مجلّة الواحات للبحوث والدراسات
ر ت م د: 7163 -1112 ر ت م د إ :1892-2588
https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/2

حق العدول عن العقد كآلية مستحدثة لحماية المستهلك الإلكتروني

The right to retraction the contract as a new mechanism to protect the electronic consumer

جـامع مليكـة
المركز الجامعي علي كافي تندوف، malika_dja@hotmail.fr

تاريخ الاستلام: 03-12-2019 تاريخ القبول: 07-04-2020

ملخص -

تكريسا لمبدأ حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، امتدت الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني إلى مرحلة تنفيذ العقد، ففي مقابل ما يحظى به المهني من خبرة ونفوذ اقتصادي تؤهله بأن يكون على دراية واطلاع بخدمات التقدم العلمي مما يجعله في مركز قوة، كان لا بد من إحاطة المستهلك الإلكتروني كونه الطرف الضعيف بضمانات قانونية تتفق مع طبيعة العقد الإلكتروني وتضمن الحفاظ على توازنه، فغالبا ما يتسرع المستهلك في إقتناء سلعة أو طلب خدمة نتيجة انجذابه وراء وسائل الدعاية والإعلان وتأثره بإغراءات وتسهيلات المهني، دون أن تتاح له فرصة التفكير المتأني قبل إبرام العقد، ليتفاجأ بعد تمام العقد وتسليم السلعة أنها لا تتفق مع رغباته.

لهذه الأسباب تم تقرير حق المستهلك في العدول عن العقد بعد إبرامه من أغلب التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري الذي نص عليه في التعديل الأخير للقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فما مدى الفعالية التي يحققها ممارسة حق العدول للمستهلك الإلكتروني؟.

الكلمات الدالة -

الطرف الضعيف، حق الرجوع، ضمانات قانونية، حماية المستهلك، العقد الإلكتروني

المؤلف المرسل: جامع مليكة: malika_dja@hotmail.fr

Abstract-

The Electronic Contract Combines Two Parties, One Of Which Is A Professional In A Position Of Strength Derived From His Experience And Economic Impact, And The Other Party, The Electronic Consumer Who Is In A Vulnerable Position, Which Due To Lack Of Information And Its Attractiveness Behind The Means Of Advertising And Under The Influence Of Temptations And Facilities Of The Professional, Is Concluded To Conclude A Contract That Does Not Correspond To His Wishes Personality Without The Opportunity To Think Carefully Before Concluding The Contract.

For These Reasons, Most Legislation Recognizes The Right Of The Consumer To Retraction The Contract After His Contract, Including The Algerian Legislator, Which Was Stipulated In The Recent Amendment To Law N° 09-03 On Consumer Protection And Fraud Suppression. So How Effective Is The Exercise Of The Right Of Retraction To The Electronic Consumer?.

Key Words-

(Weak Party, Retraction, Legal Guarantees, Consumer Protection, Electronic Contract).

مقدمة

يعتبر العقد من أهم التصرفات التي تمارس في الحياة العملية إن لم يكن أهمها على الإطلاق، وذلك بإجماع الفقه والتشريع على حد سواء (دودين، 2006، صفحة 67)، **حيث أعطى الفقه القانوني العقد نظرية خاصة به لم تحظى بأهميتها أي نظريات القانون المدني، وبذلك أصبح العقد يحتل مكان الصدارة في النظم القانونية، وعلى ذلك عني المشرع بتنظيم أحكامه**[1] **وجعله المصدر الأول للإلتزام** (دودين، 2006، صفحة 87).

لكن ونظرا للانتشار السريع والكبير لتقنيات تكنولوجيا الإعلام والاتصال فقد كشفت النقاب على وسيلة جديدة لإبرام العقود خرجت عن مفهومها التقليدي، حيث ظهرت العقود التي تبرم عن بعد مما أدّى إلى انتشار ظاهرة العقود الإلكترونية والتي طرحت العديد من الإشكالات منها مسألة التوازن

1 - نظم المشرع الجزائري العقد في المواد 54-123 ق م ج المعدل والمتمم.

العقدي نظرا لتباين أطراف العلاقة التعاقدية من حيث القوة والتي تستلزم حماية الطرف الضعيف فيها.

فالعقد الإلكتروني يتم بين طرفين أحدهما هو المهني يكون في مركز قوة يستمدها من خبرته ونفوذه الاقتصادي، والذي يؤهله بأن يكون على دراية واطلاع بخدمات التقدم التقني، وبالتالي استخدامها بطريقة قد تضر بالمتعاقد الآخر عن طريق الغش والتضليل والدعاية المضللة باستعمال أدوات شبكة الإنترنت التي لا تعرف الحدود المكانية ولا حتى الزمانية، وفي مقابل المهني يوجد الطرف الآخر وهو المستهلك، والذي يكون في مركز ضعف نظرا لافتقاره للمعلومات التقنية من جهة، وتأثره بوسائل الدعاية والإعلان المضلل من جهة أخرى، وتحت ضغط إغراءات وتسهيلات البائع، فلا يجد سبيلا سوى الإقبال على طلب السلعة أو الخدمة وإتمام التعاقد بغض النظر فيما إذا كان بحاجة إليها أم لا.

ونظرا لمركز الضعف الذي وجد فيه المستهلك الإلكتروني كان لا بد من حمايته، خاصة وأنه خلافا للمستهلك التقليدي يتعاقد بوسيلة إلكترونية دون الإلتقاء المادي لطرفي العقد، ولم يعاين محل العقد معاينة حقيقية وملموسة، بل شاهدها على شاشة الحاسوب من خلال الإعلانات والدعايات التي تكون على موقع شبكة الإنترنت دون أن تتاح له فرصة تجربة المبيع أو فحصه فحصا ماديا للتأكد من مدى توافقه ورغباته الشخصية قبل إبرام العقد، ليجد المستهلك بعد تمام العقد وتسليم السلعة أنها لا تتفق مع رغباته وأنه تصورها خلافا لما تبدو عليه.

من أجل هذه الإعتبارات كان لا بد أن تمتد الحماية المقررة للمستهلك الإلكتروني إلى مرحلة تنفيذ العقد، عن طريق تقرير جملة من الضمانات أهمها حقه في العدول عن العقد.

وبتصفحنا للقانون 09-03 المؤرخ في 29 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[1] المعدل والمتمم[1]، نجد أن المشرع الجزائري كفل

1 - القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (ج. ر. ع. 15).

للمستهلك حقه في العدول عن العقد دون إبدائه لأية أسباب، قناعة منه أن هذا الحق هو من "أكثر وسائل حماية المستهلك ملاءمةً لخصوصيات التجارة الإلكترونية، فبالرغم من أنه يضرب مبدأ راسخ من قبيل الثوابت وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أن حماية الطرف الضعيف في المعاملات عن بعد تبرر ابتداع قواعد لا تتفق تماما والقواعد التقليدية للعقود، وتعتبر قواعد حماية المستهلك في العقد المبرم عن بعد من النظام العام وتمثل الحد الأدنى للحماية التي لا يجوز للمستهلك نفسه النزول عنها (عدنان خالد، 2012، صفحة 620).

تبعا لما تقدم، سنحاول طرح إشكالية مفادها إلى ما مدى فعالية حق العدول في توفير الحماية للمستهلك الإلكتروني؟.

للإجابة على هذه الإشكالية سنحاول تقسيم الموضوع إلى محورين، نعالج في المحور الأول الإطار المفاهيمي لحق العدول، ونخصص المحور الثاني للحديث عن الإطار الإجرائي لممارسة حق العدول.

المحور الأول: الإطار المفاهيمي لحق العدول

يعتبر الحق في العدول عن العقد الذي سبق إبرامه أحد الآليات القانونية الحديثة التي تهدف إلى توفير حماية فعالة للمستهلك، فهذا الحق يمثل في الواقع خروجا صارخا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ويجد مبرره الأساسي في ضرورة حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة طرف محترف يتقن أسلوب التأثير بواسطة الإعلان تجاه طرف لا يملك في الحقيقة إمكانية مناقشة شروط العقد، ولا إمكانية رؤية المبيع أو التحقق من خصائصه (بن جديد، 2014، صفحة 74).

ويعد حق العدول عن العقد حقا إراديا محضا يترك تقديره لكامل إرادة المستهلك وفقا لضوابط قانونية، وهو يمس بالقوة الملزمة للعقد الإلكتروني، ويشكل خروجا عن المبدأ، حيث اعتبره بعض شرّاح القانون عقدا صحيحا غير لازم بالنسبة للمستهلك وعقدا صحيحا لازما للمزود، فحق العدول هو حق شخصي يخضع لتقدير المستهلك، ويمارسه وفقا لما يراه محققا لمصالحه، فهو

1 - قانون 18 -09 المؤرخ في 10 يونيو 2018 يعدل ويتمم القانون 09 -03 (ج. ر.ع. 35)

ليس ملزما بإبداء أسباب معينة لهذا العدول، بمعنى أن استعمال المستهلك لهذا الحق لا يؤدي إلى قيام مسؤوليته (موفق حماد عبد، 2011، صفحة 199).

أولا: تعريف حق العدول

الحق في العدول[1] عن العقد هو وسيلة بمقتضاها يسمح المشرع لأحد المتعاقدين بأن يعيد النظر من جديد ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به مسبقا (التهامي، 2008، صفحة 221)، أو هو وسيلة قانونية يستطيع المستهلك إعادة النظر في العقد الذي ساهم بإرادته في إبرامه عن طريق الرجوع فيه بإرادته المنفردة دون أدنى مسؤولية تقع على عاتقه (يونس، 2016، صفحة 17).

كما يمكن تعريفه بأنه حق المستهلك في إرجاع السلعة أو رفض الخدمة في خلال مدة معينة يحددها القانون دون إبداء أية مبررات مع التزام التاجر بحسب الأحوال برد قيمتها مع تحمل مصروفات الرجوع فقط (عدنان خالد، 2012، صفحة 627).

وقد نظم التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد[2] هذا الحق بمقتضى المادة 06/1 منه التي تنص على أنه "يملك المستهلك في كل عقد عن بعد مدة سبعة أيام عمل على الأقل للرجوع أو العدول دون جزاءات، ودون بيان السبب والمصاريف الوحيدة التي يمكن أن يتحملها المستهلك لممارسة حق العدول هي المصاريف المباشرة لرد البضائع"، كما نظم المشرع الفرنسي حق العدول بمقتضى المواد 221-18 إلى 221-28 من قانون الاستهلاك الفرنسي[3]، كما تحدث عنه المشرع التونسي بمقتضى الفصل 30 من قانون التجارة والمبادلات الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ في

1 - هناك عدة مصطلحات قيلت بشأن حق العدول منها حق الرجوع، إعادة النظر، مهلة التفكير، حق الندم، لذلك يمكن القول أنه من تطبيقات هذا الحق في التشريع الجزائري هو حق الندم المقرر للمؤلف في سحب مؤلفه من التداول عندما لا يصبح مطابقا لقناعاته الشخصية، وقد نصت على حق الندم المادة 24 من الأمر 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج. ر. ع. 44.

2- 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.

3 - code consommation Français Dernière modification le 10 November 2019.

09 أوت 2000، وبدوره نظمه مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري في المادة 19 منه.

أما المشرع الجزائري وبموجب تعديله للقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بالقانون رقم 18-09، تنبه أخيرا إلى تقرير حق المستهلك في العدول عن العقد، وهي خطوة وإن كانت متأخرة إلا أنها تعتبر إيجابية، حيث نصت المادة 19/2،3 منه على أنه "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب

للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد ودون دفعه مصاريف إضافية".

هذا مع ملاحظة أن المشرع وبمقتضى القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[1]، قرر للمستهلك الإلكتروني حق إعادة المنتوج في حالتين تضمنتهما المادتين 22 و23 منه، وكلا الحالتين تتعلقان بإخلال بالتزام من جانب المورد الإلكتروني إما لعدم احترامه آجال التسليم، وإما لتسليمه غرض غير مطابق أو منتوج معيب، وعلى ذلك يلتزم المستهلك الإلكتروني بإعادة إرسال السلعة خلال مدة أقصاها أربعة أيام عمل تسري ابتداءً من تاريخ التسليم الفعلي مع التزامه بتبيان سبب الرفض في الحالة الثانية، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني.

حيث يتضح أن حق إعادة المنتوج للمستهلك الإلكتروني الذي قررته المادتين 22 و23 يختلف تماما عن حق العدول الذي قرره المشرع بموجب المادة 19 من القانون 09-03، ذلك أن حق العدول يكون تلقائيا من جانب المستهلك ودون إبدائه لأية أسباب ودون وجود أي إخلال بالتزام من جانب المتعاقد الآخر، وتكون نفقات إعادة البضائع على عاتق المستهلك، في حين أن الحق في إعادة المنتوج المنصوص عليه في قانون التجارة الإلكترونية يفرض على المستهلك الإلكتروني تحديد سبب رفض المنتوج، ويفترض إخلال بالتزام من جانب المورد الإلكتروني الذي يقع عليه تحمل نفقات إعادة المنتوج.

1 - القانون 18-05 المؤرخ في 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج. ر. ع. 28.

ثانيا: شروط ممارسة الحق في العدول

يمكن استخلاص شروط ممارسة الحق في العدول من خلال التشريعات التي تقرر هذا الحق، وعلى هذا الأساس يمكن إرجاع هذه الشروط إلى شرطين أساسيين هما:

1/ أن يتم العدول خلال المدة القانونية المحددة

حتى ينتج الحق في العدول أثره، لا بد أن يمارسه المستهلك خلال الفترة المحددة قانونا، والتي تختلف من تشريع لآخر، فبالنسبة للتوجيه الأوروبي فقد حددت المادة 06/1 السالفة الذكر هذه المدة بسبعة أيام عمل، أما المشرع الفرنسي وبمقتضى المادة 221-18 حدد هذه المدة كأصل عام بأربعة عشرة يوما تحتسب من الوقت الذي يتم فيه تسليم السلعة إلى المستهلك إذا كان محل العقد سلعة، أما إذا كان محل العقد خدمة فإن مدة 14 يوما يبدأ سريانها من الوقت الذي يتم فيه العقد(1).

وإذا كان الأصل العام في التشريع الفرنسي أن المدة المقررة لممارسة حق العدول هي 14 يوما، فإنه استثناء من ذلك يمكن أن تمدد المدة في حالة عدم قيام المهني بالتزامه اللاحق بالإعلام طبقا لما سبق الإشارة إليه، حيث تمدد المدة إلى 12 شهرا ولا تعود إلى الأصل العام وهو 14 يوما إلا إذا نفذ المهني التزامه خلال فترة التمديد، وبالتالي يبدأ سريان 14 يوما من اليوم الذي يقوم فيه المهني بتنفيذ التزامه بالتبصير اللاحق عن العقد(2).

1- v. art 221-18 code consommation Français: « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25.

Le délai mentionné au premier alinéa court à compter du jour :

1° De la conclusion du contrat, pour les contrats de prestation de services et ceux mentionnés à l'article L.221-4

2° De la réception du bien par le consommateur ou un tiers, autre que le transporteur, désigné par lui, pour les contrats de vente de biens. Pour les contrats conclus hors établissement, le consommateur peut exercer son droit de rétractation à compter de la conclusion du contrat».

2- v. art L. 221-20 code consommation Français.

والجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي اعتبر الحق في العدول من النظام العام، حيث وضع قاعدة آمرة مفادها أنه لا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المستهلك في العدول عن العقد ويقع باطلا كل شرط يقضي بذلك[1]، ولكن من جهة أخرى نرى إمكانية الاتفاق على الزيادة في هذه المدة كأن يتفق الطرفان على جعلها لمدة أطول، وبالتالي فهي في صالح المستهلك وتخدم مصلحته.

هذا وقد نص المشرع المصري بمقتضى المادة 19 من مشروع قانون تنظيم أحكام التجارة الإلكترونية على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام الضمان القانونية والاتفاقية، يجوز للمستهلك أن يفسخ العقد المبرم إلكترونيا خلال الخمسة عشرة يوما التالية على تاريخ تسلمه للسلعة أو من تاريخ التعاقد على تقديم الخدمة وذلك بدون حاجة إلى تقديم أي مبررات"، ومن جهته قرر الفصل 30 من قانون المبادلات التجارة الإلكترونية التونسي أن يكون للمستهلك العدول عن الشراء في أجل 10 أيام عمل تحسب بالنسبة للسلع من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك، وبالنسبة للخدمات بداية من تاريخ من إبرام العقد.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فيلاحظ أنه بالرغم من إقراره لحق العدول بموجب تعديله للقانون 09-03 إلا أنه لم يحدد المدة التي يتعين على المستهلك ممارسة هذا الحق خلاله، واكتفى بالنص في المادة 19/4 منه على أنه "تحدد شروط وكيفيات ممارسة الحق في العدول وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية عن طريق التنظيم"، إلا أن نص التنظيم لم يصدر بعد، لذلك نأمل من المشرع الجزائري الإسراع في إصداره

2/ أن يمارس المستهلك حقه في العدول في نطاق العقود التي تجيز له ذلك

الأصل أن كل العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت بين المستهلك والمحترف يسري عليها حق المستهلك في العدول، ولكن ضمانا للتوازن العقدي وعدم الإضرار بمصلحة المحترف استثنت النصوص التشريعية بعض العقود من نطاق الحق في العدول، فلا يجوز للمستهلك ممارسة هذا الحق فيها.

1 -v.art L. 242-3 code consommation Français: « Est nulle toute clause par laquelle le consommateur abandonne son droit de rétractation défini à l'article L. 221-18 ».

وإن كان المشرع الجزائري لم يصدر النص التنظيمي الذي يُحدِد بمقتضاه قائمة المنتوجات المعنية بممارسة حق العدول[1]، إلا أن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي نجده وبموجب المادة 221- 28 من قانون الإستهلاك الفرنسي نص على طائفة من العقود لا يسري عليها الحق في العدول وتتمثل في:

- عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها بالكامل قبل نهاية فترة العدول بناء على موافقة صريحة مسبقة من طرف المستهلك، والتي يعبر فيها صراحة على أنه لا يريد ممارسة حقه في العدول.
- عقود السلع والخدمات التي تتحدد أسعارها تبعا لتقلبات أسعار الأسواق المالية، دون أن يكون للمحترف دخل في ذلك والتي تحدث أثناء فترة العدول.
- عقود السلع التي يتم تصنيعها وفقا لاشتراطات ومواصفات المستهلك والموجهة إليه شخصيا. - عقود السلع القابلة للفساد أو التلف بسرعة.
- عقود السلع التي تم فتحها من قبل المستهلك والتي لا يمكن إرجاعها لأسباب تتعلق بالنظافة وحماية الصحة.
- عقود السلع التي بعد تسليمها وبحكم طبيعتها يتم خلطها مع عناصر أخرى بطريقة لا يمكن فصلها.
- العقود المتعلقة بتوريد الكحول والتي يتأخر تسليمها إلى ما بعد 30 يوما، والتي تخضع أسعارها لتقلبات السوق والخارجة عن سيطرة المحترف.
- أعمال الصيانة والإصلاح التي تتم على وجه السرعة في منزل المستهلك بناء على طلبه الصريح في حدود ما تتطلبه من قطع الغيار والأعمال الضرورية التي تستجيب لحالة الطوارئ.
- العقود الواردة على التسجيلات السمعية والبصرية وبرامج الكمبيوتر، شرط أن يكون المستهلك قد نزع الغلاف الخاص بها (أي فض العبوة).
- العقود الواردة على الصحف والمجلات الدورية باستثناء عقود الاشتراك في هذه المنشورات. - العقود المبرمة في المزاد العلني.

1 - أنظر المادة 4/19 من القانون 09-03.

- خدمات الإستضافة، التسكين، النقل، الإطعام والترفيه التي تقدم في وقت محدد أو خلال فترة دورية محددة.

- توريد المحتوى الرقمي الذي لا يحتوي على وسيط ملموس، والذي يتم تنفيذه بناءً على موافقة صريحة مسبقة من المستهلك مع تنازله صراحة على ممارسة حقه في العدول.

من جهة أخرى –وكما سبقت الإشارة - فقد اعترف المشرع التونسي للمستهلك بحقه في العدول عن العقد، ولكنه أيضا لم يجعل ممارسة هذا الحق مطلقا وإنما أورد عليه استثناءات حددها الفصل 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي بقولها "مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية، لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

– عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك.

– إذا تم تزويد المستهلك بمنتوجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتوجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها.

– عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا.

– شراء الصحف والمجلات".

ثالثا: الأساس القانوني لحق المستهلك في العدول

انقسم الفقه بشأن تحديد الطبيعة القانونية لحق العدول إلى عدة اتجاهات:

1/ فكرة التعليق على الشرط كأساس قانوني للعدول

ذهب أنصار هذا الإتجاه إلى طرح فكرة الشرط كأساس قانوني للعدول عن العقد، فالشرط هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع[1]، وينقسم إلى قسمين وهما الشرط الواقف والشرط الفاسخ.

فالشرط الواقف هو الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام، أما إذا تخلف فالالتزام يعتبر كأنه غير موجود، وفي ذلك قضت المادة 206 ق م ج[2] بأنه "إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط، أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ الجبري ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه".

أما الشرط الفاسخ فهو الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام وعلى تخلفه وجود الالتزام، حيث نصت المادة 207 ق م ج[3] على أنه "يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه تعويض الضرر".

لكن القول بالشرط كأساس لعدول المستهلك الإلكتروني يستلزم منا تحديده فيما لو كان شرط تجربة أو شرط عربون، لنتمكن بعدها من الحكم على إمكانية عدّه أساساً قانونياً لممارسة حق العدول.

---

1 - تنص المادة 203 ق م ج أنه "يكون الإلتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل وممكن وقوعه".

2 - تقابلها المادة 268 ق م م التي تنص أنه "إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف، فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهري ولا للتنفيذ الاختياري، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه".

3 - تقابلها المادة 1/269 ق م م التي تنص على أنه "يترتب على تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام ويكون الدائن ملزما برد ما أخذه، فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجب عليه التعويض".

أ. فكرة شرط التجربة

تبنى بعض الفقهاء فكرة شرط التجربة كأساس للعدول، واعتبروا أن العدول ما هو في الحقيقة إلا شرط التجربة، يتيح للمشتري الرجوع عن البيع بعد تجربة المبيع ووجده غير ملائم، فإن الأمر نفسه بالنسبة لعدول المستهلك عن العقد، ومن ثمّ ليس هناك اختلاف بين النظامين إلا في أمر واحد وهو أن شرط التجربة مصدره الاتفاق في حين أن خيار العدول مصدره القانون.

فالبيع بشرط التجربة يُعرف بالاتفاق الذي يقع بين البائع والمشتري حول تمكين الأول للثاني من التأكد من مطابقة المبيع للغرض المعد له أو التأكد من مطابقته لرغباته خلال مدة معينة مصرح بها في العقد أو ضمنية تستفاد من طبيعة الشيء المبيع أو من ظروف التعامل أو العرف، والتي قد تقصر كما في حالة تجربة الألبسة وقد تطول كما في حالة تجربة المنزل (بن زايدي، 2014 - 2015، صفحة 20).

وفي هذا تقضي المادة 355/1 ق م ج بأنه "في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه، وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فإذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا".

واعتبرت المادة 355/3 ق م ج[1] شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ.

ويقتضي شرط التجربة أن "يبقى المال مملوكا طول مدة التجربة للبائع، وهو الذي يتحمل –في الأصل العام - تبعة هلاكه، إذ لا يعقل أن تتجه نية المشتري إلى تحمل الالتزامات الناشئة عن العقد قبل أن يعلن رغبته في المبيع بعد إجراء التجربة، إلا أن هذه القاعدة ليست آمرة وبالتالي يستطيع أطراف الإتفاق

1 - أنظر في نفس المعنى المادة 421/2 ق م م التي تنص على أنه "ويعتبر قبول البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف هو قبول المبيع إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ".

v. aussi art. 1588 code civil Français Dernière modification le 01 octobre 2018: « La vente faite à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive ».

مخالفتها واعتبار التجربة مجرد شرط فاسخ ليس إلا، فيتم إبرام العقد بمجرد تبادل الرضا وقبل إتمام عملية التجربة، مع تقرير حق المشتري في فسخ العقد إذا لم يقتنع بنتيجة التجربة، لهذا تمّ تشبيه خيار الرجوع في التعاقد بشرط التجربة في البيع" (ازغيب، 2016، صفحة 409).

إلا أنه لا يمكن الأخذ بفكرة شرط التجربة كأساس للعدول "وذلك راجع لسببين، أما الأول فهو أن الغرض من شرط التجربة أن يتأكد المشتري إما لما أعد له، وبالتالي يكون لسببين، أما الأول فهو أن الغرض من شرط التجربة أن يتأكد المشتري إما من صلاحية المبيع لما يريده منه، أو عدم ملاءمته لما أعد له، وبالتالي يكوت للمشتري بعد التجربة أن يقرر إما إمضاء العقد أو فسخه، أي أن شرط التجربة لا يمنع من انعقاد العقد، وإنما يوقف ترتيب آثاره إن كان الشرط واقفا، أو يجعلها قابلة للزوال إن كان فاسخا.

في حين أن الغرض من إقرار حق الرجوع هو إعطاء المستهلك مهلة للتروي والتدبر في شأن العقد، والذي يُمكن أن يكون أصدر قبوله به عن تسرع وعدم رؤية دون أن تتاح له فرصة تجربة المبيع أو محل العقد، وبعد التروي والتدبر في المدة المحددة يكون له أن يقرر إتمام التعاقد أو الرجوع عنه.

أما السبب الثاني فإن المشتري بعد تجربة المبيع له أن يفسخ العقد إذا وجد المبيع غير مناسب له من الناحية الشخصية أو من الناحية الموضوعية، وإذا رفضه وفسخ العقد لأسباب موضوعية أمكن إقامة رأي الخبراء مقام رأي المشتري، ومن ثمّ أمكن مساءلة المشتري عن تعويض البائع عما قد يصيبه من أضرار نتيجة رفضه المبيع، غير أن اللاجوع عن التعاقد هو مجرد إرادة أو مشيئة لا تخضع للرقابة أو التسبيب، فلا يسأل المستهلك عن تعويض المتعاقد الآخر إن هو رجع عن" (براك دايح، 2005، صفحة 174)، فهو حق مقرر للمستهلك دون أن يبدي أن أسباب نتيجة ممارسته لهذا الحق.

ب. فكرة شرط العربون

يؤسس بعض الفقهاء العدول بناءً على فكرة شرط العربون، وذلك لوجود تشابه بين النظامين، "فكلاهما يهدفان إلى إعطاء المتعاقد مدّة إضافية من أجل التروي والتفكير، ويمارسان بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف دون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر أو اللجوء إلى القضاء" (ازغيب، 2016، صفحة 414).

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام العربون في المادة 72 مكرر ق م ج التي تنص على أنه "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك.

فإذا عدل من دفع العربون فقده وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر"[1]، وهذا الحكم نفسه نجده مكرسا في القانون الفرنسي بموجب المادة 1590 ق م ف[2]، والذي طبقه أيضا في قانون الإستهلاك بموجب المادة 214-1 التي نصت على أنه "ما عدا حالة وجود شرط مخالف، فالمبلغ المدفوع مسبقا في عقد بيع سلع أو تقديم خدمات بين المهني والمستهلك يسمى عربونا في مفهوم المادة 1590 ق م ف

وفي هذه الحالة يحق لكلا المتعاقدين العدول عن إلتزامه، فإذا عدل المستهلك خسر العربون، وإذا عدل المهني رده مضاعفا"[3].

ويتضح من النصوص أن المشرع أعطى للمتعاقدين حق نقض العقد، ورتب على ذلك جزاء يتمثل في استحقاق العربون أو ضعفه تبعا لمن استعمل حق العدول، وإن كان هذا الأمر يبرز التشابه بين العدول التشريعي والعربون المستحق في حالة العدول الإتفاقي، إلا أنه مع ذلك لا يمكن التعويل على فكرة العربون كأساس للعدول، "ذلك أن الفرق الجوهري بين النظامين لا يكمن في المقابل الذي يدفعه من يرجع عن التعاقد ومن يحدد هذا المقابل، وإنما فيما

1- تبنى المشرع المصري الأحكام نفسها بنص المادة 103 ق م م "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضي الاتفاق بغير ذلك.

فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".

2 - art. 1950 code civil Français « Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir,

Celui qui les a données, en les perdant,

Et celui qui les a reçues, en restituant le double ».

3 - v. art. L. 214-1 code consommation Français « Sauf stipulation contraire, pour tout contrat de vente ou de prestation de services conclu entre un professionnel et un consommateur, les sommes versées d'avance sont des arrhes, au sens de l'article 1590 du code civil.

Dans ce cas, chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double ».

يشكله الرجوع التشريعي من انتهاك لمبدأ القوة الملزمة للعقد، في حين أن عربون الرجوع لا يتضمن مثل هذا الانتهاك مادام الأمر يتقرر بموجب اتفاق الطرفين" (براك دايج، 2005، صفحة 176)، ذلك أنّ خيار العدول مصدره القانون ويتقرر دائما لمصلحة المستهلك في حين أن العربون مصدره الإتفاق ويتقرر لمصلحة الطرفين البائع والمشتري، وعلى ذلك يمكن اعتبار العربون وسيلة من وسائل الضغط على المشتري لقبول التعاقد حتى ولو لم يكن مقتنعا به، في حين أن العدول وسيلة استحدثت من أجل تدعيم الحماية التي يتمتع بها المستهلك.

ضف إلى ذلك أن العدول القانوني هو خيار انفرادي للمستهلك فرضه المشرع بموجب قواعد آمرة لا يجوز الإتفاق على مخالفتها، وبمقتضاه يحق للمستهلك ممارسة حقه في العدول دون أن يبدي أي أسباب ودون أن يخضع لرقابة القاضي، ودون أن يلتزم بدفع أي مقابل مالي أو تعويض باستثناء مصاريف إرجاع السلعة، فهو لا يفقد أي جزء من ثمن السلعة أو الخدمة المقدمة، في حين أن المشتري يفقد العربون إذا عدل عن التعاقد.

ومما تقدم نستطيع أن نخلص إلى القول أنه لا يمكن الإعتماد على فكرة الشرط كأساس قانوني للعدول لاختلاف الآثار القانونية التي تترتب على الشرط عن تلك التي تترتب عن العدول، كما أن الشرط هو عبارة عن وصف يلحق يلحق الالتزام في رابطة المديونية، ولا ينصب على الالتزام أو العقد برمته.

وعليه لا يمكن التسليم بفكرة الشرط كأساس قانوني للعدول عملا لأحكام المادة 205 ق م ج التي تنص على أنه "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الإلتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم"(1).

ولا شك أن عدول المستهلك عن العقد هو حق إرادي محض، ومع ذلك لا يترتب عليه بطلان العقد كما هو الحال بالنسبة للالتزام المعلق على شرط واقف الذي رتب المشرع عليه البطلان طبقا للمادة 205 ق م ج السالفة الذكر.

1 - تقابلها المادة 267 ق م م التي تنص أنه "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم".
v. le même sens art. 1304-2/1 code civil Français: « Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur ».

2/ فكرة التعاقب في تكوين العقد كأساس قانوني للعدول

ذهب جانب من الفقه الفرنسي (Solange MIRABAIL, 1997, p. 121) إلى الاستناد على فكرة التكوين التدريجي للعقد كأساس لممارسة المستهلك حق العدول، فالعقد حسبهم لا ينعقد بصورة فورية ونهائية بل يمر في تكوينه بمرحلتين متتابعتين تمتدان من حيث الزمن، فالمرحلة الأولى يعبر المستهلك بمقتضاها عن رضا أولي يمهد لانعقاد العقد، وهذه المرحلة لا تكفي لتمام العقد، ذلك أن المستهلك الإلكتروني قد يتسرع في إبرام العقد لاعتبارات معينة، فقد ينجذب وراء الإعلانات المضللة والتي تدفعه إلى إبرام عقد حول سلعة أو خدمة حتى ولو لم يكن بحاجة إليها، لذلك منحه المشرع مهلة معينة تبدأ من تاريخ التسليم ليتمكن من إعادة النظر في المبيع، وبعد انقضائها يكتمل الوجود القانوني للعقد ويصبح نهائيا، أما قبل ذلك فالعقد يكون مهددا بالزوال.

تأسيسا لذلك فإن ممارسة حق العدول خلال المهلة المحددة لا يتعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، ذلك أن وجوده القانوني لم يكتمل بعد.

في الحقيقة هذا الرأي غير سديد لأنه يخلط بين حق التفكير وخيار الرجوع عن التعاقد، إذ أن هذا الوصف ينطبق على حق التفكير وليس خيار العدول، فإذا كانت فترة التفكير تهدف إلى الاستيثاق من رضا المستهلك بصورة سابقة على إبرام العقد من خلال منحه فرصة التروي والتفكير في شأن العقد قبل أن يقدم على إبرامه، فإن مدة الرجوع (العدول) تهدف –على العكس - إلى التأكد من رغبة المستهلك في الإستمرار في العقد الذي أقدم على إبرامه والتأكد من أن قبوله بالعقد الذي عبر عنه ابتداءً قد أصبح جازما لا رجعة فيه بناءً على إرادة حرة ومستنيرة، ومن ثمّ فإن كلاً من فترتي التفكير والرجوع تلعب دورا معاكسا في ضمان رضا المستهلك بالعقد، فالأولى تعمل على ضمان رضاه قبل الإقدام على إبرام العقد، بينما تعمل الثانية على ضمان ترسخ رضاه بالعقد الذي قام بإبرامه (ازغيب، 2016، صفحة 413).

ويؤخذ على هذا الرأي إنكاره لإبرام العقد بمقتضى الرضا الأول والذي يتطابق فيه الإيجاب والقبول لطرفي العقد، وهذا يتعارض مع ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، وبذلك لا يمكن الاستناد عليه كأساس قانوني للعدول.

3/ فكرة العقد غير النافذ كأساس قانوني للعدول

يذهب أصحاب هذا الإتجاه في الفقه بأنه لا بد من التفريق بين إبرام عقد صحيح ونفاذه، وبالتالي فالعقد الذي يتضمن منح خيار للمستهلك بأن يعدل خلال مدة معينة هو عقد غير نافذ وليس له قوة الإلزام، وعليه يحق للمستهلك بإرادته المنفردة الرجوع فيه، وفي هذا نستطيع أن نوفق بين القوة الملزمة للعقد وبين إمكانية المستهلك في الرجوع عن التعاقد، ذلك أن القوة لا تثبت إلا للعقود النافذة اللازمة، وعقود الإستهلاك لا تكون لازمة للمستهلك ومن ثم لا تثبت لها القوة الملزمة للعقد (براك دايح، 2005، صفحة 176).

تأسيسا لذلك فإن العقد يكتسب النفاذ والفاعلية وقوة الإلزام إذا مرت المدة المقررة دون أن يمارس المستهلك حقه في العدول، أما إذا مارس خيار العدول خلال المدة المحددة فإن العقد ينتهي.

ويؤكد مؤيدو هذا الرأي أنه بعد مرحلة إنعقاد العقد لا بد من الحديث عن إضفاء صفة عدم النفاذ أو وصف عدم اللزوم لكون آثار العقد موقوفة إلى حين تأكيد المستهلك لرضاه في نهاية مدة الخيار، أو كانت نافذة إلى حين عدول المستهلك عن رضاه قبل نهاية مدة الخيار، ففي الحالة الأولى يمكن القول بوجود عقد غير نافذ بين الأطراف إلى حين التأكيد من قبل المستهلك، ولكن في الحالة الثانية يكون العقد منعقدا ويمنح المشتري مكنة العدول، وعندها يكون العقد النافذ غير لازم بشكل يسمح له بفسخ العقد خلال مدّة الخيار (ازغيب، 2016، صفحة 418).

وإذا كان هذا الرأي يقدم تصورا مقبولا -نوعا ما - فيما يتعلق بالإلتزامات التي لم تنفذ بعد، إلا أنه عجز عن تقديم سند أو أساس قانوني للإلتزامات التي تم تنفيذها، فمثلا التصرف في الوصية موجود ويستطيع الموصي أن يرجع عنها طالما هو على قيد الحياة وبالتالي تبقى غير نافذة وأن نفاذها لا يتحقق إلا بعد وفاة الموصي، ولكن العدول عن العقود المبرمة عن بُعد يجري في الغالب بعد تنفيذ المحترف التزاماته كلها ومن ضمنها التسليم، فأين هو عدم النفاذ (ازغيب، 2016، صفحة 419).

وعلى هذا فإن أياً من الآراء التي طرحت لبيان الأساس القانوني للرجوع عن التعاقد لم تسلم من النقد، والأساس الذي نراه للعدول القانوني عن التعاقد هو

النص التشريعي الذي أعطى للمستهلك خيار الرجوع، فالقوة الملزمة للعقد تثبت للعقود الصحيحة النافذة، ما لم يقرر المشرع أو الاتفاق خلاف ذلك، وفي عقود الاستهلاك قضى المشرع بخلاف المبدأ الذي يثبت القوة الملزمة للعقد، حيث أعطى للمستهلك مكنة العدول استثناءً من المبدأ العام لاعتبارات رآها جديرة بالخروج على هذا المبدأ، فكون المستهلك في مركز تعاقدي ضعيف من الناحية الفعلية مع المتعاقد الآخر، وليس في النظرية العامة للعقد ما يشفع لهذا المستهلك في حماية مصالحه، ولم يجد بدا إلا الخروج على القواعد العامة في نظرية العقد ويقرر حكاية المستهلك، لذا فإن أساس العدول القانوني عن التعاقد هو كونه استثناءً من مبدأ القوة الملزمة للعقد (براك دايح، 2005، صفحة 177).

المحور الثاني: الإطار الإجرائي لممارسة حق العدول

إن الهدف من تقرير حق العدول أو الرجوع عن العقد هو حماية رضا المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية، حيث قد تدفعه أساليب الدعاية والإغراءات عبر شبكة الإنترنت إلى إبرام العقد الإلكتروني دون أن يعاين محله معاينة مادية، وبذلك منح حق العدول قصد منحه مهلة إضافية للتفكير والتروي والتدبر في أمر العقد الذي أبرمه، من أجل ذلك مُنح للمستهلك حقه في العدول عن العقد يمارسه بإرادته المنفردة دون الرجوع إلى القضاء، وبغض النظر عن موقف المهني ودون حاجة لتبرير قراره أو بيان البواعث التي تدفعه لذلك.

وحيث أن حق المستهلك في العدول عن العقد هو حق تقديري، فإن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تلعب أي دور يقيد حق المستهلك المطلق في العدول، فهو غير ملزم بأن يعرض على المهني الأسباب التي دفعته إلى العدول ولا يملك المهني إجباره على ذلك (التهامي، 2008، صفحة 337).

واستنادا إلى نص المادة 221-21 من قانون الاستهلاك الفرنسي، يتعين على المستهلك إبلاغ المهني أو المحترف بقراره في العدول عن العقد في خلال المدة

المحددة، بإرساله نموذج العدول المحدد في المادة 221-5 أو بأي بيان آخر لا لبس فيه يعرب فيه عن رغبته في العدول عن العقد[1].

ومن خلال المادة يلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يشترط شكلا خاصا لتعبير المستهلك عن رغبته في العدول عن العقد الذي سبق إبرامه، وبالتالي أجاز له أن يعبر عن هذه الرغبة إما بإرساله نموذج العدول أو بأية وسيلة أخرى كإرساله لرسالة إلكترونية أو غير ذلك، ويقع على المستهلك عبء إثباته أنه مارس حقه في العدول[2].

أما إذا انقضت مهلة العدول دون أن يمارسه المستهلك، فإن صفة اللزوم تلحق بالعقد ويصير باتا واجب التنفيذ كاملا بين طرفيه، ولا يكون للمستهلك الإنفراد بالرجوع في التعاقد مرة أخرى، وإن كان ذلك لا يمنعه من الاستفادة بالقواعد العامة في القانون المدني والخاصة بضمان العيوب الخفية[3]، أو الاستفادة من أحكام الضمان القانوني المنصوص عليها في المادة 13 من القانون 09-03 المعدل والمتمم[4]، أو المطالبة ببطلان العقد نتيجة لتوافر أحد عيوب الإرادة، فعدم الاستفادة من الحماية الخاصة التي قررها القانون للمستهلك لا تمنعه من الاستفادة من الحماية المقررة في القواعد العامة (التهامي، 2008، صفحة 342).

وهذا الأمر يستقيم مع موقف المشرع الجزائري الذي تبناه بموجب المادة 23 من قانون التجارة الإلكترونية، والتي تنص على أنه "يجب على المورد الإلكتروني

1- art L.221-21/1code consommation Français:« Le consommateur exerce son droit de rétractation en informant le professionnel de sa décision de se rétracter par l'envoi, avant l'expiration du délai prévu à l'article L. 221-18, du formulaire de rétractation mentionné au 2° de l'article L. 221-5 ou de toute autre déclaration, dénuée d'ambiguïté, exprimant sa volonté de se rétracter ».

2- art L. 221-22 code consommation Français:« La charge de la preuve de l'exercice du droit de rétractation dans les conditions prévues à article L.221-21 pèse sur le consommateur ».

3 - نظم المشرع أحكام العيوب الخفية في المواد 379 -386 ق م.

4 - تنص المادة 13/3 من القانون 09 -03 المعدل والمتمم على أنه "يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته".

استعادة سلعته في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيباً

يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها أربعة (4) أيام عمل ابتداءً من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني

ويلزم المورد الإلكتروني بما يأتي: تسليم جديد موافق للطلبية أو إصلاح المنتوج المعيب أو استبدال المنتوج بآخر مماثل أو إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك بالتعويض في حالة وقوع ضرر

يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشرة يوما (15) من تاريخ استلامه المنتوج".

حيث يستفاد من المادة أن المشرع خول للمستهلك ممارسة حقه في إرجاع السلعة إذا كان هناك إخلالا من طرف المورد الإلكتروني ناتجا عن تسليمه منتوجا غير مطابقا أو معيبا، وقد سبق وأن أشرنا أن هذا الحق يختلف تماما عن حق العدول، وذلك بسبب أن المشرع ألزم المستهلك بإبرازه لسبب إرجاع السلعة، في حين أن حق العدول هو حق تلقائي ينتج للمستهلك دون إبدائه لأية مبررات، ودون أن يكون أي إخلال من جانب المستهلك، وهذا ما أكدته المادة 19/2 من القانون 09-03 المعدل والمتمم التي قضت أن "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب".

هذا مع ملاحظة أن المشرع وبالرغم من استحداثه لحق المستهلك في العدول عن العقد بعد إبرامه إلا أنه لم يحدد الإطار الإجرائي لممارسة هذا الحق واكتفى بالنص في المادة 19/4 منه على أنه "تحدد شروط وكيفيات ممارسة الحق في العدول وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية عن طريق التنظيم"، وهذا خلافا لبعض التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي والتونسي، لذلك نأمل من المشرع الجزائري أن يحدو حدو هذه التشريعات ويبين كيفية ممارسة حق العدول ونطاقه الموضوعي.

إذن استنادا إلى التشريعات المقارنة (الفرنسي والتونسي) فإنه بمجرد إبلاغ المستهلك رغبته في العدول عن العقد للمهني أو المحترف فإن ذلك يرتب آثارا بالنسبة لطرفيه.

أولا: آثار ممارسة الحق في العدول بالنسبة للمستهلك

إذا كان خيار العدول حق للمستهلك يمارسه وفقا لسلطته التقديرية، إلا أنه يتعين عليه ألا يكون متعسفا في استعماله (BAKER-CHISS, 2010, p. 196) حيث يترتب على ممارسة المستهلك لحق العدول خلال المدة المحددة انقضاء العقد المبرم بينه وبين المحترف، وينقضي بذلك كل عقد تابع أو ملحق به.

تبعا لذلك يلتزم المستهلك بإرجاع البضاعة إلى التاجر المحترف أو الشخص المعين من قبل هذا الأخير، دون تأخير لا مبرر له وعلى أبعد تقدير خلال 14 يوما من تاريخ إبلاغه بقراره في العدول[1].

ووفقا لنص المادة 221-18 من قانون الإستهلاك الفرنسي، فإن المستهلك لا يتحمل أية مصاريف أو تكاليف نتيجة ممارسته لحقه في العدول عن العقد، باستثناء المصاريف المحددة في المواد 221-23 إلى 221-25.

بناء عليه، إذا كان محل الإلتزام سلعة يلتزم المستهلك بدفع المصاريف لإعادتها، كمصروفات الشحن أو النقل[2]، أما إذا كان محل العقد خدمة فالقاعدة العامة تقضي أن المستهلك لا يلتزم برد أي شيء لأن الخدمة لم تنفذ بعد، ولكن إذا كان المهني أو المحترف قد باشر في البدء بتنفيذ الخدمة بناء على طلب صريح من المستهلك قبل نهاية فترة العدول، وبعدها أراد المستهلك ممارسة هذا الحق، يتعين عليه في هذه الحالة إعادة المصاريف التي تعادل قيمة الخدمة المؤداة، والتي يجب أن تتفق مع المبلغ الإجمالي للخدمة المتفق عليها في العقد[3].

والجدير بالذكر أنه ليس هناك ما يمنع أن يتفق المهني والمستهلك على عدم تحمل هذا الأخير لأية مصاريف ولا حتى مصاريف إعادة إرسال السلعة، وعلى أن يتحمل المهني لهذه المصاريف، فهذا الاتفاق يكون صحيحا على أساس

1 - v. art L. 221-23/1 code consommation Français.
2 - v. art L. 221-23/2 code consommation Français.
3 - v. art L. 221-25 code consommation Français.

أنه يمنح حماية للمستهلك أكبر من الحماية التي قررها القانون (التهامي، 2008، صفحة 342).

ومن جهته قرر المشرع التونسي في الفصل 30/3 تحميل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة، "وليس في هذا الحكم إجحاف بحق المستهلك إذ لا ينسب إلى التاجر خطأ أو إخلال بتنفيذ التزامه، لذا فليس من العدل إلزامه بنفقات إعادة السلعة، فالمستهلك هو من اختار العدول عن العقد وعليه أن يتحمل نفقات ذلك" (موفق حماد عبد، 2011، صفحة 245).

وهذا الموقف تبناه المشرع الجزائري أيضا بمقتضى المادة 19/3 التي جاء فيه "للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد ودون دفعه مصاريف إضافية".

إن عدم تحميل المستهلك أية مسؤولية أو مصاريف إضافية عدا مصاريف إعادة السلعة، دفع بعض الفقه إلى القول أن خيار العدول وبجانب كونه حق تقديري فهو حق مجاني أيضا (موفق حماد عبد، 2011، صفحة 245).

ثانيا: آثار ممارسة حق العدول بالنسبة للمحترف

عملا بأحكام الفصل 30/2 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، يتعين على البائع أو المحترف إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة.

حيث يترتب على ممارسة حق العدول من طرف المستهلك أن يلتزم المحترف بإرجاع المبلغ الذي تسلمه من المستهلك خلال 10 أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة.

أما التوجيه الأوروبي رقم 97-07 فقد منح بمقتضى المادة 06/2 منه المحترف مهلة أقصاها 30 يوما من تاريخ استعمال حق العدول، يلتزم خلالها برد المبالغ المدفوعة له من قبل المستهلك.

وبرجوعنا للتشريع الفرنسي نجده وبموجب المادة 221-24/1[1] ألزم المهني برد المبلغ الإجمالي بما في ذلك رسوم التسليم دون تأخير لا مبرر له، وكأقصى تقدير خلال 14 يوما من تاريخ إبلاغه بقرار المستهلك في العدول[1].

1- v. art L. 221-24/1 code consommation Français « Lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel rembourse le consommateur de la totalité des

فإذا تأخر المحترف عن رد هذه المبالغ فإنه يلتزم بدفع الفوائد القانونية تحتسب تماشيا مع مدة التأخير(ب)، فضلا على تعرضه للعقوبات الإدارية التي يتم معاينتها والتحقق منها من قبل الجهات المنوط بها التحقيق في مجال المنافسة والإستهلاك، وبالتالي إذا تقاعس المهني عن تنفيذ التزاماته المترتبة عن ممارسة حق المستهلك في العدول، فإنه يتعرض لعقوبة إدارية لا تتجاوز 15000 أورو بالنسبة للشخص الطبيعي، ولا تتجاوز 75000 أورو بالنسبة للشخص المعنوي(ت).

من جهة أخرى تقضي المادة 06/4 من التوجيه الأوروبي رقم 97-07 أنه[4] "تنص الدول الأعضاء في تشريعاتها على ما يلي:

sommes versées, y compris les frais de livraison, sans retard injustifié et au plus tard dans les quatorze jours à compter de la date à laquelle il est informé de la décision du consommateur de se rétracter ».

1 - أنظر المادة 221-24/2 التي تعطي للتاجر أو المهني الحق في حبس الثمن حتى يسترد البضاعة أو حتى يزوده المستهلك بمستند يثبت شحنه للبضاعة، ولا شك في هذا الحكم نلتمس فيه تطبيقا للقواعد العامة الواردة في القسم الثاني من القانون المدني الجزائري المعنون بالحق في الحبس طبقا للمواد 200 -202 ق م ج.

2 - v. art L. 242-4 code consommation Français.

3 - v. art L. 242-13 code consommation Français: « Tout manquement aux dispositions des articles L. 221-18 à L. 221-28 encadrant les conditions d'exercice du droit de rétractation reconnu au consommateur, ainsi que ses effets, est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 15 000 euros pour une personne physique et 75 000 euros pour une personne morale ».

4 -Art. 6/4 Directive 97-07 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance «Les États membres prévoient dans leur législation que:

-si le prix d'un bien ou d'un service est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé par le fournisseur ou

-si ce prix est entièrement ou partiellement couvert par un crédit accordé au consommateur par un tiers sur la base d'un accord conclu entre le tiers et le fournisseur,

le contrat de crédit est résilié, sans pénalité, lorsque le consommateur exerce son droit de rétractation conformément au paragraphe 1.

Les États membres déterminent les modalités de la résiliation du contrat de crédit».

- إذا كان سعر السلعة أو الخدمة مغطى كليا أو جزئيا بائتمان منح من المورد أو

- إذا كان السعر مغطى بالكامل أو جزئيًا بواسطة ائتمان يمنح للمستهلك من قبل طرف ثالث على أساس اتفاق مبرم بين الطرف الثالث والمورد

يتم إنهاء اتفاقية الائتمان، دون عقوبة، عندما يمارس المستهلك حقه في الانسحاب وفقًا للفقرة 1.

تحدد الدول الأعضاء شروط إنهاء اتفاقية الائتمان".

وقد اهتدى المشرع الفرنسي بهذه الأحكام الواردة في التوجيه الأوروبي، حيث تبنى تبعية العقد الثانوي وهو عقد الإئتمان للعقد الرئيسي وهو عقد الإستهلاك قياسا على قاعدة الفرع يتبع الأصل، وعلى ذلك إذا استعمل المستهلك حقه في العدول عن العقد فإن ذلك يستتبع مباشرة انقضاء عقد الإئتمان التابع له دون أن يتحمل المستهلك أي مصاريف أو يلتزم بأية تعويضات(1).

والحكم نفسه تبناه المشرع التونسي في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية في الفصل 33 منه حيث نص على أنه "إذا كانت عملية الشراء ناتجة كليا أو جزئيا عن قرض ممنوح إلى المستهلك من قِبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع والغير، فإن عدول المستهلك عن الشراء يفسخ عقد بدون تعويض".

وهكذا يلاحظ أن المشرع التونسي تبنى مبدأ الارتباط العقدي بين العقد الرئيسي وعقد الائتمان، فرتب على رجوع المستهلك عن عقد الشراء أن يتبعه فسخ عقد القرض أيضا (بن جديد، 2014، صفحة 98)، وبذلك يكون المشرع قد نظر إلى العقدين، العقد المبرم عن بعد والعقد المبرم تمويلا له، بأنهما كلاً لا يتجزأ،

1 - v. art L. 224-88 code consommation Français : « Lorsque le paiement du prix est acquitté en tout ou partie à l'aide d'un crédit accordé au consommateur par le professionnel ou par l'intermédiaire d'un tiers, l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation du contrat d'utilisation de biens à temps partagé, du contrat de produit de vacances à long terme, de revente ou d'échange emporte la résiliation de plein droit, sans frais ni indemnité, du contrat de crédit ».

فقرر أن زوال الأصلي منها يستتبع زوال التابع، فالمشتري لم يبرم عقد القرض إلا لتمويل شراء المنتوج أو الاستفادة من الخدمة فإذا تمسك بحقه في العدول فلا يبقى مجالا للقرض (عجالي، 2017، صفحة 355).

الخاتمـــة

ضمانا لتحقيق التوازن العقدي كرس المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة حق المستهلك في العدول عن العقد بعد إبرامه، باعتباره حقا تقديريا محضا للمستهلك يمارسه بإرادته المنفردة ومن غير إبدائه أية أسباب ودون أن يخضع لرقابة القضاء ولا أن تترتب عليه أية مسؤولية.

ويعتبر حق العدول حقا مؤقتا ومجانيا لا يتحمل فيه المستهلك نتيجة ممارسته في المدة القانونية أية مسؤولية أو أعباء مالية، باستثناء المصاريف التي يلتزم بها نتيجة رده للمنتوج.

هذا وإن كان تقرير حق المستهلك في العدول عن العقد يشكل مساسا بالقوة الملزمة للعقد الإلكتروني، إلا أننا نراه مدعما للحماية المقررة المستهلك الإلكتروني، والذي قد يقدم على إبرام عقده متأثرا بوسائل الدعاية والإعلان وتحت ضغط إغراءات وتسهيلات البائع، ودون أن تتاح له فرصة تجربة المبيع أو معاينته معاينة مادية، مما قد ينتج عنه إبرامه لعقد لا يتفق مع رغباته.

ومن خلال هذه الدراسة استطعنا أن نصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نجملها في الآتي:

1/ خطى المشرع الجزائري خطوة إيجابية عندما اعترف بحق المستهلك في العدول، وإن كانت هذه الخطوة جاءت متأخرة لم يتبناه المشرع إلا بمناسبة تعديله للقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

2/ يعاب على المشرع الجزائري أنه أفرد مادة واحدة وهي المادة 19 من القانون 09-03 المعدل والمتمم، لينظم بمقتضاها حق العدول، دون أن يحدد إجراءاته أو المدة التي يتم فيها ممارسة هذا الحق، ودون أن يحدد قائمة.

3/ باعتبار أن حق المستهلك في العدول هو حق تقديري محض، فحتى لا يصطدم بنظرية التعسف في استعمال الحق، ولا تتحول حماية المستهلك إلى ذريعة للإضرار بالمهني، ننبه المشرع الجزائري أن يحدو حدو المشرعين

الفرنسي والتونسي ويسارع بإصداره النصوص التنظيمية التي تضبط ممارسة حق العدول ويقيده بمجال زمني أي يحدد المدة التي يسري فيها ممارسة حق العدول ضمانا لاستقرار المعاملة العقدية، مع ضرورة ضبطه بمجال موضوعي يمارس فيه (أي تحديد المنتوجات والخدمات التي يسري في نطاقها حق العدول).

4/ من خلال استقرائنا لقانون التجارة الإلكترونية الجزائري رقم 18-05 يلاحظ أن حق المستهلك في إعادة المنتوج والذي قررته المادة 23 لصالح المستهلك، يختلف تماما عن حق العدول المقرر بموجب المادة 19 من القانون 09-03، ذلك أن حق العدول يكون تلقائيا ودون إبداء أية مبررات من طرف المستهلك ودون وجود أي إخلال بالتزام من جانب المتعاقد الآخر، وتكون نفقات إعادة البضائع على عاتق المستهلك، في حين أن الحق في إعادة المنتوج المنصوص عليه في قانون التجارة الإلكترونية يفرض على المستهلك الإلكتروني تحديد سبب رفض المنتوج، ويفترض إخلال بالتزام من جانب المورد الإلكتروني وهو إما تسليمه لغرض غير مطابق أو منتوج معيب، وتقع عليه تحمل نفقات إعادة المنتوج.

5/ نسجل أن الحماية المقررة للمستهلك من خلال حقه في العدول عن العقد هي حماية خاصة، وعليه فإن سقوط الحق في العدول نتيجة انقضاء المهلة لا يلغي على المستهلك حقه في الإستفادة من الحماية العامة المقررة وفقا للقواعد العامة في القانون المدني الخاصة بضمان العيوب الخفية أو عيوب الإرادة إذا تبين ان إرادته كانت معينة.

6/ نوصي المشرع الجزائري بضرورة استحداث نصا ينظم حق العدول الالكتروني إما في قانون التجارة الإلكترونية، أو في قانون مستقل خاص بالمستهلك الإلكتروني.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1/ الكتب

- بشار محمود دودين (2006)، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.

- سامح عبد الواحد التهامي (2008)، التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانوني، المحلة الكبرى، مصر.

- كوثر سعيد عدنان خالد (2012)، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.

- موفق حماد عبد (2011)، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت.

2/ المقالات

- بخالد عجالي (2017)، حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 04.

- بن جديد فتحي (2014)، حق المشتري في التراجع عن تنفيذ العقد المبرم عن بعد، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي غليزان، العدد 04.

- سليمان براك دايح (2005)، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الإستهلاك، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الإستهلاك، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد 14.

- محمد يونس (2016)، حق المستهلك في العدول عن العقد كوسيلة للحماية المدنية اللاحقة للمستهلك في قوانين الإستهلاك، أكاديمية شرطة دبي.

3/ الرسائل الجامعية

-أحمد شهاب ازغبيب (2016)، حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر.

- بن زادي نسرين (2014 -2015)، حماية المستهلك من خلال الإلتزام بالضمان، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.

4/ النصوص القانونية

- القانون رقم 09 -03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، (ج. ر. ع. 15).

- قانون 18 -09 المؤرخ في 10 يونيو 2018 يعدل ويتمم القانون 09 -03 (ج. ر. ع. 35)

- قانون 18 -05 المؤرخ في 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج. ر. ع. 28.

- الأمر 75 -58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

- القانون رقم 131 لسنة 1948 المؤرخ في 16 يوليو 1948 المتضمن إصدار القانون المدني المصري.

- مشروع قانون تنظيم أحكام التجارة الإلكترونية المصري.

-قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي 83 لسنة 2000 المؤرخ في 2000/08/09.

ثانيا: المراجع باللغة الأجنبية

/ Les Ouvrages1

-carla BAKER-CHISS (2010), *Le droit de rétractation du contrat électronique*, publier dans L'Acquis communautair- le contral électronique, Judith Rochfeld (dir), Economica, 2010.

- Solange MIRABAIL (1997), *la rétractation en droit privé français*,thèse, L.G.D.J, paris.

/ Les Lois et les textes législatifs2

- 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.

code consommation Français Dernière modification le 10/11/2019. - Dernière modification le 01 octobre 2018. Français code civil-