتعاقد غير الخبير أن يتمسك بوقوعه في الغلط نتيجة عدم علمه الكافي بمحل التعاقد أو بشروط العقد، أو بسبب عدم تبصيره بالتدقيق التكنولوجي و الفني للسلعة أو الخدمة المتعاقد عليها، وما يترتب عن التعامل بشأنها من آثار قانونية.⁽²⁾

يشترط للتمسك بالغلط، سواء في القانون المصري و الفرنسي(المادة 1110)، أن يقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري، و أن يتصل ذلك الغلط بعلم المتعاقد الاخر الذي قد يكون وقع في ذات الغلط أو يكون قد علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه. و يكون الغلط جوهريا إذا وقع في جوهر الشيء، أو وقع على شخص المتعاقد، أو في طبيعة العقد.⁽³⁾

إكتفى المشرع الجزائري بوضع معيار عام، ذاتي، مرن، يمكن تطبيقه على الحالات المتنوعة أساسه جسامه الغلط، و مدى تأثيره على المتعاقد، فإن بلغ الغلط من الجسامه حدا بحيث كان المتعاقد يمتنع معه على إبرام العقد، لو لم يقع فيه إعتبر الغلط جوهريا و معيب

¹- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 164. راجع كذلك: زريقات عمر خالد ، عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الحامد ، الأردن، 2007، ص204.

²- خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص144.

³- محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص272.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

للإرادة. و ذلك في جميع الحالات تبعا لملازمات كل حالة و ظروفها الخاصة، و هو ما نصت عليه المادة 82 من التقنين المدني الجزائري كما يلي:

" يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجساماة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

و يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب إعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد و لحسن النية...".

وهذه المادة قامت بوضع مبدأ يمكننا أن نستخلص منه شروطا للخط الذي يعيب الرضا، كما أنه يضيف على المعيار الذي يقاس به الخط المعيب لرضا المتعاقد هو معيار شخصي ذاتي ينظر فيه إلى مدى اعتباره جوهريا بالنسبة له، ومحددا لإرادته⁽¹⁾.

إن المشرع الجزائري عند نصه على الصفة الجوهرية، أخذ بمدى تعلقها بالشيء المتعاقد من أجله، وليس تعلقها بالمتعاقد، فقد تكون الصفة جوهرية في ذاتها ولكنها لا تكون مرغوبا فيها من المتعاقد، أو أن لا يستطيع المبيع تحقيق الهدف الذي تعاقد من أجله المستهلك، وكمثال على ذلك أن يتعاقد المستهلك من أجل الحصول على برنامج لحاسبه الآلي معتقدا أنه مناسب له، غير أنه يكتشف بعد ذلك عدم مناسبة برنامج الحاسب الآلي للوفاء بالغرض المطلوب منه، وقد استلزم الفقه الفرنسي عند التمسك بالخط أن يقع اختلاف بين ما تصوره المتعاقد الواقع في الخط بشأن الشيء محل التعاقد وبين ما تم التعاقد عليه⁽²⁾. و التقنين المدني الجزائري أعطى الحق للمتعاقد الواقع في الخط المعيب لرضاه إذا توافرت شروطه في فسخ العقد أو إجازته وهذا يستنتج من النص المادة 81 التقنين المدني الجزائري حيث جاء فيها :

«يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله» .

¹ - رضا متولي وهدان، الخداع الإعلاني و اثره في معيار التدليس، دار الفكر و القانون، المنصورية، 2008، ص102.

² - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم-دراسة مقارنة متعمقة في الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، مطبوعات جامعة القاهرة، 1994، ص125.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

يفهم من نص المادة انه يحق للعائد إبطال العقد إذا وقع منه غلط ويترتب على إثباته إمكانية إبطاله، غير أنه لا يجوز للمتعاقد الذي قرر له الحق بالإبطال أن يتعسف في استعماله لهذا الحق فإذا أظهر المتعاقد الآخر استعداده لتنفيذ العقد، ألزم هو أيضا بتنفيذه، ولا يستطيع الإصرار على إبطاله، وقد جاءت المادة من التقنين المدني الجزائري بهذا الحكم فنصت في المادة 85 من التقنين المدني على أنه:

« ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. و يبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا اظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد ».

وعيب الغلط في التعاقد الالكتروني أمر متصور الحدوث، فمثلا قد يتوهم أحد المتعاقدين أن الطرف الآخر معروف لديه، و الذي يقدم المنتجات تصنع بطريقة يدوية مثلا، و أنه يرغب في التعاقد معه لمهارته و خبرته، ثم يتضح أن المعامل معه شخص غير معروف لتشابه الاسماء، أو لتشابه موقع الويب الذي بعرض نفس السلعة، فهنا يمكنه طلب فسخ العقد، و مثال ذلك أيضا أن يطلب شخص إستئجار سيارة من أحد الشركات العالمية من موقع الواب المحدد لها على الانترنت، فتقوم الشركة بارسال السيارة المطلوبة و معها عقد الملكية على أساس أنه عقد بيع، فهنا يعد العقد باطلا لاختلاف طبيعة العقدين.⁽¹⁾

يخرج عن نطاق الغلط الذي يعيب الإرادة، الغلط المانع، و الغلط المادي، أما الغلط الذي نقصده في التعاقد الالكتروني، فهو الغلط الذي لا يؤثر في وجود الارادة و انما يعيبها فقط. و هنا يثور التساؤل بشأن حالة الغلط في إبلاغ الرسالة الإلكترونية، أو في الإعلان عبر شبكة الأنترنت، مثال ذلك أن يعرض المهني في إعلانه أنه يبيع سيارات من نوع معين بمبلغ معين للسيارة الواحدة، و لكن يقع تحريف في الرسالة الإلكترونية فيضهر الاعلان على موقع الانترنت بمبلغ آخر.⁽²⁾

¹- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص163.

²- خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص55.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

نرى أن هذا الغلط و إن كان يبدو أنه مجرد غلط مادي، و بالتالي لا يكون له أي دور في تكوين الارادة حيث طراً بعد تكوينها، و من ثم لا يؤثر في تكوين العقد الالكتروني، و أنه يلزم تصحيح هذا الغلط المادي فقط. و لكن في حقيقة الأمر أن هطا الغلط المادي قد رتب غلط آخر و هو وجود تحريف في نقل الارادة، فهنا لا نكون بصدد غلط طراً بعد تكوين الارادة و انما غلط في نقلها على غير مقصدها، و في هذه الحالة فان العقد الالكتروني لا ينعقد لعدم تطابق الارادتين.⁽¹⁾

يلاحظ هنا أن هذا الغلط و إن نتج عنه غلط اخر حال دون تطابق عنصري التراضي و إبرام العقد، إلا أن ذلك لا يمنع من رجوع المستهلك أو المهني على مقدم الخدمة الالكترونية بالتعويض، إن كان لذلك مقتضى، و ذلك إن كان الغلط أو التحريف في نقل الارادة راجع الى خطأ منه أو لعيب في أجهزة الربط التي يستخدمها.⁽²⁾

يمكن للقواعد العامة في الغلط أن تستوعب الغلط في العقد الالكتروني، و مثال ذلك إذا قام أحد المستهلكين بشراء منتج عبر الانترنت، ثم تبين له عند تسلمه للمبيع أنه لا يتفق مع ما توقعه، أو أنه لا يصلح للغرض الذي اشتراه من أجله فهنا يستطيع أن يطالب بإبطال العقد استنادا لنظرية الغلط طبقا للقواعد العامة.⁽³⁾

قد يرى البعض أنه لا يوجد أهمية لنظرية عيوب الارادة في نطاق العقود الالكترونية حيث يمكن للمستهلك أن يقوم بإرجاع المنتج استنادا الى حق العدول الذي سنتطرق إليه لاحقا، المقرر للمستهلك في هذا النوع من العقود، دون حاجة لإثبات وقوعه في غلط، إلا أن طلب إبطال العقد الالكتروني استنادا لنظرية عيوب الارادة قد تمكن أهميته في أنه في حالة إبطال العقد بسبب الوقوع في غلط فإن المستهلك لن يتحمل مصروفات النقل حيث يستحملها المهني في هذه الحالة، و بالتالي فإن حق العدول المقررة للمستهلك في العقود

¹- ممدوح محمد علي مبروك، مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص49.

²- خالد حمدي عبد الرحمن ، المرجع السابق، ص138.

³- محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004، ص 91.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

الإلكترونية، قد لا تحقق في الكثير من الحالات الفوائد التي يحققها التمسك بالابطال بسبب عيب الغلط.⁽¹⁾

تعتبر صفة عدم الخبرة، أو عدم الاعتراف في المعاملات الإلكترونية، عنصرا جوهريا في قبول إدعاء المتعاقد الوقوع في غلط جوهري، لا سيما في الأشياء الفنية ذات التقنية المتطورة، مثل برامج الحاسوب، حيث يمكن اعتبار هذه الصفة من القرائن التي يستعين بها قاضي الموضوع، في تقدير مدى توافر الغلط في حق المتعاقد، و بالتالي قد يصعب قبول الغلط من متعاقد متخصص ذي خبرة و احتراف في المجال الذي تم التعاقد بشأنه، و كذلك الحال إذا كانت البيانات و المعلومات التي قدمها المهني واضحة و كافية لعدم وقوع الغلط، و كذلك إذا ثبت تقصير مدعي الغلط، و ذلك إذا لم يتم بالاستعلام و الافصاح عن حاجاته و التعاون مع المهني، و ذلك وصولا لتحقيق الغاية المرجوة من إبرام العقد، و كثيرا ما يقع الغلط في مجال العقود الإلكترونية بسبب العرض الناقص للمنتجات، و ذلك بأن يكون العرض غير واضح أو مفهوم، مما يؤدي إلى وقوع الغلط بشأن المنتج المعروض عبر الانترنت.⁽²⁾

و لقد ألزم التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 بشأن التجارة الإلكترونية في المادة 11 منه:

« مقدمي الخدمات بأن يقوموا بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق، و أن يقوموا بإعلامه بذلك بوسائل مناسبة و فعالة و سهلة البلوغ، و على نحو يمكنه من فهم المعطيات الإلكترونية، الامر الذي يكفل عدم وقوع العميل في غلط.»⁽³⁾

¹ - رضا متولي وهدان، الخداع الإعلاني و اثره في معيار التدليس، دار الفكر و القانون، المنصورية، 2008، ص102.

² - خالد حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص141.

³ - Directive 2000/31/CE du parlement européen et du conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE n° L178, 17 juillet 2000, article 11: « ...Les Etats membres veillent, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, à ce que le prestataire mette à la disposition du destinataire du service des moyens techniques

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

إلا أنه يصعب إثبات هذا الغلط، حيث أن الغرض الناقص للمنتج، والذي قد يتم على صفحة الويب "Web" مثلاً، قد يتم تغييره أو تعديله في وقت لاحق بوسيلة إلكترونية، و هذه التقنيات لا تترك أثراً مادياً ملموساً.

و نرى أنه يمكن التغلب على مثل هذه الصعوبات، بأن يتم تسجيل مثل هذه البيانات على دعامة إلكترونية بأسلوب يسمح بحفظها، و استرجاعها عند الضرورة، أو الاستعانة بوسيط إلكتروني معتمد لتوثيق مثل هذه المعاملات الإلكترونية.⁽¹⁾

الفرع الثاني

التمسك بعيب التدليس

التدليس هو "إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة، عن طريق استعمال طرق احتيالية، بقصد دفعه إلى إبرام العقد" ويكفي لقيامه مجرد كتمان واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة، وهو نوعان الأول إيجابي يتمثل في القيام بوسائل احتيالية بغرض إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، الثاني سلبي وهو سكوت أحد المتعاقدين عن ذكر بيانات معينة إذا كان من شأن العلم بها إحجام التعاقد الآخر عن إبرام العقد.⁽²⁾ وقد نص القانون المدني الجزائري في المادة 2/86 منه على أنه:

« و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا أثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة »

أما القانون الفرنسي فقد نص في المادة 1116 تقنين مدني على أن:

appropriés, efficaces et accessibles lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger, et ce avant la passation de la commande... ». **Voir:** www.legifrance.gouv.fr

¹- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص162.

¹- عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، حياء التراث العربي، 1981، ص319 .

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

«التدليس لا يفترض، ويجب على من يدعيه إثباته، فإذا ثبت استخدام أحد طرفي التعاقد لوسائل ومناورات احتيالية فإن هذا يؤدي إلى إمكان المطالبة بإبطال العقد بشرط أن يثبت على وجه اليقين أن من تعرض للتدليس لم يكن ليتعاقد إلا بسبب هذه الوسائل التدليسية¹» .

يجوز طلب إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين من الجسامة بحيث لو لاهها لما أقدم المتعاقد الآخر على إبرام العقد، شريطة أن يثبت أنه ما كان ليبرم العقد لو أتصل علمه بما سكت عنه المدلس عمدا ، وكذلك الحق في المطالبة بالتعويض إن كان لذلك مقتضى على أساس المسؤولية التقصيرية باعتباره عملاً غير مشروع.

هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1/86¹ بنصها على:

«يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد».

ومن شروط الإبطال للتدليس باعتباره عيباً في الرضا أن يتوافر ثلاثة شروط، وهي استعمال طرق احتيالية ، وأن يكون التدليس دافعاً إلى التعاقد، وصدور التدليس من المتعاقد الآخر أو عامه به أو إمكان العلم به.⁽²⁾

تطورت نظرية التدليس بفضل الفقه والقضاء الفرنسي واتسع مداها ليستوعب الكذب والكتمان، وكذلك يثور تساؤل هل تعتبر الإعلانات الإلكترونية الكاذبة أو المضللة تدليساً ؟ خاصة وأن الإعلانات التجارية عبر شبكة الإنترنت أصبحت أحد أهم المعالم البارزة لعصر

¹ - **Article 1116** : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. »

² - عبد السيد تتاغو، النظرية العامة للالتزام، المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص 138.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

ثورة الاتصالات والمعلومات وبحكم انتشارها وتنوع أساليبها تؤثر في سلوك المستهلك بل قد تعرضه على التعاقد للحصول على منتج أو خدمة لا يحتاج إليه حقيقة⁽¹⁾.

الأصل أن الكذب لوحده لا يكفي لتكوين عنصر الحيلة في التدليس، كامتداح التاجر بضاعته إلى حد كبير ما دام ذلك مألوفاً في التعامل، وعلى العكس فإن مجرد الكذب إذا خرج عن المألوف في التعامل، كما لو تم بخصوص بيانات محددة استعلم عنها المتعاقد، مثال ذلك مكان بلد منشأ السلعة المباعة، فإنه يعتبر تدليساً يشوب الإرادة، بشرط توافر العنصر المعنوي للتدليس وهو نية التضليل والخديعة للوصول إلى غرض غير مشروع .

ولذلك نرى أن الكذب في الإعلانات والدعاية الإلكترونية للمنتجات أو الخدمات يدخل في مجال التدليس طالما تجاوز الحد المألوف وكان مؤثراً في إرادة المدلس عليه ودافعاً إلى التعاقد ، ويعطي للمدلس عليه الحق في طلب إبطال العقد لتعيب إرادته .

فالمستهلك في التعاقد الإلكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المبيع، كما في التعاقد التقليدي، وإنما يعاين الشيء من خلال شاشة الكمبيوتر، ولذلك يري البعض أنه في حالة عقد البيع الإلكتروني إذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة فإنه يجب إبطال العقد للعش، فالغش يفسد كل التصرفات.⁽²⁾

نجد في هذا الصدد نجد أن القضاء الفرنسي قد أتاح للمستخدم في مجال برامج الكمبيوتر أن يطلب إبطال العقد بسبب التدليس الناجم عن كتمان مورد البرامج للمعلومات التي كانت تتيح له حسن اختيار البرنامج والتعاقد بالتالي في ضوء إرادة واعية ومبصرة.⁽³⁾

¹- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص74.

²- ممدوح محمد خيرى هاشم، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني، دار النهضة العربية، 2000، ص 143

³ -Thibaut TROCHU, protection des consommateurs en matière de contrats à distance, directive n°97-7CE mai 1997, Dalloz, 1999.P 103.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

ولا يشترط لكي يكون الكتمان العمدي تدليساً أن يتعلق بكتمان معلومات كاملة فحسب، بل أيضاً حبس أي جزء من المعلومة الكاملة نعتبر تدليساً، ولذلك فمثلاً في حالة بيع الدواء عبر الإنترنت عن طريق الصيدلية الإلكترونية، إذا لم يقم الصيدلي بذكر أحد البيانات الهامة الخاصة بالعقار الطبي، كأن لا يذكر موانع الاستعمال، أو لا يحدد التاريخ الذي تنتهي فيه صلاحية الدواء للاستعمال، فإنه يكون قد حبس جزء من المعلومة مما يعتبر معه بدليساً .

وكذلك الشأن في حالة تقديم الخدمات ، مثل الاستشارات التجارية عبر الإنترنت، كما في حالة الاستفسار من أحد بنوك المعلومات عن الوضع المالي لشركة ما، فيقدم معلومات بعضها صحيح ويكتّم بعضها رغم علمه بها، مما دفع البنك إلى منح هذه الشركة قرضاً كبيراً، ثم يتضح أن هذه الشركة صدر حكم ضدها بإشهار إفلاسها ، أو أن اسمها المالية منخفضة ، فيكون بذلك بنك المعلومات قد حبس جزء من المعلومات الكاملة .⁽¹⁾

وطرق الغش والتدليس في التعاقد الإلكتروني كثيرة ومتنوعة، ومن أهمها استعمال العلامة التجارية لشخص آخر، وتعتمد نشر بيانات ومعلومات غير صحيحة على الموقع عن سلع أو خدمات بقصد ترويجها، أو استخدام اسم نطاق غير مملوك له.

ومن أشهر طرق التدليس المستخدمة عبر الأنترنت إنشاء موقع وهمي لا وجود له على الإطلاق، وهو أمر متصور الوقوع في المعاملات الإلكترونية⁽²⁾، فيمكن لبعض البنوك الإلكترونية التي لا وجود لها في الواقع ، والتي يقتصر وجودها على العالم الافتراضي، تغيير⁽³⁾ بعض العملاء الذين يقومون بإيداع أموالهم لدى هذا المصرف الوهمي نتيجة الإعلانات المغرية التي نشرها عبر الأنترنت، فتقوم بالاستلاء على هذه الأموال ، دون أن

¹ -Chihab GHAZOUANI, la protection du consommateur dans les transactions électroniques selon la loi du 9 Aout 2000, revue de la jurisprudence et de législation, juin 2003, p30.

² -حازم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية، دجار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2003، ص 75.

³ -يعرف التغيير بأنه: حمل المتعاقد على مفاوضة بطريقة باطلة تجعله يظن أنها في مصلحته، وترغبه فيها والواقع غير ما يظن : والتغيير أو الغرور في الفقه الإسلامي لا يعدو أن يكون هو التدليس بالمفهوم القانوني. نقلا عن: محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1998، ص 71.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

تقوم بردها لأصحابها. و يعتبر السكوت في التعاقد الإلكتروني تدليساً كقاعدة عامة، ولا يقتصر الأمر على حالات العقود بين المهنيين والمستهلكين، بل تطبق القاعدة حتى في علاقات المهنيين.

ويمكن الحد من ظاهرة التدليس في التعاقد الإلكتروني عن طريق تنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني، أو مقدم خدمة التوثيق، فدورها ليس قاصراً على مجرد التأكد من صحة ونسبة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية إلى منشئها، بل التأكد من جدية هذه الإرادة وبعدها عن وسائل التدليس.⁽¹⁾ ويكون ذلك عن طريق قيام هذه الجهات بتعقب المواقع التجارية على الانترنت للتحري عنها وعن جديتها ومصداقيتها في التعامل، فإذا تبين لها عدم توافر الثقة والأمان في أحد المواقع فإنها تقوم بتوجيه رسائل تحذيرية للمتعاملين عبر الشبكة توضح فيها عدم مصداقية الموقع، أو أن الموقع وهمي لا وجود له، أو أن الموقع غير مسجل لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية، أو غير مقيد لدى إحدى شركات الإنترنت المكلفة بتسجيل أسماء النطاق بالأسماء والأرقام.⁽²⁾

والواقع أن نظرية التدليس في القانون المصري لا توفر الحماية المطلوبة للمستهلك، إذا يشترط لتمسك بالتدليس وجود عقد، واستعمال طرق احتيالية قد يصعب إثباتها، وهو ما لا يتفق وطبيعة المعاملات الإلكترونية، ولذلك نجد بعض مشرعي الدول عند إصدارهم قوانين تنظم العقود والمعاملات الإلكترونية نصوا على أحقية المستهلك في إرجاع المنتج خلال المدة المحددة قانوناً، وهذا ما قرره بالفعل قانون الاستهلاك الفرنسي للمعاملات الإلكترونية. ولذلك نرى أن على المشرع المصري أن ينتبه لذلك عند إعداد مشروع قانون العقود الإلكترونية، بأن ينص على حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن التعاقد، بقصد حماية المستهلك من تسرعه في قبوله للتعاقد.

¹- محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص71.

²- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2003، ص 135.

الفصل الأول : حماية المستهلك قبل إبرام العقد

وفي هذا المجال يجب ملاحظة أن حق العدول في التعاقد لا يختلط مع نظرية عيوب الإرادة فلكل منهما مجاله وشروطه الخاصة، فالأول، أي حق العدول، يهدف إلى جعل رضا المتعاقد رضا متمهلاً متروياً غير متسرع فيه، أما عيوب الإرادة تحمي رضا المتعاقد من حيث كونه رضاً حراً صحيحاً، ولذلك إذا وقع المستهلك أعمال غش أو تدليس مع البائع مثلاً بقصد التأثير في رضائه، ففي هذه الحالة قد يثبت للمتعاقد حق العدول في تعاقدته خلال المهلة المحدد، إذا توافرت الشروط المطلوبة، كما يكون له أيضاً المطالبة بإبطال العقد استناداً إلى نظرية عيوب الإرادة، إذا توافرت سائر شروطها.⁽¹⁾

¹-خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص141. راجع كذلك: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص100.

الفصل الثاني

حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

إذا توافرت لعقد البيع أركانه وشروط صحته رتب اثاره القانونية، فيلزم الاطراف بتنفيذ الالتزامات الناتجة عنه تنفيذا عينا، وذلك لأن للعقد قوة ملزمة، فالعقد شريعة المتعاقدين.

ولما كان عقد البيع عن طريق الانترنت يتم عبر شبكة اتصال دولية، فالغالب أنه بيع دولي، يحتاج المستهلك إلى توفير معلوماتي عن طريق تزويده بالخدمات الالكترونية التي تمكنه من محاولة فهم المعلومات التي تلاحقه أينما وجد وتوفير كافة الضمانات، عن طريق حمايته بضمان سلامة السلع والخدمات، بأن تكون خالية من العيوب الخفية وهذا وخروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، إعطائه الحق في رد المبيع للمهني، بحترام مدة معينة دون أية مسؤولية (المبحث الأول)، الى جانب معرفته الى القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة في حالة نشور نزاع (المبحث الثاني).

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

المبحث الأول

التزام المهني بالضمان و احترام حق العدول

يلتزم المزود بنقل ملكية المبيع إلى المستهلك، ويشترط لانتقال الملكية للمستهلك، أن يكون المبيع معيّنًا بالذات، ومملوكًا للبائع، وألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين، كما يلتزم المزود بضمان العيوب الخفية التي لا يستطيع المستهلك اكتشافها عند التعاقد، ويحق للمستهلك أن يستلم المبيع المطابق لما اتفق عليه مع المهني، كما ويحق للمستهلك أن يتم إعلامه وتبصيره في مرحلة تنفيذ العقد (المطلب الأول)، وقد منحت التشريعات القانونية للمستهلك مهلة للتفكير بعد إبرام العقد، حيث سيكون بوسعه العدول عن التزامه الذي سبق وأن ارتبط به و رد المبيع الى المهني خلال 07 أيام دون أية مسؤولية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

التزام المهني بضمان العيوب الخفية

الالتزام بضمان العيوب الخفية تستلزمه الأشياء وقصد المتعاقدين، بالمستهلك الذي يتعاقد الكترونيا مع المهني من اجل شراء منتج معين يفترض انه خال من العيوب وصالح للغرض الذي اشتراه من اجله، و لو كان يعلم ما به من عيوب لما تعاقد على شرائه.⁽¹⁾

وانطلاقا مما ذكرناه سابقا، ومن أجل الوصول إلى الحد الذي تلامس فيه أحكام ضمان العيب الخفي الحماية المقررة للمستهلك في العقد الإلكتروني مقارنة بالعقد العادي تطرح عدة أسئلة منها، ما هو المقصود بالعيب الخفي؟ (الفرع الأول) وما هي الشروط التي وضعها

¹ - زريقات عمر خالد، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 221.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

المشرع، ليتمكن المستهلك التمسك بالعيب وإقامة المسؤولية ضد البائع؟ وكذلك تبيان الضمانات⁽¹⁾ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المقصود بالعيب الخفي وشروطه

سنتطرق في هذا الفرع إلى كل من المقصود من العيب الخفي على ضوء التشريعات المختلفة (أولاً)، بالإضافة إلى شروط الدفع بالعيب الخفي في ظل التعاقد الإلكتروني (ثانياً).

أولاً: المقصود بالعيب الخفي

لم يعرف القانونين الفرنسي والجزائري العيب الموجب للضمان، بل اكتفيا بتحديد شروطه، إذ نجد نص المادة 1641 من التقنين المدني الفرنسي ينص على أن⁽²⁾ :

«يكون البائع ملزماً بالضمان بسبب العيوب الخفية في الشيء المبيع التي تجعله غير صالح للاستعمال، بحيث أن المشتري ما كان ليشتريه أو ما كان يدفع فيه إلا ثمناً أقل لو علم بها».

وتقابلها المادة 379 من التقنين المدني الجزائري والتي تنص على:

“أ- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من انتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع،

¹ - أسامة احمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، المرجع السابق، ص 222.

² - عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، المرجع السابق، ص 41.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

أو حسبما يظهر من طبيعة استعماله. فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب و لو لم يكن عالما بوجودها.

ب- غير ان البائع العيوب لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا اثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو انه أخفاها غشا عنه " (1).

فالعيب الخفي هو العيب غير المعلوم للمشتري الذي لم يكن باستطاعته اكتشافه عن طريق فحص المبيع بعناية الشخص العادي فهو الذي يقع ضمانه على البائع، وقد اجتهد القضاء المصري في تقديم تعريف للعيب فعرفه على أنه :

«الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع»

كما قد جاء تطبيق لمحكمة النقض المصرية أنه:

« يعد العيب خفياً متى كان المشتري غير عالم به، وغير مستطاع أن يعلمه أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذي تعارف الناس على القيام به، كأن يتطلب خبرة خاصة وفحصا معينا لا يتوافران في المشتري، وكان العلم الذي ينتفي به ضمان العيب هو العلم الحقيقي ودون العلم الافتراضي، وهو ما لا يكف للدلالة على مجرد إقرار المشتري في عقد البيع بمعاينته للمبيع المعاينة النافية للجهالة أو قلة ثمن المبيع» (2).

¹ - الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007، جريدة رسمية عدد 31، المعدل و المتمم.

² - نقلا عن: وائل نافذ سفرجلاني، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع، المرجع السابق، ص 678.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

ومن خلال النصين (المادة 1641 و المادة 379) نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد أعطى للعيب معنى أضيق من الذي أعطاه له المشرع المصري والجزائري ، فهو لم يشمل تخلف الصفة في المبيع، في حين أن المشرع المصري والجزائري قد ساوى بين العيب وتخلف الصفة في وجود الضمان.⁽¹⁾

يلاحظ كذلك انه حدد وجود العيب فقط في المنتج ولم يتحدث عن الخدمة، بعكس المادة 9 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 حيث لم تقتصر على السلعة فقط، بل امتدت الحماية إلى الخدمة، حيث يستطيع المستهلك إعادة المبيع سواء أكان خدمة أو سلعة.⁽²⁾

ثانياً: شروط العيب الخفي

لقد تم تحديد شروط العيب الخفي من خلال النصوص القانونية بأنها:

- 1 - يجب أن يكون العيب مؤثراً.
 - 2 - يجب أن يكون العيب قديماً.
 - 3 - أن لا يكون المشتري عالماً بوجود العيب ولم يرض به.⁽³⁾
- أ- أن يكون العيب مؤثراً:

¹- بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، عالم الكتب الحديثة، الأردن، 2004، ص 165.

²- المادة 9: " يلتزم كل مقدم خدمة بإعادة مقابلها أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها إلى المستهلك ، وذلك في حالة وجود عيب أو نقص بها وفقاً لطبيعة الخدمة وشروط التعاقد عليها و العرف التجاري ، ويحال أي خلاف حول الإخلال بالخدمة إلى الجهاز ليصدر قراراً ملزماً في شأنه ". نقلاً عن: سعيد جبر ، الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 420.

³- خالد ممدوح إبراهيم، امن المستهلك الالكتروني، المرجع السابق، ص 159.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

يظهر مدى تأثير العيب على المبيع من خلال إنقاصه لقيمة المبيع أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء إن البائع يضمن أساسا العيب الذي يجعل المبيع غير صالح لما أعد له بحسب طبيعته، ولكنه يضمن كذلك العيب الذي يجعل المبيع غير صالح للغرض الذي حدد في العقد أو تدل عليه الظروف التي رافقت إنشاء العقد، فللقاضي سلطة تقدير مدى تأثير العيب على المبيع وذلك كون الغاية من الشراء محددة في العقد، أو يمكن استخلاصها من الظروف الموضوعية التي أحاطت بالعقد.⁽¹⁾

حدد المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري معيار العيب المؤثر بقوله إنه معيار مادي ينظر فيه إلى قصد المتعاقدين، كما هو مبين في العقد أي الإرادة الظاهرة وإلى طبيعة الشيء والغرض الذي أعد له، ويعتبر أن هناك عيبا مؤثرا إذا خلا المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه.⁽²⁾

ب- أن يكون العيب قديماً :

يستتبط هذا العيب من الفقرة 1 من المادة 397 بإشارتها إلى " وقت التسليم " ، و تبعا لذلك يجب أن يكون العيب الذي يضمنه المهني موجودا في المبيع نفسه قبل البيع وإن تم اكتشافه بعده، ويتحدد قدم العيب عند تسليم المبيع، فإذا حدث العيب بعد تسليم المبيع لسبب راجع إلى المستهلك أو إلى حادث طارئ أو إلى قوة قاهرة، فالمهني غير ضامن لهذا العيب، إلا إذا أثبت المستهلك أن العيب الذي ظهر بعد تسلمه المبيع كانت أسبابه قديمة وموجودة

¹ - هذا ما نصت عليه المادة 447 من التقنين المدني المصري.

² - سمير كمال، ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991، ص35.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

في المبيع قبل أن يتسلمه، ويستطيع إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات على أساس أن مسألة وجود العيب الخفي مسألة واقع يجوز إثباتها بجميع الطرق بما فيها القرائن.⁽¹⁾

مع الإشارة بأنه في القانونين الجزائري و الفرنسي لا يكفي أن يكون العيب متواجد قبل الشراء، أو قبل التسليم، بل يجب أيضا أن يبقى موجودا عندما ينوي المستهلك تحريك دعوى الضمان، فإذا كان المهني قد أصلحه فلا محل للضمان و إذا كان العكس أي أن المستهلك نفسه هو الذي تحمل مصاريف الإصلاح، فإنه يجب الاعتراف له بدعوى تقديرية.

ج- أن لا يكون المشتري عالما بوجود العيب ولم يرضا به

لكي يعتد بالعيب الذي يلتزم البائع بضمانه يجب أن لا يعلم به المشتري، فإذا كان العيب ظاهرا أو سبق للمشتري أن علم به فالبائع لا يضمنه، وكذلك لا يضمن البائع العيب لو أن المشتري كان من السهل عليه أن يعرفه، وهذا ما نصت عليه المادة 379 من التقنين المدني الجزائري التي تقابلها المادة 447 من التقنين المدني المصري:

"غير ان البائع العيوب لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو انه فحص المبيع بغاية الرجل العادي، إلا إذا اثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو انه أخفاها غشا عنه"

صدر حكم عن محكمة النقض المصرية مفاده مادام الحكم قد انتهى إلى أن العيب الذي لحق المبيع كان خفيا، وألقى على البائع عبء إثبات أن المشتري كان يعلم وقت استلام المبيع بهذا العيب بكافة الطرق، وبعد أن عجز عن إثبات هذا العلم، فقد ألزم بضمان هذا العيب، ولا يكون هذا الحكم مخالفا للقانون، لأن المفترض هو عدم علم المشتري بالعيب

¹ - بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص168.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

الخفي، ولكي يتخلص البائع من الضمان، عليه إثبات علم المشتري به وقت التسليم ويوجد استثناء لهذه القاعدة، فحتى لو كان العيب الموجود في المبيع يمكن تبينه من طرف المشتري إذا قام بفحص المبيع بعناية الرجل العادي، يبقى البائع ضامناً خلو المبيع من العيب، وذلك يثبت في حالين هما:

1 -أن يثبت المشتري أن البائع قد أكد خلو المبيع من العيب.

2 -أن يثبت المشتري تعمد إخفاء العيب غشاً.⁽¹⁾

بتطبيق القواعد العامة لضمان العيب الخفي على عقد البيع الإلكتروني نرى أن الالتزام القانوني بضمان العيوب الخفية الذي يقع على عاتق البائع في العقد التقليدي، هو نفسه الذي يقع عليه في العقد الإلكتروني، وذلك لأن الهدف الذي يريد المشرع تحقيقه لا يتغير بتغير الوسيلة، بل على العكس من ذلك، فتعقيد الوسيلة يزيد من ضرورة تطبيق الضمان، من أجل الحصول على المنفعة من الشيء المبيع.

غير أننا نجد أن الأعباء التي تقع على المستهلك في العقد العادي لإثبات حقه قد تتعرض لبعض الصعوبات في العقد الإلكتروني، وأهمها كيفية إثبات وجود العيب الخفي في الشيء المبيع وقدمه، ومدى مطابقة المبيع للمواصفات المتفق عليها. ومثال ذلك، لو قام المستهلك بشراء برنامج حاسب آلي من البائع، وادعى بأنه معيب ولا يحقق الغاية المرجوة منه، وأن يثبت أنه لو كان يعلم بهذا العيب في البرنامج، الذي ينقص من كفاءته، كما عليه أن يثبت أنه لم يكن يعلم بهذا العيب لما أقدم على التعاقد، وفي المقابل فقد يدعي البائع عدم علمه بالعيب أو أن المبيع كان سليماً.⁽²⁾

¹- شهيدة قادة ، المسؤولية المدنية للمنتج دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة، 2007، ص107.

²- جابر محجوب علي ، خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1998، ص20.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

الفرع الثاني

ضمان السلامة تكملة لضمان العيب الخفي

إن تقديم الحماية للمستهلك في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد لا تقتصر على مدى صلاحية المبيع للغرض المخصص له بحسب طبيعته أو بحسب ما تم الاتفاق عليه، بل تتعدى هذه الحماية إلى نطاق آخر وهو حمايته من الأضرار التي قد تصيبه من جراء استعماله لمنتجات معيبة.⁽¹⁾

فالمعنى التقليدي للعيب أصبح في الوقت الحاضر لا يخدم العديد من الحالات المستجدة خاصة بعد التطور التقني والصناعي، مما زاد احتمالية المخاطر الناشئة عنه التي تلحق الضرر بالمستهلكين في أجسادهم وفي أموالهم، فبساطة المنتجات التي كانت معروفة -عند وضع نصوص القوانين المدنية- جعلت آثار العيب تقتصر على إنقاص قيمة المبيع أو الفائدة المرجوة منه.⁽²⁾

لذلك ظلت النصوص الخاصة بضمان العيوب الخفية هي المطبقة لفترة طويلة، إلى أن طلب إلى المحاكم تعويض هذه الأضرار، والتي بدورها أدركت عجز النصوص الخاصة بضمان العيوب الخفية أن تقوم بهذه المهمة التي لا تستطيع استيعابها، لذلك حاول القضاء وخاصة الفرنسي تفعيل بعض نصوص القانون المدني من أجل توفير حماية أكبر للمستهلك،

¹ - محمد على عمران، الالتزام بضمان السلامة و تطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص143

² - مدحت محمد عبد العال، الالتزامات الناشئة عن عقد تقديم برامج المعلومات، المقالة، للإيجار، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص114.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

وعدم ترك المضرور من جراء المنتجات المعيبة دون وسيلة قانونية يتمكن من خلالها الحصول على التعويض.⁽¹⁾

فالمستهلك الإلكتروني يتجول عبر صفحات الانترنت بغية التسويق والشراء، وحينما يستقر على سلعة معينة أو خدمة فإنه يبرم تعاقدًا بشأنها، وفي الغالب ليس صانع السلعة هو الذي يتعاقد مع المستهلك، فالمهني هو الذي يقوم بالتعاقد مع المستهلك ويسلمه السلعة، وبالتالي لا يكون هناك ثمة علاقة تربط ما بين المستهلك والمهني، ومع ذلك فإن المستهلك يستطيع الرجوع على المهني على أساس المسؤولية التقصيرية، حيث أن مسؤولية صانع المنتج تقوم على أساس إخلاله بالالتزام السلامة، وإن قرينة الإخلال بالسلامة هذه لا تقبل إثبات العكس، فلا يكفي أن يثبت صانع المنتج عدم إخلاله بالسلامة.⁽²⁾ وإنما يتعين عليه إثبات أن وقوع الضرر يعود إلى سبب أجنبي عنه، كما يستطيع المستهلك أيضا الرجوع على المهني على أساس المسؤولية العقدية، أو على أساس المسؤولية التقصيرية.⁽³⁾ فرجوع المستهلك على المهني على أساس المسؤولية التقصيرية أمر جائز، حيث أن الأساس هو حدوث خطأ.⁽⁴⁾

يلحظ مما سبق أن توسيع مسؤولية المهني عن المنتجات والخدمات المعيبة هو في صالح المستهلك⁽⁵⁾، و أرى أن مجرد وقوع الخطأ حتى ولو كان غير مقصودا من قبل

¹ - وائل نافذ سفرجلاني، المرجع السابق، ص 79.

² - زريقات عمر خالد، عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 343.

³ - بشار مومني طلال، الرجوع السابق، ص 221.

⁴ - مدحت محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 114.

⁵ - حسين الماحي، المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة، المرجع السابق، ص 36-38.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

المهني، يجيز للمستهلك أن يطالب بالتعويض، حتى وإن لم يكن هناك ضرر، لأن التزام المهني في انتقال المستهلك بالمبيع هو التزام بتحقيق نتيجة.⁽¹⁾

وقد سارت المحاكم الفرنسية على حق المشتري في الخيار بين دعوى التسليم ودعوى الضمان، وأقرت هذا الحق عندما سمحت ببحث مشكلة فسخ البيع والتعويض على أساس القواعد العامة للمسؤولية العقدية التي أختار المشتري الاستناد إليها، في حين كان ما ينعاه المشتري على المبيع هو، عيب خفي وأن الدعوى كان من الواجب أن تبحث في هذا الإطار كعدم صلاحية آلة الجر لأداء الغرض منها.⁽²⁾

غير أنه بعد ذلك نبذت المحاكم فكرة السماح للمشتري بالاختيار بين الدعويين، وألزمت برفع دعوى الضمان حال وجود عيب يجعل الشيء غير صالح للاستعمال المخصص له، فلكل من الدعويين نطاقها الخاص ونظامها وبالتالي يجب استبعاد الدعوى الأخرى.

ألقي عبء المسؤولية في هذا القانون أساساً على منتج السلعة التي أحدثت الضرر أو على الشخص الذي قام باستيرادها، مما خفف المسؤولية على البائع والموزع الذين لا يلتزمان بالتعويض إلا إذا تعذر تحديد المنتج أو المستورد المادة.

الملاحظ من هذا النص أن مسؤولية المورد هي مسؤولية بديلة أو احتياطية، لا تقوم إلا في حالة عدم التعرف على الشخص المنتج أو المستورد، وعلى الرغم من ذلك فقد أتيح للمسؤول البديل الرجوع على المنتج المسؤول خلال عام من تاريخ رفع المتضرر دعوى المسؤولية على أي من هؤلاء المنتجين البدلاء⁽³⁾ فقد حرص المشرع على تحديد شخص

¹ - عبد الباسط جمعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقد الاستهلاك، المرجع السابق، ص 53.

² - وائل نافذ سفرجلاني، المرجع السابق، ص 96.

³ Art 1386-7/2(CCF) : « Le recours du fournisseur contre le producteur obéit aux mêmes règles que la demande émanant de la victime directe du défaut. Toutefois, il doit agir dans l'année suivant la date de sa citation en justice ».

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

مسؤول عن تعويض المتضرر وعدم ترك المستهلك بدون حماية خاصة في الحالات التي تتعذر معها معرفة منتج السلعة.

لقد حدد القانون المستفيد من هذه الأحكام بأنه كل حائز للآلة أو المنتج المبيع، إذا ما تضرر نتيجة عيب أو خلل أدى إلى نقصان الأمان فيها، دون أن يورد تفرقة بين ما إذا كان المتضرر مستهلكاً أو طرفاً مهنيّاً، كما حدد القانون الضمان بالأضرار التي تحدثها المنتجات المعيبة التي تصيب الأشخاص أو الأموال، وقد قصد بهذه المنتجات الأموال المنقولة فقط.

دعم التوجيه الأوروبي والقانون الفرنسي فعالية الحماية المقررة للمتضرر من المبيع سواء أكان مستهلكاً أو مهنيّاً ، من جهة أو كان من الغير من جهة أخرى أي شخصاً أجنبياً عن البائع أو المنتج لا يرتبط معهما بأي علاقة عقدية، حيث أزال التفرقة التقليدية بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، لأن الاستمرار في إقامة هذه التفرقة من شأنه أن يؤدي إلى التفاوت في الحماية المقررة بين المتعاقد والغير، وانتقاص الضمان أو ضياعه، فتوحيد نظام المسؤولية يهدف إلى الحماية والتعويض، دون الغوص في الأنظمة القانونية للمسؤوليات المدنية.

إن تحديد الشخص المسؤول عن تعويض المتضرر وعدم ترك المستهلك بدون حماية خاصة في الحالات التي يتعذر معها معرفة منتج السلعة، كحصوله على هذه السلعة بواسطة عقد إلكتروني أدى بالمشروع إلى إسنادها لمورد هذه السلعة، فمسؤولية مورد السلعة تتفق مع منطق حماية المستهلك.⁽¹⁾

¹ - جابر محمد ظاهر، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصناعية، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، ص 15.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

المطلب الثاني

حق المستهلك في العدول

تعتبر حقوق المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني من الضمانات الأساسية من أجل انتفاع المستهلك بالمنتج أو الخدمة محل التعاقد، فهناك حقوق تقليدية للمستهلك نصت عليها القواعد العامة، إلا أن التشريعات الحديثة توجهت إلى إضافة حماية جديدة للمستهلك تتمثل في حماية المستهلك عن طريق حقه في العدول عن التعاقد. ويعتبر هذا الحق من الوسائل التي لجأت لها التشريعات الحديثة لحماية رضاء المستهلك، حيث يتضمن هذا الحق إعطاء فرصة للمستهلك للتروي والتفكير، فهو حق يتسم بالصفة الاختيارية، فهو من الحقوق المستحدثة.

الفرع الأول

ماهية الحق في العدول و مجال تطبيقه

إن العقد الذي ينشأ صحيحاً ترتب إلتزامات متبادلة على عاتق طرفي العلاقة التعاقدية ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، ألا أن التشريعات الحديثة المتعلقة بالتعاقد عن بعد عموماً و التعاقد الإلكتروني خصوصاً قد منحت للمستهلك مهلة زمنية يتروى فيها قبول المبيع أو الرجوع أو استبدال المبيع باخر خلال هذه المدة.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

إن هذا الحق يعتبر في الواقع الآلية القانونية الأساسية المعدة لضمان حماية فعالة للمستهلك الإلكتروني، و يمثل في الواقع خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد، و هذا الخروج يجد مبرراته في ضرورة حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة المهني.⁽¹⁾

ويتفق غالبية الفقه على أن عدم توافر الخبرة الكافية لدى المستهلك الإلكتروني، و عدم إمكانية معاينة المنتج والعلم بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد تعد أسباباً كافية لتقرير حق المستهلك في العدول، وهو مسلك التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الذي يقر بأحقية المستهلك في العدول عن السلعة أو الخدمة التي قبلها دون ضرورة إبداء الأسباب والمبررات التي دفعت به إلى ذلك، ودون أن يتعرض لأي جزاء.⁽²⁾

وبعد هذا الحق خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد، الذي يقتضي ضرورة الوفاء بالعهد كمبدأ خلقي وقانوني، ولا يجوز لأي طرف أن يستقل بنقض هذا العقد أو تعديل أحكامه إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو النص القانوني.⁽³⁾

في سبيل التعرف على مضمون الحق في العدول من منظور حماية المستهلك الإلكتروني، لابد من إعطاء مفهوم له مع توضيح مبرراته، و معرفة مجال تطبيقه و إجراءات ممارسته و آثاره بالنسبة للمهني و المستهلك الإلكتروني.

¹ - دينا محمود حبال، حماية المستهلك المتعاقد عن بعد، بحث علمي قانوني مقدم لنيل لقب أستاذ في المحاماة، دمشق، 2007، ص 16.

² - غير أنه يجدر بنا الإشارة إلى التطورات الحديثة في مجال التجارة الإلكترونية ، أنه تم التصديق على التوجيه الأوروبي رقم 83/2011 الخاص بحماية المستهلك المصادق عليها من طرف مجلس الاتحاد الأوروبي في أكتوبر 2011 الذي يلغي التوجيه الأوروبي رقم 7/97. هذا التوجيه يكون ساري المفعول في جوان 2014.

- Cette nouvelle directive « 2011/83/UE » abroge la directive 97/7/CE relative aux contrats à distance.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 374.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

أولاً: مفهوم الحق في العدول

إن الحق في العدول وسيلة حمائية هامة للمستهلك الذي قد يتسرع و ينجذب لإبرام عقد لا يكون قد فكر ملياً في ماهيته والتزاماته وموضوعه، لذا لا بد من تعريف هذا الحق وفقاً لآراء الفقه و معرفة خصائصه.⁽¹⁾

أ- تعريف الحق في العدول

تباينت التعريفات عند الفقه حول حق العدول أو خيار الرجوع- كما يفضل البعض تسميته - و لكنهم اتفقوا على الأقل على آثاره، لأن هذا الحق يبين قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على المفاضلة أو الاختيار بين إتمامه أو الرجوع فيه فيعرفه البعض:

« بأنه سلطة أحد المتعاقدين بنقض العقد و التحلل منه، دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر » .

يعرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه بمثابة :

«الإعلان عن إرادة مضادة؛ يلتزم من خلالها المتعاقد الرجوع عن إرادته و سحبها، و اعتبارها كأن لم تكن، و ذلك بهدف تجريدها من أي أثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل».

كما يظهر من هذه التعاريف أن الحق في العدول مقرر لكلا المتعاقدين⁽²⁾، لكن في بحثنا هذا مقرر فقط لمصلحة المستهلك، وينتج آثاره مباشرة، باعتبار أن العقد الذي تم الاتفاق عليه و إبرامه في حكم المنعدم.

¹ - حمد الله محمد الله، مرجع سابق، ص 39.

² - سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص319.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

فالحق في العدول إذا وسيلة بمقتضاها يسمح المشرع للمستهلك بأن يعيد النظر من جديد، ومن جانب واحد، في الالتزام الذي ارتبط به مسبقاً، بحيث يستفيد من مهلة للتفكير في خلالها سيكون بوسعه الرجوع عن التزامه الذي سبق وأن ارتبط به.

لا يرتبط الحق في العدول بحماية المستهلك الإلكتروني أو المستهلك المتعاقد عن بعد فقط، بل مرتبط وجوده بكل تشريع يهدف إلى حماية المستهلك، لكن اختلاف طبيعة العقد الإلكتروني تجعل الحق في العدول أكثر من ضرورة بالنسبة للمستهلك الإلكتروني فهو طرف ضعيف في العقد في مواجهة الطرف المحترف.⁽¹⁾

فالحق في العدول يهدف بصفة أصلية إلى حماية رضا المستهلك و تنقيته مما قد يعلق به من عوامل المجازفة التي تؤدي إلى الندم، ويكون ذلك من خلال إعطائه مهلة إضافية للتروي والتدبر في أمر العقد الذي أبرمه تفادياً للأخطار التي قد تلحق به لتسريعه في التعاقد، خاصة ما تتميز به المعاملات الحالية من دعاية وإغراء في المجال الإلكتروني بالذات، كما يساعد هذا الحق على التحقق من مغبة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، إذا أحس المستهلك بأن رضاه غير مكتمل، فإنه سيلجأ في المماطلة في تنفيذ التزاماته.⁽²⁾

يتميز الحق في العدول بجملة من الخصائص أهمها؛ أن هذا الحق لا يرد إلا على عقد لازم كالبيع والإيجار، دون العقود غير اللازمة بطبيعتها مثل الوكالة، وكان المشرع الفرنسي يكرس الحق في العدول في العقود التي تتم عن بعد عن طريق البيع من خلال التلفون، ومنح المشتري في هذا المجال حق العدول خلال سبعة أيام، ثم جاء ذلك في قانون حماية

¹– Chiheb GHAZOUANI, le contrat de commerce électronique international, p209.

²– Salem YAMMAHI, La protection du consommateur dans les contrats électroniques de consommation, p 252

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

المستهلك الصادر سنة 1993 ويعدها أقر المرسوم الرئاسي رقم 2001-741⁽¹⁾ ذات الحق للمستهلك فأصبح مقررا للمستهلك ليس فقط في مجال بيع السلع و المنتجات عن بعد وإنما في مجال الخدمات كذلك، وبمقتضى هذا المرسوم تم تحرير نص المادة 20/121 من قانون المستهلك⁽²⁾ التي تضمنت حق المستهلك المتعاقد عن بعد في العدول عن العقد، وينطبق ذلك على التعاقد عن طريق الانترنت.

من خصائص حق العدول أيضا أن مصادره محددة بالقانون والاتفاق، ويتقرر بالإرادة المنفردة للمستهلك، و دون الحاجة للجوء إلى القضاء، ودون اشتراط موافقة الطرف الآخر، بل و دون الحاجة لإثبات التعرض إلى أي وسيلة من وسائل التأثير أو الخداع.

كما يعد الحق في العدول من الحقوق المؤقتة، أي محدد المدة، حفاظا على استقرار مراكز الأطراف في العقد، ينقضي إما باستعماله أو بفوات المدة المحدد له، كما أن هذا الحق متعلق بالنظام العام إذ اقره المشرع صراحة في النص.⁽³⁾

ب- مبررات الحق في العدول

لا شك أن الغاية الأساسية من تقرير عدول المستهلك عن بعض العقود هو حماية رضائه الحقيقي و ضمان إرادة واعية و مستنيرة، و يتحقق ذلك بواسطة إعطاء المستهلك

¹ – **Ordonnance n° 2001-741** du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation.

² – **Article 121-20** : « Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour. Le consommateur peut déroger à ce délai au cas où il ne pourrait se déplacer et où simultanément il aurait besoin de faire appel à une prestation immédiate et nécessaire à ses conditions d'existence. Dans ce cas, il continuerait à exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités.

Le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services ».

³ – **MAINGNY(D)**, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, , 2004,p 101.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

فرصة كافية للتروي و التأمل في العقد الذي قد يكون أبرمه متسرعاً بدون فكرة واعية و كافية عن المبيع. و في ظل تطور طرق الاتصال الحديثة و التعقيد الذي شهده استخدام الوسائل التكنولوجية في إبرام العقود و بشكل يجعل من الصعب على المستهلك العادي الإلمام بكل جوانب العملية التعاقدية التي يقدم عليها، أصبح ملحا توفير وسائل أكثر فعالية لحماية المستهلك. الحاجة الى هذه الحماية تفاقمت في ضوء الرغبة بتمكين المستهلك من تكوين رضا حر و مستتير بالنسبة للعقد الذي يبرمه. و لهذا يعد حق العدول من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلاقه و بالتالي لا يحق للمستهلك التنازل مسبقا عنه و لا يجوز بأي شكل من الأشكال تقييده.

و تتمثل ضرورة حماية المستهلك في عدة عوامل تتمثل أولا في صفة الاحتراف لدى المهني، و الذي يستخدم كل ما لديه من وسائل ضغط و إغراء لإقناع المستهلك بشراء السلعة. كما تتمثل في ضعف خبرة المستهلك و الضغط الممارس عليه لدرجة قد تجبره على شراء ما لا يتطابق مع احتياجاته أو حتى ما يخرج عن نطاق اهتماماته. في ظل هذه الظروف رأى المشرع في بعض الدول إعطاء المستهلك فرصة العدول عن العقد المبرم بهذا الشكل لإعادة النظر في قراره خلال مدة محددة، و هو ما فعله المشرع الفرنسي حيث لاحظ المشرع أن القواعد العامة قد لا تكفي لضمان إرادة واعية و غير متسعة للمستهلك فهو أبرم عقدا بإرادة حرة لا يقع تحت مفهوم الإكراه التقليدي و لا حتى الغلط كما لم يتم ممارسة التدليس في التعاقد معه. كما أن المبيع قد يخلو من العيوب مما يعني عدم إمكانية المستهلك من فسخ العقد الذي ندم على إبرامه. و لذلك كان لابد من حمايته و إعطائه حق العدول عن العقد الذي أبرمه متسرعاً بسبب إغراء المهني للمستهلك للتعاقد معه حتى لو لم يكن رضاه معيباً بأي عيب من عيوب الإرادة.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

ثانيا: مجال تطبيق الحق في العدول

يمتد تطبيق الحق في العدول في البيع عن بعد، و بالضبط بالنسبة للبيع الإلكتروني، وكذلك بالنسبة للإيجار و للخدمات، لكن المشرع الفرنسي في نص المادة 121/20-2 من قانون المستهلك⁽¹⁾ استبعد بعض العقود من التطبيق⁽²⁾ والتي تقابلها المادة 6/3 من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 وهي:

- عقود توريد الخدمات التي يبدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل انتهاء المدة المقررة لممارسة الحق في العدول خلالها.
- عقود توريد السلع والخدمات التي تتحدد أثمانها وفق ظروف السوق.
- عقود توريد السلع التي يتم تصنيعها وفقا لخصوصيات المستهلك، أو بالمطالبة لشخصه، والتي بحسب طبيعتها لا يمكن إعادتها للبائع، أو التي يسرع إليها الهالك والتلف.
- عقود توريد الصحف و الدوريات و المجلات.
- عقود خدمات الرهان و أوراق اليانصيب المصرح بها.

¹ _ **Article 121/20-2** : « Le droit de rétractation ne peut être exercé, sauf si les parties en sont convenues autrement, pour les contrats :

1- De fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours francs ;
2- De fourniture de biens ou de services dont le prix est fonction de fluctuations des taux du marché financier ;
3- De fourniture de biens confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement ;
4- De fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques lorsqu'ils ont été descellés par le consommateur ;
5- De fourniture de journaux, de périodiques ou de magazines ;
6- De service de paris ou de loteries autorisés».

² - هذه المادة ملغاة بموجب المادة 16 من التوجيه الأوروبي رقم 83/2011 الخاص بحقوق المستهلكين.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

- عقود توريد التسجيلات السمعية أو البصرية أو برامج المعلوماتية عندما يكون قد تم نزع الأختام عنها بمعرفة المستهلك.⁽¹⁾
- و تجدر الإشارة أيضا الى أن التوجيه الأوروبي يتضمن نطاقا واسعا للحق في العدول، فهو يشمل كل العقود المبرمة عن بعد سواء تعلقت بسلع أو خدمات. و لكن بالنظر الى المادة 3/6 من التوجيه الأوروبي بشأن البيع عن بعد نلاحظ أنه قد تم استبعاد بعض المعاملات من حق العدول. فالمستهلك لا يجوز له العدول في العقود المتصلة بأداء الخدمات التي بدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل نهاية مدة العدول و هي 07 أيام، و كذلك الأمر فيما يتصل بعقود توريد المنتجات المصنعة حسب مواصفات المستهلك و رغباته الخاصة. و يستثنى من نطاق العدول أيضا العقود المتعلقة بتوريد أموال لأداء خدمات تعتمد أسعارها على تقلبات الأسواق المالية. أما تقنين الاستهلاك الفرنسي فلا يعطي حق العدول إلا بالنسبة للسلع و كذلك فيما يخص عقود البيع فقط.⁽²⁾

الفرع الثاني

إجراءات ممارسة الحق في العدول و آثاره

الحقيقة أنه لا توجد إجراءات خاصة لممارسة الحق في العدول، فالشرط الوحيد هو احترام المدة الواردة في القانون، و لكن هذا لا يمنع المستهلك من اتخاذ إجراءات احتياطية

¹ - وتجب الإشارة إلى أنه يجوز الاتفاق على توسيع مجال الحماية للمستهلك، لكن لا يجوز الاتفاق على التضييق من مجال الحماية المقررة له، فلا يجوز الاتفاق على استثناء عقد معين من الحق في العدول إذا كان هذا العقد غير وارد في الحالات المستثناة في القانون، وإلا كان العقد باطلا بطلاناً مطلقاً، وذلك لأن القواعد الخاصة بحماية المستهلك عن بعد متعلقة بالنظام العام وفق نص المادة 7-20/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي نقلا من: سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 312.

² - يرى بعض الفقهاء العدول في العقود التي يكون محلها تقديم الخدمات، لأن الحكمة من العدول تتوافر هنا أيضا. أنظر: أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مرجع سابق، ص 210.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

خشية الوقوع في منازعة قانونية لاحقة. و لهذا سوف ندرس كيفية ممارسة الحق في العدول و المهلة المحددة لذلك و أثار العدول على كل من المهني و المستهلك.⁽¹⁾

أولاً: إجراءات ممارسة الحق في العدول

إن الغاية من ممارسة الحق في العدول هي التأكد من رضا المستهلك من عدمه، وهو ما يجب معه إطلاق إرادة التعبير في الرجوع في التعاقد من أي قيود اتفاقاً مع هذه الغاية، فالأصل ألا تخضع ممارسة هذا الحق لأي إجراءات خاصة.

كما لم يحدد المشرع الفرنسي و كذا التوجيه الأوروبي 07/97 شكلاً معيناً لتعبير المستهلك عن عدوله في العقد⁽²⁾، غير أنه يستحسن اختيار وسيلة إثبات معينة سواء عن طريق البريد الإلكتروني، أو في موقع التاجر أو برسالة موصى عليها، أو حتى عن طريق محضر إثبات حالة، و ذلك خشية الوقوع في منازعة قانونية لاحقة، مع تاجر إذا أنكر تبليغه بالعدول.

كما يعتبر حق العدول حقاً يخضع لتقدير المستهلك، إن شاء قام به و إن شاء امتنع، دون أن يكون مطالباً بتقديم تبرير عن ذلك، و هو ما نصت عليه المادة 121/20 من قانون المستهلك الفرنسي.

الشرط الوحيد لممارسة الحق في العدول هو أن يتم ضمن مهلة محددة عينها التوجيه الأوروبي رقم 07/97 بسبعة (07) أيام⁽³⁾، و كذلك فعل المشرع الفرنسي في قانون

¹ - Najjar(I), La rétractation d'une promesse unilatérale de vente, paris, 1997.p 211.

² - تجدر الإشارة الى أنه تم تحديد شكل التعبير عن العدول في المادة 1/11 من التوجيه الأوروبي الجديد رقم 83/2011 الخاص بحقوق المستهلكين حيث إشتطت على المهني أن يرفق نموذجاً خاص للعدول في العقد، بحيث ينبغي على المستهلك إذا أراد ممارسة الحق في العدول أن يعبئ النموذج و يرده للمهني برسالة مسجلة بعلم الوصول.

³ - المادة 2/9 من التوجيه الأوروبي رقم 83/2011 الخاص بحقوق المستهلكين تحدد مدة العدول بـ 14 يوم.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

المستهلك، ولكن يجب تبيان الوقت الذي يبدأ من خلاله حساب هذه المدة⁽¹⁾، فإن كان محل العقد الإلكتروني عبارة عن سلع ومنتجات فإن المهلة تبدأ منذ لحظة تسلم المستهلك للسلعة أو المنتج، و هذا ما صرحت به المادة 20/121 من قانون المستهلك، أما إذا كان محل العقد أداء خدمات فالمهلة القانونية تبدأ لحظة البدء في استغلال الخدمة.

تحدد المدة المحددة قانوناً بسبعة أيام وهي مدة مبدئية، تحسب بالأيام الكاملة، وإذا تضمنت آخر المدة يوم عطلة، فإنها تمتد إلى اليوم الموالي لأول يوم عمل، أما إذا أخل التاجر بالتزاماته المتعلقة بإعلام المستهلك الإلكتروني قبل العقد فإن هذه المدة تمتد إلى غاية ثلاثة أشهر، و لكن إذا تدارك التاجر هذا الخطأ و قام بإعلام المستهلك خلال هذه المدة فإن مدة السبعة أيام هي الأصل، و تحسب من تاريخ تنفيذ التزامه في الإعلام.⁽²⁾

ثانياً: آثار ممارسة الحق في العدول

يترتب على اختيار المستهلك طريق الرجوع عن التعاقد زوال العقد و انقضائه، ويلتزم الأطراف بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، فإن تسلم الشئ المبيع التزم بإعادته إلى الحالة التي تسلمها فيها، و هذا ينطبق على العقود الاستهلاكية العامة، والعقود الإلكترونية، إلا أن هذه الأخيرة تتميز بخصوصية واردة في قانون المستهلك الفرنسي والتوجيه الأوروبي، ولهذا سوف ندرس آثار ممارسة الحق في العدول بالنسبة للمهني، ثم بالنسبة للمستهلك الإلكتروني.⁽³⁾

¹– Salem YAMMAHI, La protection du consommateur dans les contrats électroniques de consommation, thèse pour le doctorat en droit privé université de rouen 2009 , p257.

²– <http://fr.wikipedia.org/wiki/consommateur>

³–Salem YAMMAHI, La protection du consommateur dans les contrats électroniques de consommation, thèse pour le doctorat en droit privé université de rouen 2009 .p266.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

أ- آثار العدول بالنسبة للمهني الإلكتروني:

إذا انقضت المدة التي حددها المشرع للمستهلك الإلكتروني لاستعماله حقه في العدول، يصبح العقد لازماً للطرفين، وبصير باتاً واجب التنفيذ، لكن إذا استعمل المستهلك حقه خلال هذه المدة فيترتب على ذلك التزام المهني برد الثمن، وذلك خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً⁽¹⁾، طبقاً للمادة 121/20-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽²⁾ والتي تقابلها المادة 6/2 من التوجيه الأوروبي رقم 07/97.⁽³⁾

وفي حالة ما إذا انقضت هذه المدة و لم يقم المهني بإرجاع الثمن، فإن كل يوم تأخير يصاحبه فوائد لصالح المستهلك، هذا ناهيك على أن فعل عدم الإرجاع يشكل جريمة في مواجهة البائع تتحرك بموجبها آلة التحقيق و المتابعة. و الملاحظ أن المشرع الفرنسي تشدد مع التاجر لصالح المستهلك إلى درجة تجريم فعل عدم إرجاع الثمن، حتى يمنع أي مجال للتماطل، أو أي رغبة في عدم الوفاء بالتزاماته التعاقدية.⁽⁴⁾

¹ - يلتزم البائع برد الثمن للمستهلك في خلال مدة 14 يوماً ابتداء من تاريخ الإعلام بالعدول، هذا ما جاء في نص المادة 1/13 من التوجيه الأوروبي رقم 83/2011 الخاص بحقوق المستهلكين.

²- **Article 121/20-1** : « Lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel est tenu de rembourser le consommateur de la totalité des sommes versées, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours suivant la date à laquelle ce droit a été exercé. Au-delà, la somme due est, de plein droit, productive d'intérêts au taux légal en vigueur. Ce remboursement s'effectue par tout moyen de paiement. Sur proposition du professionnel, le consommateur ayant exercé son droit de rétractation peut toutefois opter pour une autre modalité de remboursement ».

³ **Article 6/2 directive 97/7** : « Lorsque le droit de rétractation est exercé par le consommateur conformément au présent article, le fournisseur est tenu au remboursement des sommes versées par le consommateur, sans frais. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises. Ce remboursement doit être effectué dans les meilleurs délais et, en tout cas, dans les trente jours »

⁴ - زريقات عمر خالد، عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 358.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

ب- آثار العدول بالنسبة للمستهلك الالكتروني

يعتبر حق العدول بالنسبة للمستهلك حق مجاني، فإن مارسه خلال المدة المحددة قانوناً فلا يتحمل أي تبعات و لا يترتب على ذلك أي جزء ما عدا المصروفات المحتملة لإرجاع المنتج أو السلعة.

ومن حيث آثار العدول على العقد؛ فإنه يترتب على ذلك نقض العقد أي فسخه، وعلى المستهلك إرجاع البضاعة كما تسلمها، و إذا كانت خدمة فعليه أن يتنازل عنها.

المستهلك الذي يمارس حقه في العدول خلال المدة المقررة لا يتحمل في ذلك أية مصروفات ما عدا ما يتصل بنفقات إرجاع البضائع حيث يلتزم المستهلك بإعادتها الى المهني. و يجب أن يتم إرسال السلعة وردها للمورد ضمن شروط تضمن سلامة السلعة، لذا يمكن للمورد أن يطلب رد السلعة بالغلاف الأصلي و ضمن شروط نقل خاصة. و لم يحدد التوجيه الأوروبي بشأن البيع عن بعد مدة يلتزم المستهلك خلالها بإعادة السلعة مما دعا الى إدراج نص في مشروع التوجيه الأوروبي بشأن حقوق المستهلك يحدد هذه المدة ب 14 يوما من تاريخ إعلام البائع برغبة المستهلك بالعدول كما يمنح هذا المشروع المهني الحق بعدم إعادة الثمن الى المستهلك حتى يعيد الأخير السلعة أو يقدم دليلاً على إرساله لها.

في مناقشة مدى عدالة هذا الحق الممنوح للمستهلك، في إمكانية عدوله عن العقد، يتضح الضرر الذي سيلحقه هذا الحق بالمهني، سواء من حيث مركزه المالي أو مخزون البضائع، وطبيعة التعامل التجاري يفرض على المهني المشاركة في الصفقات، والأعمال التجارية المختلفة، كالبيع والشراء، والتي بدورها تستند على مركزه المالي، فاذا تصرف المهني بجميع أمواله بالبيع والشراء، وتفاجأ بعد ذلك بقيام المستهلك بالعدول عن العقد، فكيف يسترد المهني الثمن للمستهلك، وهذا من شأنه أن يزعزع مركز المهني المالي، ويلحق به ضرراً جسيماً.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

أما بالنسبة لمخزون البضائع فإن المهني يستند عليه في تعاملاته وصفقاته التجارية، فإذا قام بالتصرف به، و نفذ المخزون، و قدمت للمهني عروض جديدة، ورفضها بسبب نفاذ المخزون و أعيدت إليه البضائع بعد ذلك، فهذا يفوت عليه فرصة، وقد يلحق به خسارة، بالإضافة الى فرصة بيعه بعروض أفضل.⁽¹⁾

يعتبر هذا الحق من النظام العام لأنه يهدف الى حماية رضا المستهلك و يجعله أكثر وضوحا و تدبرا، و يترتب على اعتبار هذه الحماية من النظام العام أنه يقع باطلا كل اتفاق من شأنه أن يجعل المستهلك يتنازل عن حق العدول.⁽²⁾

¹ - يحي يوسف فلاح حسن، المرجع السابق، ص57.

² - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص108.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

المبحث الثاني

تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر في دعاوى المسؤولية

تعود مشكلة منازعات العقود الإلكترونية في أن علاقاتها القانونية تتم بين أطراف تختلف جنسياتهم، وأماكن إقامتهم، ومواقع لا يعلم مكانها ولا الجهة التي تديرها.

نظرًا للطبيعة الخاصة لهذه العقود، فإن القانون الواجب التطبيق عليها لا يكون واضحًا ومحددًا، وحتى لو فرضنا الاتفاق عليه من طرف المتعاقدين تبقى مسائل أخرى في غاية الأهمية منها، مدى صحة مثل هذا الاتفاق في ضوء حقيقة أن المتعاقد (المستهلك) قد لا يقوم بقراءة بنود العقد، كما أنه لم يقم بمناقشته مع الموجب، بالإضافة إلى أن بعض النظم القانونية تعتبر هذه العقود من ضمن عقود الإذعان⁽¹⁾، فما هو القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية؟ (المطلب الأول) كما هناك صعوبة بخصوص تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر هذه المنازعات، خاصة و أن الطرفين المتعاقدين عبر شبكة الانترنت لا يدركون مسبقا أهمية الاحتياط للنزاعات المستقبلية، مما لا يجعلهم يفكرون في التحديد المسبق للجهة القضائية المختصة والمحاكم المختصة بنظر دعاوى المسؤولية التي يقيمها المستهلك ضد المحترف المتعاقد معه فيها؟ (المطلب الثاني).

¹ - V. Rapport du groupe de travail présidé par LORENTZ (F.), Le commerce électronique est une nouvelle donnée pour le consommateur, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics, Editions de Bercy, 1998 , p.70-71.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية

يخضع العقد الإلكتروني للقاعدة التقليدية التي تحكم العقد الدولي عموماً وهي " مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الذي يحكم العقد"، الذي يمنح حرية تعاقدية للمتعاقدين لتضمن عقدهم بند يقضي بتحديد قانون معين يحكم العلاقة التعاقدية، ولعل ما يبرز أهميته هو تكريسه في غالبية النظم القانونية على المستويين الدولي والداخلي، الأمر الذي سنبينه من خلال (الفرع الأول).

كما من الضرورة إحاطة المبدأ ببعض القيود، الغرض منها منح حماية أكثر للأطراف، إلا أن خصوصيات العقد الإلكتروني حالت إلى ضرورة جرده من هذه القيود لإستحالة تجسيدها ، وهذا ما سنبينه من خلال.(الفرع الثاني)

الفرع الأول

إسناد قانون الإرادة في مجال العقود الإلكترونية

كرس المشرع الجزائري مبدأ حرية المتعاقدين في إعتبار القانون الواجب التطبيق حيث جاء في نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري:

« يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد. غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار، قانون موقعه⁽¹⁾.

غير أنه قيد هذه الحرية بشرط أن يكون القانون المختار له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد، مراعاة لعدم مخالفة القانون المختار للنظام العام و الآداب العامة.

لم يقتصر الاعتراف بمبدأ قانون الإرادة على القوانين الوطنية، بل تبنته العديد من الاتفاقيات الدولية⁽²⁾، نذكر منها: اتفاقية لاهاي الصادرة بتاريخ 15 يونيو 1955 ، معاهدة نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية ، اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 حرية المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية...

إختيار القانون الواجب التطبيق يمكن أن يتم على شبكة الإنترنت بـصور متعددة، فيمكن أن يتم عبر البريد الإلكتروني من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية⁽³⁾، كما يمكن أن يتم عبر غرف المحادثة والمشاهدة والتي تمكن الطرفين من مناقشة كافة الشروط العقد ومنها القانون الواجب التطبيق عن طريق المحادثة المباشرة والكتابة⁽⁴⁾، ومن المتصور أيضا أن يتم إختيار

¹ - الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون 07-05 المرجع السابق.

² - يتجلى دور الاتفاقيات الدولية في مجال العقود التجارية الدولية والمسائل التي تثيرها في إطار القانون الواجب التطبيق في التقليل من ظاهرة تناقض الحلول المعتمدة في التشريعات الوطنية، ويكون هذا إما بتوحيد قواعد التنازع التي تبين القانون الواجب التطبيق، أو بتوحيد القواعد الموضوعية مباشرة، وبذلك يعد كحل بديل لمنهج الإسناد الذي يقضي على ظاهرة تنازع القوانين. أنظر في هذا: د/محمد سعيد خليفة، المرجع السابق، ص 113 وكذلك:

- LOUSSOURN Yvon et BERNARD Thierry, Droit international privé, 5^{em} édition, Paris, 1996, 427

³ - محمد أحمد علي المحاسنة ، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية -نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006، ص 31 .

⁴ - بشار عصمت سميح سكري، العقود الإلكترونية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق العلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2008، ص 93 .

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

القانون الواجب التطبيق على العقد عبر صفحة الويب من خلال الرسائل الإلكترونية التي يتبادلها الأطراف في نفس الزمان⁽¹⁾.

فبرغم من أن العقود المعروضة عبر الويب يتم إعدادها سلفاً من قبل الموجب، وهو من يستقل بفرض شروطها وإملاء بنودها، إلا أن إردته لا تكفي وحدها لإبرام العقد إذ لا بد من أن يوافق الطرف الثاني على الشروط التي وضعها الموجب والتي من بينها شرط القانون الواجب التطبيق على العقد، وبالتالي ليس هناك ما يمنع من إمكانية التفاوض حول شروط العقد في مجال التجارة الإلكترونية، كأن يعرض التاجر عقود نموذجية الخاصة بمحله الافتراضي، على أن يورد ملاحظة بإمكانية مناقشة بنود العقد، أو بند معين منها، مثل البند المتعلق بالقانون الواجب التطبيق⁽²⁾، وهذا ما يؤكد الواقع العملي في مجال التجارة الإلكترونية، إذ معظم تلك العقود تجيز المفاوضات والمساومة بين أطراف العقد، حول كل ما يتعلق بشروط التعاقد أو تعديلها.

وإذا كان الأصل أن يتم الاتفاق على اختيار قانون العقد لحظة إبرامه بموجب شرط صريح يدرج ضمن العقد الأصلي أو بمقتضى اتفاق مستقل عنه، فإن هذا الاتفاق يمكن أن يتراخى إلى مرحلة لاحقة على إبرام العقد⁽³⁾، وقد أكدت على ذلك المادة 2/3 من اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والتي تنص على أن :

¹ - فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 682 ، وأيضاً : فاروق محمد أحمد الإباصري، عقد الإشتراك، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002 ، ص 112.

² - أنظر في هذا المعنى، صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص 27 .

³ - وعلى عكس ذلك فإن هناك بعض القوانين لا تسمح بتحديد القانون في الفترة اللاحقة على إبرام العقد ومن أمثلة ذلك . القانون المدني الكندي لإقليم كيبيك .مشار إليه في : صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 284 ، هامش رقم 04.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

« يحق للأطراف في أي وقت الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الغير الخاضع له من قبل، وسواء تم في ذلك بإجراء اختيلر لاحق يتم تبعا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى»،

وإذا كان من حق المتعاقدين إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، سواء عند إبرام العقد الأصلي أو في وقت لاحق لإبرامه، فإنه يجوز لهم أيضا تعديل اختيارهم السابق إلى اختيار آخر في أية فترة لاحقة على إبرام العقد.

غير أن تعديل القانون المختار يجب أن لا يترتب عليه إضرار بالغير الذين بنوا توقعاتهم على القانون الذي تم اختياره أولا والمراد العدول عنه، كما يلزم ألا يؤدي ذلك العدول إلى المساس بصحة العقد الذي يجري تعديل اختيار القانون الذي يحكمه.

يمثل إختيار الأطراف الصريح للقانون الواجب التطبيق التجسيد الفعلي لمبدأ سلطان الإرادة، وبعد الحل الأمثل لمشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، والسبب في ذلك هو أن الإرادة بطبيعتها غير المادية هي الوحيدة القادرة على مواجهة الافتراضية التي تلازم إبرام وتنفيذ العقود الإلكترونية وهي القادرة على حل منازعاتها إلكترونيا، لذا يبقى قانون الإرادة هو الوسيلة المثلى لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية.

أما إذا لم يكشف المتعاقدون عن إرادتهم الصريحة في تطبيق قانون معين على علاقتهم العقدية، فعلى القاضي أن يحدد إرادتهم الضمنية. غير أن أغلب العقود الإلكترونية تبرم باللغة الإنجليزية، مما تثير مشكلة الاعتماد على اللغة التي حرر بها العقد لتحديد الإرادة الضمنية للأطراف.⁽¹⁾

¹ - سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، جامعة القاهرة، ص 57، منشور على الموقع: www.gn4me.com

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

يترتب على خضوع العقد الإلكتروني لقانون الإرادة عدة نتائج هامة، منها السماح للمتعاقدین باختيار أكثر من قانون لحكم العقد الإلكتروني حيث تكون حرية المتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بأكمله أو على جزء منه فقط، كما تظهر حرية الأطراف في اختيار قانون العقد عند عدم تقييدها بوجوب توافر صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد.⁽¹⁾

أما إذا إختار المتعاقدون قانونا لا تتوافر فيه تلك الرابطة، فيتعين على القاضي عدم الإعتداد بهذا الإختيار وتركيز الرابطة العقدية في البيئة التي تبدو منسجمة مع العناصر الخارجية في تلك الرابطة⁽²⁾،

إنّ التعاقد من خلال شبكة الإنترنت العابرة للحدود بطبيعتها يترتب عليه جعل معظم الدول العالم في حالة اتصال دائم، أي اتصال العقد وقت إبرامه بجميع الدول في وقت واحد نتيجة إلغاء الحدود الجغرافية، كما لا تدخل العقود التي تتم من خلالها في حدود دولة معينة ويستدل على ذلك بالعناوين الإلكترونية التي لا تنتمي إلى دولة بعينها ، لذا نجد من الصعوبة إشتراط وجود صلة بين القانون المختار والعقد في العقود الإلكترونية، فلا بدّ من تحرير إرادة المتعاقدين لإختيار القانون الواجب التطبيق.

¹ - ذلك أن إعمال مبدأ الصلة الأوثق بالرابطة العقدية لا يكون إلا إذا لم تفصح إرادة المتعاقدين صراحة، أو ضمنا عن إختيار قانون العقد، أما إذا عبرت تلك الإرادة عن رغبتها في إختيار القانون الذي يحكم العقد، فإنه لم يعد هناك مجال لإشتراط أن يأتي هذا الإختيار معبرا عن مركز الثقل في الرابطة العقدية وألا تكون قد جردنا الإرادة من قدرتها على الإختيار، الأمر الذي يناهض قاعدة التنازع التي تخول للمتعاقدین الحق في إختيار قانون العقد. أنظر في هذا : هشام علي صادق القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، مصر، 1995، ص 345 وما بعدها.

² - فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 681 . وفي نفس السياق : عادل أبو هشيمه محمود حوته، المرجع السابق، ص 79 ، وكذلك : أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي - الإلكتروني - السياحي البيئي، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 38 .

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

الفرع الثاني

تعطيل ضابط الإسناد لقانون الإرادة لتدعيات حماية المستهلك

مبدأ سلطان الإرادة هو مبدأ أساس وضابط إسناد رئيسي يحكم العلاقات التعاقدية التقليدية والإلكترونية، ولما كانت هذه الأخيرة تعتبر معظمها عقوداً استهلاكية كان لابد من مراعاة الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية الخاصة بحماية المستهلك عند إبرام العقود الإلكترونية، التي كثيراً ما خصصت قواعد خاصة أصبحت تقيد من مبدأ سلطان إرادة الأطراف، وذلك لكون تطبيق هذا الأخير في هذا النوع من العقود يؤدي حتماً إلى فقدان التوازن بالعقد، خاصة وأنه كثيراً ما ينفرد المهني أو مقدم الخدمة بتحديد القانون الواجب التطبيق، الأمر الذي حرك القوانين الوطنية والفقه والقضاء من أجل حماية المستهلك وإيجاد نوع من التوازن في العلاقات التجارية الداخلية و الدولية، لذا ذهب جانب من الفقه إلى استبعاد مبدأ سلطان الإرادة كلياً، في عقود الإستهلاك أي في اختيار القانون الواجب التطبيق.

حيث تكريس هذا المبدأ على أساس مطلق يؤدي إلى استبعاد النصوص الامرة الواجبة التطبيق في دولة المستهلك و استبداله بقواعد القانون المختار، و هذا الأخير قد لا يتضمن حماية خاصة للمستهلك على أساس أنه يجهل دولية عقده المبرم هذا ما يؤول به إلى إهمال إختيار القانون الذي يحكم العقد الذي قد يكون إرضاء للطرف الآخر.

غير أنه تم اللجوء إلى تعديل النظرية السابقة والعودة إلى تفعيل مبدأ سلطان الإرادة مع ضرورة صياغة قواعد قانون أمرة تحول إلى حماية المستهلك وتقيد إرادة الأطراف دون شك، حيث الملاحظ أن رضا المستهلك يكون منقوصاً ، حيث أنه تحت ضغط إغراءات الدعاية والإعلانات الخادعة والمبهرة، لا تكون هناك فرصة للتفكير الحر في قبول العرض وفحص

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

محل العقد⁽¹⁾، فهنا تعود ضرورة تقييد سلطان الإرادة عن طريق دمج جانب قاعدة إسناد محل الإقامة، مع ترك الحرية التامة للقاضي الموضوع سلطة مقارنة مدة الحماية والضمانات الموجود في القانون المختار من قبل الأطراف، والقانون المسند إليه بموجب محل إقامة المستهلك وبالتالي سيطبق القانون الذي يوفر أكبر حماية للمستهلك.

و عليه يفرض على المهني الإلكتروني معرفة كل قوانين الدول التي تحمي المستهلك من أجل عدم استبعاد القاضي للقانون، غير أنه من المستحيل أن يستوعب كل النظم القانونية المختلفة الرامية إلى حماية المستهلك، فلجأ المهني إلى وضع شروط أو حلول من أجل إبرام عقود مع المستهلك دون أي خوف من حيث التشريعات الوطنية الحمائية له ، والتي تتجسد في جانب بند تحديد المحكمة المختصة⁽²⁾ والقانون الواجب التطبيق، ووضع حدود لدخول المواقع المخصصة للمستهلك وتقنية الإقرار الإرادي أو الإقرار الإداري.

فيما يخص وضع حدود لدخول المواقع المخصصة للمستهلك، فإن الكثير من التجار على شبكة الإنترنت يفضلون التعامل مع المستهلكين المقيمين في دول محددة، كدول الاتحاد الأوروبي مثلاً، باعتبار هذه الأخيرة تحوي على تشريع موحد من خلال مختلف التوجيهات التي يصدرها الاتحاد الأوروبي، كما يفرض على المستهلك إدخال الرمز البريدي للبلد المقيم فيه، هذا ما يضمن للبائع الإلكتروني معرفة النظام القانوني الساري من أجل تنظيم المعاملة.

¹ - **SHANDI Yousef**, La formation du contrat à distance par voie électronique, Doctorat nouveau régime Mention « Droit privé », Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion, UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN STRASBOURG III ,28 juin 2005, p 191.

² - Dans les contrat de consommation le droit communautaire européen a interdit les clauses de juridiction à l'article 15 de la Convention de Bruxelles et à l'article 17 du règlement 44/2001Lce en ce qui concerne les contrats visés par l'article 13 de la Convention de Bruxelles et à l'article 15 du Règlement. **Voir** : le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, j.o. n° L12 du 16/01/2001.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

كذلك يحث العديد من التجار عبر الإنترنت على إدماج شرط "الإعتراف الإرادي" والذي من خلاله يحث الطرف الثاني الزائر لموقع التجار الإفصاح عن مكان الإقامة المعتادة له قبل بداية أي استعمال للموقع، وهذا ما يعطي للمهني نظرة على القانون الذي سيخضع له في حالة ما إذا تم التعاقد معه زائر الموقع، إلا أنه يجدر الملاحظة أنه يمكن للمستهلك أن يدلي بمعلومات خاطئة، مما سيؤدي بإبرام العقد على أساسها، الأمر الذي سيؤدي بالضرر للمهني إذا تمسك المستهلك بقانون بلد غير المذكور في التعاقد، هذا ما يبرز ضرورة تجسيد نظام قانوني يكرس هذه البنود التي وضعها التجار عبر الإنترنت لحماية مصالحهم ومصالح المستهلك.⁽¹⁾

المطلب الثاني

إرادة الأطراف في تحديد الجهة القضائية المختصة لحل منازعات العقود الإلكترونية

عندما تتضمن الدعوى عنصر أجنبيا من حيث الأطراف أو من حيث موضوع النزاع، يطرح موضوع تحديد الاختصاص القضائي إشكالات عديدة نظرا لتداخل عدة أنظمة قضائية تابعة لدول مختلفة، فلا بد من تعيين أي من المحكمة المختصة التي لها علاقة بالعقد دون غيرها ، إلا أن الإشكال هنا يتتافى في حالة وجود بند صريح يحدد المحكمة أو الجهة المختصة بنظر في المنازعة القائمة، خاصة تلك المتعلقة بنزاعات العقود الإلكترونية⁽²⁾ (الفرع الأول).

¹ - KONÉ Moriba Alain, op-cit, p 170.

² - « ...le rattachement le plus adéquat sur Internet serait la reconnaissance de la valeur croissante du système d'autonomie ». voir : SHANDI Yousef , op-cit, p 244.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

أمام عدم وجود نظام قانوني يؤطر منازعات العقود الإلكترونية ، أقر اللجوء إلى القواعد العامة للاختصاص القضائي⁽¹⁾ لتحديد المحكمة المختصة بحل المنازعات ذات الصلة بالعقود الإلكترونية غير أن ضوابط الاختصاص القضائي تقوم على أسس إقليمية ذات روابط مكانية مما يثير التساؤل عن كيفية تطبيقها على منازعات العقود الإلكترونية التي لا تسمح طبيعة القنوات التي جرى من خلالها بتركيز مكانها إلا على سبيل الافتراض أي اعتبار مكان معين من بين أماكن عديدة التي يتصل بها العقد الإلكتروني، الأمر الذي أدى إلى بروز صعوبات في إعمال معايير الاختصاص التقليدي على منازعات عقود التجارة الإلكترونية.⁽²⁾

اتجهت العديد من التنظيمات الإقليمية التي أعادت النظر في القواعد التي تحكم اختصاص المحاكم بمنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية، بالبحث عن سبل أخرى لحل منازعات العقود الإلكترونية، حول ضرورة حلها بنفس الطريقة التي نشأت بها وذلك في البيئة الإلكترونية، هذا ما تجسد بظهور آليات التسوية الإلكترونية للمنازعات ORD وهذه الوسائل الرقمية التي جاءت لتلبية الحاجة الملحة في إيجاد نظام قادر على النظر في المنازعات الإلكترونية وفضها بسرعة فائقة تواكب سرعة إبرام العقود الإلكترونية، وذلك يعود إلى إتمام جميع مراحلها عبر شبكة الإنترنت (الفرع الثاني).

¹ - تتجسد الضوابط التقليدية لتحديد المحكمة المختصة في كل من : محكمة موطن المدعى عليه، محكمة محل إبرام العقد، محكمة محل تنفيذ العقد، محكمة موطن المشترك. لمزيد من المعلومات أنظر: خليف سمير، المرجع السابق، ص 91 الى 104.

² - أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، مصر، 2003، ص 10-11.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

الفرع الاول

حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة

تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة تم إعطاء الأولوية لحرية الأطراف في اختيار المحكمة لما تثار أمامهم المنازعة، وهذا ما يجسد تكريس ضابط الإرادة كأساس أولي لتحديد الجهة القضائية المختصة من أجل إنتاج اتفاق الأطراف على تحديد المحكمة المختصة آثاره، توفر شرطين أساسيين أولهما ضرورة وجود صلة حقيقية بين النزاع والمحكمة المختارة، وثانيها، أن يكون هناك مصلحة مشروعة للطرف أو الأطراف لجعل الاختصاص للمحكمة معينة بالذات⁽¹⁾، بالإضافة إلى ضرورة الأخذ بعين الاعتبار صفة الأطراف المتعاقدة، ونعني بذلك حالة كون أحد أطرافها مستهلكا، فإن العديد من التشريعات تسعى إلى حمايته باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية خاصة تلك العلاقة المبرمة في كنف شبكة الإنترنت، حيث أقرت ضمانات عدة في مجال الاختصاص القضائي.

تطبيقا لذلك يمكن اعتبار شروط اختيار الاختصاص القضائي صحيحا إذا جرى تأكيده بموجب رسالة إلكترونية شرط أن تحفظ هذه الرسالة في ذاكرة جهاز المتعاقد على نحو يسمح بالاطلاع عليها فيما بعد، ويبقى أن طبع الرسالة على سند ورقي والاحتفاظ بها لا يعتبر سندا كافيا.⁽²⁾

¹ - فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 711.

² - إلياس نصيف، المرجع السابق، ص 315.

- Cette question de déterminer l'équivalent électronique de l'écrit selon l'article 06 de la loi type de 1996 de la CNUDCI sur le commerce électronique reconnaît qu' « **un message de donnée satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement** », voir : - DUASO CALES Rosario, op.cit, p. 12.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

وتتجه التشريعات والاتفاقيات الحديثة إلى الإعراف بشرط الإختصاص القضائي عندما ترد في صورة كتابة إلكترونية، ومن ذلك مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص الذي وضع نصا في المادة الرابعة من مشروع الاتفاقية، والتي تفيد صحة شروط الإختصاص القضائي التي ترد بأية وسيلة إلكترونية.⁽¹⁾

و قد جسدت مختلف التشريعات هذا الحق للأطراف المتنازعة بتحديد المحكمة المختصة لحل المنازعة، فنجد المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على:

"يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي حتى ولو لم يكن مختصا إقليميا، ويوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك، ويكون القاضي مختصا طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له".²

أما المشرع الفرنسي من خلال المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية الجديد فإنه أقر المبدأ ، بالإشارة إلى حرية الأطراف في إخضاع منازعاتهم لأي محكمة يختارونها رغم أنها غير مختصة في حل المنازعة.

تثير شروط الاختصاص القضائي عادة، مشكلة المساس بحقوق الطرف الضعيف في العقد كالمستهلك، الذي يجد نفسه مضطرا في بعض الأحيان إلى قبول مثل هذه الشروط، لذلك أكد الفقه على ضرورة التحقق من صحة شرط الإختصاص القضائي ومدى مساهمته بحقوق المستهلك، ولقد ذهبت اتفاقية بروكسل أبعد من ذلك إذ نصت على بطلان الاتفاق المسبق في عقود الاستهلاك على اختصاص محكمة غير محكمة موطن المستهلك.⁽³⁾

¹ -CAPRIOLI Eric.A Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, édition du Juris-Classeur, Litec, Paris, 2002, op-cit, p 14.

² - قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، المرجع السابق، ص08.

³ - CAPRIOLI Eric.A, op-cit, p 24-25.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

وبالرغم أن العديد من التجار على شبكة الإنترنت يوردون شرط الاختصاص القضائي مسبقا على صفحة استقبال موقعهم، ويوافق المستهلك عليه بصفة صريحة، إلا أن العديد من التشريعات تعتبره شرطا تعسفيا، ومثال ذلك ما أشار إليه التنظيم الأوروبي رقم 2001/44 المعدل للاتفاقية بروكسل من أجل مواكبة ظهور التعاقد الإلكتروني، فقد نصت المادة 16 منه على حماية المستهلك في العقود الإلكترونية باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية حيث ميز بين حالتين:

1. في حالة كون المستهلك هو المدعى في النزاع فإنه يثبت له حق الخيار في رفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه أو أمام محكمة موطن إقامته.
2. في حالة كون المستهلك هو المدعى عليه، لا يمكن أن ترفع الدعوى سوى أمام محكمة موطن المستهلك.⁽¹⁾

أقرت معظم التشريعات وكذلك الفقه على السماح للأطراف باختيار المحكمة المختصة، إلا أنه بالمقابل وضعت بند يقر عدم صحة هذا الاختيار، إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى حرمان أحد الأطراف بطريقة تعسفية من الحماية التي كانت ستوفرها له المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص، ولعل هذا ما يثير آثار سلبية بالنسبة إلى تطور التجارة الإلكترونية، ذلك أن العرض الذي يقدمه البائع على شبكة الإنترنت مثلا لا يوجه إلى شخص معين بالذات، بل يعد عرضا عام مع أي شخص من دول العالم، ومن شأن تطبيق هذا المبدأ فإن البائع ملزم برفع دعواه على العديد من الدول بتعدد جمهور المستهلكين المبرم معهم عقود عبر الإنترنت.⁽²⁾

¹ - L'article 16 de règlement (ce) n° 44/2001 du conseil du 22 décembre 2000 énonce :

« 1- L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié.

2. L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur. »

² - أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص 244 .

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

وبالتالي فإنه من الملاحظ، أن إختيار الأطراف الصريح للمحكمة التي يناط إليها مهمة الفصل في المنازعة تثير إشكالات عديدة أهمها:

-أن دولة المحكمة المختارة لا تعدد بالتعاملات الإلكترونية هذا ما يحول دون وجود إطار قانوني يستند إليه القاضي، وهو ما يؤدي إلى هدر حقوق المتقاضين.

حذف إلى ذلك أنه كثيرا ما تصدر أحكام قضائية لصالح أحد الأطراف إلا أن تنفيذ الحكم في بلد آخر قد يستغرق مدة طويلة هذا ما لا يتناسب مع سرعة المعاملات الإلكترونية⁽¹⁾، من أجل ذلك اتجهت معظم التوصيات والآراء إلى ضرورة اللجوء إلى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الإلكترونية، بحيث يمكن الاتفاق على تسوية النزاع إلكترونيا على الخط، وبطريقة تكفل السرية والسرعة في نفس الوقت، والإلمام بطبيعة المنازعة الإلكترونية.⁽²⁾

ونظرا للإشكالات التي تواجه إختيار الأطراف للمحكمة المختصة لحل المنازعات المتعلقة بالعقود الإلكترونية، خاصة وأنه ما زالت القوانين المطبقة لا تتلائم والبيئة الإلكترونية التي يتم فيها التعاقد، الأمر الذي أدى بالمتعاقدين على شبكة الإنترنت البحث عن وسائل بديلة لحل نزاعاتهم بطرق بسيطة، وسريعة، وفعالة بعيد عن إجراءات القضاء العادي الطويلة والمعقدة، والمجسدة في طرق بديلة إلكترونية وجدت خصيصا لحل النزاعات الناشئة في البيئة الإلكترونية.

²- من النقائص التي يعاني منها اللجوء إلى القضاء هو عدم كفاءة القضاة بالمنازعات الإلكترونية كون هذه الأخيرة كثيرا ما تحوي على نقاط تقنية، الأمر الذي يحول إلى الاستعانة بالخبير مما يزيد من النفقات وطول مدة حل المنازعة أنظر في ذلك: حسام أسامة محمد، الإختصاص الدولي للمحاكم وهيئات التحكيم في منازعات التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009 ، ص145 .

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

الفرع الثاني

حرية الاطراف باللجوء الى الوسائل الالكترونية البديلة لحل المنازعات

احتلت الوسائل البديلة لفض المنازعات مكانة خاصة باعتبارها عدالة اتفاقية وظاهرة واصلية في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية يلجأ إليها أطراف المنازعة بمحض إرادتهم لحل النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ عن العقد القائم بينهم ، و تعرف بأنها:

« هي تلك الآليات التي يلجأ لها الأطراف عوضاً عن القضاء العادي عند نشوء خلاف بينهم، بغية التوصل لحل لذلك الخلاف ».

أو:

« الوسائل غير القضائية للنظر وحل النزاع، حيث يتم رفع النزاع والفصل فيه خارج ساحات القضاء، وتشمل هذه الوسائل التحكيم، الوساطة، التوفيق والمفاوضات المباشرة »⁽¹⁾

وقد عرفت هذه الوسائل تطورا ملحوظا بعدما أصبحت تستعمل في إجراءاتها الوسائل الحديثة للاتصالات وعلى رأسها شبكة الإنترنت، هذا ما أدى إلى ظهورها بوجه جديد تحت تسمية الوسائل الإلكترونية البديلة لحل المنازعات ORD ، و التي يقصد بها:

¹ - أقر المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية، والذي أدرج الطرق البديلة لحل النزاعات في الكتاب الخامس، الباب الأول، والمتمثلة في الصلح والوساطة والتي تتم داخل المحاكم وفي جميع الدعاوي ما عدا دعاوي شؤون الأسرة والدعاوي المتعلقة بعلاقات العمل بالنسبة للوساطة، أنظر القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في المواد: 999 الى 1005، نقلا عن: محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص160.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

" تلك الوسائل غير القضائية لنظر في النزاع والفصل فيها من خلال شبكات لحاسب"(1).

ولقد عرفت هذه الوسائل انتشارا كبيرا يرجع إلى عدة أسباب، حيث أن الأطراف الذين يبرمون عقودهم عبر الوسائط الإلكترونية يفضلون أن تتم بواسطتها المعاملة بما فيها حل أي نزاع، و كذلك تتم التسوية الإلكترونية للنزاعات بإجراءات بسيطة ودون تكاليف مالية على عاتق(2).

وتتجسد الوسائل الإلكترونية البديلة في كل من المفاوضات المباشرة والوساطة الإلكترونية

أولاً: المفاوضات

يعد التفاوض بصفة عامة وسيلة من وسائل تسوية المنازعات، تتم بين أطراف النزاع مباشرة دون تدخل طرف ثالث، فهو عبارة عن تبادل وجهات النظر بين طرفي النزاع من أجل الوصول إلى تسوية نهائية للمنازعات، حيث أنه يتم من خلال لقاء مباشر بين طرفي النزاع أو من ينوب عنهم ، أما التفاوض المباشر (الإلكتروني) فهو التفاوض الذي يتم بين طرفي النزاع عبر شبكة الإنترنت، دون لقاءهما وجها لوجه كما هو الحال في التفاوض العادي.(3)

¹ - محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني (الوساطة والتوفيق -التحكيم - المفاوضات المباشرة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 13.

² - حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص 147 .

³ - حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص 163 . أنظر كذلك:

- SCHULTZ Thomas, Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, L.G.D.J, Belgique, 2005, p 183.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

لقيت المفاوضات المباشرة المبتكرة من قبل مراكز الوساطة والتحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض المنازعات عن بعد نجاحا واسعا و إقبالا هائلا من قبل المتنازعين، لما لمسوه من فعالية في حل منازعاتهم، مع المحافظة على علاقات العمل الودية في نفس الوقت.

ينقسم التفاوض الإلكتروني إلى نوعين رئيسيين، النوع الأول هو التفاوض الذي يتم بين طرفي النزاع على الإنترنت مع تدخل برامج الكمبيوتر لمساعدة الأطراف على الوصول إلى حل رضائي، اما النوع الثاني يتجسد في التفاوض المباشر للأطراف دون أي تدخل من برامج الكمبيوتر⁽¹⁾.

تبدأ عملية التفاوض عبر الإنترنت من خلال إرسال طلب إلى مركز التفاوض من قبل طرف النزاع يعلنان فيه عن رغبتهما في فض النزاع القائم بينهما من خلال المفاوضات المباشرة، ويشتمل الطلب المقدم إلى المركز إلكترونيا على البيانات الشخصية للأطراف والمتمثلة عموما في كل من :الإسم، اللقب، العنوان الشخصي، العنوان الإلكتروني، رقم الهاتف...، مع ملخص عن موضوع النزاع وأسباب⁽²⁾.

وفي حالة تقديم الطلب للمركز من أحد طرفي النزاع فقط، يقوم المركز بعد استلامه الطلب ومراجعته، بإرساله إلى الطرف الآخر، يخطر فيه عن رغبة مقدم الطلب في التفاوض معه مباشرة حول موضوع الخلاف القائم بينهما، وسؤاله فيما إذا كان يرغب في قبول التفاوض أم لا، مع تحديد مهلة معينة للجواب، وإذا كان الجواب بالرفض أو عدم تلقي المركز للجواب، تنتهي هنا عملية المفاوضات المباشرة، أما في حالة الإعلان عن قبول الإشتراك في

¹ - Plus de 20 institution d'ORD propose de la négociation automatisée, parmi lesquels on citera : Cybersettle, ClickNesettle, DisputeManager, Intersettle, MARS, SmartSettle, The Claim Room, WebAssured, WebMediate et WeCanSettel.

² - ويعد مركز الوساطة [square trade](http://www.squaretrade.com) من أهم المراكز التي توفر خدمة المفاوضات المباشرة، و لمزيد من المعلومات أنظر

الموقع : www.squaretrade.com

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

المفاوضات المباشرة فتستمر العملية⁽¹⁾ باستلام المركز لطلب التفاوض المقدم من الطرفين، يقوم إرسال إخطار إلى المتنازعين يتضمن اسم مرور خاص بكل طرف، يسمح لهما بالدخول إلى صفحة الخاصة بنزاعهما والمعدة على الموقع الإلكتروني التابع للمركز، المحاط بالسرية الكاملة من خلال توفير قنوات آمنة يجري الاتصال من خلالها، مع تحديد المدة الممنوحة لهما للاتصال والتفاوض من خلال صفحة الاتصال التي وفرها المركز بثلاثون (30) يوما، إلا أنه غالبا ما تستغرق عملية التفاوض من 10 إلى 14 يوما استنادا إلى مدى نية الأطراف في حل النزاع.

لقد لاقت هذه الطريقة في فض المنازعات إقبالا واسعا، لما لمسها المتنازعان، إلى جانب ما تقدم من أسباب، من توفير الوقت والمال، وخصوصا للعاملين منهم في حقل التجارة الإلكترونية والذين تتجاوز أعمالهم الحدود الجغرافية التقليدية.⁽²⁾

و عملية التفاوض تكون مجانية، فالمراكز لا تأخذ مقابلا لتقديم أدوات الاتصال اللازمة للمتفاوضين، سواء كانت على شكل صفحة على الموقع التابع للمركز أو على شكل اتصال هاتفي عبر قنوات المركز، وبغض النظر عن نتيجة التفاوض، إيجابية كانت بأن تم حل المنازعة من خلالها، أم سلبية لم يتوصل المتفاوضان من خلاله إلى الاتفاق ينهيان له النزاع.

يبقى أن نشير في النهاية إلى أنه إذا كانت إرادة الأطراف تبرز كعامل قوي في التفاوض الإلكتروني بصفة عامة، سواء في حرية اللجوء إليه، أو حرية إخضاع جزء أو كل من النزاع إلى هذه الطريقة، فإننا نلاحظ بعض المعوقات التي تؤدي إلى التقليل من فعالية هذه الآلية،

¹- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني (الوساطة والتوفيق - التحكيم...)، المرجع السابق، ص 22 .

²-حسب مركز square trade للوساطة أن 85 % من القضايا المطروحة على المركز يتم حسمها بنجاح عن طريق المفاوضات المباشرة. أنظر الموقع: www.squaretrad.com

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

ولعل أهمها ترك الأطراف في حرية تامة يتناقشون دون وجود طرف ثالث محايد يقوم بطرح الحلول ومحاولة إقناع الأطراف بالتسوية⁽¹⁾، وهذا ما يمكن تفاديته عند اللجوء إلى الوساطة الإلكترونية.

ثانياً: الوساطة الإلكترونية

تعد الوساطة من الوسائل الودية لحل النزاعات التي يلجأ إليها الأطراف بكل حرية، والتي تعرف بصفة عامة أنها تدخل طرفاً ثالثاً محايداً بين طرفي النزاع من أجل الوصول إلى صيغة نهائية لتسوية النزاع القائم، أو هي «عبارة عن عملية تطوعية يوافق طرفا النزاع من خلالها على العمل مع شخص محايد لحل النزاع القائم بينهما، مع منح كامل السلطة للمنازعين في قبول الوساطة أو رفضها، مع انصراف عمل الوسيط وبذل جهوده صوب نقاط الخلاف واقتراح سبل الحل»⁽²⁾.

كما عرفت المادة 01/03 من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي بأنها: "عملية يتم من خلالها حل النزاع ودياً، سواء بالوساطة أو التوفيق، مع محاولة الوسيط الوصول لحل ودي للنزاع العقدي أو القانوني دون أن يملك سلطة إجبار المتنازعين على قبول الحل"⁽³⁾.

بينما يقصد بالوساطة الإلكترونية اتصال طرف ثالث محايد مع طرفي النزاع على شبكة الإنترنت من أجل الوصول إلى تسوية نهائية لهذا النزاع، سواء كان الاتصال في لحظة زمنية واحدة من خلال غرف الحديث، أو اتصال الوسيط بكل طرف على حدى.

¹- حسام أسامة محمد، المرجع السابق، ص 171 .

²- إبراهيم عرسان أبو الهيجاء ، المرجع السابق، ص 168 .

³- القانون النموذجي للأونيسترال للتوفيق التجاري الدولي لعام 2002.

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

ويتجلى من التعاريف السابقة، أن الوساطة تقوم على إرادة طرفي المنازعة في اللجوء إليها كوسيلة لحل المنازعة بدلا من القضاء، ولعل مظاهر الإرادة تستنبط أيضا من خلال تجريد الوسيط من سلطات الإجبار في قبول الوساطة أو الإستمرار فيها، حيث يقتصر عمله على محاولة تقريب وجهات النظر بين المتنازعين، وهذان الأخيران من يملكان الحق في قبول توجيهاته أو رفضها⁽¹⁾، وهو ما يجسد مبدأ سلطان الإرادة حيث يلتزم الأطراف بما يرتضون به.

ترتكز عملية الوساطة على الجهود التي يبذلها الوسيط في إقناع المتنازعين بقبول الحل الذي يقترحه لحل المنازعة القائمة بينهما، وبدون أي ضغط أو إكراه قد يمارس من قبله عليهما، بالإضافة إلى منح الحرية للأطراف في اختيار الطريقة الملائمة لهما للتواصل مع الوسيط عبر شبكة الإنترنت، ولعل أنه لتحقيق الحل المناسب لابد من تفاعل واهتمام أكبر من الأطراف بعملية الوساطة، وعملها الجاد والدؤوب مع الوسيط لفض النزاع.

بمجرد موافقة طرفي المنازعة على الوسيط والإجراءات، يتم الانتقال إلى المرحلة التالية من الوساطة، وهي مناقشة موضوع المنازعة واثارة نقاط الخلاف الجوهرية، وذلك بعد أن يقوم الوسيط بإرسال بريد إلكتروني لكل من طرفي النزاع، يتضمن اسم المرور بكل منهما، والذي يخولهما الدخول لصفحة المنازعة المعدة على موقع المركز، بالإضافة إلى تحديد ميعاد جلسات الوساطة.⁽²⁾

يتم الانتقال بعد ذلك إلى المرحلة ما قبل الأخيرة من الوساطة في عقد جلسات الوساطة والبحث عن المدى الذي يمكن أن يذهب إليه المتنازعان في طلباتهما سعيا وراء التوصل إلى حل الإشكال المطروح، فيبذل الوسيط قصار جهده بغية الوصول إلى حل مرض للمتنازعين من

¹- حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص471 .

²- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص189 .

الفصل الثاني : حماية المستهلك بعد تنفيذ العقد

خلال تركيزه على النقاط التي يترتب إمكانية اتفاق المتنازعين عليها كلها أو في جزء منها فقط والمذكور سلفاً في اتفاق الوساطة، وفي الأخير يقوم الوسيط بعد ذلك بصياغة اتفاق التسوية النهائية وعرضه على المتنازعين للتوقيع عليه، فإذا تم ذلك تنتهي عملية الوساطة الإلكترونية بحل ملزم لطرفيه واجب التنفيذ.

خاتمة

تعد الحماية مدخلا هاما لضمان استقرار التعاملات التجارية بالاعتماد على وسائل تقنية، و بذلك فهي توفر عنصر الأمان و الثقة في هذا النوع من التعاملات الالكترونية على اختلافها خاصة ما تعلق بعملية الاستهلاك للمنتجات و الخدمات.

يمكن إستخلاص حماية المستهلك من خلال التوسع في جملة الالتزامات المقررة على عاتق المهني، خشية من قصور الالتزامات التقليدية المقررة في القواعد العامة كالترامه بضمان العيوب الخفية، وسلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، وذلك إما لعدم كفاية هذه الالتزامات في حماية حقوق المستهلك، وإما لصعوبة تقريرها أو إعمالها، أو لما قد لا ينتج عن اعمالها من تعويض مناسب للضرر اللاحق بالمستهلك، وعملا على ما هو مقرر في كثير من دول العالم التي أفردت تشريعات خاصة لحماية المستهلك، فقد تطرقت في هذه الدراسة الى موضوع الالتزام بالاعلام في مرحلة ما قبل التعاقد، وأظهرت مفهوم هذا الالتزام وأهميته والحكمة من تقريره، وكذلك أساسه القانوني والاثار المترتبة على عدم تطبيقه، وتوصلنا الى أن هذا الالتزام يؤسس على النصوص القانونية التي ترسخ هذا الالتزام وفي حالة غياب مثل هذه النصوص فيؤسس على مبدأ حسن النية الذي يقتضي من كلا المتعاقدين التعامل بثقة وأمانة ويوجب على المتعاقد الذي يملك المعلومات أن يقدمها الى التعاقد الضعيف الذي لا يملكها.

وقد توصلنا الى أن تنفيذ هذا الالتزام بصورة صحيحة سيؤدي الى تمكين المتعاقد الضعيف من التعاقد عن بيئة من أمره بصيرا بعواقب اختياره مما سيقبل بالتأكيد من عيوب الرضا إن لم يلغها تماما، و العكس من ذلك في حال عدم تنفيذ هذا الالتزام

خاتمة

بالسكوت عن تقديم المعلومات أو تقديم معلومات غير صحيحة سيؤدي حتما الى وقوع المتعاقد تحت تأثير الغلط لنقص المعلومات أو عدم صحتها.

عيوب الارادة تحتل مكانة مهمة في إطار العقد الالكتروني، وفيما يتعلق بعيب الغلط فقد بدى لنا أنه أكثر ما يقع بسبب العرض الناقص للمنتجات عبر الانترنت، وذلك بأن يكون العرض غير واضح أو مفهوم مما يؤدي الى الوقوع في الغلط بشأن المنتج المعروض، أما عيب التدليس فقد يتمثل في مجال العقد الالكتروني في الإعلانات الخادعة أو الوعد بواسطة رسالة الكترونية بميزات وهمية بقصد دفع المتعاقد لإبرام العقد، وقد يتمثل في وسائط إلكترونية مزورة، وهو الأمر الذي حث بعض التشريعات لتجريم هذه الأفعال، وبالتالي لم يعد الجزاء المقرر للتدليس مدنيا فقط بل امتد على المستوى الجنائي أيضا، نظرا لما للجزاء الجنائي من خاصية وقائية ليست للجزاء المدني.

أما عيب الإكراه كما أشرنا إليه، فإنه يصعب تصويره أو حدوثه في مجال العقد الالكتروني، نظرا لأن التعاقد لا يتم بين حاضرين كما في العقد التقليدي و إنما يكون بين غائبين و بواسطة وسائل الكترونية فيكون بذلك من الصعب تحقق شروط الإكراه، غير أنه يرى البعض أنه يمكن تصويره حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط اقتصادي و بالتالي يمكن تصويره بصدد توريد المنتج أو احتكاره للإنتاج و بيع قطع غيار بشروط مجحفة، مما يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط الرهبة التي تنبعث في نفسه بسبب تهديد مصالحه و لا يكون أمامه بديل سوى قبول التعاقد.

إن الهدف الأساسي للمهني هو كيفية جذب المستهلك، ويسعى في سبيل ذلك الى استخدام كافة وسائل الدعاية و الإعلان عبر الانترنت، و يكون الهدف من هذه الدعاية هو

خاتمة

ترويج السلع و الخدمات، و عندما يأتي المستهلك للتعاقد مع المهني يفرض عليه الأخير شروط للتعاقد لا يخضع لأية مفاوضات.

وإذا كان الأصل أن عقد البيع الالكتروني من العقود الرضائية، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يتضمن في أحد بنوده شرطاً تعسفياً، و بصفة خاصة في عقود الاستهلاك، و منها عقد البيع الالكتروني، و إذا كان المستهلك يقبل هذه الشروط التعسفية بدون مناقشة أو تفاوض فإنه يقبلها نتيجة لقلّة خبرته الفنية و القانونية، و من هنا تبدوا أهمية حماية المستهلك في مثل تلك العقود التي لا تقبل شروطها للتفاوض بل يفرضها أحد المتعاقدين و هو المهني على الطرف الآخر و هو المستهلك.

حمايته المستهلك من هذه الشروط التعسفية غالباً ما تقوم القوانين الوطنية بإضفاء الحماية التشريعية باشتراط تضمين العقد بعض البنود التي تحمي المستهلك، و ذلك بجانب تخويل القاضي سلطة مراجعة الشروط التعسفية.

و كما سبق ذكره، تتمثل وسائل هذه الحماية في عقد البيع الالكتروني في ثلاث وسائل: أولها وجود شرط أو نص قانوني عام يعترف للقاضي بسلطة إبطال الشروط التي تعتبر تعسفية، و ثانيها وجود قائمة قانونية لتلك الشروط، و ثالثها العمل بالأسلوبين معاً. و عليه فإن القاضي إذا رأى أن العقد الالكتروني قد تضمن شرط تعسفياً جاز له إبطال هذا الشرط و تفسيره لصالح المستهلك.

إن التوسيع في مسؤولية المهني عن المنتجات والخدمات المعيبة هو في صالح المستهلك، و مجرد وقوع الخطأ حتى ولو كان غير مقصوداً من قبل المهني يجيز للمستهلك أن يطالب بالتعويض حتى وإن لم يكن هناك ضرر، لأن التزام المهني في انتفاع المستهلك بالمبيع هو التزام بتحقيق نتيجة.

خاتمة

و أشرنا الى وجود بعض الحقوق المستحدثة للمستهلك كحق العدول الذي أراد المشرع تنظيمه بالنسبة لبعض أنواع البيوع التي تتم عن بعد و في غيرها من صور البيوع الحديثة و أن يسد بعض الثغرات التي قد توجد في النظرية التقليدية لعيوب الإرادة التي بمقتضاها يجوز للمتعاقد الذي أصيبت إرادته عيب من عيوب الارادة من غلط أو تدليس طلب إبطال العقد، فقد كشف الواقع العملي المصاحب للتطور الحديث عن عجز هذه النظرية و عدم كفايتها بالنسبة لحالات من التعاقد يأتي فيها رضا أحد المتعاقدين متسرعا، كرضا المستهلك الذي يتعاقد عن بعد فيكشف بعد تعاقد و بعد أن تتاح له فرصة التأمل و التروي في أمر هذا العقد، أنه قد تسرع فيه، وأن هذا التعاقد قد جاء على غير ما يريد في الحقيقة. و كون أن النظرية التقليدية لعيوب الإرادة لم تجد بتطبيقاتها المختلفة الحماية اللازمة للمتعاقد، و الذي سيكون غالبا هو الطرف الضعيف، اجتهد المشرع نحو فرض هذه الحماية بنصوص تشريعية، و حتى يضمن فاعليتها نظمها بقواعد أمرة لا يجوز مخالفتها، فحق العدول يعد من النظام العام لأنه يهدف الى حماية رضا المستهلك.

كما أنه تم إظهار أن للأطراف المتعاقدة، الحق في الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على النزاع بشرط ألا يكون من نتيجته حرمان المستهلك من الحماية التي يقررها قانون البلد الذي يوجد فيها محل إقامته، خاصة لو كان تنفيذ العقد قد سبقه في هذا البلد إعلان وأن المستهلك قد قام بما هو ضروري من أجل إبرام العقد، و هو ما يرجح قانون بلد المستهلك.

وأخيرا تطرقنا الى حق الأطراف في تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع فإذا لم يوجد اتفاق انعقد الاختصاص لمحكمة الدولة التي تم فيها إبرام العقد أو تنفيذه بشرط ألا يترتب على ذلك حرمان المستهلك من الحماية التي يقررها قانونه الوطني و لذلك يجوز

خاتمة

للمستهلك في حالة عدم الاتفاق رفع الدعوى أمام محكمة البلد التي يوجد فيها محل إقامته أو محكمة المهني، و هو ما توجبه الحكمة من حماية المستهلك الإلكتروني بأن لا يترك لقانون أجنبي و محكمة أجنبية تحكمان تعاقدته الإلكتروني.

لا يسعنا في خاتمة هذا العمل إلا أن ننثي على الجهود التشريعية والترتيبية والقضائية المبذولة والرامية إلى ملائمة القواعد القانونية لتطور تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات وذلك بسن قوانين خاصة تنظم المبادلات التجارية الإلكترونية ولكن هذه القوانين وحدها، لا يتسنى لها ضمان حماية المستهلك في مجال المبادلات التجارية الإلكترونية، ما دام اللجوء إلى القوانين الحمائية للمستهلك وخاصة إلى مجلة الالتزامات والعقود، حتميا لسد الثغرات التشريعية.

ومن الواضح أن حماية المستهلك ليست بالأمر الهين. فلا يمكن تحقيق هذا الهدف إلا بالتوفيق بين معطين متناقضين تماما: الطابع الدولي للتجارة الإلكترونية من جهة وطابع النظام العام الذي تمتاز به قواعد حماية المستهلك من جهة أخرى. ويمكن تحقيق هذا التوفيق عن طريق إبرام اتفاقيات دولية تتم المصادقة عليها. وقد أراد المشرعون في العديد من البلدان حماية المستهلك لكي لا يذهب ضحية التكنولوجيا الحديثة فسنوا قوانين حمائية تغلب عليها الشكلية.

و لزم الإشارة إلى أن المهني قد تكثر عليه هذه القواعد، حيث من غير الممكن أن يتقيد بجميعها بسبب عدم علمه بكافة هذه القواعد التي تهدف أولا وقبل كل شيء إلى حماية المستهلك فقط.

خاتمة

إن توفير نظام معلومات عن طريق التجارة الالكترونية، من خلال قاعدة بيانات الاستهلاك و متابعة المؤسسات التي تتعامل عن طريق التجارة الالكترونية مهم في معالجة القضايا المتعلقة بحماية المستهلك.

و اخيرا على الدولة الجزائرية و بحكم تقدمها في العديد من المرات لإجراء مفاوضات تدخل ي اطار الانضمام الى المنظمة العالمية للتجارة، أن تولي الاهتمام الكافي بتوفير حماية على الضوء القانون المدني، لتضمن على

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

I- الكتب

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة متعمقة في الشريعة الاسلامية و القوانين الوضعية، مطبوعات جامعة الكويت، 1994.
2. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية ، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2003.
3. احمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، بدون دار النشر، القاهرة، 1998.
4. أحمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك إزاء مضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
5. احمد محمد الهواري ، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2000.
6. أسامة ابو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000
7. أسامة أحمد بدر ، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، مجلة الشريعة و القانون، العدد 40، 2009.
8. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي - الإلكتروني - السياحي - البيئي، دار النهضة العربية، مصر، 2000 .
9. الشريقات محمود عبد الرحيم، التراضي في التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، المكتبة الوطنية، عمان، 2005.

قائمة المراجع

10. بشار طلال المومني ، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، عالم الكتب الحديثة، الأردن، 2004.
11. بشار عصمت سميح سكري، العقود الإلكترونية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2008.
12. تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، بهجات للطباعة، 2009.
13. جابر محجوب علي ، خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1998.
14. جابر محجوب علي ، سلامة المستهلك من اضرار المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي والمصري والكويتي، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995.
15. حمد الله محمد حمد الله ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، مصر، 1997 .
16. حسام كامل الاهوائي، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل اعداد العقد الدولي، تقرير مقدم الى ندوة الانظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الاعمال الدولي، القاهرة، 1993.
17. حازم الصمادي ، المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية، دجار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2003.

قائمة المراجع

18. خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
19. خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
20. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي للنشر، مصر، 2006.
21. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الفكر الجامعي ، مصر، 2007 .
22. خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الالكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008.
23. خالد حمدي عبد الرحمن ، التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
24. رضا متولي وهدان ، الخداع الإعلاني و اثره في معيار التدليس، دار الفكر و القانون، المنصورة، 2008.
25. زريقات عمر خالد ، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، دار الحامد للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، 2007.
26. زريقات عمر خالد ، عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الحامد ، الأردن، 2007.
27. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

قائمة المراجع

28. سليم سعادوي، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
29. سعيد جبر، ضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
30. سمير كمال، ضمان العيوب الخفية في بيع الأشياء المستعملة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
31. سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
32. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
33. شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 2007.
34. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
35. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، حياء التراث العربي، 1981.
36. عبد الحميد الشواربي، المشكلات العلمية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1988، ص 68.
37. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

قائمة المراجع

38. عبد الفتاح بيومي حجازي ، حماية المستهلك عبر الأنترنت، دار الفكر الجامعي، 2006.
39. عبد الباسط جميعي ، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقد الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996
40. عبد الباسط جميعي ، عقود برامج الحاسب الآلي ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، 1998.
41. عبد السيد تتاغو، النظرية العامة للالتزام، المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1993.
42. عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2005 .
43. عمران السيد محمد السيد ، حماية المستهلك أثناء إبرام العقد، الدار الجامعية للطباعة و النشر، الإسكندرية، 2003.
44. عمران السيد محمد السيد ، الإلتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الأنترنت، الدار الجامعية للنشر، بيروت، 2006.
45. عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
46. عامر قاسم أحمد القيسي ، الحماية القانونية للمستهلك، دار الثقافة و الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
47. فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
48. فاروق محمد أحمد الإباصيري، عقد الإشتراك، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2002.

قائمة المراجع

49. محمد على عمران ، الالتزام بضمان السلامة و تطبيقاته في بعض العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.
50. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، 1998.
51. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة و مدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
52. محمود حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2003.
53. محمد سعد خليفة ، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004
54. محمد ابراهيم ابو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، 2005.
55. محمد صبري السعيد ، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، الجزائر، 2008.
56. محمود عبد الرحمن محمد ، الاستغلال والغبن في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1998 .
57. ممدوح محمد علي مبروك ، مدى حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
58. محمد أمين الرومي ، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004.

قائمة المراجع

59. ممدوح محمد خيرى هاشم ، مشطلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني، دار النهضة العربية، 2000.
60. مدحت محمد عبد العال ، الالتزامات الناشئة عن عقد تقديم برامج المعلومات، المقالة، للبيع، الإيجار، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
61. نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، 2005.
62. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001.
63. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض انواع العقود (دراسة فقهية قضائية مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 1982.
64. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، مصر، 1995 .

II- المقالات:

1. أحمد السعيد الزقرد، " الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الحقوق"، العدد الرابع، الكويت، 95.
2. أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 57 ، مصر.
3. إدريس الفخوري، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية"، كلية العلوم القانونية، جامعة عبد الملك السعدي، العدد الثالث ، المغرب ، 2003.

قائمة المراجع

4. أبو عرابي غازي، "الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت"، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة القانون، المجلد 34، الجامعة الأردنية، 2007.
5. احمد عبد الكريم سلامة ، "الانترنت و القانون الدولي الخاص، مؤتمر القانون و الكمبيوتر و الانترنت"، جامعة الإمارات، 2000.
6. بدر أسامة احمد، "ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني"، مجلة الشريعة و القانون، العدد 40، 2009.
7. جابر محجوب علي ، "ضمان سلامة المستهلك من الاضرار الناشئة عن المنتجات الصناعية المباعة"، مجلة الحقوق، العدد الرابع، الكويت، 1996.
8. علوان رامي محمد، "التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني"، مجلة الحقوق، العدد الرابع، الكويت، 2002.
9. نبيل محمد أحمد صبيح ، "حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت ، 2008.
10. يونس عرب ، "الخصوصية و حماية البيانات الشخصية"، منشور على موقع

www.arablawnet.net

III-الرسائل والمذكرات الجامعية:

1. برهم نضال سليم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، 2003.
2. جرعود اليافوت، عقد البيع و حماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002 .

قائمة المراجع

3. جابر محمد ظاهر، الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصناعية، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت،
4. عروبة شافي عرط المعموري، التنظيم القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون المدني، جامعة بابل، 2008.
5. عيد عبد الحفيظ، مبدأ سلطان الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.
6. قبايلي الطيب، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى CRDI، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001.
7. محمد سعيد أحمد إسماع، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2007.
8. محمد أحمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الإلكترونية -نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006.
9. وائل فاند سفري نلاج، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، 2006.

قائمة المراجع

10. يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، أطروحة لنيل الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح، فلسطين، 2006

V- النصوص القانونية:

أ- النصوص التشريعية:

1. الأمر رقم 58-75 المؤرخ في سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 78، مؤرخة في 1975/09/30.
2. قانون رقم 02-04 مؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، الصادرة في 27 جوان 2004 المعدل و بقانون رقم 10-06 مؤرخ في 18 أوت 2010 ، جريدة رسمية عدد 46 لسنة 2010.
3. مرسوم رئاسي رقم 95- 346 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995 تتضمن مصادقة الجزائر على اتفاقية واشنطن لسنة 1995 المنشئة للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 66 لسنة 1995.

قائمة المراجع

ب- النصوص التنظيمية:

1. مرسوم تنفيذي رقم 90-266 مؤرخ في 15 سبتمبر 1990 يتعلق بضمان المنتجات و الخدمات، جريدة رسمية عدد 40، الصادرة سنة 1990.
2. مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق 2006/06/10 يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 56، الصادرة في 2006/06/11 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 جريدة رسمية عدد 07 الصادرة 2008/02/10.

ثانيا: باللغة الفرنسية

I-Ouvrages

1. **Alain BENSOUSSAN**, Le commerce électronique "aspect juridique", Editions HERMES, Paris, 1998.
2. **A.Karimi**, les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, librairie générale de droit de jurisprudence, paris, 2001.
3. **Calais Auloy, J** ,L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats op. Cit,1994.
4. **F.Terré, P .Simler et Y .Lequette**, droit civil, les obligations, Dalloz, paris, édition, 2002 .

5. **J.HUET** ,Commerce électronique encore une modification du code civil pour adapter le droit des contrats électronique, JCP 2004 éd.
6. **J.C TAHITA** , la loi n°78-23 du 10-01-1978 et la protection des consommateur contre les clauses abusifs des contrats, Th . Poitier, 1985 .
7. **Lionel BOCHURBERG** : Internet et commerce électronique, Delmas paris, 2001 .
8. **LOUSSOURN Yvon et BERNARD Thierry**, Droit international privé, 5em édition, Paris, 1996.
9. **Michel TROCHU** : Protection des consommateurs en matière de contrats à distance, directive 97-7 CE mai 1997, Dalloz, 1999.
10. **Najjar(I)**, La rétractation d'une promesse unilatérale de vente, paris, 1997.
11. **Thibaut TROCHU**, protection des consommateurs en matière de contrats à distance, directive n°97-7CE mai 1997, Dalloz, 1999.
12. **Thibaut VERBIEST**: La protection juridique du cyber-consommateur, Litec, 2002.
13. **Vincent GAUTRAIS** : Le nouveau contrat à distance et la Loi sur la protection du consommateur, dans Pierre-Claude Lafond, droit de la consommation sous influences, Éditions Yvon Blais, Cowan ville, pp. 2007.
14. **Vincent GAUTRAIS** , L'encadrement juridique du cyberconsommateur québécois, Montréal, 2002.

II- Thèses et Mémoires :

1. **Chiheb GHAZOUANI**, le contrat de commerce électronique international, thèse pour le doctorat en droit, université PANTHEON-ASSAS(Paris II),2008 .

2. **KONÉ Moriba Alain**, La protection du consommateur dans le commerce international passé par Internet: une analyse comparée des systèmes juridiques européen, français, canadien et québécois, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade LLM, Université de Montréal, Août 2007.
3. **Nathalie MOREAU** , La formation du contrat électronique dispositif de protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits , mémoire DEA , Droit des contrats, Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales ,Université de Lille 2,Lille, 2003.
4. **SHANDI Yousef**, « La formation du contrat a distance par voie électronique », Doctorat nouveau régime Mention « Droit privé », Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion, UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN STRASBOURG III ,28 juin 2005.
5. **Salem YAMMAHI**, La protection du consommateur dans les contrats électroniques de consommation, thèse pour le doctorat en droit privé, université de Rouen, 2009.
6. **YESSAD Houria**, Le contrat de vente internationale de marchandises, Thèse pour le doctorat en droit, Faculté de Droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 2008.

III- Articles :

1. **Chihab GHAZOUANI**, la protection du consommateur dans les transactions électroniques selon la loi du 9 Aout 2000, revue de la jurisprudence et de législation, juin 2003 .
2. **Hafedh LAABIDI** , L'offre et l'acceptation dans les contrats de commerce électronique, Revue de la Jurisprudence et de Législation, numéro 9, novembre 2002.

3. **MAINGNY(D)**, L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter, RTD.civ, 2004.
4. **Pierre HUGUES VALLEE, Ejan MACKAAY**, La confiance sa nature et son rôle dans le commerce électronique, Lex Electronica, vol 11 n° 2 Automne, 2006, disponible sur le site : <http://www.lex-electronica.org/articles/v11>
5. **Véronique ABAD**, Publicité sur Internet et Protection du consommateur, Lex Electronica, vol. 8, n°2, printemps 2003, disponible sur : <http://www.lexelectronica.org/articles/v8-2/abad.htm>.
6. Rapport du groupe de travail présidé par LORENTZ (F.), Le commerce électronique est une nouvelle donnée pour le consommateur, les entreprises, les citoyens et les pouvoirs publics, Editions de Bercy, 1998.

V- Textes juridiques et directives :

1. **Loi n° 78-23** du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur
2. **Loi n° 95-96** du 1er février 1995, J.O. du 2 février concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commerciale.
3. **Directive 97/7/CE** du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance. JO L144 du 04/06/97.
4. **Directive 2000/31/CE** du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE n° L 178, 17 juillet. 2000.
5. **La Loi n° 2004-575** du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), JO n° 143 du 22 juin 2004.

6. **Ordonnance no 2005-648** du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, J.O 7 juin 2005.
7. **Directive 2011/83/UE** du parlement européen et du conseil du 25 octobre 2011, relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.

VI- SITE INTERNET :

1. www.uomisani.edu.iq
2. <http://defense-consommateur.org> Association de défense pour les consommateurs, utilisant internet pour leurs achats,
3. www.legifrance.gouv.fr
4. <http://www.lexelectronica.org/articles/v8-2/abad.htm>
5. www.echangeur-pme.ccip.fr/.../Contrat-type-commerce-electronique-2008.pdf .
6. www.lex-electronica.org
7. www.joradp.dz
8. www.mincommerce.gov.dz
9. <http://edoctrale74.univ-Lille2.fr>
10. www.clauses-abusives.fr/commission
11. <http://fr.wikipedia.org/wiki/consommateur>
12. www.uncitral.org
13. www.dgdr.cnrs.fr/daj/docconvention_de_rome.pdf
14. www.gn4me.com

فہرس الموضوعات

02	مقدمة.
10	الفصل الاول: حماية المستهلك قبل تنفيذ العقد
11	المبحث الأول: حق المستهلك في الإعلام.
12	المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام الالكتروني و الحكمة من تقريره.
13	الفرع الأول: تعريف الالتزام بالإعلام الالكتروني.
16	الفرع الثاني: مبررات تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد.
21	المطلب الثاني: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام و مضمونه.
21	الفرع الأول: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام.
26	الفرع الثاني:مضمون الالتزام بالإعلام.
32	المبحث الثاني: حماية رضا المستهلك الالكتروني.
32	المطلب الأول: الحماية من الشروط التعسفية.
33	الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية وأنواعها.
41	الفرع الثاني: دور القانون والقضاء في مواجهة الشروط التعسفية.
45	المطلب الثاني:التمسك بعيوب الرضا لحماية المستهلك.
46	الفرع الأول: التمسك بعيوب الغلط.
52	الفرع الثاني: التمسك بعيوب التدليس.
60	الفصل الثاني: حماية المستهلك عند تنفيذ العقد
62	المبحث الأول: التزام المهني بضمان العيوب الخفية و احترام حق العدول.
62	المطلب الأول: التزام المهني بضمان العيوب الخفية.
63	الفرع الأول: المقصود بالعيوب الخفي و شروطه

69	الفرع الثاني: ضمان السلامة كبديل لضمان العيب الخفي.....
73	المطلب الثاني: حق المستهلك في العدول
73	الفرع الأول: مفهوم الحق في العدول و مجال تطبيقه.....
80	الفرع الثاني: إجراءات ممارسة الحق في العدول و أثره.....
86	المبحث الثاني: الاختصاص القضائي و القانوني و تداعيات حماية المستهلك الإلكتروني
87	المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية.....
87	الفرع الأول: ضابط الاسناد الشخصي لتحديد القانون الواجب التطبيق.....
92	الفرع الثاني: تعطيل ضابط الاسناد الشخصي لتداعيات حماية المستهلك.....
94	المطلب الثاني: تحديد الجهة القضائية المختصة لحل منازعات العقود الإلكترونية.....
96	الفرع الأول: حرية الأطراف في تحديد المحكمة المختصة.....
100	الفرع الثاني: حرية الاطراف باللجوء الى الوسائل الالكترونية البديلة لحل المنازعات.....
108	الخاتمة.....
115	قائمة المراجع.....
132	فهرس الموضوعات.....

مع التطور الهائل لشبكة الانترنت و ما نتج عنها زيادة في التجارة الالكترونية، أصبح مصير حماية المستهلك الالكتروني موضوع كثير الجدل.

ففي هذا العالم الافتراضي حيث تستخدم الوسائل و التقنيات الحديثة لإبرام العقود الإلكترونية، وما تحويه من شروط التعسفية، تولد شعور الارتياح و التخوف لدى المستهلك الالكتروني، خاصة في إطار تحديد القانون الواجب التطبيق و الجهة القضائية المختصة في حالة نشؤ نزاع .

و لكي تستعاد هذه الثقة و تعزيز التجارة عبر الانترنت، وضعت عدة قوانين وطنية و دولية الى جانب توجيهات محلية مصادق عليها من أجل جلب رقابة صارمة على عملية التعاقد الالكتروني و حماية المستهلك الالكتروني.

الا أن حماية المستهلك الالكتروني تبقى رهينة وجود نصوص قانون عالمية تواكب إفتراضية البيئة التي يجرى من خلالها التعاقد الالكتروني.

Avec le développement rapide de l'Internet et l'expansion du commerce en ligne, le sort de la protection du consommateur électronique devient un sujet préoccupant.

En effet, dans ce monde virtuel où l'on emploie des méthodes et technologies nouvelles et plus encore des clauses abusives dans les contrats électronique, s'installé sans aucun doute un sentiment de méfiance chez le consommateur électronique et plus encore sur la question de la loi applicable et la juridiction compétente en cas de litige.

Pour rétablir cette confiance et favoriser le commerce par Internet, des lois nationales, internationales et des normes communautaires ont été adoptées aux fins de l'encadrement rigoureux du processus contractuel.

Toutefois, l'efficacité de la protection de consommateur électronique reste lie à l'élaboration d'une loi universelle qui s'adapte à la virtualité du contrat électronique.