



ⵜⴰⵎⴰⵎⴰⵔⵜ ⴰⵎⴰⵔⴰⵏ ⴰⵎⴰⵔⴰⵏ ⴰⵎⴰⵔⴰⵏ ⴰⵎⴰⵔⴰⵏ
ⴰⵎⴰⵔⴰⵏ ⴰⵎⴰⵔⴰⵏ ⴰⵎⴰⵔⴰⵏ ⴰⵎⴰⵔⴰⵏ ⴰⵎⴰⵔⴰⵏ

مركز الدراسات في الدكتوراه: العلوم القانونية والسياسية

مختبر البحث: القانون الخاص ورهانات التنمية

أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص

في موضوع:

حماية مستهلكي الخدمات البنكية

تحت إشراف الأستاذ:

فؤاد معلال

إعداد الطالب الباحث:

فاتح كمال

لجنة المناقشة:

رئيسا

د. فؤاد معلال أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس

ومشرفا

عضوا

د. احمد كويسي أستاذ التعليم العالي سابقا بكلية الحقوق بفاس

مقررا

د. عبد الرحيم شميعة أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بمكناس

مقررا

د. عبد الرحيم السلماني أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس

مقررا

د. عبد القادر قرموش أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بفاس

السنة الجامعية : 2021/2020

شكر

أتقدم بأصدق مشاعر الامتنان الى المشرف على هذه الأطروحة، طيلة هذه السنوات الطوال، أستاذي الدكتور أحمد كويسي على المواكبة وملاحظاته المنهجية والموضوعية قبل تقاعده، مما سمح لي بإتمام هذا العمل.

أشكر كذلك أستاذي الدكتور نور الدين توجكاني، على عنايته ونصائحه المنهجية المفيدة طيلة سنوات ما قبل تقاعده، وعلى تجشمه عناء قراءة ومناقشة هذا العمل، بعد تقاعده.

أشكر أستاذي الدكتور فؤاد معلال الذي تكرم بترأس لجنة المناقشة وتقييم هذه الأطروحة ومناقشتها.

أتقدم أيضا بجزيل شكري للدكتور عبد الرحيم السلماني الذي تكرم علي بتقييم هذا العمل ومناقشته.

أتقدم أيضا بجزيل شكري للدكتور عبد القادر قرموش الذي تكرم علي بتقييم هذا العمل ومناقشته.

أَتَقْدِمُ أَيْضاً بِجَزِيلِ شُكْرِي لِلدُّكْتُورِ عَبْدِ الرَّحِيمِ شَمِيعَةَ الَّذِي تَكْرَمَ عَلَيَّ بِتَقْيِيمِ هَذَا الْعَمَلِ وَمُنَاقَشَتِهِ.

امْتِنَان

أود شكر جميع الأشخاص الذين جعلوا هذا العمل يفضي إلى نهايته. ففي مطاف هذه السنوات الطوال من إعداد مشروع الاطروحة، أحس بامتنان كبير للعديد من الأشخاص الذي أغنوا مسار بحثي بالكثير، سواء بملاحظاتهم المنهجية أو بمراجعتهم اللغوية.

أشير أن سنوات هذا البحث كانت مناسبة للعديد من اللقاءات والشراقات مع باحثين ومهنيين من فضاءات متنوعة أثرت محتواه، فلهم مني جزيل الشكر.

أود أيضاً التعبير عن صادق امتناني للعديد من الصديقات والأصدقاء الذين أزروني معنوياً خلال مطبات وخيبات الأمل التي ترافق كل باحث خلال سنين بحثه، فلولاهم ما كان لهذا العمل أن يخرج إلى الوجود.

أود في الأخير التعبير عن شكري وامتناني لأمي وأبي وزوجتي الذين دعموني طيلة أيام وأسابيع وأشهر وسنوات هذا البحث الذي أغنى رصيدي المعرفي. أود أيضا أن أعتذر من إبنتي الصغيرة ندى عن كل إهمال أو تقصير نتيجة شغفي العلمي بالموضوع. أتمنى أن يكون لبنة لأبحاث أدق في جزئيات لم يسعف الزمن أن أتناولها وفرصة لآخرين لتصحيح أي هفوات قد تكون اعترته.

Liste des abréviations

A

Aff : Affaire

Al. : Alinéa

Art.cit : Article précité

B

BO : Bulletin officiel

BRDA : Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre

Bull: Bulletin

Bull. Civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

C

C/ : Contre

CA : Cour d'appel

Cass : Cour de cassation

Ch. : Chambre

Chron. : Chronique

Com. : Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation

Comm. : Commissaire ou commission

Comp : Comparé

Cont. Consom. Conc : Contrats concurrence consommation

D

D : Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey

E

Ed. : Edition

Esp. : Espèce

Et s. : Et suivantes

F

Fasc. : Fascicule

G

Gaz. Pal. : Gazette du palais

I

Idem. : De même

J

J : Jurisprudence

J.-Cl : Jurisclasseur (civil, pénal...)

JCP : Semaine juridique (Jurisclasseur périodique : générale, entreprises...)

JO : Journal officiel

JOCE : Journal officiel des communautés européennes

JORF : Journal officiel de la République française

Juris-class. civ. (com., pén.,...) : Jurisclasseur de droit civil (de droit commercial, pénal,...)

Jurispr. : Jurisprudence

L

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA : Les Petites Affiches

N

N. : Note

O

O. : Ordonnance

Obs. : Observations, commentaires doctrinaux

Op. cit. : Opere citato, cité précédemment

P

P. : Page

PUF : Presses universitaires de France

R

RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial

S

S. : Suivant

S : Sénat

S : Recueil Sirey

Somm. : Sommaire

T

T. : Tome

T. civ. : Tribunal civil

T. Com : Tribunal de commerce

TGI : Tribunal de grande instance

Th : Thèse

TI : Tribunal d'instance

TPICE : Tribunal de première instance des communautés européennes

Trav. Capitiant : Travaux de l'Association Henri Capitant

Trib.corr : Tribunal correctionnel

U

UE : Union européenne

V

Vol. : Volume

Voy : Voyez

مقدمة

يقتضي تعريف موضوع حماية مستهلكي الخدمات البنكية، توضيح مفهوم المفردات المكونة لعنوان البحث. حيث يعطي مصطلح الحماية انطباعاً أولياً بوجود طرف ضعيف في مواجهة طرف يفوقه قوة ويوحى أيضاً بأن أي علاقة بين الطرفين قد يشوبها عدم التكافؤ وتتخذ القوة أشكالاً متعددة¹. سنكتفي في المقدمة لأسباب منهجية بتعريف ماهية حماية المستهلك، من خلال دراسة المفهوم ومجالات الحماية وأساليبها وسياقها التاريخي قبل إستعراض إشكاليته الموضوع.

أولاً: مفهوم حماية المستهلك

إن الإنسان بطبيعته كائن استهلاكي، وتعد حمايته ترجمة فعلية للمفهوم المعاصر لحقوق الإنسان ومطلباً لكل الشعوب وتحقيقها صار التزاماً على كل الدول، كما لم تعد حقوقه ذات طبيعة فكرية فقط إذ امتدت لتشمل الحقوق ذات الطبعيتين الاقتصادية والاجتماعية، ليس باعتباره أهم طرف في علاقات السوق بل لأنه محور العملية الاقتصادية كلها². لذلك تقتضي حماية المستهلك حفظ حقوقه وضمان حصوله عليها في مواجهة التجار أو الصناع أو مقدمي الخدمات³. ففي غياب إعلاء حماية المستهلك لمقتضى دستوري⁴ أو اعتبارها من أهم المبادئ المتوجب حمايتها كما تم من قبل

¹ - الراضي عثمانى، *الأسس القانونية لحماية المستهلك في العقود التقليدية والإلكترونية*، بحث لنيل دبلوم السلك العالي في التدبير الإداري، المدرسة الوطنية للإدارة، الرباط، الفوج الثامن، 2008/2010، ص1.

راجع أيضاً العربي مياد، *عقود الإذعان*، دراسة مقارنة، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2004.
P.Bouteiller, *les mesures régissant les relations entre les établissements de crédit et leurs clients*, Revue droit des affaires, actualités droit du financement, en date du 4/2/2008.

² - عمر محمد عبد الباقي، *الحماية العقدية للمستهلك*، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008، ص1.

³ - Résolution n°39/248 de l'assemblée générale des nations unies adoptant la charte mondiale des droits des consommateurs ou les principes directeurs pour la protection du consommateur, St/ESA/170, Nations Unies, New York publiée in:

Revue Consommateurs-Actualité, n°470 du 21 juin 1985, p.5 & suivants.

⁴ - لقد تم إعلاء حماية المستهلك إلى مقتضى دستوري، في بعض دول أمريكا اللاتينية، كما هو الحال، في الأرجنتين، بموجب الفصل 42 من دستورها. أما في البرازيل، فقد اعتبروا حماية المستهلك من بين الحريات الفردية المحمية ومبدأً أساسياً للنظام الاقتصادي طبقاً للفصل 170 من دستور البلاد لسنة 1988. وفي الباراغواي، يحق لكل شخص أن يطالب كفرد أو جماعة السلطات العامة باتخاذ الإجراءات الكفيلة بحمايته كمستهلك أو كجماعة للمستهلكين طبقاً للفصل 38 من دستور ذلك البلد.

Roberto.Grassi.Neto, « la politique de protection du consommateur dans le système d'intégration régional du Mercosur » in : « le droit de la consommation sous influences », sous la direction de Pierre Claude Lafond, éditions Yvon Blais, Québec, 2007, p.327.

المجموعة الأوروبية⁵، تظل مبادئ الجمعية العامة للأمم المتحدة لحماية المستهلك مستوحاة التأييد في شكل مقتضيات مفعلة على أرض الواقع.

تعد حماية المستهلك مسؤولية جماعية، تشترك فيها عدة أطراف بما فيها المستهلك نفسه و هي ليست مسؤولية طرف واحد. إن مفهوم الحماية لا يقتصر على ضمان حقوق المستهلك في مواجهة صناع ومقدمي الخدمات من أفراد وشركات وإنما يشمل أيضا ضمان حقوق المستهلك من قبل السلطة التنفيذية، ممثلة في هيئاتها المختلفة وأجهزتها الترايبية والمحلية. و تكون الحماية أكثر فعالية إذا حكمتها قواعد ونظم وقرارات إدارية أكثر مما لو حكمتها منازعات وأحكام قضائية، علما أنها تشكل حقا طبيعيا للأشخاص المحتاجين للحماية و حقا من حقوق الإنسان كما سنوضح أدناه⁶.

يتميز مفهوم حماية المستهلك بتسجيل جهود الحماية للجهات الرسمية وغير الحكومية على حد سواء، فهو نشاط متعدد الأطراف، مع ما يتطلبه من وجود تنسيق متكامل بين تلك الجهات المختلفة المسؤولة، دعما للفعالية⁷. فالحماية، لا يمكن تبريرها إلا بوضعية ضعف الضحية حتى دون ثبوت أي تعسف. يرتكز قانون الاستهلاك على مجابهة احتماليين : من جهة، من المحتمل أن يكون المستهلك في وضع أضعف من البنك. من جهة ثانية، قد يوجد البنك في وضع مهيم و يلجأ إلى استغلال ذلك الوضع مما يمس مصالح الشخص الذي يوجد في وضع هش⁸.

فهذه الحماية تفرض مواصلة الجهود وممارسة الضغوط لوضع المستهلك على قدم المساواة مع البنك حيث تتبنى هذه الفلسفة مختلف المنظمات في الدولة والهيئات الإدارية المختلفة بغرض تقديم الخدمات البنكية للمستهلك، بأقل تكلفة مادية وجسمانية ونفسية في ظل ظروف اقتصادية واجتماعية معينة عبر إطار قانوني معين يوفر تشريعات تحمي حقوق المستهلك فردا كان أو جماعة، لكونه

⁵ - اعتبرت محكمة العدل للجماعات الأوروبية، أن احترام المبدأ القائل بحماية الحقوق الأساسية في المجتمع، من قبل الدول الأعضاء للاتحاد، يشكل مصلحة مشروعة كافية لتبرير فرض قيود على الالتزامات التي يفرضها القانون الموحد للمجموعة الأوروبية. ذلك أنه يمكن خرق حرية تنقل السلع و الخدمات رغم كونها حرية أساسية مضمونة بموجب المعاهدة لأجل حماية المستهلك، هذا المبدأ تم تكريسه من طرف قاضي محكمة العدل للمجموعات الأوروبية على غرار قيود حماية العمال أو حماية البيئة. هذا الاستثناء يمتد إلى توفير مجانية الخدمات، حيث يجوز أن يتم إخضاع مبدأ حرية تنقل الخدمات لأي تقييد بعلة حماية النظام العام.

Éric.Carpano, *Droits fondamentaux et libertés communautaires de circulation : brèves remarques sur le développement du système communautaire de protection des droits fondamentaux*, LPA, 17 juin 2005 n° 120, p. 32.

⁶ - الراضي عثمانى، مرجع سابق، ص.1.

G.Raymond, *santé et sécurité des consommateurs*, Jurisc.Contr.Conc.Cons, Fasc. 950, 13 févr. 2012, p.44.

⁷ - محمد حسن العامري، *الاعلان وحماية المستهلك*، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الاولى، 2007، ص.10.9.

⁸ - J.P.Chazal, *vulnérabilité et droit de la consommation*, in F. Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit, le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000, p.7.

في موضع ضعف وهو المتضرر في الغالب ولأنه يدافع عن نفسه بصعوبة وهو غير مسلح بوسائل كافية في مواجهة خصمه المتعاقد معه: البنك في نازلة الحال⁹. فحماية المستهلكين هي من الأمور المفضلة في الأنظمة الديمقراطية¹⁰.

هذا عن مفهوم حماية المستهلك، فماذا عن مجالات تلك الحماية؟

ثانياً: مجالات حماية المستهلك

يقصد بمجالات حماية المستهلك الأنشطة والميادين التابعة لها. سنعمل هنا لضبط تلك المجالات الرئيسية من خلال دراسة حماية مصالح المستهلك الاقتصادية (أ) وإرادته التعاقدية (ب)

أ - حماية المصالح الاقتصادية للمستهلك

المصالح الاقتصادية هي المزايا التي يتمتع بها مستهلك الخدمة البنكية أي كل حقوقه والالتزامات المهنية للبنكي المرتبطة مباشرة بتلك الحماية¹¹. شددت بهذا الصدد مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لحماية المستهلك في صيغتها الموسعة لسنة 1999 والمنشورة من قبل إدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية للأمم المتحدة في نيويورك سنة 2003، على واجبات الحكومات ملزمة إياها بأن :
- تنشئ سياسات لتمكين المستهلكين من الحصول على الفائدة المثلى من مواردهم الاقتصادية؛ حيث ينبغي أن تتوخى في ذلك تحقيق الممارسات التجارية العادلة والحماية الفعالة من الممارسات التي يمكن أن تكون لها آثاراً ضارة بالمصالح الاقتصادية للمستهلكين وممارسة الاختيار في السوق، بما في ذلك سوق الخدمات البنكية¹².

⁹ - C.Bourrier, *la faiblesse d'une partie au contrat*, collection des thèses des sciences humaines n°12, Bruylant-Académia S.A, Louvain la neuve, 2003.

D.A.Machichi, *régulation de l'économie par le droit*, Revue marocaine de droit et d'économie de gestion, N° 52, 2006.

¹⁰ - Cité in M.Beaubrun, « la notion de consommateur de crédit », in : « le droit du crédit au consommateur », Litec, Paris, 1982, p.95.

¹¹ - Le traité de Maastricht de l'union européenne dans son article 169 traite des intérêts économiques du consommateur, il énonce que : « 1) Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts... »- Voir ce sujet : F.Chaltiel, *Actualité de la protection du consommateur en Europe*, LPA, 25 mars 2011, n° 60, p. 5.

¹² - Voir : - L'observatoire du crédit et de l'endettement, *la consommation et le crédit aux particuliers*, rapport général, 2002 ; L'observatoire du crédit et de l'endettement, *le crédit accessible aux personnes à revenus modestes*, octobre 2001.

- تضاعف الجهود لمنع الممارسات التي تضر بمصالح المستهلكين الاقتصادية وذلك عن طريق ضمان توفير الخدمات الموافقة للقوانين المرعية والمعايير الإلزامية وتشجيع منظمات المستهلكين على رصد الممارسات الضارة والادعاءات الكاذبة أو المضللة في مجال التسويق والاحتيايل في مجال تقديم الخدمات، وما أكثرها في مجال إشهار خدمات القرض¹³.
- إحداث أو تعزيز التدابير المتصلة بمكافحة الممارسات التقييدية وغيرها من الممارسات الضارة، التي يمكن أن تلحق ضررا بالمستهلكين؛ وهو ما اصطلح عليه في قانون حرية الأسعار والمنافسة المغربي¹⁴ بالممارسات المقيدة للمنافسة¹⁵.
- تشجيع المنافسة النزيهة والفعالة، كي يتاح للمستهلكين أكبر نطاق من الاختيار بين الخدمات بأدنى تكلفة، أمام تكتل المهنيين البنكيين والتمويليين في جمعيات مهنية¹⁶.
- حماية المستهلكين من التجاوزات التعاقدية، مثل العقود النموذجية التي تكون في صالح جانب واحد واستبعاد ما يمس الحقوق الاقتصادية الأساسية في العقود وتجنب المغالاة في شروط الائتمان¹⁷.

¹³ - تستخدم بعض الأبنك مثلاً في مطوياتها مصطلحات لتغليب المستهلك و دفعه للتعاقد دون تبصر من قبيل:

" تستفيدون" التي توحى بالمجانة؛ في حين أن الأمر في غالب الاحيان يتعلق بخدمات مؤدى عنها و تترتب عنها أثار وخيمة من قبيل الإفراط في الاستدانة. كما أن مصطلحات من قبيل " تختارون بكل حرية مبلغ و مدة تسديد سلفكم" تبقى غير دقيقة. كما نجد نفس الأمر بالنسبة لعبارة " تحصلون بسرعة على تمويل " حيث إن ذلك مرتبط بإجراءات معقدة وضمانات كثيرة" و الكل مصحوب بعبارة صغيرة جدا مكتوبة بالعربية بخط مطبوع في اتجاه عمودي يصعب العثور عليه لوجوده أسفل المطوية، في الداخل على الجانب الأيمن عبارة تقول ب " شريطة قبول ملفكم" و تقابلها نفس العبارة مترجمة الى الفرنسية في الجانب الأيسر. راجع مطوية للبنك المغربي للتجارة الخارجية BMCE immédiat crédit à la consommation.

¹⁴ - ظهير شريف رقم 1.14.116 صادر في ثاني رمضان 1435 (30 يونيو 2014) بتنفيذ القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الاسعار و المنافسة، جريدة رسمية عدد 6276 ، ص.6077.

¹⁵ - راجع الفصول من 58 الى 67 من قانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الاسعار و المنافسة.

Vanessa.Barbé, *La protection du consommateur de services ouverts à la concurrence : approche comparée*, LPA, 06 juillet 2006, n° 134.

¹⁶ - من أبرز تلك الجمعيات : الجمعية المهنية لشركات التمويل و المجموعة المهنية للأبنك بالمغرب.

Le ministère des affaires économiques et générales, *séminaire sur le droit de la concurrence et le secteur bancaire*, organisé à Rabat, hôtel Hilton, mercredi 5 mars 2008, actes non publiés.

¹⁷ - من الصعوبة بمكان تعريف الائتمان في صيغة جامعة مانعة، رغم أن بعض الفقهاء اعتبره " الثقة التي بمقتضاها يرتضي أحد طرفي العقد إعطاء المتعاقد الآخر، سواء حالا أو بعد وقت محدد أداء معين، على شكل رؤوس أموال نقدية، تزداد هذه الثقة وتعزز، كلما اقترنت بضمان خاص، يضمن استرداد هذا الأداء والمقابل الملائم لمنحه"- نبيل إبراهيم سعد، *نحو قانون خاص بالائتمان*، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1991، ص.28.

انظر أيضا : - العربي الغرمول، *حماية الدائن المرتهن في الأصل التجاري*، أطروحة لنيل الدكتوراة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية الحقوق، الرباط، 2000-2001، ص.2.

- فاتحة براني، *الائتمان البنكي، نماذج القرض، فتح الاعتماد البسيط، الاعتماد المستندي*، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2006-2007، ص.2.

- الاسترشاد في مجال الممارسات الترويجية بمبدأ المعاملة المنصفة للمستهلكين مع توفير المعلومات اللازمة لتمكين المستهلكين من اتخاذ قرارات عن اطلاع وبصورة مستقلة، فضلا عن اتخاذ التدابير اللازمة لضمان دقة المعلومات المقدمة، في حالة الاخلال بواجب الإعلام .

- تشجيع قيام قطاع البنوك بالتعاون مع منظمات المستهلكين بوضع وتنفيذ مدونات لقواعد ممارسات التسويق والممارسات التجارية الأخرى لضمان الحماية الكافية والفعالة للمستهلكين¹⁸. هذا عن حماية المصالح الاقتصادية. فماذا عن حماية الإرادة التعاقدية؟

ب - حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك

يعد منح الرضى غير المتبصر أهم المخاطر التي تواجه المستهلكين. فمغالطات الإشهار وتسهيلات الائتمان وأكاذيب مقدمي الخدمات البنكية يؤدي بالمستهلكين لتعاقدات غير مترنة. فأغلب العقود البنكية تتضمن العديد من البنود المتداخلة التي لا يستطيع المستهلك المتوسط أن يقدر آثارها¹⁹. فالشريعة العامة للعقود تحمي الرضى عموما وتطبق على العقود الرابطة بين الأبناك والمستهلكين. هاته مقتضيات العامة تعززت اليوم، بقانون تدابير حماية المستهلك²⁰؛ الذي دخلت أغلب مقتضياته حيز التنفيذ ابتداء من نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ 2011/04/07 طبقا للمادة 197 منه²¹. علما أن قواعد القانون الجديد لم تنسخ مقتضيات الشريعة العامة²²، التي قد تكون في بعض الأحيان أفيد للمستهلك. هذا وإن أهم الفصول التي ظلت أغلبها معلقة على صدور نصوص تنظيمية دخلت حيز التنفيذ مع صدور قرار مشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار الرقمي ووزير الاقتصاد و المالية رقم 4031.14 صادر بتاريخ 29 ديسمبر 2014 بتحديد نماذج العروض المسبقة للقروض واستماراتهم للتراجع القابلة للاقتطاع.

إن موضوع حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك عموما والمتعامل مع البنك خصوصا، يطرح نفسه بشدة لذلك إرتأينا إعطاء لمحة عامة على مفهومه الخاص. قبل أن نستفيض بشأنه بشكل معمق من

¹⁸-Résolution n°39/248 de l'assemblée générale des Nations unies adoptant la charte mondiale des droits des consommateurs ou les principes directeurs pour la protection du consommateur, St/ESA/170, nations unies, New York publiée in: Consommateurs-Actualité, n°470 du 21 juin 1985, p.5 & suivants.

راجع محمد حسن العامري، مرجع سابق، ص.49.

¹⁹ - Jean.Calais-Auloy, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD Civ., 1994, p.240.

²⁰ - صدر الظهير الشريف رقم 1.11.03 بتاريخ 14 ربيع الاول 1432 موافق 18 فبراير 2011 بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، جريدة رسمية عدد 5932، بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 موافق 7 ابريل 2011، ص.1072 وما يليها.

²¹ - راجع قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء قرار رقم 2013/3984، صدر بتاريخ 2013/07/23 ، رقم 13/2013/3196، غير منشور.

²² - Jean.Calais-Auloy, Art.Cit, p.239.

خلال محاور البحث. إن محاولة الاقتراب من حماية تلك الإرادة، هو أيضا راجع إلى الرغبة في منح المستهلك البنكي رضى متنورا ومتبصرا بما يعنيه ذلك من تمكين مستهلك الخدمات البنكية من حقه في الإعلام وحقه في إختيار نوع خدمة البنك الأنسب له والتفاوض مع البنك قبل اللجوء إلى المحاكم. هذه أهم المبادئ الأساسية التي يبنى عليها قانون الاستهلاك²³، رغم اختلاف أساليب تلك الحماية العامة أو الخاصة على ضوء تشريعات حماية المستهلك التي سنتناولها فيما يلي.

ثالثا: أساليب الحماية القانونية للمستهلك

تتوزع أساليب الحماية القانونية ما بين الحماية التشريعية (أ) والحماية التطبيقية (ب).

أ - الحماية التشريعية:

هي التشريعات، التي تصدر عن السلطة التشريعية والتي تهدف إلى حماية المستهلك في المجال البنكي. تؤسس الحماية تلك على أسس واضحة، لما لها من خطورة على نظام الحكامة والأمن القانوني للمستهلك الذي قد يتنافى والغرض الأساسي منها²⁴. إنها تأتي نتيجة متطلبات طرأت في المجتمع وتحتاج إلى التدخل التشريعي أو التنظيمي بهدف وضع الأسس والضوابط التي تمارس على أساسها الحماية الفعالة للمستهلك. وتتم تلك الحماية ذات الطابع الوقائي عبر إصدار التشريعات المرتبطة بجودة الخدمة بغرض توفير الأمن القانوني للمستهلك. نجد ذلك الهاجس أيضا على مستوى الحماية التطبيقية.

ب - الحماية التطبيقية:

ولها مظهران:

1- **المظهر التنظيمي:** تقوم أو يفترض أن تقوم به الإدارة في مجال إصدار القرارات التنظيمية وتحقيق التطبيق الفعلي لمجموع القواعد التشريعية التي تحمي مستهلكي الخدمات البنكية باعتبارها الجهة التنفيذية لتنفيذ القواعد القانونية المقررة قانونا²⁵. تشترك في هذه المهمة كل جهات الدولة من قبيل وزارة المالية، بنك المغرب، وزارة التجارة. هنا تقوم الإدارة بدور الحفاظ على التوازن في الحماية، مما يراعي مصالح السوق البنكي والبنك والمستهلكين. كما يكون تدخلها لمراقبة الخدمات

²³ أحمد أبران، حماية رضا المستهلك في ضوء القواعد العامة و الخاصة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية الاجتماعية، وجدة، 2000، ص.2.

M.Brushi, *l'amélioration de la protection contractuelle du consommateur*, Revue Lamy droit des affaires, chr., en date du 5/4/2002.

²⁴ - voir : Frédéric.Pollaud-Dulian, *A propos de la sécurité juridique*, RTD.Civ, n° 3, juillet - septembre 2001, p.p. 487 & suivants.

²⁵ -الفصل 89 من الدستور.

وجودتها وتأمين احترام النصوص القانونية والتنظيمية في المجال البنكي، حيث ترتبط فعالية تلك المنظومة بالجزاء الذي يحيلنا على المظهر القضائي للحماية.

2- المظهر القضائي:

هو دور ممارسة الرقابة عن طريق السلطة القضائية على المخالفين، وتوقيع العقوبات المقررة قانونا في حقهم. إذ تعد تلك الرقابة ضرورية ومظهرا لاحترام الحقوق والحريات في الدول²⁶. وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن توقيع العقاب يكون وجوبا عن طريق السلطة القضائية ولا يترك لأي جهة أخرى من قبيل بنك المغرب، الذي يعد مؤسسة حكامة، لما في ذلك من خطورة على حقوق وحريات الأفراد²⁷. تطلع المحاكم إذن بدور أساسي في الرقابة على الأبنك المخالفة، رغم الانتقادات التي توجه لجهات المتابعة لديها- النيابة العامة- بالتساهل في مجال الجرائم الاقتصادية، تحت ذريعة عدم إرهاب المستثمرين.

نشير إلى أن حماية مستهلكي الخدمات البنكية، عرفت العديد من التحولات عبر مراحل تاريخية عديدة سنتعرض أهمها فيما سيأتي.

رابعا: السياق التاريخي لحماية مستهلكي الخدمات البنكية

ترجعنا دراسة تاريخ حماية مستهلكي الخدمات المرتبطة بالائتمان وما شابهها أو خالفها من خدمات مالية إلى أولى المحطات التاريخية. فقد عرفت الحضارات القديمة أنواعا متعددة من المعاملات المالية، بحيث أكد بعض الفقهاء أن تحويل الأموال كان يزاوئ منذ العصور القديمة. فالبابلون مثلا، عرفوا نظاما مطابقا للتحويلات البنكية²⁸.

كما جاء في المادة 106 من مدونة حمورابي، بخصوص تقنين التعويض في مجال الائتمان، أن المقترض يلتزم بدفع تعويض مقداره ثلاثة أضعاف المبلغ، الذي استلمه وأنكره على صاحبه، إذا أثبت المقرض أنه سلمه له، بعد حلفه أو إثبات ذلك بالشهود. هكذا ضاعفت مدونة حمورابي جزاء المهني المقرض، في حالة إنكاره الوفاء من قبل المقرض، بالمقارنة مع جزاء المقرض في حالة

²⁶- جاء في المادة 117 من الدستور المغربي: " يتولى القاضي حماية حقوق الأشخاص والجماعات وحرياتهم وأمنهم القضائي، وتطبيق القانون". كما ورد في الفصل 118 منه: " حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون...".

²⁷- نصيف محمد حسين، النظرية العامة في الحماية الجنائية للمستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص.8 و9.

راجع : بخصوص الجزاء وشروط المحاكمة العادلة أمام الهيئات النازمة:

M.Degoffe, *Actualité de la sanction non pénale*, LPA, 06 mars 2003, n° 47, p. 4 & suivants.

²⁸- T.Ben.Nasr, *droit bancaire tunisien, la maghrébine pour l'impression et la publicité*, Tunis, 2009, p.315.

إنكاره علاقة القرض. حيث إنه إذا كان المقترض قد سلم المبلغ إلى المقرض و أنكره هذا الأخير وثبت الأداء، يلتزم المقرض بدفع تعويض قدره ستة أضعاف المبلغ الذي إستحققه²⁹.

هذا وقد كانت الكفالة، آلية لتمويل واقتراض، ظهرت في أول عهد القانون الروماني حيث كانت تعد الكفالة بالمال للوفاء بدين أو عين أو حق³⁰ مثل التضامن في المديونية، يكون فيها الكفيل في مركز المدين المتضامن. ثم بدأت تتميز شيئاً فشيئاً، حتى استقلت في مفهومها عن التضامن³¹. كما كانت توجد في عهد الرومان خدمة كراء الصناديق في محلات تدعى (هوريا) Horrea، يمكن للأشخاص أن يضعوا في خزائنها بضائعهم وأموالهم ومجوهراتهم. وكانت هناك Horrea Ceasaris، المستعملة من طرف مقالو معين من قبل الإمبراطور والتي كانت موضوع كراء و Horrea publica التي كانت توضع رهن إشارة الأشخاص الذين لم يكونوا يتوفرون على سكن ليتمكنوا من الحفاظ على منقولاتهم بأمان.

ثم وجدت خزائن حديدية Arcae، يعتقد أن بنكي ذلك الزمن كانوا يضعونها رهن إشارة زبائنهم. إلا أن خدمة الخزائن الحديدية لم تنتشر إلا في نهاية القرن 19. إذ تم خلق Lasfe de poste Compagny of New York سنة 1861، كأول مؤسسة مختصة في إيجار الصناديق. وهو ما سيتم تنبيهه في إنجلترا ابتداء من سنة 1875 لتصبح تلك الخزائن منتشرة في كل بلدان العالم كنشاط مرتبط بالأعمال البنكية الأساسية³².

أما في دول نفوذ شريعة الإسلام، فقد تم التركيز على حماية المستهلك عبر الجانب الوقائي، المتمثل في عقيدة الفرد والتزامه بتعاليم الدين الحنيف. ويلي ذلك قيام ولي الأمر بتنفيذ تلك التعاليم في المجتمع ومتابعة تنفيذ الأفراد لها³³. هكذا تطرق القرآن الكريم لحماية مستهلكي الخدمات الائتمانية في العديد من آياته ولا سيما فيما يتعلق بالربا. حيث نجده يحرم الربا بشدة لم يحرم بها أية معاملة أخرى. جاء فيه : " وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون "³⁴.

²⁹ - فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، الطبعة الثالثة، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1987، ص. 135.

³⁰ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال حزي وشركاه، 2005، ص. 69.

³¹ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص. 71.

للكفالة أثر أيضا في الاوديسة الاغريقية. حيث ينادي الاله بوسايدون من هو الاله هيفايستوس مطالبا اياه باطلاق سراح اريس مقابل ان يكفلها بوعده العلني أمام الأحياء .

P.Malaurie, *La mythologie et le droit* , Defrénois, 15 août 2003, n° 15, p. 951.

³³ - عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص. 56.

³⁴ - سورة الروم ، الآية 39. حدثنا بشر، قال: ثنا يزيد، قال: ثنا سعيد، عن قتادة قوله: (وَمَا آتَيْتُم مِّنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُضْغَفُونَ) قال: هذا الذي يقبله الله ويضعفه لهم عشر أمثالها وأكثر من ذلك.

وجاء أيضا في الكتاب المنزل : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ (130) وَاتَّقُوا النَّارَ الَّتِي أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ (131)"³⁵.

و في موضع آخر يقول تعالى: " الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ (275) يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُزِيلُ الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ (276) إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ عِنْدَ رَبِّهِمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ (277) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ (278) فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْنُوا فَكُفُّ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ (279) وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (280) وَاتَّقُوا يَوْمًا تُرْجَعُونَ فِيهِ إِلَى اللَّهِ ثُمَّ تُوَفَّى كُلُّ نَفْسٍ مَا كَسَبَتْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ (281)"³⁶.

وجاءت السنة مكرسة لموقف القرآن من تحريم الربا. حيث اعتبر الرسول صلى الله عليه و سلم الربا من الكبائر و قارنه بالزنا، بل جعله أفدح منه. قال رسول الله "صلى الله عليه و سلم " :

" درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم، أشد عند الله من ستة وثلاثين زنية"³⁷. وتوج موقفه منه، بإنزال اللعنة على كل من له علاقة بعملية تتطوي عليه. بينما أتت السنة بتفاصيل لتحريم الربا، تمتاز بالشدّة وفي نسق متسلسل ومتدرج، لمساعدة الناس على الانتقال من الإباحة للتحريم مروراً بمرحلة بينية. قال رسول الله "صلى الله عليه و سلم" اجتنبوا السبع الموبقات ، قيل يا رسول الله، وما هن قال: الشريك بالله و السحر و قتل النفس التي حرم الله إلا بالحق و أكل مال اليتيم و أكل الربا و التولي يوم الزحف و قذف المحصنات الغافلات المؤمنات"³⁸. جاء في الحديث عن جابر رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه و سلم قال: «لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا وموكله وكتابه وشاهديه، وقال: هم سواء» رواه مسلم³⁹. و قد مدد التحريم إلى تبادل بعض المواد، سواء

حدثنا عن عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن قتادة، قال: قال ابن عباس قوله: (وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رِبَا لِيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ) قال: هي الهبة، يهب الشيء يريد أن يُثَاب عليه أفضل منه، فذلك الذي لا يربو عند الله، لا يؤجر فيه صاحبه، ولا إثم عليه (وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ) قال: هي الصدقة تريدون وجه الله (فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْغِفُونَ) قال معمر: قال ابن أبي نجيح، عن مجاهد، مثل ذلك.

³⁵ - سورة آل عمران من الآية 130 إلى الآية 131.

³⁶ - سورة البقرة من الآية 275 إلى الآية 281.

³⁷ - أحمد بن حنبل ، مسند /أحمد بن حنبل،المجلد الثاني، الموسوعة الحديثية، تحقيق شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، مؤسسة الرسالة للنشر، (288/36).

³⁸ - أنظر الإمام مسلم، الجامع/الصحيح، المجلد 1، الجزء 1، المكتب التجاري، بيروت، بدون تاريخ النشر، ص.67.

³⁹ - أنظر صحيح البخاري، المجلد الأول، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون تاريخ نشر، ص.78.

الإمام مسلم، مرجع سابق، ص.50.

كان بالسلف ولو دون زيادة، أو كان تبادلاً ناجزاً، أي دون سلف، بهدف حماية النقود وبعض السلع من الاحتكار أو الاستثمار بشكل يضر بالمستهلكين و لذلك سمي الربا الذي حرّمته السنة، ربا البيوع ولقد فصل فيه الفقه بصورة كبيرة.

هذا وقد اختلف الفقهاء حول الربا. ذلك أن المسلمين بعد وفاة النبي "صلى عليه وسلم"، وجدوا أنفسهم أمام نصوص قرآنية تحل البيع وتحرم الربا، و سنة تحرمه أيضاً، ومعه بعض أنواع البيع، بحجة أنها تنطوي عليه، فاختلّفوا اختلافاً مازال قائماً إلى يومنا هذا حول هذه القضية. فريق يقصر التحريم على ما ورد في القرآن وفريق، يحرم ما ورد في القرآن والسنة، دون أن يحسم أيهما النقاش حول المسألة وإنما أعطى كل فريق بعض الحلول لحالات عملية معينة⁴⁰. في حين ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن البنوك تتعامل مع طبقات معينة من المجتمع ولا تتوفر فيها شروط الفقر وأحقية الصدقة وتنتفي من التعامل معها صفة الاستغلال. فتكون بالتالي مقبولة ومن الجائز التعامل معها. وهي ليست بغني يستغل فقيراً ليظلمه، بل هي هيئات تجارية " تلحق بقسم البيع بصفته عقداً تجارياً لا بقسم الربا" وهي مباحة للمصلحة التي تتحقق بواسطتها، قياساً على إباحة الرسول " صلى عليه وسلم"، لبيع السلم⁴¹، مع أنه يتضمن بيع ما لا يملكه البائع⁴².

⁴⁰ - عائشة الشرقاوي المالقي، تجربة البنوك الإسلامية، النظرية و التطبيق، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، أكاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكاد الرباط، السنة الجامعية، 1998/1997، ص.378. راجع بخصوص أساس الفوائد البنكية: محمد الفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مجموعة قانون التجارة والأعمال، سلسلة الدراسات القانونية 2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1998، ص.398. حسني حسن المصري، الفوائد في النظم القانونية المقارنة وموقف المشرع الكويتي منها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ملحق العدد الأول، السنة 27، مارس 2003.

⁴¹ - السلم هو بيع عين مالية موصوفة في الذمة، مؤجلة إلى أجل معلوم، مقابل ثمن حال - مدفوع في مجلس العقد - والسلم في الشرع الإسلامي يدخل في باب البيوع، قسم المعاملات في علم الفقه. وقد سمي سلفاً في الفقه الإسلامي لكون الثمن مسلفاً في مجلس العقد ويسمى بالسلم لتقديم الثمن. منشور على:

http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B3%D9%84%D9%85_%28%D9%81%D9%82%D9%87_%D8%A5%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D9%8A%29

"راجع يوم 2015/1/20" [D8%A5%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D9%8A%29](http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%B3%D9%84%D9%85_%28%D9%81%D9%82%D9%87_%D8%A5%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D9%8A%29)

أنظر : مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك، للشيخ خليل بن إسحاق المالكي ، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، 1999، 193 و ما يليها.

⁴² - للتعلم أكثر بخصوص الاتجاهات المختلفة من الربا و موقف الفقهاء منها راجع: عبد الرزاق أحمد السنهاوي، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الثالث، مؤسسة التاريخ العربي و دار إحياء التراث العربي، بيروت ، الطبعة الأولى، 1997، ص.137 ومايليها.

راجع باب الحيل في مجال الربا: محمد رشيد رضا، الربا و المعاملات في الإسلام، دار ابن زيدون للطباعة و النشر، بيروت ، الطبعة الأولى، 1986، ص.140 وما يليها.

راجع موقف الدين اليهودي من الربا عند :

Abraham.Weingort, *intérêt et crédit dans le droit Talmudique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1979.

هذا عن الربا في القروض، فماذا عن آليات الائتمان التي ظهرت عبر التاريخ؟

لقد ظهر بالجمهوريات الإيطالية خلال القرن الثاني عشر صك يشبه إلى حد ما الشيك الحالي، ومع مرور الوقت تطورت قواعد هذا الصك إلى أن أطلق عليه في إنجلترا إسم الشيك في أواخر القرن السابع عشر أخذاً من اللفظة الإنجليزية (to check) و معناها المراقبة و المراجعة؛ و يقصدون بها مراجعة حساب الساحب لدى البنك الذي يتعامل معه لمعرفة ما إذا كان لديه رصيد أم لا. ثم اتسع نطاق استخدام الشيك في جميع البلدان منذ أواخر القرن التاسع عشر⁴³.

أما بخصوص الكمبيالة، فقد كانت معروفة أيضاً في القرون الوسطى و لكنها لم تكن تستعمل آنذاك كدعامة للاداءات التي تتم بالأماكن البعيدة. فكانت تسمح للمسافرين بأن يستخلصوا ديونهم في البلد الذي سيتوجهون إليه؛ فينفادون بذلك مخاطر ضياع أموالهم في الطريق نظراً لانعدام الأمن في الأزمنة الغابرة. وهكذا يمكن للشخص الذي يروم السفر من بلد إلى آخر ولا يريد نقل النقود معه أن يلجأ إلى أحد التجار مثلاً فيصدر كمبيالة على زميل له في البلد المقصود، يأمره فيها بأن يدفع مبلغها إلى الشخص المسافر عند وصوله. ومن هنا جاءت تسميتها بالفرنسية ب (lettre de change) إذ إن لكل منطقة عملتها، الأمر الذي يستوجب دوماً إجراء عملية الصرف⁴⁴.

نشير إلى أنه تم تنظيم الأوراق التجارية بالمغرب في ظهير 12 غشت 1913 المكون للقانون التجاري والذي عدل بظهير 19 يناير 1939. أما الأوراق التجارية حالياً وحماية المتعاملين بها من خواص فتنظمها مدونة التجارة السارية التطبيق منذ 3 أكتوبر 1996⁴⁵.

هذا عن أهم الأوراق التجارية، فماذا عن عقود الإيجار المفضية للتملك، التي تعود إلى القانون الإنجليزي؟

يراجع أيضاً استاذتنا :

C.Biquet-Mathieu, *le sort des intérêts dans le droit du crédit, actualité ou désuétude du code civil ?*, édition collection scientifique de la faculté de droit de Liège, 1998.

A.Benausse, *le taux d'intérêt chez les jeunes saint-simoniens (1825-1832)*, université Lyon 2, UFR des sciences économiques et de gestion, centre Walras, école doctorale, thèse de doctorat , 14 novembre 2003.

J.Elmahlouf, *le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques*, de la doctrine catholique, du droit positif et du droit musulman, thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon Assas, (Paris II), septembre, 1994.

⁴³ - علي العبيدي، *الأوراق التجارية في التشريع المغربي*، مطبعة الامنية، الرباط، الطبعة الاولى، 1970، ص.434.

⁴⁴ - محمد فركت و ابراهيم زعيم، *الأوراق التجارية*، مؤسسة بنميد للطباعة و النشر ، الدار البيضاء، الطبعة الاولى، 1986، ص.12.

⁴⁵ - يتعلق الأمر بظهير شريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الاول 1417 (فاتح غشت 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة منشور بجريدة رسمية عدد 4418 بتاريخ 19 جمادى الاولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص.2187.

نشير هنا إلى أن أحد التجار لجأ لهذه الطريقة المعروفة باسم Hir-purchass قاصدا رواج مبيعاته بتشجيع عملائه على الشراء بالتقسيط مع وجود ضمان كاف للتاجر نفسه، يتمثل في بقاء ملكيته للعين. ثم ما لبثت هذه الطريقة أن انتشرت نتيجة إنتاج الصناعات الكثيرة . فلجأت الى تلك الطريقة العديد من المصانع الكبيرة لتسويق مصنوعات مثل مصنع سنجر الذي كان يتعامل مع عملائه عن طريق عقد إيجار ، يتضمن ذلك إمكانية تملك الآلات المؤجرة ، بعد تمام سداد مبلغ يمثل في حقيقته ثمنها. بعد ذلك سيتطور العقد بفضل مؤسسات السكك الحديدية التي كانت تشتري ماكينات خاصة لمناجم الفحم من خلال البيع الإيجاري. إن تزايد انتشار ذلك العقد، دفع بالمشرع الإنجليزي إلى تنظيمه بنصوص قانونية منذ بداية القرن العشرين⁴⁶. هذا عن عقود الايجار المفضية للملك، فماذا عن القرض العقاري؟

ظهر أول تشريع خاص بالقرض العقاري في فرنسا في عهد ثورة 1789، بفعل رغبة أكبر عدد من الفرنسيين في أن يصبحوا ملاكا. لكن شتان بين الرغبة والواقع، فبالرغم من بعض المجهودات التشريعية في هذا الاتجاه، إذ أصدر المشرع الفرنسي قانون "لوشور" في بداية القرن العشرين، فلم تبدأ السياسة الحقيقية للولوج إلى القرض العقاري إلا بعد الحرب العالمية الثانية، حيث ضاعف المشرع الفرنسي مجهوداته لتشجيع الولوج إلى الملكية من خلال تشجيع حسابات الادخار للسكن ومخططات ادخار السكن والتي تتميز بكونها مسبقة بمرحلة ادخار يكون فيها المقرض الجديد يؤسس لرأسمال سيستثمره في بناء سكن. كما قامت الدولة الفرنسية بمنح قرض ب 0 % فائدة وهو مثال فقط من بين عدة تدابير في هذا الاتجاه. تلك السياسة كانت فعالة في بعض الأقاليم حيث أن 80 % من الأسر أصبحت مالكة لسكنها، حتى إذا كانت أقساط القروض لم يتم أدائها كلها⁴⁷. كانت تؤدي تلك القروض بواسطة النقود التي كانت الأبنك تتاجر سابقا فيها باعتبارها مجرد بضاعة. حيث أنها كانت مصنوعة من معدن نفيس (عادة من الذهب أو الفضة) و تستمد قيمتها من ذلك المعدن.

هذا وقد كانت هناك في فرنسا صناديق عامة وخاصة، خلال فترة طويلة من القرن 19، باستثناء مدة لاحقة على ثورة 1848. حيث كان يجب اثناءها تقديم الأوراق المالية إلى بنك فرنسا لتحويلها إلى نقود معدنية من الذهب. ثم سيتغير الوضع بعد سنة 1870، بصدور نظام يعفي البنك من إلزام تحويل الأوراق النقدية إلى نقود معدنية. فأصبحت الورقة المالية الصادرة عن بنك فرنسا عبارة عن عملة ورقية ترتبط بسيادة الدولة⁴⁸.

⁴⁶ - إبراهيم دسوقي أبو الليل ، البيع بالتقسيط و البيوع الائتمانية الأخرى، جامعة الكويت، 1984 ، ص.304.

⁴⁷ - Guy.Raymond, droit de la consommation, Litec, 2ème édition, 2011, p.341.

⁴⁸ - Georges.Ripert & René.Roblot, traité de droit commercial, L.G.D.J, 1996, p.545.

لقد كان هناك تعاقد على أساس سيادة مبدأ سلطان الإرادة، بما يوفره من حرية وما ينتهي إليه إدعاء من تحقيق مصالح الأطراف بصورة تلقائية واستتباب للأمن القانوني، على أساس مقولة " أن كل ما هو تعاقدى فهو عادل". مما أفضى إلى القول بعدم التدخل لحماية أي من المتعاقدين⁴⁹.

نشير أن حماية المستهلك ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية، في خطاب عن حالة الاتحاد سنة 1962 أقر فيه الرئيس الأمريكي " كينيدي" بأن المستهلكين يمثلون المجموعة الاقتصادية الأكثر أهمية والأقل حماية؛ فوعد بوضع تشريع يضمن لهم ممارسة حقوقهم كاملة، وهذه الحقوق تتمثل في الحق في السلامة والحق في التفاهم والحق في الاختيار والحق في الإعلام.

لم يكن القانون الوضعي يحمي الطرف الضعيف بشكل فعال، لأجله تطور التشريع الاستهلاكي في فرنسا أيضا بدءا من سنة 1973 مع قانون البيع المصفاي. وتوسع نطاق الحماية مع السنين، حيث صارت التشريعات مرتكزة على التناقض بين المستهلك والمهني كأساس لقانون الاستهلاك. ذلك أن وظيفة قانون الاستهلاك في كثير من الاوجه هي حماية الضعفاء ضد الأقوياء⁵⁰. حيث أصبح المستهلك في فرنسا في بضعة سنوات⁵¹، هو الشخصية المحورية للتشريعات المدنية. وخصص المشرع الفرنسي بفارق بضعة أشهر نصين مهمين وهما قانون 22.78 بتاريخ 10 يناير 1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلكين في مجال بعض عمليات القرض. ثم قانون 596.79 بتاريخ 13 يوليوز 1979 المتعلق بحماية المقترضين في المجال العقاري.

إن ذلك الناتج لا يمكن عزله عن مجهود موازي على الصعيد القضائي، يرمي إلى نفس الأهداف. حيث كانت تقدم المحاكم الفرنسية بعض عناصر الحماية من خلال توسيع الالتزام بالإعلام والنصح الموضوع على عاتق موزعي المنتجات والخدمات أو من خلال التفسير المتميز للبنود -الغامضة للعقود النموذجية⁵². وكان من المألوف في المجال المالي، أن تتدخل الأبنك لتسهيل عرض أسهم وسندات مالية والتزامات صادرة عن شركات للعموم. وقد كان عرض تلك المنتجات ينحصر تقليديا في أبنك الأعمال، لكن أغلب الأبنك صارت تقوم به حاليا⁵³.

⁴⁹ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، دون ذكر السنة، ص.9.

⁵⁰ - Jean.Pascal.Chazal, Art.cit, p.3.

⁵¹ - طيلة مئات السنين، كان القرض يبرم في أوروبا بسعر فائدة ربوية، مصحوب بالرهن على جسد الانسان؛ وكان الوسيلة التقنية الوحيدة للخروج من ضائقة مالية عابرة، وقد عبرت المؤلفات الأدبية عن هذا الوضع من خلال إعطاء صورة مقبنة للماضي.

M.Beaubrun, Art.cit, p.4.

- راجع بهذا الخصوص : وليام شكسبير في روايته "الأمير لير" ودوستوفسكي، في روايته "الجريمة والعقاب".

⁵² - M.Beaubrun, Art.cit, p.3.

⁵³ -G.Ripert & R.Roblot, op.cit , p.551.

إن الإحساس بالمستهلك كظاهرة اجتماعية بدأ منذ الستينيات، تزامنا مع نمو اقتصادي لا مثيل له، طبع ذلك العصر بسمة الإنتاج والاستهلاك الكبيرين والتقدم العلمي والتقني. مما إحتاجت معه المشروعات والمؤسسات المتنافسة إلى استعمال وسائل الترويج الحديثة مثل الإشهار والتسويق والائتمان مما أدى إلى زيادة الطلب على المنتجات والخدمات ووسع عدم التكافؤ بين المستهلكين والمحترفين. كما ظهرت نظرية ترى في المستهلك قطعة شطرنج تتحرك على رقعة يمكن تحديدها، بواسطة نظريات سلوكية ونفسية للتأثير فيه والسيطرة على تقييمه للأشياء واتخاذ قرارات الشراء، ثم ستظهر نظرية أخرى، تنادي بأن المستهلك ملك، اصطلاح عليها بسيادة المستهلك، الذي يحدد نجاح المنتج أو فشله⁵⁴. فقد ترتب على الطفرة التكنولوجية التي تحققت منذ منتصف القرن العشرين ظهور أشكال من المنتجات لم تكن معهودة من قبل وانعكس ذلك على أساليب توزيعها. فابتداء من النصف الثاني من القرن العشرين، ظهرت فنون وأشكال جديدة للتسويق ومنح القروض الاستهلاكية وتنامت الفجوة بين المهنيين والمستهلكين.

أما فيما يتعلق بالحماية الجماعية بفرنسا، فقد أدخل قانون هامون بتاريخ 17 مارس 2014 دعوى الفوج الى القانون الفرنسي. تلك التعديلات أدخلت على المواد L423-1 وما يليها وصارت سارية المفعول ابتداء من فاتح أكتوبر 2014⁵⁵. إذ جاء القانون المذكور لتلافي أهم ثغرات مدونة الاستهلاك الفرنسية وهي الحماية الجماعية للمستهلكين. تلك الآلية عرفت لأول مرة في الولايات المتحدة تحت تسمية Class Action و في الكيبك بكندا تحت تسمية الطعن الجماعي⁵⁶ le recours collectif.

نذكر أن أول قانون في فرنسا يمنح جمعيات حماية المستهلك المسجلة أو المعتمدة حق اللجوء إلى القضاء بغرض الدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين كان قانون Royer الذي صدر بتاريخ 27 دجنبر 1973. بعد ذلك سيوسع قانون الاستهلاك الفرنسي من نطاق عمل جمعيات حماية المستهلكين حيث سيحولها حق ممارسة حقوق الطرف المدني عن الوقائع والتصرفات الضارة والماسة بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالمصالح الجماعية للمستهلكين في حالة وقوع جريمة جنائية (1/422) سواء أمام القضاء الجنائي أو القضاء المدني. كما سيسمح لها أن ترفع الدعوى بطلب أصلي أو عارض للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمصلحة الجماعية للمستهلكين أو المطالبة بإيقاف التصرفات غير المشروعة تحت طائلة غرامة تهديدية وأيضا المطالبة بنشر الحكم على نفقة المخالف.

⁵⁴ - محمد بودالي، مرجع سابق، ص.10.

⁵⁵ - Sylvie.Pierre.Maurice, *tribunal de commerce organisation et compétence*, la base de données juridique de éditions Dalloz, p.124. « Consulté le 3/8/2018 »

⁵⁶ - محمد بودالي، مرجع سابق، ص.683.

كما أجازت المادة 6 من قانون 5 يناير 1988 الفرنسي، باستقلال عن الدعوى الجنائية أي في حالة عدم وقوع جريمة، لجمعيات حماية المستهلك المعتمدة أن تطلب من القضاء المدني استصدار أمر بإلغاء الشروط التعسفية من نماذج الاتفاقات المعتادة، التي يطرحها المهنيون على المستهلكين (الفصل 6/462 من مدونة الاستهلاك الفرنسي)، كما يحق لجمعيات حماية المستهلك الانضمام للدعوى الفردية للمستهلك لحمايته من الشروط التعسفية، حينما يكون موضوع الدعوى الأصلية تعويض الضرر الحاصل لواحد أو أكثر من مستهلك حسب أعمال لا تكتسي صبغة إجرامية.

إن مسطرة دعوى الفوج التي أدخلها القانون الفرنسي رقم 344-2014 بتاريخ 17 مارس 2014 المعدل لمدونة الاستهلاك⁵⁷ هي آلية مسطرية جديدة فعالة ومختلفة عن النظام الأمريكي⁵⁸. هذا ما سنعالجه بتفصيل أكبر في الباب الثاني من الفصل الثاني من القسم الثاني لهذا البحث.

هذا وقد صدر في فرنسا، بتاريخ 11 فبراير 2016، قانون معدل للعديد من مواد مدونة القانون المدني من بينها المادة 1112 فقرة 3 والتي أدخلت مصطلح الالتزام بالإعلام للشرعية العامة⁵⁹.

على الصعيد الأوروبي، أعدت المجموعة الاقتصادية الأوروبية سنة 1975 برنامجا تمهيديا لحماية وإعلام المستهلكين وصنفت مصالح المستهلك في خمسة أصناف من الحقوق الأساسية هي الحق في السلامة وحماية مصالحه الاقتصادية وعدم الإضرار به والإعلام والتفاهم⁶⁰.

في المغرب تم إحداث أول بنك بالمغرب، بمقتضى إتفاقية الجزيرة الخضراء، الموقعة بين مجموعة من الدول الأوروبية وأمريكا والمغرب، أطلق عليه " بنك الدولة المغربية" وتم ذلك فعليا في منطقة طنجة سنة 1907 تحت شكل شركة مساهمة. كما أن قطاع القروض الاستهلاكية بشكله الحالي حديث النشأة، ظهر ابتداء من سنة 1930. لقد عمل المستعمر الفرنسي على إدخال ذلك النوع من القروض في شكلها المعاصر وجعل منها آلية مكملة لوظيفة القطاع البنكي. مما فسر

⁵⁷ - JORF n°0065 du 18 mars 2014 page 5400 , texte n° 1, LOI n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation NOR: EFIX1307316LELI: publiée in : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2014/3/17/EFIX1307316L/jo/texte> « consulté le 2/7/2018 ».

⁵⁸ - Kami.Haeri, *l'action de groupe à la française, une curiosité*, la semaine du droit, libres propos, la semaine juridique, Ed. G, n°3, 31 mars 2014, 375.

L.Gaudin, *L'introduction d'une action de groupe en droit français: Présentation du projet de loi en faveur des consommateurs*, LPA, 17 janvier 2007, n° 13.

⁵⁹ - Ordonnance n°2016-131, du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrat, du régime général et de la preuve des obligations, JORF, n°0035, du 11 février 2016, texte 26.

B.Dondero, *Les apports de la loi MURCEF en matière de droit bancaire, (Articles 13 et 16 de la loi du 11 décembre 2001) (1ère partie)*, LPA, 17 janvier 2002, n° 13.

⁶⁰ - أحمد أبران، مرجع سابق، ص.2.

أنداك الإقبال الكبير للفرنسيين المقيمين بالمغرب على تلك القروض مقابل عدد محدود من المغاربة. لم يكن ذلك القطاع منظما قانونا، بل كان يخضع للأعراف المهنية وكانت الشركات التي ترغب في ممارسة نشاط القروض الاستهلاكية تؤسس بمجرد وضع تصريح بالتأسيس⁶¹. لقد ظهر أول تنظيم قانوني للمهنة البنكية بالمغرب سنة 1943 بصور ظهير 31 مارس 1943 المتعلق بتنظيم المهنة البنكية، وصدرت العديد من القرارات الخاصة بتطبيقه.

أما بعد استقلال المغرب، فقد تم تأسيس بنك المغرب بمقتضى ظهير رقم 1-59-233 بتاريخ 30 يونيو 1959. كما تأسست العديد من المؤسسات المالية المتخصصة، كصندوق الإيداع والتدبير وصندوق التوفير الوطني سنة 1959 والقرض الفلاحي والقرض الشعبي، والقرض العقاري والسياحي سنة 1961، كما صدر مرسوم ملكي بمثابة قانون يتعلق بالمهنة البنكية والقرض بتاريخ 21 أبريل 1967⁶². ومنذ الزمن ذلك، ورغم التدخلات التشريعية العديدة والمتباعدة في الزمن بالمغرب، فإن عقد القرض ظل إلى حين صدور قانون تدبير حماية المستهلك، خاضعا للقواعد العامة للعقد، فالعقد كان يخضع لمبادئ سلطان الإرادة والأثر النسبي للعقد⁶³.

لقد صدرت القواعد التوجيهية للأمم المتحدة لحماية المستهلكين سنة 1986 وكانت فرصة لدعوة الحكومات بما فيها المغربية لوضع الوسائل القانونية الكفيلة بحماية حقوق المستهلكين. للتذكير، كان أهم نص بنكي حامل لبعض المبادئ الكبرى للحماية هو ظهير 6 يوليوز 1993 المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها. حيث غير صدور ذلك القانون البنكي الكثير من معالم سوق الائتمان بالمغرب. فأصبح مفهوم الائتمان يشمل البنوك وشركات التمويل. كما اتسع نطاق أنشطة مؤسسات الائتمان ليمتد إلى توظيف الأموال و أنشطة التأمين ويأخذ مفهوم البنك الشامل كامل أبعاده⁶⁴.

61- عبد المهيمن حمزة، النظام القانوني لقروض الاستهلاك-دراسة تأصيلية، رسالة لنيل الماستر في القانون المدني والأعمال، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، 2009/2008، ص.1.

62- مرسوم ملكي رقم 1067.66، بتاريخ 10 محرم 1387 (21 أبريل 1967)، بمثابة قانون يتعلق بالمهنة البنكية والقرض، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2843، بتاريخ 1967/04/26، ص. 826.
عمرو قريوح، الحماية القانونية للمستهلك- القرض الاستهلاكي نموذجا، اطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق بوجدة، 2007/2006، ص.21.

63 - M.Beaubrun, Art.cit, p.6.

Vincent.Forray, Contrat de prêt d'argent ; le consensualisme l'emporte..., Cass. civ. 1re, 28 octobre 2003, LPA, 11 octobre 2004, n° 203.

64- راجع تعريف مفهوم البنك الشامل في الصفحة 244.

ظهرت في فرنسا الرغبة في تشجيع الساكنة على اقتناء العقارات مع الثورة. لكنها تراجعت خلال القرن 19 وبداية القرن العشرين إلى غاية منتصف القرن العشرين. حيث وضعت السلطات الفرنسية تشريعات خاصة وتشجيعات من قبل القرض العقاري بفائدة 0%. لكن ارتفاع تكلفة العقارات لاسيما في المنطقة البارسية و أزمة subrimes التي شهدتها الولايات المتحدة جعلت المؤسسات البنكية متوجسة من الاستمرار في عمليات التمويل.

ذلك النص الإطار سيلغى بموجب قانون رقم 34-03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها الصادر بتاريخ 14 فبراير 2006⁶⁵.

هذا وقد أصدر والي بنك المغرب توصية رقم 2007/33 الصادرة بتاريخ 13 شتنبر 2007 المتعلقة بمنتجات الاجارة و المشاركة و المراجعة تنظم تعريف تلك المنتجات و شروطها.

هذا وقد ظل المشرع المغربي بعيدا عن الاهتمام الجدي بوضعية المستهلكين عموما وقطاع الخدمات البنكية خصوصا. فبالرغم من أن الحكومة أعدت مشروعا خاصا لحماية المستهلك منذ بداية التسعينات من القرن الماضي، إلا أنه لم ير النور إلا في أواخر سنة 2011⁶⁶. وقد استشعرت فعاليات كثيرة في المجتمع المغربي خطورة الوضع القانوني لتلك الفئة الواسعة، وحاول المجتمع المدني تنظيم صفوفه للضغط في اتجاه تحقيق الحماية للمستهلك المغربي واهتم أعضاء مجلس النواب بضرورة إيجاد إطار قانوني شامل لحماية المستهلكين⁶⁷ مما أسفر عن صدور قانون تدابير حماية المستهلك الذي خصص عدة مقتضيات حمائية عامة وخاصة بالخدمات البنكية.

هذا وقد أصدرت السلطة التشريعية المغربية سنة 2014 قانونا تحت رقم 103.12، يتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئة المعتبرة في حكمها. ذلك القانون أتى بالكثير من المستجدات التقنية والمفاهيم المتعلقة بالخدمات البنكية. حيث نظم في بعض مقتضياته علاقة العملاء مع مؤسسات الائتمان، دون أن يكون قانونا إطارا تكميليا للحماية الفردية لمستهلكي الخدمات البنكية⁶⁸.

كما صدر قرار مشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار الرقمي ووزير الاقتصاد والمالية رقم 4031.14 صادر بتاريخ 29 ديسمبر 2014 بتحديد نماذج العروض المسبقة للقروض واستماراتهم

Guy.Raymond, *crédit immobilier*, Jurisclasseur concurrence- consommation, Fasc.1110, cote 03, 2011, p.3.

A.Gourio, *Les règles françaises de protection de l'emprunteur immobilier à l'épreuve de la concurrence européenne*, LPA, 29 avril 1998.

⁶⁵ - ظهير شريف رقم 1.05.178 صادر في 15 محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، منشور بالجريدة الرسمية عدد 21-5397 محرم 1427 (20 فبراير 2006)، ص.435. راجع أيضا، عمرو قريوح، مرجع سابق، ص.21.

راجع المذكرة التقديرية لمشروع القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، منشورة في موقع الامانة العامة للحكومة على الرابط: http://www.sgg.gov.ma/projets_com/17/Av_credit_Ar.pdf "اطلع عليه بتاريخ 2018/08/03".

⁶⁶ - راجع الهامش رقم 20.

⁶⁷ - عمرو قريوح، مرجع سابق، ص.29.

⁶⁸ - القانون 103.12 منشور بموجب ظهير شريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الاول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها. منشور في الجريدة الرسمية عدد 1436 فاتح ربيع الاخر 1436 بتاريخ 22 يناير 2015 ، صفحة 462.

للتراجع القابلة للاقتطاع يسند لبنك المغرب تنفيذه الذي بدأ ستة أشهر ابتداء من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية أي ابتداء من فاتح أبريل 2016⁶⁹.

هذه القرارات التنظيمية طرحت إشكاليات عديدة سنتناول بعضها فيما يليه. وإلى حين ذلك يبقى من الأهمية النظرية الأكيدة دراسة الإشكاليتين موضوع البحث.

خامسا: إشكاليتي الموضوع

إن الإطار العام لموضوع حماية مستهلكي الخدمات البنكية هو وصف العناصر والملاحظات والتجارب التي سمحت بالقول بوجود تلك الحماية. حيث سيتم توضيح منطلقاتها من خلال ملاحظات أو معاينات واقع الخدمات البنكية التي سمح بها تكتم القطاع البنكي والمستندات والكتابات العلمية والعقود المختلفة لتبيان وجود أو عدم وجود الحماية أو حجم و نطاق تلك الحماية المعالجة وتداخلات عناصرها مع مجالات أخرى. إن التنسيق بين الإشكاليات العديدة المتفرعة التي يطرحها موضوع الدراسة، الشاسع النطاق، هو من الأمور الصعبة رغم أن ذلك ما يميزه عن غيره من البحوث التي قد تكون تناولت جزءا فقط من مجالات الحماية. تلك الصعوبة تفرض الإحاطة بتقرعات حماية مستهلكي الخدمات البنكية و إمتداداتها إلى مجالات أخرى (بنكية، مدونة التجارة ...) ، لإيجاد قواسم موحدة لنطاق تلك الحماية ووسائلها. هذا وقد تمكنا من تلخيص تقرعات الحماية من خلال طرح تساولين مهمين حول مجالها بخصوص مستهلكي الخدمات البنكية (أ) وكذا آلياتها (ب)

أ- ماهو نطاق تلك الحماية ؟

تحيل دراسة مجال الحماية على واقع مدى توفيق المشرع والقضاء المغربي والمقارن في توصيف مفهوم الخدمات البنكية بأصنافها والمستهلك بأنواعه والعلاقة فيما بينهما ذلك كله في إطار حماية مستهلكي الخدمات البنكية. لقد ارتبط التساؤل حول مجال الحماية أساسا بمعرفة الشخص المتوجب حمايته، للاقتراب من خصوصيته وتمييزه عن مفاهيم مشابهة وأخرى مغايرة. إن صعوبة تمييز القضاء للمستهلك البنكي عن غيره من المفاهيم المخالفة، ينضاف إلى الصعوبات الموجودة المرتبطة بتفسير النص القانوني الذي هو مصدر التعريف الأساسي، في حين يبقى على محكمة النقض المغربية تقييم ذلك المفهوم وتوحيد الاجتهاد القضائي بخصوصه⁷⁰.

⁶⁹ - جريدة رسمية عدد 6400 ، بتاريخ فاتح أكتوبر 2015، ص.8140.

⁷⁰ - V.Vigneau, trente ans sur la notion du consommateur, Gaz.Pal, vendredi 30 août au mardi 3 septembre 2002, année 122, n°, 242 à 246, p.3.

طرحت دراسة الحماية تساؤلا ثانيا تعلق بالحماية ممن؟ إن الهاجس العلمي والمعرفي أفضى إلى الاقتراب من مفهوم المهني في صورته الأوضح في مجال المعاملات البنكية أي البنك. هذا مع العلم أن مصطلح "مستهلكي" جمع مستهلك يحيل أيضا على حماية مجموع المستهلكين في إطار الحماية الجماعية وآلياتها الجموعية و لى أنواع مختلفة من المستهلكين البنكيين مع وجود صعوبة ترافق تمييز المستهلك عن بقية المفاهيم المخالفة⁷¹.

إن شساعة الموضوع طرح تساؤلا عن أسباب تناول خدمات معينة بالدرس دون غيرها وسبب عدم إختيار الخدمات الأخرى؟ فتباين الخدمات وطبيعتها، يمكن أن يكون مبررا من مبررات الاختيار مع مراعاة قاسم مشترك هو كون تلك المعاملات ذات طابع ائتماني من عدمه. هكذا سنتناول بالدرس والتحليل **الخدمات البنكية الائتمانية** من قبيل: القروض الاستهلاكية سواء المخصصة: (البيع أو تقديم الخدمات التي يكون محل ادائها محل جدولة أو تأجيل، عمليات الإيجار المفضي إلى البيع والإيجار مع خيار الشراء والإيجار المقرون بوعد البيع، القرض المجاني، الكفالة) أو غير المخصصة: (القرض الشخصي، السحب على المكشوف، فتح الإعتماد الدائم، بطاقات الائتمان) أو القرض العقاري **والخدمات البنكية غير الائتمانية**: كخدمات الأداء (البطاقات البنكية غير الائتمانية، التحويل والإشعار بالإقتراع) وخدمات تحصيل وأداء الشيكات والأوراق التجارية وخدمات إيجار الخزائن الحديدية وخدمات الصرف.

هذا وتحيلنا دراسة موضوع الحماية وأشخاص الحماية مباشرة على التساؤل حول آليات حماية الاشخاص والخدمات مع السؤال حول مدى كونها كافية من عدمه ؟

ب- ما هي آليات تلك الحماية؟

تستوجب حماية الطرف الضعيف في عقود الخدمات البنكية، إيجاد الحلول الممكنة وتفعيل الوسائل الحمائية الكفيلة بإعطاء الأولوية لحماية الطرف الضعيف على مبدأ سلطان الإرادة. تحدد القواعد الحمائية سواء التقليدية أو غير التقليدية حقوق وواجبات طرفي العلاقة البنكية.

حيث تفضي إلى التساؤل سواء كانت قواعد موضوعية أو إجرائية حول مدى نجاعتها في حماية مستهلكي الخدمات البنكية، علما أن التقسيم مرن و تجمع بعض تلك القواعد صفات مختلطة.

1- لقد شكل صدور قانون تدابير حماية المستهلك سببا في خلق التمايز بين الآليات التقليدية وغير التقليدية وبين النصوص الخاصة والعامة. فتعارض مقتضيات ظل.ع مع المفاهيم الكبرى لقوانين

⁷¹ - Pierre.Claude.Lafond, *le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, les éditions Thémis, 1996, p.127.

الاستهلاك بعدما ظلت الحاجة لعقود إلى قانون خاص يبين آليات تسمح بمنح القضاة آليات جديدة للحماية. تختلف سلطة القاضي، باختلاف النصوص (القانون المدني أو التجاري أو البنكي أو قانون تدابير حماية المستهلك)، فحماية المستهلك لا تعني بالضرورة إقصاء حماية الشريعة العامة⁷². إن النظام العام الحمائي لرضى المستهلك، يعزز سلامة الرضى وهو لا يتعارض مع إثبات وجود خلل في ذلك الرضى أو أن تتم المطالبة بإلغاء عقد، بعلّة أن الشريعة العامة مستوجبة التطبيق، مادام أن قواعد لا تتعارض مع القواعد المحددة في قانون تدابير حماية المستهلك⁷³. لأجله إرتأينا التساؤل حول نجاعة القواعد الموضوعية التي تحمي ذلك الرضى؟ نفس التساؤل يطرح بخصوص القواعد التقليدية وغير التقليدية، الكفيلة بالحد من اخلالات التوازن العقدي لصالح البنك، المتوفر على الامتيازات التقنية والقانونية.

حيث توجب حماية مستهلكي الخدمات البنكية مكافحة الشروط التعسفية وإقرار حق مستهلكي الخدمات البنكية في ربط أهم الخدمات البنكية لا سيما في مجال الاستدانة و حق الرجوع. دراسة كل القواعد الموضوعية لن يثنيّا عن دراسة القواعد الاجرائية.

2- نتساءل حول مدى فعالية القواعد الاجرائية سواء الشكلية منها التي أقرها قانون تدابير حماية المستهلك والتي تنظم أهم الخدمات البنكية أو تلك التي تحدد إجراءات التقاضي الجماعي وبعض قواعد الادعاء والاختصاص والتنظيم القضائي وقدرتها على حماية مستهلكي الخدمات البنكية؟ يعود ضعف الحماية القانونية لمستهلكي الخدمات البنكية سواء على المستوى الفردي أو الجماعي، على الصعيد الوطني أو بعض القوانين الأجنبية، إلى أسباب عديدة أهمها ضعف الوسائل التقليدية مما يجسد ضرورة الانفتاح على مؤسسات المجتمع المدني المكلفة بحماية المستهلك. فضعف تمثيل جمعيات حماية المستهلك في الهيئات التمثيلية والتأديبية البنكية، وكذا عراقيل انتصابها أمام القضاء سينضاف إلى إشكالية الاحتكار التمثيلي للمجموعة المهنية لأبنك المغرب ويؤثر على المهنيين والمستهلكين. لم يواكب القضاء هذا الضعف بالمعالجة رغم إقرار قانون تدابير حماية المستهلك لحقوق جديدة لمستهلكي الخدمات البنكية لا سيما فيما يتعلق بالقرض الاستهلاكي والعقاري، فإن حاجة المستهلكين إلى تفعيل الآليات الإجرائية ظلت مدة من الزمن معلقة على وجوب إقرار الشكلية

⁷² - هذا يحيلنا إلى تعريف قانون الاستهلاك الذي هو تجميع القواعد والمؤسسات الذي تهدف إلى حماية المستهلك. في رأي آخر، يعرف قانون الاستهلاك بأنه جميع الأحكام التشريعية، التنظيمية وذات المصدر القضائي التي تنظم وضع المستهلك بصفته تلك، مع هدف رئيسي يتجلى في حماية مصالحه. وفي تعريف مغاير هو تجميع معايير مختلفة في المجال القانوني، يجب أن تهدف في نهايتها إلى حماية المستهلك في تعامله مع المهنيين. كتب بعض الفقهاء، أن جوهر قانون الاستهلاك تكونه من قواعد تتناغم مع معيارين هما: أن قواعد تقتصر في تطبيقها على العلاقات بين المهنيين والمستهلكين وثانيا أن الغرض منها حماية المستهلكين.

- Elise.Poillot, *droit européen de la consommation et iniformisation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, paris, 2006, p.11.

⁷³ - Éric.Bazin, *De la nullité virtuelle d'un contrat de consommation*, (Cass. civ. 1re, 7 décembre 2004), LPA, 07 septembre 2005 n° 178, p. 20.

الحماية على مستوى صياغة وتسليم وتوقيع وتنفيذ عقود الخدمات البنكية من أجل إعلام متبصر أكثر وتحديد السعر الفعلي الإجمالي السنوي للقرض وكيفيات إشهاره وإخبار المستهلك بحيثياته أثناء التعاقد والتأسيس لمسؤولية البنك عند الإخلال بالتزاماته، فرض جزاءات مدنية وجنائية. هكذا سنتساءل من خلال القسم المخصص لوسائل الحماية عن مشتملات الآليات القانونية أساسا؟ وطبيعتها؟ وكيفية تفعيل تلك الوسائل والغاية من تشريعها؟ حيث سنتناول خلال هذا البحث مجال الحماية من خلال التطرق لنطاقها (القسم الأول) لنعالج في (القسم الثاني) آليات تلك الحماية.

القسم الأول:

نطاق الحماية

يقصد بنطاق الحماية تحديد ما يدخل في مجالها⁷⁴ وما يخرج عنها، سواء من حيث الموضوع أو الأشخاص. جاء في مجلة "Patrimoine et Droit" أن نطاق الحماية المقررة في قانون فاتح غشت 2003، المسمى "قانون ديترويل"⁷⁵ للكفلاء الملزمين اتجاه دائن مهني يحدده أساسا تعريف

⁷⁴ - « *L'étendue d'un phénomène est son développement, sa longueur et son ampleur*», Larousse Lyr illustré, 1982, p.386.

⁷⁵ - Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, J.O.R.F n°179 du 5 août 2003, texte n° 1, NOR: ECOX0200174L, page 13449.

هذا الأخير⁷⁶. يساهم تعريف العمليات البنكية، في تحديد نطاق العمليات التي يتم تحديدها سلفا من المؤسسات البنكية بشكل منفرد، من خلال عقود من الصعب على كثير من المستهلكين فهمها⁷⁷.

أدت مخاطر اللجوء إلى الائتمان بالمشروع إلى الرغبة في حماية المستهلك. حيث أصبح الائتمان شائعا بشدة وشيوع اللجوء إلى هذا النمط من التمويل جعل من الضروري سن تشريع يسمح للمستهلك بتفادي مخاطر الانجذاب إلى العملية الائتمانية بما فيها من تعقيدات تجعل المستهلك في وضعية ضعف⁷⁸. كما يصعب الاستعلام، نتيجة لعدة عوامل، أهمها صعوبة قراءة وفهم كنه العقود المبرمة وتمدد أخطارها وكثرة قواعدها القانونية الواجبة التطبيق بسبب طريقة كتابتها وتقديمها⁷⁹. يتميز البنكي المحترف بالخبرة وحياسة رأس المال، مما يمكنه من إملاء شروطه على المستهلكين و هو ليس سيء النية دائما أو غايته استغلال المستهلكين دوما. إنما القصد أن البنكي في مركز أقوى من المستهلكين، الذين قد يكونون ضحية لهذا الوضع.

يسيطر البنكي تقنيا على زبونه من خلال معرفته بتنظيم الخدمة التي يعرض ويتقدم قانونيا -على خصومه الافتراضيين من خلال المعلومات التي يجمع⁸⁰ والوسائل القانونية المستعملة من قبله. كما أنه من الناحية الاقتصادية يتحكم في قانون السوق، إذ يوجد في وضع شبه مهيم⁸¹. إن عدم التوازن في العلاقة بين المهني والمستهلك عموما موجود منذ أقدم العصور لذلك كان هدف القانون

⁷⁶ - Protéger les banques, protéger des banques, droit et patrimoine, Jurisprudence et législation, n°68, Juin à décembre 2009, 2LR Lamyline Reflex, 5/5/2012, p.6.

⁷⁷ - نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان (في القانون الفرنسي)، دراسة للقواعد الموضوعية والقواعد الاجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2008، ص.17.

راجع أيضا : محمد جنكل، العمليات البنكية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى، 2003.

⁷⁸ - P.Lemaître, la sanction de l'offre irrégulière de crédit, P.A, 27 juillet 1999, n°, 148, p.11.

E. Bazin, de l'abus de faiblesse en droit de la consommation, Revue Lamy droit des affaires, études perspectives, en date du 6/1/2007.

⁷⁹ - Luc.Chatel, de la conso méfiance à la conso confiance, Rapport au premier ministre de la mission parlementaire auprès du Secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises, au commerce, à l'artisanat, aux professions libérales et à la consommation sur « l'information, la représentation et la protection du consommateur », 9 juillet 2003, p.59 publié in : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000479/0000.pdf>

« consulté le 03/08/2018 »

⁸⁰ - في 17 يونيو من سنة 2009 صادق مجلس الشيوخ الفرنسي على مشروع قانون إصلاح القرض الاستهلاكي، والذي جاء فيه أن الاطلاع على قاعدة بيانات عوارض قروض الخواص هي إجبارية قبل إبرام عقد القرض.

A.Astaix, le crédit, objet de toutes les attentions, Recueil.Dalloz, 2009, p.1589.

⁸¹ - 81 congrès des notaires de France, op.cit , p. 1462.

الروماني حماية الشخص بالنظر إلى مركزه الضعيف⁸²، رغم أن تلك القواعد كانت تهم جميع الأفراد. حيث تنحو حماية المستهلك إلى أن تتوحد مع مفهوم المصلحة العامة، فهي تهمنا جميعا ولكنها لا تستنهض إلا فئة قليلة من الناس⁸³.

كان مصطلح المستهلك لدى رجال الاقتصاد منذ زمن بعيد، هو المنتفع الأخير بالمنتجات والخدمات المقدمة من طرف فئة أخرى من الفاعلين الاقتصاديين- بشكل مباشر أو غير مباشر- تدعى المنتجين؛ فهو يستهلك لتلبية حاجياته الشخصية. أما المنتج فهو يعمل لهدف تضخيم ثروته. وعلى النقيض من ذلك، فهذا المفهوم لم يلق اجماعا لدى رجال القانون، فرغم كثرة استعماله منذ السبعينات لم يركز على أي تعريف قانوني، مما ساهم في إذكاء جذوة الجدل الفقهي حوله⁸⁴.

حين نتحدث عن الاستهلاك لا يمكن أن لا نهتم بالخدمة باعتبارها مفهوما أغنى المعجم القانوني بداية من سنوات الثمانينات. يعد المنتج أو الخدمة أو هما معا، من بين أهم مواضيع الاستهلاك. لكن تعريف الخدمة، كما المنتج، هو صعب، علما أن الصعوبة تلك هي ذات بعد قانوني⁸⁵.

ترتبط الخدمات بالأنشطة المتنوعة التي تشملها وتتضارب حتى أراء الاقتصاديين حول مفهومها⁸⁶. علما أن أغلب تعريفاتها وردت في القوانين ذات الطابع الاقتصادي. إذ ورد تعريف للخدمة في مدونة الأثمان الفرنسية في الفصل 75 فقرة 4 في ظل حكومة فيشي وإعتبرها "كل ما ليس بمنتج"⁸⁷. ويوجد تعريف سلبي مماثل في اتفاقية روما في فصولها 52 إلى 59 التي تلزم الدول الأعضاء بأن تزيل فيما بينها القيود على حرية الإقامة وحرية تقديم الخدمات. حيث عرفت تلك الاتفاقية الخدمات بقولها: "تعتبر كخدمات الأعمال المقدمة عادة مقابل أجر..."⁸⁸. ويتمثل أهم عنصر مميز للخدمة، في تقديم خدمة يد عاملة أو في تنفيذ عمل دون أي علاقة تبعية لحساب شخص آخر⁸⁹.

⁸² - عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص.7.

⁸³ - G.Cas, *la défense du consommateur*, éditions que sais-je ?, PUF, Vendôme, 1975, p.7.

⁸⁴ - V.Vigneau, Art.cit, p.3.

⁸⁵ -S.Akrawati.Adjita, *Contribution à la protection juridique du consommateur dans les pays en voie de développement*, thèse de doctorat en droit des affaires, Université d'Auvergne – Clermont Ferrand 1, Faculté de droit et de science politique , thèse soutenue le 29 mai 1996, p.54.

⁸⁶ -Ibid., p.57.

⁸⁷ -Idem.

⁸⁸ -Ibid, p.58.

⁸⁹ -Ibid, p.59.

إن الخدمة في تعبير القانون الاقتصادي هي القيمة المضافة أو حين تشكل هذه الأخيرة الجزء المهم من ثمن الخدمة. أما بالنسبة لرجال القانون، فإن الخدمات مكونة من التزامات بالقيام بعمل وهي مقدمة بطريقة مستقلة ولا تقضي إلى إنشاء أو تفويت حق⁹⁰. حيث تمثل الخدمة كل عمل بعوض هو ليس بمال غير معنوي و يمكن أن تكون مادية (إصلاح، تنظيف، فندقية، نقل) أو معنوية (خدمات صحية، استشارات قانونية...) أو مالية (تأمين، قرض)⁹¹.

عهد قانون تدابير حماية المستهلك تحديد التعليمات الواجبة التطبيق إلى كل المؤسسات الائتمانية والخدمات التي تقدمها للمستهلكين وهي قواعد ذات بعد وقائي وعلاجي ذات فائدة كبيرة لحماية المستهلكين من مخاطر الائتمان. كما أوجد القانون المذكور قواعد حمائية فعالة نظرا لطابعها المتخصص. لذلك حاولنا أن نحدد بشكل عام نطاق الحماية لا من حيث موضوعها أو أشخاصها الذين تتعلق أو لا تتعلق بهم؛ عبر بابين خصصناهما لكل من الخدمات البنكية موضوع الحماية (الباب الثاني) ومستهلكي الخدمات البنكية كأشخاص موضوع للحماية (الباب الأول).

الباب الأول: مستهلكي الخدمات البنكية

تجمع عقود الاستهلاك الخاصة بالخدمات البنكية بين مهني (بنك) من جهة ومستهلك أو مستهلكين من جهة أخرى. ولم يعرف المشرع المغربي على غرار المشرع الأوروبي وحتى الفرنسي تلك العقود وقد أغفل العديد من الفقهاء تعريف عقد الاستهلاك رغم استعمالهم وتطرقهم إليه في جزء كبير من كتاباتهم. في حين عرف المشرع الكندي بالكيبيك عقد الاستهلاك في الفصل 1384 من قانونه المدني الذي جاء فيه أن: " عقد الاستهلاك هو عقد، تحدد نطاق تطبيقه قوانين

⁹⁰ - S.Akrawati.Adjita, op.cit, p.54.

⁹¹ - J.Calais-Auloy&F.Steinmetz, droit de la consommation, Dalloz, 7 édition, 2006, p. 8.

متعلقة بحماية المستهلك و يقوم من خلاله أحد طرفيه وهو الشخص الذاتي، المستهلك، باقتناء، كراء، اقتراض أو الحصول بأي طريقة أخرى لغايات شخصية أسرية أو منزلية على أموال أو خدمات لدى الطرف الآخر الذي يقدم تلك الأموال أو الخدمات في إطار مقولة يستغلها⁹².

وقد قام بعض الفقهاء بإيجاد عناصر مشتركة لكل عقود الإستهلاك بما فيها البنكية حتى إن لم يقترحوا تعريفا. فقط ذهب الفقيهان " بيكود ودافو " إلى أن عقود الاستهلاك تتميز بوجود مهني، في وضع تفوق بالنسبة للمستهلك نظرا للمعارف التقنية والقدرات المالية الأكثر تطورا⁹³. ونجد نفس تلك الخصائص في العقود المنصبة على الخدمات البنكية التي تتميز بوجود بنك متفوق ومستهلكين إما يقتنون أو يقترضون أو يكرون.

هنا يبقى من المهم بعد تحديد مفهوم عقود الاستهلاك كمدخل، تحديد نطاق مستهلكي تلك الخدمات و هم في مجموعهم مستهلكين، إذ يختلف نطاق التعريف بحسب ما إذا تعلق الأمر بمفهوم المستهلك العادي أو تفرعاته التخصصية، من قبيل المقترض أو الزبون أو المدخر. ذلك أنه لا يوجد مستهلك واحد و إنما مستهلكين⁹⁴. فتعريف المستهلكين يحدد نطاق الحماية المرتبط بتطبيق قانون الاستهلاك⁹⁵. فالمستهلك من المواضيع الجديرة بالبحث لارتباط ذلك الوثيق بتحديد نطاق الحماية من حيث الأشخاص⁹⁶. فالمتعاقدون بحاجة ماسة إلى أن يعرفوا سلفا الحكم الجائز التطبيق في شأن علاقاتهم، لذا، سعى العديد من أصحاب المهن إلى توسيع نطاق حمايتهم القانونية بارتداء معطف المستهلك والتمسك بنوع من الحماية لا يستحقونها بالضرورة⁹⁷. هذا ولتوضيح مفهوم المستهلكين يجب التطرق إلى أغلب المفاهيم سواء كانت عامة، أو مشتركة (الفصل الأول) والتي تشمل قانون الاستهلاك في مجمله، أو تخص أطراف العلاقة في عقود الخدمة البنكية باعتبارها مرتبطة، مماثلة أو مخالفة (الفصل الثاني)

الفصل الأول: المفهوم المشترك لمستهلكي الخدمات البنكية

⁹²-Guy.Raymond, *contrats de consommation*, Jurisclasseur-Concurrence-Consommation, cote 03.2009, date de fraicheur 15 mai 2009, p.5.

⁹³- Y.Picod & H.Davo, *droit de la consommation*, Armond Colin, 2005, p.172.

⁹⁴- Juliette.Mel , *La notion de consommateur européen*, LPA, 31 janvier 2006, n° 22, p. 5 & S.

⁹⁵-J.Mel , Art.cit, p.5 & S.

⁹⁶- عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص.17.

⁹⁷ - A.Cinay-Cytermman, *les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, la protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J, 1996, p.263.

إن مصدر مصطلح المستهلك في اللاتينية يشتق من الكلمة اللاتينية « Consummo-are » والذي يعني إنهاء تحقيق و«-Consumo-ere» الذي يعني استعمال، هلك، دمر. فأصل فعل استهلك Consommer في الفرنسية، يشتق من Consummare. هذا المعنى استقر في نهاية القرن الثامن حول فعل Consommer أي العمل على الإهلاك عبر الاستعمال. ثم سيتطور المفهوم بعد ذلك وسيفضل المعنى الاقتصادي له. إذ سيصير مصطلح consommation هو الاستعمال الذي يخصص لشيء ما بغرض إشباع حاجة معينة. هكذا تطور المفهوم من التدمير المادي للشيء إلى التدمير غير المادي لحاجة عبر الشيء لأجل إشباع منفعة⁹⁸. على صعيد آخر يرى بعض الفقهاء أن كلمة استهلك لغة هي بمعنى استنفذ أو أفنى أو أهلك أو إلتهم أو أكل. حيث تعبر اللغة الإنجليزية عن تلك المعاني بكلمة « consume » ويقابل فعل « consommer » كما سبق ذكره.

فالإسم من استهلك ومعناه الاستنفاد أو الإسراف أو التبديد أو الإهلاك و يقابل ذلك في اللغة الإنجليزية « consumption » وفي الفرنسية كما ذكر أنفا « consommation ». فاسم الصفة هو مستهلك ويعني القابلية للفناء أو الاستنفاد. حيث يؤدي ذلك المعنى باللغة الإنجليزية إلى كلمة « consumable » وكلمة « consommé » في اللغة الفرنسية. ذلك أن إسم الفاعل من استهلك هو مستهلك بضم الميم وكسر اللام. يقابل الاسم في اللغة الإنجليزية « consumer » أي « consommateur » باللغة الفرنسية. فالمستهلك لغة هو الشخص الذي يقوم بعملية الاستهلاك. إنه الفاعل الذي يستهلك الشيء⁹⁹. يتسع مفهوم المستهلكين إقتصاديا ليخرج المفهوم من الإطار القانوني كل الذين يقومون بأفعال الاستهلاك المادية دون أن يقوموا بذواتهم بإبرام العقود. من جانب آخر، يقابل هؤلاء المستهلكين، جماعة المحترفين أو المهنيين والذين هم الأبنك في نازلة الحال. حيث لا خلاف أن هؤلاء المهنيين، لا تشملهم مقومات الحماية المأمول تحقيقها للمستهلكين. ذلك أن مبررات هذه الحماية لا تتوافر في جانبهم، بدءا من تمتعهم بمقومات الخبرة والمعرفة في المعاملات البنكية على نحو ينأى بهم عن أي ضعف، مروراً بعدم استطاعة الطرف الآخر، و لو كان مهنيا من ذات التخصص، أن يمارس في مواجهتهم أي ضغط من شأنه أن يدفعهم إلى التعاقد دون رغبة حقيقية لديهم وانتهاء بأن تعاقداتهم في مجال تخصصاتهم قد تأتي في أغلب الأحيان خالية من غرض الاستهلاك¹⁰⁰. يعد المستهلك ذلك الذي يقوم بالتصرف النهائي (consumare)

⁹⁸ - Jean.Pascal.Chazal, Art.cit, p.2.

⁹⁹ - نصيف محمد حسين، مرجع سابق، ص.2.

¹⁰⁰ - عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص.17 و18.

أي أنهى. علما أنه في النشاط الاقتصادي الذي يدرس عبر مراحل الثلاث: الإنتاج، التوزيع، الاستهلاك، فالعمل الاستهلاكي يوازي بين استعمال خدمة أو الاستعمال النهائي لمنتج¹⁰¹.

أما مفهوم المستهلك في المجال القانوني، فيختلف عنه في المجال الاقتصادي، فالقانون لا يعبأ بفعل الاستهلاك في حد ذاته وإنما يهتم بالتصرف القانوني الذي يأتيه الشخص القانوني بإرادته بهدف إشباع احتياجاته الذاتية أو العائلية بواسطة الخدمات البنكية. فمستهلك تلك الخدمات على النحو الذي سيأتي بيانه تفصيلا هو من يقوم بإبرام العقود البنكية بهدف الحصول على تلك الاحتياجات المالية¹⁰². يمكن تعريف المستهلك في المفهوم القانوني بشكل ضيق من خلال الغاية من التصرف الذي يقوم به وبطريقة سلسلة دون تجربة في مواجهة المهني المتصرف لحاجياته أو في إطار مهنته¹⁰³. ولأجل الاقتراب أكثر من هذا المفهوم، ذي الأبعاد الدولية، يتعين دراسة تعريفه في النظام القانوني المغربي (الفرع الأول) قبل دراسته في الأنظمة الأوروبية المقارنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف المستهلك في النظام القانوني المغربي

لم يعرف النظام القانوني المغربي المستهلك سواء في قانون الالتزامات والعقود أو في بعض القوانين الخاصة والوثيقة الصلة بحماية المستهلك كقانون 5 أكتوبر 1984 المتعلق بزجر الغش في البضائع أو في النصوص المتعلقة بتطبيقه أو في قانون 12 أكتوبر 1972 المتمم بمقتضى قانون 4 شتنبر 1975 المتعلق بتنظيم الأسعار أو في قانون 5 يونيو 1999 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة الذي استعمل عبارة "المستهلك"¹⁰⁴. لكن تلك النصوص اكتفت باستعمال مفاهيم عامة مثل:

"الزبون" أو "المشتري" و"العموم"، مما يدل على أن المشرع المغربي ركز على أمور أخرى عوض حماية المستهلك¹⁰⁵. لاحقا ستتطور الحماية التشريعية و التنظيمية للمستهلكين عبر قانون تدابير حماية المستهلك ونصوصه التطبيقية، دون أن يتم بالموازاة مع ذلك تعريف تشريعي دقيق وموحد لمفهوم المستهلك، كما كان الحال بفرنسا¹⁰⁶. إن أول تساؤل طرح في زمن صدر فيه قانون

¹⁰¹ - Didier.Ferrier, *la protection des consommateurs*, Dalloz, 1997, p.13.

¹⁰² - نصيف محمد حسين، مرجع سابق ص.2.

¹⁰³ - Didier.Ferrier, Op.cit , p.13.

¹⁰⁴ - يتعلق الامر بدباجة القانون 06.99؛ موضوع ظهير شريف رقم 1.00.225 صادر في 2 ربيع الأول 1421 (5 يونيو 2000) بتنفيذ القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة، جريدة رسمية عدد 4810، بتاريخ 2000/07/06، ص.1941.

¹⁰⁵ - بوعبيد عباسي، مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك، المجلة المغربية للاقتصاد و القانون المقارن، عدد خاص بتكريم الدكتور محمد الكشور، العدد 37، 2002، ص.174.

¹⁰⁶ - Didier.Ferrier, op.cit , p.13.

تدابير حماية المستهلك هو حول وجود المستهلك؟ علما أن جاك ميستر يقول أنه ليس هناك تعريف واحد بل عدة تعريفات للمستهلك، وهذا ينطبق على واقع التشريع المغربي.

فإذا كان المشرع قد وسع من مفهوم المستهلك بنصه في الفصل الثاني من قانون 08.31 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك¹⁰⁷ على أنه هو " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي"¹⁰⁸، فإن تعريفاً من هذا القبيل إن كان يمتاز بالدقة والبساطة والصرامة العلمية ويشجع الأمان والتوقع¹⁰⁹ فإنه في رأينا لا ينسجم مع مقولة أن "القانون له وظيفة حماية الضعفاء ضد الأقوياء"¹¹⁰. كما يلاحظ عليه استعماله عبارة الحاجيات غير المهنية، رغم أن بعض الفقهاء تساءل عن حماية من يقتني أو يستعمل في إطار مهني. هذا فضلاً على أن تعريف المورد شمل فقط من يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري¹¹¹ مما يطرح سؤال جودة إختيار المصطلحات من قبل المشرع.

يعمق واقع عدم الوضوح هذا، تعريف المادة 74 للمقترح، التي تحيل على المستهلك وفق المادة 2 أعلاه وعلى كفالاته المحتملة. مما يطرح التساؤل أيضاً عن سبب عدم شمول التعريف مفهوم "المهني غير المتخصص". حيث إن هناك صعوبة في قبول كون الصانع والتجار والحرفيين خارج اختصاصهم بالمجال البنكي موردين¹¹². تزداد صعوبة تعريف المستهلك بإشارته غير المباشرة لمفهوم "غير المهني" جنباً إلى جنب مع مفهوم المستهلك، حتى كان التساؤل ما إذا كان كل من المصطلحين له معنى خاص أو أن كل مصطلح هو تكرار للآخر؟¹¹³.

لم يستغل المشرع صدور قانون تدابير حماية المستهلك الفرصة لإعطاء تعريف شامل و دقيق للمستهلك وظل تحديد مفهوم المستهلك يوجب البحث على العناصر التي تسمح بالتعرف عليه وكذا

¹⁰⁷ - صدر الظهير الشريف رقم 1.11.03 بتاريخ 14 ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، جريدة رسمية عدد 5932 - 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011).

¹⁰⁸ - انظر بخصوص مختلف الاتجاهات المحددة لمفهوم المستهلك : محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 27 و ما يليه.

¹⁰⁹ - J.P.Chazal, *le consommateur existe-il ?*, Recueil.Dalloz, 1997, p.263.

¹¹⁰ - D.Mazeaud, « le juge face aux clauses abusives », in : « le juge et l'exécution du contrat » , colloque IDA, aix –en –province, 28 mai, 1993, PUAM, cité in : J.P.Chazal, *le consommateur existe-il ?*, op.cit, p.263.

¹¹¹ - G.Berlioz, *droit de la consommation et droit des contrats*, J.C.P, 1979, I, 2954, paragraphe, 8.

¹¹² - TGI de strasbourg, 15 novembre 1973, RTD. Civ, 1974, p.142.

¹¹³ - Ch.Giaume, *le non professionnel est-il un consommateur ? ou des problèmes de la redondance en droit de la consommation*, LPA, 23 juillet 1990, p.25.

دراسة آثار ذلك التعريف على الوضع القانوني للطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية البنكية. فإذا كان المستهلك البنكي محمي لأنه ضعيف، فماذا عن بقية الضعفاء غير المحميين؟

نوضح بهذا الخصوص أن احتكار الضعف لاسيما الاقتصادي ليس للمستهلك. فإذا كان تأسيس مفهوم المستهلك على الضعف المفترض، فماذا عن بعض المهنيين الذين يوجدون في حالة ضعف مشابه أو أكبر؟ هل يتوجب التماس تطبيق مقتضيات قانون الاستهلاك لأجل حمايتهم؟¹¹⁴.

سؤالان جامعان يفرضان نفسيهما في هذا المستوى الأول: هل المستهلك هو محمي باعتباره شخصا طبيعيا بمعزل عن أي شخص معنوي؟ و هو ما سنتناوله من خلال دراسة المستهلك البنكي باعتباره شخص طبيعي و معنوي (المبحث الأول). والسؤال الثاني: هل يمكن أن يعد المهني مستهلك، على الأقل في بعض الحالات، حينما يتعاقد خارج نطاق نشاطه؟ وهو ما سنتطرق إليه من خلال مناقشة مدى ملاءمة اعتبار المهني الذي يتعامل في المجال البنكي خارج مجال تخصصه كمستهلك وما تثيره صفة المستهلك من صعوبات الإثبات (المبحث الثاني)

المبحث الأول : المستهلك البنكي شخص طبيعي أو معنوي

عرف المشرع المغربي المستهلك، اعتمادا على صفة الشخص المتعاقد والغاية من العقد. فالمستهلك مفهوم قانوني واقتصادي. ولأجل ذلك، فإن رجل القانون لا يستطيع أن يحدد نطاق المفهوم بدقة. هنا نشير أنه في محاولة لتحديد نطاق المفهوم بذل بعض الفقهاء مجهودا لتعريفه. فمنهم من اعتبر المستهلك هو من يتعاقد لأغراض منزلية. لكن هذا الرأي ترك جانبا كثيرا من العلاقات المتنوعة. فضبابية أو شبه ضبابية التعريف لا زالت إلى تاريخه وقد أدى تحفظ المشرعين إلى تكاثر التعاريف والأفكار¹¹⁵. ورد في نفس السياق في إحدى قرارات محكمة الاستئناف بفاس صادر بتاريخ 2009/1/29 أنه يقصد بالمستهلك ذلك المستهلك العادي متوسط التمييز¹¹⁶. إن التمييز المنبني على صفة الشخص المتعاقد صار عادة قانونية. ذلك أن القانون الوضعي دائما

¹¹⁴ - Jean.Pascal.Chazal, *vulnérabilité et droit de la consommation*, Art.cit, p.3.

¹¹⁵ - Gilles paisant, *essai sur la notion de consommateur en droit positif (réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la cour de cassation)*, J.C.P, G , n°9, 10 Mars 1993, I 3655. , p.1.

¹¹⁶ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، تحت رقم 178، صادر بتاريخ 2009/1/29، في الملف رقم 2008/1061، غير منشور.

جاء بخصوص معيار المستهلك العادي، في قرار لنفس المحكمة بتاريخ 2012/10/11 : " إن واقعة التقليد أو التزييف تتحقق بوجود التشابه بين النموذجين مع إغارة الاهتمام بهذه التشابهات لا الاختلافات فضلا على أنه بالرجوع إلى محضر الحجز الوصفي و مقارنة النموذجين الأول من صنع المدعية -المستأنف عليها- و الثاني من صنع المدعى عليها -المستأنفة- يتبين أن هناك تشابها كبيرا بينهما كما أنه إذا كان اسم TEMPO يختلف عن اسم LEMPO إلا أن الشكل الذي كتب به سواء من حيث الألوان المستعملة أو في طريقة الكتابة بخصوص الحجم و الحروف فإن من شأن ذلك إيقاع المستهلك العادي في الغلط و حمله على الاعتقاد أنه يشتري منتج TEMPO والحال أن الأمر يتعلق بمنتج آخر". قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 1738، صادر بتاريخ 2012/10/11، ملف عدد 10/1609، غير منشور

ماكان يميز بين الأشياء والأشخاص . تنبني الاشخاص موضوع الشخصية القانونية على أهلية الاستفادة من الحقوق وأهلية تحمل الالتزامات. و يطبق قياسا القانون على الأشخاص الطبيعية والمعنوية المؤهلة لتحمل الالتزامات الواردة به والعقود الممنوحة بموجبه.

وقد ذهب بعض الفقهاء أن قانون حماية المستهلك، تابع للقانون العام باعتباره ينظم العلاقات القانونية الخاصة بين الفرد المستهلك وقطاع الأعمال الذي يبيع البضائع ويقدم الخدمات. حيث تغطي حماية المستهلك مجالا واسعا من المواضيع كمحاصرة الممارسات التجارية غير العادلة وسوء التعريف بالخدمات وأسعارها وغيرها من تداخلات المهني بما فيه علاقات البنكي بالمستهلكين. لكن أهم ما يتمحور حوله قانون تدابير حماية المستهلك هو ضمان حقوق المستهلك؛ أي أن المستهلكين يملكون حقوقا متعددة بصفتهم تلك. يفرض ذلك الارتباط أهمية تحديد من هو ذلك المستهلك؟ هل هو شخص طبيعي(مطلب أول) أو شخص معنوي (مطلب ثاني) لاسيما بالنسبة للخدمات موضوع الدراسة.

المطلب الأول : المستهلك البنكي شخص طبيعي

إن تعريف الشخص الطبيعي هو تعريف لشخص المستهلك البنكي ككائن يتمتع بالشخصية القانونية. كما أن دراسته هي دراسة لأحد أشخاص القانون وليست موضوع له. إنه إقرار بأن ذلك الشخص يستفيد من حقوق ويخضع للالتزامات في مواجهة البنك وبقية المجتمع. نذكر أن مفهوم الشخص الطبيعي هو ابتكار للمستعمرات البريطانية بأمريكا الشمالية حينما انفصلت عن بريطانيا العظمى. ذلك أن "دستور فرجينيا" أعلن سنة 1776 كون كل البشر يولدون لهم حقوق طبيعية لا يمكن أن يسلبهم منها أي عقد¹¹⁷. تستوجب دراسة مفهوم المستهلك البنكي كشخص طبيعي مقارنته مع مفهوم المستهلك البنكي كشخص معنوي (الفقرة الأولى) علما أن آثار مهمة مرتبطة باختيار ذلك التكيف (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الشخص الطبيعي

يقول أحد الفقهاء المغاربة أن الشخص الطبيعي هو الإنسان الذي ميزه الله تعالى عن غيره من المخلوقات بالنطق والعقل والذي كفل له التمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات ليكون محل خلافة الله في الأرض. حيث أن الإنسان داخل الجماعة يعمل ويكسب وما يكسبه و يدخل في ذمته المالية وينجر إليه وحده في ضوء الضوابط الشرعية والقانونية¹¹⁸. كما أن المستهلك الطبيعي في الوضع

¹¹⁷- Voir la notion de personne physique en droit français publiée sur le lien : <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1558> « روجع بتاريخ 2018/7/8 »

¹¹⁸- عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2001، ص.78.

الحالي للتشريع المغربي، يمكن الجزم بأنه هو المحمي في مجال التعامل بخصوص الخدمات البنكية. حيث يستفيد من تطبيق المقتضيات المخصصة للشروط التعسفية والبيع خارج محل البنك والبيع عن بعد والقروض الاستهلاكية والعقارية. هذا ويتدخل الشخص الطبيعي في قانون تدابير حماية المستهلك، في عقود الاستهلاك باعتباره مستهلكا عاديا أو "مهنيا"¹¹⁹، على غرار التشريع الأوروبي في مراحل سابقة وهو ما تم التراجع عنه حيث تميز الغاية من العقد بين الوضعيتين¹²⁰. وكان حري بالمشرع أن يقصر مفهوم المستهلك على الشخص الطبيعي أو أن يتبنى ما أُصطلح عليه فقها بالمفهوم الضيق للمستهلك¹²¹، فمفهوم الشخص الطبيعي نقيض الشخص المعنوي¹²². جاء في قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة الاستئناف بجرونوبل بتاريخ 12 دجنبر 2011 "أن المادة 3- 211 L من مدونة الاستهلاك آنذاك - نزاع يعود لسنة 2007 - تنطبق على البائع الذي يتصرف في إطار نشاطه المهني، والمشتري المتصرف باعتباره مستهلك. مادام أن الفصل المذكور لم يحل إلى مفاهيم الشخص الطبيعي أو المعنوي، فالنص لم يعط تعريفا ضيقا للمستهلك"¹²³.

طبعاً ينتج عن تكييف شخص طبيعي آثار على المستهلك البنكي ندرسها فيما سيأتي.

الفقرة الثانية : آثار تكييف الشخص الطبيعي على المستهلك البنكي

إن أهم آثار تكييف المستهلك البنكي كونه شخص طبيعي، أهليته الكاملة للتصرف وتدبير أمواله لا سيما تلك التي يكتسبها من البنك في مجال الاستدانة بخلاف موانع التصرف بالنسبة للشخص المعنوي حيث يخضع لقيود عديدة مرتبطة بجزاءات مدنية وزجرية. فالشخص الطبيعي يحق له أن يتصرف بحرية أكبر في الأموال والمنافع المتحصلة من الخدمات البنكية. يسمح ذلك التكييف لأعقاب المقترض أن يعترضوا على تنذير تلك الأموال و المنافع المحصلة من قبل المقترض من البنك، إذا ما فوتت في غير ما أعدت له و في غير مصلحة المقترض والورثة المفترضين من خلال دعوى التحجير¹²⁴.

¹¹⁹ - أبرز مثال لذلك هو الإطار البنكي الذي يتعاقد مع بنك للحصول على قرض استهلاكي أو عقاري لحاجياته الشخصية أو العائلية.

¹²⁰ - Augustin.Boujka, *Le droit communautaire et les divisions du droit (1re partie)*, Chronique de droit européen no IV, LPA, 23 août 2004 n° 168, p. 9.

¹²¹ - J.Amar, *une cause perdue : la protection des personnes morales par le droit de la consommation ?*, Contrats.Conc.Consom., Chron.5, 1993, p.7.

¹²² - Youssef.Shandi, *la formation du contrat à distance par voie électronique*, université Robert Schuman Strasbourg III, faculté de droit, des sciences politiques et de gestion, soutenue le 28 juin 2005, p.85.

¹²³ - C.A. Grenoble , chambre civile, 12 décembre 2011 , n°9/03879.

¹²⁴ - بخصوص عدم تنفيذ عقد الاستهلاك بحسن نية راجع:

يتسع نطاق الحماية لفائدة الشخص الطبيعي الذي يستفيد من الحماية المخصصة لبيع الخدمات البنكية خارج المحلات التجارية على خلاف الشخص المعنوي، وفق ما يستنتج من صياغة المادة 45 من قانون تدابير حماية المستهلك. كما يستفيد المقترض - الشخص الطبيعي- وكفيله - الشخص الطبيعي- كذلك من حق التوصل بالمجان، بأية وسيلة تثبت ذلك، بعرض عقد القرض العقاري المعد من قبل المقرض طبقا للمادة 117 من نفس القانون المذكور. ويستفيد كذلك المقترض والكفيل الطبيعيين حصرا من أجل التفكير في مجال القرض العقاري.

تظهر شساعة نطاق الحماية بارتباط بصفة الشخص الطبيعي، لا سيما في مجال بطلان عقد الكفالة، الذي لا يتم وفق الصيغة الواردة في المادة 144 من قانون تدابير حماية المستهلك والتي سندرسها لاحقا في باب وسائل الحماية الموضوعية. نفس تلك الشساعة تظهر بجلاء في مواجهة المقرض الذي لا يخبر الكفيل الشخص الطبيعي بتوقف المدين الأصلي عن الأداء في حالة الاستدانة سواء تعلق الأمر بعقد قرض عقاري أو استهلاكي. حيث يتعرض المقرض المخل لسقوط حقه في المطالبة باداء الكفيل للغرامات وفوائد التأخير طبقا للمادة 146 من قانون تدابير حماية المستهلك.

تعد تلك الصفة أيضا شرطا في المادة 158 من القانون المذكور لتوكيل جمعية حماية المستهلك؛ حيث اشترطت المادة المذكورة لقبول دعوى المطالبة بالتعويض من أجل أضرار فردية توكيل الجمعية من قبل شخصين طبيعيين إثنين على الأقل ولم تفتح باب تلك الرخصة للشخص أو الأشخاص المعنوية. لكن نطاق الحماية الواسع، والمحصور على الشخص الطبيعي، ليس هو نفسه ما تبناه المشرع المغربي في مفهوم المستهلك البنكي عموما. حيث شمل التعريف إلى جانب الشخص الطبيعي الشخص المعنوي الذي ندرسه فيما يلي.

المطلب الثاني: المستهلك البنكي شخص معنوي

يقصد بالشخص المعنوي أو الاعتباري «la personne morale» شخصا يكتسب الشخصية القانونية حكما أي بنص القانون، فالقانون هو مصدر وجوده وقيامه¹²⁵. وقد تحاشى القانون تعريف الشخص المعنوي وترك ذلك للفقهاء الذين أعطوا له عدة تعريفات، نذكر منها أن الأشخاص

Frédéric.Durand, *le droit du crédit à travers la jurisprudence de la cour d'appel de Colmar*, Revue Lamy droit des affaires , octobre 2008, n°31, p.123.

Voir aussi : J.Ghestin, *le créancier d'une personne peut-il se voir opposer la mauvaise gestion de ses biens ?*, Droit et patrimoine, juin 1993, p.58& suivants.

¹²⁵ - أنظر : إسحاق إبراهيم منصور، *نظريتنا القانون والحق*، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 236.

المعنوية هي: "كل مجموعة من الأشخاص تستهدف غرضاً مشتركاً، أو مجموعة من الأموال ترصد لفترة زمنية محددة لتحقيق غرض معين. بحيث تكون هذه المجموعة من الأشخاص أو الأموال كائناً قانونياً " شخص قانوني " مستقلاً عن ذوي الأشخاص والأموال المكونة له وله أهلية قانونية مستقلة و قائمة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات باسمه ولحسابه. كما أن هذه المجموعات لها مصلحة جماعية مشتركة ومستقلة عن المصالح الذاتية والفردية لأفراد المجموعة"¹²⁶. كما عرفت تلك الأشخاص أنها: " مجموعات من الأشخاص الطبيعية أو الأموال يجمعها غرض واحد ويكون لهذه المجموعة شخصية قانونية لازمة لتحقيق هذا الغرض منفصلة عن شخصية المكونين والمنتهيين بها "¹²⁷. كما تم تعريفها "أنها مجموعة أشخاص أو أموال يعترف لهم القانون بأهلية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات كالجمعيات والشركات والمؤسسات الخاصة والعامة والمرافق العمومية".

يثار عادة إشكال بالنسبة للشخص الاعتباري في باب من يتعاقد باسمه و مدى الاختصاصات التي يحظى بها؟ فالأصل أن يعمل الشركاء أو المؤسسون على تعيين من يمثلهم و يتعاقد باسمهم كما يعملون على تحديد سلطاته، فالعقد شريعتهم. فإذا أغفل الشركاء أو المؤسسون ذلك حددها القانون¹²⁸. إنه من خلال تلك التعريفات يمكن استخلاص ثلاثة عناصر تميز الشخص المعنوي وهي :

- وجود مجموعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال أو الاثنين معاً، لها إرادة مستقلة عن إرادة المكونين لها تقوم بتمثيل والعمل باسم ولحساب الشخص المعنوي.
 - التمتع بشخصية قانونية، بناء على نص في القانون.
 - تحقيق غرض معين على أن يكون ممكناً ومشروعاً ويتحدد في قانون إنشائه¹²⁹.
- ينتقد الكثير من الفقهاء اعتبار الأشخاص المعنوية، بما فيها العاملة في مجال الخدمات البنكية، من المستهلكين حيث تتميز بتعقيدها. جاء عن الفقيه "تيري بوجواني" أن الأشخاص المعنوية لا تعد من المستهلكين لسبب أنها مبدئياً مقاولات تكون في أوضاع غير متوازنة وهو ما يميز علاقات الاستهلاك¹³⁰.

¹²⁶ - عمار عوايدي، القانون الإداري، النظام الإداري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002 الجزائر، ص 182.

¹²⁷ - رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 55 و56.

¹²⁸ - عبد الرحمان بلعكيد، مرجع سابق، ص.85.

¹²⁹ - إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص. 237.

¹³⁰ - Thierry.Bourgoignie,« O conceito juridico do consumidor », (1992) 2, revista de direido do consumidor 32.

تبدأ الشخصية المعنوية من يوم إشهارها في السجل التجاري بالنسبة للشركات (المادة 987 من ظل ع) وبالنسبة للجمعيات من تاريخ القانون الخاص بإنشائها (المادة 5 من قانون الجمعيات) أو الأحزاب السياسية من تاريخ إنصرام أجل 30 يوما من إيداع ملف التصريح به (المادة 15 من قانون الأحزاب السياسية). كما أنها تنتهي بحل الشركة لانعدام أهلية الشركة. جاء بخصوص عدم أهلية شركة للتقاضي باعتبارها شركة منحلة طور التصفية، في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 27-2-2013 أن: «المادة 362 من قانون شركات المساهمة نصت على أن الشخصية المعنوية للشركة في طور التصفية تبقى قائمة إلى حين اختتام إجراءاتها. وأن طلب رفع الحجز على أموال الشركة يدخل في صميم الإجراءات المذكورة ولا مجال للاحتجاج بمقتضيات المادة 619 من مدونة التجارة لتعلقها بالتصفية القضائية وليس بحل الشركة بسبب عدم ملاءمة نظامها الأساسي مع مقتضيات القانون الجديد لشركات المساهمة طبقا للمادة 448 منه كما هو الحال بالنسبة للنازلة الحالية»¹³¹. تتقدم الدعاوى بين الشركة والبنك بمضي أجل خمس سنوات من تاريخ حل الشركة أو من تاريخ نشر انفصال الشريك عنها (الفصل 392 من ظل.ع). كما أن أي وكالة معطاة من الشخص المعنوي تنتهي بانتهاء ذلك الشخص. هذا و تنقسم الأشخاص المعنوية إلى أشخاص معنوية خاصة (الفقرة الأولى) وأخرى عامة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأشخاص المعنوية الخاصة

تتمثل الأشخاص المعنوية الخاصة ذات الأهداف غير الربحية، في الجمعيات المعترف أو غير المعترف بمنفعتها العامة، الأحزاب السياسية، النقابات مع الإشارة إلى أن هذه القائمة ليست على سبيل الحصر. كما نجد ضمن الأشخاص المعنوية الخاصة ذات الأهداف الربحية مختلف الشركات المدنية أو التجارية والمجموعات ذات النفع الاقتصادي¹³². ويترتب على تحديد صفة الشخص المعنوي الخاص كمستهلك أو مهني تحديد هل يخضع ذلك الشخص لحماية قانون تدابير حماية المستهلك أم لا؟ كما يترتب عنه تحديد المفوض له تمثيل الشخص المعنوي عن طريق التفويض و التكليف من طرف الجمعيات العامة أو من طرف السلطات التي تتولى تسييرها من مجلس اداري وغيره¹³³. كما يترتب على تحديد الصفة في مجال الاجراءات المسطرية كذلك ما يتعلق بالاختصاص. جاء في قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 28-1-2013: " تختص المحكمة التجارية بالبت في الدعاوى المتعلقة بالعقد الذي يربط الوكالة الوطنية للموائئ وشخص

131- قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 381، صادر بتاريخ 2013/2/27، ملف عدد 2012/724، غير منشور.

132- Voy Jean-claude.Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, 18 édition , L.G.D.J, paris, 2004 n° 277, p.128.

133- محمد الفاسي الفهري، الحساب الجاري، الندوة الأولى للعمل القضائي والبنكي، المعهد الوطني للدراسات القضائية والمجموعة المغربية للبنوك الرباط، 3 و 4 دجنبر 1987، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1988، ص.15.

عادي أكثرته محلا لاستغلال مخزن لوضع لوازم الصيد البحري المتعلقة به. ما دام أن العقد المذكور لا يتضمن من بين شروطه شروط غير مألوفة في العقد العادي ولا يتعلق موضوعها باستغلال وتسيير المرفق العمومي¹³⁴. الحكم الذي قضى خلاف ذلك وقضى بعدم الاختصاص يعد في غير محله ويتعين الغاؤه وإرجاع الملف لنفس المحكمة للبت فيه طبق القانون". هنا يحق التساؤل ماذا كان سيكون مال الدفع بعدم الاختصاص لو دفع الشخص المعنوي في مواجهة البنك المتعامل معه بصفة المستهلك؟ سنجيب على ذلك في الباب الثاني من القسم الثاني المتعلق بالوسائل الإجرائية لحماية مستهلكي الخدمات البنكية.

تظهر صعوبة تصور أن يكون الشخص المعنوي الخاص مستهلكا، في قرار لنفس المحكمة بتاريخ 2013-3-14: «الوكالة المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء وإن كانت مؤسسة عمومية إلا أنها تظل مقولة ذات طابع تجاري لممارستها الاعتيادية لنشاط توزيع الماء والكهرباء بقصد المضاربة وتحقيق الربح وفق المنصوص عليه بالبند 17 من المادة السادسة من مدونة التجارة وأي نزاع تعلق بها يعد البت فيه من صميم اختصاص المحكمة التجارية ما دام لم يتضمن أي شرط غير مألوف بينها وبين زبونها في عقود الخواص»¹³⁵. أوردنا ذلك القرارين لتحديد ما لا يدخل في نطاق الحماية من أشخاص معنوية خاصة حينما تختص بامتيازات السلطة العامة. هذا وقد يقتنع القضاء بأن تلك المؤسسات المتعاقدة في المجال البنكي لتلبية حاجياتها غير المهنية هي مستهلكة في قراءات لا تسعفها النصوص الحالية¹³⁶. فهل يمكن تصور نفس الشيء عن الأشخاص المعنوية العامة؟

الفقرة الثانية : الأشخاص المعنوية العامة

إن الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام هي الدولة التي يقصد بها الإدارات المركزية (الحكومة، الوزارات...) ومصالحها الخارجية و كذا الجماعات المحلية (والتي يقصد بها الجهات

¹³⁴ - نشير أن الشخص المعنوي يختلف عن الشخص الطبيعي من حيث قواعد المسؤولية المالية. جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 2010-3-24 بخصوص تمييز الذمة المالية للشخص المعنوي عن مسيريه "إن الذمة المالية للأشخاص المعنوية تبقى مستقلة عن الذمة المالية للأشخاص الطبيعية المساهمة فيها". - حكم المحكمة الابتدائية بالرباط، عدد 121، بتاريخ 2010-3-24، في الملف عدد 08/164/9، منشور على موقع www.marocdroit.com « consulté le 03/08/2018 »

¹³⁵ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 482، صادر بتاريخ 2013/3/14، ملف عدد 2013/419، غير منشور.

¹³⁶ - نشير أننا سنتطرق بتفصيل أكبر إلى مدى تطبيق القانون 31.08 على الشخص المعنوي وشروط ذلك وحالاته في المراحل اللاحقة من هذا البحث.

والجماعات ...) وهي تضمن حماية المصالح العامة. إنها أيضا المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري كالمستشفيات وهي تخضع في هذا لأحكام القانون العام والقانون الخاص معا كل في نطاق معين ومن هذا القبيل : المحافظات العقارية، بريد المغرب والوكالة الوطنية للمواثيق. إن إدخال الأشخاص المعنوية للقانون العام التي تتعاقد خارج نطاق اختصاصها الذي تحدده القوانين ضمن طائفة المستهلكين قد يجد جزءا من تبريره في أنها لا تمارس نشاطها المهني الذي تحصل على مواردها المالية منه أو الذي يعد سبب وجودها ومن ثم فإنها تشبه المستهلك تماما.

لذلك قد يتسع مفهوم المستهلك في قانون تدابير حماية المستهلك ليشمل الأشخاص المعنوية¹³⁷ ومن ذلك الدولة مثلا في حالة تصرفها البنكي في إطار غير مهني وغير تجاري لأغراض شخصية وعائلية لموظفيها ومستخدميها. هذا وقد سبق لمحاكم الموضوع في فرنسا أن اعتبرت أشخاصا معنوية كمستهلكين من قبيل جمعية¹³⁸، نقابة¹³⁹، وكالة عقارية¹⁴⁰، لجنة مقاولات¹⁴¹، حزب سياسي¹⁴² وحتى تجار¹⁴³. لقد وسع المشرع المغربي في المادة 2 من قانون تدابير حماية المستهلك مفهوم المستهلك إلى الأشخاص المعنوية واستثنى الأشخاص المعنوية للقانون العام حينما تتصرف وفق القواعد والمبادئ التي تنظم نشاط المرفق العام الذي تسيره. وبالتالي فإن الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص غير مستثناءة. هذا التوسيع لمفهوم المستهلك إلى الأشخاص المعنوية يجعلها محمية كمستهلك، لكنه لا يمتد إذا كانت موردة حيث لا تعتبر ضمن خانة المستهلكين¹⁴⁴.

لكن يبقى أن أهم إشكال يثيره موضوع التعرف على المستهلك سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا هو إثبات تلك الصفة مع ما يترتب عنها من مزايا في التعامل في مجال الخدمات البنكية. لكن قبل ذلك يجب التساؤل عن مدى ملائمة اعتبار المهني أو التاجر مستهلكا بنكيا؟

المبحث الثاني: مدى ملائمة اعتبار المهني أو التاجر مستهلك بنكي وإثبات صفة المستهلك

إن وجود بنود في نماذج عقود الخدمات البنكية تتعلق بإثبات صفة المستهلك، قد تكون مفيدة جدا لتدبير مخاطر وجود صفة المستهلك من عدمها. حيث تسمح بالتوقع القانوني وتقاضي المنازعة

¹³⁷ - Monique.Luby, Art.cit, p.5.

¹³⁸ - CA Paris, 4 Juill.1996, Daff., 1996, p.1057.

¹³⁹ - Cass.1 er Civ., 15 mars 2005, D.2005, juris., p.887, obs.C.Rondey.

¹⁴⁰ - Cass. 1 er Civ., 28 avril 1987, Bull.Civ., I, n°, 134 ; D.1987, Somm., p.455, obs.Aubert.

¹⁴¹ - Cass.1 re Civ., 10 juillet 1996, Cont.Conc.Consom., aout-septembre 1996, n°157, p.18.

¹⁴² - Paris, 5 juill.1991, J.C.P , E, 1991 , Pan., p.988 ; RTD civ.1991, p.388, obs.G.Raymond.

¹⁴³ - CA Toulouse, 8 févr.1996, BID, 1996, n°12, p.43.

¹⁴⁴ -Youssef.Shandi, op.cit , p.95.

اللاحقة وتخلي المستهلك عن حقه في الادعاء¹⁴⁵. طبعاً، ذلك يسمح بتسهيل عمل القاضي الذي يبقى ملزماً بفرض رقابته على مفهوم المستهلك و التساؤل هل من الملائم حماية المهني أو التاجر الذي تعاقد في المجال البنكي خارج تخصصه؟ (المطلب الأول). إن الإجابة عن التساؤل المطروح مهمة، بالنظر إلى عدم الوضوح، الذي شاب مفهوم المستهلك في نص المادة 2 من قانون تدابير حماية المستهلك وكذلك أيضاً بمناسبة نصي المادتين 74 و 112 من قانون تدابير حماية المستهلك. حيث أشار المشرع فيها إلى صفة أطراف العقد بصفة مبهمة، الأمر الذي يدعو إلى سيادة حالة من الشك ويفسح المجال فيما يتعلق بمصطلح المهني أو التاجر المتعاقد لأغراض عائلية أو شخصية لتفسيرات مختلفة خاصة حول مدى اعتبارهما مصطلحين مرادفين لمصطلح المستهلك¹⁴⁶.

لقد ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار المهني أو التاجر، الذي يتعامل في غير تخصصه في حقيقته مستهلكاً. ذلك أنه في مواجهة مهني آخر - البنك - لا يتوافق تخصصه مع موضوع المعاملة. في حين ذهب البعض الآخر، إلى إلحاق وصف المستهلك بأي من المتعاقدين لا يعني بالضرورة أنه الطرف الضعيف في العلاقة البنكية، فقد يكون هو الطرف الأقوى من الناحية الاقتصادية وإن كانت هذه مسلمة من الصعب قبولها في مواجهة البنكي المقرض¹⁴⁷. لكن في جميع الأحوال يظل مشكل إثبات صفة المستهلك مناط أهم الإشكالات المطروحة على القاضي في حالة النزاع (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مدى ملائمة اعتبار المهني أو التاجر مستهلك بنكي؟

إنه لا خلاف في الرأي، أنه من الممكن أن يكتسب المهني أو التاجر صفة المستهلك أو حتى صفة المقترض عند تعاقدتهما مع البنك على قرض إستهلاكي أو عقاري. فالمقصود ذلك الشخص الذي يتعاقد بخصوص خدمة بنكية، لإشباع حاجياته الشخصية أو العائلية. علماً أن المجال البنكي أصلاً هو خارج نطاق اختصاص ذلك الشخص الذي تعاقد لأغراض مهنته. ففي الحالة الأولى، قد يكون المهني أو التاجر يجهل بالخدمة البنكية محل المعاملة، شأنه شأن المستهلك تماماً. ومن ثم وجب حمايته في ظل قواعد مقتضيات قسم الاستدانة وقواعد قانون الاستهلاك الأخرى¹⁴⁸. بينما في الحالة الثانية، فإن الصورة تبدو مختلفة من زاويتين. أولاًهما أن المتعاقد متى كان مهنيًا، فإنه يتحقق له قدر من القوة الاقتصادية والخبرة في مجال التعامل مع آليات سوق الخدمات البنكية بشكل عام، مما

¹⁴⁵ - Mustapha.Mekki, *la gestion contractuelle du risque de la preuve (2 éme partie)*, revue des contrats, 1avril 2009, n°3, p.453.

¹⁴⁶ - R.Martin, *le consommateur abusif*, Dalloz, Chron., 1987, p.150.

¹⁴⁷ - أبو العلا علي أبو العلا النمر، *حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي*، دار النهضة العربية، 1998، ص.41.

¹⁴⁸ - D.Robine, *La personne du professionnel*, LPA, n° 60, 25 mars 2003.

ينأى به بعض الشيء عن مواطن ضعف أي مستهلك عادي ومن ثم فإنه ليس بحاجة إلى حماية تتجاوز ما ورد بالقواعد العامة. وثانيتهما، أن أمر التعاقد متصل إلى حد كبير بمجال التخصص البنكي لذلك المهني ويؤدي ذلك - خاصة عندما يكون التعامل على سبيل التكرار - إلى اكتسابه بعض القدرة على اكتشاف عيوب الخدمة محل التعاقد ومدى ملاءمتها للغرض المقصود منها¹⁴⁹.

أما بعض الفقه الفرنسي، فاعتبر منذ زمن أنه من غير الممكن فصل فكرة المهني أو التاجر المتعاقد لأغراض غير مهنية عن فكرة المستهلك. هذا الحل كان يحقق ميزتين: فهو يوافق، من ناحية نزعة المشروع الفرنسي القديم بخصوص قانون 10 يناير 1978 كتشريع لحماية المستهلكين عن طريق تنظيمه لعقود الإذعان من خلال إستبعاد الشروط التعسفية وعدم قبول أن يكون مصطلح " غير المهني " مرادفا لمصطلح " المستهلك " لأن المستهلك يمثل فئة معينة من غير المهني. من ناحية أخرى، يكون من العادي ألا يعتبر الأشخاص الذين يباشرون العمليات العقارية بأنهم مستهلكين، بحجة أن هذه العمليات يمكن أن تكون أيضا وعند الاقتضاء عمليات توظيف. ولقد ذهب بعض الفقه أبعد من ذلك بتمييزهم مطلقا بين اصطلاح " غير المهني " وإصطلاح " المستهلك " بهدف توسيع الحماية القانونية¹⁵⁰. هكذا يتبين أن الموقف من المهني غير المتخصص في المجال البنكي ينقسم إلى إتجاه مؤيد (الفقرة الأولى) وكذا معارض (الفقرة الثانية) وهو ما سنتناوله فيما يلي:

الفقرة الأولى : الاتجاه المؤيد لاعتبار المهني أو التاجر مستهلك بنكي

يمكن القول بشكل مبسط، إن المستهلك هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يحصل أو يستعمل منتجا أو خدمة بصفته جاهل¹⁵¹. يعد هذا المفهوم أكثر تجانسا مع مبادئ قانون الاستهلاك. فإذا كانت الحماية مبررة بوضعية الضعف للمتعاقد - المهني الذي يتصرف خارج اختصاصه المهني- لأنه من حقه أن يحمى أيضا¹⁵². يهدف قانون تدابير حماية المستهلك، بتحديدته في بعض مقتضياته للشخص المحمي " المستهلك أو المهني أو التاجر " إلى توسيع نطاق تطبيقه إلى الشخص الذي لا يتدخل في نطاق صرف لنشاطه من قبيل السمسار العقاري الذي يشتري بقرض نظام إنذار لغرض ضمان أمن محله المهني. حيث يمكن إعتبار ذلك السمسار مستهلكا بالنظر إلى أنه غير

¹⁴⁹ - عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص.30.

¹⁵⁰ - محمد السيد عمران، حماية المستهلك، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ذكر السنة، ص.10.

¹⁵¹ - Profane.

¹⁵² - Civ, 24 janvier 1995, D.1995, J327, note, G.Paisant.

مهني في ذلك الاختصاص أي أنه جاهل بالميدان البنكي وغير حذق به رغم أنه لا يتعاقد لإشباع مصلحة شخصية أو أسرية¹⁵³.

تأسيسا على ذلك، يعتبر المهني متى تعاقد في غير تخصصه مستهلكا ضعيفا يحتاج إلى الحماية القانونية التي يحتاج إليها أي مستهلك آخر وذلك بالنظر إلى عدم إلمامه بالدقائق الفنية لموضوع المعاملة البنكية. ولا يجوز القول في هذا المقام، أن المهني المتعامل مع البنك في ضوء تفوقه الاقتصادي يستطيع أن يستعين – متى تعامل في المجال البنكي- بخبير أو مستشار أو محامي يعوضه عن نقص خبرته. فقد يتوفر قدر من الثراء في جانب المستهلك العادي يستطيع معه اللجوء إلى خبير أيضا. فالقول بذلك على إطلاقه يؤدي إلى أن يصبح قانون تدابير حماية المستهلك قاصرا في تطبيقه على فئة محدودي الدخل وهو ما لا يجوز. حيث لا يتعلق قانون تدابير حماية المستهلك بطائفة ولكنه يرتبط بالوصف القانوني للتصرفات التي يبرمها الشخص¹⁵⁴. هذا عن الاتجاه المؤيد لتوسيع مفهوم المستهلك البنكي إلى المهني أو التاجر غير المختص في المجال البنكي، فماذا عن الاتجاه المعارض لذلك؟

الفقرة الثانية : الاتجاه المعارض لاعتبار المهني أو التاجر مستهلك بنكي

ذهب بعض الفقهاء، إلى أن تجاوز مفهوم المستهلك لحدود استخداماته تضعف معه القدرة على احتوائه ويصبح تقريبا غير قابل للإدراك¹⁵⁵. فتوسيع تحديد مفهوم المستهلك بشكل كبير يثير التساؤل حول مدى استفادة المنتج أو البائع المحترف الذي يتعاقد مع البنك في غير تخصصه من القواعد القانونية المقررة لحماية المستهلكين، خاصة أن تلك الصفة تطلق وفق التعريف الوارد في المادة 2 من قانون تدابير حماية المستهلك ليس فقط على من يحصل على متطلباته الأساسية أو الكمالية لإشباع حاجته الشخصية أو الأسرية بل أيضا على بعض من يشتري سلعة أو خدمة بالاستدانة لأغراض صناعته وحرفته. فاعتبار المهني مستهلكا بالنظر إلى افتقاره لمقومات العلم والخبرة فيما يتعلق بالمعاملات البنكية الخارجة عن نطاق تخصصه، من شأنه أن يحول بينه وبين إقامة علاقة عقدية بنكية متوازنة ولا سيما أن جميع النصوص المرتبطة بتخصيص أو توطيد الحماية للمستهلكين، قد تم صياغتها لعلاج عدم المساواة بين طرفي العملية البنكية¹⁵⁶.

¹⁵³ - Civ. 3 janvier et 30 janvier 1996, JCP, 1996, IV, 428 et 673.

¹⁵⁴ - عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص.40.

¹⁵⁵ - Anne cathelineau, *la notion de consommateur en droit interne, à propos d'une dérive*, Contr-Conc-Conso., décembre 1999, Chron., n° 13, p.4.

¹⁵⁶ - عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص.19.

فلا يمكن ترسيخ حماية جيدة للمستهلكين البنكيين الحقيقيين إلا إذا كانت الاستفادة من القواعد الموجهة لحمايتهم لا تقبل تمديدها إلى غالبية الفاعلين الاقتصاديين، حيث إن الحاجيات في الحماية غير متماثلة بين بعضها¹⁵⁷. جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 فبراير 1995 أن تصرفات بعض المهنيين الذين يقومون بإشباع حاجيات مهنتهم لا تخضع لقانون الاستهلاك¹⁵⁸. علما أن المفهوم الواسع للمستهلك، لم يتم تبنيه من طرف العديد من الفقهاء المهتمين بقانون حماية المستهلك. حيث يمكن تفسير تحفظ أولئك الفقهاء بما يشكله المفهوم الواسع من مس بمحتوى نطاق قانون الاستهلاك و بالتالي الخشية من ضياع تميزه¹⁵⁹. فكل تشريع لحماية المستهلك لا يمكن أن يكون عادلا إلا إذا كانت وضعية الضعف فيه جلية أو محتملة جدا و إلا فإنه سيكون بمثابة مزية مبالغ فيها أو إمتياز يشتبه بأنه لصالح طائفة معينة¹⁶⁰ هم المستهلكين البنكيين في نازلة الحال.

فبتبني قانون تدابير حماية المستهلك للمفهوم الواسع للمستهلك، يكون هو المنظم للعلاقات بين الحق والمطلع، بين الضعيف والقوي، ويكون بالتالي مجرد مراجعة للشرعية العامة للالتزامات. وتصير هاته الأخيرة، بفعل ذلك القانون الجديد أكثر مرونة لفائدة المستهلك الضعيف ذي " الذكاء المتوسط" الذي يعوض نموذج " الأب الحنون" اليقظ والحريص¹⁶¹. جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء صادر بتاريخ 2013/12/24: "وحيث يتجلى من تنسيقات المادة 2 و 75 من القانون المشار إليه أعلاه أن المستأنفة لا يمكن اعتبارها كمستهلك باعتبارها شركة تجارية وبالنظر للطابع التجاري والمهني الذي يكتسي تعاملها مع المستأنف عليها مما يستدعي رد هذا الدفع لعدم جديته"¹⁶². وهكذا تكون المحكمة المذكورة استنتجت من الحماية المهنية والتجار.

¹⁵⁷ - Monique.Luby , Art.cit, p.4.

¹⁵⁸ - Civ, 21 février 1995, JCP E, II, 728, note, G.Paisant.

¹⁵⁹ - Didier.Ferrier, op.cit , p.15.

¹⁶⁰ - Jean.Pascal.Chazal, vulnérabilité et droit de la consommation, Art.cit, p.7.

¹⁶¹ - بخصوص استعمال مفهوم الأب الحنون في العقود بالنسبة للمستهلك، جاء مثلا في حكم محكمة الدرجة الكبرى بباريس بتاريخ 21 فبراير 2006 جمع بين جمعية عائلات فرنسا و اتحاد فيدرالية المستهلكين UFC que choisir في مواجهة SAS Free : "إن تضمين المدعى عليها في البند 3.3 الفقرة ما قبل الأخيرة من صيغة العقد لسنة 2004 كون : "تكلفة المكالمات free box ولا سيما خلال الساعات المجانية للاتصال على الشبكة تفترض استعمال "أب حنون" يماثل أحد الخواص أو مقابلة صغرى... إن عدم احترام ذلك المبدأ و لا سيما عبر استعمال تعسفي لخدمة المكالمات يجعل المستعمل عرضة لفرض غرامة هي تكلفة إضافية تقدر ب 3 سنتيم أورو لل دقيقة" تقول المحكمة أن ذلك بعد بمثابة فرض جزاء إنفرادي في بد المتعهد بدون إنذار مسبق و دون تبيان لخطأ المستعمل الكل وفق السلطة التقديرية للمتعهد، مما يشكل اختلالا كبيرا و يجعل البند تعسفيا"

Jugement du tribunal de grande instance de Paris rendu le 21 février 2006, publié in : <http://www.adc54.org/images/txt/20060507120417.pdf> « consulté le 03/12/2017 »

¹⁶² - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2013/5733، صدر بتاريخ 2013/12/24، ملف رقم، 4/2013/4536، غير منشور.

وحددت نطاق تطبيق قانون تدابير حماية المستهلك بين المستهلك والمورد؛ البنكي في نازلة الحال¹⁶³.

ففي نظرنا أن درجة المعرفة الفنية، باعتبارها ظرفا خارجيا، تلعب دورا هاما في تقدير عدم اعتبار المهني والتاجر -المحترف- من المستفيدين من الحماية. علما انه حتى لو كان المهني والتاجر لا يتوفران على التخصص في العمليات البنكية فهما مسؤولان عن تقصيرهما بعدم اللجوء الى متخصص لاستشارته ومرافقتهما¹⁶⁴. ويمتاز المهني أو التاجر عموما بعدم التكافؤ في القدرات بالمقارنة مع المستهلك، الشخص الطبيعي، لذلك نستغرب اعتبارهما مستهلكين. هذا وإن امتيازات التصنيف كمستهلك تطرح أيضا إشكالية سبل إثبات تلك الصفة سواء بالنسبة للقاضي أو المستهلك.

المطلب الثاني: إثبات صفة المستهلك

يعد مشكل الإثبات أهم عائق لمستهلك الخدمات البنكية للإدعاء أو الدفاع وبالتالي الحصول على حقوقه. ففي العادة، لا يكون المستهلك هو الأفضل لإثبات بعض الوقائع بما في ذلك إثبات أنه كان يحمل صفة مستهلك وقت التعاقد. إن تعيين من يحمل عبء إثبات صفة المستهلك من عدمها من الخصمين تعني تحديد من منهما يكلف بالإثبات دون الآخر. وتعيين ذلك يتوقف عليه في كثير من الأحوال مصير الدعوى من الناحية العملية¹⁶⁵. إذا كانت الأحكام العامة لظهير الالتزامات والعقود تقول أن عبء إثبات الإلتزام على مدعيه، فعبء إثبات صفة المستهلك وفق ذلك الظهير تقع على مدعيها¹⁶⁶. لكن الأصل هو تفسير الغموض لصالح المستهلك. عقد القرض هو عقد شخصي ومن يدعي خلاف ذلك عليه إثباته. جاء بهذا الخصوص في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2013/7/25: "وحيث إن الثابت من وثائق الملف، أن المديونية المطالب بها ناتجة

¹⁶³ - جاء في قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2013/12/24 : " حيث إن المادة 2 من القانون رقم 31-08 قد حددت نطاق تطبيق هذا القانون في العلاقة بين المستهلك والمورد ثم عرفت المستهلك بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي ثم جاءت المادة 75 من نفس القانون تنص على أنه "يستثنى من نطاق تطبيق هذا الباب (القروض الاستهلاكية) ما يلي: - القروض المخصصة لتمويل حاجيات نشاط مهني وكذا القروض الممنوحة إلى الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام" . - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2013/5736، صدر بتاريخ 2013/12/24، ملف رقم 4/2013/4539، غير منشور.

¹⁶⁴ - راجع احمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، توزيع منشأة المعارف بالاسكندرية، 2003، ص.7 وما يليها.

¹⁶⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السادس، الاثبات- أثار الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، لبنان بيروت، 2000، ص.67.

Mustapha.Mekki, réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats, 1ère partie, Revue des contrats, 1 juillet 2008, n°3.

¹⁶⁶ - الفصل 399 من ظهير الالتزامات والعقود.

عن قرض شخصي، استفاد منه الطاعن من أجل تلبية حاجياته الشخصية، إذ أنه لا يوجد بالملف ما يثبت أنه تاجر أو أن القرض الذي استفاد منه يتعلق بأعماله التجارية.

وحيث إنه بالرجوع إلى المادة 202 من القانون 31/08 المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك فإنه ينص على أنه: "في حال نزاع بين المورد والمستهلك ورغم وجود أي شرط مخالف، فإن المحكمة المختصة هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك".

وحيث إن القرض الذي منح للطاعن هو من أجل استعماله الشخصي مما يجعله يخضع لمقتضيات الفصل 202 المذكور أعلاه.¹⁶⁷ لكن خصوصيات الإثبات في مجال الاستهلاك تجعل عبء إثبات صفة المستهلك ليست دوماً على عاتق البنك فهي تنتقل من طرف لآخر¹⁶⁸. وهو ما سندرسه في (الفقرة الأولى) مع توضيح أن طرق إثبات صفة المستهلك من قبل طرفي العقد تبقى متعددة (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: عبء إثبات صفة المستهلك

إن أهم مشكل يثار في مجال إثبات مفهوم المستهلك في مجال المعاملات البنكية هو عبء الإثبات. فمبدأ عبء الإثبات على المدعي، قد يظهر الكثير من التعقيد عند تفعيله على أرض الواقع¹⁶⁹. كما أن تطبيق قانون تدابير حماية المستهلك قد يمكن هذا الأخير من الدفع بالمقتضيات الاستثنائية مما يعني استفادته من امتياز تفسير القواعد المرتبطة بالشك لإثبات صفة المستهلك. جاء في المادة 9 من قانون تدابير حماية المستهلك أن العقود التي يحرر جميع أو بعض شروطها المقترحة على المستهلك كتابة، كما هو الحال في عقود الاستدانة، ففي حالة الشك حول مدلول أحد الشروط يرجح التأويل الأكثر فائدة بالنسبة للمستهلك. طبعاً على هذا الأخير الدفع بكونه مستهلكاً أو أن يعتبره القاضي كذلك في الأصل وعلى من يدعي خلاف الأصل إثباته.

فإذا كان معروفاً أن الشك يستفيد منه المتهم والأجير، فالأحرى أن يستفيد منه أيضاً المتعاقد مع البنك¹⁷⁰. ففي غياب عقد واضح ودقيق من الضروري تفسيره. ويعد الفصل 231 من ظهير الالتزامات والعقود آلية إضافية لتفسير العقد لصالح المتعاقد مع البنك باعتباره طرفاً مديناً.

¹⁶⁷ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2013/4027، صدر بتاريخ 2013/7/25، ملف رقم 13/2013/3415، غير منشور.

¹⁶⁸ - Jean Daniel.Bretzner & Augustin.Aynes, *droit de la preuve*, Recueil.Dalloz, 2014, p.2482.

¹⁶⁹ - Idem.

¹⁷⁰ - جاء في المادة L133-2 من مدونة الاستهلاك الفرنسية (نسخت) أن بنود العقد المقترحة من قبل المهنيين إلى المستهلكين تفسر في حالة الشك وفق المقاربة الفضلى للمستهلك. وقد اعتمدت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في قرارها الصادر عن غرفتها المدنية الأولى بتاريخ 22 ماي 2008 راجع :

نشير إلى أنه إعتباراً لتعدد الإدعاءات والدفعات التي قد تتعلق بالطرفين بخصوص وجود صفة المستهلك من عدمها، يمكن تصور قلب أدوار عبء الإثبات. فمثلاً فيما يتعلق بالكفالة على البنك أن يثبت الكفالة وأن يثبت صفة الكفيل – المستهلك – و أن التزامه كان متناسباً مع إمكانياته من خلال البيان الكتابي الوارد في العقد¹⁷¹. كما أن على البنك إثبات كون للكفيل ساعة إبرام العقد ذمة مالية تساعد على الوفاء بالتزامه عند دعوته لذلك قضائياً¹⁷².

طبعاً إن دراسة عبء إثبات صفة المستهلك، تحيل على دراسة طرق إثبات تلك الصفة.

الفقرة الثانية: طرق إثبات صفة المستهلك

نذكر أن وسائل الإثبات التي يقرها ظهير الالتزامات والعقود هي التي فصلتها المادة 404 منه وهي الحجة الكتابية، القرينة، الإقرار وشهادة الشهود واليمين والنكول عنها.

فبخصوص الحجة الكتابية، تثبت صفة المقترض من خلال عقود الاستدانة المنصوص عليها في القسم السادس من القانون المذكور ولا يجوز أن يثبت البنك صفة المقترض عبر الإدلاء بكمبيالات أو سندات لأمر لكونها وسائل إثبات التزام غير مشروعة شكلاً، يرتب القانون عنها جزاء البطلان والمتابعة الجنائية¹⁷³ بشرط أن لا يكون السند لأمر مثلاً قد تم توقيعه قبل صدور قانون تدابير حماية المستهلك¹⁷⁴. طبعاً لا يجوز إثبات صفة المستهلك بشهادة الشهود لإثبات ما يخالف أو ما

Cass.1^{re} Civ., 22 mai 2008 ; Note Sonia.Ben.Hady.Yahia, Gaz.Pal., 13 Janvier 2009, n° 13, p.26.

جاء في المادة 1190 من مدونة القانون المدني الفرنسية صيغة فاتح أكتوبر 2016: " أنه في حالة الشك، يفسر العقد الرضائي في غير مصلحة الدائن و لصالح المدين و يفسر عقد الاذعان لغير صالح من اقترحه".

¹⁷¹ - راجع المادة 144 من قانون تدابير حماية المستهلك.

¹⁷² - راجع الفصل 147 من قانون تدابير حماية المستهلك.

C.Maury, *Observations sur les récentes évolutions du principe de proportionnalité dans le cautionnement*, LPA, 28 juillet 2006, n° 150.

¹⁷³ - يحظر استعمال تقنية ضمان القرض عبر اجبار المقترض على توقيع الاوراق التجارية بموجب المادة 150 من قانون تدابير حماية المستهلك. جاء بهذا الخصوص في حكم حديث صادر بتاريخ 8-1-2015 عن المحكمة التجارية بفاس: " وحيث تبين من خلال وثائق الملف ومن خلال جواب المدعى عليها أن العلاقة التعاقدية بين الطرفين أساسها عقد قرض استهلاكي ما دام أن المتعرض يعتبر مجرد مستهلك وأنه طبقاً للمادة 150 من القانون رقم 31.08 المتعلق بحماية المستهلك تعتبر باطله جميع الكمبيالات و السندات لأمر الموقعة من لدن المقترض عند القيام بعمليات القرض المندرجة ضمن نطاق تطبيق القانون المذكور... - حكم عدد: 1465/7/2014، صادر في ملف تجاري (تعرض على الأمر بالأداء) عدد 2014/01/08، بتاريخ : 08/01/15 ، غير منشور. هذا ولم ينص قانون تدابير حماية المستهلك على عقوبات خاصة بالمادة 150 منه لكن المادة 191 منه أوردت انه: " يعاقب بغرامة من 30.000 إلى 200.000 درهم المقرض أو المكري الذي يقبل، خلافاً لأحكام المادة 121 أو المادة 139، أن يتسلم من المقترض أو المكري أو لحساب أحدهما، مبلغاً أو ودية أو شيكا أو أية ورقة تجارية موقعة أو مظهره أو مضمونة احتياطياً لفائدته أو يستعمل ترخيصاً بالاقطاع من حساب بنكي أو أي مصدر للدخل".

¹⁷⁴ - حكم المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء، عدد 17444، صادر بتاريخ 2012/08/10، في الملف رقم 12/24/12599، غير منشور.

الاعتماد عليه يقتضي توصل المحتج عليه به. وهذا غير ثابت من بنود القرار المطعون فيه الذي اعتمد الكشف الحسابي في قضائه¹⁸⁰.

وتعد الشهادة احدى وسائل الاثبات في ظل نظام مبدأ تقنين الإثبات في المادة المدنية وفقا لمقتضيات المادة 443 من قانون الالتزامات والعقود، ذلك المبدأ الذي يواجه به البنك أمام القضاء في النزاعات ذات الطبيعة المختلطة، إذ أن اشتراط الدليل الكتابي في المعاملات التي تزيد قيمتها على عشرة آلاف درهم، يبقى في نظرنا، يخدم مصالح المستهلك، أكثر من البنك. حيث يجوز للطرف المدني اللجوء إلى جميع وسائل الإثبات في مواجهة خصمه التاجر، بما فيها الشهادة في نزاع تفوق قيمته عشرة آلاف درهم في الوقت الذي يلزم فيه هذا الأخير بالدليل الكتابي.

نشير أنه يوجد بعض مستهلكي الخدمات البنكية، نظرا لمهنتهم أو وضعهم التعاقدية في أوضاع ضعف اقتصادي، فتشكل القرينة بالنسبة إليهم أداة متميزة لإثبات صفة المستهلك. هكذا يجسد تحويل عبء إثبات صفة المستهلك لمراعاة صعوبته وضمان استفادة المستهلك من ذلك عبر تحويل موضوع الإثبات وتحويل عبء الإثبات من خلال قرائن تجعل من الممكن إثبات خلافها¹⁸¹. تلك القرائن تكون عبر إنشاء افتراض بسيط، مثلا أن الأصل كون المتعاقد مع البنك مستهلك إلى حين إثبات عكس ذلك. مما يعد بمثابة خلق قاعدة موضوعية جديدة تجعل الحماية الناتج عنها عامة ومجردة بشكل يجعلها غير فعالة وغير نزيهة¹⁸².

إن الفصل 230 من ظهير الالتزامات والعقود يفترض بين المتعاقدين المساواة في الحقوق والواجبات، بدليل إحالته على القوة الملزمة للعقد وقانون حرية الأسعار والمنافسة في زجره للممارسات المنافية للمنافسة يؤكد ذلك وينظم بعض الحالات التي يفتقد فيها أحد طرفي العلاقة الاقتصادية لتلك المساواة¹⁸³. جاء عن الفقيه "كالي أولوي" أن "البحث في كل حالة وحالة حول الكفاءة وعموما حول القدرة أو الضعف لكل متعاقد، يضيف خطرا غير منسجم مع ضرورات الوضوح والتوقع". فإذا كان صحيحا أنه في أغلب الأوقات يكون المستهلك في وضعية ضعف تجاه

¹⁸⁰ - قرار المجلس الأعلى عدد 94 بتاريخ 2002/1/16، ملف تجاري عدد 01/187، منشور بدلائل عملية عدد 2 . إعداد و تنسيق امحمد الفروجي، الإثبات أمام المحاكم من خلال قضاء المجلس الأعلى لسنوات 2005/2000 ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2005، ص. 103 و 104.

¹⁸¹ - J.P.Chazal, le consommateur existe-il ?, Art.cit, 269.

¹⁸² - Idem.

¹⁸³ - تحدث منتسكيو Montesquieu منذ أمد بعيد في مسألة المساواة أمام القانون: « عندما أزرور بلدا ما، لا أنظر إذا كانت القوانين جيدة، وإنما انظر إذا كانت منفذة أم لا، لأن القوانين الجيدة موجودة في كل مكان، نعم إن معظم قوانين العالم بما في ذلك الأنظمة الدكتاتورية جيدة لكن التطبيق في معظمه سيئ ». بقلم القاضي الطاهر بن تركي، رئيس دائرة محكمة الاستئناف بنابل، منشور على الرابط :

https://www.facebook.com/note.php?note_id=10150191556632016 "شاهد يوم 25 مارس 2018".

المهني البنكي، فإن القانون أيضا سيفترض ذلك. لكن لا شيء يمنع بالأخذ بعين الاعتبار حالات يكون فيها المستهلك بمعارفه أو قدراته المالية في غير وضع ضعف. وبالتالي فإن الإنصاف والمنطق يوجبان قلب قرينة أن الأصل هو أن المتعاقد مع البنك مستهلك كأصل وعدم تطبيق القواعد الحمائية للمستهلك في غياب الضعف¹⁸⁴.

لكن في المغرب، لا شيء يمنع من تفسير القضاء لقانون تدابير حماية المستهلك من زاوية التطبيق المنصف له. علما أن تفسير تطبيق القاعدة والقاعدة نفسها، يحيل إلى حد كبير إلى دور محكمة النقض بكامل غرفها ونظام حل خلافات التفسير داخل كل محكمة من خلال الجمعية العامة¹⁸⁵، فضلا عن الميل الطبيعي للقاضي لتتبع السوابق القضائية بما فيها المقارنة¹⁸⁶. فإذا كان القانون الحالي أتى بحالات حمائية شاسعة، فليس من الممكن، في رأينا، قبول أن يستفيد شخص كفاء متنور، بغير وجه حق، من حماية وفرتها مقتضيات قانون تدابير حماية المستهلك. هنا من الأحرى التخلص من ظاهرة الحماية المبالغة واعتبار مفهوم المستهلك ليس قرينة قوية ولكن مجرد قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس، بما في ذلك نباهته وتخصصه في المجال البنكي¹⁸⁷. علما ان مشرع قانون 08-31 لم يشترط وجود القدرة المالية أو الضعف لتطبيق احكامه على المستهلك.

للتذكير، فإنه إذا كانت القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحته من كل إثبات ولا تقبل أي إثبات يخالفها¹⁸⁸. فإن القرينة البسيطة موكولة لحكمة القاضي وتخضع لتقديره لقيمتها¹⁸⁹. إن المستهلك في مفهوم الفقيه "بنتام" ليس هو الأقدر على إثبات بعض الوقائع وهو ما يفسر أن الشك يفسر لصالحه. فالإلتزام مثلا يجب أن يعالج من طرف المحكمة بحسب كل حالة على حدى، إذ

¹⁸⁴ - J.P.Chazal, *le consommateur existe-il ?*, Art.cit, p.269.

¹⁸⁵ - تنص المادة 6 مكرر من المرسوم التطبيقي بتاريخ 16 يوليوز 1974 كما تم تغييره وتعديله سنتي 1993 و 1997 : "تنظم محكمة الاستئناف والمحاكم الابتدائية التابعة لدائرة نفوذها اجتماعات دورية يشارك فيها جميع القضاة المزاولين عملهم في المحاكم التابعة لدائرة نفوذ كل محكمة استئنافية قصد النظر في:

- المسائل ذات الطابع القضائي ووضعية المساعدين القضائيين.

- توحيد مناهج العمل والتنظيم الداخلي للمحاكم".

مرسوم رقم 2.74.498 بتاريخ 25 جمادى الثانية 1394 (16 يوليوز 1974) صادر تطبيقا لمقتضيات الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.338 جريدة رسمية عدد 3220 بتاريخ 26 جمادى الثانية 1394 (17 يوليوز 1974) صفحة 2030.

راجع مداخلة فاتح كمال، دور القضاة في تسيير المحاكم، الجمعيات العامة نموذجاً، أقيمت بمناسبة ندوة للمكتب الجهوي لنادي قضاة المغرب بالحسيمة بتاريخ 2012/12/3 نظمت بمقر محكمة الاستئناف بالحسيمة، منشورة بموقع منتدى القضاة على الرابط :

[/https://www.facebook.com/groups/123761951058742/permalink/305408179560784](https://www.facebook.com/groups/123761951058742/permalink/305408179560784)

¹⁸⁶ - Frédéric.Pollaud-Dulian, Art.cit, p. 493.

¹⁸⁷ - J.P.Chazal, *le consommateur existe-il ?*, Art.cit , p.268.

¹⁸⁸ - الفصل 453 من ظهير الإلتزامات والعقود.

¹⁸⁹ - قرار المجلس الأعلى، عدد 2043، بتاريخ 2004/6/23، في الملف المدني عدد 2001/455، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 106، ص.131 و مايليها.

يجب أن ينتج عنه أقل الأضرار من حيث طول مدة التقاضي وتذمر المستهلك من ذلك ومن مصاريف الدعوى. نذكر هنا أن القدرة على الإثبات هي متغيرة لأسباب فكرية، مالية وظرفية¹⁹⁰ وأن إرادة حماية الضعفاء تجد مصدرها في مفهوم الإنصاف، حيث إنه ليس من العدل ترك الضعيف تحت رحمة القوي. يقول أرسطو إن المساواة تقاس بالأشياء الملموسة والواقع إذا كان معقدا فمفهوم المستهلك هو أيضا كذلك. طبعاً من المستحب الوصول إلى تعريف دقيق وصارم للمستهلك دون إغفال حماية باقي المستضعفين اقتصادياً¹⁹¹. هذا عن مفهوم المستهلك في النظام القانوني المغربي. فماذا عن تعريفه في بعض الأنظمة الأوروبية المقارنة؟

الفرع الثاني : تعريف المستهلك في بعض الأنظمة الأوروبية المقارنة

يوجب القانون بطبيعته إيجاد تعريفات واضحة، لكن الأمر يشكل في مجال تعريف المستهلك في العديد من الأنظمة المقارنة نظراً لما يتميز به المستهلكون عامة والمستهلكون البنكيين خصوصاً. عرفت القوانين الأوروبية مثلاً الكثير من المفاهيم المشوشة¹⁹². هنا من المحبذ الإشارة إلى أن تاريخ الظهور القانوني لمصطلح المستهلك انطلق مع مشروع القانون الفرنسي رقم 23.78 بتاريخ 10 يناير 1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلكين في مجال بعض عمليات القرض والمستهلك كمفهوم طرح آنذاك عدة تساؤلات حول مفهومه أو مفهوم غير المهني. ذلك أن الجمعية الوطنية الفرنسية كانت تريد تبني مصطلح غير المهني لأجل ضمان حماية واسعة للمستهلك. في حين أصر مجلس الشيوخ الفرنسي على تضمين مصطلح المستهلك وقد تم إنشاء لجنة مختلطة من المجلسين، اتفقت على المحافظة على المصطلحين معاً، حيث صار المتعاقد مع المهني مستهلكاً وغير مهني في آن¹⁹³.

فموضوع تعريف المستهلك من الموضوعات التي احتدم الخلاف حولها، ذلك أن هالة كبيرة تحيط بمفهوم المستهلك إلى درجة أن بعض الفقهاء اعتبروه غير قابل للتحديد وأنه لا يوجد موقف مجمع عليه بشأنه سواء على مستوى الفقه أو القضاء¹⁹⁴ ويتكرس ذلك سواء على مستوى التوجيهات الأوروبية (المبحث الأول) أو في بعض القوانين الأوروبية الوطنية المقارنة (المبحث الثاني)

¹⁹⁰ - P.Bentham, *traité des preuves judiciaires*, Tome II, Bossanges frères, Paris, 1823, p.172.

¹⁹¹ - Ibid., p.270.

¹⁹² - Monique.Luby, *la notion de consommateur en droit communautaire : une commode inconstance*, Contr-Conc-Cons., Janv.2000, Chron., n°1, p.2.

¹⁹³ - Rabih.Chendeb, *le régime juridique du contrat de consommation*, étude comparative, droit français, libanais et égyptien, édition Alpha & L.G.D.J, 2009, p.19.

¹⁹⁴ - بوعبيد عباسي، مقال سابق، ص.173.

المبحث الأول: تعريف المستهلك وفقا للتوجيهات الأوروبية

تم إعلاء الحماية الأوروبية للمستهلك إلى مستوى سياسة عامة مشتركة عبر اتفاقية ماستريخت وذلك اعتمادا على الفصل 153 من اتفاقية الاتحاد التي أحالت السلطات الأوروبية على المادة 95 المتعلق بالسوق الداخلي من أجل اتخاذ الإجراءات الضرورية باعتبار أن مصلحة المستهلك والسوق هما متلازمان اقتصاديا وقانونيا¹⁹⁵. ففي بحثنا عن تعريف ذلك المفهوم وجدنا أن العديد من التشريعات الأوروبية لا تتضمن تعريفاً موحداً وعاماً رغم اهتمام جلها بتحديد نطاق مفهوم المستهلك¹⁹⁶. هذا ويبقى على الاجتهاد القضائي والفقه تحديد مفهومه ونطاقه القانونيين. فغالبا ما أثار المفهوم تضاربا حادا لدرجة جعلت بعض الفقهاء يتحدثون عن المستهلك كمفهوم غير محدد وغير موجود¹⁹⁷. يظل الوضع القانوني للمستهلك الأوروبي معلقا على القانون الموحد وليس القوانين الأوروبية¹⁹⁸ لأن الاعتقاد بعدم القدرة على تحديد نطاق مفهوم المستهلك يعني التخلي عن التعريف لفائدة التشريعات الوطنية والقضاء الأوروبي الموحد¹⁹⁹. إذن حري أن نتطرق إلى محاولات تعريف المفهوم في القانون الأوروبي المشترك (المطلب الأول) قبل تحليل تصنيفاته في نصوص القانون الأوروبي المشترك (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تعريف المستهلك في القانون الأوروبي المشترك

نجد بمراجعة القواعد التوجيهية والتنظيمات والاتفاقيات والأوامر والقرارات الصادرة أوروبيا أشخاصا طبيعيين أو معنويين، متعاقدين، مستعملين أو مرتفقين، مشترين أو زبناء محتملين، مواطنين. كل تلك التصنيفات موضوعة لأجل تحديد نطاق تطبيق النصوص المتعلقة بقانون حماية المستهلك²⁰⁰. تطور مفهوم المستهلك من الشخص مطلقا إلى الشخص الطبيعي فقط، من سنة 1980

¹⁹⁵ - Augustin.Boujeka , *Le droit communautaire et les divisions du droit (1re partie)*, Chronique de droit européen no IV, LPA, 23 août 2004 n° 168, p. 9.

¹⁹⁶ -J.Mel, Art.cit , p.5.

Elise.Poillot, *droit européen de la consommation et iniformisation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, paris, 2006.

¹⁹⁷ - Youssef.Shandi, *la formation du contrat à distance par voie electronique*, université Robert Shuman Strasbourg III, faculté de droit, des sciences politiques et de gestion, soutenue le 28 juin 2005, p.81.

¹⁹⁸ - J.Mel, Art.cit, p.6.

¹⁹⁹ - J.Mel, Ibid. , p.5.

²⁰⁰ -Monique.Luby, Art.cit , p.2.

إلى سنة 1986 وما بعدها. وتطور من حيث النشاط إلى من يمارس خارج نشاطه المهني إلى أجنبي عن نشاطه المهني إلى أجنبي عن نشاطه التجاري والمهني مما يدل على رغبة قصر الحماية على المستهلك الشخصي الذاتي وتوسيع نطاق حماية هذا الأخير.

لأجله يعد من المفيد دراسة التعريفات عبر تلك القواعد التوجيهية سواء العامة (الفقرة الأولى) أو الخاصة (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : تعريفات المستهلك عبر القواعد التوجيهية العامة

جاء في المادة 2 من القواعد التوجيهية لمجلس أوروبا عدد 85/577 بتاريخ 20 دجنبر 1985 المتعلقة بحماية المستهلكين في العقود المتفاوض حولها خارج المؤسسات التجارية تعريف أضيق يقضي الشخص المعنوي. إذ ورد في هذا التعريف أن المستهلك هو " كل شخص طبيعي يتصرف لأجل معاملة خاضعة لهذه القواعد التوجيهية لغرض يمكن اعتباره أجنبيا عن نشاطه المهني"²⁰¹ وتعد الصيغة الإنجليزية من هذا التعريف مختلفة تماما عن المفهوم الوارد بالمادة 5 من إتفاقية روما بتاريخ 19 يونيو 1980 حول القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث يعد مستهلكا: " الشخص الذي يبحث عن الحصول على منقولات أو خدمات لغرض يعد خارجا عن نشاطه المهني"²⁰². كما جاءت مختلفة نسبيا عن القواعد التوجيهية التي سنتناولها فيما يلي²⁰³.

جاء في المادة 2 فقرة ب من القواعد التوجيهية الصادرة عن مجلس أوروبا في 5 أبريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية أن المستهلك هو " كل شخص طبيعي في العقود الخاضعة لهذه القواعد التوجيهية يتصرف لأغراض لا تدخل في نشاطه المهني"²⁰⁴. جاء في قرار لمحكمة العدل

J.P.Pizzio, *l'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs*, dossier protection du consommateur dans l'espace européen, Revue droit et patrimoine, en date 8/10/2002.

²⁰¹ - Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux , Journal officiel n° L 372 du 31/12/1985 p. 0031 – 0033, publiée in : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31985L0577:fr:HTML>

« روجع بتاريخ 2018/7/8 »

²⁰² - Augustin.Boujka , *op.cit*, p. 9.

²⁰³ -Martin.Ebers, *Compendium de droit de la consommation, analyse comparative*, p.783 publié in : http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_part3a_fr.pdf « روجع بتاريخ 2018/7/8 »

²⁰⁴ - Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, *concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs* Journal officiel n° L 095 du 21/04/1993 p. 0029 – 0034, publiée in : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:fr:HTML>

« روجع بتاريخ 2018/7/8 »

للجماعات الأوروبية أنه يستخلص من المادة 2 من القواعد التوجيهية رقم 93/13 بتاريخ 5 أبريل 1993 أنه لا يمكن إعتبار أي شخص، من غير الشخص الطبيعي الذي يتعاقد مع مهني، مستهلكاً. ذلك أن المستهلك، في مفهوم الفصل المذكور كما تم تعريفه في الفصل 2 فقرة ب للقواعد التوجيهية، يجب تفسيره بحيث يشمل فقط الأشخاص الطبيعيين²⁰⁵.

وقد نص أيضا في الفقرة 2 من المادة 2 من القواعد التوجيهية 7/97 الصادرة عن البرلمان الأوروبي ومجلس أوروبا بتاريخ 20 ماي 1997 المتعلقة بحماية المستهلكين في ميدان العقود المبرمة عن بعد، أن المستهلك هو " كل شخص ذاتي يتصرف، في العقود الخاضعة لهذه القواعد التوجيهية، لأغراض لا تدخل في نشاطه المهني"²⁰⁶.

أما المادة 2 من القواعد التوجيهية المتعلقة بالممارسات التجارية غير المشروعة عدد 2005/29 بتاريخ 11 ماي 2005 للبرلمان الأوروبي ومجلس أوروبا فقد نصت على تعريف أضيق للمستهلك باعتباره : «أي شخص طبيعي، يتصرف في إطار الممارسات التجارية المشمولة بهذه القواعد التوجيهية، لأغراض خارج نطاق نشاطه التجاري، الحرفي، الصناعي، أو مهنته الحرة » . تأكيد المتلازمة هنا يفيد بأن المستهلك بالضرورة هو شخص طبيعي أدى إلى التيقن من استبعاد الأشخاص الاعتباريين²⁰⁷.

أخيراً، أوضحت القواعد التوجيهية الأوروبية المتعلقة بحقوق المستهلكين في تعريفها للمستهلك بإعتباره " كل شخص ذاتي يتصرف لأهداف خارجة عن نشاطه التجاري، الصناعي ، الحرفي أو

François.Sage, *le droit francais au regard de la directive 93/13 du conseil des communautés européennes du 5 avril 1993*, Gaz.pal, doctrine.

²⁰⁵ - CJCE, 22 Nov.2001, Sté Cape SNC et Ideal service srl, aff.c-541/99, C.J.C.E,

22 Nov.2001 , Idealservice MN RE Sas et OMAI Srl (C-542/99), publié in : Jurisclasseur. Contrats-concurrence-consommation, 12 année, n°1, Janvier 2002, chroniques1 et 2, p.33.

²⁰⁶ - 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 - Déclaration du Conseil et du Parlement européen sur l'article 6 paragraphe 1 - Déclaration de la Commission sur l'article 3 paragraphe 1 premier tiret , Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997 p. 0019 – 0027, publiée in :

« روجع بتاريخ 2018/7/8 » <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:31997L0007>

²⁰⁷ - Directive Européenne n°2005-29 du 11 mai 2005 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (directive sur les pratiques commerciales déloyales), publié in : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000703029> « روجع بتاريخ 2018/7/8 » - J.Mel, Art.cit, p.11.

المهني". هنا يكون المستهلك تبعا للهدف المنزلي أو المهني للعقد الذي يبرم. ويعد معيار ذلك التعريف اليوم الأكثر انتشارا عبر العالم. إذن فأى شخص معنوي وحتى إذا لم يكن يتعاطى لأي نشاط مهني أو اقتصادي من قبيل جمعية ذات هدف ثقافي أو لغرض حماية البيئة لا يقبل ادعاؤه صفة المستهلك. الموقف هنا موقف واضح وإن كان مبالغاً فيه. كما أن تحديد الإطار المهني، قد يصح بمثل ذلك الطبيب الذي يشتري جهاز إنذار لمصحته عبر قرض. فلا علاقة بين خدمة تمويل شراء المنتج بتقنية القرض ونشاط الطبيب الذي يظل جاهلاً بمجال القرض الاستهلاكي. كما أن ذلك التعريف يستشكل في حالة اقتناء المنتج لغرض منزلي ومهني. وهو يطرح السؤال حول ما هو رئيسي وما هو تبعي في مجال نشاط الشخص المتعاقد مع البنك²⁰⁸. هذا عن القواعد التوجيهية العامة. فماذا عن القواعد التوجيهية الخاصة؟

الفقرة الثانية: تعريفات المستهلك عبر القواعد التوجيهية الخاصة

جاء في المادة 2 فقرة 2 من القواعد التوجيهية للبرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي بتاريخ 26 أكتوبر 1994 المتعلقة بحماية المقتنين والمرتبطة ببعض مظاهر العقود المنصبة على اقتناء حقوق استعمال الأموال العقارية بدوام جزئي، أن المقتني هو " كل شخص طبيعي يتصرف في إطار معاملاته الخاضعة لهذه القواعد التوجيهية لأغراض يمكن اعتبارها لا تدخل في نطاق نشاطه المهني أو الذي يتم تحويل لفائده الحق موضوع العقد أي حق الاستفادة الذي خلق لأجله الحق موضوع العقد"²⁰⁹.

وقد أوردت المادة 2 فقرة 5 من القواعد التوجيهية عدد 31/2000 للبرلمان الأوروبي ومجلس أوروبا بتاريخ 8 يونيو 2000 المتعلقة ببعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات، لا سيما التجارة الإلكترونية في السوق الداخلية، تعريفاً مشابهاً للمستهلك جاء فيه أنه هو " كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في نطاق نشاطه المهني أو التجاري"²¹⁰.

²⁰⁸ - G.Paisant, *proposition de directive relative aux droits des consommateurs, avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels*, J.C.P, G, 25 février 2009, n° 9, p.188 & 120.

²⁰⁹ - Directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, Journal officiel n° L 280 du 29/10/1994 p. 0083 – 0087, publiée in : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994L0047:FR:HTML> « روجع » بتاريخ 2018/7/8

²¹⁰ - 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 («directive sur le commerce électronique», Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000 p.

0001 – 0016, publié in : <http://eur->

وفي تعريف مطابق، جاء في الفصل 2 فقرة 4 من القواعد التوجيهية 65/2002 للبرلمان الأوروبي ومجلس أوروبا بتاريخ 23 سبتمبر 2002 المتعلق بالتسويق عن بعد للخدمات المالية لدى المستهلكين المعدلة للقواعد التوجيهية 90/619 لمجلس أوروبا والقواعد التوجيهية 97/7 و 98/27 أن المستهلك هو " كل شخص طبيعي في العقود المشمولة بهذه القواعد التوجيهية يتصرف لأغراض لا تدخل في نطاق نشاطه التجاري أو المهني"²¹¹.

إن دراسة كل الصيغ المذكورة سالفًا لتعريف المستهلك، تتضمن نواة مشتركة باشتراطها في المستهلك:

- أن يكون شخصًا طبيعيًا؛
 - أن يتصرف لأغراض أجنبية عن أي نشاط تجاري أو مهني؛
- تظهر هاتاه الخصائص المشتركة في أغلب القواعد التوجيهية الأوروبية لحماية المستهلكين، لكن أيضًا في القانون الإجمالي الأوروبي، مثل المواد 13 إلى 15 من اتفاقية بروكسيل، التي أصبحت هي المواد 15 إلى 17 من تنظيم بروكسيل عدد 2001/44 وكذا القواعد الأوروبية لتنازع القوانين (المادة 5 من اتفاقية روما 1)²¹². مع الإشارة إلى أن إقرار التشريع الأوروبي لكون المستهلك هو شخص ذاتي، يؤدي إلى تأكيد استثناء الأشخاص المعنوية²¹³. يرفض القانون الأوروبي المشترك تمديد مفهوم المستهلك إلى المهنيين، حتى حينما يكون هؤلاء يتدخلون خارج نطاق اختصاصهم المهني²¹⁴. هذا عن تعريف مفهوم المستهلك في القانون الأوروبي المشترك. فماذا عن تصنيفاته في نصوص القانون الأوروبي المشترك؟

المطلب الثاني: تصنيفات المستهلك في نصوص القانون الأوروبي المشترك

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:fr:HTML « consulté le 1/4/2018 »

²¹¹ - Directive 2002/65/CE du parlement européen et du conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, publié in : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:271:0016:0024:fr:PDF> « consulté le 1/4/2018 »

²¹² - Voy : <https://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/c-textes/2001R0044-idx.htm> « consulté le 08/7/2018 ». Voir également : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:41998A0126(02)&from=FR) « consulté le 8/7/2018 »

Voy : Martin.Ebers, *Compendium de droit de la consommation*, analyse comparative, p.781 publié in : http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_part3a_fr.pdf « روجع بتاريخ 2018/7/8 »

²¹³ - J.Mel, Art.cit, p.11.

²¹⁴ - J.Mel, Art.cit, p.11.

تستعمل عادة طريقتان من قبل المشرعين لتحديد المستفيدين من التدابير الحمائية المقررة، فالطريقة الأولى: غير مباشرة في بعض الأحيان، حيث يستثنى من المقتضيات الحمائية العمليات المنجزة لأغراض مهنية. مما يعني أن الشخص المحمي²¹⁵ هو ذلك الذي يتصرف لغير حاجات مهنته. لكن في ظروف مغايرة، يتوجه كل مشرع أولا ومباشرة إلى المستهلكين المجتمعين في شكل جمعيات. فكيفما كانت المنهجية المتبعة يصطدم المرء بنقص التوضيح ويكون البحث في القانون عن مفهوم المستهلك غير مجد. هذا علما أن تعريف هذا الأخير ضروري لتحديد نطاق تطبيق القوانين التي تحميه. فكما أن المستهلك مفهوم قانوني واقتصادي فإن على رجل القانون تحديد نطاقه وتوضيح تصنيفاته، أمام الغموض الأكيد الذي يطل على المقاربة الفقهية لذلك المفهوم لدى أغلب الفقهاء. لكن القانون الأوروبي المشترك أورد تفاصيل تتعلق بالمستهلك المتوسط (أولا) والمواطن (ثانيا) يتوجب دراستها فيما يأتي.

الفقرة الأولى: المستهلك المتوسط

جاء هذا المفهوم في القانون الأوروبي الموحد بعد أن كان رائجا بكثرة في أغلب القوانين الوطنية الأوروبية. إنه معيار تصرف أو هو معيار قانوني. فالمستهلك المتوسط مفهوم مجرد يستعمل لقياس مدى شرعية مقتضى وطني أو تصرف صناعي أو تجاري أو عقدي بالمقارنة مع تقبله من طرف شخص المستهلك المتوسط. هذا مع العلم أنه قد تم استعمال ذلك المصطلح لمرات عديدة في المنازعات المتعلقة بالحد من حرية تنقل السلع أو في مجال ممارسات المقاولات لا سيما الإشهار والعنونة²¹⁶. ويمكن استخدامه في مجال الخدمات البنكية لتقييم مدى شرعية تصرف قانوني للمستهلك على غرار مفهوم "الأب الحنون" في أدبيات القوانين المدنية. هذا عن المستهلك المتوسط، فماذا عن المستهلك المواطن؟

الفقرة الثانية: المستهلك المواطن

تلتقي مصطلحات المستهلك المقاول والمستهلك النشط كلها مع فكرة المستهلك المواطن. هذا الأخير ظهر كمفهوم في القرن السابع عشر الميلادي، باعتباره عضو جماعة سياسية منظمة. علما أن المستهلك مرتبط كثيرا بالسياسة المشتركة في مجال الاستهلاك والتي تقارب بطرق مختلفة من

²¹⁵ - Gilles.Paisant, *essai sur la notion de consommateur en droit positif (réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la cour de cassation)*, La semaine juridique, Edition Générale, n°9, 10 Mars 1993, I 3655, p.1.

²¹⁶ - Monique.Luby, Art.cit, p.4.

طرف السلطات الأوروبية. حيث نجد بواذر ظهور المصطلح في المجال الأوروبي بتاريخ 14 ابريل 1975 في برنامج أولي لسياسة حماية وإخبار المستهلكين، جاء فيه: "إن المستهلك لم يعد ينظر إليه على أنه مشتري أو مستعمل أموال وخدمات لأغراض شخصية فقط ولكن أيضا كشخص معني بمختلف جوانب الحياة الاجتماعية والتي قد تمسه بشكل مباشر أو غير مباشر كمستهلك". وقد أعترف له في هذا الإطار بحقوقه الخمس الأساسية والتي من بينها الحق في الإعلام والتربية والحق في التمثيلية والحق في الاستماع إليه والتي سندرس أهمها في القسم الثاني من هذا البحث ²¹⁷. لنخلص أن مقارنة مستهلك الخدمات البنكية المواطن الأوروبي هو ذلك الشخص المتمتع بحقوق المواطنة على صعيد نطاق شينغن – تراب الاتحاد الأوروبي-. هذا عن القانون الموحد. فماذا عن التعريف على مستوى أهم القوانين الوطنية الأوروبية ؟

المبحث الثاني: تعريف المستهلك وفق بعض القوانين الأوروبية الوطنية

تساهم سياسة حماية المستهلكين، حسب البرلمان والمجلس الأوروبيان، بطريقة أساسية في تحديث الاقتصاد الأوروبي وضمان أفضل جودة حياة للمواطنين ²¹⁸. لكن أهم سؤال يتبادر إلى الذهن في مجال تعريف المستهلك يرتبط بإمكانية توحيد التعريف بين الدول الأعضاء الأوروبية. إن إمكانية التوحيد لا يمكن ان تكون مطلقة إلا بتعريف موحد على مستوى كل بلد أوروبي على حدى ²¹⁹. كما قد يتساءل الباحث عما قد يقع عندما يكون التعريف الموحد الوارد في القانون المشترك خلق لصالح مستهلكي الخدمات البنكية حقوقا والتزامات، بينما كان محتوى المقتضى الوطني للدولة العضو يتناقض مع التعريف الأول؟ نشير بهذا الخصوص أنه لا يوجد أي مقتضى صريح يجيب عن السؤال لكن محكمة العدل للجماعات الأوروبية كانت قد أجابت في قضية Costa/ ENEL ²²⁰ على أولوية التشريع الأوروبي الموحد على المقتضيات الوطنية المخالفة ²²¹. لذلك يجدر للإقتراب من درجة حماية مستهلكي الخدمات البنكية تعريف مفهوم المستهلك في التشريعين البلجيكي (المطلب الأول) والفرنسي (المطلب الثاني)

²¹⁷ - Monique.Luby, Art.cit., p.5.

²¹⁸ - J.Mel, Art.cit, p.14.

²¹⁹ - Ibid., p.16.

²²⁰ - Arrêt de la cour de justice, Costa/ ENEL affaire 6-64 en date du 15 juillet 1964, publié in :http://www.cvce.eu/content/publication/1999/1/1/cb4154a0-23c6-4eb5-8b7e-7518e8a2a995/publishable_fr.pdf « روجع بتاريخ 2018/4/13 »

²²¹ -N.Toujgani, introduction à l'étude de l'ordre juridique et des institutions communautaires, Université Sidi Mohamed Benabdellah, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, UFR droit de la concurrence et de la consommation, Fés, 2003/2004, p.13.

المطلب الأول: موقف المشرع البلجيكي

يعتبر المستهلك مفهوما جديدا نسبيا في قوانين وقضاء بلجيكا²²². حيث أولت المحاكم البلجيكية عناية خاصة بحماية المتعاقد غير المحنك الجاهل في مواجهة المهني. بينما إهتم مشرع بلجيكا بحماية الشخص الذي يقترض لأغراض خاصة منذ سنة 1957. وقد عرف مفهوم المستهلك تغيرا بحسب إعتباره مفهوما واسعا (الفقرة الأولى) أو ضيقا (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: المفهوم الواسع للمستهلك

أتى أول تعريف للمستهلك في بلجيكا في المادة الأولى من قانون 14 يوليوز 1991 باعتباره :
" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل، لأغراض تستثني كل طابع مهني، المنتجات والخدمات في السوق"²²³. من ذلك التعريف، يتضح أن هناك شرطين لاكتساب صفة المستهلك البنكي: - يجب أن تكون الخدمة البنكية موضوع عرض في سوق الخدمات البنكية. يجب أن يكون استعمال الخدمة لأغراض خاصة، مما يجعل مفهوم المستهلك يشمل التاجر الذي يقتني خدمات بنكية لأغراضه الخاصة.

هذا التعريف الشاسع لا يعبر أي اهتمام لدرجة كفاءة المستهلك أو قوته التفاوضية و يركز على النوايا و الهدف المقصود من العملية البنكية بالنسبة للمتعاقد مع البنك، و يجسد رغبة المشرع البلجيكي في مجال تشريعات حماية المستهلك في تحديد شاسع لنطاق حماية المستهلكين بما فيهم مستهلكي الخدمات البنكية²²⁴. هذا عن المفهوم الواسع. فماذا عن المفهوم الضيق؟

الفقرة الثانية: المفهوم الضيق للمستهلك

أتت الفقرة الرابعة من المادة الأولى من قانون 12 يونيو 1991 بمفهوم ضيق للمستهلك المرتبط بعقود القرض التي هي: " كل عقد يسمح لمقرض أن يمنح أو يتعهد بمنح مستهلك انتمانا على شكل أجل وفاء أو قرض أو أي تسهيل وفاء آخر مماثل". حيث عرف ذلك القانون المستهلك بكونه " كل شخص ذاتي يتصرف في إطار المعاملات الخاضعة للقانون المذكور لهدف يمكن اعتباره أجنبيا

²²² - C.Biquet.Matthieu, *Le crédit à la consommation*, Larcier, 2004.

E.Balate & F.Domont-Naert, *l'endettement des consommateurs*, Tome 2, Analyse juridique, Université Catholique de Louvain, centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, 1989.

²²³ - Voy : http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=125237 « روجع بتاريخ 2018/7/8 »

²²⁴ - M.Beaubrun, *la notion de consommateur de crédit*, in : le droit du crédit au consommateur, Litec, Paris, 1982, p.9.

Commission université-palais, *le crédit à la consommation*, éditions Larcier, Bruxelles, 2004.

على أنشطته التجارية المهنية أو الحرفية"²²⁵. بذلك يكون مفهوم المستهلك مفهوماً أوسع من مفهوم المقترض بحيث أن الأول يشمل الأشخاص المعنوية والثاني يستثنيها. هذا مع العلم أن مفهوم النشاط المهني، الحرفي أو التجاري للأشخاص الذاتية يرتبط بالنشاط المزاوّل بصفة اعتيادية سواء بشكل رئيسي أو تبعي من قبل شخص لا يتوفر على صفة الشخص المعنوي. هنا يمكن أن نتحدث عن إقصاء المقاولين في مجال البناء أو التجار الصغار أو الحرفيين كالحلاقين الذين يتعاقدون مع بنك مثلاً لتمويل نشاطهم المهني، التجاري أو الحرفي من الحماية. مع شمول تعريف المستهلك لهم بمجرد أن يكون ذلك التعاقد مع البنك لغرض عائلي وأسري.

بعد ذلك، جاء قانون 4 غشت 1992 المتعلق بالقرض الارتهاني الذي لم يعرف المستهلك وإن أوضح أنه يطبق على القرض الممنوح لشخص ذاتي يتصرف فقط لهدف يكون خارجاً عن نطاق أنشطته التجارية أو المهنية أو الحرفية. ثم جاءت المادة 5 من قانون 9 فبراير 1994 المتعلق بسلامة المستهلكين وضيقت ووسعت في أن مفهوم المستهلك معتبرة إياه: "كل شخص طبيعي، يقتني أو يستعمل منتجات أو خدمات لأغراض غير مهنية أو يكون عرضة لخطر في حياته الخاصة بمنتجات أو خدمات"²²⁶.

وفي تعريف متطور أدخل المشرع البلجيكي مفهوم رابط الإقليم، من خلال قانون 24 مارس 2003 للخدمات البنكية الأساسية والمعدل بقانون فاتح أبريل 2007 الذي عرف المستهلك بكونه "كل شخص طبيعي له إقامة رئيسية في بلجيكا، يجري، معاملات تخضع لهذا القانون، لغرض يمكن اعتباره لا يدخل في إطار أعماله التجارية، المهنية أو الحرفية". هنا أيضاً هذا التعريف رغم أنه يعتبر مثلاً المقترض المحتمل مهنياً أو تاجراً أو حرفياً مستهلكاً، إذا حصل على التمويل باستقلال عن نشاطه الرئيسي، فإن هذا التعريف المتميز عما سبقه يشكو من شساعته لكونه يشمل أشخاصاً ما بين المستهلكين والمهنيين²²⁷.

إذن يمكن القول إن القانون البلجيكي أخذ بتعريفات للمستهلك ذات أبعاد متغيرة تنتقل من الشخص الذاتي الذي يتصرف لأهداف غير مهنية في إطار القروض إلى الشخص الذاتي أو المعنوي الذي يتصرف لأغراض غير مهنية تدخل في إطار المعاملات التجارية إلى الشخص الذاتي الذي

²²⁵ - المادة 1 فقرة 1 من القانون المذكور. راجع كذلك :

Fançoise.Domont-Naert, *les relations entre professionnels et consommateurs en droit Belge*, in : la protection de la partie faible, la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J, 1996, p.223.

²²⁶ - Ibid, p.222.

²²⁷ - Ph.Malinvaud, *la protection du consommateur*, D.1981, Ch., 49.

يتصرف في حياته الخاصة²²⁸. ليستقر ذلك القانون على مفهوم الشخص الطبيعي الذي يتعامل لغرض غير تجاري، مهني أو حرفي. علما أن جمعية أطلس سايس ومختبر قانون الإلتزامات والعقود²²⁹ إعتدما على التجربة البلجيكية لإخراج مقترحهما منذ عقدين من تاريخه والذي لم يتم تبنيه من طرف السلطة الحكومية والمشرع المغربي. هذا عن التجربة البلجيكية. فماذا عن موقف المشرع الفرنسي؟

المطلب الثاني : موقف المشرع الفرنسي

حظي المستهلك تبعا للتحليلات الاقتصادية بموقع متميز. إذ عملت السلطات العامة الفرنسية على إيلائه عناية خاصة من خلال تقوية الضمانات الممنوحة له لتعزيز ثقته ولضمان مساهمته في النمو بشكل إيجابي. وقد تحقق ذلك خصوصا من خلال قوانين سكريففر الشهيرة التي شكلت مرحلة تمهيدية مؤسسية. ذلك القانونين الصادرين بتاريخ 10 يناير 1978 المتعلق الأول بالمنتجات والخدمات الخطيرة وبسمية المنتج الخطير، وبالشروط التعسفية المتضمنة في العقود والثاني بتنظيم القرض الاستهلاكي، شكلا أساس المنظومة القانونية الأكثر حمائية للمستهلك في أوروبا.

وقد تم تبني النص الأخير من طرف الجمعية العامة الفرنسية حيث أضاف حجرا جديدا في المنظومة الحمائية للمستهلك من أجل استرجاع ثقته وتقوية حمايته بواسطة تدابير عملية.

إن المقتضيات الثلاثة الرئيسية المتضمنة في ذلك النص، كان هدفها تطمين المستهلك، وهي تخص شكليات إنهاء العقود المتجددة ضمنا وتنظيم عقد القرض المتجدد وإنهاء التحريم التشريعي للإشهار خارج محلات البيع بالنسبة للقرض المجاني²³⁰. وقد ظل القانون الفرنسي بعيدا عن التطرق بدقة إلى مفهوم المستهلك حتى أوائل السبعينات من القرن الماضي. ورغم مرور أزيد من ثلاثين سنة عن ذلك التاريخ ورغم ظهور العديد من التشريعات الفرنسية التي تعنى بحماية المستهلك في الكثير من المجالات، إلا أنها لم تقدم تعريفا قانونيا محددا له مما أثار الكثير من الإشكاليات تتعلق بنطاق الحماية المتوجب منحها للمستفيدين من تلك الصفة في المجال البنكي.

نشير إلى أنه للتقرب أكثر من نطاق الحماية الممنوحة للمستهلك والمرتبطة بتحديد مفهومه في القانون الفرنسي، رأينا من المفيد معالجة ذلك من خلال التطرق لمرحلة ما قبل صدور قانون

²²⁸ - Françoise.Domont-Naert, art.cit, p.223.

²²⁹ - راجع بخصوص مشروع الشراكة بين الهيئتين: منشور على الرابط التالي:

<http://www.geocities.ws/projetconsomaroc> " روجع بتاريخ 2018/5/27"

²³⁰ - J.Coelho, à propos des nouvelles prescriptions destinées à conforter la confiance et la protection du consommateur, LPA, 06 septembre 2005 n° 177, p. 3.

هامون (الفقرة الأولى) وإثر ذلك (الفقرة الثانية) وما بعد ذلك القانون، بصدور الأمر بتاريخ 14 مارس 2016 المعدل لمدونة الاستهلاك (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى : تعريف المستهلك ما قبل قانون هامون

إنه رغم أن المشرع الفرنسي، أصدر فيما يخص حماية المستهلك وتنظيم عقود الإستهلاك العديد من القوانين التي تهدف إلى حماية المستهلك في ميادين مختلفة بما فيها الخدمات المالية. لكن تلك القوانين لم تقدم تعريفا قانونيا محددا له، على الرغم من تبني تعريف له من قبل لجنة صياغة قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر عام 1993 والتي ذهبت في المادة L3 من تقريرها إلى أن المستهلكين هم الأشخاص الذين يستخدمون أموالا أو خدمات لاستعمال غير مهني²³¹. نشير إلى أن القضاء الفرنسي عرف المستهلك باعتبار الغرض من التعاقد على الخدمة. فإذا كان التعاقد للاستخدام الشخصي كان يطبق وصف المستهلك²³². لكن هناك اتجاه قضائي آخر يعترف للمهني بوصف المستهلك إذا جاءت تعاقداته خارج مجال تخصصه²³³.

هنا لا بأس من رصد بعض المحاولات الفقهية التي قامت بهذا بتعريف المستهلك، رغم ما شابها من قصور. جاء عن الفقيه J.Ghestin كون المستهلك هو "الشخص الذي يصبح طرفا في عقد للتزود بالسلع والخدمات لأجل احتياجاته الشخصية غير المهنية"²³⁴. واعتبر الفقيه الفرنسي كورنو G.Cornu المستهلك هو من يملك بشكل غير مهني سلعا استهلاكية مخصصة لاستعماله الشخصي²³⁵. أما الفقيه Hénault فقد اعتبر المستهلك هو الشخص الذي يصبح طرفا في عقد التزود بالسلع والخدمات لأجل احتياجاته الشخصية غير المهنية²³⁶. فقبل 17 مارس 2014، لم يجب المشرع الفرنسي بوضوح على سؤال من هو المستهلك؟ ذلك التهرب من التعريف، أثر سلبا على حماية المستهلكين عموما وفي المجال البنكي على وجه الخصوص. نفس ذلك التردد، عاشه الفقه أيضا في تحديد من هو ذلك المستهلك كما سبق أن أوضحنا جزئيا. حيث استعملت التشريعات الفرنسية الكثير من المرادفات من قبيل متعاقد، عموم، إنسان. ذلك التخطي أدى للتساؤل حول مدى

²³¹ - Propositions pour un Code de la consommation, La documentation française, 1990, art. L. 3.

Anne.sinay.Citermann, *Protection ou surprotection du consommateur*, JCP,Ed., n° 48, 30 Nov., 1994, Doctr., 3804, p.258.

²³² - Cass.Civ., 28 avril 1987, D., 1988 ? Chron., p.253.

²³³ - عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص.24.

²³⁴ - J.Ghestin, *traité de droit civil, les obligations, formation du contrat*, L.G.D.J, paris, 1988, p.46

²³⁵ - G.Cornu, *la protection du consommateur*, travaux de l'association H.Capitant, Dalloz, 1973, p.136.

²³⁶ - G.M.Hénault, *le comportement du consommateur*, les presses universitaires du Quebec, Montréal,1973, p.5.

تجانس النصوص التشريعية؟ وكان المشرع الفرنسي إختار توسيع حماية المستهلك إلى الأشخاص المعنوية وشمل أحيانا المهنيين أيضا. هنا يحق التساؤل: هل كان من المنطق حماية بنكي أو متخصص في المجال المالي أو حتى محام مختص في القانون الاقتصادي ومتعاقد في المجال البنكي؟ هنا تجب الإشارة، أنه في مجال الشروط التعسفية كان هناك في فرنسا استعمال مزدوج ومتوازي لمفهوم المستهلك وغير المهني مما سمح بشمل بعض الأشخاص المعنوية من مقتضيات مدونة الاستهلاك.

لقد ساهم مفهوم غير المهني في تعقيد النقاش أكثر حول مفهوم المستهلك. فقد أصبح غير المهني مرادف للمستهلك إلى غاية تدخل محكمة النقض الفرنسية. جاء في قرار لتلك المحكمة بتاريخ 15 مارس 2005 أن مفهوم غير المهني هو مفهوم مستقل وأن الشخص المعنوي لا يستفيد من مقتضيات المنظمة للشروط التعسفية، لكون المستهلك هو شخص طبيعي فقط وهو نفسه لا يستفيد من تلك المقتضيات إلا إذا كان غير مهني. وذهب أحد الفقهاء في تعليقه على ذلك القرار أن استفادة الشخص المعنوي – نقابة مهنية مثلا إثر إبرام عقد إنتمان إيجاري- من الحماية، إذا كان غير مهني في المجال البنكي هو حل معقول²³⁷. فقد سمح توسيع الحماية عبر إستعمال مفهومي المستهلك وغير المهني للقانون الفرنسي أن يحافظ على مطابقتها للتشريع الأوروبي في مجال حماية المستهلك. هذا الأخير، كما سبق أن درسناه، اعتبر المستهلك هو الشخص الطبيعي غير المهني. هذا عن مفهوم المستهلك البنكي عموما لما قبل قانون هامون . فماذا عن ما بعده؟

الفقرة الثانية: تعريف المستهلك إثر قانون هامون

لقد أدخلت المادة الخامسة من القانون المذكور تعريفا للمستهلك على الشكل التالي: " يعتبر في مفهوم هذه المدونة مستهلكا كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في نطاق نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي أو المهني الحر " . نستشف إذن أن القانون الفرنسي إثر التعديل، عرف المستهلك بشكل يوافق مطالب العديد من الفقهاء منذ زمن غير قليل إذ ذهب أغلبهم أن مفهوم المستهلك مرتبط بالأشخاص الطبيعية²³⁸. كما يلاحظ أن المشرع حدد مفهوم المستهلك بالنسبة لكافة

²³⁷ - Bernard.Bouloc, *Consommateurs et non professionnels : notions voisines et distinctes*, RTD Com., 2006, p.162.

²³⁸ - Jean-Christophe.Grall & Marie.Rigal, *Une nouvelle définition du consommateur ?*, 9 Mai 2014 , publié sur : http://www.droitdesmarches.com/Une-nouvelle-definition-du-consommateur_a87.html « consulté le 30/6/2018 ».

فروع مدونة الاستهلاك في مطابقة منه للقواعد التوجيهية الأوروبية عدد 2011/83 UE . نجد نفس ذلك التطابق في صلب التعريف ذاته²³⁹.

لكن رغم ذلك، يجب توضيح أن التعاريف القطاعية الأخرى تبقى سارية المفعول. ذلك أن تلك التعاريف من قبيل الأشخاص والعموم والمتعاقد تظل مشمولة ومرادفة للمستهلك وتستفيد بالتالي من الحماية. بل حتى مفهوم غير المهني يظل ساري المفعول في القانون الداخلي الفرنسي. إن عدم الوضوح هذا والمرتبط بغير المهني، جسده الاجتهاد الحديث نسبيا للغرفة التجارية لمحكمة النقض التي جاء في قرارها بتاريخ 3 دجنبر 2013 "إذا كان المستهلك المقصود بالفصل L132-1 هو لزوما شخص طبيعي، فإن غير المهني لا يمكن أن يكون شركة تجارية"²⁴⁰.

إن تحفظ المشرع الفرنسي وتحوطه على هذا النحو هو ما شجع على الإفراط في إحاطة مفهوم المستهلك بهالة معينة²⁴¹. طبعاً إن تعزيز الأمن القانوني الفرنسي من خلال تضيق نطاق مفهوم المستهلك البنكي، لا يمكن إلا أن يكون لصالح المستهلك المغربي المتعاقد سواء على التراب الفرنسي أو المغربي نظراً لقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص وتبني المشرع المغربي عادة للتطورات التشريعية في فرنسا الدولة الحامية السابقة للمملكة. فإذا كان قانون تدابير حماية المستهلك بالمغرب قام بتبني واضح لمفهوم مرن وصارم للمستهلك، فإن هذا الوضوح لم يتم اعتماده من طرف المشرع الفرنسي قبل تعديل سنة 2014 لمدونة الاستهلاك الفرنسية²⁴². هذا عن قانون هامون. فماذا عن تعريف المستهلك بعد صدور الأمر بتاريخ 14 مارس 2016 المعدل لمدونة الاستهلاك؟

الفقرة الثالثة: تعريف المستهلك إثر الأمر الصادر بتاريخ 14 مارس 2016 المعدل لمدونة الاستهلاك

لقد قام الأمر التشريعي الصادر بتاريخ 14 مارس 2016 بإعادة صياغة طفيفة، لكن مهمة، لتعريف المستهلك باستثناء النشاط الفلاحي صراحة من تعريف المستهلك. حيث تمت إضافة كلمة

²³⁹ - لقد سبق لمحكمة العدل للمجموعات الأوروبية في قرارها بتاريخ 22 نونبر 2001 أن اعتبرت أن القواعد التوجيهية بتاريخ 5 أبريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية تتعلق حصراً بالأشخاص الطبيعية. راجع :

Bernard.Bouloc, Art.cit , p.162.

²⁴⁰ - Cass. com., 3 décembre 2013, n° 12-26.416, n° 1158 F-D, Sté Wolseley France bois et matériaux c/ Sté Europ télésécurité publié in : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028294588&fastReqId=825075423&fastPos=1> " روجع بتاريخ 2018/7/09 "

²⁴¹ - عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص.20.

²⁴² - Didier.Ferrier, op.cit , p.15.

أخيرة الى التعريف الوارد في قانون هامون وأصبح تعريف المستهلك في الفصل التمهيدي هو: " كل شخص طبيعي يتصرف لاهداف لا تدخل في نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي المهني أو الفلاحي". وأصبح بالتالي التعريف أكثر تطابقاً مع التعريف الأوروبي الوارد في القواعد التوجيهية 2011/83. هذا علماً أن الأمر المذكور أوضح بتعريفات جديدة مفهومي المهني وغير المهني، من أجل تفسيرات وتطبيقات أكثر سلاسة ووضوح من قبل القضاء. وهو ما سنتناوله بتفصيل في الفصل الثاني المتعلق بمقاربة المفاهيم المرتبطة المماثلة والمخالفة لمفهوم المستهلك البنكي علماً أن كثرة المفاهيم المرتبطة والمماثلة والمخالفة، تؤدي حتماً بالباحث إلى وجوب إجراء مقارنة بينها. وهو ما سنقوم به في الفصل الذي يليه.

الفصل الثاني: مقارنة المفاهيم المرتبطة المماثلة والمخالفة لمفهوم المستهلك البنكي

يعد التعريف بالمفاهيم من المقدمات اللازمة للاقترب من موضوع الدراسة لاسيما تلك المفاهيم التي ترتبط، تماثل أو تخالف مفهوم المستهلك أو المستهلكين. فبيان المراد من تلك المصطلحات وحدودها ومعانيها وامتداداتها يبين المقصود من الدراسة ويحدد نطاق الحماية ولا ينبغي تجاوزه أو التقليل من أهميته. إن مصطلح المستهلك أو المستهلكين البنكيين جد متفرع والمصطلحات التي لها علاقة به سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة لا تعد من باب التكرار علماً أنه لا يوجد في مجال التعاريف إجماع على مصطلح وحيد وموحد. إنه أمام تعدد حالات الخدمات البنكية هناك تعدد الأنظمة. فهناك الزبون، المقترض، الكفيل، المشتري، المدخر، المودع، المستعمل، المشتري. فالمستهلكون يستعيرون العديد من السلوكيات وهذا التنوع يثير الكثير من النقاش، فوجود لمستهلك واحد ولكن لعدة مستهلكين²⁴³. لأجله وللاقترب أكثر من مفهوم المستهلكين ارتأينا دراسة المفاهيم التي تماثله (الفرع الأول) وتلك التي تخالفه (الفرع الثاني)

الفرع الأول: المفاهيم المماثلة

يقصد بالمفاهيم المماثلة، المفاهيم المشابهة لمفهوم مستهلكي الخدمات البنكية موضوع الدراسة. يقال مثل الشيء لفلان، صورته له بالكتابة ونحوها، حتى كأنه ينظر إليه. والمماثل هو المثل والشبه والنظير ويوصف به المؤنث والمثنى والجمع²⁴⁴. إن أهمية دراسة تلك المفاهيم المماثلة ترتبط بسؤال هل يجب إيلاء نفس الحماية لجميع أصناف المستهلكين البنكيين؟ فتعدد المفاهيم يختلف باختلاف المستهلكين المطلعين على التقنيات البنكية والقادرين على حماية أنفسهم إلى المستهلكين غير قادرين على ذلك لجهلهم بتلك التقنيات.

²⁴³ - J.Mel, Art.cit, p.5.

²⁴⁴ - فؤاد إفرايم البستاني، مرجع سابق، ص711.

طبعاً إن الجواب على السؤال المطروح هو بالنفي. فالأصل في قوانين الاستهلاك أنها عامة ومجردة تطبق على كل المفاهيم المماثلة للمستهلك. والتمييز بين المفاهيم قد يؤدي إلى نزاعات كثيرة لا نهاية لها وينسف نجاعة حماية قانون تدابير حماية المستهلك النسبية²⁴⁵. هذا وتوجب دراسة المفاهيم المماثلة للمستهلكين معالجة المفاهيم المشتركة مع جل المستهلكين (المبحث الأول) وكذا المفاهيم الخاصة بالخدمات البنكية (المبحث الثاني)

المبحث الأول : المفاهيم المشتركة مع جل مستهلكي الخدمات البنكية

يقصد بالمفاهيم المشتركة تلك المفاهيم المتعلقة بالمستهلك في نازلة الحال، التي تشترك فيما بينها معاني كثيرة. بحيث تختلط تلك المفاهيم بحيث لا يكاد يميز فيها الواحد عن الآخر. فبالإطلاع على مطويات الخدمات البنكية لأحد الأبنك المغربية²⁴⁶ نجدها مثلاً تستعمل العديد من المصطلحات العامة من قبيل: (خواص، زبناء، موظفون، متقاعدون، إجراء القطاع الخاص، محامين، مستفيدين، زبناء، مغاربة مواطنون بالخارج، أقارب، زوج...) مع تعمد عدم استعمال مصطلح المستهلك. طبعاً يصعب دراسة كل تلك المفاهيم لكن يجدر بنا الاقتراب من بعضها التي تناولها الفقه ولا سيما الزبون. إلى جانب ذلك تعد دراسة مفهوم الطرف الضعيف مهمة لفهم نطاق الحماية المرتبط بمرادفات المستهلك البنكي. فإذا كان قانون تدابير حماية المستهلك انبنى على فلسفة جديدة تعنى بمفهوم الإنصاف والعدالة وترمي إلى حماية الطرف الذي لا يملك مبدئياً القدرة المالية وتحجب عنه البيانات الضرورية؛ وهو ما اصطلح عليه عموماً بالطرف الضعيف (المطلب الأول) وهو مفهوم شبيه بالمستهلك علماً أنه قد يشمل في أحوال كثيرة غير المهني والمهني كذلك إلى جانب الزبون (المطلب الثاني). هكذا سيكون هذين المفهومين موضوع دراستنا فيما سيأتي.

المطلب الأول: مفهوم الطرف الضعيف في العقد

إن قضية حماية الطرف الضعيف ظهرت في إطار إدماج المقاربة الاجتماعية في القانون. جاء عن الفقيه جوسران خلال محاضرة له ببيروت حول حماية الضعفاء بالقانون سنة 1934، أن التوجه العام الحديث آنذاك هو ميل القانون أكثر فأكثر لحماية الضعفاء من استغلال الأقوياء. وهو ما رأى فيه جوسران نوعاً من أنسنة القانون. ينبنى منطق تلك الحماية على مفهوم أخلاقي يحمله جوسران على غرار الفقيه ريبير. علماً أن أولئك الضعفاء لم يعودوا نفس الضعفاء يقول

²⁴⁵ - راجع:

Jean.Calais-Auloy & Henri.Temple, *droit de la consommation*, Dalloz, 8 éme édition, 2010, p.10.

²⁴⁶ - يتعلق الأمر بالبنك المغربي للتجارة الخارجية.

جوسران²⁴⁷. إن ظاهرة الضعف ليست بالبسيطة، فهي تتمثل في مستويات مختلفة وموضوع حماية الطرف الضعيف في المجال التعاقدية هو موضوع شاسع لأجله فإن تحديد نطاق الحماية المرتبط بالطرف الضعيف يوجب عرض لذلك المفهوم (الفقرة الأولى) وتوضيح آثار مفهوم الطرف الضعيف على المستهلك البنكي (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : عرض مفهوم الطرف الضعيف

يقصد بالطرف الضعيف من تنقصه القوة *la vigueur* أو القوة الجسمية *la force physique* أو المعنوية *Morale*. هنا اعتبر فريديريك لوكرييك بأن الضعف يتضح من خلال علاقة تعاقدية بين شخصين يحكمهما التخوف بحكم ضعف أحدهما وذلك لأسباب متعددة منها: ضعف المؤهلات الجسمية أو النفسية أو ضعف المؤهلات التقنية أو غياب التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية بحكم الظروف الاقتصادية والاجتماعية لأحدهما. فوجود الطرف القوي "البنك في نازلة الحال" في وضعية أقوى اقتصادية ومالية وفنية وقانونية ناتجة عن وضعه المهيمن في السوق واحتكاره الخدمات البنكية و سيطرة قلة من الأبنك بشكل يجعل المنافسة محدودة النطاق و كذا لامتلاكه للمعلومات والمعارف بشأن الخدمات المقدمة أو معرفته المعمقة والدقيقة بقانون وشروط عقود الخدمات البنكية²⁴⁸.

يرى الأستاذ حسن عبد الباسط جميعي أن الطرف الضعيف هو الطرف الذي يتسم إما بالضعف الجسماني أو التقني أو الضعف المادي أو المعنوي معتبرا أن الضعف المادي من أهم مظاهره الوضع المهيمن للطرف القوي في السوق - البنك في نازلة الحال- مما يفقد المستهلك تعدد الخيارات فيجد نفسه أمام خيار وحيد²⁴⁹. إن الضعف التقني يعد أهم مظاهر الضعف في القوانين الحديثة ومنها قانون الاستهلاك التي تتميز بكونها قوانين تقنية تحتاج إلى التجربة والكفاءة والخبرة. أما بخصوص الضعف المعنوي، فيرتبط أساسا بشخصية المتعاقد المستهلك وهو ما يفسر تدخل المشرع لحماية شخصية الطرف الضعيف تعاقدية من خلال تكريس بعض مقتضيات الحماية والالتزام بالإعلام ومقتضيات الحماية من الشروط التعسفية. كما يلعب الضعف الجسدي أهمية قصوى في تحديد الحماية القانونية للطرف الضعيف في نزاعات الاستهلاك²⁵⁰. حيث يجسد ذلك

²⁴⁷ - Jean.Pascal.Chazal, *la protection de la partie faible chez Josserand, ou la tentative de maintenir le compromis républicain*, publié sur : http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_protection_josserand.pdf « consulté le 9/7/2018 »

²⁴⁸ - Marcel.Fontaine, *la protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, in : « *la protection de la partie faible dans les rapports contractuels* », op.cit, p.616.

²⁴⁹ - حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، 1996، ص.118.

²⁵⁰ محمد الشبلح، تعليق على قرار المجلس الأعلى رقم 1625 بتاريخ 23 يونيو 1998، مجلة القانون والاقتصاد، عدد 7، سنة 1995، ص.113.

ترتيب المادة 59 من قانون تدابير حماية المستهلك جزاء البطلان بقوة القانون عن كل التزام نشأ بفعل استغلال ضعف أو جهل المستهلك مع حفظ حقه في استرجاع المبالغ المؤداة من طرفه وتعويضه عن الأضرار اللاحقة²⁵¹.

إن العقد البنكي يجسد قانون الأقوى. ذلك أن مبدأ المساواة، في النظرية العامة للالتزامات، يظل هشاً بالمقارنة مع الواقع الاقتصادي والاجتماعي. لذلك جاء قانون تدابير حماية المستهلك، ليعلي سمو المبادئ الأخلاقية، ويحمي الطرف المستهلك البنكي في مواجهة البنك القوي من خلال مقتضيات قسم الاستدانة والنصوص التطبيقية الحمائية التي نظمت محتوى العقد وأجبرت القاضي على تفسير العقد لصالح المستهلك الضعيف²⁵². وتختلف مستويات الضعف بحسب ارتباطها بالمعارف البنكية أو بتوقيعات قوة المستهلك البنكي. فقد يكون المستهلك البنكي في وضعية مريحة ساعة إبرام العقد البنكي ثم يصير في وضعية مختلة ثم ضعيفة ساعة التسديد أو وقوعه في الاستدانة المفرطة²⁵³ والعكس صحيح. هذا و تجب الإشارة، إلى أن خلفيات المشرع والمحاكم هي نفسها وقد تكون مختلفة. فقد تكون عامة تهدف إلى إحقاق العدالة والإنصاف أو خاصة في بعض الأحيان، لاسيما إذا كانت تهدف لحماية حركية الاقتصاد. كما أن هناك أيضا أبعادا سياسية في اختيارات حماية المستهلك البنكي²⁵⁴. هذا عن عرض مفهوم الطرف الضعيف. فماذا عن آثاره على المستهلك البنكي؟

الفقرة الثانية: آثار مفهوم الطرف الضعيف على المستهلك البنكي

أدى اختلاف المراكز التعاقدية نتيجة اختلال موازين القوى إلى استغلال الضعيف المستهلك من لدن القوي -البنك- و ساهم ذلك:

- في جهل المتعاقد الضعيف بالقانون البنكي أو واقع الخدمات البنكية نتيجة تعاقد خارج اختصاصه.

- تعقد سوق المنتجات والخدمات البنكية؛

²⁵¹ نصت المادة 184 من قانون تدابير حماية المستهلك على أنه : " يعاقب على مخالفة أحكام المادة 59 المتعلقة باستغلال ضعف المستهلك أو جهله بالحبس من شهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 1.200 إلى 50000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وذلك دون الإخلال بأحكام الفصل 552 من مجموعة القانون الجنائي. إذا كان المخالف شخصا معنويا يعاقب بغرامة تتراوح ما بين 50.000 و1.000.000 درهم".

²⁵² - Yves Strickler, *La protection de la partie faible en droit civil*, L.P.A, n°213, 25/10/2004, p. 6.

²⁵³ - A.Guineret-Brobbeldorsman, *Un exemple de codification à droit constant : le code de la consommation peu protecteur pour le consommateur surendetté*, LPA, 05 juillet 2007 n° 134.

P.Trissou-Collard, *La question du surendettement*, LPA, 10 avril 2003, n° 72.

²⁵⁴ - Marcel.Fontaine, *Art.cit*, p.649.

- صعوبة أو استحالة فهم عقود الخدمات البنكية إما لأسباب راجعة للطرف الضعيف أو لسوء أو مكر البنك في صياغة العقد؛
 - عدم أخذ المتعاقد الضعيف الوقت الكافي للمقارنة بين مشاريع عقود الخدمات البنكية المعروضة من طرف الأبنك المنتمية لعدة مجموعات بنكية؛
 - انتشار الشروط النموذجية في عقود الخدمات البنكية نتيجة استفراد الأبنك ومجموعتها التمثيلية بتنظيم متشابه وموحد للعقود؛
 - اعتقاد المتعاقد الضعيف بصفة خاطئة بقانونية أو شرعية الشروط النموذجية أو بكونها موحدة في السوق؛
 - ظهور أشكال جديدة لتمويل السلع والخدمات عن طريق القروض؛
 - ظهور أشكال جديدة للحث على التعاقد كالإشهار؛
 - ظهور أشكال جديدة لتوزيع الخدمات البنكية كالبيع في محل الإقامة والبيع عن بعد²⁵⁵.
- هذا عن مفهوم الطرف الضعيف. فماذا عن مفهوم أكثر دقة ألا وهو الزبون؟
- المطلب الثاني: مفهوم الزبون**

يجب أخذ مفهوم الزبون في بعده الواسع، حيث يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، شريطة أن يلجأ إلى البنك للاستفادة من خدماته، وأن يوافق هذا الأخير على القيام بالعمليات التي طلبها. إنه من الأهمية تحديد مفهوم الشخصية القانونية سواء كانت طبيعية أو معنوية لأن ذلك مرتبط بأهلية الوجوب والأداء لكل نوع من الزبوين²⁵⁶. تجدر الإشارة، أن المشرع المغربي لم يخصص حيزا للحديث عن الزبون، سواء في القانون الجديد المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها أو في صيغة القانون القديم لسنة 2006. لكنه تحدث عن الزبون خلال تنظيمه للشيك المسطر في المادة 281 من مدونة التجارة²⁵⁷. وفي ظل عدم الوضوح الذي إكتنف التشريع

²⁵⁵ - راجع محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، 2006/2005، ص. 8 و 9.

²⁵⁶ - Mohamed.Jalal.Essaid, introduction à l'étude du droit , collection connaissances, 3ème édition, 2000, p.423.

²⁵⁷ - ظهير فاتح غشت 1996 بتنفيذ القانون رقم 95.15 المتعلق بمدونة التجارة.

- و تنص المادة 281 من هذه المدونة أنه: "لا يجوز للمسحوب عليه أن يوفي شيكا مسطرا تسطيرا عاما إلا لأحد زبنائه أو لمؤسسة بنكية.

لا يجوز للمسحوب عليه أن يوفي شيكا مسطرا تسطيرا خاصا إلا إلى المؤسسة البنكية المعنية أو إلى زبونه إن كانت هذه المؤسسة البنكية هي المسحوب عليه. ومع ذلك يجوز للمؤسسة البنكية المعنية أن تلجأ إلى مؤسسة بنكية أخرى لتحصيل قيمة الشيك.

لا يجوز لمؤسسة بنكية أن تحصل على شيك مسطر إلا من أحد زبنائها أو من مؤسسة بنكية أخرى. ولا يمكن أن يحصل مبلغه لحساب أشخاص آخرين غير من ذكر..."

المغربي حول مفهوم الزبون، سنبحث كذلك في التشريعات المقارنة لتبيانها، لا من حيث كونه شخصا طبيعيا (فقرة أولى) أو معنويا (فقرة ثانية)

الفقرة الأولى : الزبون شخص طبيعي

نص المشرع اللبناني في المادة الثانية من قانون سرية المصارف على أن: "مديري ومستخدمي المصارف.... ملزمون بكتمان السر لمصلحة زبائن هذه المصارف ولا يجوز لهم إنشاء ما يعرفونه عن أسماء الزبائن وأموالهم والأمور المتعلقة بهم...". هذه القاعدة تبدو طبيعية حسب بعض الفقه²⁵⁸ ولا تثير خلافا ومع ذلك لم يعط المشرع اللبناني مدلولاً محدداً للزبون، رغم أنه تحدث عنه في المواد التي تعنى بسرية الحساب المصرفي إلا أن إيراد تلك المقتضيات كان بهدف جلب أكبر عدد ممكن من الاستثمارات²⁵⁹. فمقتضيات حماية السر البنكي مثلاً في لبنان وسعت من مفهوم زبون البنك المستفيد من فرض السر البنكي معتمدة على معيار وحيد هو الولوج الطوعي للزبون للخدمات البنكية. بحيث لا يعتبر من زبناء البنك مثلاً من يحصلون لدى البنك على حوالات صادرة عن الدولة أو الإدارات العمومية و التي تم الأمر بأدائها لدى البنك من قبل السلطات²⁶⁰. لكن هناك من الفقهاء من أخذ بهذا المفهوم الشاسع مع اعتماد تطبيق محدود باعتبار أنه من المبالغ فيه اعتبار أن السائح الذي يسعى لتحصيل مبلغ تحويل أو شيك سياحي من المحميين بالقانون اللبناني حول السر البنكي. جاء بهذا الخصوص عن إميل تيان رفضه أن يشمل تعريف المستهلك عمليات التحصيل²⁶¹. هذا عن المشرع اللبناني، أما المشرع الفرنسي فلم يعط بدوره تحديداً لمدلول الزبون تاركاً هذا التحديد للفقه والقضاء. الشيء الذي يوجب اقتفاء هذا الفقه والقضاء حول مدلول الزبون. هاذين الأخيرين حدداً في فرنسا معنى الزبون في سياق البحث عن الزبون المستفيد من الشيك المسطر، حيث مر هذا التعريف بمرحلتين²⁶² هما مرحلة المفهوم الضيق (أولاً) والمفهوم الواسع (ثانياً)

أولاً: مرحلة المفهوم الضيق

اعتبر بعض الفقهاء الفرنسيين الزبون كل شخص معروف من طرف البنك، فتح حساباً لديه، مستبعدة المتعامل العابر أو العارض. وفي هذا السياق كان الاجتهاد القضائي يشترط وجود

²⁵⁸ - علي جمال الدين عوض، *عمليات البنوك من الوجهة القانونية*، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص.1185.

²⁵⁹ - M.Storck, *l'activité de gestion de portefeuille*, Revue Droit bancaire et bourse, n°21, septembre/octobre 1990, spéc. n °7.

²⁶⁰ - May.Hammoud, op.cit, p. 43 &44.

²⁶¹ - Ibid., p.44.

²⁶² - روكس رزق، *السر المصرفي*، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، دون ذكر التاريخ، ص. 30 و 31.

علاقات سابقة ومستمرة بين البنك وبين المتعامل معه لاعتباره من زبائنه. كما أن الشخص الذي يتقدم لأول مرة إلى البنك لا يكتسب صفة الزبون بمجرد قيامه بعملية مصرفية عارضة لم تتم بمحض اختياره وإرادته. لكن مع صدور قرار محكمة النقض الفرنسية سنة 1962 انفصل الاجتهاد القضائي عن الفقه وأخذ منحى تفسيريا واسعا لمفهوم الزبون²⁶³ نتطرق إليه فيما يلي.

ثانيا: مرحلة المفهوم الواسع

أظهر الاجتهاد القضائي الفرنسي توجهها لصالح نظرية المواظبة وأقدمية العلاقات²⁶⁴. ومنذ تراجع قرار الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 فبراير 1962 عن الشرطين السابقين، إذ ذهبت أن فتح حساب بشروط عادية كاف لإضفاء صفة الزبون²⁶⁵. هذا الموقف يبدو أنه أصبح الأصل في القانون الفرنسي الذي يؤول إلى مفهوم أكثر اتساعا للزبون الذي لم يعد بالضرورة مرتبطا بمالك الحساب. حيث يمكن أن يكون ناتجا عن عمليات الصندوق المنجزة من طرف البنكي والتي سمحت لهذا الأخير بالتعرف على حامل الشيك²⁶⁶.

في المقابل، تبنى القضاة اللبنانيون مفهوما ضيقا مؤسسا أيضا على معياري المواظبة والأقدمية رغم وجود أحكام قليلة صادرة عن تعريف القسم الجنحي والتي اعتبرت الزبون بأنه من يدخل في اتصال مباشر أو غير مباشر مع البنك و لو بشخص واحد وعملية وحيدة بل حتى إن لم يختار بنفسه البنك. مما يدل على أنه يعد زبونا للبنك كل شخص يتقدم أمام البنك لتحصيل تحويل أو مبلغ مودع لدى البنك أو شيك يمثل مبالغ من المال مودعة لدى البنك²⁶⁷. لقد قام هذا الاتجاه القضائي بتوسيع مفهوم الزبون، معتبرا أنه يكفي لكي يعتبر الشخص زبونا للبنك، أن يكون معروفا بصورة مباشرة أو غير مباشرة من قبله. كما يمكن أن تنتج هذه الصفة عن مجرد عملية تحقق بسيطة من هوية طالب فتح الحساب دون أن يستتبع ذلك بالضرورة وجود علاقات سابقة ودائمة. لكن هذا التحول في الاجتهاد القضائي لم ينل موافقة كل الفقه الذي بقي بمجمله ملتزما بالمفهوم الضيق للزبون²⁶⁸. لكن ذلك الالتزام لم يحل دون تبني بعض الفقه الزبون كشخص معنوي.

²⁶³ - قرار محكمة النقض الفرنسية، صادر بتاريخ 7 فبراير 1962، أورده روكس رزق، مرجع سابق، ص 31.

²⁶⁴ - CA.Paris, 16 Janv.1957, JCP G, 1961, II, 12075.

²⁶⁵ - Cass.Com., 7 févr.1962, D.1962, p.306.

²⁶⁶ - CA. Seine, 3 Nov.1954, RTD Com., 1955, p.109.

²⁶⁷ - Jugement pénal de Beyrouth, 23 Nov.1971, Rec. Hatem, fasc.121, p.53, note crit. Kortbawi cité in : May.Hammoud, op.cit, p.44& 45.

²⁶⁸ - روكس رزق، مرجع سابق، ص.32.

الفقرة الثانية : الزبون شخص معنوي

لا تقتصر صفة الزبون على الشخص الطبيعي فحسب، بل تشمل حتى الشخص المعنوي؛ خصوصاً وأن هذا الأخير، مهما كان شكله القانوني وطبيعته، يتوفر على الشخصية القانونية التي تجعل منه كيانا قانونيا ذي ذمة مالية مستقلة عن ذمم الأشخاص الطبيعيين الذين يؤلفونه، يتمتع بكل مقومات الشخصية القانونية. تلك الشخصية التي تشكل وعاء لاستقبال الحقوق وتحمل الالتزامات²⁶⁹. إن استقلال الزبون كشخص معنوي تفيد أنه يمكن أن يكون دائنا أو مدينا للبنك ويحق له أن يقاضيه من أجل الحصول على حماية مصالحه، كما يمكن أن يكون موضوع مطالبة قضائية عبر ممثليه²⁷⁰. إنه بمجرد أن يتقدم ممثل الشخص المعنوي²⁷¹ إلى البنك للاستفادة من خدماته أو للقيام ببعض العمليات البنكية يكتسب صفة الزبون، حيث يصبح دائنا في مواجهة البنك، فيتسع من ثم نطاق المسؤولية ليشمله، خاصة وأن طلب خدمات البنوك من قبل الشخص المعنوي (خصوصاً الشركات التجارية...) هي ضرورة قانونية²⁷².

إجمالاً، لا يعد مستخدمو المصرف زبناء له، وإن كانوا يتقاضون مرتباتهم من صندوقه، لأنهم لا يتعاملون معه باعتبارهم زبائن، بل عمال ومستخدمين وهذا التعامل لا يدخل ضمن نطاق العمليات البنكية التي من شأنها أن تجعلهم زبناء²⁷³. كما أن الزبون السابق للبنك الذي انقطعت علاقته به لم يعد له أي اتصال مع البنك، حيث لا يتمتع بصفة الزبون شأنه في ذلك شأن مزور إمضاء الشيك الذي لا يعتبر زبونا للبنك، ولا متعاملاً يحق له التمتع بالحماية²⁷⁴. هذا عن المفاهيم المماثلة والمشاركة مع جل مستهلكي الخدمات البنكية، فماذا عن بعض المفاهيم المرتبطة بالائتمان؟

المبحث الثاني: المفاهيم الخاصة بالخدمات البنكية

²⁶⁹ - امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص. 40.

²⁷⁰ - Mohamed.Jalal.Essaid, *op.cit*, p 437.

²⁷¹ - فسواء كان الشخص المعنوي في شكل شركة أو جمعية أو مجموعة ذات نفع اقتصادي أو مؤسسة عمومية، فإنه يمكنه فتح حساب بنكي بالاسم التجاري أو المدني الذي يحمله ذلك الشخص. ويتم ذلك بمبادرة من ممثله القانوني المعين في النظام الأساسي، وفي حالة عدم وجود تعيين، يمثله الشريك أو المساهم الذي يتمتع بصلاحيات الإدارة والتمثيل.

- امحمد لفروجي، مرجع سابق، ص. 40.

²⁷² - تقضي المادة 18 من مدونة التجارة لسنة 1996 بأنه: "يتعين على كل تاجر، لأغراضه التجارية، أن يفتح حساباً في مؤسسة بنكية أو في مركز للشيكات البريدية".

²⁷³ - سمير فرنان بالي، السرية المصرفية، منشورات الحلبي، بيروت، 2002، ص. 21.

أنظر كذلك:

- هيام الجرد، المد والجزر بين السرية المصرفية وتبييض الأموال، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2004، ص. 39.

²⁷⁴ - محمد الناجي، المسؤولية عن إقضاء السر المهني البنكي، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، وحدة التكوين والبحث في القانون التجاري المقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، السنة الجامعية 2006 - 2007، ص. 11 وما يليه.

نجد بالإطلاع على مطويات الخدمات البنكية للبنك المغربي للتجارة الخارجية مثلا، مصطلحات من قبيل :

المقترض؛
الكفيل ؛
المقتني؛
حامل الشيك؛
حامل البطاقة ؛
المستفيدون الزبناء؛
صاحب الحساب ...

فالبنك يحاول تقديم مجموعة واسعة من الخدمات البنكية لتلبية الاحتياجات المتنوعة من الرغبات التمويلية والائتمانية والخدمات البنكية الأخرى المطلوبة من قبل العملاء باختلاف أنواعهم واختلاف مناطق إقامتهم. كما تحتاج الخدمات البنكية إلى بعضها البعض حتى تجذب إليها معاملات المستهلكين. هنا يمكن أن نقسم دراسة أغلب المفاهيم الواردة في عقود الخدمات البنكية إلى مطلبين يتعلقان بالمفاهيم الخاصة بالخدمات ذات الطابع الائتماني (المطلب الأول) أو غير الائتماني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المفاهيم الخاصة بالخدمات ذات الطابع الائتماني

علاقة بتعريف الائتمان الذي هو الثقة التي يوليها البنك لشخص ما سواء أكان طبيعياً أم معنوياً، بأن يمنحه مبلغاً من المال لاستخدامه في غرض محدد، خلال فترة زمنية متفق عليها وبشروط معينة مقابل فائدة متفق عليها، فإن تلك الأبنك تمنح القروض بضمانات تمكن تلك المؤسسات من استرداد قروضها في حال توقف المستهلك من السداد. علما أن من أصناف الائتمان بيع المنتجات بالتقسيط. هكذا فإن أهم المفاهيم التي تشبه مفهوم المستهلك البنكي وترتبط أساسا بالائتمان هي المقترض(الفقرة الأولى) والكفيل (الفقرة الثانية) والمقتني أو المشتري (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى : المقترض

إن المقترض هو مستهلك خدمة القرض²⁷⁵ إنه الشخص المحمي، مستهلك الخدمات البنكية ذات الطابع الائتماني (القرض الاستهلاكي و العقاري)²⁷⁶ حتى لو كان شخصا معنوياً لا يتصرف في إطار نشاطه المهني أو التجاري²⁷⁷. تخص الحماية المنصوص عليها في مجال القروض

²⁷⁵ - 81 congrès des notaires de France, *le consommateur*, tome 2, Maury imprimeur S.A, 1985, Malesherbes, 1985, p. 1291.

²⁷⁶ - رشيد الشائب، *شركات القروض للاستهلاك*، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، اكدال، الرباط، وحدة قانون المقاولات، 2004/2003، ص.82.

²⁷⁷ - Y.Picod & H.Davo, op. cit, p.315.

الاستهلاكية فقط المستهلكين، وفق المادة 74 و 2 من قانون تدابير حماية المستهلك و كذا كافيهم. أما في المجال العقاري، فترتبط صفة المقترض بالتعاقد مع مورد اعتيادي للعمليات المنصوص عليها في المادة 113 حصرا. وهو كذلك الشخص الذي يقتض أو حسب تعريف المادة 112 من قانون تدابير حماية المستهلك كل مستهلك يقتني أو يكتتب أو يقدم طلبية بواسطة قروض.

تم تعريف المقترض في التشريع الفرنسي، في الفصل L311-1-2 من مدونة الاستهلاك الفرنسية، (صيغة 17 مارس 2014) باعتباره كل شخص طبيعي، يدخل في علاقة مع مقرض في إطار علاقة قروض منجزة أو ستنتج لهدف خارج نطاق نشاطه التجاري أو المهني²⁷⁸. حيث يجب على المقترض أن يكون مستهلكا وهنا تبرز الرغبة في البحث عن تعريف للمستهلك. هذا وقد أدخل الأمر التشريعي رقم 301-2006 بتاريخ 14 مارس 2016 تعديلا بسيطا ومهما على التعريف بإضافة النشاط الفلاحي الى مستثنيات الأشخاص الذين يتصفون بصفة المستهلك حيث أخرج هذا التعريف الفلاحين من طائفة المستهلكين. نشير أن صفة المقترض هذه تنضم إلى الاستثناء الوارد في الفقرة الثالثة من الفصل L 312-4 من مدونة الاستهلاك صيغة 25 مارس 2016 والذي يتعلق بالقروض التي تهدف إلى تمويل حاجيات نشاط مهني²⁷⁹. نورد هنا، قرارا لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 يوليو 1996، تساءل فيه قضاتها حول ما إذا كان متوجبا اعتبار المقترض مستهلكا مفترضا. ذلك أن المحكمة المذكورة نقضت قرارا لمحكمة استئناف، لأنها لم تبحث فيما إذا كان السيد م.م أجيرا عند انعقاد العقد، وبالتالي يتناقض ذلك مع كون العقد ذي طابع مهني²⁸⁰. هذا عن مفهوم المقترض المتعاقد المباشر مع البنك. فماذا إذا كان مجرد كفيل له؟

الفقرة الثانية : الكفيل

يعد الكفيل من أهم أصناف المستهلكين. إنه الشخص الطبيعي الذي يكفل أداء المستهلك في عقد قرض استهلاكي أو عقاري أو بقية العمليات الداخلة في نطاق الاستدانة المنصوص عليها في قانون تدابير حماية المستهلك²⁸¹. مع العلم، أن الطابع التبعية للكفالة لا يكفي لإضفاء صفة المستهلك، بل

²⁷⁸ - L'emprunteur ou le consommateur est : « toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, ou un intermédiaire de crédit, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle ». Loi n°2017-203 du 21 février 2017.

²⁷⁹ - Guy.Raymond, crédit à la consommation, régime de la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010, Jurisclasseur concurrence-consommation, cote/ 04, 2011, date de fraîcheur 1 mai 2011, p.30.

²⁸⁰ - Cass.1^{re} Civ., 17 juill.1996, Contrats, Conc.Consom, 1996, Comm.158, Obs, G.Raymond.

²⁸¹ - جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2010/12/14 بخصوص قبول كفالة التزام التاجر من قبل شخص طبيعي : "أن الكفالة المبرمة من قبل شخص طبيعي لصالح دائن مهني لا يجب أن تكون غير متناسبة مع الاموال والموارد المصرح بها من قبل الكفيل".

Arrêt de la Cour de Cassation, chambre commerciale, n° 09-69.807 (n° 1270 F-P+B), Cité in : Caution dirigeante : engagement disproportionné et information annuelle, Recueil.Dalloz, 2011 p.156. Voir

يجب أن تكون مقتضيات قانون تدابير حماية المستهلك لصالح المدين الأصلي المكفول تدخل الكفيل في نطاق الحماية سواء بشكل صريح أو ضمني²⁸². تعتبر الكفالة عملا مدنيا دائما بالنسبة للكفيل لأنها من عقود التبرع²⁸³. يقدم الكفيل العيني شيئا مملوكا له، عقارا كان أو منقولاً، رهنا لضمان وفاء دين للغير. حيث يكون مصحوبا برهن إما حيازي، إذا وقع على عقار أو منقول أو رهنا رسميا إذا وقع على عقار محفظ. كما يرد الرهن على المنقول دون حيازة وذلك بتسجيل الشيء المرهون حتى ولو كان مالا معنويا في السجل الوطني الإلكتروني للضمانات المنقولة²⁸⁴. لكن في جميع الأحوال، لا يكون الكفيل العيني ملتزما التزاما شخصيا بضمان الدين، بل الذي يضمن الدين هو الرهن الذي قدمه²⁸⁵ أي أن التأمين هنا تأمين عيني لا تأمين شخصي لذلك تستبعد الكفالة العينية من نطاق الكفالة الشخصية.

لا يكون الكفيل العيني مسؤولا شخصيا عن الدين المضمون بل الذي يضمن الدين هي العين التي قدمها رهنا سواء كان الرهن رهنا رسميا أو رهنا حيازيا²⁸⁶. فإذا انتقلت ملكية العين المرهونة إلى غير الكفيل العيني انتقلت إلى هذا الغير مرهونة في الدين ولا يكون الكفيل العيني مسؤولا شخصيا عن الدين. فإذا تخلى الكفيل العيني عن العين المرهونة للدائن أو فقد حيازتها بأي سبب فإن كفالته العينية للدين تنتهي لأنه غير ملتزم إلا التزاما عينيا. هذا بخلاف الكفيل الشخصي، فإنه يكون ملتزما شخصيا بوفاء الدين إذا لم يوفه المدين. حيث ينتقل هذا الالتزام الشخصي في تركته إلى ورثته

également : Huprelle.Lolita, *La caution dirigeante*, Université de Montpellier 1, thèse de doctorat, Droit privé et Sciences criminelles, soutenue en 2014.

²⁸² - Augustin.Boujeka, Art .cit , p. 9.

هذا وقد رفضت محكمة العدل الأوروبية في قرار لها بتاريخ 17 مارس 1998، اعتبار شخص طبيعي كفيلاً، رغم أنه يتصرف خارج نطاقه المهني، لكونه قام بضمان أداء دين متعاقد بخصوصه مع شخص لغاية نشاطه التجاري

Arrêt de la C.J.C.E, 17 mars 1998, cité chez : Monique.Luby, Art.cit, p.3.

²⁸³ - " تكون الكفالة مدنية حتى ولو كان الكفيل يقوم بممارسة نشاط تجاري، وكان الدين الذي يكفله تجارياً أو ناتجاً عن علاقة تجارية بين الدائن والمدين، لأن الهدف منها هو أداء الكفيل خدمة للمدين. ويتربط على اعتبار الكفالة مدنية أهمية من حيث الإثبات ومن حيث الاختصاص القضائي، فتثبت وفقاً لقواعد الإثبات المعروفة في القانون المدني أي الكتابة أو ما يقوم مقامها، أما فيما يخص الاختصاص، فالمحكمة المدنية هي المختصة، إذا كان الكفيل هو المدعى عليه. في حين تكون الكفالة تجارية، إذا كان الكفيل تاجراً ويحترف الكفالة بمقابل، ككفالة مصرف من المصارف دين أحد الأشخاص نظير مقابل أو عمولة. كما تعتبر عملاً تجارياً إذا تعلقت بدين في ورقة تجارية وقع عليها الكفيل بصفته ضامناً احتياطياً أو مظهراً". حمداوي صوراوية ومسعودان فتيحة، الكفالة كتأمين شخصي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة/ بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، نوقشت بتاريخ 2013/6/22، ص. 17.

²⁸⁴ - راجع الظهير الشريف رقم 1.19.76 صادر في 17 ابريل 2019 بتنفيذ القانون رقم 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة. جريدة رسمية عدد 6771، بتاريخ 22 أبريل 2019، ص. 2058.

²⁸⁵ - احمد كويسي، مقال سابق، ص. 32.

²⁸⁶ - C.Kuhn, *Le droit commun du gage*, LPA, 27 mars 2008 n° 63.

J.F.Etheve, *L'hypothèque*, LPA, 27 mars 2008, n° 63.

ويكون مسؤولاً في جميع أمواله لا في مال معين بالذات. لكن لا يكون للدائن في الكفالة الشخصية إلا الضمان العام لكل دائن في أموال مدينه ولذلك يزاحم سائر دائني الكفيل الشخصي ولا يرتكز الدين في عين معينة بالذات. حيث يكون للدائن فيها حق الأفضلية وحق التتبع كما تتركز في الكفالة العينية. أما أن التزام الكفيل الشخصي تابع للالتزام المكفول الأصلي، فيظهر ذلك فيما إذا التزم المسؤول عن دين الغير التزاماً أصلياً لا التزاماً تابعاً، عند ذلك لا يكون هذا المسؤول كفيلاً شخصياً ولا العقد الذي التزم به بعقد كفالة²⁸⁷. حينئذ يكون العقد عقد سلف وليس عقد كفالة. جاء في حكم للمحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/7/26: " حيث سبق للمدعى عليها الثانية وأن قدمت كفالة تضامنية شخصية لضمان أداء جميع المبالغ التي ستترتب بذمة المدعى عليه الاول مع التنازل الصريح عن الدفع بالتجزئة أو التجريد وذلك حسب الفصل 6 من عقد القرض، مما يتعين معه الحكم عليها بالأداء تضامناً مع المدعى عليه الأول مبلغ الدين"²⁸⁸.

في الأخير، نشير أن صفة الكفيل لا تفترض بل يجب أن ينص عليها صراحة. جاء بهذا الخصوص في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2013/07/23: " وحيث انه بخصوص إدخال الكفيلة شركة كروصير في الدعوى باعتبارها المشغلة والضامنة للطاعن فانه من جهة فان عقد القرض ابرم بين شركة ايكوم بصفتها مقرضة والطاعن بصفته المقرض ولم يتضمن أي إشارة الى المشغلة، وانه من المعلوم ان الالتزامات لا تلزم الا من كان طرفاً في العقد فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم الا في الحالات المذكورة في القانون، ومن جهة أخرى فان عقد الكفالة عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين اذا لم يؤد هذا الأخير نفسه وان التزام الكفيل يجب ان يكون صريحاً والكفالة لا تفترض."²⁸⁹ هذا عن الكفيل. فماذا عن المقتني أو المشتري؟

الفقرة الثالثة: المقتني أو المشتري

لقد سبق للفقهاء في العديد من المرات أن وصف المستهلك بالمقتني أو المشتري. مع أن هذا المفهوم يعتبر أضيق نطاقاً من المستهلك. يدخل المقتني في إطار المستهلك إذا كان تعاقدته لغرض إشباع حاجة شخصية. ويخرج عن هذا الإطار إذا كان تعاقدته من أجل إعادة التصرف في السلعة أو العقار موضوع القرض، كإعادة بيعها أو الإتجار فيها. إضافة لوجود نوع من القروض الذي يسمى البيع

²⁸⁷ عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، في التامينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، 2000، ص.21.

²⁸⁸ - حكم المحكمة التجارية بفاس، صادر بتاريخ 2018/7/26، في ملف عدد 1210/8210/17، غير منشور.

²⁸⁹ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2013/3980، صدر بتاريخ 2013/07/23، رقم الملف 6/2013/1768، غير منشور.

بالقرض وبمفهوم المخالفة الشراء بالقرض. إذن ليس كل مشتر أو مقتن مستهلكا، بينما بالضرورة كل مستهلك هو مشتر²⁹⁰. يميز بعض الفقه أيضا بين المشتري المهني العارف بعيوب الشيء أو الخدمة التي يقتني والمشتري العارض أو غير البار²⁹¹. وردت بهذا الخصوص اجتهادات قضائية فرنسية افترضت عمى المشتريين العاديين مقابل افتراض البصيرة المكتسبة للمشتريين المهنيين²⁹². إن تعريف أو تحديد مفهوم المشتري أو المقتني مهم جدا لمساعدة القاضي للبت في النزاعات المتعلقة بالقروض المخصصة.

جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 2009/4/2 أنه يقصد بالمشتري ذلك المستهلك العادي الذي لا خبرة له²⁹³. أما القضاء الفرنسي، فنجدته اعترف بصفة المشتري للمهني والناقل الطرقي²⁹⁴ والممثل التجاري في مجال تجارة قطاع توزيع السيارات²⁹⁵ والموضب²⁹⁶. في حين لا يعدون كمشتريين مهنيين: مقالو الأشغال العمومية عند اشتراؤه آلة للموقع²⁹⁷ أو حتى مسيرة محطة الخدمات عند اقتنائها سيارة سياحية، لعدم تلقي أي تكوين في الميكانيك وإنما في مجال تركيب أجهزة النظافة²⁹⁸. هنا يشكل التمييز في حالة كون مقتني يتوفر على معارف تمكنه من الحكم على وضعية سيارة مثلا دون أن ينفي ذلك إمكانية وقوع أخطاء كبيرة في التقدير من طرفه²⁹⁹ ويمكن أن نقيس عليها وضع مختص في التأمين يتعاقد بخصوص قرض عقاري.

لقد اعتمد قانون تدابير حماية المستهلك على صيغة تفيد المعاوضة ومعنى يدل على التصرفات والمعاملات التي يكون المستهلك طرفا فيها. ومن أمثلة ذلك مرادفات لفظ الشراء. ففي اللغة الفرنسية تعبر كلمة (Achat) عن التصرف العادي الذي يحصل بموجبه الفرد على حاجياته بمقابل نقدي، أما بالنسبة للكلمة المرادفة لها الاقتناء (Acquisition) والتي اعتمدها المشرع الفرنسي تفيد عدة معاني منها الاقتناء الذي يتم بعوض وأيضا الاقتناء الذي يكون مجانيا. وعلى هذا الأساس يستخلص أنه يمكن إسقاط مفهوم الاقتناء على عملية انتقال الشيء محل عقد الهبة مثلا من الشخص الواهب إلى الموهوب له.

²⁹⁰ - رشيد الشائب، مرجع سابق، ص. 86.

²⁹¹ - Laurent Mercie, Art.cit p.16.

²⁹² - Ibid., p.17.

²⁹³ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 2009/4/2 تحت رقم 534 في الملف عدد 2006/1019، غير منشور.

²⁹⁴ - Cass. Com., 5 octobre 1965, Bull. IV, no 481.

²⁹⁵ - Ajusteur. Voir : Cass. Com., 3 juin 1982, Jurisp. auto. 1983, p. 60.

²⁹⁶ - Trib. inst. Bordeaux, 7 avril 1987, Jurisp. Auto. 1987, p. 77.

²⁹⁷ - Cass. civ. 1re, 20 décembre 1983, Bull. I, no 308.

²⁹⁸ - Bordeaux, 15 janvier 1986, Jurisp. Auto. 1986, p. 387

²⁹⁹ - Laurent Mercie, Art.cit , n ° 133, p.17.

إن الحقيقة القانونية للمستهلك الموهوب له، لا يمكن تجاهلها وهو ما عبر عنه الأستاذ Th.Bourgoignie، بقوله : " المستهلك ليس هو فقط المشتري ولكن يمكن أن يكون مقتنيا أو ممتلكا"³⁰⁰. حيث إن غاية المشرع هي توسيع نطاق العقود التي يمكن أن يشملها هذا المفهوم كعقود الخدمات البنكية المجانية³⁰¹. جاء في نص قانوني حديث قد يثير إشكاليات جمة بخصوص تصنيف المشتري ضمن المختصين أو غير المختصين المهنيين أو الضعفاء، يقضي بتغيير النظام الأساسي للمؤسسات السياحية. حيث ورد في مادته الأولى: " يقصد بمشتري كل شخص ذاتي أو معنوي يقتني وحدة أو عدة وحدات سكنية في إقامة عقارية للإنعاش السياحي أنجزتها شركة إنعاش قصد إيجارها مفروشة لشركة تدبير مع الاحتفاظ عند الاقتضاء بحق انتفاع خاص مؤقت"³⁰² لا سيما في مرحلة ما قبل الإيجار أو في حالة عدم الإيجار.

لقد استعمل التشريع الأوروبي المقارن، في العديد من دول أعضاء الاتحاد الأوروبي مصطلح المشتري أو المقتني وفضله على مصطلح المستهلك³⁰³. ويفهم مصطلح المقتني أو المشتري في مقارنته الانتمانية أي المقتني أو المشتري بقرض يمنحه البنك. هذا عن المفاهيم المماثلة للمستهلكين المرتبطة بالانتمان، فماذا عن تلك التي لا علاقة لها بالانتمان؟

المطلب الثاني: المفاهيم الخاصة بالخدمات ذات الطابع غير الانتماني

تعتمد الأبنك أساسا على ترويج خدمات الانتمان التي تعد أهم أنشطتها حيث يتخذ فيها المستهلك العديد من الصفات درسناها فيما سبق. يقوم مستهلكو الخدمات البنكية إلى جانب تلك الأنشطة بالعديد من التصرفات مع البنك كعمليات الادخار والإيداع أو استعمال مرافق البنك في إطار أعمال أخرى يقوم بها البنك كأى وكيل عادي. إن استفادة المستهلك من تلك الخدمات التي تقدمها الأبنك يحدد نطاق حمايته فكل نوع من تلك الخدمات يسبغ على مستهلكها صفة خاصة يحدد حقوقا له ويفرض عليه التزامات. هنا ارتأينا معالجة أهم المفاهيم المتعلقة بالخدمات ذات الطابع غير الانتماني وهي المدخر (الفقرة الأولى) المودع (الفقرة الثانية) المستعمل (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى : المدخر

أبرز الفقيه جان كالي أولوي أهمية مفهوم المدخر في تقديمه لنطاق تطبيق قانون الاستهلاك، حيث ميز المدخر عن المستهلك، علما أنه أقر بكون مجموعة من قواعد ذلك القانون تطبق على

³⁰⁰ - Thierry Bourgoignie, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 244&S.

³⁰¹ - مسودة متعلقة بمشروع قانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مستند داخلي، وزارة التجارة، غير منشور، ص. 2 و3.

³⁰² - ظهير شريف رقم 1.14.12 صادر في 4 جمادى الأولى 1435 (6 مارس 2014) بتنفيذ القانون رقم 80.13 القاضي بتغيير و تنميم القانون رقم 01.07 القاضي بسن إجراءات خاصة تتعلق بالإقامات العقارية للإنعاش السياحي و بتغيير و تنميم القانون رقم 61.00 بمثابة النظام الأساسي للمؤسسات السياحية.

³⁰³ -Martin.Ebers, Art.cit, p.783

المدخر³⁰⁴. فعلى خلاف الاستثمار والثروات المرتبطة بالخطر المتعلق بالشيء موضوع العقد يشكل الادخار جمود المال.³⁰⁵ هنا ميز علماء الاقتصاد بين المستهلكين والمدخرين. فالفئة الأولى، تستخدم إمكانياتها النقدية من أجل الإشباع الفوري لحاجياتهم. أما الفئة الثانية، فتحتجز جزءا من دخلها النقدي ولا تستهلكه. حيث يطلق على ذلك الجزء الذي لا يستهلك الادخار. فعندما يوجد لدى الشخص مبلغ من النقود، فإنه يختار من الناحية النظرية بين موقفين: أن يقتصر لشراء سيارة أو أن يدخر عبر شراء أسهم في البورصة مثلا. إلا أنه يقسم دخله بين المحورين، فينفق جزءا منه على الاستهلاك ويدخر الجزء الباقي³⁰⁶. فقد يبدو على ضوء ذلك، أن الادخار نقيض الاستهلاك. وبالتالي فهو يخرج كلية من نطاق قانون الاستهلاك. لكن الأمر ليس بتلك البساطة، لأن المستهلكين والمدخرين تجمعهم سمات مشتركة، إنهم جميعا غير مهنيين ويتعاقدون مع مهنيين. ونتيجة لذلك، فإن حماية المدخرين تشكل مجالا تشبه تلك التي في قانون الاستهلاك³⁰⁷. هنا لا يجب أن نغفل أن مصطلح المدخر هو قريب جدا من مفهوم المودع، الذي يتعين معالجته فيما يأتي.

الفقرة الثانية: المودع

المودع عادة هو المالك للشيء، الذي تسلمه قصد الإيداع، رغم أنه لا يلزم أن يكون الشخص الأول هو المالك، لأن الإيداع ليس بعقد نقل للملكية. فالإيداع الذي يتم من غير المالك ليس باطلا فهو يلزم طرفيه ولا يلزم المالك. لكن المودع لديه إذا اكتشف بين يديه شيئا مسروقا عليه إشعار المالك باستعادة الشيء إذا كان يعرفه. ماعدا تلك الحالة، فإن المودع لديه لا يحق له أن يطالب المودع بإثبات ملكيته. أما بخصوص الشيء المودع، فيجب أن يكون منقولا سواء كان ذي طبيعة مالية أو غير مالية. حيث أجمع الفقهاء أن الإيداع لا يمكن أن يتعلق بأموال عقارية لأن العقار غير قابل للنقل. كما أن الإيداع لا يمكن أن ينصب على الأشخاص نظرا للاحترام المتوجب للذات البشرية. ذلك أن إيداع الأشخاص يكون فقط لدى مستشفيات الأمراض العقلية³⁰⁸. وبالرجوع إلى المادة 509 من مدونة التجارة المغربية، نجدها تعرف عقد إيداع النقود بأنه: "العقد الذي يودع بموجبه شخص نقودا، كيفما كانت وسيلة الإيداع لدى مؤسسة بنكية يخول لها حق التصرف فيها لحسابها الخاص، مع التزامها بردها حسب الشروط المنصوص عليها في العقد".

³⁰⁴ - Ibid., 261.

³⁰⁵ - Ibid., p.268.

³⁰⁶ - بوعبيد عباسي، مقال سابق، ص.185.

³⁰⁷ - على الرغم من تلك التمايزات، فإن بعض الفقهاء يؤكدون على عدم تشبيه المدخرين بالمستهلكين. ذلك أن بعض القواعد التي تتعلق بالمدخرين فقط، لا يفكر أحد في توسيعها لتشمل المستهلكين جميعا. وبالمقابل، هناك قواعد خاصة بحماية المستهلكين لا يمكن توسيعها لتشمل المدخرين.

J.Calais.Auloy & H.Temple, p.15.

³⁰⁸ - François.Collard.Dutilleul & Phillipe.Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 1993, 2ème édition, p.625& 626.

ولا يختلف هذا التعريف عن الذي جاء به القانون البنكي الجديد في مادته الثانية التي تنص على أنه: "تعتبر أموالا متلقاة من الجمهور الأموال التي يتسلمها شخص من الغير على سبيل الوديعة أو غير ذلك ويحق له أن يتصرف فيها لحسابه الخاص على أساس الالتزام بإرجاعها لأصحابها"³⁰⁹. يتضح من التمعن في موضوع المادتين السابقتين، أن المادة 509 من مدونة التجارة كانت أكثر دقة من المادة الثانية من القانون البنكي، حيث إن المادة 509 حصرت المودع عنده في المؤسسة البنكية التي لها حق تلقي الأموال من الجمهور دون الأشخاص الطبيعيين. غير أنه بالرجوع إلى مناقشة مجلس النواب لمواد القانون البنكي لسنة 2006، يتضح أنه تم تفسير عبارة "شخص" الواردة بالمادة الثانية، بأن المقصود بها الشخص المعنوي دون سواء من الأشخاص الطبيعيين³¹⁰، وذلك حتى يتم إنزال العقوبات المقررة قانونا على من ينجز عمليات لم يمنح بنك المغرب اعتمادا لأجل مباشرتها.

نشير إلى أنه إذا كان عقد الوديعة النقدية يقتضي من الزبون أن يودع مبلغا نقديا لدى البنك تمهيدا للقيام بمختلف الخدمات المقدمة من المؤسسة البنكية³¹¹، فإن تغذية حساب الودائع النقدية قد تتم بعدة صور: فإضافة إلى الإيداع النقدي المباشر الذي يتمثل في تلقي البنك لمبالغ نقدية سائلة من الزبون أو وكيله أو من الغير مقابل وصولات، قد يعتمد الزبون إلى تغذية حسابه عن طريق التحويل البنكي الذي يتم بنقل مبلغ مالي من حساب الغير إلى حساب المودع³¹². حيث يقوم البنك بإنقاص مبلغ العملية من حساب الأمر وزيادته في حساب المستفيد³¹³، وبالتالي فإن تغذية حساب المودع في هذه العملية تتم عن طريق أمر موجه إلى البنك الذي يعتبر وسيطا في عملية نقل النقود³¹⁴. كما قد تتم تغذية حساب الودائع عن طريق إدراج الحقوق التي يتكلف البنك بتحصيلها من الغير، كما هو

³⁰⁹ - هو نفس التعريف الذي كان منصوصا عليه في المادة الثانية من القانون البنكي القديم لسنة 2006 و كذا قانون سنة 1993 المعتبر بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-93-147 الصادر في 15 محرم 1414 الموافق ل 6 يوليوز 1993. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4210 بتاريخ 16 محرم 1414 الموافق ل 7 يوليوز 1993، ص 1156، النشرة العامة.

³¹⁰ تقرير لجنة المالية والتنمية الاقتصادية حول مشروع قانون رقم 34.03، يتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها. الولاية التشريعية السابعة 2002-2007- السنة التشريعية الرابعة 2005-2006 مصلحة الطباعة والتوزيع بمجلس النواب دورة أكتوبر 2005، ص 51-52.

³¹¹ - سميحة القليوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة 1992، ص 15. أنظر مفهوم الوديعة لدى عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقالة و الوكالة و الوديعة و الحراسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، سنة 2000.

³¹² - مع العلم أن التحويل البنكي قد يتم بين حسابين مملوكين للمودع سواء بنفس المؤسسة البنكية أو بمؤسستين مختلفتين.

³¹³ - إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، الجزء الثالث، عمليات البنوك، منشورات البحر المتوسط ومنشورات عويدات، الطبعة الأولى، بيروت 1983، ص 381.

³¹⁴ - محمد لفروجي، مرجع سابق، ص 279.

الشأن بالنسبة للأموال التي يدين بها الزبون للغير والتي يكلف البنك بتحصيلها³¹⁵. ولعل أبرز صورة لذلك تتمثل في الشيكات والكمبيالات ومختلف الأوراق التجارية بصفة عامة التي يقدمها الزبون إلى البنك بغية تحصيل قيمتها من المدين وإدراجها في حساب الودائع³¹⁶. فإذا كانت الوديعة النقدية، تعرف بأنها عقد يقوم بمقتضاه الأفراد أو الهيئات بنقل أموالهم إلى البنك مع التزامه بردها أو برد ما يعادلها³¹⁷، فإن ذلك يجعلها تتميز بعدة خصائص مقارنة مع الوديعة العادية³¹⁸. هناك خاصية تميز الوديعة النقدية، تتمثل في أن المودع عنده يجب أن يكون بالضرورة مؤسسة بنكية³¹⁹ معتمدة من طرف بنك المغرب، وذلك بخلاف الوديعة المنصوص عليها في الفصل 781 من قانون الالتزامات والعقود التي يكون فيها المودع عنده شخصا عاديا.

كما أنه بالرجوع إلى المادة الثانية من القانون البنكي، نجد أنها تخول للمؤسسة البنكية إمكانية استعمال الوديعة النقدية لحسابها الخاص على أساس الالتزام بإرجاعها إلى أصحابها. وعليه فإن هذا المقتضى يشكل خروجاً عن القواعد المعمول بها في المجال المدني والتي تلزم المودع عنده بحفظ الوديعة وردها إلى المودع على الحالة التي تسلمها. ولعل هذه الخاصية التي تميز الوديعة النقدية جاءت للاستجابة إلى متطلبات العمل البنكي الذي يعتمد بالدرجة الأولى على ودائع الزبناء من أجل منح الائتمان وتمويل مختلف المشاريع، الشيء الذي يسمح للمؤسسة البنكية باستعمال الودائع المودعة لديها شريطة الالتزام بردها بمجرد الطلب أو بعد انتهاء الأجل المتفق عليه³²⁰. وإذا كان تعريف الوديعة النقدية لا يطرح أي إشكال بسبب تعريفها في كل من مدونة التجارة والقانون البنكي، فإن تحديد الطبيعة القانونية لعقد إيداع النقود تجاذبته عدة اتجاهات فقهية³²¹. ويبقى أن من شأن التعريف الضيق للمودع والمودع لديه ضمان حماية أكبر لمستهلكي الخدمات

³¹⁵ - محسن حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، النشر العملي والمطابع، جامعة الملك سعود، 1997، ص 284.

D.Martin, *Droit commercial et bancaire marocain*, 4ème édition, Société d'édition et de diffusion Al Madariss, Casablanca, 2013.

³¹⁶ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 289.

- عز الدين الماحي، *الوديعة البنكية النقدية أية حماية؟* مجلة المحامي، العدد 40 سنة 2002، ص 95.

³¹⁷ - المفضل الوالي، عقد الإيداع البنكي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، شعبة القانون الخاص، نوقشت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، جامعة الحسن الثاني عين الشق، السنة الجامعية 2000-2001، ص 31-32.

³¹⁸ - أنس أبو العون، *المسؤولية المدنية للأبنك عن ودائعها النقدية*، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2004-2005، ص 9.

³¹⁹ - Jean.Jacques.Burgard, *la banque en France*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1988, Dalloz, p 37.

³²⁰ - غريب الجمال، *المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون*، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة 1978، ص 36.

³²¹ - إسماعيل صلاح الدين، *الودائع النقدية وإشكالية حماية المودعين*، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون التجاري المقارن، 2006/2007، ص 7 إلى 9.

البنكية وضمان حد أوسع من الأمن القانوني والقضائي. هذا عن المودع، فماذا عن مفهوم المستعمل؟

الفقرة الثالثة: المستعمل

المُسْتَعْمَل من إِسْتَعْمَلَ أي إِسْتَحْدَمَ الشيء فيما يعد له. وفي نازلة الحال، أي مستعمل الخدمة البنكية هو من يستعمل الخدمة المقدمة من قبل البنك فيما أعدت له. وقد ورد مصطلح المستعملين في التشريع الأوروبي³²² كمرادف للمستهلكين ولمن يتحصل على الخدمة البنكية في شكلها المادي أو الإلكتروني سواء بطريقة مؤقتة أو نهائية وكذا من لا يمكنهم الشراء في التراب المفوت³²³. قامت المفوضية الأوروبية سنة 1994 بشرح المفهوم في مجال المنافسة معتبرة أن مصطلح المستعمل لا يحيل فقط على المستهلكين النهائيين لكن أيضا على المستهلكين البينيين³²⁴. هذا الأخير هو مفهوم شاسع للمستعملين سواء كانوا من الخواص أو مهنيي الأموال والخدمات³²⁵. هذا عن المفاهيم المماثلة للمستهلك، فماذا عن المفاهيم المخالفة؟

الفرع الثاني: المفاهيم المخالفة

بعد أن عرفنا مفهوم المستهلك والمفاهيم المماثلة له، حري بنا أن نقرب أكثر من المفاهيم المخالفة لمفهوم المستهلكين. هنا نقول أنه يقصد بالمفهوم المُخَالَف لمفهوم المستهلك المعنى العكسي لذلك الطرف الضعيف. فالمُخَالَفة هي من مصدر خَالَفَ يُخَالَفُ و خَالَفَ بَيْنَ الشَّيْئَيْنِ : جعل الواحد ضِدَّ الآخر وجمع بين نوعين مختلفين ، لم يلائم بينهما. وَخَالَفَهُ فِي الرَّأْيِ : عَاكَسَهُ ، أَيِ أَتَى بِرَأْيٍ مُعَاكِسٍ لِرَأْيِهِ ، عَارَضَهُ. استخدم مفهوم المخالفة دوما في القانون، حيث كان يتم تعريف قاعدة معينة خاضعة لشروط خاصة. ويترتب على ذلك تطبيق الحكم العكسي، عندما لا يتم استيفاء تلك الشروط. هكذا تطبيقا لتلك القاعدة، فإن أفضل طريقة لمقاربة مفهوم المستهلكين هي عن طريق تحديد دلالات المفاهيم المخالفة لهم، سواء المرتبطة بالأشخاص المعنوية (المبحث الأول) أو ذات الطابع العام (المبحث الثاني)

المبحث الأول: المفاهيم المخالفة المرتبطة بالأشخاص المعنوية

تنبوأ الأبنك مكانة مركزية في منظومة الاقتصاد لأنها تمنح الائتمان وغيره من الخدمات. يجب أخذ مفهوم البنك في بعده الواسع أي كمؤسسة مانحة الائتمان. هاته الأخيرة تشمل ليس فقط الأبنك في مفهومها الصرف أي تلك المخولة بتسلم ودائع من العموم لأجل أو لأقل من سنتين ولكن أيضا

³²² - المادة 81 a فقرة 3 من اتفاقية روما المؤسسة للاتحاد الأوروبي.

³²³ - المادة 82 من الاتفاقية المذكورة.

³²⁴ - Les consommateurs intermédiaires.

³²⁵ - Monique.Luby, Art.cit, p.2.

الشركات المالية³²⁶، والتي تكتفي بكونها مؤسسات مانحة للقروض الاستهلاكية وقروض الائتمان المباشر³²⁷. هنا يراد بمصطلح البنكي كل مؤسسة ائتمان، مؤسسة مالية أو أي شخص مؤهل لتقديم خدمات بنكية للعموم³²⁸. طبعاً إن مؤسسات الائتمان، هي شخصيات معنوية تقوم على سبيل الاحتراف والاعتیاد بأعمال البنوك ويمكنها أن تقوم بعمليات مرتبطة بنشاطها الأصلي كما يمكنها أن تقدم خدمات استثمار³²⁹. هكذا فقد ميز بالمغرب القانون البنكي، على غرار قانوني سنتي 1993 و 2006، بين عائلتين من مؤسسات الائتمان هي الأبنك (المطلب الأول) وشركات التمويل (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الأبنك

ترتبط الأبنك عضوياً بأعمال الإنتاج والتبادل منذ زمن، وهي إحدى المكونات الطبيعية البديهية للاقتصاد. كما أن الأنظمة البنكية تختلف من بلد لآخر وحتى داخل البلد نفسه. إنه من المفيد البدء من باب الوضوح للبحث عن تعريف ماذا يقصد بالأبنك؟ ففي المفهوم الضيق، يقصد بالأبنك المؤسسة التي تضع شبابيكها رهن إشارة العموم لتلقي الإيداعات ومنح الائتمان. وفي المفهوم الواسع، يقصد بالأبنك كل مؤسسة تمارس تجارة النقود أي التي تحصل على النقود وفق شروط معينة وتبيعها بسعر أعلى اعتماداً على سعر الائتمان أو ما يسمى بسعر الرأسمال³³⁰.

لذلك إرتابنا تحديد عناصر تعريف المؤسسة البنكية (الفقرة الأولى) قبل تحديد مفهوم البنك (الفقرة الثانية) وأنواع المؤسسات البنكية (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى : عناصر تعريف المؤسسة البنكية

عرفت مدونة التجارة المغربية المؤسسة البنكية بكونها " كل مؤسسة قرض وكل هيئة يخول لها القانون صلاحية مسك حسابات يمكن أن تسحب عليها الشيكات"³³¹. وقد اعتبر بعض الفقهاء منذ زمن أن البنك هو شركة مجهولة الاسم ذات رأسمال يحدد حده الأدنى وزير المالية والفصل الأول من المرسوم الملكي المؤرخ في 10 محرم 1387 موافق 21 أبريل 1967 بمثابة قانون يتعلق

³²⁶ - راجع الفصل L511-1 من المدونة النقدية والمالية الفرنسية صيغة 21 ماي 2015.

³²⁷ - Cathelineau-Rolland, *banque et surendettement*, Contrats-concurrence- consommation, n°4, avril 2001, étude 6, p.2.

³²⁸ - May.Hammoud, op.cit.36.

³²⁹ - Ibtissam.Belhddad, Op.cit, p.18.

³³⁰ - J.Rivoire, *les banques dans le monde*, que sais- je ?, presses universitaires de France, paris, 2 éme édition, 1980, p.5.

³³¹ - المادة 241 من مدونة التجارة.

بالمهنة البنكية والقروض³³²، الذي جاء فيه: "تعتبر بمثابة بنك، كل مؤسسة تزاوّل عادة مهنة تتلقّى من العموم برسم الإيداع أو غيره أموالاً تستعملها في عمليات مالية أو عمليات للقرض أو البورصة أو الصرف، إما لحسابها الخاص أو لحساب زبائنها أو لحساب أشخاص آخرين يعنيهم هؤلاء". وخلافاً لما تعود عليه من القول بأن المشرع يحسن صنعا إذا هو تنازل عن مهمة التعريف للفقه، فإنه لدقة هذا الميدان وحيويته وأثره على الحياة الاقتصادية، احسن مشرع سنة 1967 صنعا بنصه على تعريف البنك، وذلك لضبط المعايير التي يتميز بها البنك عن غيره من الأشخاص الاعتبارية الأخرى. فتلازم صفة الشركة مع الأنشطة المحددة من طرف المشرع أمر ضروري في ضبط العلاقة بين البنك والزبناء، هذه العلاقة التي تقوم في بادئ الأمر على الوديعة³³³. هذا التحديد افتقد فيما بعد في قانون 1993 وماتلاه.

أما في القانون الفرنسي، فإن البنكي هو تاجر يضارب في النقود والائتمان. جاء في الفصل L 511-1 من المدونة النقدية والمالية إن "مؤسسات الائتمان هي أشخاص معنوية تقوم بشكل مهني اعتيادي بأعمال بنكية في معنى الفصل L 311-1 من المدونة النقدية والمالية. كما يمكن لتلك المؤسسات أيضاً أن تقوم بعمليات مرتبطة بأنشطتها في منحنى الفصل L 311-2 من المدونة النقدية والمالية"³³⁴. فمن خلال ذلك التعريف يمكن استخلاص العناصر الأساسية لعمليات المقولة البنكية المنجزة من قبل مهنيي الأبنك (أولا) وتلك التي تستهدف مستهلكي الخدمات البنكية (ثانياً)

أولاً: العمليات البنكية المنجزة من قبل مهنيي الأبنك

تقوم البنوك بدور مهم في الحياة الاقتصادية والاجتماعية للدول نظراً لما تقوم به من دور في تحريك المشاريع الاقتصادية وتمويلها وفي خلق مناصب الشغل ومحاربة البطالة. حيث لم يعد دورها يقتصر على الوظائف التقليدية كقبول الودائع وإصدار الصكوك التي تتم بها العمليات التجارية مع غير المستهلكين وإقتراض الأموال بل تعدى نشاطها الإطار ذلك ليصبح صناعة حقيقية³³⁵. تمارس المؤسسات البنكية دورها في الحياة الاقتصادية عبر أعمال بنكية دائمة التزايد

³³² - تم نسخه بموجب ظهير بمثابة قانون صادر في 6 يوليوز 1993 المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها.

³³³ - نور الدين زحاف، المسؤولية المدنية للأبنك إزاء الزبناء وإزاء الأغيار، الندوة الثالثة للعمل القضائي وتطورات القطاع البنكي بالمغرب، المعهد الوطني للدراسات القضائية والمجموعة المغربية لبنوك المغرب، الرباط، 19 و 20 يونيو 1993.

³³⁴ - Voir l'article L511-1 Modifié par Ordonnance n°2015-558, du 21 mai 2015.

³³⁵ - سيد محمد ولد عدي، حماية الزبون في العمليات البنكية في القانونين المغربي و الموريتاني، (الوفاء بالشيك، الائتمان البنكي) ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2007/2006، ص.1.

في العدد ومتجددة في الأداء³³⁶. تلك العمليات يجب أن تلبى شرطين جوهريين: حيث يجب أن تكون منجزة لغرض مهني (1) وللحساب الشخصي (2)

1. العمليات المنجزة لغرض مهني

يلزم البنك أن ينجز عملياته بشكل مهني، باسمه وعلى سبيل الاعتقاد، من خلال المبادئ المقررة في الميدان البنكي. ففي المجال التجاري يعتبر البنك كبقية التجار لاشتغاله في مجال الأعمال البنكية أو تلك المرتبطة بها باعتبارها حرفة معتادة له؛ فالبنك يعد كذلك بانتمائه إلى هيئة مؤسسات الائتمان و لكن بارتباط بالعمل البنكي الذي يباشره. فإذا كان إحتراف العمل التجاري هو أساس اكتساب التاجر الصفة التجارية. فعلى خلافه يكون البنك كذلك باعتباره شخصا معنويا. فهو يكتسب صفة التاجر بمجرد البدء في الاستغلال كشخص معنوي مرخص له دون سبق تكرار القيام بالأعمال البنكية. أما عنصر الاحتراف فهو يعني أن البنك يقوم لمباشرة أعماله البنكية بطريق الاحتراف لحسابه الخاص مستقلا عن غيره في مباشرة تلك التصرفات ويتحمل نتائجها فتعود عليه بالأرباح ويتحمل الخسائر. هذا عن العمليات المنجزة لغرض مهني، فماذا عن العمليات المنجزة لأجل مصلحة مادية؟

2. العمليات المنجزة لأجل مصلحة مادية

إنها عمليات منجزة من طرف المقولة البنكية، ذلك أنه إذا كانت تستعمل أموال الآخرين، فإنها تعمل بالمقابل لصالحها الشخصي. أما في الحالة المغايرة، فإنها تقوم بعمليات سمسرة أو وساطة. في هذه الحالة الأخيرة، على الشخص الحصول على ترخيص من بنك المغرب. هذا عن العمليات البنكية المنجزة من قبل المهنيين، فماذا عن تلك التي تستهدف مستهلكي الخدمات البنكية؟

ثانيا: العمليات البنكية التي تستهدف مستهلكي الخدمات البنكية

جاء في المادة الثانية من القانون البنكي الجديد، المرادفة للمادة 121 من مدونة الصرف والائتمان الفرنسية وكذا المادة L511-1 من المدونة النقدية والمالية، أن البنك هو مقولة تهدف إلى

³³⁶ يرى فيليب هيرلان أن مستقبل الأبنك بفعل الطفرة التكنولوجية يشبه مستقبل المناجم وصناعة الصلب في القرن 20. راجع:

Bénédicte.Bury, *ère du virtuel, vent de déstabilisation, fin des banques*, Gaz.Pal., 17 mars 2015, n°76, p.3.

استعمال الأموال المتلقاة من الجمهور (1) وإنجاز عمليات الائتمان (2) وتدبير وسائل الأداء³³⁷(3).

1- الأموال المتلقاة من العموم

تبقى أهم أصول البنك، رغم أهمية رأسماله الأصلي، هي الأموال التي يتلقاها من العموم. فطبقاً لمقتضيات المادة 2 من القانون البنكي الجديد والمادة L312-2 من المدونة النقدية والمالية الفرنسية (صياغة 22 ماي 2019) يتعلق الأمر بأموال يحملها شخص لدى شخص آخر، لاسيما على شكل إيداعات، مع حق التصرف فيها لحسابه الشخصي مع تعهده بإرجاعها³³⁸. كما أن مفهوم إيداع الأموال يقصد به في هذا الإطار المبالغ المالية. هذا وإلى جانب ذلك يوجد صنف من الإيداع يمكن تشبيهه بإيداع السندات والأوراق التجارية والتي تستثني إيداع الأموال أو البضائع. كما أنه بالإضافة إلى ذلك يجب أن تكون تلك الأموال مودعة من طرف العموم، أي الأغيار الأجانب عن البنك والذين يصيرون على إثر ذلك زبناء أساسيين أي مودعين كما سبق تعريفه فيما سبق، وهم أهم فئة ضمن مستهلكي الخدمات البنكية³³⁹. هذا عن الإيداعات، فماذا عن عمليات الائتمان؟

2- عمليات الائتمان

يقوم البنك بجمع الأموال ليتمكن من منح الائتمان. جاء في المادة 3 من القانون البنكي الجديد، المرادفة للمادة L313-1 فقرة أولى من المدونة النقدية والمالية الفرنسية، أنه تعد عملية ائتمان بالنسبة للبنك كل تصرف يقوم به البنك بمقابل. حيث يضع بموجبه أو يتعهد بوضع أموال رهن إشارة شخص آخر يكون ملزماً بإرجاعها أو يأخذ لمصلحة هذا الأخير التزاماً بالتوقيع في شكل ضمان احتياطي أو كفالة أو أي ضمان آخر³⁴⁰. ويعتبر بمثابة ائتمان، الائتمان الإيجاري، وبصفة عامة كل عملية إيجار مع إمكانية الشراء. هذا عن عمليات الائتمان. فماذا عن تدبير وسائل الأداء ووضعها رهن الإشارة؟

3- تدبير وسائل الأداء ووضعها رهن الإشارة

³³⁷ - May.Hammoud, op.cit, p. 35.

³³⁸ - جاء في L312-2 من المدونة النقدية و المالية أن الأموال المتلقاة من الأغيار، يقصد بها أن يحصل شخص من آخر لا سيما على شكل إيداعات مع حق التصرف في تلك الأموال لصالحه الشخصي شريطة الالتزام بإرجاعها.

³³⁹ - May.Hammoud, op.cit, p. 36.

³⁴⁰ - نشير هنا أن التظهير باعتباره إلزاماً بالتوقيع لا يعد عملية ائتمانية.

إن وسائل الأداء حسب تعريفها في المادة 6 من القانون البنكي الجديد المرادفة للمادة L311-3 من المدونة النقدية والمالية الفرنسية، هي أداءات كيفما كانت دعامتها أو التقنية التي تستعملها، التي تسمح لكل شخص بتحويل أموال كالتالي: تلقي أموال من العموم، عمليات ائتمان، وضع رهن الإشارة أو تدبير وسائل الأداء، عمليات الصرف، العمليات على الذهب أو المعادن الثمينة، الإدخارات، اقتناء القيم المنقولة والمنتجات المالية، الاستشارة، المؤازرة وتدبير الذمة المالية³⁴¹. نشير أن المشاكل المتعلقة بمفهوم البنك إرتبطت بتعدد تعاريف مؤسسة الائتمان³⁴². هنا سنحاول الإقتراب من ذلك التعريف، اعتمادا على الفقه والقانون البنكي³⁴³.

الفقرة الثانية: مفهوم البنك

نذكر هنا بداية أن كلمة البنك مشتقة من "banci" "بنكي" أي "العداد"، يستخدمها أجداد المصرفيين في عهد الإمبراطورية الرومانية المسمون "argentari" "أرجينتاري" ذوو الأموال، جمع كلمة «argent» أي كلمة "المال"³⁴⁴. فالبنك هو عبارة عن وسيط بين من يحتاج إلى الأموال وبين من يملكها: أي المدخر.

جاء عن الفقيه علي جمال الدين عوض، أنه ليس هناك تعريف واضح مضبوط للبنك حتى في البلاد العريقة مصرفيا. فالشرح الإنجليز يقررون بعدم وضع تعريف جامع لصعوبة ذلك، ويكتفون بذكر معيار الحد الأدنى من خصائص المؤسسة، لكي يعد بنكاً، فيقولون بهذا الخصوص، أنه يلزم أن يكون في اختصاص:

- قبول النقود من العملاء كوديعة، وتحصيل الشيكات التي تكون مستحقة لهم وإيداع حصيلاتها في حساباتهم. و تكون الإيداعات لأجل أو بدونه .

- وفاء الشيكات والأوامر الصادرة من العملاء على حساباتهم.

- فتح حسابات جارية في دفاتره.

³⁴¹ - May.Hammoud, op.cit, p. 36.

³⁴² - B.Sousi, *la codification des directives relative aux établissements de crédit*, mélanges en l'honneur de Michel Vasseur, Banque éditeur, Paris, 2000, p.126.

³⁴³ - يهدف القانون البنكي إلى تنظيم الأنشطة المزولة كمهنة باعتماد من طرف مؤسسات الائتمان. هذا التعريف، يبين أن القانون البنكي هو قانون الفاعلين وقانون الأنشطة البنكية. إنه قانون المتدخلين لأن نصوصه هي التي تنظم الولوجية وممارسة الأنشطة المخولة لمؤسسات الائتمان والتي من بينها الأبنك. إنه قانون الأنشطة لأن نصوصه هي التي تحدد الأنشطة التي قد تزاو لها الأبنك.

- Thierry Bonneau, op.cit, p.5 et 6.

³⁴⁴ - Kettani.M'hammed, op.cit, p.7.

- توزيع الائتمان حيث تقوم الأبنك باستعمال الأموال المودعة لديها لأجل أو بدونها تحت مسؤوليتها وتسلمها على شكل قروض لمن تتوفر فيه شروط الأمان بما فيهم من يحتاجونها لتمويل إستهلاكهم. وقد يضاف إلى هذه الوظائف أعمال أخرى، وذلك هو الحد الأدنى اللازم وإلا فلا تعد المنشأة بنكا.

وفي فرنسا، استند الشراح على قانون صدر سنة 1940 معتبرين جوهر البنك تلقي الودائع النقدية من الجمهور. وأن هذا العمل يفرق بينه وبين المؤسسات المالية التي تعمل بأموالها الخاصة التي لا تجمعها عن طريق ودائع الجمهور. ذلك الفرق يبرر، في نظر هؤلاء الشراح، إخضاع البنوك لرقابة حكومية صارمة³⁴⁵.

إن العمليات التي يقوم بها البنك هي التي تكسبه صفة التاجر ولو كان يحمل صفة شخص معنوي يخضع للقانون الخاص. إن مصطلحات "بنك" و"بنكي" تشمل قانونيا كل المؤسسات الخاضعة للقانون البنكي أي " كل الأشخاص المعنوية التي تزاوّل مهنة العمليات البنكية بشكل مستمر" باستثناء بعض المؤسسات المحددة على وجه الحصر قانونا. في حين أن الأشخاص الذاتيين لا يمكن تصور اعتمادهم كمؤسسة ائتمان على خلاف بعض القوانين المقارنة. وتقوم مؤسسة الائتمان بتسلم الأموال من العموم ووضع رهن إشارة الزبناء أو التدبير لفائدتهم وسائل الأداء وعمليات القرض، تضاف إليها عمليات مرتبطة من قبيل تحويل العملة، الاستشارة والمساعدة والاستثمار.

وهكذا يعرف البنكي على أنه "تاجر يضارب في المال والائتمان" أو أنه من يمارس اعتياديا مهنة التلقي من العموم، على شكل إيداعات أو تحت أي شكل آخر، الأموال التي يستعملها لحسابه الخاص. إن عبارة الممارسة الاعتيادية توحى مباشرة إلى المسؤولية المهنية أي أنها مسؤولية من نوع متميز ومشددة بالمقارنة مع المسؤولية التقليدية. لكن تسلم إيداعات العموم من طرف البنك لاستعمالها لحسابه الخاص تبين حجم المخاطرة وتسمح بفهم كون مهنة البنكي تفضي إلى مسؤولية من نوع خاص³⁴⁶.

جاء في حكم قيم للمحكمة التجارية بطنجة صادر بتاريخ 2007/2/27 " إن البنك بالنظر إلى دوره في النشاط المالي والاقتصادي، لا يمكن اعتباره كتاجر عادي بل هو مؤسسة مؤطرة بنظم وقوانين، ويخضع لرقابة أجهزة الدولة حفاظا على النظام الاقتصادي، ومايستلزمه ذلك من استقرار المعاملات والحفاظ على أموال العموم، وهو الأمر الذي يوجب على البنك، أن يحافظ على مظهره

³⁴⁵ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص. 4 و 5.

³⁴⁶ - R.Boutier, op.cit, p.23 et 24.

P.Bouteiller & F.-J.Crédot, *l'exploitant de banque et le droit*, la Revue Banque éditeur, paris, 1993.

بوصفه الحارس الأمين على أموال زبنائه ومصالحهم"³⁴⁷. لأجل ذلك، قام المشرع المغربي بإخضاع تلك المؤسسات لقواعد معينة للحيلولة دون التعسف من خلال قانون تدابير حماية المستهلك³⁴⁸.

هذا وقد أطر المشرع شروط منح الائتمان بمقتضيات جنائية، حيث اعتبر تلقي الأموال والودائع من الجمهور بمثابة جنحة ممارسة عمليات الائتمان من غير اعتماد قانوني. لكن الإدانة بتلك المتابعة، من قبل القضاء، توجب وفق محكمة النقض إبراز العناصر التكوينية لتلك الجريمة، والتي يعد الاحتراف والاعتقاد أهمها.

جاء في قرار لمحكمة النقض المغربية بتاريخ 2014/2/13: " إنه بخصوص ما اعتمدته المحكمة في إدانة الطاعن من أجل جنحة ممارسة عمليات الائتمان من غير اعتماد قانوني، بناء على مقتضيات ظهير 2006/2/14، فإنها لم تبرز عنصري الاحتراف والاعتقاد وأساءت مفهوم الائتمان كما هو منصوص عليه في الظهير المذكور، على اعتبار أن قيام الطاعن بإقراض أشخاص مقابل تسلم شيكات كضمانة لا يشكل في حد ذاته عملية الائتمان التي تقتضي بالأساس تلقي الشخص أموال وودائع من الجمهور مع التزامه بإرجاعها لهم. وبذلك فالمحكمة لما أدانت الطاعن من أجل هذه الجريمة دون التدقيق في توافر عناصرها التكوينية يكون قرارها ناقص التعليل في هذا الشأن "³⁴⁹.

وحيث إنه بغض النظر عن عدم اتفاقنا مع هذه الحماية المبالغة للمتهمين بتلك الجنحة لكون تعليل المحكمة يخالف مفهوم الائتمان كما درسناه أعلاه، فإنه كان حريا بالنيابة العامة أو حتى المحكمة

³⁴⁷ - حكم المحكمة التجارية بطنجة رقم 256 صادر بتاريخ 2007/2/27 في ملف رقم 2004/8/211، منشور بمجلة محكمة عدد 6، ابريل/يونيو 2009، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص293.

La cour d'appel du Luxembourg dispose que « Dès l'instant de leur remise, les fonds étant des choses de genre, deviennent propriété de la banque à l'égard de laquelle le client déposant ne dispose plus que d'un droit de créance, le paiement de cette créance étant réalisé par la restitution des fonds »- C.A du Luxembourg, 26 mars 1997, Bull, droit et banque, 1998, n°27, p.85. Cité in : A.Shmitt & E.Omes, la responsabilité du banquier en droit bancaire privé luxembourgeois, Larcier, Bruxelles, 2006, p.90.

³⁴⁸ - يشكل قانون تدابير حماية المستهلك إعادة تشكيل لبعض مقتضيات ظهير زجر الغش في البضائع وقانون حرية الأسعار والمنافسة اللذين ولدا ميّتين في مجال حماية المستهلك البنكي، لكون ظهير زجر الغش في البضائع لم يتطرق إلا للخدمات في فصل فريد هو الفصل 10 الذي عالج الإشهار الكاذب. في حين لم يعرف قانون حرية الأسعار و المنافسة مفهوم المستهلك في صيغته القديمة. حيث كان ظل مجرد شق من محاور سياسة المنافسة.

راجع :

A.Bendraoui, la protection du consommateur au Maroc, REMALD, collection manuels et travaux universitaires, édition maghrébines, Casablanca, première édition, 2002.

G.Berlioz, droit de la consommation et droit des contrats, J.C.P, 1979 , I , 2954, p.1.

³⁴⁹ - قرار محكمة النقض عدد 11/164، في ملف جنائي عدد 2013/11/6/10264، صادر بتاريخ 2014/2/13، غير منشور.

في إطار سلطة إعادة التكييف التي منحها إياها المشرع³⁵⁰، أن تتابع أو تعيد التكييف إلى جنحة حمل مقترض على تسليم شيك طبقا للمادة 188 من قانون تدابير حماية المستهلك³⁵¹. جاء بهذا الخصوص في قرار سابق للمجلس الأعلى بتاريخ 8 نونبر 1983 أنه: " للمحكمة الزجرية مثل محكمة الجنايات حق تكييف الافعال المحال عليها مقترفوها التكييف القانوني الصحيح و ليست مقيدة بالمتابعة في هذا المجال"³⁵².

هذا عن مفهوم المؤسسة البنكية. فماذا عن أنواعها؟

الفقرة الثالثة: أنواع المؤسسات البنكية

تعد الأبنك بطبيعتها في علاقات دائمة مع كل القطاعات الاقتصادية التي تساهم بتمويلها بشتى القروض، لكن في حدود المسموح به من طرف التشريع وقوانين الاحتراس التي أصبحت صارمة جدا وكذا مؤسسات الائتمان التي تلجأ إلى مساهمات في مقاولات غير مالية. تكون تلك المساهمات، إما دائمة من خلال وجود تلك المؤسسات في أجهزة التسيير أو عارضة من خلال امتلاك الأسهم. قام المغرب عبر بنك المغرب بتحرير النشاط البنكي من خلال إلغاء التوظيفات الإلزامية (تمويل الخزينة) ورفع تأطير القرض وتحرير أسعار الفائدة³⁵³ ورفع الحدود على الأعمال البنكية مع تطور نموذج البنك الشامل الذي سمح بإنهاء فترة طويلة من حصر الأنشطة المتخصصة (السكن، السياحة، الفلاحة، الصناعة، الصناعة التقليدية...) بين أبنك الإيداع وأبنك الاستثمار أو التنمية أو مؤسسات التمويل المتخصصة. كما قام بتحقيق شروط المساواة في المنافسة بين الأبنك العامة والخاصة. فإلى غاية أبريل 2013، فإن الفضاء البنكي المغربي شمل 54 مؤسسة ائتمان من بينها 34 شركة تمويل و 19 بنكا. هاته الأخيرة شملت 8 أبنك تعد أبنكا شاملة من قبيل التجاري وفا بنك والبنك الشعبي والبنك المغربي للتجارة الخارجية والشركة العامة المغربية للأبنك والبنك المغربي

³⁵⁰ - راجع : عبد الواحد العلمي، شروح القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الاولى، 2009، ص.313 و ما يليها. و كذا بوقين الحسن، تغيير الوصف وتعديل التهمة، مدونة القضاء و القانون المغربي :

http://mofawad.blogspot.com/2013/10/blog-post_6092.html " روجع يوم 2017/11/7"

³⁵¹ - نصت المادة 188 من قانون تدابير حماية المستهلك على عقوبة ذلك الفعل بغرامة من 30000 إلى 200000 درهم . و تلك عقوبة رادعة في رأينا، إذا ما فعلتها المحكمة الزجرية بشكل يتناسب مع الفعل المقترف و إمكانيات المدان المالية و محصلاته من تلك الجريمة.

³⁵² - قرار المجلس الأعلى عدد 535 بتاريخ 1984/1/19 منشور بمجموعة المجلس الأعلى في المادة الجنائية، سنة 1995/1981، ص.11. مذكور لدى عبد الواحد العلمي، مرجع سابق، ص.313.

³⁵³ - Voir à titre d'exemple : D.Carmalli, La loi pour l'initiative économique et le déplaçonnement des taux d'intérêt : une nouvelle étape dans l'histoire de l'usure, LPA, , n° 169, 25 août 2003.

للتجارة الداخلية والقرض العقاري والسياحي³⁵⁴. ويشكل بنك الأعمال (أولا) والبنك الشامل (ثانيا)³⁵⁵ أهم أنواع المؤسسات البنكية.

أولا: أبناك الأعمال

إن بنك الأعمال هو البنك الذي يكون نشاطه الرئيسي منح أو تدبير المساهمات في المشاريع الموجودة أو في طور النشأة. إن أعمال التمويل التي يقوم بها بنك الأعمال تجمد الرساميل لمدة طويلة، مما يعني لجوء البنك لإستعمال الرساميل الخاصة أو الإيداعات التي تفوق سنتين. إن أبناك الأعمال شكلت في الماضي صنفا متميزا محصورا في تطوير نشاط المساهمات وتملك لهذا الخصوص أموالا مهمة خاصة بها. في حين أن كبار المجموعات البنكية من قبيل البنك الشامل يطور أيضا مساهماته في المجال الصناعي³⁵⁶. وهو ماسنخرج عليه فيما يليه.

ثانيا: البنك الشامل

ظهر مفهوم البنك الشامل، في فرنسا إثر تجميع مهن الإئتمان و الأسهم. حيث سمح ذلك للأبناك بتوسيع كبير لنشاطها ومعها مسؤوليتها³⁵⁷. إنه مفهوم يحيل على المؤسسات التي تزاوّل الأعمال في المجال البنكي والمالي. علما أنه في بعض الدول يكون النظام البنكي مقيد بتمييز صارم بين أنواع الأنشطة؛ مثلا في الولايات المتحدة الأمريكية كان هناك بين سنوات 1933 و 1999 قانون Glass-steagall act و الذي اسس لحالة تنافي بين أعمال بنك الودائع و بنك الاستثمار و هو النص الذي تم إلغاؤه بتاريخ 12 نونبر 1999 عبر Financial services modernisation Act و الذي سمح منذئذ بتقويم خدمة البنك الشامل في الولايات المتحدة من أمثلة البنك الشامل Deutch Bank المنشأة في سنة 2008.

نصت المادة L511/9 فقرة 2 من المدونة النقدية والمالية على الاختصاص العام للأبناك حيث جاء فيها أنه: "يمكن للأبناك القيام بكل الأعمال البنكية". حيث تتلقى الأموال من العموم والقيام بأعمال الائتمان ووضع رهن إشارة الزبناء وسائل الأداء مع تدبيرها. فالأبناك تتلقى من العموم

³⁵⁴ - Rapport de synthèse d'une étude sur la concurrentiabilité du secteur bancaire, op.cit, p.7.

³⁵⁵ - هناك من الفقه المغربي من اعتمد تقسيم أنواع البنوك الى بنك مركزي و بنك تقليدية (بنوك ودائع و بنوك أعمال). عائشة الشرقاوي المالقي، الوجيز في القانون البنكي، دار أبي رقراق، الرباط، الطبعة الأولى، 2004، ص.21 وما يليها.

³⁵⁶ - Ch.Gavalda & J.Stoufflet, droit bancaire, op.cit, p.4.

³⁵⁷ - Richard Routier, obligations et responsabilités du banquier, Dalloz, Deuxième édition, 2008, p.292.

G.Damy, Une nécessaire protection renforcée du consommateur face au rapprochement des secteurs de la banque et de l'assurance, LPA, 17 novembre 2006.

الأموال لأجل أو لأقل من سنتين بموجب صريح للفقرة الثانية من المادة L511/9. أما في المغرب تنص المادة 12 من قانون مؤسسات الائتمان الجديد بمفهوم المخالفة أن الأبنك لا يمكنها أن تزاوّل أنشطة تلقي الأموال من الجمهور وعمليات الائتمان ووضع جميع وسائل الاداء رهن تصرف العملاء أو القيام بتدبيرها أو ممارسة الأعمال البنكية المرتبطة المنصوص عليها في المادة 7 من القانون أو مزاوله خدمات الاداء إلا بعد اعتماد يشمل تلك الأنشطة. علما أن شركات التمويل مقصية صراحة من مزاوله العديد من الاعمال البنكية بنص المادة 13 من القانون المذكور.

ذلك الاقصاء يوجد أيضا في فرنسا، مما يدفع للتساؤل عن سبب الإقصاء ؟ الجواب يحيل على تعريف تلقي الأموال من العموم. فمن بين الأبنك من لا يحق لها تلقي الأموال لأجل أو لأقل من سنتين. لكن يجب التشديد على أن أهم تمييز بين الأبنك يتعلق بصفة المساهم الرئيسي في البنك، حيث يفضي ذلك إلى التمييز بين أبنك القطاع العام وأبنك القطاع الخاص، اعتبارا لصفة المساهم الرئيسي أي الأشخاص الخاصة أو الدولة. وجود هذه الأخيرة كان ذا أثر على تنظيم البنك، بطبيعة قوانين التأمين التي كانت تنص على تطبيق التشريع التجاري ولاسيما المتعلق بالشركات التجارية. لكن التشريع المطبق على مؤسسات الائتمان لا يميز بين الأبنك الخاصة أو العامة. علما أنه يجب ملاحظة أن نظام الأبنك يقوم على الشمولية رغم قيام تخصص تلك المؤسسات. كما أن تصنيف الأبنك لا يقوم فقط على تخصصها ولكن أيضا على أهميتها وحجمها³⁵⁸.

ففي فرنسا، صنف المجلس الوطني للائتمان الأعمال البنكية اعتمادا على معيار الحجم والطبيعة. بل إن القانون نفسه صنف مؤسسات الائتمان حسب طبيعة النشاط والنظام القانوني للمقولة البنكية. ذلك التصنيف ذي أهمية كبيرة، لأنه إذا كان هناك تنظيم أساسي مشترك فإن كل صنف يخضع لقواعد معينة. فالنص القانوني المحوري في فرنسا، كان ولا يزال هو المادة L 511-9 من المدونة النقدية والمالية التي نصت على أن مؤسسات الائتمان المرخص لها هي البنك أو بنك تعاضدي أو تعاونية أو صندوق ادخار أو صندوق قرض بلدي أو شركة مالية أو مؤسسة مالية متخصصة. علما أنه تم إدخال تعديلات مهمة. هنا يجب ذكر أيضا الخدمات والمؤسسات خارج النظام البنكي والمشار إليها في الفصل 518/1 L من المدونة النقدية والمالية. أخيرا هناك نظامان مهنيان شبيهان بنظام مؤسسة الائتمان وهما مؤسسة النقد الإلكتروني ومكتب الصرف. مؤخرا أضيف إلى تلك الأنماط نظام مؤسسة الاداء الذي أنشأته القواعد التوجيهية الأوروبية³⁵⁹.

³⁵⁸ -Thierry Bonneau, op.cit , p.86 & 87.

³⁵⁹ - Ch.Gavalda & J.Stoufflet, droit bancaire, Op.cit, p.65.

* P.Neau-Leduc, droit bancaire, Dalloz, 2003.

* P.Neau-Leduc, droit bancaire, Dalloz, 5e édition, 2015.

أما في المغرب، فقد نص المشرع في القانون البنكي الجديد بالإضافة إلى مؤسسات البنوك على شركات مالية هي شركات تراقب بصفة حصرية أو رئيسية مؤسسة انتمان واحدة أو أكثر

(المادة 20 من القانون المذكور) ومؤسسات الأداء التي تقدم واحدة أو أكثر من خدمات الأداء المشار إليها أنفاً وكذا شركات التمويل التي سنتطرق إليها في المطلب الذي يليه.

المطلب الثاني: شركات التمويل

إن المؤسسات التمويلية هي التي تقدم التمويل، لمن يحتاجه ضمن شروط ومواصفات محددة تختلف نسبياً عن البنوك العادية من حيث رخصة الاعتماد. حيث يتم ذلك وفق برامج تهدف إلى تحقيق الربح، المتمثل في الفوائد والعمولات على القروض الممنوحة للمستهلكين والتي تزيد عن المصروفات التشغيلية لمؤسسة التمويل. فبالإضافة إلى البنوك التجارية، فإن العديد من المؤسسات المالية الأخرى تعمل في المجال التمويلي وتؤثر بشكل واضح على النشاط الاقتصادي الائتماني وأهمها البنوك المتخصصة والبنوك الاستثمارية وشركات التمويل المتخصصة وشركات التأمين وباقي الوسطاء الماليين الآخرين. وللاقترب أكثر من هذا المفهوم الذي يخرج الشخص المعنوي وجوباً من دائرة المستهلك ويجعله يدخل في نطاق المورد ارتأينا معالجته في ضوء القانون المغربي (الفقرة الأولى) والقانون الفرنسي (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: في المغرب

لم يقم المشرع المغربي بتعريف الشركة التمويلية واكتفى بالإشارة إلى أنها تعد مؤسسة انتمان وحصر الأنشطة التي يجوز لها أن تزاولها وفق شروط محددة بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان³⁶⁰. هذا وتجب الإشارة إلى أن الابنك وحدها من تتلقى من الجمهور أموالاً تحت الطلب أو لأجل يساوي أو يقل عن سنتين³⁶¹. واستثناء من ذلك يمكن أن تعتمد شركات التمويل لتتلقى من الجمهور أموالاً لأجل يفوق سنة واحدة³⁶². نضيف أن قانون مؤسسات الائتمان الجديد أوضح أنه لا يمكن أن تزاوّل شركات التمويل الأنشطة المرتبطة بتلقي الأموال من الجمهور وعمليات الائتمان ووضع جميع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء أو القيام بتدبيرها وعمليات الصرف وتلك المتعلقة بالذهب والمعادن النفيسة والقطع النقدية والعرض على الجمهور لعمليات تأمين الأشخاص والمساعدة وتأمين القروض ولكل عملية تأمين آخر وفق التشريع الجاري به العمل وكذا عمليات الايجار للمنقولات أو العقارات بالنسبة إلى المؤسسات التي

360 - المادة 10 من قانون مؤسسات الائتمان الجديد.

361 - وفقاً للكيفيات والشروط المقررة في المادة 34 أدناه.

362 - المادة 14 من قانون مؤسسات الائتمان الجديد.

تباشر عمليات الائتمان الإيجاري بصورة اعتيادية، إلا الأنشطة المنصوص عليها في مقررات الإ اعتماد المتعلقة بها أو إن اقتضى الحال في النصوص التنظيمية الخاصة بها³⁶³.

هذا عن المفهوم في القانون المغربي. فماذا عن القانون الفرنسي؟

الفقرة الثانية: في فرنسا

عرفت قوانين 13 و 14 يونيو 1941 في فرنسا نظامين مغايرين للمقاولات التي تزاوّل أنشطة مالية: الأول هو نظام البنك والثاني نظام المؤسسة المالية. ففي البدء كانت الأبنك وحدها هي المرخصة لتلقي الإيداعات وتعيينها لأنشطتها التمويلية أو لاقتناء مساهمات. ثم جاء قانون 1984 الذي حفظ في صلب مهام مؤسسات الائتمان على تصنيف مشابه مغيرا فقط تسمية المؤسسات المالية التي أصبحت شركات التمويل. هذا رغم أن القانون الفرنسي إلى تاريخه يحافظ على تسمية الشركات المالية لكن بمفهوم مغاير³⁶⁴. فالشركات التمويلية في فرنسا هي كذلك شركات لا يرخّص لها أن تتلقى من العموم أموالا لأجل أو لأجل أقل من سنتين ماعدا بشكل تبقي ضمن شروط محددة من قبل وزير المالية³⁶⁵. فتلقي الإيداعات أقل من سنتين ممنوعة على تلك الشركات ولو تعلق الأمر بإيداع من قبل مقولة منتمية لنفس المجموعة البنكية. فكثيرا من تلك الشركات التمويلية هي في الواقع فروع متخصصة لمجموعات بنكية أو مقاولات تجارية. فماعدا القيود المذكورة آنفا، فإن الشركات التمويلية لها يمكنها القيام بالعمليات البنكية المحددة في رخصة اعتمادها والمسموح بها قانونا لإطار عملها. هكذا تعد مثلا شركات القروض العقارية المؤسسة بموجب قانون 5 يونيو 1994 الفرنسي شركات تمويلية هدفها منح قروض مضمونة برهون عقارية³⁶⁶. هذا عن المفاهيم المخالفة المرتبطة بالأشخاص المعنوية، فماذا عن تلك التي تتميز بطابعها العام؟

³⁶³ - جاء في المادة 13 من قانون مؤسسات الائتمان : " لا يمكن أن تزاوّل شركات التمويل، ضمن الأنشطة الواردة في المادة 1 و البنود 2 إلى 5 من المادة 7 أعلاه، إلا الأنشطة المنصوص عليها في مقررات الاعتماد المتعلقة بها أو إن اقتضى الحال في النصوص التشريعية أو التنظيمية الخاصة بها ".

وأوضحت المادة 14 من القانون المذكور: " استثناء من أحكام المادة 12 أعلاه يمكن أن تعتمد شركات التمويل وفقا للكيفيات والشروط المقررة في المادة 34 أدناه لتتلقى من الجمهور أموالا لأجل يفوق سنة واحدة ".

و ابرزت المادة 34 من القانون المذكور بخصوص اعتماد وشروط مزاولة النشاط من قبل شركة التمويل انه قبل مزاولة أنشطته في المغرب، يجب على كل شخص اعتباري يعتبر شركة تمويل أن يكون معتمدا سلفا من لدن والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان و إن توجه طلبات الاعتماد لمزاولة النشاط كشركة تمويل.

³⁶⁴ - Ch.Gavalda & J.Stoufflet, droit bancaire, Op.cit, p.66.

³⁶⁵ - الفصل 1/515 L من المدونة النقدية والمالية.

³⁶⁶ - Ch.Gavalda & J.Stoufflet, droit bancaire, Op.cit, p.66.

المبحث الثاني: المفاهيم المخالفة ذات الطابع العام

على خلاف المستهلك فإن المهني والمورد والمقرض، يتعاقدون لأغراض غير شخصية وعائلية. فالطابع غير الاستهلاكي يتسع ليشمل جميع المجالات التي تدور في الحلقة الاقتصادية المرتبطة بتقديم الخدمات كيفما كان الشكل الذي يتخذه مشروع المهني أو المورد أو المقرض سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا.

تقضي بديهيات قانون الاستهلاك بتعريف غير المستهلك انطلاقا من تعريف المستهلك. علما أنها ظاهرة منتشرة بكثرة لدى الفقه الفرنسي الذي خصص الكثير من الدراسات للاقترب من تلك المفاهيم. يقول أحد الفقهاء الفرنسيين إن تلك المقاربة أفضت إلى وجود العديد من التعاريف المختلفة بحسب القانون الواجب التطبيق³⁶⁷. فتميز المستهلك عن غيره هو أساس قانون الاستهلاك³⁶⁸. كما أنه في أغلب التشريعات، يقابل طائفة المستهلكين جماعة أخرى يقومون بإنتاج السلع الاستهلاكية وتقديم الخدمات بشكل دوري. حيث لا خلاف أنه فيما يتعلق بتعاملاتهم في مجال تخصصاتهم لا تشملهم مقومات الحماية المأمول تحقيقها لدى المستهلكين. ذلك أن مبررات تلك الحماية لا تتوفر في جانبهم، بدءا من تمتعهم بمقومات الخبرة والمعرفة في مجال الخدمات البنكية مبدئيا- على نحو ينأى بهم عن أي ضعف ومرورا بعدم استطاعة الطرف الآخر، ولو كان مهنيا من ذات التخصص، كأن يمارس في مواجهتهم أي ضغط من شأنه أن يدفعهم إلى التعاقد دون رغبة حقيقية لديهم وانتهاء بأن تعاقداتهم في مجال تخصصاتهم قد تجيء في أغلب الأحيان خالية من غرض الاستهلاك³⁶⁹ وذلك ينطبق لا محالة على البنك. إن الشخص الذي يتعامل مع المستهلك غير الحق، يمكن أن يكون شخصا ذاتيا أو معنويا من القانون الخاص وكذا القانون العام لما تكون المقاولات العامة أو المرافق العامة هي مقدمة خدمات أو تكون مرافق عمومية ذات طابع صناعي أو تجاري حيث يشمل ذلك حتى المستشفيات التي تقدم خدمات خاصة وبمقابل، مؤجلة الأداء مثلا³⁷⁰. فأفضل وسيلة لتعريف المفاهيم في المجال القانوني تكون بإعتماد مقاربة تعريف المفاهيم المخالفة كما قلنا.

نذكر هنا في هذا الصدد مفاهيم المهني (المطلب الأول) والمورد (المطلب الثاني) و المقرض (المطلب الثالث).

³⁶⁷ - Augustin.Boujeka, Art .cit, p. 9.

³⁶⁸ - J.Calais-Auloy & F.Steinmetz, op.cit , p.6.

³⁶⁹ - عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص.18.

³⁷⁰ - Didier.Ferrier, op.cit, p.15.

لم يعرف المشرع المغربي مفهوم المهني وفضل استعمال مفهوم المورد في المادة الثانية من قانون تدابير حماية المستهلك. علما أن مفهوم المورد هو أضيق من مفهوم المهني، مما يجعل بعض المهنيين يستفيدون من حماية قانون تدابير حماية المستهلك في الكثير من الأحيان.

إستعمل القانون اللبناني عدد 659-2005 حول حماية المستهلك مصطلحا رديفا للمهني وهو المحترف. حيث ورد في المادة 2 فقرة 2 من القانون المذكور أن: "المحترف هو الشخص الطبيعي أو المعنوي من القطاع الخاص أو العام، الذي يمارس، باسمه أو لحساب الغير، نشاطا يتمثل بتوزيع أو بيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات. كما يعتبر محترفا، لغرض تطبيق أحكام هذا القانون، أي شخص يقوم باستيراد السلعة بهدف بيعها أو تأجيرها وذلك في إطار ممارسته لنشاطه المهني". هذا التعريف ينطبق على البنك في شق الشخص المعنوي³⁷¹. في حين يعد المهني، على المستوى الاقتصادي، ذلك الشخص الذي يجمع، يستغل ويدبر الوسائل البشرية والمادية لغاية اقتراح منتجات وخدمات في السوق بمقابل. أما على المستوى القانوني، فمفهوم المهني هو مفهوم أكثر حداثة وشساعة من التاجر. فالمهني هو الأصل والتاجر هو الفرع وليس كل المهنيين تاجر لكن البنك يكون دوما تاجرا. فإذا كان التاجر يعرف قانونا بأنه الشخص الذي يزاول أعماله التجارية باعتبارها تشكل مهنته المعتادة، كما جاء في الفصل 1-121 L من مدونة التجارة الفرنسية. فإن القانون الفرنسي ظل ساكتا عن المقصود بالمهني وعرفه بعض الفقهاء على أنه ذلك المختص في مهنته أو على الأقل من يصرح بأنه كذلك³⁷².

جاء في المادة 2 من القواعد التوجيهية C.E.E 13/93 بتاريخ 5 أبريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة من طرف المستهلكين أن المهني هو "كل شخص ذاتي أو معنوي يتصرف في نطاق نشاطه المهني سواء كان عاما أو خاصا"³⁷³.

هذا وقد سجل الاجتهاد القضائي الفرنسي، العديد من الاجتهادات القضائية حول المفهوم حسب النصوص المطبقة. فالمهني في إطار الشروط التعسفية ليس هو المهني في إطار البيع خارج المحل التجاري³⁷⁴. لكن ذلك التضارب في تحديد هذا المفهوم ربما لن يثار بنفس الحدة في المجال البنكي

³⁷¹ - لمراجعة القانون المذكور يمكن الولوج الى الرابط الأتي:

http://www.economy.gov.lb/public/uploads/files/9938_2184_9621.pdf "شاهد في 2018/7/10"

³⁷² - May.Hammoud, op.cit, p.133.

³⁷³ - May.Hammoud, op.cit, p.133.

³⁷⁴ - Guy.Raymond, *contrats de consommation*, Art cit, p.6.

مادام أن المهني أو ما أطلق عليه قانون تدابير حماية المستهلك مصطلح المورد هو أساسا بنك. يحيل تعريف البنك بطبيعة الحال على تعريف المقرض في قانون تدابير حماية المستهلك والذي سنراه لاحقا³⁷⁵.

إن تعريف المهني أسهل من تعريف المستهلك ذلك أنه هو ذلك الشخص الذاتي أو المعنوي الذي يتصرف في إطار نشاطه المعتاد والمنظم لإنتاج، توزيع أو تقديم الخدمة. بالتالي فإن العمل المؤقت ليس بمهنة ولا يعطي الصفة المهنية للقائم به. فالغالب أن الطابع المعتاد والمنظم للنشاط هو الذي يعطي صفة المهني لكن ذلك لا ينطبق على البنك الذي يكتسب صفته دون اشتراط الاعتياد، على الرغم من أن قانون تدابير حماية المستهلك عرف المقرض باعتبار الصفة الاعتيادية لمنح القروض. يرتبط تطبيق مقتضيات قانون تدابير حماية المستهلك على الأشخاص المعنوية البنكية في رأينا بالوصف القانوني لتلك الأشخاص³⁷⁶. فلتكييف الطبيعة القانونية لشخص معنوي يجب الاهتمام ليس بشخصه ولكن بنشاطه أيضا. هكذا فإن المرافق العامة الإدارية والجمعيات التي تمنح قروضا وليس لها هدف ربحي لا يطبق عليها قانون تدابير حماية المستهلك. بالمقابل، فإن المرافق العامة، التي تقوم بأنشطة اقتصادية ذات طابع تجاري والتي تعرض أموال وخدمات في السوق الائتمانية، تخضع في علاقاتها مع المستهلكين لقانون تدابير حماية المستهلك³⁷⁷. ويعتبر القانون الأوروبي الشخص المعنوي مبدئيا مهنيا. جاء بهذا الخصوص في القواعد التوجيهية الأوروبية لحماية المستهلك ان المهني هو "شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاطه المهني". بالمقابل، لا يعد إطلاقا الشخص المعنوي كمستهلك³⁷⁸، خلاف ما ورد في المادة 2 من قانون تدابير حماية المستهلك المغربي. هنا يجدر بنا إذن أن نخرج على كفاءة المهني البنكي (الفقرة الأولى) لاسيما وأنه رئيس المقولة (الفقرة الثانية) ونستعرض عناصر تعريفه (الفقرة الثالثة) وأنواعه (الفقرة الرابعة)

الفقرة الأولى: المهني هو شخص كفء

تعد فكرة الكفاءة أساس تعريف المهني. فالمهني هو شخص يتوفر في إطار نشاطه على معارف وكفاءات لا نزاع فيها. والمهني البنكي يفترض فيه أنه يعرف التنظيم القانوني للخدمة التي

P.L.Tourneau, *Les critères de la qualité de professionnel*, LPA, 12 septembre 2005, n° 181.

³⁷⁵ - J.Calais-Auloy & F.Steinmetz, op.cit, p.5.

³⁷⁶ - ما نقوله هنا يخالف واقع تعريف قانون تدابير حماية المستهلك للمقرض. حيث يشترط فيه القانون المذكور الإعتياد. لكننا نعتقد ان حصول الشخص المعنوي على الترخيص يفترض فيه الإعتياد ولو للمستقبل. راجع أدناه مفهوم المقرض.

³⁷⁷ - Rabih.Chendeb, op.cit, p.17.

³⁷⁸ - Augustin.Boujka, Art.cit, p. 9.

يقدمها³⁷⁹. هذا وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية لمدة طويلة من الزمن أن المهني هو ذلك الذي يتعامل في نطاق اختصاصه وأنه يفقد تلك الصفة عندما يخرج عن ذلك النطاق³⁸⁰. فهل يتصور اعتبار تصرف البنك كمستهلك. صراحة رغم صعوبة تقبل ذلك الطرح، لكن لا شيء يناقضه على ضوء التعريف الواسع للمستهلك. أشير إلى أن فكرة الكفاءة كمعيار لتعريف المهني، هي منتقدة، ويعاب عليها تبسيطها وتجريدها لأنها تثير عدة إشكالات. علما أنه لا شيء يمنع في هذا الإطار من اعتبار مستخدمي البنك مستهلكين لكون المجتمع الاستهلاكي يجعل من اجير البنك مستهلكا أيضا لمنتجات مقاولته المشغلة بما في ذلك أسهم البنك الموزعة في إطار توزيع الناتج كحافز³⁸¹. فالذرية بالمنتجات ليست مانعة من الحماية.

نورد مثال مستخدمي البنك المتقاعدين الذين قد يتعاقدون بخصوص خدمات بنكية هم على دراية واسعة بمكوناتها ومخاطرها، نظرا لكفاءاتهم المهنية السابقة. هنا على القاضي كل مرة يريد فيها تكييف العقد أن يبحث إن كان غير المهني المفترض قد تصرف في نطاق نشاطه المهني مما يعد أمرا صعبا للغاية³⁸². جاء في أحد قرارات المحاكم المغربية أن: "الأصل في سلوك البائع بالصدفة جهله بعيوب الشيء المبيع، بينما البائع المحترف مفترض فيه العلم بحكم خبرته بهاته العيوب طبق ما حملته الفقرة الثانية من الفصل 556 من ق.ل.ع. فالاحتراف قرينة على معرفة البائع بعيوب المبيع تأكيداً للحماية التي يستحقها المشتري"³⁸³. إذن فالأمر لا يرتبط بالكفاءة فقط ولكن أيضا بموقع المهني رئيس المقولة غير البنكية.

هذا عن كفاءة المهني، فماذا عن رئاسة المقولة؟

الفقرة الثانية: المهني غير البنكي رئيس المقولة

جاء حسب المادة 46 من قانون تدابير حماية المستهلك، أنه لا يخضع لمقتضيات باب البيع خارج المحلات التجارية المورد أو مأموره الذي يقوم بعرض الخدمات البنكية على المستهلكين بالمنازل، من خلال جولات متواترة أو دورية داخل المجموعة العمرانية التي توجد بها مؤسساتهم أو بجوارها. نفس ذلك الاستثناء، يسجله الفصل المذكور بالنسبة للمورد خارج المحل التجاري أو عائلته الذي يبيع المنتجات المتأتية بصفة حصرية من صنع أو إنتاج شخصي أو يقدم الخدمات

³⁷⁹ - Cass.Crim., 12 avr. 1976 : D.1977, Jurisp. p.239, note Fourgoux.

³⁸⁰ - Emeric.Nicolas, *Le salarié, consommateur d'actions cotées de son entreprise*, Dalloz.Droit social, 2014, p. 528.

³⁸¹ - Ibid.

³⁸² - Guy.Raymond, *Contrats de consommation*, Art cit , p.7.

³⁸³ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، صادر بتاريخ 2009/4/2، تحت رقم 534 ، في الملف عدد 2006/1019، غير منشور.

المرتبطة بهذا البيع والمنجزة على الفور من لدنهم. إذن فمفهوم المخالفة يخضع المورد أو مأموره الذي يقوم ببيع المنازل خدمات بنكية، لقانون تدابير حماية المستهلك. تختلف المادة 46 من قانون تدابير حماية المستهلك في صياغتها عن المادة 2 من نفس القانون، مادام أن المقصود فيها بالمورد هو غير المستهلك. إذن فمفهوم العلاقة المباشرة بين النشاط المهني أو التجاري وتلبية الحاجيات المهنية، تفضي إلى أن المهني في مفهوم قانون تدابير حماية المستهلك هو ذلك الذي يبرم عقد خدمة بنكية لمصالح مقولة بنكية يسيرها. هذا عن المهني كشخص كفء ورئيس مقولة، فماذا عن عناصر تعريفه؟

الفقرة الثالثة: عناصر تعريف المهني

من خلال ما سبق، يمكن أن نستنتج عنصرين للتعريف ينطلقان من :
أولاً: صفة رئيس المقولة: وهي صفة تسمح بتمييز المورد في قانون تدابير حماية المستهلك الذي يمارس نشاطاً مهنيًا وتجاريًا، لاسيما عن الأجراء بتلك المقولة. حيث لا تهم طبيعة أو أهمية المقولة لكن فقط العقد البنكي الذي قد أبرم بين رئيس المقولة أو ممثلها الذي يتحدث باسمها.
ثانياً: هدف العملية: إن أهم سؤال يجب طرحه لماذا أبرم المهني عقد الخدمة البنكية؟ والبعض يرى أن الهدف هو البحث عن الأرباح³⁸⁴. في حين، يرى آخرون أنه هو زيادة الإمكانات التجارية³⁸⁵. علماً أن موقفاً أكثر بساطة تبنته محكمة إيكس أون بروفانس الفرنسية يدعو في إطار التكيف إلى البحث عن الهدف من كل عملية³⁸⁶. هذا عن عناصر تعريف المهني. فماذا عن أنواعه؟

الفقرة الرابعة: أنواع المهنيين

لا يهتم التكيف القانوني للمقولة، فقد تكون المقولة فلاحية، أو حرفية أو أن تكون منصبة على مهنة حرة، وفي حالة البنك تكون مقولة تجارية. يرتبط الأمر بتعاريف تتعلق بإنتاج الخدمة البنكية، التوزيع أو تقديمها. حيث لا اعتبار للشكل القانوني للمقولة عموماً؛ علماً أن جميع الأبنك تكون شركات مساهمة. هكذا يمكن أن تكون المقولة البنكية في شكل شركة أو مقولة في ملك من يتعاقد³⁸⁷. علماً أن المصطلحات المستخدمة من قبل القضاة هي فرصة لاستعراض المعاني المختلفة لمفهوم "المهني" تبعاً للسياق، لأجل تحديد تعريف واحد ومحدد ومعرفة القانون الواجب التطبيق.

³⁸⁴ - Cass. 1^{re} Civ., 9 mai 1996 : Contrats, Conc. Consomm., 1996, Comm.117.

³⁸⁵ - Cass.Crim., 26 juin 1999 : Dr pén.2000, Comm.6, obs.J-H.Robert.

³⁸⁶ -CA Aix- en-Prenvence, 16 mars 2005 : JurisDta n°2005-277661 ; Contrats, Conc. Consomm.2005, Com. 215, 2 e esp., obs.G. Raymond.

³⁸⁷ - Guy.Raymond, *contrats de consommation*, art cit, p.8.

طبعاً فإن تعقيد المهمة هو بقدر النصوص التي تشير إلى تنوع المفهوم وإن كانت عموماً لا تحتوي على أي تعريف³⁸⁸. هذا عن مفهوم المهني، فماذا عن مفهوم المورد باعتباره يخالف مصطلح المستهلك؟

المطلب الثاني: المورد

عرفت المادة 2 من قانون تدابير حماية المستهلك المورد باعتباره: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري". فالمورد هو الطرف الآخر في العلاقة الاستهلاكية، حيث تم تكيفه قانونياً كطرف ثانٍ في العلاقة الاستهلاكية انطلاقاً من توفر شرط أساسي ألا وهو ممارسته لنشاط مهني أو قانوني³⁸⁹. فما دام أن المؤسسات العمومية (كالمستشفيات، المحاكم، الإدارات...) أصبحت تعنى بالمظاهر الاقتصادية الجديدة، فيما يتعلق بالكيفية التي تقدم بها خدماتها للعموم وذلك بالاعتماد على نفس الوسائل التي تستعملها المقاولات الخاصة في التعريف بمنتجاتها أو خدماتها مثل إعلام المستهلكين والاعتناء بالجودة، فإن تلك المؤسسات فرضت نفسها كفاعل اقتصادي حقيقي في سوق العرض والطلب؛ الشيء الذي اكتسب معه نسيباً مستعمل المرفق العام صفة المستهلك والإدارة وصف المورد وعلى هذا الأساس ألزمها قانون تدابير حماية المستهلك بضرورة التقيد بمبادئه وبالتالي إخضاع العلاقة التي يمكن أن تجمع بين الطرفين أيضاً لمقتضياته، بالإضافة إلى التنصيص على ضرورة التقيد بالمبادئ التي تنظم نشاط المرفق العام³⁹⁰.

بخصوص تعريف المورد، عثرنا في تشريعات أمريكا اللاتينية على تعريفات لذلك المصطلح الغريب على المنظومة الفقهية والقضائية المغربية. فبالرجوع إلى مدونة حماية المستهلك بالبرازيل وقانون حماية المستهلك والمرتفق في البراغواي وقانون حماية المستهلك في الأوروغواي، نجد أنها جميعاً اختارت مصطلح المورد وقصدت به مورد المنتجات ومقدم الخدمات في تلك البلدان الثلاثة، باعتباره: "كل شخص ذاتي أو معنوي ذي طبيعة عمومية أو خاصة وطنية أو أجنبية يمارس نشاط خلق، البناء، التحويل، التوريد، التصدير، التوزيع، تسويق المنتجات وكذا من ينجز نشاطاً معروفاً في سوق استهلاكي مقابل عوض مباشر أو غير مباشر". من جانبها اعتبرت الأرجنتين مثلاً موردين لمنتجات وخدمات الأشخاص الذاتية أو المعنوية ذات الطبيعة العامة أو الخاصة والتي بصفة مهنية وحتى بشكل عرضي ينتجون، يوردون، يوزعون ويسوقون منتجات أو

³⁸⁸ - Fabienne.Jault, *Chronique de droit de l'activité professionnelle*, N° V (1re partie), LPA, 24 avril 2002, n° 82, p.11 et S.

³⁸⁹ - مصفوفة متعلقة بمشروع قانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مستند داخلي، وزارة التجارة، غير منشور، ص.3.

³⁹⁰ - مصفوفة متعلقة بمشروع قانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مرجع سابق، ص. 3.

يقدمون خدمات للمستهلكين أو المرتفقين. يستثنى من ذلك أصحاب المهن الحرة الذين يتطلبون لمزاوتهم شهادة جامعية واضحة مسلمة من قبل مجالس مهنية معترف بها رسمياً. لكن رغم تلك الاختلافات في التعاريف، فإن التعريف الجامع هو الذي تبنته التوصية رقم 123 لمجموعة السوق الموحد الأمريكي لاتينية والتي تعد مورداً: "كل شخص ذاتي أو معنوي، عام أو خاص، وطني أو أجنبي وكذا الأشخاص المجهولة للدول الأعضاء والتي اعترف بوجودها في نظامها القانوني والتي تقوم بشكل مهني بأنشطة إنتاج، تركيب، خلق متبوع بتنفيذ بناء، تحويل، توريد، توزيع وتسويق للمنتجات والخدمات في علاقة استهلاكية³⁹¹."

أما القواعد التوجيهية CE 65/2002 للبرلمان الأوروبي والمجلس بتاريخ 23 شتنبر 2002 فقد تحدثت عن المورد بكونه كل شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص يورد عن طريق التعاقد خدمات تكون موضوع عقود عن بعد³⁹². هذا عن مفهوم المورد، فماذا عن المقرض؟

المطلب الثالث: المقرض

عرف قانون تدابير حماية المستهلك المقرض بأنه الشخص المتوجب عليه احترام المقتضيات الحمائية للمستهلك؛ باعتباره مورداً للخدمات البنكية الواردة في باب الاستدانة. وقد أدخل المشرع في مجال القرض الإستهلاكي مفهوماً مغايراً، ذلك أنه لم يقصد المورد ولكن المقرض المعتاد. فشرط الاعتياد ضروري لوصف الطرف المتعاقد مع المستهلك وبالتالي خضوعه لقواعد قانون تدابير حماية المستهلك³⁹³. هذا المفهوم يسمح بتصور نطاق تطبيق أضيق يشمل فقط المقرضين المهنيين والذين يعتبرون بحكم القانون مقرضين اعتياديين ولكن أيضاً المقرضين الذين دون أن يكونوا مؤسسات ائتمان اعتادوا منح القروض مما يعد إقصاءاً للمقرضين العرضيين. حيث يجب أن يتصرف المقرض في إطار أنشطته التجارية أو المهنية. وليس من الضروري أن يكون المقرض حرفي ائتمان (من قبيل بنك، مؤسسة تمويلية، شركة أو جمعية قروض صغرى...) فقد يكون تاجراً، حرفياً أو من المهن الحرة³⁹⁴. جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 يوليوز 2001 أن الهدف المهني يكفي لاستبعاد تطبيق قانون الاستهلاك حتى وإن كان المهني لم يمارس مهنته بعد بمدة³⁹⁵.

³⁹¹-Roberto.Grassi Neto, Art.cit, p.336.

³⁹² - Philippe-Emanuel.Partsch, op.cit , p.836.

³⁹³ - راجع ما قلناه بخصوص عدم اشتراط الاعتياد بخصوص البنك لاعتباره مقرضاً على صعيد المهني.

³⁹⁴ - C.A Paris, 20 déc.1991, D.1992, inf.rap.p.84.

³⁹⁵ - Cass.Civ. 1^{re}, 10 juill. 2002. Somm.932, obs.Tournafond ; D. aff.2001, 2828, Obs. Rondey ; RTD.Civ. 2001, 873, Obs.Mestre et Fages.

نشير أيضا إلى أنه خلافا للمادة 74 فقرة 3 من قانون تدابير حماية المستهلك الذي يعتبر "المقرض: كل شخص يمنح بصفة اعتيادية القروض في إطار ممارسة أنشطته التجارية أو المهنية". فإن مدونة الاستهلاك الفرنسية تخلت عن مفهوم الاعتقاد لفائدة مفهوم النشاط التجاري والنشاط المهني. حيث عرفت "المقرض بأنه كل شخص يمنح أو يلتزم بمنح قرض منصوص عليه في الفصل L311-1 في إطار ممارسة أنشطته التجارية أو المهنية"³⁹⁶. جاء في قرار لمحكمة الاستئناف برين أن القروض المتعددة بين خواص غير خاضعة لمقتضيات القرض الاستهلاكي³⁹⁷. لكن ما يؤسف له هو أنه إذا كانت مدونة الاستهلاك الفرنسية أكثر منهجية في مجال التعريفات لاسيما في إطار تعريف المقرض إثر تعديل سنة 2009 المتعلق بالقرض الاستهلاكي³⁹⁸؛ فإنه بالنسبة للمشرع المغربي ، فقد سجل عليه تعريف المقرض في القروض الاستهلاكية في الفصل 74 من قانون تدابير حماية المستهلك. في حين استعمل نفس المشرع في المادة 112 مصطلح المورد للدلالة على المتعاقد مع المقرض العقاري، مما يدل على عدم إنسجام وعدم إتساق في الرغبة في الحماية.

هذا عن مستهلكي الخدمات البنكية، فماذا عن ماهية هاته الأخيرة؟

³⁹⁶ - Y.Picod & H.Davo, op ,cit , p.314& 315.

³⁹⁷ - C.A Rennes, 21 févr.1997, Contrats, Conc.consom.1997, Comm.181, obs.G.Raymond.

³⁹⁸ - Anthony.Astaix, op.cit , p.1588.

الباب الثاني: الخدمات البنكية

الخدمة لغة هي تقديم العمل لشخص آخر³⁹⁹. وفي الحديث " فض خدمتكم " بفتحيتين أي فرق جمعكم⁴⁰⁰. أما إصطلاحاً، فإن الخدمات هي أموال غير ملموسة وغير قابلة للتخزين، يكون إنتاجها واستهلاكها متزامناً: من قبيل إصلاح سيارة أو حلاقة شعر أو استشارة طبية أو عرض فيلم والتي هي خدمات تباع وتوجه إلى الأسر. في حين أن الإشهار والعمل المؤقت والاستشارات القانونية والضريبية هي خدمات تباع، موجهة إلى المقاولات⁴⁰¹.

جاء في المادة 2 فقرة 4 من القانون اللبناني عدد 659-2005 حول حماية المستهلك أن "الخدمة هي كل عمل يتمثل بنشاط تقني أو حرفي أو فكري، أي كان الوصف المعطى له من المحترف والمستهلك"⁴⁰². كما عرف المشرع الجزائري الخدمة في المادة 3 فقرة 16 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، باعتباره "كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة"⁴⁰³. جاء عن الفقيه كورني أن الخدمة: " مصطلح عام

399 - فؤاد افرام البستاني، مرجع سابق، ص.156

400 - محمد محيي الدين عبد الحميد ومحمد عبد اللطيف السبكي، مرجع سابق، ص.132.

401 - J.Yves.Capul&O.Garnier, *dictionnaire d'économie et des sciences sociales*, Hatier, nouvelle édition, Paris, 2008, p.359.

402 - للاطلاع على نص القانون يراجع :-

http://www.economy.gov.lb/public/uploads/files/9938_2184_9621.pdf " روجع بتاريخ 2018/9/12 "

403 - بخصوص السلعة عرفتها المادة 17 من القانون الجزائري 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنها: " كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا " - بن لحرش نوال، *جمعيات حماية المستهلكين، دور وفعالية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، السنة الجامعية، 2013/2012، ص.21.*

يشمل تقديم أي امتياز مقوم بالمال، من خلال عقود جد متنوعة⁴⁰⁴. أما بخصوص المجال المالي والبنكي، ورد في الفقرة 19 من ديباجة القواعد التوجيهية الأوروبية عدد 98/48⁴⁰⁵ أنه: "يقصد بالخدمات، وفق مقتضيات المادة 60 من الاتفاقية، المنشئة للمجموعة الأوروبية، كما فسر لها اجتهاد محكمة العدل للمجموعات الأوروبية، أنها عمل مقدم، عادة، بمقابل"⁴⁰⁶. إذن يتضح مما تقدم أن المعنى اللغوي لمفهوم الخدمة قريب في دلالاته من المعنى الإصطلاحي، لأن كل منهما يركز على جانب العمل غير المادي للأغيار، إذا كان يسهل نوعا ما تعريف الخدمة أو الخدمات. فإن الأمر يستشكل بالنسبة لتحديد مصطلح الخدمات البنكية، لقلة الفقهاء القانونيين أو الاقتصاديين الذين تطرقوا إلى هذا المفهوم؛ فضلا على الاختلاف البين بين الدراسات القليلة الموجودة، التي حاولت تصنيف الخدمات البنكية وتحديد مضمونها، الكل بالنظر إلى مفهوم المنتجات باعتبارها كل مال أو خدمة، بما فيها المنقولات، السندات والحقوق العقارية⁴⁰⁷.

فالخدمات البنكية هي مجموع المنتجات المقدمة من طرف بنك معين؛ ومن أكثر تلك المنتجات شيوعا: فتح الحساب الجاري⁴⁰⁸ وعمليات الصندوق، إيداع النقود والشيكات والتحويلات والاقتطاعات البنكية والقروض. حيث تطرح تلك الخدمات إشكالية العلاقة بين الأبنك والزبناء عموما والمستهلك، خاصة تلك العلاقات القديمة والدائمة، التي تعد صلب اهتمامات السلطات العمومية، التي تحت تأثير قوى ضاغطة، تعد الأبنك مرافق عمومية وتنشبت بوجوب تقديم نفس الخدمات لزبناء البنك دون أي تمييز⁴⁰⁹. فتمتع البنوك بإمكانات ضخمة سواء من الناحية المادية، تحدد قدراتها في مجال تقديم الائتمان بقدر ما تملك من أموال و تتسع قدراتها اتساعا كبيرا اعتمادا على الودائع النقدية التي تتلقاها من الزبائن، مما يهيئ لها مكانا متميزا في سوق الائتمان، يدعم مركزها. حيث يوفر لها ذلك الكثير من الخبرة الفنية بحكم كونها تحترف تجارة النقود وأصبحت

⁴⁰⁴-G.Cornu,Vocabulaire juridique,6ème édition, PUF, Paris, 2004 ; Cité in : G.Daladier.Abi-Rizk, *l'internet au service des opérations bancaires et financières*, Université Panthéon-Assas (Paris II), Thèse pour le Doctorat en Droit, Présentée et soutenue publiquement le 17 mars 2006, p.220.

⁴⁰⁵- Il s'agit de la Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, J.O.C.E,5.8.1998, p. L 217/18.

⁴⁰⁶- G.Daladier.Abi-Rizk, op. cit , p.220.

⁴⁰⁷- La définition du produit est entendue comme « tout bien ou service, y compris biens , obligations et droits immobiliers », G.Paisant, *Proposition de directive relative aux droits des consommateurs, avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ?*, Art.cit , p.13.

⁴⁰⁸ - عبد الرحيم المودن، النظام القانوني لعقد الحساب الجاري البنكي، أطروحة لنيل الدكتوراة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس اكدال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 2004/2003.

⁴⁰⁹ - P.Bouteiller, *le nouveau cadre juridique des relations entre les banques et leurs clients*, Contrats, Conc. Consomm., éditions du Jurisclasseur, mars 2002, p.4.

معه تملك توجيه الاستثمارات أو تملك حق الحياة والموت بالنسبة للمشروعات"⁴¹⁰. هذا ويعد البنك ليس مجرد تاجر وإنما تاجر له وضع خاص يستمد من خطورة السلعة، التي يتحكم في عرضها⁴¹¹. علما أن الأموال بمجرد إيداعها لدى البنك تصير أموالا مثلية في ملكية البنك لا يبقى للزبون تجاهها سوى حق دين، وأداء ذلك الدين يكون بإرجاع مبلغ الدين⁴¹².

فبالرجوع مثلا، إلى الفقيهين كافالدا وستوفلي، نجدهما يفرقان بين تجارة النقود (ويقصدان بها خدمات القرض) وبين أعمال الخدمات⁴¹³ وتشمل عندهما الخدمات المقدمة من طرف البنوك في مجال الأوراق التجارية من قبيل توطيئها (domiciliation des effets de commerce) والخدمات المقدمة في مجال القيم المنقولة كعقود إيداع السندات وتديرها وإيجار الصناديق الحديدية وخدمات أداء وتحويل الأموال.

صار هذا التمييز متجاوزا بحكم التصنيفات الحديثة للخدمات البنكية، والتي تتحدث عن تقسيمها إلى خدمات تنطوي على تقديم ائتمان (من قبيل القروض الاستهلاكية والقرض العقاري) والخدمات البنكية التي لا تنطوي على ائتمان. هذا فضلا، على أن زبون البنك الذي يريد من الأخير خدمة، يلجأ عموما إلى المؤسسة التي يملك فيها حسابا بنكيا، قبل أن يعرج على باقي العروض المنافسة؛ لكون اتفاقية الحساب البنكي هي اتفاقية إطار للخدمات البنكية هدفها التجاري هو تأسيس علاقة بين مؤسسة القرض والزبون، تلك العلاقة التي سوف تسهل لاحقا الخدمات التي يقدمها البنك لزبونه⁴¹⁴ والتي من أهمها تقديم الائتمان.

فإذا كان ظهير الالتزامات والعقود المغربي لم يعرف الخدمة⁴¹⁵، فإنه بالمقابل تحدث عن عارية الاستهلاك أو القرض (prêt à la consommation) في الفصل 856 منه. لكن المقتضى يتحدث عن تسليم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى، لاستعمالها؛ بشرط أن يرد المستعير عند انقضاء الأجل المنفق عليه أشياء أخرى مثلها في المقدار والنوع

⁴¹⁰ - M.Cabrillac, *la responsabilité civile des banques dans le placement, et l'émission des titres*, RTD Com. 1931.

⁴¹¹ - فتية التوزاني، *المسؤولية المدنية للبنك عن فتح الاعتماد البسيط*، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2000/2001، ص.2.

⁴¹² - Cour d'appel du Luxembourg, 26 mars 1977, Bull, droit et banque, 1998, n°27, p.85 cité in: A.Shmitt & E.Omes, op.cit, p.90.

⁴¹³ - C.Gavalda & J.Stoufflet, *le droit de la banque*, Thémis, Presses universitaires de France, Paris, 1974, p.781.

⁴¹⁴ - T.Bonneau, *droit bancaire*, Delta/Montchrestien, Liban, Jdeidet El Metn, 2003, p.211.

⁴¹⁵ - « Le code civil français n'a pas défini la notion de service »- J.Calais-Auloy & F.Steinmetz, op.cit, p. 8.

والصفة. في حين يؤكد الفصل 857 من الظهير المذكور، على أن عارية الاستهلاك، تنعقد عندما يوجد من النقود أو كمية من الأشياء المثلية بين يدي المدين على وجه الوديعة أو بأية صفة أخرى، ويأذن له الدائن بالاحتفاظ بما بين يديه على سبيل القرض. وما يزيد من لبس تكييف الائتمان على أنه خدمة، ما ورد في الفصل 859، من أنه يصح أن يرد القرض على الأشياء التي تستهلك بالاستعمال، كالنقود. فمفهوم العارية يختلف في ظهير الالتزامات والعقود عن مفهوم الائتمان حالياً، ذلك أن الفصل 865 من الظهير الذي يعود إلى سنة 1913، يوجب على المقرض أن يرد مثل ما تسلمه قدراً وصفة ولا يلزمه غير ذلك. بالتالي فإن إجارة الأشياء التي تنقضي بالاستهلاك ليس من بينها الائتمان. فما يميز عملية الائتمان عن الأداء الفوري هو الفارق الزمني بين العمليتين⁴¹⁶ والذي يستحق عنه المقرض أجراً هو الفائدة⁴¹⁷. هذا وللاقترب أكثر من نطاق الحماية، ارتأينا دراسته بحسب الطابع الائتماني أو عدمه للخدمات البنكية من خلال التقسيم التالي:

الخدمات البنكية الائتمانية (الفصل الأول) الخدمات البنكية غير الائتمانية (الفصل الثاني)

الفصل الأول: الخدمات البنكية الائتمانية

جاء في تعريف عملية الائتمان أنه يقصد بها المنظور أو الوسيلة التي تمكن شخصاً من الحصول على رصيد مالي خلال زمن معين حسب الثقة الموضوعة فيه من قبل المقرض بحسب ملاءته المفترضة يوم استحقاق الدين⁴¹⁸. كما يقصد بالائتمان الثقة، إذ إن المدين الذي يحصل على ائتمان هو مدين يوحى بالثقة لكونه بوضع يبسر له بسهولة الحصول على أجل لوفاء ديونه. فيجد من يقرضه من أموال لازمة، مع منحه مكنة لرد هذه الأموال في تاريخ لاحق، فيتمكن من تصريف شؤونه ولا يقلق من السداد فقد منح أجلاً وهذا هو الائتمان. ويعني الائتمان من وجهة نظر الدائن أنه قد منح ثقته لمدين معين لوفاء الدين بأن منحه أموالاً معينة مع أجل قريب أو بعيد لرد هذه الأموال⁴¹⁹. فمن المعلوم أن توزيع الائتمان بصفة عامة هو الدور الأساسي الذي تضطلع به كل البنوك، بل هو أهم أدوارها، وللقيام به لا يقتصر البنك على رأسماله فقط، وإنما على كل الموارد الموجودة تحت تصرفه. وهكذا بالإضافة إلى رأسماله يقوم بتوزيع الائتمان الذي مصدره الودائع

⁴¹⁶ - Ibid, p. 393.

⁴¹⁷ - C.D'Hoir-Lamprêtre, *droit du crédit*, ellipses, 1999, p.70.

⁴¹⁸ - Société générale des banques, fascicule formation, filière recouvrement, *les garanties du crédit*, direction des affaires juridiques 2008, p.2 .

⁴¹⁹ - رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، *التأمينات الشخصية والعينية*، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص. 17.

النقدية والأرصدة الدائنة في الحسابات الجارية بينه وبين الزبناء ولا يكاد يفلت من ذلك إلا قدر معين من تلك الموارد، تحتفظ به البنوك لمواجهة الطوارئ يطلق عليه الاحتياطي النقدي⁴²⁰.

جاء في المادة 1-311 L من مدونة الاستهلاك الفرنسية الملغاة بتاريخ 16 مارس 2016 أنه يقصد بعملية الائتمان أو عقد الائتمان: "كل عملية أو عقد يضع بموجبه مقرض أو يتعهد بموجبه بمنح مقرض ائتمان على شكل أجل أداء، قرض بما في ذلك تحت شكل سحب على المكشوف أو تسهيل أداء مشابه باستثناء العقود المبرمة لغاية التوريد بالتزام مستمر أو تنفيذ متتابع لخدمات أو أموال من نفس الطبيعة والتي بمقتضاها يؤدي المقرض التكلفة عبر أداءات مقسطة طيلة مدة التوريد".

وقد جاء تعريف الائتمان في المادة 3 من قانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها بقولها: "يعتبر عملية ائتمان كل تصرف، بعوض، يقوم بمقتضاه شخص من الأشخاص: بوضع أموال أو الالتزام بوضعها رهن تصرف شخص آخر يكون ملزما بإرجاعها؛ أو الالتزام لمصلحة شخص آخر، عن طريق التوقيع، في شكل ضمان احتياطي أو كفالة أو أي ضمان آخر". كما نصت نفس المادة على أنه تعتبر في حكم عمليات الائتمان:

" أ- عملية الائتمان الإيجاري والإيجار، التي يكون للمستأجر خيار شراء العين المؤجرة والعمليات المعتبرة في حكمها؛

ب- عمليات شراء الفاتورات؛

ج- عمليات البيع الاستردادي، فيما يتعلق بالأوراق والقيم المنقولة وعمليات الاستحفاظ كما هو منصوص عليها في التشريع الجاري به العمل⁴²¹.

وهكذا للاقترب أكثر من مفهوم الائتمان، سنطرق لدراسة أهم خدمتين متعلقتين به وهما القروض الاستهلاكية (الفرع الأول) والقرض العقاري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القروض الاستهلاكية

لقد انضافت إلى الحاجيات الأساسية والاعتيادية للمستهلكين من قبيل الغذاء والملبس والسكن، بعض المتطلبات التي كانت تعد ثانوية، بفعل نظام معقد من الضغوط النفسية والأخلاقية والاجتماعية على المستهلك، فالمنتجات الاستهلاكية موجودة؛ من قبيل السيارات والمنتجات

⁴²⁰ - فاتحة براني، مرجع سابق، ص.2.

⁴²¹ - راجع المذكرة التقديمية لمشروع القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها،

منشورة في موقع الأمانة العامة للحكومة على الرابط: http://www.sgg.gov.ma/projets_com/17/Av_credit_Ar.pdf "اطلع عليه بتاريخ 2018/7/10".

الإلكترومنزلية والأثاث والتي تدخل في استهلاك الأشخاص. فرغم أنها لم تعد منتجات رفاهية، فإنها تبقى نسبيا غالية الثمن، مما دعا إلى التفكير في منح تسهيلات من أجل أداء ثمنها. لقد فكر البائعون بالقرض في تقنيات ائتمانية وضعوها رهن إشارة الأفراد، هي أساسا: البيع بالتقسيط والبيع بالإدخار والبيع بالقرض⁴²² تحت عنوان كبير هي القروض الاستهلاكية .

إن القرض يستعمل أيضا من طرف الصناع والباعة كوسيلة إشهارية، ويشكل أحد أهم المؤثرات الاستهلاكية. ذلك أنه يسمح لشخص أن يحصل فورا على مقابل سيؤدي ثمنه لاحقا، سواء كان مالا أو شيئا أو خدمة، بغض النظر عن وسيلة الحصول على ذلك المقابل، سواء بقرض أو بواسطة بيع أو إيجار أو أي عقد آخر. فما يميز عملية القرض عن الأداء الناجز هو الفارق الزمني. فمقدم الخدمة يرضى الانتظار زمنا معينا للمطالبة بأداء دينه. بالإضافة الى ما سبق هناك ميزتين، غير أساسيتين هما:

- عادة ما يطلب مقدم القرض أجرا على خدمته والخطر الذي يتحمله؛ وهو الأجر الذي يضاف إلى المبالغ التي سيؤديها المدين، حيث إذا انعدم ذلك، نتحدث عن القرض المجاني⁴²³.
- على المدين عادة أن يوفي دينه من خلال عدة أقساط مجدولة في الزمن، لكن يمكن تصور أداء الدين مرة واحدة.

إن القرض الذي يهمننا، هو ما أطلق عليه الممارسون "القرض الاستهلاكي"، وهو مخصص لحاجات شخصية أو عائلية، على نقيض القرض الذي يُمنح لتلبية حاجات مهنة أو مقالة، فالقرض الاستهلاكي لا يشمل القرض العقاري، الذي يفضي إلى عقود متفرعة وتؤطره قواعد مميزة⁴²⁴ سنتناولها لاحقا. إن للقرض الاستهلاكي رغم ذلك عدة تصنيفات، جعلت المشرع يستعمل عبارة "القروض الاستهلاكية" كعنوان للباب الأول من القسم السادس من قانون تدابير حماية المستهلك، لأجله وللإحاطة أكثر بخدمة القروض الاستهلاكية، يتوجب التطرق إليها كماهية (المبحث الأول) قبل معالجة أصنافها (المبحث الثاني).

⁴²²-L.H.Hamza, *le crédit à la consommation et le développement au maroc*, thèse pour le doctorat d'état en sciences économiques, Université Hassan II, faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Casablanca, juin, 1988, p.6.

⁴²³ - تعرف المادة 100 من قانون تدابير حماية المستهلك القرض المجاني بكونه: " كل قرض يسدد دون أداء فوائد".

⁴²⁴ - J.Calais.Auloy & H.Temple, *droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 8ème édition, 2010, p.407.

المبحث الأول: ماهية القروض الاستهلاكية

إن لفظ "القروض" لغة جمع "القرض" وهو القطع؛ يقال: قرضه يقرضه قرضاً le prêt أي قطعه. هذا هو الأصل فيه، ثم استعمل في معنى المجاز، وهو ما يُجازى به الناس بينهم ويتقارضونه من إحسان أو إساءة. يقال: هما يتقارضان الخير، أو يتقارضان الشر. واصطلاحاً هو ما تعطيه غيرك من المال، بشرط أن يعيده لك بعد أجل معلوم ومنه فعل "أقرض" شخصاً أي أعطيه قرضاً⁴²⁵. والقروض هي الأموال المقرضة من بنك أو مؤسسة مالية إلى فاعل اقتصادي يلتزم بأداء الفوائد وإرجاع مبلغ القرض⁴²⁶. جاء في المدونة النقدية والمالية الفرنسية في فصلها L 313-1 أنه: "تعد عملية ائتمان كل تصرف يقوم به شخص يتصرف بمقابل أو يضع أو يعد بوضع أموال رهن إشارة شخص أو يلتزم بموجبه لصالحه عبر توقيع مثل الكفالة أو الضمان الاحتياطي. تعد كذلك عمليات ائتمان: عمليات الائتمان الإيجاري وبشكل عام كل عملية إيجار معلقة على خيار الشراء"⁴²⁷. فالقرض بالتالي هو صورة من صور الائتمان. جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 18 يونيو 2009 أن القرض هو "صورة من صور الائتمان المباشر الذي تمنحها الأبنك لزملائها، على أساس أن يعمل هؤلاء على رد ما أقرضوه، على شكل أقساط أو دفعة واحدة في ميعاد الاستحقاق المعين في العقد"⁴²⁸.

أما مصطلح الاستهلاك فأصله من هلك الشيء هلاكاً وهلكه أي أفناه واستهلكه بمعنى أهلكه. ويقال أهلك المال أي أنفقه وأنفذه وفي قول آخر باعه⁴²⁹. بعد هذه التعاريف يُطرح التساؤل حول ما يشمل القرض الاستهلاكي؟ فقد اعتبر جانب من الفقه، أنه باستقلال عن النشاط المهني للأفراد، يشمل القرض الاستهلاكي كل القروض التي يبرمونها ويجب إقامة التمييز بين مجموع الديون المبرمة بين الأسر والتي يحصل عليها الأفراد من باقي الفاعلين الاقتصاديين. حيث تبقى الديون

⁴²⁵ - فؤاد أفرام البستاني، مرجع سابق، ص. 585.

⁴²⁶ - J.Yves.Capul & O.Garnier, op.cit, p.218.

⁴²⁷ - Selon l'article 313-1 abrogé « Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie.

Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat ». Voir R.Guillien & J.Vincent, lexique des termes juridiques, Dalloz, Paris, 16ème édition, 2007,

⁴²⁸ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، عدد 956، بتاريخ 2009/6/18، في الملف عدد 2009/234، مذكور لدى نجاة السعيد، حماية المستهلك في عقد القرض العقاري الاستهلاكي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2011/2012، ص. 9.

⁴²⁹ - فؤاد أفرام البستاني، مرجع سابق، ص. 881.

بين الأسر عسيرة على التقييم؛ هذا فضلا على أن وظيفتها الاقتصادية غير ذات كبير أهمية، بالمقارنة مع القروض التي تربط بين الأسر ومجموع النظام المالي⁴³⁰، والتي لا تحسب ولا تلعب دورا كبيرا في مجال القروض المذكورة.

إن الصنف الثالث للقروض غير المحصية مكونة من قروض تجار البقالة، والتي يمنحونها بشكل شخصي لزبائنهم وتكون قصيرة الأمد (عادة لآخر الشهر)، وهي وإن كانت مهمة للأسر ذات الدخل الضعيف، فإن أهميتها الاقتصادية تبقى ضعيفة⁴³¹. لأجله، فإن دراستنا ستقتصر على القروض القصيرة الأمد، التي تستعمل لتمويل استهلاك المنتجات والخدمات تماشيا مع القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مع اعتبار تغير النظرة إلى القرض الاستهلاكي في العصر الحديث، الذي أصبح آلية اعتيادية لتمويل الحاجيات الاستهلاكية وضرورة ملحة لظروف الحياة العصرية ودعامة للتطور الاقتصادي والاجتماعي. حيث ظهرت تقنيات عديدة توفر الاعتماد للمستهلكين، مثل بطاقات الائتمان وتسهيلات الصندوق والقرض المباشر⁴³²، فكيف يحدد الفقه وقانون تدابير حماية المستهلك مفهوم القروض الاستهلاكية (المطلب الأول) وماهي الاستثناءات التي تخرج عن ذلك المفهوم (المطلب الثاني)؟

المطلب الأول: تحديد مفهوم القروض الاستهلاكية

ذهب بعض الفقهاء الى أن القرض الاستهلاكي، هو عملية تسمح لشخص معين بالحصول على عرض أو أداء prestation معين حالا، أو شيء معين أو خدمة. كما يمكن الأداء بواسطة عارية أو بيع أو كراء أو بموجب عقد آخر. علما أن الأهم في تلك العملية هو الفرق في الزمن le décalage dans le temps. فالمقرض يقبل الانتظار لأجل الحصول على دينه⁴³³. كما يرى البعض تماشيا مع تلك المقاربة، أن عقد القرض الاستهلاكي ليس مفهوما قانونيا محددا بل هو عبارة عن مزيج من العقود والتقنيات التعاقدية، التي تمكن المستهلكين من الحصول على الائتمان⁴³⁴، وتعد كل العقود والتصرفات التي تحقق الاعتماد من أجل الاستهلاك داخلة في مفهوم

⁴³⁰ - بخصوص الموقوفين أعدت الحكومة مشروع مرسوم يفرض إجبارية فتح حساب لدى صندوق الأيداع و التدبير وحسابات فرعية لكل عملية مالية.

<http://www.medias24.com/ECONOMIE/ECONOMIE/9230-Notaires-le-decret-sur-la-consignation-des-fonds-bientot-publie.html> « شوهذ يوم 2018/7/10 »

⁴³¹ - L.H.Hamza, op.cit, p.6.

⁴³² - عمرو قريوح، الحماية القانونية للمستهلك، القرض الاستهلاكي نموذجا، مرجع سابق، ص. 61.

⁴³³ - J.Calais.Auloy & F.Steinmetz, *droit de la consommation*, Dalloz, 7 édition, 2006, p.309.

⁴³⁴ - عبد المهيمن حمزة، مرجع سابق، ص. 19.

B.Moschetto & A.Plagnol, *le crédit à la consommation*, que sais-je ? , presses universitaires de France, paris, 1973.

القرض الاستهلاكي⁴³⁵. وقد عرف الأستاذ عبد الله بوظهرين القرض الاستهلاكي بكونه " عقد بمقتضاه يحصل المستهلك من المقرض على مبلغ مالي من أجل تلبية حاجياته الشخصية أو الأسرية في الحال، مقابل التزامه في تواريخ محددة بإرجاع هذا المبلغ مع الفوائد على شكل أقساط"⁴³⁶. حيث يلاحظ أن هذا التعريف جد واسع، لم يربطه مصدره بشروط مدة العقد وكيفية إبرامه.

يقول ايهيرينغ عن ذلك القرض، إن الحاجة الفورية إلى الشيء المبيع بالقرض هي علة وجوده⁴³⁷ أي إن ثمن إشباع الرغبة في السلعة أو الخدمة لا يتم بصورة فورية، فالذي يتم بهذه الصورة هو الحصول مقدما على (سلعة أو خدمة). في حين أن الأداء يؤجل كلا أو بعضا لوقت لاحق⁴³⁸.

أوضح قانون تدابير حماية المستهلك أن القرض الاستهلاكي هو " كل عملية قرض ممنوح بعوض أو بالمجان من مقرض إلى مقترض يعتبر مستهلكا، كما هو معرف في المادة 2 وكذا على كفالاته المحتملة"⁴³⁹. علما أن الأمر يتعلق بتحديد نطاق تطبيق مفهوم المستهلك وليس تعريف هذا الأخير. ذلك أنه يستثني القانون المذكور من نطاق تطبيق باب القروض الاستهلاكية مجموعة من القروض، يتعين التطرق إليها لأجل حسن تحديد مفهوم تلك القروض.

المطلب الثاني: ما يخرج من مفهوم القروض الاستهلاكية

جاء في المادة 75 من قانون تدابير حماية المستهلك : " يستثنى من نطاق تطبيق هذا الباب – باب القروض الاستهلاكية- ما يلي:

- القروض الممنوحة لمدة إجمالية تقل عن ثلاثة أشهر أو تعادله؛
- القروض المخصصة لتمويل حاجيات نشاط مهني والقروض الممنوحة إلى الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام؛

⁴³⁵- عمرو قريوح، مرجع سابق، ص. 63.

⁴³⁶- A.Boudahrain, *le droit de la consommation au Maroc*, première édition, Almadariss, Casablanca, 1999, p.246.

⁴³⁷- Cité in : M.Beaubrun, op.cit, p.5.

⁴³⁸- B.Petit, « la formation successive du contrat de crédit » in : « le droit du crédit au consommateur », op.cit, p.95.

Alain.Sériaux, *la distribution du crédit mobilier* , in : Ibrahim.Fadllallah, *le droit du crédit au consommateur*, op.cit , 1982.

I.Tchotourian, *Nouvel apport quant à la notion d'« obtention de prêt» de l'article L. 312-16 du Code de la consommation*, LPA, 08 septembre 2004 n° 180.

⁴³⁹- سأتطرق بتفصيل أكبر إلى مفهوم المستهلك وفق القانون المذكور فيما يلي.

- القروض الخاضعة لأحكام الباب الثاني من هذا القسم - قسم الاستدانة- ويقصد بها القروض ذات الطابع العقاري ". علما أنه يمكن مقارنة تلك الاستثناءات بالمادة L 312-4 من مدونة الاستهلاك الفرنسية مع وجود الفارق من إقرار استثناءات تتعلق بالقيمة ونوع الكتابة. وفي الحالتين يمكن إجمال تلك الاستثناءات في عدم تطبيق القواعد الحمائية المتعلقة بالقروض الاستهلاكية بسبب شخص المقرض (الفقرة الأولى) أو بسبب غاية العقد (الفقرة الثانية) أو بسبب قصر مدته (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الاستثناءات بسبب شخص المقرض

استبعدت المادة 75 من قانون تدابير حماية المستهلك، الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام من حمل صفة المقرض، ولم تقص صيغتها الجمعيات⁴⁴⁰ والأحزاب السياسية التي تتوفر على الشخصية المعنوية من الاستفادة من صفة المستهلك⁴⁴¹. هذا علما أن الأشخاص المتوفرين على الشخصية الاعتبارية، تم إقصاؤهم قضاء في فرنسا من ذلك، عبر سلسلة من الاجتهادات غير القارة، قبل تبنيها بموجب تعديل المادة L.311-1-2 من مدونة الاستهلاك الفرنسية. هذه الأخيرة تضمن صراحة ذلك الاستثناء عبر تنقيصها على تعريف المقرض بكونه شخص طبيعي؛ مما يعني تلقائيا إقصاء الأشخاص المعنوية جميعها من نطاق تطبيق مقتضيات القروض الاستهلاكية⁴⁴².

جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2013/12/24: "وحيث يتجلى من تنقيصات المادة 2 و 75 من القانون المشار إليه أعلاه أن المستأنفة – المقرضة- لا

⁴⁴⁰ - لم تكن تقصي محكمة النقض الفرنسية القروض الممنوحة للجمعيات من نطاق تطبيق مقتضيات القروض الاستهلاكية إلا إذا غلب الطابع المهني على نشاط تلك الجمعية. راجع:

Cass. 1re civ., 10 juin 1997 : Contrats, conc. consom. 1997, comm. 157. - Cass. 1re civ., 23 mars 1999 : Contrats, conc. consom. 1999, comm. 166 ; D. 2000, somm. p. 41, obs. Pizzio ; RD bancaire et bourse 1999, p. 71, obs. Crédot et Gérard ; Dr. soc. 1999, n° 109, note Bonneau ; Bull. Joly, 1999, p. 796, obs. Alfandari ; LPA 4 mai 2000, p. 9, obs. Amlon.

⁴⁴¹ - كانت محكمة باريس موافقة على تمتيع حزب سياسي، تعاقدا مع بنك بخصوص قرض استهلاكي، بصفة المستهلك وذلك في قرار غرقها الأولى الصادر بتاريخ 5 يوليوز 1991 .

- C.A Paris, 1re ch B, 5 juill. 1991 : Contrats, conc. consom. 1992, comm. 16 ; JCP E 1993, pan. 918.

⁴⁴² - Guy.Raymond, *crédit à la consommation, régime de la loi n°2010-737 du 1 er juillet 2010*, juriscasseur concurrence-consommation, cote/ 04, 2011, date de fraîcheur 1 mai 2011, p.24.

G.Paisant, *Prêt à la consommation Crédit mobilier à la consommation : à propos de la destination contractuelle du prêt comme critère d'application ou d'exclusion du régime de protection*, Cass. civ. 1re, 21 octobre 2003, LPA, 11 octobre 2004 n° 203.

يمكن اعتبارها كمستهلك باعتبارها شركة تجارية"⁴⁴³. هذا عن الاستثناءات من نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك بسبب شخص المقترض. فماذا عن الاستثناءات المبينة على الغاية من إبرام العقد ؟

الفقرة الثانية: الاستثناءات بسبب الغاية من العقد

استثنت المادة 75 فقرة 2 من قانون تدابير حماية المستهلك القروض المخصصة لتمويل حاجيات نشاط مهني من الحماية الخاصة، فتلك القروض لا تدخل في مفهوم القروض الاستهلاكية باستبعاد صريح. علما أن الاستبعاد من نطاق القواعد المطبقة على القروض الاستهلاكية هو ضمني في تعريف المستهلك في إطار المادة 2 من قانون تدابير حماية المستهلك⁴⁴⁴.

جاء التأكيد على استثناء القروض المبرمة لغاية غير شخصية من الحماية في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2013/10/8: " وحيث ان دفع الطاعن بعدم الاختصاص المكاني لخضوعه لأحكام القانون رقم 31-08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك غير مؤسس، لأنه حسب المادة 2 من هذا القانون يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي او معنوي يقتني او يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات او سلعاً او خدمات معدة لاستعماله الشخصي او العائلي، في حين ان الناقلة موضوع الدعوى وحسب الفصل 1 من عقدة بيعها بالمصارفة قد اقتناها الطاعن لاستغلالها بعقاره الفلاحي أو لتلبية حاجياته المهنية، وبالتالي تبقى المحكمة التجارية بالدار البيضاء هي المختصة محلياً للبت في النزاع تطبيقاً للفصل 16 من العقدة المذكورة التي أعطت الاختصاص لهذه المحكمة صراحة للبت فيما يثور بين الطرفين من نزاع"⁴⁴⁵.

جاء أيضاً بخصوص عقد ائتمان إيجاري، في حكم للمحكمة التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2012/5/29: " حيث إن العقد الرابط بين الطاعنة والمستأنف عليه هو عقد ائتمان إيجاري وان المشرع عرف هذا الصنف من العقود في المادة 431 من مدونة التجارة بأنه كل عملية إكراء للسلع التجهيزية أو المعدات أو الألات أو العقارات المعدة لقرض مهني. فهذه المقترضات أضفت الطابع المهني على هذه العقود وجعلتها تتعلق بالاستعمال المهني وليس بالاستعمال الشخصي، ولعل ما يؤكد هذا التوجه هو المادة 3 من العقد الرابط بين الطرفين التي نصت صراحة على أن المنقول المكترى للمستأنف عليه يجب أن يستعمل وفق العرف المهني *conformément aux usages de profession* لذلك وما دامت المادة 2 المذكورة حصرت تطبيق قانون حماية

⁴⁴³ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2013/5733، صدر بتاريخ 2013/12/24، ملف عدد 4/2013/4536، غير منشور.

⁴⁴⁴ - سنتطرق إلى تعريف المقترض فيما سيأتي.

⁴⁴⁵ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2013/4330، صدر بتاريخ 2013/10/8، ملف عدد 4-13-2611، غير منشور.

المستهلك على المستهلك الذي يقتني المنقول أو العقار للاستعمال الشخصي وليس المهني فإن المستأنف عليه لا يدخل في حكم المادة المذكورة ولا يستفيد بالتالي من أحكام المادة 202 التي إعتدتها الأمر المستأنف والتي تمنح الاختصاص المكاني لمحكمة موطن المستهلك⁴⁴⁶.

وفي فرنسا يستثنى القرض الموجه لأغراض مهنية من نطاق الحماية الخاصة، بعلّة أن تلك العملية الائتمانية لا تستوفي شروط تطبيق مدونة الاستهلاك الفرنسية عليها، فهاته الأخيرة تهدف لحماية المستهلك وتطبق على عمليات القروض الاستهلاكية، وبالتالي فهي تستبعد بحكم الواقع أن تنطبق على تمويل نشاط مهني⁴⁴⁷. هنا صفة المهني ليست كافية لإقصاء مستفيدين من قرض من المقترضات الحمائية. ذلك أن المهني فعلا قد يحتاج قرضا لتمويل نشاط خارج نطاق مهنته (مثلا محامية)⁴⁴⁸. بالإضافة إلى ذلك، قد تكون هناك قروضا مزدوجة الغاية⁴⁴⁹، يغلب فيها الطابع الشخصي والعائلي على المهني حيث يطبق قانون تدابير حماية المستهلك في رأينا. هذا ويبقى التحديد لنطاق التطبيق ناقصا، لأن القضاء الفرنسي مثلا اشتغل كثيرا من أجل تقييم المقصود من مفهوم تمويل حاجيات مهنية والمقصود بالنشاط المهني أو التجاري دون صياغة معايير واضحة⁴⁵⁰.

هذا عن الاستثناءات بسبب الغاية من العقد، فماذا عن الاستثناءات المرتبطة بقصر مدته ؟

الفقرة الثالثة: الاستثناءات بسبب قصر مدة العقد

إن الاستثناء بسبب مدة الائتمان، هو الأخطر على مصالح المستهلك في قانون تدابير حماية المستهلك. ذلك أن الائتمانات باهظة الثمن أو بالمجان، أقل من ثلاثة أشهر لا تقع ضمن نطاق القانون المذكور. في حين يدخل في نطاق ذلك كل القروض، التي تكون مدتها أكثر من ثلاثة أشهر، والتي لا تستثنى بموجب نص خاص في نفس القانون. نفس الموقف يتبناه المشرع الفرنسي في

⁴⁴⁶ - حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء عدد 2012/2897، صادر بتاريخ 2012/5/29، في الملف رقم 4/2012/921، غير منشور.

⁴⁴⁷ - Y.Picod & H.Davo, *droit de la consommation*, Sirey, 2ème édition, 2010, p.317.

⁴⁴⁸ - CA Versailles, 19 juin 1995 : JCP G 1996, pan. 147.

⁴⁴⁹ - القروض ذات الطبيعة المختلطة تنشأ أساسا في حالتين : أولا: عندما يستخدم المقترض، القرض لشراء سلعة أو خدمة، سيتم استخدامها للأنشطة المهنية والشخصية على حد سواء. مثلا، لشراء السيارة التي سيتم استخدامها لسفر رجال الأعمال، ولسفر الأسرة والترفيه. ثانيا: عندما يكون كلا الزوجين مقترضين تضامنا أو يكفل أحدهما الآخر، بينما القرض مخصص لتمويل منتج أو خدمة تخصص للنشاط المهني لأحدهما، أوجد القضاء الفرنسي حل الإشكال إذ يعتمد على البيان التي تم تضمينه في اتفاقية التمويل.

Cass. 1re civ., 22 nov. 2007 : JurisData n° 2007-041500 ; Contrats, conc.consom. 2008, comm. 88, in : Guy.Raymond, *crédit à la consommation*, Art.cit, p.25.

⁴⁵⁰ - Guy.Raymond, *crédit à la consommation*, Art.cit, p.24.

V.Tellier, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : la Cour de cassation récidive*, (Cass. civ. 1re, 16 mars 2004), LPA, 30 juin 2004, n° 130.

المادة L312-4-5 من مدونة الاستهلاك الفرنسية. علما أن مشروع قانون تدابير حماية المستهلك لم يتطرق للسحب على المكشوف والائتمان في إطار بطاقات الأداء المؤجل التي سنتطرق لها لاحقا. وعلى خلافه، يوضح المشرع الفرنسي في الفصل L312-4-4 من مدونة الاستهلاك الفرنسية على استثناء تسهيلات الأداء التي يتم تعويضها في مدة شهر⁴⁵¹.

هذا عن الاستثناءات بسبب قصر مدة عقد القرض الاستهلاكي، فماذا عن القروض العقارية ؟

الفقرة الرابعة: استثناء القروض العقارية

نصت الفقرة الثالثة من المادة 75 من قانون تدابير حماية المستهلك على استبعاد القروض العقارية من مجال الائتمان الاستهلاكي. حيث يجب أن تكون تلك العقود لتمويل شراء العقارات وليس لتمويل شخصي. علما أن محكمة الموضوع هي المؤهلة للقول بما إذا كان ينبغي استبعاد العملية الممولة عن طريق الائتمان. هنا المسألة تتعلق بالعقود التي تسمح بالانتفاع بعقار والتي طرحت إشكال التكييف على القضاء الفرنسي، حيث كان يخضع ذلك الائتمان في القانون الفرنسي للفصول L312-1 وما يليها من مدونة الاستهلاك وليس الفصول L 313-1 وما يليها من نفس المدونة، تلك الفصول اشترطت أن يسمح العقد بانتفاع حقيقي بالعقار لا سيما وأن بعض تلك العقود تكون أقرب إلى متعددة الانتفاع، في حين أنها في الواقع، تسمح فقط بالاستفادة من خدمات ذات طبيعة فندقية وترفيهية⁴⁵². وقد أكدت محكمة الاستئناف بباريس في قرارها بتاريخ 9 مارس 1995 أن ذلك العقد هو عقد خدمات يشكل تمويله قرضا استهلاكيا وليس عقدا يسمح باقتناء انتفاع بعقار⁴⁵³.

لأجله يمكن تخيل الإشكاليات الكثيرة والكبيرة، التي قد تنتجها الممارسة أمام تحايل أطراف العقد بوصف عملية ائتمان عقاري كونها مجرد قرض استهلاكي. جاء بهذا الخصوص عن محكمة النقض الفرنسية أن قرضا يجب أن يوصف بالعقاري رغم إدخاله في نطاق القواعد المتعلقة بالقرض الاستهلاكي حتى مع وجود اتفاق الطرفين. جاء في قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 26 يناير 1999 أن القرض العقاري لا يمكن أن يدخل في نطاق القروض المتعلقة بالقروض الاستهلاكية، وقد أوضح القرار المذكور أن استعمال مبلغ القرض من طرف المقترض لا يؤثر على تكييف العقد. بالمقابل، فإن سبب العقد كما تم تضمينه به وتم قبوله هو المحدد للقواعد واجبة

⁴⁵¹ - راجع الفصل L. 311-1-12 من مدونة الاستهلاك الفرنسية.

⁴⁵² - Guy.Raymond, *crédit à la consommation*, Jurisclasseur Banque , Art.cit, p.22.

⁴⁵³ - C.A Paris, 13e ch. sect. B, 9 mars 1995 : Contrats, conc.consom. 1995, comm. 155 ; RJDA 1995, n° 1408. - V. aussi Cass. 1re civ., 27 juin 1995 : Contrats, conc.consom. 1995, comm. 191. - V. C.A Poitiers, 11 juin 2002 : JurisData n° 2002-192228.

التطبيق⁴⁵⁴. فقد دأب الاجتهاد القضائي الفرنسي في هذا الإطار على اعتبار أن من حق قضاة الموضوع، تحت رقابة محكمة النقض أن يعيدوا تكييف العقد إذا ما قام الأطراف بإعطاء وصف مغلوط بأن جعلوه قرضا عقاريا بينما هو قرض استهلاكي في الحقيقة والعكس صحيح⁴⁵⁵. هذا عن ماهية القروض الاستهلاكية، فماذا عن أصنافها؟

المبحث الثاني: أصناف القروض الاستهلاكية

لئن كان هدف قانون تدابير حماية المستهلك حماية المستهلك من مخاطر القروض، فإنه من الطبيعي أن يتضمن قواعد أمرة، تقلص كثيرا من نطاق الحرية التعاقدية. ولما كانت هذه النصوص تشكل استثناء من القواعد العامة، فإن مجال تطبيقها بقي محددا بعاملين هما: صفة المتعاقدين أنفسهم من جهة (مقرض/مستهلك)، وطبيعة عملية الائتمان من جهة أخرى. إنه من البديهي عدم إنكار المخاطر التي يتعرض لها طالبو القروض الاستهلاكية وما تقتضيها من ضمانات يجب عليهم تقديمها؛ فما بال الشخص العادي الذي يقدم للحصول على تسهيلات ائتمانية من مؤسسات ذات إمكانيات مالية وفنية ضخمة قد تدفعه في بعض الأحيان إلى إبرام تصرفات ليس في حاجة إليها، علاوة على عدم قدرته على مناقشة شروط هذه التسهيلات. لذلك فإن عدم التوازن العقدي، قد يؤدي إلى نتائج خطيرة بالنسبة إلى المستهلك صاحب الموارد الضعيفة⁴⁵⁶. فمؤسسات البنوك، بما تملك من وسائل مالية جبارة، تجعلها تصيغ شروط الحصول على الائتمان من جانب واحد، بما يؤدي إلى عدم التوازن المشار إليه. ناهيك عما تخلقه تسهيلات الائتمان من رغبة جامحة لدى المستهلك للقيام بأشربة غير ضرورية ودون روية، تنتهي غالبا بالعجز عن الوفاء وما يصاحب ذلك من أثار اجتماعية مدمرة، خاصة بالنسبة لأصحاب الموارد المالية الضعيفة⁴⁵⁷.

إن مشرع قانون تدابير حماية المستهلك لم ينظر إلى الطبيعة القانونية للعقود التي أدرجها ضمن باب القروض الاستهلاكية والتي تختلف باختلاف العقد، كما لو كان بيعا أو إيجارا أو تقديم خدمة أو قرضا ولكنه أخذ بمعيار المهمة الاقتصادية لتلك العقود لتحديد نطاق تطبيقها. هنا لا أهمية لتقنية الائتمان المستعملة، مادام أن كل القروض الاستهلاكية تمثل نفس المخاطر تقريبا بالنسبة للمستهلكين. كما أن جل تلك العقود تقوم على أساس وجود عقد بين مانح الائتمان، وهو جهة بنكية، وبين المستفيد منه وهو المستهلك، حيث ينفرد غالبا مانح الائتمان بوضع شروط التعاقد مقدما ولا

⁴⁵⁴ - Cass. 1re civ., 26 janv. 1999 : Contrats, conc. consom. 1999, comm., p.62.

⁴⁵⁵ - Guy.Raymond, *crédit à la consommation*, , Art.cit , p.22.

⁴⁵⁶ - نبيل ابراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان، مرجع سابق، ص.13.

⁴⁵⁷ - Guy.Raymond, *la protection du consommateur dans les opérations de crédit*, Gaz.Pal, 1978, p.556.

E.Kurek, *Les procédures d'insolvabilité en Allemagne*, n° 58, LPA, 23 mars 2005.

يبقى أمام المستهلك إلا الإذعان والقبول بشروطها دون مناقشة، وفي الغالب الأعم دون فهمها⁴⁵⁸. إن القروض الاستهلاكية تتميز بتنوعها، حيث إن خيال الأبنك يبدو غير محدود، ذلك أنها تبرع في تقديم عدة عروض مغرية لأنواع مختلفة من العقود والقائمة غير محدودة؛ يمكن حصرها في القروض الكلاسيكية الاستهلاكية أدناه دون ادعاء الإحاطة⁴⁵⁹. لكنها تنقسم إلى قروض استهلاكية مخصصة (المطلب الثاني) أو غير مخصصة (المطلب الأول)

المطلب الأول: عقود القروض الاستهلاكية غير المخصصة

يكون عقد القرض غير مخصص إذا أبرم دون أن يكون مرتبطا بتمويل للحصول على منتج معين أو أداء خدمة معينة. بحيث يكون المستهلك حرا في استعمال القرض الممنوح له. مثل هذا القرض لا يدخل في نطاق تطبيق القرض العقاري، الذي يقتصر نطاقه على الائتمان المخصص لتمويل الحصول على عقار معين. هذا وتشمل عمليات القروض غير المخصصة : كلا من القرض الشخصي (الفقرة الأولى) وفتح الاعتماد الدائم (الفقرة الثانية) وبطاقات الائتمان (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى: القرض الشخصي: Le prêt personnel

إن القرض الشخصي هو عبارة عن قرض بفائدة، يمنح بالنظر إلى الاعتبار الشخصي للمقترض، دون أن يكون مخصصا لتمويل شراء معين⁴⁶⁰. فبالنسبة لهذا القرض، يكون تخصيص المال غير محدد في العقد⁴⁶¹. هذا وإن القروض الشخصية هي إحدى الصيغ الأكثر أهمية للائتمان غير المقيد وكانت منذ فترة طويلة خاضعة لتقديم الضمان الكافي، لكنها عرفت تغييرا عميقا منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، حيث أصبحت القروض الشخصية طاقة الغد المبنية على الثقة. تلك القروض تركز على علاقة شخصية بين المقرض والمقترض، بدلا من التركيز على ضمانات حقيقية⁴⁶². إن تكاليف تلك القروض الممنوحة من البنوك هي أقل بكثير من تمويل البيع بالتقسيط، ويكون الفرق في التكاليف، ناتج عن كون معدل إعادة التمويل من البنوك هو أقل ورسوم إدارتها

⁴⁵⁸ - محمد بودالي، مرجع سابق، ص.567.

⁴⁵⁹ - Guy.Raymond, *crédit à la consommation, régime de la loi n°2010-737 du 1 er juillet 2010*, Art.cit , p.22.

⁴⁶⁰ - محمد بودالي، مرجع سابق، ص.567.

⁴⁶¹ - Guy.Raymond, *crédit à la consommation, régime de la loi n°2010-737 du 1 er juillet 2010*, Art.cit, p.22. « Un prêt est personnel quand il n'est pas, dans l'intention commune du prêteur et de l'emprunteur, affecté au paiement du prix. L'exemple typique est l'autorisation de découvert en compte accordée par les banques à certains de leurs clients » - M.Beaubrun, art.cit p.10.

⁴⁶² - Alain sérieux, « la distribution du crédit mobilier », in : Ibrahim.Fadlallah,op.cit, p.273.

كذلك، وهي صيغة ذات مخاطر محدودة⁴⁶³. كما أن تلك القروض تستفيد من عدم خضوعها للضمانات المقيدة، باستثناء تلك المتعلقة بشخصية المقترض، من حيث نزاهته وملاءته المالية⁴⁶⁴.

هذا ويعد القرض الشخصي وسيلة لجذب الزبائن، لاسيما العائلات التي تبحث عن أشكال أقل تكلفة وأسهل لإدارة الائتمان، مما يجعله خدمة مربحة للأبنك. كما تعد القروض الشخصية الخدمة المثالية لمنافسة مؤسسات البيع بالقرض. هنا يرى البعض، أن شعبية ونجاح نموذج هذه الخدمة يعود لعاملين يعزز كل منهما الآخر: تكلفة ائتمان أقل بسبب ضعف المخاطر المعروفة وتسهيلات إعادة التمويل وتنوع تمويل الاحتياجات من قبيل تمويل عملية جراحية أو شهر "العسل" أو شراء الأجهزة المنزلية. فتلك القروض لا ترتبط بأي معاملة معينة، مما يترك للأسر هامشا من الحرية، مادام أن الغرض من الائتمان لا يؤخذ بعين الاعتبار من قبل البنك⁴⁶⁵.

هذا ويخضع القرض الشخصي لمقتضيات قانون تدابير حماية المستهلك. جاء في حكم المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء الصادر بتاريخ 2012/7/13: "إن عقد القرض الرابط بين الطرفين تنظم أحكامه قانون رقم 31.08 المتعلق بحماية المستهلك والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 2011/4/7 والذي دخل حيز التنفيذ طبقا للمادة 197 من تاريخ النشر"⁴⁶⁶.

فعقد القرض الشخصي هو عقد قرض استهلاكي. جاء بهذا الخصوص في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2013/10/08: "وحيث إن الثابت من الفصل 18 من عقد القرض موضوع النزاع أن الغرض من القرض هو تلبية الحاجيات الشخصية مما يعتبر معه عقد القرض من العقود الاستهلاكية المنظمة بالقانون رقم 31/08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك"⁴⁶⁷.

فالعبارة ليست بتكليف الأشخاص للعقد بأنه شخصي و لكن بالغاية من العقد. جاء بهذا الخصوص في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2013/07/09: "وحيث أنه بخلاف ما ذهب إليه المستأنف فإن القرض الممنوح إليه وان اطلق عليه "عقد سلف شخصي" فإنه

⁴⁶³ - L.H.Hamza, op.cit, p.192.

⁴⁶⁴ - A.Boudahrain, op.cit, p.246.

⁴⁶⁵ - Ch.Slimani, *surendettement de la famille : prévention et traitement en droit marocain et en droit européen*, thèse de doctorat en droit privé, université sidi Mohamed ben Abdellah, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, Fés, 2006/2007, p.27.

⁴⁶⁶ - حكم المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء، عدد 16887، صادر بتاريخ 2012/7/13، في الملف عدد 2012/24/12813، غير منشور.

⁴⁶⁷ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2013/4349، صدر بتاريخ 2013/10/08، ملف رقم 13/2013/3900، غير منشور.

مرتبط بنشاطه المهني، ومعلوم ان المادة 73 من قانون 31.08 بسن تدابير لحماية المستهلك قد استثنت من نطاق تطبيقها قروض السلف المخصصة للنشاط المهني للزبون مما ينبغي معه رد الدفع بهذا الخصوص⁴⁶⁸.

هذا عن القرض الشخصي. فماذا عن السحب على المكشوف؟

الفقرة الثانية: السحب على المكشوف Le découvert en compte

يعد السحب على المكشوف واحدا من أقل الأشكال المحفوفة بالمخاطر. ويتميز بإمكانية سحب العميل- إذا رغب في ذلك- من المؤسسة مانحة الائتمان والتي يمتلك حسابا جاريا لديها، أموالا تزيد عن رصيده الدائن في حدود سقف المكشوف المسموح به في مقابل فائدة تفرضها المؤسسة المصرفية. هنا يتم إيقاف الحساب بمجرد عودة الرصيد من مدين إلى دائن، مما يعطي للمستفيد حرية كبرى في استعماله. فإذا امتدت هذه العملية لمدة ثلاثة أشهر أو تزيد، عد ذلك من قبيل الائتمان الذي يدخل في نطاق القروض الاستهلاكية. أما إذا كانت لفترة تقل عن ثلاثة أشهر، عد ذلك من قبيل تسهيلات الصندوق les facilités de caisse⁴⁶⁹.

يعد السحب على المكشوف ممارسة شائعة في المجال البنكي تتميز عن القروض الشخصية، التي تنطوي على التسليم الفوري لجميع المبالغ المقترضة و تتيح إمكانية للعميل باستخدام الأموال المقدمة من طرف البنوك عندما تكون مطلوبة، بحد مبلغ أقصى محدد مسبقا. وتقنية السحب على المكشوف هي مفيدة لكلا الطرفين. ذلك أن الأسرة لا تحتاج لدفع الفائدة على ما تبقى من المبلغ المقترض، كما أن البنك بدوره يكون واثقا من توفره على معامل الملاءة، وبالتالي إرضاء زبائن أكبر بعد ذلك، مما سينعكس على زيادة كتلة الرأسمال الموظف⁴⁷⁰. كما أن السحب على المكشوف، يفترض وجود معدل فائدة مرتبط بمعدل الفائدة المطبقة من طرف البنك، الذي يرتبط بمعدل الفائدة الجاري به العمل في السوق المالي⁴⁷¹. فالسحب على المكشوف، كما هو الحال في القروض الشخصية، يتميز بالطابع الشخصي الذي يسبق على الغرض من العملية أي أن شخصية من يمثل الأسرة هي أهم لدى البنك من الغرض من العملية⁴⁷². وقد دأب القضاء على اعتماد القرائن للقول

⁴⁶⁸ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2013/3737، صدر بتاريخ 2013/07/09، ملف رقم 13/2013/2953، غير منشور.

⁴⁶⁹ - محمد بودالي، مرجع سابق، ص.568.

⁴⁷⁰ - Alain.Sériaux, Art.cit , p.275.

⁴⁷¹ - راجع بخصوص مفهوم السوق المالي: احمد أيت الطالب، التنظيم القانوني للسوق المالي المغربي (البنيات والفاعلون)، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2006.

⁴⁷² - Ch.Slimani, op.cit, p.27.

H.Lecuyer, *Crédit immobilier et droit patrimonial de la famille*, LPA, 29 avril 1998 n° 51.

بوجود تلك العقود التي عادة ما تتجاوز البنود المكتوبة خلال الزمن⁴⁷³. هذا عن السحب على المكشوف، فماذا عن فتح الاعتماد الدائم؟

الفقرة الثالثة: فتح الاعتماد الدائم *Ouverture de crédit permanent*

يسمى فتح الاعتماد الدائم القرض المتجدد أو الائتمان المستعمل على دفعات⁴⁷⁴. وقد استعمل المشرع المغربي عبارة فتح الاعتماد الدائم في المادة 84 من قانون تدابير حماية المستهلك والتي أحالت على المادة 79 من القانون نفسه وجاءت قريبة في مضمونها للمادة L311-16 من مدونة الاستهلاك الفرنسية كما تم تعديلها⁴⁷⁵. فالقرض المذكور هو فتح اعتماد مع/أو من دون استخدام بطاقة الائتمان، يضع فيه المقرض رهن إشارة المقرض بشكل مجزء في التواريخ التي يختارها مبلغ القرض. ويكون هذا القرض ذات صلة أو غير ذي صلة باستخدام بطاقة الأداء. جاء في المادة 524 من مدونة التجارة، أن " فتح الاعتماد هو التزام البنك بوضع وسائل للأداء تحت تصرف المستفيد أو الغير المعين من طرفه في حدود مبلغ معين من النقود".

ففي إطار تمييزها للقرض المتجدد عن عقد الحساب الجاري، اعتبرت محكمة الدرجة الكبرى Liévin بفرنسا: أنه " في الواقع، يبدو للمحكمة أن مثل هذه القروض (الائتمان المتجدد أو السحب على المكشوف المتجدد) لا يمكن تشبيهها باتفاقية الحساب الجاري. أولاً، يجب أن يوفر القرض المتجدد للمقرض المعلومات حول حقوقه والتزاماته وفقاً للعروض المسبقة في قانون حماية المستهلك لا سيما فيما يتعلق بالسعر الفعلي الإجمالي ومبلغ المستحقات. ويجب أن ينص على تسديد شهري للديون وتخصيص محدد للاقساط من مجموع الرأسمال، الفوائد والتعويضات عند

⁴⁷³ - "حيث تمسك الطاعن في استئنافه بكون العقد الرابط بينه وبين البنك المستأنف يتعلق بفتح حساب إيداع وأن هذا الأخير لم يدل بما يفيد وجود عقد يتعلق بالاستفادة من التسهيلات البنكية كما أن الكشوف الحسابية المدلى بها لا تتوفر فيها الشروط المتطلبة قانوناً، بالنسبة للسبب الأول فإن الثابت من الكشوفات الحسابية سند الدعوى وكذا من تقرير الخبير السيد الغالي خدير، أن الطاعن كان يستفيد فعلاً من تسهيلات في الأداء وأن الحساب الجاري كان يعرف حركية مستمرة سواء في الجانب المدين أو الجانب الدائن كما أن الطاعن لم يعد يتمسك بهذا السبب بعد الخبرة بل اقتصر منازعته على بعض العمليات فقط". قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم: 2005/2775 صادر بتاريخ: 2005/7/8 في ملف رقم 9/2003/3650، غير منشور.

⁴⁷⁴ - محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 570.

⁴⁷⁵ - "لقد تم إدراج الأحكام المتعلقة بالقرض الاستهلاكي في الفصول L. 311-1 وما يليها من مدونة الاستهلاك الفرنسية والتي عرفته بأنه عملية قانونية للحصول على مبلغ من المال يدفع من قبل المقرض على مدى فترات قصيرة لتلبية الاحتياجات الشخصية والعائلية، يعتبر القرض المتجدد أو الدائم المقدم من قبل الشركات التجارية لعملائها شكلاً من أشكال القرض الاستهلاكي هذا ويعرف فتح الاعتماد الدائم وفقاً للمجلس الوطني الفرنسي للاستهلاك، على أنه منتج ائتماني متاح في أي وقت ويمكن استخدامه بحرية، جزئياً أو بالكامل من قبل المقرض لتمويل أي شراء، يستعمل ذلك الائتمان عبر أجزاء مع سمة رئيسية هي تجدد تدريجياً مع الدفعات الشهرية، وبخضوع ذلك الائتمان حالياً لأحكام المادتين L312-58 و L. 312-57 من قانون مدونة الاستهلاك الفرنسية، والتي تسمح بتجديده باستعمال بطاقة بنكية".

الاقتضاء. كما أن مدته أخيرا هي محددة في سنة وتجديده خاضع لمجموعة من الالتزامات الصريحة للمقرض. على خلاف ذلك، فإن اتفاقيات الحساب الجاري غير خاضعة لنفس الشكليات ولا تنص على أي تسديد شهري ولا تعرف تحديد للمدة. علاوة على ذلك، فإن تشبيه القروض المتجددة باتفاقيات الحساب الجاري يتناقض مع إرادة محكمة النقض الفرنسية على تشبيه القروض المتجددة بقروض دائمة تخضع لأحكام مدونة الاستهلاك عندما تستمر المديونية أكثر من 3 أشهر⁴⁷⁶.

هذا ويعد القرض المتجدد من أخطر الأشكال المقترحة من مؤسسات القرض المتخصصة ويمكن المستهلك من أن يستفيد من احتياطي أموال ويقوم بارجاعه عبر تسديدات. ثم يتم إعادة تكوين الرصيد من خلال الدفعات المنجزة. علما أنه يمكن استعمال الاحتياطي متى شاء المقرض لتمويل احتياجات استهلاكه ويختلف سعر فائدة هاته الخدمة باختلاف المبلغ المقرض والدفع الشهرية، مما يجعل حساب السعر الفعلي الإجمالي⁴⁷⁷ غاية في الصعوبة⁴⁷⁸.

أما عن مخاطر هذا النوع من القرض فهي ترتبط بممارسة بنكية تتجلى في فتح الاعتماد الضمني مع ما يرتبط من سلطة للبنك في إنهائه تعسفا أو بوجود مبررات عقدية. جاء في قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2004/10/04: "إنه مادام المستأنف عليه لم يعط موافقته المسبقة بخصوص إبرام عقود مع مؤسسات مالية أخرى، ومادامت الطاعة لم تؤد اقساط الدين التي بذمتها رغم حلول الأجل، فإنها تكون بذلك قد خالفت مقتضيات العقد ومن ثم ارتكبت خطأ جسيما، الشيء الذي يعطي الحق للمؤسسة البنكية حق قفل الاعتماد دون أجل بعد توقف الطاعة اللين عن الأداء. وبالتالي فإنه لا يمكن مواجهة الطاعة بأية مسؤولية، ومن ثم فإن الاستئناف يبقى غير مبرر مما يتعين رده وتأبيد الحكم المستأنف"⁴⁷⁹. كما جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 2006/07/05: "إن المبلغ المطالب به من المستأنف عليه، يمثل الدين الذي ترتب بذمة الطاعن بعد قفل حسابه لديه. علما بأنه بإقفال الحساب يصبح الرصيد الذي يترتب عنه حال الأداء ومستحق الوفاء" فتكون المحكمة قد سايرت مقتضيات المادة المذكورة، مادام قفل الحساب من طرف البنك وتراجعه عن وضع تسهيلات مصرفية رهن إشارة الطالب، مرده لما ثبت للمحكمة من توقف هذا الأخير عن الدفع، وبذلك لم يسيء قرارها تأويل أي مقتضى وأتى معللا بما يكفي

⁴⁷⁶ - Ti.Liévin, 6 mars 2001, Juris Data, n° 2001-010108, contrats, Conc.Consomm.1994, comm.84.

⁴⁷⁷ - تشير المادة 142 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه: "يراد بالسعر الفعلي الإجمالي السعر المحدد وفقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل".

⁴⁷⁸ - Ch.Slimani, op.cit, p.36.

S.Gautier, *Crédit permanent : martyr des juges du fond*, LPA, 17 octobre 2005, n° 206.

⁴⁷⁹ - قرار محكمة الاستئناف التجارية رقم 2914/2004، صادر بتاريخ 04/10/2004، في ملف رقم 10/2003/2847، غير منشور.

ومرتكزا على أساس والوسيلة على غير أساس⁴⁸⁰. فالقرار المذكور وإن كان يتعلق بتسهيلات مصرفية فهو في الحقيقة هو تجسيد للاعتماد الدائم الضمني.

إن من أهم المخاطر على مستهلك تلك التسهيلات هو رفض تجديدها. جاء بهذا الخصوص في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 2002/09/11 بخصوص المدينية المتجددة: "لئن اعتبرت مقتضيات المادة 524 من ق.م.ت أنه "لا يعد الرصيد المدين العرضي فتحا للاعتماد،" فإنه بالمفهوم المخالف يعتبر تكرار هذه العملية وتعددتها التزاما غير مكتوب من البنك لزيونه لفتح اعتماد لفائدته ووضع وسائل للأداء تحت تصرفه، والمحكمة التي ثبت لها من الكشف الحسابية المدلى بها من الطالب "أن رصيده مدين وأن ذلك لا يمكن بأي حال أن يعتبر فتحا للاعتماد حسب ما تقضي به المادة 524 من ق.م.ت"، بالرغم من أن الكشف المذكورة تثبت تكرار وجود الرصيد في حالة مدينية، واعتبرت أنه أمام غياب اتفاق ثابت وصريح بين الطرفين يلتزم فيه البنك بفتح اعتماد لديه لفائدة المستأنف، فإن أي مسؤولية في مواجهته منعدمة"⁴⁸¹ ومن حقه رفض أداء قيمة الشيكين موضوع الدعوى لانعدام الرصيد، "تكون قد جنحت بقرارها عن المقتضى المذكور وعلته تعليلا سيئا يوازي انعدامه فيما قضى به من رفض الطلب الأصلي مما يتعين نقضه"⁴⁸². هذا عن فتح الاعتماد الدائم، فماذا عن بطاقات الائتمان؟

⁴⁸⁰ - قرار المجلس الأعلى، تحت رقم 757، صادر بتاريخ 2006/07/05، في ملف تجاري رقم 508/3/1/2006، منشور بالرباط:

<http://www.jurisprudence.ma/decision/ccass05072006757> "شاهد بتاريخ 2018/7/11"

⁴⁸¹ - جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ: 2005/05/03: "إن محكمة الدرجة الأولى حينما حملت البنك الطاعن مسؤولية الأضرار اللاحقة بشركة نوفامار وحصرتها حقها في التعويض في الأضرار المباشرة المتمثلة في الضرر الناتج عن فقدان السوق الأسبانية وفقدان سمعتها التجارية تكون قد صادفت الصواب، إلا أنها لما اعتبرت ضمن مبلغ التعويض الجزاءات المترتبة عن إخلالها بالتزاماتها تجاه الزبناء الأسبان تكون قد جانبت الصواب على اعتبار أن المستأنف عليها لم تثبت أنها قد أدت بالفعل الجزاءات المذكورة.

وإن كانت شركة نوفامار قد أصبحت غير قادرة على مواجهة ديونها وقدرت مصداقيتها لدى المزددين والزبناء فان مبلغ 2.500.000 درهم الذي حددته محكمة الدرجة الأولى كتعويض لفائدتها جد مبالغ فيه، مما اقتضى معه نظر محكمة الاستئناف التجارية وبما لها من سلطة تقديرية في تعديل الحكم المستأنف وحصر مبلغ التعويض المستحق لفائدة شركة نوفامار في مليون درهم.

ب- فيما يخص استئناف شركة نوفامار: عابت على الحكم المستأنف اكتفائه بتعويضها عن الضرر المعنوي دون الأضرار المادية المتمثلة في الخسارة التي تكبدتها من جراء توقف نشاطها والأرباح الضائعة. إن محكمة الاستئناف حينما حددت مبلغ التعويض في مليون درهم، فإنها قد أخذت بعين الاعتبار مجموع الأضرار اللاحقة بالطاعنة بما في ذلك الضرر المادي واعتبارا لذلك يبقى استئناف شركة نوفامار الرامي إلى الرفع من مبلغ التعويض غير مبني على أساس ويتعين رده « - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 1528-1529/2005: صادر بتاريخ 03/05/2005: في ملفين رقم 2441/2003/9 و 9/2004/795 غير منشور.

M.Cohen-Branche, *Dans quelle mesure une ouverture de crédit donne-t-elle naissance à un prêt*, LPA, 09 février 2004, n° 28.

⁴⁸² - قرار المجلس الأعلى رقم 1142، صادر بتاريخ 2002/09/11، في ملف تجاري رقم 153/3/1/2002، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 147، مطبعة الامنية الرباط، السنة 31، ص. 308 و 309.

الفقرة الرابعة: بطاقات الائتمان

إن بطاقة الائتمان أو الاعتماد هي ورقة ذات حجم صغير مصنوعة من البلاستيك المقوى تمنحها مؤسسة مرخص لها بذلك لزبونها المنخرط طبقا لشروط معينة لأداء ممونيه أو لسحب أموال من الشبايك الأوتوماتيكية والداخلية⁴⁸³. تكتسي تلك البطاقة طابعا ائتمانيا إذا أصدرتها هيئة ائتمانية لتخول الحصول على اعتماد في حدود قدر معين للشراء من أجل الاستهلاك، إنها بمثابة قرض للاستهلاك *Crédit à la consommation* وتخضع لنظام القروض والفوائد⁴⁸⁴. لقد كان الاعتقاد السائد أن تلك البطاقات لا تلعب وظيفة ائتمان، لكن الأمر سيتغير مع ما جاء في المادة L132-1 من المدونة النقدية والمالية الفرنسية من كون البطاقة البنكية هي التي تسمح "لحامليها سحب أو تحويل الأموال". لكن ذلك التعريف جاء متجاهلا لوظيفة الائتمان التي ترتبط باستخدام بعض تلك البطاقات⁴⁸⁵، التي تسلمها الأبنك إلى عملائها وهي أساسا وسيلة وفاء إذا كانت تمكن الزبون من الوفاء لدائنه التاجر مثلا، وتكون أداة ائتمان إذا لم يتم احتساب عملية الأداء في دائنية الحساب مباشرة⁴⁸⁶. علما أن بعض العقود المرتبطة بتلك البطائق تتضمن فتح اعتماد يسمح للعميل بانتظار أسابيع أو عدة شهور قبل رد الدين، حيث تصبح تلك البطائق وسيلة حقيقية للائتمان.

هذا وقد عرفت طبيعة تلك البطائق تقريبا في موقف الاجتهاد القضائي لمحكمة الاستئناف بباريس، حيث جاء في قرار لتلك المحكمة صادر في 25 مارس 1970 أن: "العقد الرابط بين مصدر البطاقة والمستخدم هو قرض". ثم ستغير تلك المحكمة من موقفها بتاريخ 9 مارس 1978 حيث جاء عنها إن "الدفع الذي يتم باستخدام بطاقة يشابه الدفع نقدا، طالما أنه تم في وقت قصير نسبيا"⁴⁸⁷، ذلك التغيير كان من نتائج صدور قانون 10 يناير 1978 المتعلق بالقرض الاستهلاكي في فرنسا.

أما في المغرب، فإن مجرد واقعة الوفاء في أقل من ثلاثة أشهر كاف لاستبعادها من نطاق القروض الاستهلاكية. علما أن مجرد ترخيص البنك لحامل بطاقة اعتماد عادية بدفع مبالغ دينه في أجل يتجاوز الثلاثة أشهر يحول الأمر إلى ائتمان حقيقي، ويجب أن يكون موضوع عقد مستقل، يخضع لمقتضيات المادة 79 وما يليها من قانون تدابير حماية المستهلك⁴⁸⁸.

⁴⁸³ - معادي أسعد محمد صالحة، بطاقات الائتمان، النظام القانوني وآليات الحماية الجنائية والأمنية، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2008، ص. 207 و 208.

⁴⁸⁴ - معادي أسعد محمد صالحة، مرجع سابق ص. 222.

⁴⁸⁵ - Thierry Bonneau, *droit bancaire*, LGDJ, paris, 5ème édition, 2003, p.310.

⁴⁸⁶ - Idem.

⁴⁸⁷ - Alain sériaux, Art.cit , p.278 & 279.

⁴⁸⁸ - محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 569.

هذا ويمكن استخدام هذه البطاقات تقنيا بطريقتين مختلفتين وفقا لخصائصها: حيث تستخدم معظم تلك البطاقات إما منقوشة أو بطريقة إلكترونية:

- تكون تلك البطائق منقوشة إذا تضمنت نقشا يتضمن هوية الحامل (الاسم واللقب، تاريخ انتهاء صلاحية البطاقة ورقم البطاقة)، فهي قابلة للاستخدام لدى التجار غير المتوفرين على الأجهزة الإلكترونية. يتم طبع النقش خلال العملية من قبل التاجر على فاتورة موقعة لاحقا من قبل العميل.

- تكون تلك البطاقات في نفس الوقت إلكترونية، لما تكون حاملة إما شريط مغناطيسي أو رقاقة تحتوي على معلومات عن حامل البطاقة والعمليات التي يمكن أن يقوم بها. إن استخدام تلك البطاقات يتطلب إدخالها في قارئ إلكتروني للبطائق (من أجل الوفاء) أو في شبكات أوتوماتيكية (من أجل سحب النقود) وكتابة الرقم السري للعميل على لوحة المفاتيح⁴⁸⁹. إن الرمز هو التوقيع الإلكتروني للأمر الذي سيتم إرساله إلى البنك عبر الوسيلة (الورقية أو المغناطيسية)⁴⁹⁰. هذا وتعد بطاقات الائتمان بأنواعها مصدر العديد من مشاكل المديونية⁴⁹¹.

هذا عن عقود القروض الاستهلاكية غير المخصصة، فماذا عن تلك القروض التي تتميز بالتخصيص؟

المطلب الثاني: عقود القروض الاستهلاكية المخصصة

تكون عقود القروض مخصصة إذا كان الائتمان مخصصا، أي أبرم بغرض تمويل عملية معينة⁴⁹². علما أن هناك من استعمل عبارة القروض الاستهلاكية المرتبطة أو العينية⁴⁹³. فضل

⁴⁸⁹ - J.Boulaire, *Le renforcement de la sécurité des titulaires de cartes bancaires* (Cass. com., 2 octobre 2007), LPA, 14 mars 2008 n° 54.

⁴⁹⁰ - Thierry Bonneau, op.cit , p.310.

⁴⁹¹ - في فرنسا، ذكرت المصلحة المركزية للشيكات أنه: " بتاريخ 31 ديسمبر 1999، كان هناك 2.6 مليون محظور من التعامل البنكي، بما في ذلك نحو 93% من الأشخاص الذاتيين. هذا الرقم لم يشمل 350.000 شخص خضعوا لمسطرة سحب بطائهم الائتمانية. في عام 1999، كان هناك 5.72 مليون عارض أداء، كما وصل إلغاء البطائق إلى 386 مليون وبلغ معدل عوارض الأداء 1.86 مليون ". Frédéric-Jérôme Pansier & Cyrille.Charbonneau, *Présentation de la loi Murcef du 11 décembre 2001*, LPA, 17 décembre 2001 n° 250, p.16.

في المقابل، كشف بنك المغرب في تقريره السنوي لسنة 2013 أن مجموع عوارض الاداء التي لم تتم تسويتها بلغ 2 مليون و 443 ألف و 337 حالة حتى متم سنة 2013. وهو ما يمثل حوالي 60 مليار درهم كمبلغ جاري.

[http://www.bkam.ma/wps/wcm/connect/resources/file/ebaf550799431d3/Domc_smp2013.pdf?](http://www.bkam.ma/wps/wcm/connect/resources/file/ebaf550799431d3/Domc_smp2013.pdf?MOD=AJPERES&attachment=true)

« consulté le 3/12/2017 » [MOD=AJPERES&attachment=true](http://www.bkam.ma/wps/wcm/connect/resources/file/ebaf550799431d3/Domc_smp2013.pdf?MOD=AJPERES&attachment=true)

D.Dutalloy, *comportement du débiteur et procédure de surendettement*, mémoire de DEA droit privé, Lille 2, 1999/2000.

⁴⁹² - محمد بودالي، مرجع سابق.570.

المشرع المغربي استعمال عبارة القرض المخصص ونظم أحكامه في الفرع الرابع من الباب الأول، المتعلق بالقروض الاستهلاكية. حيث جاءت المادة 90 من قانون تدابير حماية المستهلك لتنص على أن أحكام ذلك الفرع تطبق عندما يكون قرض استهلاكي كما هو محدد في المادة 74 مخصصا لتمويل سلعة أو منتج أو تقديم خدمة معينة.

هذا وتأخذ القروض المخصصة أشكالاً قانونية مختلفة، ندرس فيما يلي بعضها، أولها البيع أو تقديم الخدمات التي يكون محل أدائها محل جدولة أو تأجيل أو تقسيط (الفقرة الأولى) عمليات الإيجار المفضي إلى البيع والإيجار مع خيار الشراء والإيجار المقرون بوعده البيع (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: البيع أو تقديم الخدمات التي يكون محل أدائها محل جدولة أو تأجيل أو تقسيط

هنا سنتناول هذا النوع من القروض المخصصة، حيث إن الائتمان مخصص لتمويل شراء المنتج أو التوريد بالخدمة. حيث تكون هناك علاقة ثلاثية أو ثنائية. ففي العلاقة الثلاثية، يكون محل العقد الأساسي إقتناء سلعة أو خدمة تمول عبر طريق القرض من شخص ثالث. وفي العلاقة الثنائية، تكون السلعة المباعة مقرضة من قبل المهني مباشرة. ويستفيد المستهلك في ذلك البيع أو التوريد بالخدمة من الحماية بشرط أن أداء الائتمان مجدولاً على مايساوي أو يزيد على ثلاثة أشهر. لذلك سندرسها وفق الآتي:

- البيع أو تقديم الخدمات التي يكون محل أدائها محل جدولة أو تأجيل (أولاً)

- البيع أو تقديم الخدمات بالتقسيط (ثانياً)

أولاً: البيع أو تقديم الخدمات التي يكون محل أدائها محل جدولة أو تأجيل

هنا يكون تسليم المبيع أو الحصول على الخدمة فوراً، في حين أن دفع الثمن إما كلياً أو جزئياً من قبل المقرض يكون لأجل لاحق. حيث يتوفر المشتري أو مقتني الخدمة على أجل ليدفع الثمن، أو على الأقل، ليدفع جزءاً من الثمن للمقرض. فالأجل أمر مستقبلي محقق الوقوع من شأنه أن يوقف استحقاق الثمن أو إبراءه. يتعهد البنك بإعطاء مبلغ من المال إلى المتعاقد مع "عمرو" في تاريخ معين وعند حلول ذلك التاريخ يتوجب على "عمرو" دفع المبلغ كلياً أو جزئياً للبنك. فالأجل لا يكون واقفاً على أمر حاضر أو على أمر قد مضى بل يجب أن يكون أيضاً مستقبلياً ومحقق الوقوع؛ كما في تحديد يوم معين، شهر معين من سنة معينة. والأجل هو عنصر عارض، أي إضافي، لا يعد

⁴⁹³ - رشيد الشائب، مرجع سابق، ص.63.

من أركان الالتزام⁴⁹⁴ في المبدأ وإن كان هو صلب الائتمان فيما يتعلق بالجدولة أو التأجيل. وعلى المستهلك حين الحصول على القرض مباشرة من البنك، أن يشير إلى موضوع القرض في العرض المسبق قبل توقيعه، حتى ما إذا حصل فسخ عقد البيع أو التوريد بالخدمة، ترتب على فسخ عقد القرض. ونفس الأمر، يجب أن يحصل في عقد البيع الثنائي، الذي يجب أن يحترم الحدود الدنيا للبيانات الاجبارية المتعلقة بالقروض الاستهلاكية. هذا عن الجدولة أو التأجيل، فماذا عن التقسيط؟

ثانياً: البيع أو تقديم الخدمات بالتقسيط

بيع التقسيط هو بيع يُعَجَّل فيه المبيع (السلعة) ويتأجل فيه الثمن كله أو بعضه على أقساط معلومة لآجال محددة. ويعد بيع التقسيط من المسائل المهمة التي انتشرت انتشار كبيراً في معاملات الأفراد والأمم بعد الحرب العالمية الثانية. فتشتري المؤسسات السلع من مورديها، وتبيعها إلى زبائنها بالتقسيط، كالسيارات والآلات وغيرها، مما أدى إلى انتشاره أيضاً في معاملات البنوك بما في ذلك المغربية، حيث يشتري البنك السلعة نقداً، ويبيعها إلى عملائه بثمن مؤجل على شكل أقساط⁴⁹⁵. هنا يكون الوفاء على دفعات موزعة في الزمن. إن العلاقات القانونية لتلك القروض تكون بسيطة، لأن المستهلك غير مرتبط قانونياً، ماعداً مع البائع أو مقدم الخدمة، الذي يمول العملية للمستهلك. حيث يكون على البائع أو مقدم الخدمة أن يمول نفس العملية، إن كانت تنصب على منتج أو خدمة غالي الثمن، من خلال اللجوء إلى بنك. في حين أن المشتري أو مقتني الخدمة ليس له أي علاقة مع البنك الذي لجأ إليه المهني. في الواقع، إن بيع أو تقديم الخدمات التي يكون محل أدائها محل جدولة أو تأجيل أو تقسيط هي نادرة في العلاقات بين التجار والمستهلكين، إذ أنه بمجرد أن يكون الائتمان على قدر من الأهمية والقيمة والوقت أو المخاطر إلا ويفضل البائع أو مقدم الخدمة وضع زبونه في إتصال مع مؤسسة بنكية، مما يجعل القرض تبعياً للبيع أو تقديم الخدمة⁴⁹⁶. هذا عن أصناف القروض الكلاسيكية. فماذا عن عمليات الإيجار بأنواعها؟

الفقرة الثانية : عمليات الإيجار المفضي إلى البيع والإيجار مع خيار الشراء والإيجار المقرون بوعود البيع

تعد الإيجارات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 74 من قانون تدابير حماية المستهلك، هي أنواع من القروض الاستهلاكية يحتفظ فيها المؤجر بملكية المنقول ويؤجره

⁴⁹⁴ - عبد الرحمان مصلح الشراي، الشرط والاحل في قانون الالتزامات والعقود المغربي، دراسة تحليلية مقارنة معززة بأحدث اجتهادات المجلس الاعلى و المحاكم، مطبعة الامنية الرباط، الطبعة الاولى 2006، ص 166 الى 171.

⁴⁹⁵ - <https://islamqa.info/ar/13973> "شاهد في 2018/7/11"

⁴⁹⁶ - J.Calais-Auloy & H.Temple, *Droit de la consommation*, Editions Dalloz, 8 édition, 2010, p.411.

للمقترض⁴⁹⁷. وتخضع تلك العقود لقانون تدابير حماية المستهلك. جاء في حكم للمحكمة التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2012/3/21 : "إنه لما كان قانون تدابير حماية المستهلك يطبق على كل فرض استهلاكي باعتباره كل عملية قرض ممنوح بعوض أو بالمجان... تدخل في حكم عمليات القرض، عمليات الإيجار المفضي إلى البيع والإيجار المقرون بوعد البيع وكذا البيع أو تقديم الخدمات التي يكون أداؤها محل جدولة أو تأجيل تقسيط..."⁴⁹⁸.

تعد الأموال في إطار تلك العقود عبارة عن وساطة للبنك الذي يلعب دور الوسيط المالي بين الزبناء والمؤسسة المكرية. وتتسم تلك التقنية بتفادي الصعوبات المرتبطة بالضمانات التقليدية في المجال البنكي. حيث يعود فيها مبدئيا للمكثري أن يختار المورد ويحدد خصائص السلعة المراد تمويلها، ثم تقوم شركة الإيجار التمويلية باقتناء السلعة المراد تمويلها وتضعها تحت إشارة المكثري. يبقى المورد دائما هو المالك ، في حين أن المكثري يتحمل المخاطر والتكاليف لمدة محددة في علاقة مع الحياة الاقتصادية، للسلعة أو اهتلاكها الضريبي وخلال تلك المدة يؤدي المكثري كراء يغطي اهتلاك المنقول والمصاريف المالية وهامش ربح مع تحديد قبلي لقيمة المنقول عند إبرام العقد. وعند انتهاء العقد هناك ثلاثة احتمالات لذلك الكراء⁴⁹⁹، حسب الحالات التالية:

- عمليات الإيجار المفضي للبيع (أولا)
- عمليات الإيجار مع خيار الشراء (ثانيا)
- الإيجار المقرون بوعد البيع (ثالثا)

أولاً: عمليات الإيجار المفضي للبيع

يكون المستهلك غير مالك للمنقول⁵⁰⁰ الذي يستخدم، ولكنه ملتزم بشرائه في نهاية العقد. حيث يتم خصم دفعات الإيجار من سعر البيع. في جميع الأحوال، على القاضي أن يعطي العقد تكييفه الصحيح والحقيقي، خاصة إذا حاولت الأطراف من خلال تكييف مغلوطة استبعاد قواعد البيع محل جدولة⁵⁰¹. هنا مآل العملية هو البيع. يعتبر المشرع المغربي عقد الإيجار الذي يفضي إلى تفويت الملكية بمثابة قرض. وذلك الاتجاه يتقارب مع قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية كراء

⁴⁹⁷ - Dominique.Legeais, *sûretés et garanties du crédit*, L.G.D.J, 6ème édition, 2008, p.506.

⁴⁹⁸ - حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، عدد 3661، صادر بتاريخ 2012/3/21، في الملف عدد 2011/6/16445، غير منشور.

⁴⁹⁹ - Oussmane batt, *la gestion du risque du crédit : un enjeu majeur pour les banques*, maîtrise en banque, assurance, finance 2008, université de Dakar Bourguiba, publié sur www.memoireonline.com

⁵⁰⁰ - تنصب عقود القروض الاستهلاكية على المنقولات بخلاف عقد القرض العقاري الذي ينصب أساساً على العقارات.

⁵⁰¹ - Cass.1re Civ., 7 févr.1977 :D.1978, p.702, note Nguyen Phu Duc.

الشاحنة المنزل المشهورة (لوكام)⁵⁰². هذا عن عمليات الإيجار المفضي للبيع، فماذا عن عمليات الإيجار مع خيار الشراء؟

ثانياً: عمليات الإيجار مع خيار الشراء

يكون المستهلك في هذا النوع من العقود هو المستأجر للمنقول ولديه خيار شرائه أثناء سريان العقد أو في نهايته. هنا يختلف الإيجار مع خيار الشراء عن عقد الإيجار المنصب على المعدات المهنية، كما أنه يختلف عن البيع بالتقسيط أو محل جدولة: إنه يتميز بكون انتقال الملكية لا يتم بمجرد الاتفاق بين الطرفين في عقد البيع أو بعد دفع الثمن في وجود بند الاحتفاظ بالملكية⁵⁰³. فالمستأجر طالما لم يمارس خيار الشراء، يظل المنقول في ملكية الشركة المالكة المؤجرة، عند انتهاء عقد الإيجار. حيث يكون للمستأجر الاختيار بين الحصول على العين المؤجرة والتي لم يملك سوى الانتفاع بها أو إرجاع المنقول المؤجر لصاحبه أو تجديد عقد الكراء. نشير أن عقد الإيجار مع خيار الشراء يتميز عن عقد الكراء العادي، حيث لا وجود لأي خيار في عقد الكراء متاح للمستأجر⁵⁰⁴.

طبعاً، يجب أن يكون عقد الكراء مخصص لغرض غير مهني ليستفيد من حماية قانون تدابير حماية المستهلك. جاء بهذا الخصوص في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2013/7/2: *وحيث إن الثابت من وثائق الملف أن النزاع يتعلق بعقد كراء مع خيار الشراء ابرم وفقاً لأحكام المادة 439 من م ت ، ومعلوم أن عقد الائتمان الإيجاري هو من العقود التجارية المنصوص عليها في القسم الخامس من الكتاب الرابع من مدونة التجارة . وحيث إنه بخلاف ما ذهبت إليه المحكمة التجارية من كون عقد الائتمان الإيجاري الرابط بين الطرفين يخضع لأحكام القانون رقم 31-08 بسن تدابير لحماية المستهلك فإن المادة 75 من نفس القانون نصت على أنه يستثني من نطاق تطبيق هذا الباب (القروض الاستهلاكية): القروض المخصصة لتمويل حاجيات نشاط مهني ... الخ. وحيث إن القرض الممنوح للمستأنف عليه قد خصص لكراء شاحنتين من نوع نيسان واللتين لا محالة تستعملان لنشاط مهني وليستا للاستهلاك، وبالتالي لا يمكن اعتبار القرض الذي منح للمستأنف هو قرض استهلاكي يخضع لأحكام الباب الأول من القسم السادس تحت عنوان*

⁵⁰² C. Cass, 1^{re} civ , 11 octobre 1989, n° 88-14.439, *location mobilière de longue durée sans option d'achat : opération de crédit et/ou bail de droit commun*, note Pascal.Ancel.

⁵⁰³ - D.Voinot, *Effectivité et efficacité de la réserve de propriété après la réforme du droit des sûretés*, LPA, n° 63, 27 mars 2008.

⁵⁰⁴ - Guy.Raymond, *droit de la consommation*, Litec, 2^{ème} édition, 2011, p.299.

القروض الاستهلاكية يتحتم معه تطبيق المادة 111 و 202 من القانون 31-08 الموماً إليه
أعلامه.⁵⁰⁵

هذا عن عمليات الإيجار المفضي للبيع ومع خيار الشراء. فماذا عن الإيجار المقرون بوعده البيع؟

ثالثاً- الإيجار المقرون بوعده البيع

جاء في المادة 3 من قانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها السابق ذكرها، أنه تعتبر في حكم عمليات الائتمان عملية الائتمان الإيجاري والإيجار التي يكون فيها للمستأجر خيار شراء العين المؤجرة والعمليات الاعتبارية في حكمها. هذا وقد تم التنصيص على أن العمليات الثلاثة أعلاه في إيجار المنقولات هي عمليات تمكن المستأجر، كيفما كان تكييف تلك العمليات، من أن يملك في تاريخ يحدده مع المالك كل أو بعض المنقولات المستأجرة، مقابل ثمن متفق عليه أو يراعي في تحديده على الأقل جزء من المبالغ المدفوعة على سبيل الإيجار. هذا وقد عرف الفقهاء، الإيجار المقترن بوعده بالبيع كونه نوع من البيع بالتقسيط، حيث يريد المتعاقدان فيه بيعاً بالتقسيط منذ البداية. ويجعل المؤجر الوعد بالبيع الصادر منه معلقاً على شرط وفاء المستأجر بأقساط الإيجار في مواعييدها وأن يجعل الثمن في حالة ظهور رغبة المستأجر في الشراء حيث يضاف إلى أقساط الإيجار مبلغ رمزي. ففي هذه الحالة، يكون العقد بيعاً بالتقسيط لا إيجاراً ويعتبر المشتري مالكاً تحت شرط واقف، فلا يكون مبدداً إذ هو تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن، ولا يستطيع البائع استرداده من تقليسة المشتري⁵⁰⁶. هنا يظهر أن الفرق بين هذا النوع من الإيجار والنوع الذي سبقه يتمثل في حرية المستأجر في فسخ عمليات الإيجار مع خيار الشراء. هذا عن عمليات الإيجار المفضي إلى البيع والإيجار مع خيار الشراء والإيجار المقرون بوعده البيع، فماذا عن القرض المجاني؟

الفقرة الثالثة: القرض المجاني

لقد شمل باب القروض الاستهلاكية فرعاً خامساً مخصصاً للقرض المجاني. حيث أوردت المادة 100 من قانون تدابير حماية المستهلك، بأن القرض المجاني هو كل قرض يسدد دون أداء فوائد. طبعاً يجب أن يكون القرض شاملاً لمدة سداد تفوق ثلاثة أشهر ليدخل في نطاق الحماية⁵⁰⁷. هنا عادة ما ستثار مسألة احتساب نقطة بداية فترة الثلاثة أشهر. حيث يمكن تصور عدة تواريخ: يوم افتتاح الاعتماد، يوم الوضع رهن الإشارة الفعلية للأموال أو يوم تسليم المنتج أو أداء الخدمات.

⁵⁰⁵ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2013/3595، صدر بتاريخ 2013/7/2، ملف 13/2013/2711، غير منشور.

⁵⁰⁶ - سليمان مرقس، شرح عقد الإيجار، ط2، الناشر دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1954، ص 74.

⁵⁰⁷ - المادة 75 من قانون تدابير حماية المستهلك.

يقترح بعض الفقهاء، نظرا للفراغ القانوني حول هذه النقطة، إختيار يوم قبول-توقيع- العقد من قبل المستهلك، ليكون نقطة الانطلاق في احتساب أجل الثلاثة أشهر، لأنه من ذلك التاريخ يصبح المدين ملزما بأداء الاقساط بموجب شروط العقد. على سبيل المثال، ستحسب فترة الثلاثة أشهر في البيع خارج المحلات، من تاريخ توقيع العقد مادام أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت أن عقد البيع يصبح تاما في المنزل من يوم التوقيع مع الاحتفاظ برخصة المستهلك في الرجوع⁵⁰⁸. إنه موقف ينسجم مع مقتضيات الفصل 47 من قانون تدابير حماية المستهلك، الذي يوجب توقيع المستهلك لعقد مكتوب يسلم نظيرا منه إلى المستهلك وقت إبرام عقد البيع خارج المحل التجاري. هنا لا يقصد من المجانية أن المستهلك غير ملزم بأداء أي مبلغ كفاضة أو الرسوم، لكن المشرع أغفل التطرق لمشكل التكاليف الزهيدة، على خلاف المشرع الفرنسي الذي نص في المادة L312-4-3 من مدونة الاستهلاك، أنه لا يدخل في نطاق القرض المجاني، القرض الذي يضع على كاهل المستهلك مصاريف زهيدة⁵⁰⁹. لم يمنع قانون تدابير حماية المستهلك القرض المجاني ولكنه أقر قواعد للحد من مزاولته من قبل المهنيين. من جهة، أوجب أن يشار في كل إشهار بمحلات البيع يتضمن عبارة "قرض مجاني" أو يقترح امتيازاً مماثلاً إلى مبلغ الخصم المستفاد منه في حالة الأداء نقداً. كما يجب أن يرتبط بكل سلعة على حدة.

من ناحية أخرى، عندما تغطي عملية التمويل مجموع مصاريف القرض أو بعضها، فإنه لا يجوز للمورد أن يطلب من المقترض بواسطة قرض أو المكثري مبلغاً نقدياً يزيد على السعر المتوسط المعمول به فعلاً عند شراء سلعة أو خدمة مماثلة نقداً في نفس مؤسسة البيع بالتقسيط خلال الثلاثين يوماً الأخيرة قبل بدء الإشهار أو العرض. لكن في الواقع، تعد أحيانا إشهارات القرض المجاني وسيلة للجذب، تتكرر في الزمن دون إحترام مبدأ تخفيض ثمن البضاعة أو الخدمة

⁵⁰⁸ - Guy.Raymond, *crédit immobilier*, jurisclassueur concurrence- consommation, Fasc.1110, cote 03, 2011, p.26.

⁵⁰⁹ - Article L312-4 dispose : « Sont exclus du champ d'application des dispositions du présent chapitre :

.....

³Les opérations dont le montant total du crédit est inférieur à 200 euros ou supérieur à 75 000 euros, à l'exception de celles mentionnées à l'article L. 314-10 ayant pour objet le regroupement de crédits et de celles destinées à financer les dépenses relatives à la réparation, l'amélioration ou l'entretien d'un immeuble d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, lorsque le crédit n'est pas garanti par une hypothèque, par une autre sûreté comparable sur les biens immobiliers à usage d'habitation ou par un droit lié à un bien immobilier à usage d'habitation;

⁴Les opérations consenties sous la forme d'une autorisation de découvert remboursable dans un délai d'un mois;

⁵ Les opérations de crédit comportant un délai de remboursement ne dépassant pas trois mois qui ne sont assorties d'aucun intérêt ni d'aucuns frais ou seulement d'intérêts et de frais d'un montant négligeable ...».

في حالة الرغبة في الأداء حالا⁵¹⁰. وأخيرا، إن أهم ما يعاب على تحديد نطاق القرض المجاني بالمغرب، أن المشرع المغربي لم ينص على حظر أي إعلان للحصول على القرض المجاني خارج أماكن البيع، كما كان مذكورا في المادة 5-311 L. من مدونة الاستهلاك الفرنسية قبل تعديلها بتاريخ 2 فبراير 2005⁵¹¹. هذا عن القرض المجاني، فماذا عن عقد الكفالة؟

الفقرة الرابعة: عقد الكفالة

إن الكفالة هي عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين، إذا لم يؤديه هذا الأخير نفسه⁵¹². حيث تشكل الفصول 1117 إلى 1169 من ظهير الالتزامات والعقود مقتضيات العامة المنظمة للكفالة. هذا وقد اعتبرته المادة 74 من قانون تدابير حماية المستهلك هو كفالة عملية القرض الممنوح بعوض أو بالمجان من مقرض إلى مقترض حيث يعد قرضا إستهلاكيا. وتضمن قانون تدابير حماية المستهلك في الفرع الثاني من الباب الثالث من القسم السادس المتعلق بالاستدانة أحكاما مشتركة للكفالة، قصد بها تنظيم الكفالة في مجال القروض العقارية والاستهلاكية، التي تتميز بطابعها الحمائي⁵¹³. نشير أن الكفالة عقد ضمان، يضمن وفاء الكفيل بالدين. إنه أي تأمين للدائن ضد امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه. فتعهد الكفيل بالوفاء بالدين يزيد ثقة الدائن في حصوله على حقه، فيتحقق به الضمان⁵¹⁴. إنه عقد ينقذ بمجرد التراضي بين طرفيه: الكفيل والدائن، ولا يشترط لهذا الانعقاد في ظهير الالتزامات والعقود أي شكل خاص. علما أن استعمال مصطلح الكفالة مجرد عن أي وصف، جعل القضاء المغربي لا يميز بين الكفالة الشخصية والكفالة العينية⁵¹⁵. حيث أن الأولى هي تأمين شخصي يلتزم فيها الكفيل بضمان الوفاء بالدين إذا لم يف به المدين. يتحقق فيه الضمان من خلال ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المدين، فيستطيع الدائن أن يستوفي حقه من أموال المدين ومن أموال الكفيل إذا لم تكف أموال الأول⁵¹⁶. في حين أن الكفالة العينية هي تخصيص مال مملوك للغير على سبيل الرهن للوفاء بدين المدين الأصلي. فالكفيل العيني لا يكون ملتزما التزاما شخصا بأداء الدين بل الذي يضمن أداء الدين هو المال الذي قدمه الراهن⁵¹⁷.

⁵¹⁰ - جاء في المادة 101 فقرة 1 من قانون تدابير حماية المستهلك على أنه: " يجب أن يشير كل إشهار بمحلات البيع يتضمن عبارة "قرض مجاني" أو يقترح امتيازاً مماثلاً إلى مبلغ الخصم المستفاد منه في حالة الأداء نقداً... ". و نصت المادة 187 من قانون تدابير حماية المستهلك على أنه يعاقب بغرامة من 6.000 إلى 20.000 درهم المعلن الذي يبيث لحسابه إشهار غير مطابق لأحكام المادة 101.

⁵¹¹ - J.Coelho, Art.cit, p. 7.

⁵¹² - المادة 1117 من ظهير الالتزامات والعقود.

⁵¹³ - الفصول من 144 إلى 147 من قانون تدابير حماية المستهلك.

⁵¹⁴ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص.72.

⁵¹⁵ - احمد كويسي، الكفالة العينية، مجلة القانون والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، العدد 23، دجنبر 2007، ص.33.

⁵¹⁶ - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص.90.

⁵¹⁷ - احمد كويسي، مقال سابق، ص.32.

إن كل من الكفيل الشخصي والعيني كلاهما ضامن للغير؛ إنما مدى الضمان يختلف ويتوجب الرجوع إلى بنود العقد الذي تحدد به التزامات الضامنين⁵¹⁸. ولقد قام المشرع من خلال قانون تدابير حماية المستهلك بالتمييز بين الكفالة التي يقدمها الكفلاء العاديون وتلك التي يقدمها المهنيون. فمن الواضح، أن الضمانة المالية التي يقدمها البنك تدخل في إطار عملية من عمليات الائتمان التي ينص عليها قانون الائتمان باعتبار الكفالة التزام لمصلحة شخص عن طريق كفالة. فالكفالة التي تقدمها البنوك لا تستحق نفس الحماية التي هي خدمة لصديق أو قريب. ولاشك أن قانون الاستهلاك بتنظيمه لمجموعة من المقتضيات الحمائية لرضى الكفيل وتناسبية قدراته المالية مع الالتزام المكفول، يكون قد أسس لتوازن جديد في مجال الكفالة⁵¹⁹. علما أن تلك المقتضيات جاءت في الفرع الثاني من الباب الثالث المعنون بأحكام مشتركة كما سبق الذكر، مما يعني أنها تخص كفالة القروض الاستهلاكية و القرض العقاري. هذا الأخير سيكون موضوع الدراسة في الفرع الآتي.

الفرع الثاني: القرض العقاري

إن مخاطر القرض العقاري هي الأخطر نفسيا بالمقارنة مع القرض الاستهلاكي، فغالب المقترضين العقاريين هم في الأساس أسر، قد تتعرض ليس فقط لإجراءات الإيجار ولكن قد تلزم بمغادرة العقار الذي كان يأويها، مادام أن القرض العقاري عادة ما يكون مرتبطا بضمان عيني لاسيما رهن رسمي⁵²⁰. نظمت مقتضيات الفصول 112 إلى 141 من قانون تدابير حماية المستهلك أحكام ذلك العقد، تضاف إليها بعض الأحكام المشتركة في الفصول 142 إلى 151 من نفس القانون. هذا وتقدم أغلب الأبنك المغربية وشركات التمويل عروض قروض عقارية عديدة من قبيل تمويل شراء السكن وتمويل بناء السكن و اقتناء القطع الارضية وتمويل تجديد السكن وصيغ تمويل تفضيلية لمهن محددة كرجال التعليم والمغاربة المقيمين بالخارج والقضاة، وصيغ تمويل تفضيلية في إطار القروض المضمونة من طرق صندوق ضمان السكن.

لقد تطورت القروض العقارية في فرنسا ابتداء من ستينيات القرن العشرين، وقد تم تعديل قانون 13 يوليو 1979 وتضمينه في مدونة الاستهلاك، بموجب المادتين 1-313 L. إلى 23-314 L. وكان آخر تعديل بموجب القانون رقم 767 بتاريخ فاتح يوليو 2010 وقانون 25 مارس 2016 المتعلق بعقود القرض المرتبطة بالأموال العقارية المخصصة للسكن والقانون رقم 2017-1034 بتاريخ 16 مارس 2016 وقانون 21 فبراير 2017. هذا الإدماج في مدونة الاستهلاك لا يخلو

⁵¹⁸ - احمد كويسى، مقال سابق ، ص.35.

⁵¹⁹ - Sylvie Euzen, Le cautionnement mutuel à l'épreuve du droit de l'immobilier, AJDI 1998, p. 246.

F.Pasqualini, L'imparfait nouveau droit du cautionnement, LPA, 03 février 2004, n° 24.

⁵²⁰ - Guy.Raymond, op.cit, p.341.

من طرح إشكالات جوهرية، فالتقنية المستخدمة من قبل تلك القوانين لم تكن مطابقة لتلك التي استخدمت بالنسبة للقرض الاستهلاكي⁵²¹.

توجب كل أصناف القرض العقاري تلك، دراسة نطاق القرض العقاري كما حددها القانون (المبحث الثاني) لكن يتوجب أولاً تحديد مفهوم القرض العقاري (المبحث الأول)

المبحث الأول: مفهوم القرض العقاري

يستدعي التطرق لمفهوم القرض العقاري تعريفه بصفة عامة من خلال أهم التعاريف الفقهية له وكذا من خلال التشريع (المطلب الأول) قبل التطرق للإشكاليات المرتبطة بالتكييف القانوني (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تعريفات القرض العقاري

يتبين من خلال استقراء مقتضيات قانون حماية المستهلك، أن المشرع لم يقم بتحديد مفهوم القرض العقاري تحديداً دقيقاً، شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي. إذ اكتفى المشرعان بتحديد نطاق القرض العقاري دون التعرض لمفهومه. أما بالرجوع لمقتضيات المرسوم الملكي الذي يتعلق بقانون القرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقية⁵²² نجد أن الفصل 19 منه يتحدث عن مفهوم القرض العقاري بقوله: " هو القرض الذي يمنح إلى مالك عقار مقابل ضمان هذا العقار برهن دون اعتبار للغرض الذي تستعمل فيه الأموال المقترضة".

فيتبين حسب مقتضيات هذا الفصل أن القرض العقاري لا يشمل فقط القروض الموجهة لاقتناء مسكن أو شراء بقعة أرضية أي القروض العقارية، وإنما قصد المشرع في هذا الفصل بالقروض العقارية، كل قرض مضمون برهن عقاري دون الاعتداد بالغرض الذي سوف تموله الأموال المقترضة. ذلك التعريف منتقد رغم دوافعه التقنية المحضة التي ترتبط بتحديد نطاق سوق الائتمان العقاري بغض النظر عن أن المستفيد مستهلك أو غير مستهلك. مما يجعل التعريف قاصراً عن تحديد مفهوم القرض العقاري وقد أحسن المشرع صنعا لعدم تعريفه القرض العقاري ضمن مقتضيات قانون 08-31 لأن تحديد المفاهيم، كان منذ عهد بعيد، من اختصاص الفقهاء. في حين،

⁵²¹ - Guy.Raymond, *crédit immobilier*, Art.cit, p.1.

J.Baptiste Seube, *La genèse de la réforme*, LPA, 27 mars 2008, n° 63.

⁵²² - المرسوم الملكي بمثابة قانون رقم 552.67 بتاريخ 26 رمضان 1388 (17 دجنبر 1968) يتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقية، جريدة رسمية عدد 2931، بتاريخ 1969/01/01، ص.2.

عرف دليل بنكي مغربي القرض العقاري بأنه قرض شخصي للأمد المتوسط أو البعيد يهدف الى تمويل نفقات ذات طابع عقاري⁵²³.

وفي تعريف آخر، جاء أن القرض العقاري أو اتفاق التمويل العقاري، هو عملية قانونية تهدف إلى أن يضع بنك أو مؤسسة مالية، تحت تصرف أحد الأشخاص مبالغ مالية، تخصص بصفة أساسية لتملك أحد العقارات، في مقابل ضمان يقدمه الشخص المدين⁵²⁴. كما عرفه آخرون بأنه القرض المقدم من مؤسسات القروض (البنوك أو المؤسسات المختصة في تمويل القرض العقاري) والموجه لشراء أو بناء مسكن. يتميز هذا القرض بوجود رابط بين عقد البيع أو عقد البناء من جهة وعقد القرض من جهة أخرى⁵²⁵. يتبين من خلال ذلك، أن القروض العقارية هي الأموال المقدمة من المؤسسات البنكية أو التمويلية للطرف الآخر أي المقترض، من أجل تمويل شراء أو بناء مسكن حيث تتميز بوجود تقنية ترابط العقود، وهي تقنية أصل لها الموثقون حماية لمشتري العقار بمقتضى قرض قبل أن ينص عليها قانون 08-31. هذا عن تعريفات القرض العقاري. فماذا عن تكييفه؟

المطلب الثاني: تكييف القرض العقاري

لم تشترط مقتضيات قانون تدابير حماية المستهلك الجديد، تسلم الأموال المقرضة لقيام العلاقة التعاقدية، وإنما اشترطت احترام أجل التفكير⁵²⁶. علما أن الاجتهاد القضائي في فرنسا عرف تغيرا بخصوص الطابع العيني للقرض. حيث صدر قرار مبدئي للغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 مارس 2000، أعلنت من خلاله تراجعها عن اجتهاد قضائي سابق لها، بقولها إن القرض الممنوح من محترف ائتمان إلى مزارع ليس بعقد عيني؛ اعتبارا لكون انعقاده كأى اتفاق ارادتين ينتج نفس الآثار، دون حاجة إلى انتظار تسليم المقرض للمقترض الأموال موضوع العقد⁵²⁷. هذا وإذا كان عقد القرض الممنوح من المهني ليس بعقد عيني، فإن

⁵²³ - Société générale des banques, *formation filière couverture les crédits aux particuliers*, département formation et perfectionnement, mars 2008, p.16

⁵²⁴ - Cité in Chris.Atiya (et autres), *Lexique de droit immobilier*, Dalloz, 1989, p.57.

مذكور عند ثروت عبد الحميد، اتفاق التمويل العقاري دراسة في أحكام قانون التمويل العقاري والتشريعات المقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص.10.

⁵²⁵ - J.Calais-Auloy & H.Temple, *op.cit*, p.518.

⁵²⁶ - راجع المواد 77 و 120 من قانون تدابير حماية المستهلك.

⁵²⁷ - Cet arrêt de rejet du 28 mars 2000 opère donc un revirement puisque par un « chapeau intérieur », il pose le principe selon lequel le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel. La

الالتزام المبرم من المقرض هو سبب وجود التزام المقترض⁵²⁸. نورد لتبرير غلبة مفهوم الخدمة، ماجاء عن الفقيه كريا GRUA ، من كون التزام البنكي هو إلتزام بأداء عمل : "إن طبيعة التزام المقرض- بأداء النقود تبقى التزاما بالقيام بعمل، حتى بالنسبة للعقود الناشئة رضائيا. إن تلك الطبيعة، تبرر كون إلتزام المقرض يتجلى فعلا في إيداع مبلغ من المال؛ و لكن ذلك المال غير

première chambre civile avait amorcé cette évolution par un arrêt du 27 mai 1998(Bull.n°186) en décidant que les crédits immobiliers régis par les articles L.312-1 et suivants du code de la consommation n'avaient pas la nature de contrats réels.Publications de la cour de de cassation française ,droits des contrats et quasi contrats, publié in :http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2000_98/troisieme_partie_jurisprudence_cour_104/activites_economiques_commerciales_financieres_108/droit_contrats_quasi_contrats_5884.html « consulté le 22/7/2018 ».

⁵²⁸ - « Mais attendu que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'étant pas un contrat réel, c'est dans l'obligation souscrite par le prêteur que l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause, dont l'existence, comme l'exactitude, doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat ; qu'en l'espèce, ayant constaté qu'en l'exécution des contrats litigieux souscrits solidairement par les époux Feige, les sommes prêtées avaient été remises entre les mains de ceux-ci, la cour d'appel en a exactement déduit que l'utilisation de ces sommes par les emprunteurs, décidée postérieurement à l'exécution de son obligation par la caisse d'épargne , était sans incidence sur la cause de l'obligation par mme Feige ; que ces motifs qui échappent aux griefs du moyen, justifient légalement sa décision de ce chef »

- Cass.Civ,1,19 juin 2008,arrêt n°709 FS-P+B+I, Hirskowitz C. Caisse d'épargne des Alpes, Banque & Droit, N° 121, Septembre-Octobre 2008, p.31, Note, T.Bonneau.

جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 2009/6/24 : " استندت المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، فيما قضت به من تحميل الطالبة مسؤولية الأضرار اللاحقة بالمطلوبة إلى ما جاءت به من "أن المستأنف نفى أية مسؤولية أو أي إخلال من جانبه معتبرا أن الحكم جانب الصواب، لما اعتبره خلا بالتزاماته وارتكب أخطاء في مواجهة المدينة، فإن هذه المنازعة لم يعد لها مجال مادامت هذه المحكمة أمرت بخبرة أثبتت إخلالات في جانب المستأنف في التعامل مع المستأنف عليها، أدت إلى عرقلة نشاطها ومشاريعها وخلل في ميزانيتها وماليتها العامة، إذ فصل تقرير الخبرة هذه الأخطاء وهي إجمالا عدم الإفصاح عن القرض في إبانته ورفض أداء كمبيالات وشيكات خلال التاريخ المتعلق بالقرض وصرف هذا الأخير لجهة أخرى، وظلت المستأنف عليها بدون تمويل لمشروعها، وكذلك احتساب فوائد وعمولة لا حق لها فيهما وخلص الخبير إلى مجموع الأضرار والإخلالات عن البروتوكول وكذلك عن مشروع سد بيطون والأجور "الوردي" دون أن تناقش بروتوكول الاتفاق المبرم بين الطرفين، فتبين شروطه وما أشار إليه في الفقرة الثانية من بنده السادس من فسخ البروتوكول بقوة القانون في حالة عدم أداء قسط من الدين عند حلول أجله، ثم تقف عند التزامات الطرفين بموجب نفس الاتفاق ومدى احترام كل واحد منهما لهذه الالتزامات، وتبين ما إذا كانت الإخلالات المنسوبة للبنك كانت نتيجة لإخلال المطلوبة بالتزاماتها أم لا، ثم ترتب بعد ذلك الآثار القانونية المناسبة ولما لم تفعل، فقد اتسم قرارها بنقصان التعليل المنزل منزلة انعدامه وجاء غير مرتكز على أساس ومعرضا للنقض " - قرار المجلس الأعلى رقم 1065، صادر بتاريخ 2009/06/24، ملف تجاري رقم 805/3/1/2007، منشور على الرابط:

<http://www.jurisprudence.ma/decision/ccass240620091065> "اطلع عليه بتاريخ 2017/12/10".

مستعمل كوسيلة أداء إنه فقط أداة لتقديم خدمة. تلك الأموال ليست موضوع اقتناء إنها فقط موضوع خدمة مقدمة من مهني إئتمان"⁵²⁹.

ولئن كان عقد القرض عموما عقدا رضائيا، فإنه في مجال القرض العقاري، يعد الالتزام بتسليم المبالغ من أهم أركان عقد القرض العقاري. جاء في قرار للمجلس الأعلى عدد : 3147، مؤرخ في: 2008/9/17، ملف إداري عدد: 07/672 "إن تسليم مبلغ القرض للمقترض - في القرض العقاري- من الالتزامات التي تقع على عاتق المقرض عملا بالفصل 856 من ق.ل.ع... "⁵³⁰. هذا عن مفهوم القرض العقاري، فماذا عن نطاقه؟

المبحث الثاني: نطاق القرض العقاري

يعد القرض العقاري أداة مهمة للتمويل العقاري. حيث يهدف لتمويل شراء المساكن وغيرها من الاستثمارات العقارية الأخرى، من قبيل عمل التجديدات أو الترميمات. هذا ويستطيع البنك مساعدة مستهلكيه في اختيار العقود المناسبة لعملياتهم، نظرا لتنوعها. علما أن القرض العقاري يتميز عموما بطول مدته بالمقارنة مع النطاق الزمني للقروض الاستهلاكية حيث تتم عملية سدادها على سنوات طوال من خلال سداد أقساط محددة بصفة شهرية. كما يتميز عقد القرض ذلك بارتباطه بضمانات مهمة حسب المبلغ المقرض.

هذا وقد ارتأينا دراسة نطاقه على ضوء قانون تدابير حماية المستهلك، من خلال التطرق إلى العمليات التي تدخل ضمن نطاق القانون المذكور (المطلب الأول) والعمليات المستثناة منه (المطلب الثاني)

المطلب الأول: العمليات ضمن نطاق التطبيق

جاء في المادة 113 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه: " تطبق أحكام هذا الباب- القرض العقاري- على القروض، كيفما كانت تسميتها أو تقنياتها والتي تمنح بصورة اعتيادية من قبل أي شخص لأجل تمويل العمليات التالية:

1- فيما يخص العقارات المعدة للسكن أو المعدة لنشاط مهني والسكن:

أ- التي تم اقتناؤها من أجل تملكها أو الانتفاع بها؛

⁵²⁹ - F.Grua, *le prêt d'argent consensuel*, D.2003 , p.1492. cité in : N.Vallet, *Les techniques de protection du client de la banque*, Université De Reims Champagne-Ardenne,Ufr droit et sciences politiques, Thèse pour le doctorat en droit, soutenue le 11 décembre 2009, p.42&43.

530- قرار منشور على الرابط : <http://www.jurisprudence.ma/decision/ccass170920083147>

« شوهه بتاريخ 2018/7/11 »

- ب- الاكتتاب في حصص أو أسهم شركات أو شراؤها إذا كان الغرض منها امتلاك هذه العقارات أو الانتفاع بها؛
- ج- النفقات المتعلقة ببنائها أو إصلاحها أو تحسينها أو صيانتها.

2- شراء القطع الأرضية المخصصة لبناء العقارات المشار إليها في البند 1 أعلاه.

وما يلاحظ على المادة 113 أعلاه أنها اشترطت مبدأ الاعتقاد⁵³¹. بالمقابل، فإن أهم آثار قانون فاتح يوليو 2010 الفرنسي المعدل لمقتضيات تنظيم عقود القروض الاستهلاكية هو مطابقة القواعد التوجيهية الأوروبية بتاريخ 23 أبريل 2008 المتعلقة بالقروض الاستهلاكية. حيث أسس لسقف قيمي خفض نطاق القرض العقاري من 215000 أورو إلى 75000 أورو⁵³². لكن مشروع قانون تدابير حماية المستهلك لم يأخذ بالنطاق القيمي للقرض العقاري إذ اعتمد فقط التعداد المادي للحالات التي تدخل في نطاق القرض العقاري⁵³³. هكذا لتحديد عملية الشراء العقارية ضمن نطاق تطبيق القانون، ارتأينا التطرق للعقارات التي تشملها (الفقرة الأولى) والعملية الممولة بصدها (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: العقارات المشمولة

هنا يجب ألا يكون الغرض الأساسي من القرض تمويل عقار لأغراض مهنية. جاء في المادة 113 من قانون تدابير حماية المستهلك، أن القرض العقاري يجب أن يتعلق بعقار يستخدم للسكن أو لنشاط مهني و للسكن، فضلا عن الأراضي لبناء تلك المباني. جاء بهذا الخصوص في قرار لمحكمة الاستئناف الفرنسية بإيكس إن بروفنس بتاريخ 3 ماي 2005 : " أنه لا تدخل في نطاق أحكام المادة L. 312-1 وما يليها من مدونة الاستهلاك القرض الموجه لتمويل بناء على أساس الدعامات الفولاذية الموضوعة على الطوب وغير المدمجة في الأرض"⁵³⁴. كما أنه يجب أن يفي

⁵³¹ - جاء في قرار للغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 فبراير 1993 أن عدد العمليات بالنسبة للأشخاص المعنوية، ذات الموضوع الاجتماعي المرتبط بإقتناء العقارات، لا يهم.

C.Cass , 1 er Ch.Civ, 10 févr.1993 , D.1993.IR .60.

⁵³² - تم التراجع عن ذلك التسقيف القيمي في صيغة المادة L313-2 في صيغة ما بعد 25 مارس 2016.

⁵³³ - Henri.Hengas.Parraspens, *incidences sur crédit à la consommation*, revue de droit immobilier, 2011, p.197.

⁵³⁴ - C.A Aix-en-Provence, 3 mai 2005, Contrats, Conc. Consom. 2005, comm. 211, obs. G. Raymond.

المال العقاري قبل كل شيء بالاحتياجات الشخصية أو العائلية، وينبغي ألا يكون حصرا في خدمة نشاط مهني يغلب الطابع المهني فقط على النشاط السكني.

هنا يطرح التساؤل أيضا، هل يجب الأخذ بعين الاعتبار فقط الاحتياجات الشخصية للمقترض؟ جوابا نقول إن قانون تدابير حماية المستهلك لا يذهب في هذا الاتجاه: حيث لا يبدو أن المقترض عليه العيش بنفسه في العقار الذي سيتم كرائه، فقد يتم التعاقد على القرض لتمويل المبنى الذي سيكون مستأجرا⁵³⁵ وتأتي الصعوبة الحقيقية في التفسير من تقدير الطبيعة المهنية للنشاط⁵³⁶.

كما يجب أن يكون غرض المبنى هو الإسكان بالنسبة للمحلات، فالمحل يجب أن يكون للسكن. ويطرح السؤال هنا حول مرافق البناء: هل يجب تطبيق قواعد القرض العقاري على تمويل بناء مرآب لتصلح السيارات أو وقوفها أو لبناء قبو ... ؟ الجواب يتوقف على وجهة مرفق البناء: إذا كان حقا هناك ارتباط، فإنه يسمح بتطبيق القول المأثور " الفرع يتبع الأصل"⁵³⁷. نرى أيضا أن القرض لاقتناء مثل ذلك المرفق، يكون خاضعا لأحكام قانون تدابير حماية المستهلك، أما إذا لم يكن هناك تواصل ما بين المبنى الممول والمبنى السكني، سوف لن تكون هناك حاجة لتطبيق مقتضيات المادة 112 من القانون المذكور⁵³⁸. هذا عن العقارات المشمولة بالمقتضيات الحمائية للقرض العقاري، فماذا عن العملية الممولة ؟

الفقرة الثانية: العملية الممولة

تنقسم العمليات الممولة بحسب ما إذا كانت لتمويل شراء العقار (أولا) أو لتمويل كرائه (ثانيا)

أولا: القرض العقاري كآلية لتمويل شراء العقار

تشمل العقارات الممولة بالقرض العقاري:

- العقارات المعدة للسكن أو لنشاط مهني وللسكن (أ)؛
- القرض المخصص لشراء القطع الأرضية المتعلقة ببناء العقارات (ب).

أ : العقارات المعدة للسكن أو لنشاط مهني و للسكن

لم تحدد المادة 113 من قانون تدابير حماية المستهلك، ما إذا كان يجب أن يكون العقار المعد للسكن أساسيا والعقار المهني عقارا ملحقا. في حين قال بعض الفقهاء، بأنه يمكن الحديث عن حماية

⁵³⁵ - Cass. crim., 7 août 1990 : D. 1990, inf. rap. p. 225. Cass. 3e civ., 10 déc. 1986 : Bull. civ.1986, III, n° 181 ; D. 1987, somm. p. 458, obs. Aubert ; D. 1988, somm. p. 184, obs. Magnin ; Defrénois 1987, 33978, n° 45, obs. Aubert.

⁵³⁶ - Cass. 3e civ., 25 avr. 1984 : JCP G 1984, IV, 210.

⁵³⁷ - « Accessorium sequitur principalem ».

⁵³⁸ - Guy.Raymond, crédit immobilier, Art.cit , p.8.

المستهلك، إذا كان مبلغ القرض لأجل تمويل عقارات مخصصة لأنشطة غير مهنية فقط ما عدا إذا كان العقار مجرد عقار ملحق بالعقار المخصص للسكنى. فإذا اشترى المقترض عقارا وخصصه كفندق وأبقى الطابق الأخير كمحل للسكنى. فإن هذا العقار لا يكون خاضعا لمقتضيات قانون حماية المستهلك، لأنه في هذه الحالة يعتبر ملحقا بالعقار المهني⁵³⁹. هنا يتوجب تناول ثلاث حالات متميزة هي :

- العقارات التي تم اقتناؤها من أجل تملكها أو الانتفاع بها(1) ؛
- الاكتتاب في حصص أو أسهم شركات أو شراؤها إذا كان الغرض منها امتلاك هذه العقارات المعدة للسكن أو المعدة لنشاط مهني وللسكن أو الانتفاع بها (2) ؛
- النفقات المتعلقة ببناء العقارات المعدة للسكنى أو إصلاحها أو تحسينها أو صيانتها(3)

1- العقارات التي تم اقتناؤها من أجل تملكها أو الانتفاع بها

يقصد بالتملك، تملك العقارات المبنية وكذلك العقارات في طور الإنجاز⁵⁴⁰. بطبيعة الحال، فإن استعمال المشرع لعبارة اقتناء يجعل العملية مقتصرة على العمليات بعوض وتستنثى بالتالي العمليات العقارية المنجزة بالمجان من قبيل المعاوضة. كما يمكن تصور شمول التعريف عملية المعاوضة وتمويل المدرك - Soulte⁵⁴¹. ذهبت بهذا الخصوص محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 18 ماي 2005 على أن القرض، الذي يتم إبرامه لأجل تمويل المدرك يخضع للمقتضيات المتعلقة بالقرض العقاري شريطة عدم بيع العقار فور الشراء⁵⁴².

أما في قانون تدابير حماية المستهلك، فيلاحظ أن نص المادة 113 لا يميز بين الحق في الملكية وتفرعاته وبين الملكية الخاصة أو الملكية الجماعية. حيث يمكن أن نفترض أنه يدخل في نطاق التطبيق أعلاه: بيع أسهم غير مقسمة بين المالكين على الشياخ أو اقتناء انتفاع أو ارتفاق أو ملكية

⁵³⁹ - Guy.Raymond, op.cit , p.343.

⁵⁴⁰ - سنتناول فيما يليه الاستثناءات المتعلقة بالعقود التمهيديّة.

بخصوص حماية مستهلك خدمات اقتناء العقارات طور الانجاز راجع: عبد العزيز كيان، حماية المستهلك في بيع العقار في طور الانجاز، قراءة في مضامين قانون 44.00، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، شعبة القانون الخاص، فاس، 22 دجنبر 2005.

⁵⁴¹ - On entend par soulte en droit une somme d'argent qui, dans un partage ou un échange, compense l'inégalité de valeur des lots ou des biens échangés.- Larousse Lyr illustré, 1982, p.946.

Voir Cass. 1re civ., 2 mars 1976 : JCP G 1977, II, 18699.

⁵⁴² - Voir : Cass.com., 18 mai 2005 : Bull. civ. 2005, IV, n° 106 ; JCP G, 2005, IV, 2511.

الانتفاع -nue propriété-⁵⁴³ أو الملكية الكاملة لعقار ما⁵⁴⁴. هذا عن مصطلح التملك، فماذا عن مصطلح الانتفاع؟

يثير استعمال المشرع المغربي لعبارة الانتفاع إشكالات كثيرة مرتبطة بالمقصود منه؟ جاء في القانون الفرنسي، أنه يقصد بالانتفاع، كما تم إدماجه بمدونة الاستهلاك الفرنسية: "كل عقد أو مجموعة عقود تم بموجبها تسليم عقار أو عدة عقارات معدة للسكن بصفة مباشرة أو غير مباشرة من أجل الانتفاع بها أثناء فترات محددة بالسنة أو من الممكن تحديدها"⁵⁴⁵. حيث يكون في غالب الأحيان ذلك الانتفاع بالنسبة للمستهلك لمدة أسبوع في السنة، لقاء أداء ثمن. مع الإشارة، إلى أن ذلك الإنتفاع يشاركه فيه مجموعة من الأشخاص الذين لهم الحق في استعمال العقار في الفترات المحددة لهم بالعقد الذي يسري على الأقل لمدة ثلاث سنوات.

هذا ويلاحظ في الفصل 113 من قانون تدابير حماية المستهلك، على خلاف الفصل L313-1 1، أنه لم يتميز بالدقة في تعريف الاقتناء للانتفاع. حيث لم يحدد ما إذا كان ذلك الانتفاع موزعا في الزمن؟ علما أنه لم يتعرض الاجتهاد القضائي الفرنسي لتلك الحالة وإكتفى قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 يونيو 1995 بتوضيح أن: "التنازل عن الاستفادة من أحكام المادة 9 من قانون 13 يوليو 1979، التي هي من النظام العام والتي تنطبق على عمليات اقتناء عقار من أجل الانتفاع، غير ممكن"⁵⁴⁶.

من جهة أخرى، قامت محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر بتاريخ 9 مارس 1995، بتحليل عقد إنتفاع مقترح على شركاء. وأشارت تلك المحكمة كون أولئك الشركاء لم يكونوا مالكيين لتلك العقارات التي ظلت تملكها الشركات المتعاقدة معهم، كما أن التزامات تلك الاشخاص الطبيعية كانت أقرب إلى التزامات المستأجرين أو المستفيدين من خدمات فندقية. كما أوضحت نفس المحكمة

⁵⁴³ - On entend par la nue propriété, la propriété d'un bien dont l'usufruit revient à un autre que le propriétaire de ce bien. - Larousse Lyr illustré, 1982, p.687.

⁵⁴⁴ - Voir : Cass 1re civ., 27 juin 1995 : Contrats, conc.consom. 1995, comm. 191. - CA Paris, 13e ch. B, 9 mars 1995 : Contrats, Conc.Consom. 1995, comm. 155.

⁵⁴⁵ - Article 313-1-19 de la loi n° 98-566 du 8 juillet 1998.

⁵⁴⁶ - Cass. 1re civ., 27 juin 1995 : Contrats, Conc.Consom. 1995, comm. 191 ; JurisData n° 1995-001733.

إن إعمال مفهوم النظام العام الحمائي والحاجة إلى حماية المستهلك قانونيا وقضائيا هو من أهم مواضيع الدراسة، ذلك أن أي قانون يهدف إلى حماية الفرد أو ضمان النظام الاجتماعي، ففي الحالة الأولى، يجب أن يكون تطبيق القانون مستمرا بحيث يتبع الفرد ولو كان في الخارج، أما في الحالة الثانية، يجب أن يكون التطبيق عاما، وهو ما يطلق عليه بإقليمية التطبيق التي تشمل جميع الأشخاص الموجودين فوق أراضي الدولة المعنية.

Nicolas.Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Université Robert Schuman, Strasbourg III , Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion, Thèse pour le doctorat en droit, Présentée et soutenue publiquement le 26 juin 2003, p.15

أن العقد لا يمكن أن يكون محل رهن عقاري ولكن رهن حيازي. مما يعني أن العقد المقترح يمنح الشريك حق شغل الشقة في النادي مقابل أداء مبالغ مختلفة. فاستنتجت محكمة استئناف باريس أن ذلك النوع من العقود، لا يمنح سوى حق شخصي وليس حق عقاري. وبالتالي فإن القرض الممنوح لاقتناء ذلك الحق الشخصي يدخل في باب المقتضيات المنظمة للقروض الاستهلاكية⁵⁴⁷. نستنتج إذن أن القرارين المشار إليهما وإن كانا متناقضين في المظهر فهما موحدان في الجوهر⁵⁴⁸.

هذا عن العقارات التي تم إقتناؤها من أجل تملكها أو الانتفاع بها، فماذا عن الإكتتاب في حصص أو أسهم شركات أو شراؤها إذا كان الغرض منها امتلاك هذه العقارات أو الانتفاع بها، المعدة للسكن أو المعدة لنشاط مهني وللسكن؟

2- الإكتتاب في حصص أو أسهم شركات أو شراؤها إذا كان الغرض منها امتلاك العقارات المعدة للسكن أو المعدة لنشاط مهني وللسكن أو الانتفاع بها

تناول قانون تدابير حماية المستهلك تحديدا هذا النوع من المعاملات. حيث إن الحصول على أسهم في شركة بغرض التملك أو الاستفادة من حق الانتفاع لا يمنح حق الملكية أو حق الانتفاع. فإذا كان الأمر يتعلق بشركات توزع على شركاء في عقارات مقسمة إلى ملكيات مفرزة أو انتفاع أو جمعيات تعاونية أو شركات بناء مساكن، فإن المعنيين بالأمر هم فقط حاملي حصص، لا يتوفرون على حقوق ملكية على جزء من العقار تم تعيينه لهم. لكن في كثير من الأحيان، للحصول على هذه الأسهم أو الحصص، على كل شريك الاقتراض. لذلك كان من غير المقبول استثناء إكتساب حق الملكية أو الانتفاع من الحماية، لأن ذلك سيجعل من الشركاء لغاية غرض أسري أو عائلي محرومين من التشريع الحمائي للمقترضين العقاريين.

في المقابل، لا يمكن قبول أن تستفيد شركة تهدف لغاية مهنية أو تجارية من مقتضيات قانون تدابير حماية المستهلك إذا كان موضوعها الاجتماعي اقتناء، تملك وإدارة واستغلال الكراء والإكراء وعموما الأموال والحقوق العقارية. نفس الأمر إذا كان موضوعها في الغالب، ينصب على كل تلك العمليات بما فيها المرتبطة مباشرة وغير مباشرة بذلك الهدف، رغم أن تلك العمليات لا تغير من الطابع المدني للشركة⁵⁴⁹.

إن قانون تدابير حماية المستهلك لم ينظم أحكام الإكتتاب ولعله اكتفى بالسكوت عنه، مادام أن المرسوم الملكي لسنة 1968، أوضح أنه يمكن أن تستفيد من المقتضيات المنصوص عليها في هذا

⁵⁴⁷ - CA Paris, 13e ch. B, 9 mars 1995 : Contrats, Conc.Consom. 1995, comm. 155.

⁵⁴⁸ - Guy.Raymond, *crédit immobilier*, Art.cit , p.10.

⁵⁴⁹ - Voir : Cass. 1re civ., 11 oct. 1994 : Bull. civ. 1994, I, n° 285.

الجزء الشركات التعاونية للسكنى، المقبولة من طرف وزير المالية طبقا لمقتضيات هذا المرسوم المذكور والتي تهدف إلى تشييد بنايات فردية أو جماعية تستعمل خصيصا لسكنى المنخرطين بها. حيث اشترط القانون المذكور، الصادر في فترة الاستثناء، للانخراط في تعاونية للسكنى مؤسسة وفقا له، أن يكون الأشخاص المستفيدون أشخاصا ذاتيون قاطنون بالمغرب ومقيمون فيه بشرط، أن لا يكونوا متوفرين في المدينة المؤسسة فيها التعاونية المذكورة على مكان ملائم لسكناهم وأن لا يكونوا منخرطين في شركة تعاونية أخرى للسكنى. كما أن على الشركات التعاونية للسكنى كي تلتزم قبولها أن تكون مؤسسة في شكل شركات مجهولة الاسم ذات رأس مال وعدد من المستخدمين قابلين للتغيير وأن تعرض أنظمتها الأساسية على مصادقة وزير المالية الذي توضع تحت مراقبته وأن تتوفر فيها شروط معينة أهمها أنه لا يجب أن يقل الاكتتاب الجماعي عن 20000 درهم كرأس مال للشركات المكتتب فيها والذي لا يمكن بأي حال أن يقل عن القيمة الإجمالية للبناءات المنوي إنجازها ويجب أن يدفع عند الاكتتاب في أسهم أو حصص هذه الشركات العشر على الأقل من الرأسمال⁵⁵⁰.

تصدر الأسهم في شكل إسمي فقط ولا يمكن إصدار أسهم تقل قيمتها الإسمية عن 200 درهم، علما أنه لا يتم تملك هذه العقارات إلا بعد أداء جميع الأسهم المكتتب فيها من لدن جميع الشركاء المستفيدين من برنامج بناء مشترك بواسطة قرض واحد⁵⁵¹. هذا فيما يخص التملك، أما الانتفاع إذا ما تم اعتباره إيجارا، فإنه في إطار الشركات التعاونية للسكنى حسب مقتضيات نفس المرسوم لا يمكن امتلاك الانتفاع بها، إلا عن طريق كرائها لمساهمين من نفس الشركة بالنسبة للأماكن المعدة للسكنى، بخلاف الأماكن المعدة لممارسة نشاط تجاري التي يمكن كراؤها لأشخاص غير مساهمين. هذا عن الاكتتاب. فماذا عن نفقات الأشغال العقارية؟

3- النفقات المتعلقة ببناء العقارات المعدة للسكنى أو إصلاحها أو تحسينها أو صيانتها

أدمج قانون تدابير حماية المستهلك هذه الفقرة، معتبرا أن إصلاح العقارات وصيانتها يمكن أن يتطلب مبالغ مالية كبيرة، يجعلها في مستوى مخاطر القروض العقارية فجعلها وإياها سيان في الحماية. هكذا، لكي يندرج القرض في نطاق تلك الفقرة، يجب أن يكون هدفه تمويل بناء، إصلاح، تحسين، صيانة العقارات المعدة للسكن أو معدة لنشاط مهني وللشكن والمشار إليها في الفقرة 1 من المادة 113 من قانون تدابير حماية المستهلك. هنا يلاحظ بمقارنة بسيطة مع الفقرة 1 من المادة

⁵⁵⁰ - الفصل 45 من المرسوم الملكي بمثابة قانون رقم 552.67 بتاريخ 26 رمضان 1388 (17 دجنبر 1968) يتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقى، الجريدة الرسمية عدد، 2931 بتاريخ 1/1/1969، ص.2.

⁵⁵¹ - الفصل 48 من المرسوم الملكي بمثابة قانون رقم 552.67 بتاريخ 26 رمضان 1388 (17 دجنبر 1968) يتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقى: " لا يمكن التخلي على الملكية التامة لأماكن السكنى إلا بعد أداء جميع الأسهم المكتتب بها من لدن جميع الشركاء المستفيدين من برنامج بناء مشترك ينجز بواسطة سلف واحد...."

L313-1 من مدونة الاستهلاك الفرنسية، أن المشرع المغربي تبني جزء من الفقرة ذاتها، رغم أنه لم يتبن حسنات أخرى لها المتعلقة باشتراط أن تكون قيمتها تتجاوز 75000 يورو.

إن البنوك من الناحية العملية عندما تلجأ إلى هذا النوع من القروض، فإنها لا تسلم مبلغ القرض بالكامل للمقترض وإنما تقسّمه على ثلاثة دفعات، كما هو الشأن بالنسبة للقرض العقاري والسياسي أو على دفعتين كما هو معمول به بمؤسسة التجاري وفا بنك متتابعة على الشكل التالي:

34% من مبلغ القرض بالنسبة للدفعة الأولى وذلك استنادا على التقدير الذي يقوم به المهندس المكلف بالبناء.

33% فيما يخص الدفعتين الباقيتين، حيث يتم تسليمها بناء على أساس تقدير وتقرير حول تقدم أشغال البناء مؤسسين من طرف المهندس. هنا يمكن أن يكون مبلغ القرض مخصصا لاقتناء مسكن بالإضافة إلى مصاريف البناء. كما يمكن أن يكون مخصصا فقط لنفقات الإصلاح والصيانة غير أنه من الناحية العملية، غالبا ما تقترن نفقات الإصلاح والصيانة بالقرض المخصص لاقتناء العقار⁵⁵².

إن أهم سؤال يعترض الباحث بخصوص الفقرة 1 من المادة 113 أعلاه، تتعلق بنطاق الحماية، هل تشمل كل القرض أو فقط مبالغ القرض التي صرفت؟ وهل تشمل الفقرة مصاريف المهندس؟ جوابا عن هذا السؤال، قضت الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 15 دجنبر 1993 بخصوص تحديدها لسقف مبلغ القرض الخاضع للحماية في إطار القرض العقاري، أنه يجب اعتبار النفقات وليس مبلغ القرض فقط، وبالتالي تدخل مصاريف المهندس في نطاق الحماية⁵⁵³.

ينهج التشريع الفرنسي نهجا مغايرا للقانون المغربي. حيث إنه إذا كان مبلغ هذه النفقات موضوع الدراسة أقل من 75000 يورو، فالقرض في تلك الحالة يعتبر قرضا استهلاكيا⁵⁵⁴، أما إذا تجاوزت النفقات ذلك السقف، فإن القرض يعتبر قرضا عقاريا⁵⁵⁵. أما إذا كان القرض مخصصا لاقتناء

⁵⁵² - نجاة السعيد، مرجع سابق، ص. 53.

J.Attard, *Contrat de construction d'une maison individuelle : caractère formel du contrôle imposé au prêteur professionnel*, LPA, 01 février 2007, n° 24.

⁵⁵³ - Cass. 1re civ., 15 déc. 1993 : Bull. civ. 1993, I, n° 371 ; Contr.Conc.Consom.1993, comm. 38 ; D. 1994, p. 217, note Davo.

⁵⁵⁴ - Article L312-1.

⁵⁵⁵ - H.H.Darraspen & Salvandy, *incidences sur le crédit immobilier de la loi du 1 er juillet 2010 relative à la réforme du crédit à la consommation*, Revue de droit immobilier, n°4, avril 2011, p.200.

مسكن بالإضافة لنفقات الإصلاح والصيانة، فتتص المادة L313-1 على ارتباط نفقات الصيانة والإصلاح بعقد القرض كما هو معمول به في المؤسسات البنكية، وبالتالي فإن مبلغ هذه النفقات يدخل في نطاق القرض العقاري دون اعتبار لسقف المبلغ⁵⁵⁶. هذا عن النفقات المتعلقة ببناء العقارات المعدة للسكنى أو إصلاحها أو تحسينها أو صيانتها، فماذا عن القرض المخصص لشراء القطع الأرضية المتعلقة ببناء العقارات؟

ب: القرض المخصص لشراء القطع الأرضية المتعلقة ببناء العقارات

نصت الفقرة الثانية من المادة 113 من قانون تدابير حماية المستهلك على أنه يدخل في نطاق القرض العقاري، القرض المخصص لشراء القطع الأرضية المتعلقة ببناء العقارات المعدة للسكن أو المعدة لنشاط مهني وللسكن. إنها نفس الفقرة 2 من المادة L313-1 من مدونة الاستهلاك الفرنسية⁵⁵⁷. علما أن عقد القرض الممنوح من مؤسسة القرض العقاري والسياحي مثلا المسمى ب: "إسكان أرض" والمخصص لشراء أرض لبناء مسكن لا يتجاوز 150000 درهم. حيث إن تمويل المؤسسة البنكية هو في حدود 75% من المبلغ المحتمل لثمن البيع⁵⁵⁸. ويرجع ذلك إلى التقيد بمقتضيات الفصل 21 من المرسوم الملكي، الذي هو بمثابة قانون يتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقي الذي ينص على أنه "تمنح مؤسسات القرض المقبولة سلفات للبناء معدة للمساعدة على تشييد أو توسيع بنايات تستعمل خصيصا للسكنى. لا يمكن أن تتجاوز هذه السلفات 75 في المائة من القيمة التقديرية للرهن الحيازي، التي تحددها مؤسسة القرض المقبولة مع مراعاة مقتضيات الفصل الثاني والعشرين". كما تنص المادة 26 من المرسوم المذكور على أنه: "يحدد وزير المالية بموجب قرار الشروط الواجب التوفر عليها للاستفادة من سلفات تتجاوز 75 في المائة من القيمة التقديرية وللإستفادة من ضمان الدولة عملا بالمقتضيات السابقة، كما يحدد شروط منح وسحب المبالغ المرجعة من الفوائد ومقدارها ومدتها".

⁵⁵⁶ - H.H.Darraspen & Salvandy, Art.cit, p.196.

"إن أي مقترض عقاري هو مطالب بتقديم مساهمة شخصية، تلك المساهمة الشخصية هي ضرورية وتعكس المتطلبات المصرفية والنقدية على حد سواء، من حيث التقنية المصرفية، يتعلق الأمر بضبط مبلغ القرض مع القدرة على سداه من طرف المقترض، بالإضافة إلى إعطاء نوع من الضمان للمصرفي إذا ما اضطر لاحقا لبيع المبنى؛ من الناحية النقدية، شرط المساهمة الشخصية هو مكمل للانتماء الممنوح، في كثير من الحالات، تلك المساهمة هو فعل عفوي للمساهم، يحاول من خلاله إراديا الحد من عبء السداد في المستقبل وهو في كثير من الحالات مفروض من الأنظمة الجاري بها العمل".

Voir également : Guy.Raymond, *crédit immobilier*, Art.cit , p.11.

⁵⁵⁷ - Guy.Raymond, op.cit, p.344.

⁵⁵⁸ - تقنية المساهمة الأولية وضعت لأجل توزيع جهد جمع أموال القرض وتوزيع المخاطر، ما بين المقترض العقاري والمؤسسة المقرضة، في نسب عادة ما تكون لصالح المستهلك.

A.Couret, *la distribution du crédit immobilier*, in : Ibrahim.Fadllallah, *le droit du crédit au consommateur*, Litec Droit, Paris, 1982., p.227.

G.Petit-Dutailis, *le risque du crédit bancaire*, C.L.E.T Edition Banque, paris, 1981.

هذا ومن الملاحظ أن مدة هذا القرض لا تتجاوز تسديده 7 سنوات كحد أقصى للتسديد، على خلاف باقي القروض العقارية، التي تصل مدة التسديد في هذه المؤسسة إلى 25 سنة⁵⁵⁹. إنها مقتضيات في ظاهرها تحد من استدانة المستهلك العقاري، وتجسد في جوهرها فكرة الدولة النازمة للقطاع البنكي والمنافسة في آن واحد، التي تتصرف في الفائدة بحسب ما يحلو لها. بطبيعة الحال، تغيرت تلك الوضعية نظريا مع قانون تدابير حماية المستهلك، وأصبحت تخضع البنود المختلفة لمقتضيات حماية الشروط التعسفية، كما سنتطرق إليه فيما سيلي في هذه الأطروحة. هذا عن القرض العقاري كآلية لتمويل شراء العقار، فماذا عن تمويل كرائه؟

ثانيا : القرض العقاري كآلية لتمويل كراء العقار

نصت المادة 135 من قانون تدابير حماية المستهلك والمشباهة للمادة 53-313 L من مدونة الاستهلاك الفرنسية، على أن عقود الإيجار المفضي للبيع أو الإيجار المقرون بوعده البيع أو الإيجار مع خيار الشراء والمتعلقة بالعقارات المشار إليها في البند 1 من المادة 113 المتعلقة بالعقارات المعدة للسكن أو المعدة لنشاط مهني وللسكن تخضع لباب القرض العقاري مع مراعاة الاستثناءات الواردة في المادة 114 من قانون تدابير المستهلك، والتي سنتناولها بالدراسة أسفله.

إن المقصود بعقود الإيجار، عقود الائتمان الإيجاري المشهورة تحت مصطلح « Leasing » أو « Crédit-bail » أو ما كان يعرف بالإيجار المالي Location financière . تلك العقود ذات الأصول الأنجلو أمريكية⁵⁶⁰ متداولة بكثرة في المجال الاقتصادي، تعرف أيضا بالعقود المنتهية ب Les contrats en ING⁵⁶¹. هذا وقد نصت في هذا الإطار الفقرة الثانية من المادة 3 من قانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان، أن عقد الائتمان الإيجاري هو عملية ائتمانية.

كما أوضحت المادة 4 من القانون المذكور، أنه تشمل عمليات الائتمان الإيجاري المشار إليه في المادة 3 أعلاه أن: "العمليات التي تقوم بموجبها منشأة بإيجار عقارات تكون قد اشترتها أو بنتها لحسابها، إذا كان من شأن هذه العمليات، كيفما كان تكييفها أن تمكن المستأجر من أن يصبح مالكا لكل أو بعض الممتلكات المستأجرة عن انتهاء عقد الإيجار كأقصى أجل".

⁵⁵⁹ - La politique de l'allongement de la durée du crédit a été largement pratiquée par les états unis, l'Allemagne ou le Royaume uni. On est passé de moins de 10 ans à des durées qui atteignent 20, voire 30 ans. Alain.Couret, la distribution du crédit immobilier, art.cit , p.227.

⁵⁶⁰ - عقد الائتمان الإيجاري من أصل أمريكي.

Marc.Heinis, Crédit-bail immobilier: l'exercice de déduction des préloyers par le preneur, LPA, 15 novembre 2002, n° 229, p.18.

⁵⁶¹ - امحمد بريدة غزيول، عقد الائتمان الإيجاري على المنقولات بين الفقه والقضاء، سلسلة المعارف التجارية، دار النشر المعرفة، الرباط، الطبعة الأولى، 1998، ص.13.

هنا يشكل كراء العقارات تقنية تمويل عن طريق القرض، إذ يمكن هذا الكراء المكثري من رخصة اكتساب ملكية العقار⁵⁶². لهذا السبب فإن المشرع المغربي وضمانا لحماية المقترض فيما يخص عملية الكراء، نص على خضوعها لمقتضيات الباب المتعلق بالقرض العقاري⁵⁶³ حتى تستفيد القروض المقدمة لتمويل العقود المتعلقة بالكراء من نطاق الحماية. علما، أنه يجب أن يكون الكراء متعلقا بعقارات معدة للاستعمال السكني أو معدة لنشاط مهني والسكن.

هذا وقد سبق أن نظم المشرع قواعد الإيجار المفضي إلى تملك العقار في قانون خاص، يتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار⁵⁶⁴. ويبدو أن مشرع قانون تدابير حماية المستهلك أغفل الإشارة إليه أو توحيد مصطلحات الكراء معه. حيث نجد أن العقود المتعلقة بالكراء غير المشمولة بمفهوم القروض الاستهلاكية وهي تضم كل من عقد الإيجار المفضي للبيع (1) والإيجار المقرون بوعد البيع (2) والإيجار مع خيار الشراء (3).

1- عقد الإيجار المفضي للبيع

إن عقد الإيجار المفضي للبيع هو حاليا من العقود المسماة التي نظمها المشرع. وقد عرفه أحد الفقهاء بأنه اتفاق على أن يكري شخص منقولا أو عقارا لمدة معينة لشخص آخر، مقابل وجبة كرائية تدفع على عدة أقساط. حيث تشمل هذه الأخيرة ثمن الكراء وجزءا من الثمن، حيث إن ملكية العقار تنتقل للمكثري بمجرد أداء القسط الأخير⁵⁶⁵. هنا يمكن من خلال ذلك التعريف استخلاص الخصائص التالية التي تميز هذا العقد.

يتميز عقد الإيجار المفضي للبيع، بأنه عقد مركب يحتوي على أكثر من عملية قانونية تقليدية، تلتحم فيما بينها وتكون كلا لا يتجزأ. إنه عملية مركبة وليس مجرد عقد وحيد⁵⁶⁶. يتعلق الأمر بعقد يدمج عقد كراء وعقد بيع، إذ تؤدي أقساط الكراء مع الاحتفاظ بالملكية. هذه هي الصفة المشتركة بين كل عقود الكراء المؤدية لاكتساب الملكية. غير أن هذا التشابه لا يبرر إطلاق هذه التسمية على جميع العقود المشابهة⁵⁶⁷. فلكل عقد خصائصه التي تميزه واستعمال المشرع لكل الصيغ ما هو إلا تكريس لهذا الرأي، حتى لا تخرج أية صيغة من صيغ الكراء من نطاق الحماية.

⁵⁶² - Véronique.Legrand, *le crédit en clair*, éditions ellipses, 2010, p.85.

⁵⁶³ - المادة 135 وما يليها من قانون تدابير حماية المستهلك.

⁵⁶⁴ - يتعلق الأمر بالظهير الشريف رقم 1.03.202 صادر في 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي تملك العقار بالقانون، جريدة رسمية عدد 5172 بتاريخ فاتح ذي القعدة 1424 (25 ديسمبر 2003)، ص 4375.

⁵⁶⁵ - Alain.Durance, *Location-accession à la propriété immobilière*, Rép.Civ.Dalloz, septembre 2004, p.5&S.

⁵⁶⁶ - محمد برادة غزوي، مرجع سابق، ص.13.

⁵⁶⁷ - Rose.Noelle.Schutz, *location-vente*, Rép.Civ, Dalloz, février, 1999, p.7 et S.

ويضم الإيجار المفضي للبيع طرفين: البائع المستقبلي والمشتري المستقبلي. تلك نقطة الاختلاف بينه وبين الائتمان الإيجاري العقاري. كما يتم نقل الملكية للمكثري في الإيجار المفضي للبيع، في معظم الأحيان بصفة تلقائية، أي بمجرد انتهاء مدة الكراء المتفق عليها بين الطرفين أو بمجرد أداء الأقساط الدورية، التي تضمن أجرة الانتفاع بالشيء وجزءاً من ثمن البيع.

إن عقد الإيجار المفضي للبيع، هو عقد غرضه الأساسي تحقيق عملية بيع للعقار المكثري من خلال أداءات شهرية. فبمجرد انتهاء الأقساط الشهرية المتفق عليها بين الطرفين، والتي تضم أجرة كراء العقار وجزءاً من ثمنه، يتم نقل ملكية العقار للمكثري، دون أن يتوقف ذلك على أي شرط أو قيد، عكس الصيغتين من الكراء المؤدي لملكية العقار والتي سوف نتناول أولها وهي الإيجار المقرون بوعده البيع.

2- الإيجار المقرون بوعده البيع

الإيجار المقرون بوعده البيع هو اتفاق يجمع بين عقد كراء ووعده بالبيع، بحيث إن لكلا العقدين نفس مدة السريان⁵⁶⁸. إذ يتعهد المؤجر للمستأجر بأن ينقل له ملكية الشيء محل التعاقد في نهاية مدة الإيجار، إذا وفى بالأقساط المتفق عليها في مواعيدها، ولا يكون لهذا الانتقال أثر رجعي⁵⁶⁹. غير أن هذا البيع أو انتقال الملكية إلى المكثري عنصر ثانوي يتوقف على وفاء الواعد بوعده، وإعلان الموعد له رغبته في الحصول على الوعد⁵⁷⁰.

إن للمستفيد بعد حلول أجل الخيار في الوعد بالبيع، أن يختار اقتناء العقار. وفي هذه الحالة، فإن جميع الأداءات التي كان يؤديها المكثري قبل رفع هذا الخيار تخصم من ثمن المبيع، وأخص بالذكر الأجرة الإضافية عن ثمن الانتفاع، بالإضافة إلى التعويضات عن تجميد العقار والضمانة الموضوعية لضمان أداء الوجيبة الكرائية⁵⁷¹.

أما بخصوص التمييز بين عقد الإيجار المفضي للبيع والإيجار المقرون بوعده البيع: فإنه على الرغم من أن الإيجار المفضي للبيع والإيجار المقرون بوعده البيع، لهما نقط تشابه من حيث أن العقد هو عقد كراء في أول الأمر، يتحول إلى عقد شراء بالإضافة إلى أنه يربط بين طرفين، حيث لا يمنع ذلك من وجود عدة نقاط اختلاف بين العقدين نخص بالذكر منها: إعتبار الإيجار المفضي للبيع بيعاً، وإن كان العقد مسبقاً بعقد كراء. أما في الإيجار المقترن بوعده البيع يقصد الطرفان الإيجار أولاً، ولا يعد بيعاً إلا بعد وفاء المكثري بوعده وإبداء المكثري رغبته في إبرام عقد البيع. في الإيجار المفضي للبيع لا يمكن الفصل بين كل من عقد الكراء والبيع، في حين أن الإيجار

⁵⁶⁸ - Alain.Durance, Art.cit , p.5.

⁵⁶⁹ - حمدي احمد سعد احمد، مرجع سابق، ص.148.

⁵⁷⁰ - حمدي احمد سعد احمد، مرجع سابق، ص.148.

⁵⁷¹ - نجاة السعيد، مرجع سابق، ص.57.

المقرون بوعد البيع يمكن الفصل بين عملية الإيجار وعملية الوعد بالبيع، إذ يظل كل عقد خاضعا لنظامه القانوني. إن أهم اختلاف بين العقدين، أنه في الإيجار المفضي للبيع، يتحول العقد بشكل تلقائي لبيع، في حين أنه في عقد الإيجار المقرون بوعد البيع لابد من وفاء الواعد بوعده وموافقة المكثري في الحصول على الوعد. هذا عن الإيجار المقرون بوعد البيع، فماذا عن الإيجار مع خيار الشراء؟

3- الإيجار مع خيار الشراء

يشمل نطاق الحماية في عقد القرض العقاري من حيث الموضوع، الإيجار مع خيار الشراء، إذ يتفق المتعاقدان على إيجار العقار والتزام المكثري بدفع أقساطه مع احتفاظه بخيار شراء العقار عند إبرام عقد الإيجار وتحديد المقابل الذي سوف يتم الحصول عليه مقابل تملك العقار. تجدر الإشارة أن هناك من اعتبر هذا العقد صورة عن الإيجار المقرون بوعد بالبيع⁵⁷². يتميز القرض العقاري الممول لعمليات الإيجار بمجموعة من الخصوصيات أهمها؛ أنها لا يمكن الحديث في إطار هذه العقود عن الفوائد البنكية⁵⁷³ الناتجة عنها. هذا وقد نص المشرع لحماية المستهلك على مجموعة من مقتضيات، التي تخص عقود الائتمان الإيجاري تضمن للمستهلكين هذه الحماية في إطار مقتضيات القرض العقاري، وذلك ما سوف تتم الإشارة له في إطار الباب الثاني، لكن قبل ذلك يجدر في إطار تحديد نطاق الحماية توضيح الاستثناءات الواردة على المادة 113 من قانون تدابير حماية المستهلك.

المطلب الثاني: العمليات المستثناة من نطاق التطبيق

جاء في المادة 114 من قانون تدابير حماية المستهلك: "تستثنى من نطاق تطبيق هذا الباب - باب القرض العقاري:

- 1- القروض الممنوحة لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام؛
- 2- القروض المخصصة، كيفما كان شكلها، لتمويل نشاط مهني، ولاسيما نشاط الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يقدمون، بصورة اعتيادية أو على سبيل التبعية لنشاط آخر أو بموجب غرض الشركة أو بأي وجه من الوجوه، عقارات أو أجزاء من عقارات مبنية أو غير مبنية، منتهية أشغالها أو غير منتهية، جماعية أو فردية وذلك لأجل التملك أو الانتفاع". هكذا يمكن حصر أو إجمال تلك الاستثناءات بحسب ما إذا تعلق الأمر باستثناءات بسبب شخصية الأطراف (الفقرة

⁵⁷² - نجاة السعيد، مرجع سابق، ص153.

⁵⁷³ - راجع بخصوص الفوائد البنكية: محمد الفروجي، الفوائد البنكية بين السعر القانوني والسعر الاتفاقي للفوائد في الميدانين المدني والتجاري، سلسلة القانون والممارسة القضائية، العدد 1، 2003، منشورات المجلة المغربية لقانون العمال والمقاولات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003.

الأولى) أو بسبب طبيعة العملية الممولة (الفقرة الثانية) والاستثناءات ذات الطابع المهني (الفقرة الثالثة)

الفقرة الأولى: الاستثناءات بسبب شخصية الأطراف

جاء في الفقرة الأولى من المادة 114 من قانون تدابير حماية المستهلك، أن الأشخاص المعنويين الخاضعون للقانون العام مستثنون من تطبيق مقتضيات باب القرض العقاري. وفعل حسنا ما قام به المشرع باستثناء أشخاص القانون العام، مادام أن سبب نزول القانون هو حماية الأشخاص الذاتيين، وبالتالي لا داعي لإدخال تلك الأشخاص المعنوية الإدارية⁵⁷⁴ ضمن نطاق الحماية. فالدولة والسلطات المحلية والمؤسسات العامة تخضع لقواعد محاسبة صارمة، بما فيه الكفاية، بحيث هي في غير حاجة لتدابير وقائية إضافية⁵⁷⁵. اعتمد الاجتهاد القضائي الفرنسي على مفهوم الشخصية المعنوية ووسع دائرة استثناء التطبيق إلى الكيانات المعنوية للقانون الخاص، انطلاقاً من فكرة النشاط المهني؛ حيث اعتبرت الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية أنه "يشكل نشاطاً مهنيًا نشاط شخص معنوي، إذا كان غرض الشركة هو تقديم تحت أي شكل كان عقارات للتملك أو الانتفاع، بغض النظر عن عدد العقارات التي ترتبط بهذا النشاط"⁵⁷⁶. لكن لا يبدو من صياغة الفصل 114 أن المشرع المغربي أخذ هذا المنحى، بحرمان الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص من الحماية التي توفرها مقتضيات الباب العقاري في قانون تدابير حماية المستهلك، بدليل استعماله عبارة: يقصد بالمستهلك كل شخص معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتجات أو سلع أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي، وقد أتى بيان ذلك في المادة 2 من القانون المذكور. حيث سبق للمشرع الفرنسي في المادة 2° L311-1 من مدونة الاستهلاك الفرنسية، بموجب قانون فاتح يوليو 2011 ساري المفعول من تاريخ فاتح ماي 2011 قصر المستهلك على الشخص الطبيعي. هذا عن الاستثناءات من مفهوم القرض العقاري بسبب شخصية الأطراف ، فماذا عن الاستثناءات بسبب طبيعة العملية الممولة ؟

⁵⁷⁴ - تطلق الشخصية المعنوية في القانون على كل مجموعة من الأشخاص، تستهدف غرضاً مشتركاً أو مجموعة من الأموال ترمي لتحقيق غرض معين، فتصبح هذه المجموعة من الأفراد أو الأموال في حد ذاتها من عداد الأشخاص القانونية لتمتعها بالشخصية المعنوية المستقلة أي أنها تصبح متمتعة بالأهلية القانونية تماماً كالأشخاص الطبيعيين، فتكون أهلاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وعليه فإن الشخص المعنوي يمكنه التملك والتعاقد والتقاضي، شأنه في ذلك شأن الأشخاص الطبيعيين تماماً. - مليكة الصروخ، القانون الإداري، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة السادسة، 2006، ص.63.

⁵⁷⁵ - Guy.Raymond, *crédit immobilier*, Art.cit , p.13.

J.Bossan, La considération de la personne du créancier, LPA, 03 mars 2008, n° 45.

⁵⁷⁶ - Cass. 1re civ., 10 févr. 1993 : Bull. civ. 1993, I, n° 71 ; J.C.P N 1993, II, p. 233, note Gourio ; J.C.P G 1993, IV, n° 948.

الفقرة الثانية: الاستثناءات بسبب طبيعة العملية الممولة

إن اقتناء ملكية عقار تختلف عن كرائه، حيث يسمح هذا الأخير بالانتفاع بعقار مؤقتا وليس تملك ذلك الانتفاع⁵⁷⁷. إن أهم إشكال عملي يثار في المملكة يتعلق بإرتباط عقد الكراء بعقد الرهن، الذي هو تقنية سارية الاستعمال في العديد من المدن المغربية. فقد يتشابه عقد الكراء مع عقود أخرى قد تكتسب بعض الصبغة العقارية مع طابع الائتمان بها، لكن محاكم الموضوع تفصل بينهما. جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بتازة صادر بتاريخ 2012/6/28 : " إن أسباب الاستئناف غير وجيهة لعدم ارتباط عقد السلف صراحة مع عقد الكراء والرهن، إن العقد شريعة المتعاقدين"⁵⁷⁸.

تعد طبيعة العملية الممولة أهم معيار للفرقة بين القرض العقاري والقروض الاستهلاكية، رغم أن ذلك المعيار مثلا عرف بعض التغيير في القانون الفرنسي على سبيل المثال فالمادة L 312-2 من مدونة الاستهلاك الفرنسية عرفت إعادة صياغتها لأجل وضوح أكبر. حيث تم إضافة أداة الربط "و" بين مصطلح " لأجل غرض مهني " ومصطلح " لأجل غرض سكني " من أجل محتوى أوضح للعقارات ذات الطبيعة المختلفة⁵⁷⁹. هذا عن الاستثناءات بسبب طبيعة العملية الممولة، فماذا عن الاستثناءات بسبب الطابع المهني؟

الفقرة الثالثة: الاستثناءات ذات الطابع المهني

لقد استتنتت الفقرة الثانية من المادة 114 من قانون تدابير حماية المستهلك القروض المخصصة كيفما كان شكلها. و سنتطرق لبعض الحالات المشار إليها في تلك المادة ويتعلق الأمر ب :

- حالة الاقتناء لأغراض مهنية (أولا)
- حالة النشاط المهني (ثانيا)
- حالة النشاط التجاري (ثالثا)

أولا: بالنسبة للاقتناء لأغراض مهنية

سبق أن ذكرنا أن العقارات لكي تدخل في نطاق الحماية يجب أن تكون مخصصة للسكن. هذه النقطة تثير جدلا، ذلك أنه إذا كان القانون يسعى لحماية أولئك الذين يعملون كأفراد، فليس الهدف منه المس باستقرار المعاملات العقارية وتشجيع التلاعبات غير النزيهة كما هو الحال بالنسبة للفصل 114 من قانون تدابير حماية المستهلك حينما اعتمد معيار النشاط المهني لإقصائه من

⁵⁷⁷ - Guy.Raymond, *crédit immobilier*, Art.cit, p.14.

⁵⁷⁸ - قرار محكمة الاستئناف بتازة، صادر بتاريخ 2012/6/28، ملف كراء مدني رقم 2012/261، غير منشور.

⁵⁷⁹ - Henri.Hengas.Darraspen, *incidences sur crédit à la consommation*, revue de droit immobilier, 2011, p.200.

الحماية مع التركيز بشكل خاص على الغرض الاجتماعي للشخص الاعتباري. لأجله يجدر تحليل النشاط المهني كمعيار، لاستثناء العملية من الحماية.

ثانيا: النشاط المهني

يجب أن يكون المبنى غير مخصص للنشاط المهني أي أن يكون مخصصا للسكن البشري للاستفادة من الحماية. ولا يشمل ذلك بالضرورة المباني المخصصة لنشاط مهني. حيث سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن رفضت استفادة شركة من المقتضيات الحمائية للمقترض العقاري، لأن القرض مخصص لتمويل اقتناء عقار بقصد جعله مكتبا. كما لا تستفيد من تلك المقتضيات القروض المخصصة لتمويل إنشاء منشآت مقولة أو مصنع⁵⁸⁰.

جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2013/11/12 : " وحيث إنه بخصوص خرق المادة 105 من قانون 31-08 بسن تدابير لحماية المستهلك ، فإنه بالرجوع إلى المادة 75 من هذا القانون يتبين أنها جاءت تنص على أنه يستثنى من نطاق تطبيق هذا الباب (القروض الاستهلاكية) القروض المخصصة لتمويل حاجيات نشاط مهني، وأنه طالما أن العقد مناط النزاع قد جاء في الفصل 2 منه على أنه مخصص لتمويل إنشاء مركز Centre d'amincissement والذي هو نشاط مهني، فإنه يبقى غير خاضع لأحكام القانون أعلاه وبالتالي فإنه لا جدوى من الاحتجاج بخرق مقتضياته"⁵⁸¹. لقد صادفت المحكمة الصواب باستثناء القرض من الحماية وإن أخطأت تصنيفه ضمن القروض الاستهلاكية، لأن الأمر يدخل في نطاق القروض العقارية، ولو وصفه الأطراف بخلاف ذلك. في جميع الأحوال، في حالة الشك حول الغرض من هذه العملية، من الممكن تكليف من يدعي أن القرض مهني، بإثبات أن عملية الشراء قد تمت لأغراض مهنية.

وفي غياب ذلك، جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3 ماي 1994، يمكن للمحكمة أن تستدل من الوقائع المعروضة عليها ما إذا تم اقتناء العقار لأغراض مهنية⁵⁸². علما أنه يتم في العادة استقاء الإثبات من الإشارة الواردة في العقد، فيما يخص الغرض من العملية العقارية⁵⁸³. هذا عن النشاط المهني، فماذا عن النشاط التجاري كسبب لاستثناء القرض من الحماية ؟

⁵⁸⁰ -Cass. 1re civ., 26 mai 1993 : J.C.P N 1994, p. 26, note G. Raymond ; RJDA 1993, n° 665.

⁵⁸¹ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، عدد 2013/4765، صادر بتاريخ 2013/11/12، ملف عدد 8/2013/1056، غير منشور.

⁵⁸² - Cass. Com., 3 mai 1994 : Contrats, conc. Consom. 1994, comm. 183.

⁵⁸³ - Guy.Raymond, crédit immobilier, Art.cit, p.15.

ثالثا: النشاط التجاري

يعد النشاط التجاري العقاري في حد ذاته نشاطا مهنيا لكنه يتميز عنه بتكليفات مدونة التجارة والآثار الضريبية المختلفة. يهدف استبعاد النشاط التجاري العقاري من حماية قانون تدابير حماية المستهلك إلى إقصاء قروض تمويل أنشطة الشركات، سواء كانت تلك الشركات منعشة عقارية أو غير ذلك. حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بهذا الخصوص، في قرار لها بتاريخ 10 فبراير 1993 أن شركة العقارات المدنية ذات الهدف الاجتماعي المتمثل في توفير ملكية عقارات أو الانتفاع بها، تحت أي شكل كان، لا يمكنها أن تستفيد من مقتضيات المادة 1-312 L. وما يليها من مدونة الاستهلاك وذلك بغض النظر عن عدد من المباني التي كان عملها ينصب عليها⁵⁸⁴. كما جاء عن نفس محكمة النقض في قرارها بتاريخ 20 مارس 2007، أن أحكام المادتين 1-312 L. وما يليها من مدونة الاستهلاك لا تنطبق، عندما يهدف قرض النقود إلى تمويل حصص شركة هدفها اقتناء وتجهيز فندق⁵⁸⁵. وجاء أيضا في قرار الغرفة المدنية لتلك المحكمة بتاريخ 26 يناير 1999 استبعادها للحماية موضحة أنه لا يهم عدد العقارات المعنية بالنشاط المهني وأن القرض الممنوح لشركة هدفها شراء وكرأ شقة واحدة كاف لاستبعاد العملية من نطاق الحماية⁵⁸⁶. هذا عن عنصر النشاط التجاري، كسبب لاستثناء القرض العقاري من الحماية، فماذا عن الحالات المختلطة؟

رابعا: العقارات ذات الطبيعة المختلطة

تثير العقارات ذات الطابع المختلط أكبر الصعوبات بالنسبة للقضاء، فمع صمت المادة 114 من قانون تدابير حماية المستهلك، لا بد من إيجاد معيار التفرقة بين ما يراد للسكن والذي يخصص للمهنة؟ تعتمد محاكم فرنسا على معيار يركز على ما تنص عليه المادة 1-242 L. من مدونة البناء، التي توجب أن لا تقل النسبة المخصصة للسكن عن 10٪ من مساحة المبنى. بينما لم يشترط الاجتهاد القضائي الفرنسي أي نسبة لتحديد ما إذا كان المبنى متعدد الاستخدامات، وقد بلورت محكمة النقض الفرنسية معيارين لتقييم طبيعة العقار، هما :

- الفرع يتبع الأصل: هنا تبحث محكمة النقض ما إذا كانت المباني السكنية، مباني ملحقة بالمباني المهنية. وإذا كان الأمر كذلك، يجب أن تستعير الأولى الطبيعة القانونية للثانية؛

⁵⁸⁴ - Cass. 1re civ., 10 févr. 1993 : JCP N 1993, II, p. 233, note Gourio ; Bull. civ.1993, I, n° 71 ; JCP G 1993, IV, n° 948.

⁵⁸⁵ - Cass. 1re civ., 20 mars 2007 : JurisData n° 2007-038073 ; Contrats, conc. consom. 2007, comm. 159, 1re esp., obs. G. Raymond ; D. 2007, p. 1077, obs. C. Rondey. - Cass. 1re civ., 14 juin 2007 : D. 2007, p. 1869, obs. C. Rondey.

⁵⁸⁶ - Cass.1^{er} civ. 10 février .1993, N°91-12.382, bull. civ. I, n°71.

- معيار النشاط المهني: حيث تبحث محكمة النقض عن النشاط المقصود بالقرض التمويلي⁵⁸⁷.

هذا وبعد أن تحدثنا بإسهاب عن نطاق الخدمات البنكية الائتمانية، يتعين دراسة نطاق الخدمات البنكية غير الائتمانية.

الفصل الثاني: الخدمات البنكية غير الائتمانية

تقوم الأبنك إلى جانب نشاطها الأصيل (الودائع المصرفية، الحسابات والاعتمادات المصرفية...) بأعمال أخرى، مما يقوم به أي وكيل عادي لا يحترف عمليات البنوك. لأن هذه الأعمال الأخرى تتصل بنشاطها المصرفي الأصيل، كما لا تكلف البنك جهدا كبيرا أو نفقة خاصة، إذ يملك الوسائل والإمكانات اللازمة لتنفيذها، ويستهدف بها إرضاء العملاء والإبقاء عليهم واجتذاب عملاء آخرين. حيث يستريح العميل كثيرا متى عهد بكافة العمليات المتصلة بنشاطه المالي إلى بنك واحد. ويلاحظ إلى جانب ذلك، أن تلك الخدمات التي يقدمها البنك لعملائه لا تعد أعمالا تبرعية من جانبه ولو كانت مجانية. وذلك نظرا لأنه يستهدف بها زيادة عملياته الأصلية، فضلا على أنه ليس من طبيعة نشاطه أن يقوم بأعمال التبرع، لأن التجارة- وهي حرفته- لا تعرف، بحسب طبيعتها ذلك. وتنعد مسؤولية البنك بمناسبة قيامه بهذه الخدمات، وهذه المسؤولية تخضع في أحكامها لقواعد تختلف باختلاف كل خدمة من تلك الخدمات.

إنه من الصعب أن تحصر خدمات البنك في تعداد محدد، ولكن الغالب فيها أن تكون تحصيل حقوق عملائه لدى الغير أو القيام بوفاء ديونهم أو خدمة أوراقهم المالية المودعة لديه أي تحصيل أرباحها أو قبض مقابل استهلاكها أو بيعها أو شراء أوراق لحساب العملاء أو المساعدة في تنفيذ اكتتاب في أسهم شركة تحت التأسيس أو أسهم زيادة رأس مال شركة قائمة لحساب تلك الشركة. هذا وقد حددت المادة 1 من قانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان نطاق أنشطة مؤسسات الائتمان في ثلاث عمليات بنكية، هي تسلم أموال من العموم وتوزيع الائتمان وتدبير وسائل الأداء.

في حين حددت المادة 7 من نفس القانون لائحة العمليات المرتبطة (خدمات الاستثمار، عملية الصرف، الاكتتاب...) ⁵⁸⁸. وتعد الخدمات الملحقة مظهرا لتنوع الخدمات البنكية وتقدمها مؤسسات الائتمان لزبنائها، رغم أنها لا تدخل في نطاق الاحتكار الذي تتمتع به في مجال العمليات البنكية. حيث تكون تلك العمليات مرتبطة أساسا بعمليات البنك، حيث يمكن التمييز بين الخدمات المتعلقة بالقيم المنقولة أو خدمات الإخبار والنصح ووضع الصناديق رهن الإشارة أو حتى الخدمات البنكية

⁵⁸⁷ - Guy.Raymond, *crédit immobilier*, Art.cit , p.16.

⁵⁸⁸ - K.M'Hammed, *le système bancaire marocain et son environnement*, imprimerie élite, Rabat, avril 2008, p.17.

والمالية الدولية⁵⁸⁹. كما يتدخل البنك كمؤمن على الودائع التي يبقيها الزبناء لديه وكذا في تحويلات تلك الأموال بتنفيذ أوامر الأداء الصادرة عن زبنائه أو على العكس بقيامه بتحصيلات لفائدته، نجده أساسا من بين أوامر الأداء والتحويل. في حين أن الاستخلاصات تنصب أساسا على الشيكات والأوراق التجارية⁵⁹⁰، علما أن هناك خدمات أخرى من قبيل إيجار الخزائن الحديدية، وهي الخدمات التي تقدمها المصارف بقبولها إيداع مستندات العملاء كوديعة لديها، وقيامها بتأجير خزائنها لهم، يحفظون فيها ما يشاؤون من أوراق ونفائس⁵⁹¹. وتوجد إلى جانب ذلك خدمة تقديم المعلومات. لأجله يجدر بنا دراسة خدمات الأداء (الفرع الأول) وتحصيل الشيكات والأوراق التجارية (الفرع الثاني) وإيجار الخزائن الحديدية (الفرع الثالث) وإعطاء المعلومات المالية والتجارية (الفرع الرابع)

الفرع الأول: خدمات الأداء

ظلت الأداءات والتحصيلات المنجزة لصالح الزبناء من طرف المؤسسات البنكية إلى زمن قريب مرتبطة بالحساب الذي من خلاله تتم العملية، ليس فقط تقنيا ولكن أيضا قانونيا. وقد اعتبرت تلك الخدمات فقط كعمليات بالحساب، بعض تلك الوسائل من قبيل الأوراق التجارية الموطنة والشيكات المسحوبة أو المحصلة، أضيفت إليها بطاقات الأداء التي كانت تعد وسائل مستقلة، رغم أنها كانت تسمح بتسجيل العملية في حساب الزبون⁵⁹². لقد أدخل التشريع الأوروبي الحديث (القواعد التوجيهية رقم CE 64/2007 و رقم 110/2009 بتاريخ 13 نونبر 2007 حول خدمات الأداء في السوق الداخلي ورقم CE 110/2009 بتاريخ 16 نونبر 2009 المتعلقة بالولوج إلى نشاط النقد الإلكتروني ومزاويلته) رغبة منه لملاءمة القواعد المطبقة على الأداءات، باعتبارها شرطا لتوحيد سوق الأموال والخدمات، مفهوم خدمة الأداء وأقر بالخصوصية القانونية لتقنيات الأداء. وقد حددت الخصوصية في المجال المؤسساتي المالي من خلال: مؤسسة الأداء ومؤسسة النقد الإلكتروني، التي تعد شكلا مختلفا عن الأولى. وتتجسد الخصوصية في تعريف قواعد مشتركة مطبقة على مجمل تقنيات الأداء والتي لا تتجلى في إنشاء سند من قبيل التحويلات وتفرعاتها، الاقتطاعات والأداءات بواسطة البطاقات⁵⁹³. على الرغم من صعوبة حصر خدمات البنك في تعداد محدد، فإن الغالب أن يكون تحصيل حقوق عملائه لدى الغير أو القيام بوفاء ديونهم أو خدمة

⁵⁸⁹ - G.Decocoq & Y.Gérard & J.Morel-Maroger, *droit bancaire*, RB édition, 2010, p.321.

⁵⁹⁰ -A.Shmitt & E.Omes, *op.cit* , p.93.

⁵⁹¹ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص.716 و717.

⁵⁹² - Ch.Gavalda & J.Stoufflet, *op.cit* , p.657.

⁵⁹³ - Ibid.

أوراقهم المالية المودعة لديه أي تحصيل أرباحها أو قبض مقابل استهلاكها أو بيعها أو شراء أوراق
لحساب العملاء⁵⁹⁴.

هذا وقد أدرجت المادة 1-311 L من المدونة النقدية والمالية الفرنسية خدمات الأداء البنكية ضمن
المعاملات المصرفية⁵⁹⁵. في حين عرفت المادة 2-3-133 L من تلك المدونة خدمات الأداء على
الشكل التالي « تعرف عملية الأداء بكونها عمل يهدف إلى إيداع، تحويل أو سحب أموال، بغض
النظر عن أي التزام أصلي بين الأمر بالأداء والمستفيد، يأمر به الأمر بالأداء أو المستفيد. يمكن
الأمر بعملية الأداء:

- من طرف الأمر بالأداء: الذي يعطي أمرا بالأداء إلى مقدم خدمة الأداء.
- من طرف الأمر بالأداء: الذي يعطي أمرا بالأداء عن طريق المستفيد، الذي بعد حيازته للأمر
بالأداء من الأمر، يحوله إلى مقدم خدمات الأداء للأمر، بما فيها عبر مقدم الخدمات الخاص به.
- من طرف المستفيد: الذي يعطي أمرا بالأداء لمقدم خدمات الأداء الخاص بالأمر بالأداء،
مستندا على قبوله الأمر بالأداء لفائدته، بما في ذلك بواسطة مقدم خدمات الأداء الخاص به «⁵⁹⁶.

أما على الصعيد المغربي، فقد عرف الفصل الأول من قرار المدير العام للمالية المؤرخ في
فاتح يونيو 1940 المحدد للعمليات الممنوعة أو المرخص بها وسائل الأداء بأنها: "القطع النقدية
المغربية والفرنسية والاستعمارية أو الأجنبية وأوراق البنك المغربي والأوراق الفرنسية
والاستعمارية أو الأجنبية والشيكات وخطابات الاعتماد والكمبيالات والأوراق التي لها قيمة مالية
وجميع الديون الأخرى المؤداة، بمجرد الاطلاع عليها أو لأمد قصير من نفس الشكل، كيفما كان
النقد الذي حررت به، بالاستثناء من ذلك جميع قسائم الدفع وجميع الأوراق العمومية أو جميع
السندات الأخرى القابلة للتداول لأجل معين"⁵⁹⁷. كما اعتبرت المادة 6 من القانون 12-103
المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، بأن وسائل الأداء هي جميع الأدوات التي
تمكن أي شخص من تحويل أموال، كيفما كانت الدعامة أو الطريقة التقنية المستعملة لذلك. مضيفة
أنه تعد كذلك وسيلة للأداء النقود الإلكترونية المعرفة بقيمة نقدية والتي تمثل ديناً على المصدر
والتي تكون مخزنة على دعامة إلكترونية ومصدرة مقابل تسليم أموال بمبلغ لا تقل قيمته عن القيمة
النقدية المصدرة و مقبولة كوسيلة للأداء من قبل الأغيار غير الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية

⁵⁹⁴ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص.716.

⁵⁹⁵ - Ch.Gavalda & J.Stoufflet, *droit bancaire, institutions, comptes, opérations, services*,
LexisNexis/Litec, Paris , 2010,p.547.

⁵⁹⁶ - Créé par Ordonnance n°2009-866 du 15 juillet 2009.

⁵⁹⁷ - صدر النص بالفرنسية في الجريدة الرسمية تحت عدد 1441 بتاريخ 7 يونيو 1940.

598. سنعالج فيما يلي أهم وسائل الأداء المستعملة، وهي البطاقات البنكية ذات الوظائف غير الائتمانية (المبحث الأول) والتحويل والاشعار بالاقتطاع (المبحث الثاني).

المبحث الأول : البطاقات البنكية ذات الوظيفة غير الائتمانية

تعد البطاقة البنكية - ورقة ذات حجم صغير مصنوعة من البلاستيك المقوى⁵⁹⁹ - تمنحها مؤسسة مرخص لها بذلك لزبونها المنخرط طبقا لشروط معينة، لأداء ممونيه أو لسحب أموال من الشبايك الأوتوماتيكية أو العادية⁶⁰⁰. فإلى جانب البطاقات الائتمانية التي سبق التطرق إليها، هناك بطاقات ذات وظائف غير ائتمانية. تختلف البطاقات البنكية غير الائتمانية باختلاف الوظيفة التي تقوم بها. فبينما توجد بطاقات خاصة بسحب النقود من أجهزة التوزيع الآلي، يمكن أن نجد بطاقات خاصة بالأداء وهي بدورها قد تدخل في فئة بطاقات الائتمان وقد لا تكون كذلك. حيث إنه من النادر أن نجد بطاقة تقوم بوظيفة واحدة. تعطي البطاقة لصاحبها إمكانية سحب النقود، بالإضافة إلى إمكانية الأداء بواسطتها لدى التجار الذين يقبلونها، رغم ذلك. لأجله سنعرض لبطاقة الأداء (المطلب الأول) التي تقوم بوظيفة الأداء مع مراعاة توحيد تلك الوظائف في بطاقة واحدة⁶⁰¹، قبل أن نتطرق لبطاقة السحب الآلي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: بطاقة الأداء

إن الفكرة الأساسية التي يقوم عليها نظام هذا النوع من البطاقات، هو قيام الحامل بالوفاء بثن السلع والخدمات التي يحصل عليها من المحلات التجارية المعتمدة لدى الجهة المصدرة للبطاقة وذلك بتحويل ثمن تلك السلع والخدمات من حساب الحامل إلى حساب التاجر أي أن هذه البطاقات تحل محل النقود في الوفاء. فهي كالتحويل ليست بعملة أو أداة نقدية وإنما هي أداة أو عملية يتم بمقتضاها إنقاص الحساب البنكي للمودع أو صاحب البطاقة بقدر مبلغ مالي معين يقيد في حساب التاجر. بالتالي، يشترط لمنح هذا النوع من البطاقات وجود حساب بنكي لحاملها ومن ثم إعطاء صلاحية للبنك المصدر للبطاقة أن يسحب من رصيد حامل البطاقة مباشرة قيمة مشترياته وأجور

598 - لاجراء مقارنة مع المشروع يراجع الرابط : http://www.sgg.gov.ma/projets_com/17/Av_credit_Ar.pdf

" أطلع عليه بتاريخ 2018/8/3"

599 - تكلف البطاقة البنكية حوالي درهمين بالنسبة للبنك وهي تسمح باقتصاد تكلفة تسيير العملية بالنسبة للبنك من 90 درهم مثلا في حالة سحب 1000 درهم من الشباك الداخلي للبنك إلى درهمين، معلومات مستقاة من مقابلة مع فيصل مصطفى مدير وكالة للتجاري وفا بنك سابقا.

600 - محمد الشافعي، بطاقات الأداء والائتمان بالمغرب، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2002، ص.17.

601 - إبراهيم وليد محمد عودة، النظام القانوني للبطاقات البنكية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية وجدة، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار في قانون العقود والعقار، 2006/2007، ص.12.

الخدمات التي حصل عليها عن طريق استخدام البطاقة في ضوء السندات الموقعة من قبله⁶⁰². وهكذا تشكل البطاقة إلى جانب وظيفتها الائتمانية، أداة وفاء، يتم عن طريقها أعمال معاملات على حساب كان موضوع عقد مع مؤسسة بنكية أو مؤسسة مختصة في عمليات الأداء ويعتبر تسليم البطاقة لقبول التعامل بها، أمرا بالأداء يأمر بموجبه حامل البطاقة مصدرها كتوكيل للوفاء⁶⁰³.

يتأكد التاجر المتعامل بالبطاقة من هوية الزبون وتوقيعه على فاتورة البيع. جاء في قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 2012/11/14: " طالما أن استفادة التاجر من نظام الأداء بواسطة البطاقات البنكية رهين بأن تكون العمليات التي استعملت فيها بطاقات الأداء صحيحة. وأن يتم احترام الشروط العامة المنصوص عليها في المادتين 5 و 6 وكذا الشروط الخاصة المنصوص عليها في عقدة انخراط ... وباعتبار أن المستأنف عليه "ي - ب" - الذي أنجزت في حقه مسطرة القيم- لم يثبت كونه قام بواجبه المفروض عليه بموجب بنود عقد انخراط التاجر في نظام البطاقات البنكية وكونه اتخذ مختلف الاحتياطات المحددة في العقد المذكور، وكذا تلك الواردة في الشروط العامة، من ذلك التأكد من هوية الزبون مستعمل البطاقة البنكية، قبل إدخالها بالآلة المخصصة TPE وكذا مقارنة التوقيع الوارد بفاتورة البيع مع التوقيع الوارد بظهر البطاقة تكون المطالبة المقدمة في مواجهة المكتب المغربي للنقديات في غياب هذا الإثبات حليفة الإلغاء على حالتها والحكم الذي استجاب للطلب رغم ذلك غير مصادف للصواب مما يتعين معه إلغاؤه في هذا الشق فقط والحكم من جديد بإلغائه على حالته مع إبقاء باقي أجزاء الحكم الآخر على حالته"⁶⁰⁴.

تتمثل أهم مميزات التعامل بتلك البطاقة في أن أمر الوفاء الممنوح لا رجوع فيه ماعدا في حالة تعرض تم تبليغه وفق القانون. حيث يكون لمصدر البطاقة أن يقدر مدى صحة التعرض. وتكون عملية الأداء إما فورية أو مؤجلة أو عبارة عن ائتمان. ولا يمكن تمكين البطاقة البنكية إلا لشخص ذاتي يتوفر على الأهلية المدنية، بناء على طلبه الصريح واستثناء إلى شريكه في الحساب المشترك دون وجوب الترخيص الصريح لباقي مالكي الحساب. إن حامل البطاقة وعند الاقتضاء شريكه المتضامن في الحساب، هو مسؤول عن المصاريف المنجزة بواسطة تلك البطاقة إلى حين إرجاعها ويلزم بالإبقاء على رصيد كاف إلى غاية يوم خصم الفواتير. إن أهم الإشكالات التي تثيرها بطاقات الأداء تتعلق بتنفيذ أو عدم تنفيذ أمر الأداء. إن مقدم خدمات الأداء ملزم بتنفيذ أمر الأداء وفق تعليمات الزبون، يمكن له عندما يحدد عقد فتح الحساب و/أو عقد استعمال بطاقة الأداء، سقف المصاريف أن يجمد استخدام وسيلة الأداء. هذا التجميد عادة ما يكون في حالة مخاطر على سلامة

⁶⁰² إبراهيم وليد محمد عودة، مرجع سابق، ص 16.

⁶⁰³ - اقترح بعض الفقهاء استخدام مفهوم الإنابة لتحديد الطبيعة القانونية لعملية الأداء بواسطة البطاقة البنكية.

Voy : Lucas de Leyssac, Les cartes de paiement : Économica, 1980.

⁶⁰⁴ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 1965، صادر بتاريخ 2012/11/14، ملف عدد 2011/1046، غير منشور.

استعمال وسيلة الأداء أو مخاطر عدم قدرة الزبون على الأداء، لكنه يبقى ملزماً بإعلام المستهلك بأسباب هذا التجميد⁶⁰⁵. هذا وفي حالة تسليم البنك لزبونه بطاقة الأداء الدولي فإنه يبقى ملزماً بتسليم بطاقة تسمح بسحب الأموال بالخارج وإلا يرتب مسؤوليته⁶⁰⁶. هذا عن بطاقة الأداء، فماذا عن بطاقة السحب؟

المطلب الثاني: بطاقة السحب الآلي

تخول بطاقة السحب لحاملها سحب كل أو جزء من المبالغ النقدية المودعة أو المحولة لحسابه البنكي، بواسطة الشبائيك الآلية للمؤسسة البنكية المصدرة للبطاقة. إنها نظام متطور للأداء التقليدي المباشر الذي يقوم به الأشخاص الطبيعيون المكلفون بالصندوق، بمعنى أن الموزع لم يعد شخصا طبيعيا وإنما أصبح آليا وأتوماتيكيا⁶⁰⁷. يمكن التمييز على صعيد الشبائيك الأتوماتيكية بين نوعين:

أ- الموزع الأتوماتيكي البنك DAB⁶⁰⁸، الذي يسمح بسحب النقود في حدود المبلغ المسموح به بصفة دورية ويتم من خلاله التأكد من عدم وجود البطاقة على قائمة الاعتراضات "اللائحة السوداء". يعمل ذلك الموزع بنظام الاتصال غير المباشر، حيث يستقل عن الحاسب الآلي المركزي القائم بإدارة الحسابات البنكية، مما يبرر عدم قيامه بوظيفة السحب في الغالب.

ب- الشبائيك الأتوماتيكية GAB⁶⁰⁹، التي تسمح بتقديم خدمات أخرى بالإضافة إلى السحب الآلي للنقود، مثل إيداع النقود ومعرفة وضعية الحساب وطلب كشف حساب موجز، إلى غير ذلك من الوظائف. يعمل هذا الموزع على نظام الاتصال المباشر، الأمر الذي يجعله متعدد الوظائف. تتم عمليات السحب من الشبائيك الأتوماتيكية بإدخال البطاقة في فتحة خاصة بالشباك ومن ثم إدخال الرقم السري أو الشفرة السرية والمبلغ المراد سحبه، على أن لا يتعدى المسموح به. تلك الشبائيك مصممة بحيث يمكن استخدامها بإدخال البطاقة والرقم السري الصحيح. فإذا ما أخطأ الحامل في تركيب رقمه السري ثلاث مرات، فإن الجهاز يقوم بسحب البطاقة نهائيا، مفترضا عدم استعمالها من طرف حاملها الشرعي⁶¹⁰. وبعد الحصول على المبلغ المراد سحبه من الشباك الآلي، يتم

⁶⁰⁵ - C.Gavalda & J.Stoufflet, op.cit, 2010, p.660.

⁶⁰⁶ - C.A paris, 11 mais 2001, Mme hugues c/CRC AM de paris -Ile- de France : Juris – data ,N° 2001, publié in : Jurisclasseur , contrats-concurrence, consommation, 12 année , N° 4, avril , 2002 , chronique 7 à 9,p.41.

⁶⁰⁷ - احمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية، الجزء الثاني، آليات وأدوات الوفاء، الشيك ووسائل الأداء الأخرى، دار نشر المعرفة، الرباط، الطبعة الأولى، 1998، ص.411.

⁶⁰⁸ - Les distributeurs automatiques de billets.

⁶⁰⁹ - Les guichets automatiques de banques.

⁶¹⁰ - ذهبت محكمة Rennes بتاريخ 26 يناير 1981 إلى "أن قيام أحد الأشخاص بمحاولة الحصول على نقود، عن طريق إدخال بطاقة ليست له في إحدى الشبائيك الأتوماتيكية، يجعله مرتكبا لجريمة النصب حتى ولو لم ينجح في ذلك". مذكور لدى صلاح الدين طيوي

تسجيل العملية في الحساب المدين للعميل صاحب البطاقة⁶¹¹. علما أن سحب البطاقة قد يكون لأسباب عدة من بينها تجاوز سقف السحب. في هذه الحالة يقوم الشباك بتسليم الزبون وصل يحدد السحب ومراجع الحساب والشباك السابق و توقيت و يوم السحب و سببه. حتى يمكن الزبون من استرجاع البطاقة في أول يوم عمل من قبل مستخدمى الوكالة الساحبة في حالة تسوية الوضعية أو وقوع خطأ في عملية سحب البطاقة .

أطلق مركز الخدمات المصرفية الإلكترونية بين البنوك (CMI)⁶¹²، ابتداء من يوليو 2005، بشكل فعلي الخدمة البينية الوطنية لأجل السحب من الشبايك الأوتوماتيكية البنكية، مما أدى بالنسبة لحامل البطاقة البنكية في المغرب إلى إمكانية استخدام البطاقة لسحب المال من أي جهاز صراف آلي في المغرب. حيث كان على حاملي البطاقات المغربية قبل ذلك التاريخ السحب من شبكة الصرافات الآلية لبنكهم فقط، ما عدا بالنسبة لأبنك انتربنك التي كانت لديها قابلية بينية محدودة⁶¹³. جاء في حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2006/06/26: " يمكن سحب مبالغ مالية من الشبايك الأتوماتيكي "الموزع الآلي" للبنك المصدر للبطاقة أو في غيرها من الأبنك المشتركة في إصدار هذه البطاقة، إذ أن هناك نظاما مشتركا بين بعض الأبنك؛ البنك التجاري المغربي، البنك المغربي للتجارة والصناعة، مصرف المغرب، الشركة العامة المغربية للأبنك؛ يسمى بطاقة أنتربنك، يحق للحامل أن يستعملها في أي بنك من الأبنك المذكورة على أن تجرى المقاصة فيما بينهما، كل ذلك للقول بأن سحب المدعي لمبلغ ألف درهم يتعلق بحساب آخر وبنك غير البنك المدعي"⁶¹⁴.

هذا ولا يعد السحب التعسفي من حيث المبدأ سرقة أو خيانة للأمانة، جاء في حكم محكمة Lyon بتاريخ 9 يوليو 1981: " إن قيام حامل بطاقة الوفاء بسحب نقود من آلة توزيع الأوراق النقدية، على الرغم من وجود رصيد مدين في حسابه لا يكون جريمة خيانة الأمانة ". وكانت محكمة النقض الفرنسية أكثر وضوحا في الموضوع بتنقيصها: " إن قيام حامل البطاقة بسحب مبلغ من النقود

ورشيد مليتي، *النزاعات المتعلقة بالبطائق البنكية بالمغرب*، سلسلة رسائل نهاية تدريب المحققين القضائيين، العدد 2، فبراير 2008، طبع ونشر وتوزيع مكتبة دار السلام، الرباط، ص.64.

⁶¹¹ - إبراهيم وليد محمد عودة، مرجع سابق، ص.20.

⁶¹² - Centre Monétique Interbancaire.

⁶¹³ -Conseil de la concurrence, Rapport de réalisation d'une étude sur la concurrentiabilité du secteur , Volet II : Analyse des mécanismes concurrentiels, rapport non publié, version février 2013, p.52.

⁶¹⁴ - حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2006/06/26، حكم رقم 2006/8070 صادر في ملف رقم 11684/17/2005، منشور على الرابط : [http://www.jurisprudence.ma/sources/cabinet-bassamat-](http://www.jurisprudence.ma/sources/cabinet-bassamat-associ%C3%A9?page=10)

associ%C3%A9?page=10 شوه بتاريخ " 2017/11/21 "

من أحد أجهزة التوزيع الآلي، يتجاوز رصيده الدائن في الحساب، يعتبر خرقاً لالتزام تعاقدى ولا يندرج ضمن أي نص من نصوص القانون الجنائي"⁶¹⁵.

أما إذا استعملت البطاقة من حاملها بعد توصله بطلب مصدرها باسترجاعها ورفضه ذلك، فإن مسؤوليته الجنائية تكون ثابتة. إذ أن البطاقة تعد أمانة لدى الحامل طوال سريان مفعولها، فبمجرد إعلام الحامل بسحبها منه، يلزم بعدم استعمالها وإلا فسيكون مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة تطبيقاً لمقتضيات المادة 547 من القانون الجنائي، بشرط أن يكون الإشعار قد توصل به بواسطة رسالة مضمونة⁶¹⁶. يقع على الحامل في جميع الأحوال، الذي يلاحظ ضياع أو سرقة البطاقة، واجب تبليغ مصدر البطاقة تعرضه في أقرب الأجل.

تلزم كل العقود المبرمة حول بطاقات السحب والاعتماد، الحامل أن يصرح في حالة سرقة أو فقدان البطاقة بذلك. علماً أنه يبقى مسؤولاً عن المصاريف التي تمت بها إلى غاية هذا التصريح⁶¹⁷. تبقى بعد ذلك مسؤوليته المالية محدودة اتجاه العمليات غير القانونية المجراة سابقاً لتعرضه ما عدا في حالة ارتكابه خطأ جسيماً من جانبه.

تتعد تلك المسؤولية في حالة الاستعمال التدليسي من طرف الغير لرقم البطاقة دون استعمال القن السري أو المعطيات الإلكترونية للبطاقة⁶¹⁸ مع إدخال بطاقة مزيفة شريطة أن يكون الحامل قد أخبر حالا البنك أو على الأقل داخل أجل السقوط المحدد قانوناً الذي يحتسب من تاريخ إجراء العملية غير القانونية⁶¹⁹.

أما بخصوص العمليات المجراة بالبطاقة لاحقاً على التعرض، جاء في قرار للغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 02 أكتوبر 2007 " أنه يقع على صاحب البطاقة الذي يدعي الخطأ بالنسبة لمستعملها أن يثبت واقعة وظروف استعمالها من طرف الغير باستعمال القن السري

⁶¹⁵ - قرار مذكور لدى صلاح الدين طيوي ورشيد مليتي ، مرجع سابق ص.59.

⁶¹⁶ - El.Hadi.Chaibainou, *les utilisations malveillantes des cartes bancaires*, banque et entreprise, revue trimestrielle, n°6, juin, juillet, aout, 1986, p.26.

⁶¹⁷ - قرار للمجلس الأعلى عدد 338، بتاريخ 2009/03/04 ، في الملف التجاري عدد 2007/1/3/1454، منشور على الرابط : <http://www.jurisprudence.ma/decision/ccass04032009338> "شاهد بتاريخ 2018/7/12".

⁶¹⁸ - إن صاحب البطاقة يتوفر على شفرة سرية ولا يستطيع أي شخص آخر أن يتوصل إلى الشفرة السرية إلا بحظوظ جد ضعيفة أي بنسبة 3 في 10.000 حتى يتسنى له احتساب الشفرة الصالحة القابلة للاستعمال بالبطاقة. راجع الدكتور الهادي شايب عينو، بعض المشاكل الناجمة عن استعمال المعلوماتية في البنوك موقف القانون والقضاء ، أعمال الندوة الإقليمية حول " الجرائم المتصلة بالكمبيوتر " بتاريخ 19 / 20 يونيو 2007، منشورة على الرابط:

<ftp://pogar.org/LocalUser/pogarp/ruleoflaw/cybercrime-09a.pdf> تمت مشاهدته بتاريخ 2017/11/25

راجع بخصوص نوعي المسؤوليات المدنية : حسين وعبد الرحيم عامر، *المسؤولية المدنية /التقصيرية و العقديّة*، دار المعارف، القاهرة ، الطبعة الثانية، 1979.

⁶¹⁹ - P.Bouteiller, *cartes de paiement. Cartes de crédit*, Jurisclasseur, Banque-crédit-Bourse, cote 01, 2011, date de fraîcheur 2 novembre 2010, p.1.

والا انعدمت مسؤولية المستعمل" ⁶²⁰. بالمقابل، جاء في قرار للمجلس الأعلى عدد: 338، بتاريخ: 2009/03/04 في الملف التجاري عدد: 2007/1/3/1454: "أنه يتعين على البنك بوصفه وكيلًا للزبون أن ينفذ تعليماته بالتعرض على الاستخلاص بواسطة البطاقة البنكية، تحت طائلة إقرار مسؤوليته العقدية، ولو تم استعمال القن السري. كما يتعين على المؤسسة البنكية أن تعوض الزبون تعويضا يوازي مبلغ ما تم خصمه بواسطة البطاقة البنكية، رغم ممارسة التعرض عليها من طرف صاحب الحساب" ⁶²¹. فعدم إدلاء البنك بما يثبت إعطائه تعليماته لجميع وكالاته والبنوك المنخرطة في نظام الفيزا لإيقاف استعمال البطاقة الضائعة يبرر الحكم بمسؤوليته ⁶²². يثير موقف القضاء المغربي هذا التساؤلات حول مدى تحقيقه الدعوى من عدمها وأمر البنك بإثبات هوية الساحب للمبالغ المنازع فيها، كما جاء مثلا في حكم للمحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2006/06/26: "إنه بالنسبة لسحب مبالغ بواسطة الشباك الأوتوماتيكي، فقد اكتفى المدعي بالقول أنه تم سحب المبالغ من حسابه ولم يبين للمحكمة سبب هذا السحب، مثلا هل تعرضت بطاقته للسرقة وإن كان كذلك فهو ملزم بإشعار البنك... إنه تبعا لكل ما ذكر يتعين الحكم برفض الطلب لانعدام أي مسؤولية من جهة البنك" ⁶²³. حيث نرى أنه كان حريا بالقضاء المغربي قلب قواعد الإثبات على البنك الحائز للوثائق والأمر بتحقيق الدعوى بما فيه الامر بإجراء خبرة. هذا عن أهم خدمات الأداء بواسطة البطاقة البنكية، فماذا عن تحويل الأموال واقتطاعها؟

المبحث الثاني: التحويل والإشعار بالاقتطاع

لم تمنع المراحل والتطورات التي مرت بها الخدمات البنكية نظام التحويل والإشعار من المحافظة على ميزته الأساسية بتوفير وسائل مأمونة، حيث يستطيع العميل من خلاله الوفاء بالتزاماته أو استرداد وديعته الموجودة لدى البنك سواء لحسابه أو لحساب شخص آخر دون الحاجة إلى التعامل بالنقود بشكل مباشر ⁶²⁴. وقد اتخذت وسائل التحويل أشكالا متعددة منذ بداية نشأتها إلى

⁶²⁰ - Cass. Com., 2 oct. 2007, fcp.6 2007 , II , note E. bazin

⁶²¹ - قرار للمجلس الأعلى عدد: 338، بتاريخ: 2009/03/04 في الملف التجاري عدد: 2007/1/3/1454، منشور على الرابط : <http://www.jurisprudence.ma/decision/ccass04032009338> "شاهد بتاريخ 2018/7/12".

⁶²² - قرار المجلس الأعلى عدد 439 ، صادر بتاريخ 2000/3/22، ملف تجاري عدد 99/819، قضاء المجلس الأعلى عدد 56، يوليو 2000، ص.297.

⁶²³ - حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، بتاريخ 2006/06/26، حكم رقم 2006/8070، صادر في ملف رقم 11684/17/2005، منشور على الرابط : <http://www.jurisprudence.ma/sources/cabinet-bassamat-associ%C3%A9?page=10> "شاهد بتاريخ 2017/11/21".

⁶²⁴ - Selon l'article 45 du Décret Royal n°330-66 du 21 Avril 1967 portant règlement général de comptabilité publique en vigueur: « Les règlements sont faits par remise d'espèces, de chèques, par mandats postaux, par virements bancaires ou postaux. Avant paiement en numéraire, le comptable doit exiger que le créancier date et signe pour acquit sur l'ordonnance ou le mandat ; l'acquit ne doit comporter ni restriction, ni réserve. Toute dépense supérieure à mille cinq cents dirhams (1500 DH) ne

الوقت الحالي⁶²⁵. حيث تمتاز تلك الوسائل من قبيل البطاقات البنكية وأوامر التحويل والاقتطاع بالتسهيلات والحماية التي توفرها في الوقت الذي تزداد فيه المخاطر. فتستخدم كأدوات للوفاء أو لتحويل الأموال التي يملك العميل حق التصرف فيها لدى البنك⁶²⁶. ويشكل التحويل (المطلب الأول) والاشعار بالاقتطاع (المطلب الثاني) إحدى أهم التقنيات البنكية، التي تسمح بحركة أموال الأرصد بين الأبنك⁶²⁷.

المطلب الأول: التحويل

إن التحويل هو وسيلة للدفع التي يتم إجراؤها دون تسليم المال. حيث يتم تسجيل قيد في مديونية حساب وقيد مواز في حساب آخر. كما أن وسيلة تحويل الأموال هذه، يمكن أن تستخدم لأغراض أخرى كتسجيل شيء من المثليات قابل أن يسجل في حساب ما. عمليا وإلى جانب حالات نقل ملكية الأسهم، فإن تحويل الأموال يستعمل أساسا في مجال التحويل البنكي⁶²⁸. يختلف معنى التحويل وفق السياق الذي يستخدم فيه اللفظ، فهو إحدى التقنيات البنكية التي يختص البنك بإجرائها من خلال إجراء القيود في الحسابات دون النظر إلى السبب الذي يستند إليه البنك (شيك معد للقيد في الحساب، كمبيالة موطنة). يعتبر التحويل إحدى الوسائل التي يمتلكها العميل للتعامل في حسابه الذي يمسكه البنكي (الأمر بالتحويل) والتي تقوم بوظيفة معينة وهي تحويل الأموال من حساب لآخر⁶²⁹. هذه الوسيلة هي موضوع الدراسة. إن القواعد المطبقة على التحويل حتى في فرنسا لا تميز بين التحويل وتقنية التقييد بالحسابات الدائنة والمدينة⁶³⁰. فقد أصبح التحويل في العصر الحالي يتبوأ المرتبة الأولى من بين وسائل الأداء ويعود ذلك إلى تطور معالجة العمليات البنكية بطريقة معلوماتية، مما شجع الفاعلين الاقتصاديين، بما فيهم المستهلكين، للجوء إلى استعماله بكثرة⁶³¹.

peut être payée que par virement de compte, sauf dérogation accordée par le ministre des finances ou par l'autorité déléguée par lui à cet effet. En outre, selon les dispositions prévues par la loi ou le règlement, certaines dépenses peuvent être payées par remise de valeurs publiques ou effets de commerce ».- BO. n° 2840 du 26-04-1967.

⁶²⁵ - ظهر التحويل منذ العصور القديمة وتطور وأصبح شائعا وخاصة في هذه السنوات الأخيرة وذلك بفضل المعلوماتيات. حيث صار اليوم، بالإضافة إلى البطاقات البنكية والشيكات، واحدا من وسائل الوفاء الأكثر استخداما.

- Jean-François.Riffard, *virement*, JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse, Cote:01,2009,date de fraîcheur : 03Février 2009, p.4.

⁶²⁶ - محمود محمد إبراهيم أبو فروة، مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل الدكتوراة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون العقود والعقار، السنة الجامعية، 2012/2011، ص.5.

⁶²⁷ - Jean-François Riffard, Art.cit, p.4.

⁶²⁸ - T.Ben.Nasr, op.cit, p.315.

⁶²⁹ - محمود محمد إبراهيم أبو فروة، مرجع سابق، ص.19.

⁶³⁰ - Ch.Gavalda & J.Stoufflet, op.cit, p.665.

⁶³¹ - T.Ben.Nasr, op.cit , p.316.

هذا وقد اعتبرت المادة 16 من قانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها أن عمليات التحويل تعد خدمات أداء. وعرفت المادة 519 من مدونة التجارة عملية التحويل بأنها: "عملية بنكية يتم بمقتضاها إنقاص حساب المودع، بناء على أمره الكتابي بقدر مبلغ معين يقيد في حساب آخر. حيث تمكن هذه العملية من :

1 -نقل مبلغ نقدي من حساب شخص إلى آخر، لكل منهما حساب، لدى المؤسسة البنكية ذاتها أو لدى مؤسستين بنكيتين مختلفتين.

2- نقل مبلغ نقدي بين حسابات مختلفة مفتوحة باسم نفس الشخص لدى المؤسسة البنكية ذاتها أو لدى مؤسستين بنكيتين مختلفتين.

وقد عرف المجلس الأعلى عملية التحويل البنكي في قرار له بتاريخ 2001/06/13 كالآتي :
التحويل المصرفي هو عملية نقل النقود، فتمت قيد البنك المبلغ في حساب المستفيد، اعتبر هذا الأخير كأنه تلقى المبلغ ثم أودعه لديه، وبالتالي فالتحويل المصرفي يولد حقا جديدا ومستقلا للمستفيد منه ضد البنك، بمجرد تنفيذ هذا الأخير لعملية التحويل"⁶³². فإذا كان تحديد مفهوم و نطاق التحويل البنكي التقليدي يكتنفه الكثير من الغموض (الفقرة الأولى) فالأمر أشكل بالنسبة للتحويل البنكي الإلكتروني (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التحويل البنكي التقليدي

تتجسد عملية التحويل البنكية في جعل حساب شخص مدينا بمبلغ معين، مع جعل حساب الشخص المقابل دائنا. إنها عملية تقوم بها مؤسسة تتولى تسيير حساب وتسجيل دين به، بناء على أمر من صاحبه، بمبلغ يسجل في دائنية حساب آخر مسير من قبل تلك المؤسسة أو من قبل مؤسسة أخرى، يكون مالكة إما الأمر بالتحويل أو أحد الأغيار⁶³³. تؤثر الحالات في تنفيذ التحويل وتمنحه درجة

⁶³² - قرار المجلس الأعلى صادر في ملف عدد 24/98، مؤرخ في 13/06/2001، منشور بمدونة التجارة والعمل القضائي المغربي، لمؤلفه محمد بفقير، مرجع سابق، ص 257. جاء كذلك في حكم للمحكمة التجارية بوجدة ما يلي :
" التحويل عملية بنكية لا تتم إلا بأمر كتابي، وبالتالي فلا يحتج ضد الزبون بتحويل تم عن طريق الهاتف دون أن يقر به - حكم المحكمة التجارية بوجدة، ملف عدد 96/03، مؤرخ في 20/02/2007، منشور بمجلة القانون الاقتصادي، عدد 1، سنة 2007، ص 184 وما يليها.
جاء كذلك في قرار لمحكمة استئناف باريس بتاريخ 20 فبراير 1935 أن "التحويل البنكي في الأساس عملية مادية تتمثل بتسجيل مبلغ في الجانب المدين من حساب، و ترحيل المبلغ لتسجيله في الجانب الدائن من حساب آخر..."

- C.A Paris, 20 février 1935, GDP, 1935, 1, 762.

مذكور لدى: حسن طه، التحويل البنكي في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر قانون الأعمال، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، 2009/2008، ص 17.

⁶³³ - J.L.Gracia, La nature du virement: la qualification juridique d'un procédé extralégal, LPA, 18 avril 2008, n° 79, p.4.

متغيرة من التعقيد⁶³⁴. تسمح تقنية التحويل بتحقيق تحويل الأموال وذلك على سبيل الأداء⁶³⁵. ويشترط لصحة الأمر بالتحويل وجود حسابين تنتقل النقود من أحدهما للآخر⁶³⁶. لكن دون اشتراط شكل كتابي خاص. جاء في المادة 520 من مدونة التجارة، أنه "يصح الأمر بالتحويل سواء تعلق بمبالغ تم تقييدها بحساب الأمر أو بمبالغ يجب تقييدها به، داخل أجل سبق الاتفاق عليه مع المؤسسة البنكية". جاء في المادة 519 من مدونة التجارة أن التحويل عملية بنكية يتم بمقتضاها انقاص حساب المودع بناء على امر كتابي، بقدر معين في حساب اخر. هذا وقد تطورت ممارسة العمليات البنكية بحيث أصبح بالإمكان اجراء تحويلات الكترونية بين حسابات الشخص الواحد، لكن مع الزام البنك المستهلك بالموافقة الكتابية قبل السماح بإجراء تحويلات الكترونية الى حسابات معينة بشكل دائم أو لمرة واحدة أو مرات عدة. هذا وتسمح الشبايك الاوتوماتيكية بالقيام بتحويلات الكترونية ما بين حسابات الشخص نفسه او لصالح الاغيار لدى نفس البنك أو لصالح حسابات داخلية خارج البنك المتعاقد معه.

هذا ويشترط المشرع المغربي أن يكون أمر التحويل مكتوبا. جاء في قرار محكمة النقض بتاريخ 2013/4/4: "حيث إن الحكم المستأنف كان صائبا لما لم يعتبر المبلغ المحول من حساب للآخر يتطلب وجود أمر كتابي بذلك صادر عن صاحب الحساب المحول منه وإلا عد هذا التحويل بدون أثر وهو ما تسايره مقتضيات الفقرة الاولى من المادة 519 من مدونة التجارة الناصة على أن التحويل عملية بنكية يتم بمقتضاها إنقاص حساب المودع بناء على امره الكتابي بقدر مبلغ معين يقيد في حساب آخر"⁶³⁷. هنا تقوم مسؤولية البنك عن التصرف في الاموال المودعة لديه بتحويلها دون أمر مباشر من صاحب الحساب⁶³⁸.

كما تطبق شكليات الشريعة العامة المرتبطة بالمحل والرضى والأهلية والسبب على التحويل. فهذا الأخير عملية مجردة لا ترتبط صحتها بصحة العملية القانونية الأصلية، التي أعطي الأمر لأجلها⁶³⁹. ويثار بخصوصه التساؤل عن مدى تطبيق مقتضيات قاعدة الربط بين عقد القرض والعقد الأصلي، كإحدى تطبيقات حق الرجوع⁶⁴⁰؟ إن انعدام السبب أو غياب مشروعيته قد يعتمد

⁶³⁴ - A.Shmitt & E.Omes, op.cit, p.93.

⁶³⁵ - Ibid, p.95.

⁶³⁶ - محمود محمد إبراهيم أبو فروة، مرجع سابق، ص.40.

⁶³⁷ - قرار محكمة النقض، عدد 1/131، صادر بتاريخ 2013/4/4، ملف تجاري عدد 2011/1/3/461، غير منشور.

⁶³⁸ - راجع حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء عدد 8243، صادر بتاريخ 2015/7/23، في ملف رقم 2015/8220/3606، غير منشور.

⁶³⁹ - A.Shmitt & E.Omes, op.cit , p.95.

⁶⁴⁰ - راجع مقتضيات الفصل 95 فقرة 2 والفصل 130 من قانون تدابير حماية المستهلك.

العملية الأصلية قانونيا لإلغائه. فالأصل في عملية التحويل كما قلت أنه عملية مجردة ومنفصلة عن سبب تنفيذها.

يصبح المستفيد من التحويل مالكا للمبلغ الذي يتعين نقله من وقت خصمه من طرف المؤسسة البنكية من حساب الأمر. ويجوز التراجع عن الأمر بالتحويل إلى ذلك الحين⁶⁴¹. فمن تاريخ التقييد في دائنية المستفيد تصير المبالغ المحولة في ملكيته. هذا ما يفهم أيضا من صياغة المادة 522 من مدونة التجارة، التي نصت على أنه يبقى الدين الذي صدر أمر التحويل وفاء له قائما بضماناته وتوابعه إلى أن يقيد المبلغ فعلا في الجانب الدائن من حساب المستفيد. وعلى خلاف ذلك جاء في قرار لمحكمة النقض التونسية صادر بتاريخ 3 أكتوبر 2005: "إن ملكية المبالغ موضوع التحويل لا تنتقل إلى المستفيد إلا ابتداء من وقت صيرورتها رهن إشارته فعليا، مما ينتج عنه أن مجرد التقييد في الحساب لا يمكن أن يعطي أي حق للمستفيد"⁶⁴².

يفيد التمعن في صياغة الفصلين 521 و 522 من مدونة التجارة، أنها ظلت غامضة من حيث تحديد زمن استفادة المستفيد، إذ لم تبين زمن وجوب الخصم، وتحديد أجل التأخير في التنفيذ. ذلك أن: "التأخر في تنفيذ العمليات البنكية يشكل خطأ من جانب البنك"⁶⁴³. ويعتبر القانون الفرنسي خلاف القانون المغربي أن تجاوز أجل 8 أيام لتنفيذ التحويل يجعل البنك في وضع المخطئ. طبعاً في حالة تنفيذ تحويل للخارج، قد يحتاج البنك لأجل أكبر. لكن القضاء الفرنسي اعتبر أن 24 يوماً هو أجل مبالغ فيه، مرتباً مسؤولية البنك المكلف بتنفيذ أمر التحويل⁶⁴⁴. هذا ويقع على البنك أن يتأكد قبل تنفيذ الأمر من صحة صدوره ممن يفترض أنه صادر عنه؛ أي أنه صادر عن الشخص الذي له الصفة وسلطة إعطاء الأمر⁶⁴⁵. ويكون ذلك التأكد عبر إلزام الزبون بإصدار تحويله كتابة حيث يمكن ذلك البنك من التأكد من تطابق التوقيع مع النموذج المودع لديه⁶⁴⁶؛ وإلا فإن البنك يسأل كوديع عن الوديعة المودعة لديه، والتي لم يرجعها لمن ائتمنها لديه. جاء في إحدى النوازل،

⁶⁴¹ - المادة 521 من مدونة التجارة.

⁶⁴² - Cour de cassation de Tunis, n° 291, en date du 3 octobre 2005, Bull. des arrêts de la C.Cass. : 2006, p.173.

⁶⁴³ - Arrêt de la cour de cassation de Tunis, n°15718/2002 du 25 mars 2002, cité in : T.Ben.Nasr, op.cit , p.339.

⁶⁴⁴ - Ibid., p.340.

⁶⁴⁵ - Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation française, 13 février 2001, n° 98-18.437 cité in : R.Routier, *obligations et responsabilités du banquier*, Dalloz, Paris, deuxième édition, 2008, p.237.

⁶⁴⁶ - Arrêt de la Cour d'appel de Paris, 3 janvier 1975, Madre C/Banque libanaise pour le commerce cité in : R.Routier, Op.cit, p.238. Voir également : Ivan Tchotourian, *Sur la responsabilité de l'établissement financier du bénéficiaire d'un faux ordre de virement*, Recueil Dalloz, 2002, p.1336.

أن البنك وافق على أمر بتحويل مبلغ من حساب الادخار للسكن، لفائدة زوج لم يدل بتوكيل الزوج الآخر الذي فتح الحساب باسمه الشخصي، مما اعتبر معه القضاة ذلك خطأ موجبا للتعويض⁶⁴⁷.

تبقى مسؤولية البنك قائمة عن عدم تنفيذه الأمر بالتحويل. جاء في قرار المحكمة التجارية باكادير صادر بتاريخ 2011/3/24: "إن إلغاء التحويل وما ترتب عنه من إرجاع الشيك بدون وفاء رغم تقدير المدعي لوجود المؤونة واطمئنانه إليها، بناء على التحويل الذي تم فعليا لحسابه، يشكل خطأ يسأل بموجبه البنك عن أفعال تابعيه، إعمالا للفقرة الثالثة من الفصل 85 من ق.ل.ع وأن الضرر المادي ثابت لأدائه الغرامة القانونية عن إصدار شيك بدون مؤونة بمبلغ 2.500,00 درهم. وأن ما أثاره بخصوص انعدام سند الأداء في غير محله، لأن المدعى عليه راسل المدعي بعرض الأداء حسب رسالته المؤرخة في 2008/04/25. ويقع على المدعى عليه إثبات أن وصل الغرامة لا يتعلق بالشيك محل التداعي بجانب أن الضرر المعنوي ثابت لمس فعل البنك باعتبار المدعي وائتمانه واهتزاز ثقة زبائنه بسمعته التجارية، فيستحق تعويضا تقدره المحكمة بما لها من سلطة تقديرية في مبلغ 10000.00 درهم، فيكون مجموع التعويض بشقيه المادي والمعنوي مبلغ 12500.00 درهم".

أما بين الأمر بالتحويل والمستفيد، فإن المسؤولية عن التأخر في التنفيذ، تقدر من خلال تحديد زمن تنفيذ الإلتزام. جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3 فبراير 2009 أنه: "يعد تاريخ تقييد الدائنية في حساب بنك المستفيد لتقدير مدى احترام الأجل المنصوص عليه في العقد لتنفيذ الإلتزام"⁶⁴⁸. يسأل بنك الأمر أيضا عن أخطاء الأبنك، التي يحلها محله في تنفيذ التحويل سواء اختارها أم لا، مع حفظ حق بنك الأمر في الرجوع على تلك الأبنك⁶⁴⁹.

إلا أنه لا مسؤولية للبنك إذا تم تحويل الأموال لفائدة المستفيدين من الأمر طبقا لتعليمات الزبون. جاء عن المحكمة التجارية بوجدة في حكم لها صادر بتاريخ 2010/7/1، أن إيداع المؤسسة البنكية جزءا من مبالغ الدين، في حساب ممثل قانوني للشركة، بناء على طلب من الجهة المشترية، لا يحملها أي مسؤولية عما قامت به، ما دام الإيداع الشخصي في إسم الممثل القانوني والمسير الوحيد لها. مما يجعل المبلغ المودع قد أودع من طرفه فعلا في حساب الشركة المسيرة. جاء في حيثيات الحكم المذكور: "إن هذه المحكمة بعد اطلاعها على ما أثاره الطرف الطاعن بمقتضى

⁶⁴⁷ - Arrêt de la cour d'appel de Paris, 5 décembre 2003 n° 2002/05325, Caseiro C/ BNP Paribas, lexbase, n° A9384DAS. cité in : R.Routier, Op.cit, p.238.

⁶⁴⁸ - Cass.Com., 3févr.2009, n°06-21.184, FS-p+b, Touraille C/Van der oudera : Jurisdata n°046858 ; JCP E 2009, 1227, note J.Stoufflet ; JCP G 2009 II , 10045, note Barberi.

⁶⁴⁹ - المادة 523 من مدونة التجارة.

المذكورة المشار إليها أعلاه، تبين لها أن العلة التي تمسك هذا الأخير بها تبقى مردودة لسببين: أولهما أن البنك عندما قام بإيداع جزء من مبلغ البيع بالحساب الشخصي للسيد أ- ع، فإنه قام بذلك بناء على طلب الجهة المشتريّة حسب الثابت من الشهادتين المدلى بهما رفقة المقال الافتتاحي، وبالتالي فإن دور البنك في هذه الحالة، يقتصر على تلقي المبالغ المالية من الجهة المودعة وإيداعها بالحساب المطلوب دون أن يصدر عنه أي خطأ. وثانيهما، أنه حتى على فرض أن البنك قام فعلاً بإيداع هذه المبالغ بالحساب الشخصي للسيد أ- ع، فإن فعله هذا لا يرقى إلى درجة الخطأ الموجب للقول بمسؤوليته، ما دام أن الشخص الذي حولت المبالغ المالية في حسابه ما هو إلا الممثل القانوني للشركة المستأنفة ومسيرها الوحيد، وبالتالي فهي تبقى في منأى عن أي ضرر، يمكن أن يلحقها جراء ذلك، وبانتفاء عنصر الضرر تبقى المسؤولية القانونية للبنك غير قائمة في هذه الحالة، مما يجعل الطلب الحالي مفقداً للأساس القانوني فوجب لذلك رده⁶⁵⁰.

هذا ويمكن للبنك إذا كان الأمر بالتحويل صحيحاً، حتى في حالة عدم وجود رصيد، أن يفرض تنفيذ الأمر أو تعليقه إلى حين وجود أموال، ويمكنه في حالة تعدد أوامر التحويل عليه أن يطلب من الأمر توضيحات عوض أن ينفذ أسبقها تاريخاً⁶⁵¹. أما في حالة تقدم عدة مستفيدين أو أمرين بأوامر تحويل أمام نفس البنك من أجل الأداء وكان الرصيد غير كاف لأدائها جميعاً، يمكن لأولئك المستفيدين أن يتخاصوا في الأداء. أما إذا تزامم أداء تحويل وأداء شيك، على البنك أن يسبق تنفيذ الشيك ولو كان بتاريخ لاحق⁶⁵². ولعل ذلك فيه وقاية للمستهلك من مغبة الوقوع في جنحة إصدار شيك دون توفير مؤونة.

هذا ويحق للبنك التعويض إذا كان التحويل قد صدر عن خطأ إلغائه والتراجع عنه: جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرار لها بتاريخ 2012/10/24 أنه لما ثبت من الكشف الحسابي أن المبالغ المخولة للزبون من مستخدم البنك من حسابات زبناء آخرين دون صدور أوامر عنهم بالتحويل ولا علاقة قانونية أو واقعية له بأصحابها، فقد الكشف المذكور حجتيه وتحتم القول بأن الطلب الرامي إلى استحقاق المبالغ المخولة لحسابه في غير محله وفق الحثيات التالية: "إنه وبغض النظر عن باقي الأسباب المثارة من الطرفين، فإنه ولما ثبت من وثائق الملف أن علاقة القرض، إنما هي قائمة بين الطاعن مستخدم المستأنف عليه وبأن هذا الأخير قد عمد من أجل تسديد ما عليه من دين إلى إجراء عمليات تحويل لمبالغ من حساب زبناء آخرين للبنك لحساب الطاعن بما مجموعه 808.000,00 درهم، وكان المعتبر لصحة التحويل البنكي أن يتم بناء على أمر كتابي من

⁶⁵⁰ - حكم المحكمة التجارية بوجدة، صادر بتاريخ 2010/7/1، ملف عدد 16/09/313، غير منشور.

⁶⁵¹ - جاء في المادة الفصل 906 من ظهير الالتزامات والعقود: "على الوكيل أن يعلم الموكل بكل الظروف، التي قد يكون من شأنها أن تحمله على إلغاء الوكالة أو تعديلها".

⁶⁵² - T.Ben.Nasr, op.cit, p.336.

صاحب الحساب البنكي (المادة 519 من مدونة التجارة)، فإن ما تمسك به الطاعن في مرتكز دعواه من صحة المبالغ المحولة لحسابه تأسيسا على أنها أصبحت جزءا لا يتجزأ من رصيده البنكي طبقا للمادة 498 من م ت وأخذا بحجية كشف الحساب الذي بين يديه والمعتمد وسيلة إثبات بين البنك وزبائنه في المنازعات القائمة بينهما، على غير أساس أمام خلو الملف من أي دليل يشير لقيام علاقة قانونية أو واقعية بين أصحاب الحسابات المحولة منه، تلك المبالغ والطاعن؛ أو ثبوت صدور أوامر بالتحويل منهم تجيز ذلك. والحكم المطعون فيه الذي أخذ بهذا النهج وقضى برفض طلب الطاعن باستحقاقه للمبالغ المحولة لحسابه، والتي عمد المستأنف عليه (البنك) إلى إرجاعها إلى حسابات أصحابها بما مجموعه 808.000,00 درهم في مركزه القانوني السليم ومساطر لوائح الملف مما يقتضي تأييده وإبقاء الصائر على رافعه⁶⁵³. هذا وتبدأ مسؤولية البنك من تاريخ تسلمه فعليا المبالغ من موكله. حيث إن البنك يتصرف كمودع لديه⁶⁵⁴. إن طبيعة الأمر بالتحويل باعتباره وكالة، تجعله قابلا للإلغاء، طالما لم يتم خصم المبالغ من حساب الأمر بالتحويل، لكن توجب على البنك أن يخبر الأمر بالتحويل وتنفيذه طبقا لقواعد الوكالة التي تقول بوجوب إعطاء حساب للموكل⁶⁵⁵. هذا عن التحويل التقليدي. فماذا عن نطاق الحماية في إطار التحويل البنكي الإلكتروني؟

الفقرة الثانية: التحويل البنكي الإلكتروني

لم يرق المشرع المغربي بتنظيم عمليات التحويل البنكي الإلكتروني بشكل مستقل عن العمليات البنكية المختلفة، على خلاف ما هو عليه الأمر في العديد من التشريعات المقارنة. مثلا يعتبر قانون التحويل الإلكتروني الأمريكي لعام 1978 من أوائل القوانين التي نظمت هذه العمليات. حيث عرف ذلك التشريع في المادة 906 منه، التحويل الإلكتروني على أنه "نقل للأموال (بخلاف الذي ينشأ باستخدام الشيكات أو الكمبيالات أو أي وسيلة ورقية مشابهة) يشترط به من خلال وحدة إلكترونية أو أداة هاتفية أو حاسب آلي أو أشرطة مغناطيسية لأجل توجيه أمر أو تعليمات أو الإذن للمؤسسة المالية من أجل الإيداع أو السحب من الحساب". كما أضافت نفس المادة أن مصطلح التحويل الإلكتروني يشمل على سبيل المثال لا الحصر التحويلات التي تتم عند نقاط البيع والعمليات التي تتم بواسطة جهاز الصراف الآلي والإيداع والسحب المباشر للأموال في الحساب والتحويلات التي تتم

⁶⁵³ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 1855، صادر بتاريخ 2012/10/24، ملف عدد 12/1053، غير منشور.

⁶⁵⁴ -Com. 18 sept. 2007, pourvoi n° 06-14.161, arrêt n° 1001 FS-P+B+I+R, Caisse de crédit mutuel de Paris c/ Pellegrini, Juris-Data, n° 2007-040411 ; cette Revue 2007. 812, obs. D. Legeais ; D. 2007. AJ. 2464, obs. V. Avena-Robardet, et Chron. C. cass. 2764, spéc. 1765, obs. M.-L. Bélaval ; JCP E 2007. 2499, note N. Mathey.

⁶⁵⁵ - جاء في الفصل 908 من ظهير الالتزامات والعقود: "على الوكيل أن يقدم لموكله حسابا عن أداء مهمته، وأن يقدم له حسابا تفصيليا عن كل ما أنفقه وما قبضه، مؤيدا بالأدلة التي يقتضيها العرف أو طبيعة التعامل وأن يؤدي له كل ما تسلمه نتيجة الوكالة أو بمناسبتها".

من خلال استخدام الهاتف⁶⁵⁶. هذا واعتبرت لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية أن استخدام التكنولوجيا الحديثة بدلا من الدعامات الورقية في أي مرحلة من مراحل نقل النقود يجعل منه نقلا إلكترونيا بمعنى أن هذه الصفة يتخذها حتى ولو تمت معظم إجراءاته بشكل عادي طالما استخدمت أحد الوسائل الإلكترونية في الأمر أو التنفيذ أو عملية التسوية⁶⁵⁷.

وتتميز العمليات التي تنضوي تحت مسمى "عمليات التحويل البنكي الإلكتروني" بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن غيرها مما يقوم به البنك من عمليات وما يقدمه من خدمات. فقد يشترط لأدائها وجود حساب واحد على الأقل يتم استخدام الوسائل الإلكترونية لإجراء العمليات عليه، فالحساب الذي يقوم البنك بفتحه لشخص ما يعبر عن وجود علاقة مستمرة بينهما يوجب على البنك أن يمكن صاحبه من إجراء مختلف العمليات عليه⁶⁵⁸. يلتزم البنك بمجرد فتح الحساب بحد أدنى من الخدمات تتمثل في خدمات الخزينة⁶⁵⁹. كما تتميز تلك العمليات بوجوب إبرام عقد ينظم العمل بوسيلة التحويل الإلكتروني بين البنوك والأشخاص المتعاملين معها، تنظم التعامل بها وتفرغ فيها حقوق وواجبات كل طرف من أطراف العلاقة⁶⁶⁰. جاء بهذا الخصوص في المادة 329 من مدونة التجارة على أنه: "تحدد الاتفاقات بين المؤسسة المصدرة وصاحب وسيلة الأداء من جهة، وبين المؤسسة المصدرة والتاجر المنخرط من جهة أخرى، شروط و كيفية استعمال وسائل الأداء، غير أنه يجب أن تحترم هذه الاتفاقات قواعد النظام العام..."⁶⁶¹.

يشكل أمر التحويل رسالة إلكترونية، يتم إصدارها عند استخدام العميل لأداة التحويل التي وضعها البنك رهن إشارته، تتضمن تلك الرسالة المعلومات المتعلقة بالعملية المراد من البنك تنفيذها وعادة ما يتوصل البنك بالأمر الصادر عن الزبون بشكل مباشر، حيث يقوم الزبون بإصدار أمره للبنك لسحب أو إيداع مبالغ مالية في حسابه أو برغبته في نقل مبلغ من النقود من حسابه إلى

⁶⁵⁶ - محمود محمد إبراهيم أبو فروة، مرجع سابق، ص. 20 و 21.

أشير أن البنك الأوروبي المركزي، قرر دخول خدمة جديدة أواخر سنة 2017، تتجلى في عملية تحويل بنكي سلس عبر خدمة الأداء بواسطة استخدام رقم هاتف المستفيد. يعفي ذلك القرار الأمر بالتحويل من وجوب معرفة الرقم العالمي الكامل للحساب البنكي للمستفيد IBAN.

<http://www.tomsguide.fr/actualite/virement-bancaire-numero-telephone,55084.html> "شاهد بتاريخ 2018/7/13"

⁶⁵⁷ - محمود محمد إبراهيم أبو فروة، مرجع سابق، ص. 37.

⁶⁵⁸ - Augustin.Boujeka, *La responsabilité du banquier exécutant un ordre de paiement électronique*, Recueil Dalloz, 2003, p.1289.

⁶⁵⁹ - محمود محمد إبراهيم أبو فروة، مرجع سابق، ص. 40.

⁶⁶⁰ - Alain.Lienhard, *Responsabilité de la banque réceptrice d'un ordre de virement électronique irrégulier*, Recueil Dalloz, 2002, p.717.

⁶⁶¹ - محمود محمد إبراهيم أبو فروة، مرجع سابق، ص. 45.

حساب آخر يحدده. لكن في حالات أخرى قد يتوصل البنك بالأمر الصادر عن زبونه من خلال طرف آخر تجمععه علاقة بالزبون، وقد يكون هذا الطرف هو المستفيد من عملية التحويل أو وسيط بين كل من الزبون الأمر بالتحويل و المستفيد كما في الحالات التي يتم فيها استخدام أدوات التحويل للأداء لدى التجار أو عبر الأنترنت⁶⁶². هذا عن خدمات التحويل، فماذا عن الإشعار بالانقطاع؟

المطلب الثاني: الإشعار بالانقطاع

لقد ظهر نظام الإشعار بالانقطاع كأحد أنواع التحويل، حيث تم تصوره عبر الممارسة البنكية لتوفير وسيلة بسيطة وغير مكلفة لأداء التزامات ذات آجال دورية⁶⁶³. إن غرض ذلك النظام تسهيل التحويلات الدائمة والتمكين من القيام بالأداءات الدائمة (الماء، الكهرباء، الهاتف...) ⁶⁶⁴. وقد ظهر في فرنسا، إثر جهود بذلتها الجمعية المهنية للبنوك وشركة كهرباء وغاز فرنسا، لتسوية مرنة وسريعة لفواتير الزبناء⁶⁶⁵. حيث توسع استخدام تلك الخدمة على نطاق واسع بانتقال استعمالها من طرف باقي مقدمي الخدمات. يمتاز الإشعار بالانقطاع في أن الأمر بالتحويل يتم إصداره مرة واحدة بالنسبة للمستقبل من طرف المدين ويتم تجديده دوريا إلى حين إلغائه⁶⁶⁶. إنه شكل من تحويل الأموال، على أساس ترخيص صادر عن مالك حساب الإيداع أو الأداء، يسمح للدائن أن يحصل واحدا أو عدة ديون من خلال أمر بالأداء ممنوح عند حلول الأجل لماسك حساب الزبون⁶⁶⁷. يتفق الطرفان على أنه مستقبلا يكون دفع الديون بمعرفة بنك المدين مباشرة وبطلب من الدائن. ولهذا الغرض يعطي المدين بنكه توكيلا مستمرا بالوفاء بطريق الانقطاع prélèvement من حسابه المفتوح لديه⁶⁶⁸. وتخفي اتفاقية الانقطاع في الحقيقة اتفاقيتين: الإتفاقية الأولى هي طلب الانقطاع التلقائي وهي مبرمة بين المدين المستقبلي ودائنه وتنص على الأداء عن طريق إصدار إشعارات بالانقطاع. الثانية هي اتفاقية بالترخيص بالانقطاع، مبرمة بين المدين المستقبلي و بنكه. تنص على أن هذا الأخير سيؤدي بواسطة تحويلات الإشعارات الصادرة عن الدائن⁶⁶⁹. ويعتبر الإتفاق بين المدين والدائن بمثابة توكيل من المدين إلى بنكه يسمى في العمل الفرنسي تسمية واحدة هي "اتفاق

⁶⁶² - محمود السيد خيال، الأنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص.153.

⁶⁶³ - Jean-François.Riffard & Michel Cabrillac, Art.cit , p.33.

⁶⁶⁴ -T.Ben.Nasr, op.cit, p.317.

⁶⁶⁵ -انتشر نظام الانقطاع نظرا لفوائده التي تتمثل في أنه يوفر على المدين جهد الوفاء وعلى الدائن مصاريف تحصيل الفواتير وجهد احترام الإجراءات و الشكليات التي تفرضها الوسائل الأخرى في التحصيل.

- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص.745.

⁶⁶⁶ - Jean-François.Riffard & Michel.Cabrillac, Art.cit, p.33.

⁶⁶⁷ - C.Gavalda & J.Stoufflet, op.cit. , p.666.

⁶⁶⁸ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص.743.

⁶⁶⁹ - Jean-François Riffard & Michel Cabrillac, art.cit , p.33.

الاقتطاع". إنه مصطلح يشير إلى الاتفاقين بسبب أنهما يكونان في محرر واحد، بسبب كونهما مرتبطتين من الناحية الاقتصادية والناحية العملية. يستقل الاتفاق بين المدين والدائن عن الاتفاق بين المدين وبنكه. لكنه ينص على كيفية وفاء البنك ديون العميل وغالبا ما يكون بتعيين البنك محلا مختارا. حيث يصدر المدين إلى بنكه توكيلا مستمرا يعتبر شرطا لازما لإمكان تنفيذ اتفاق المدين مع دائئه. هذا التوكيل مستقل عن اتفاق المدين ودائئه. يتم التحصيل بأن يصدر دائن العميل إلى بنكه ورقة إخطار بالاقتطاع من حساب المدين، يسلمها إلى بنكه بمناسبة كل حق يسعى إلى تحصيله. فيتقدم بنك الدائن بهذه الورقة إلى بنك المدين طالبا وفاءها. تلك الاتفاقية هي توكيل مزدوج ممنوح من طرف المدين: هناك ترخيص بالاقتطاع لدى البنك لفائدة الدائن، ثم توكيل بالأداء ممنوح للبنك بتحويل مبالغ الإشعار إلى الدائن. طبعاً هناك من الفقه من انتقد مبدأ اتفاقية الترخيص لأن الترخيص بالاقتطاع ليس توكيلا وأن الدائن يتصرف في صالحه وليس في صالح الموكل ولا يقوم سوى بتقديم طلب أداء إلى موطن الأداء لدى بنك الأمر⁶⁷⁰.

بخصوص طبيعة اتفاقية الاقتطاعات، فإنها تظهر كأمر تحويل عام ويكون تنفيذها خاضعا لشروط الطلبات الصادرة عن المستفيد، التي توضح تاريخ وقدر المبلغ المحول. كما أن اتفاقية الاقتطاعات توجب على الدائن أن يطالب بالأداء من خلال إشعار ولا يمكنه أن يسلك مسطرة المطالبة بالمبلغ المستحق إلا إذا قام بهذا الإجراء وأخفق في محاولته. وعليه أيضا أن يشعر المدين بأيام قبل المطالبة بالفاتورة، حتى يمكن المدين من التأكد من أن المبلغ المقطوع أصبح حالا ويمكنه من التعرض عند الاقتضاء. هذا الحرص هدفه كذلك أن يذكر المدين بأن عليه السهر على وجود رصيد كاف مقيد بالحساب.

ويقدم التعرض وفق الشكل المنصوص عليه في الاتفاقية وكل تعرض غير مبرر قد يوجب المسؤولية العقدية للمدين. وتبرم اتفاقية الاقتطاع عادة لمدة غير محددة حيث يمكن إلغاؤها من كل طرف وأن إلغاء الترخيص بالاقتطاع يعد رفضا للأداء⁶⁷¹. وقد عدت المادة 16 من القانون المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها أن تنفيذ اقتطاعات دائمة أو أحادية تعد خدمات أداء. ولدراسة الإشعار بالاقتطاع يتوجب التطرق لعلاقة الدائن ببنكه (الفقرة الأولى) ثم علاقة المدين بالبنك (الفقرة الثانية) وعلاقة المدين بالدائن (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: علاقة الدائن ببنكه

فيما يخص علاقة الدائن ببنكه هناك اتفاق عام أو إطار cadre على التحصيل حيث تدخل علاقة المدين ببنكه في إطار خدمات الوفاء. يصدر الدائن – تنفيذا لاتفاقه مع مدينه- الأمر بالاقتطاع

⁶⁷⁰ - C.A Colmar, 1re ch., 9 oct. 1991 : RTD com. 1992, 428, obs. Cabrillac et Teyssié.

⁶⁷¹ -Jean-François Riffard & Michel Cabrillac, Art.cit , p.34.

ويعطيه إلى بنكه هو لتحصيله لدى بنك المدين. وينظم علاقات الطرفين بمناسبة كل أمر أو إخطار avis اتفاق عام سابق. أما الاتفاق العام فيحدد أسلوب العمل من حيث تواريخ إعطاء الأوامر للبنك والمدد التي تترك لتحصيلها وعمولة كل منها وإعفاءات البنك من الخطأ في التحصيل وكيفية التصرف إذا لم تدفع بعض الأوامر. وهكذا وفي ضوء هذا الاتفاق يصدر الدائن أوامر أو إخطارات الاقتطاع ويسلمها إلى بنكه ليحصلها. ولا يعتبر الأمر ورقة تجارية لأنه لا يتضمن بياناتها الإلزامية، وإنما هو على الرأي الراجح- توكيل في التحصيل. ولما كانت العلاقة - في جوهرها- وكالة فإن البنك يلتزم به كوكيل وبما يقضي به اتفاق الطرفين والعرف المصرفي⁶⁷². والمتبع في هذا النظام أن الأمر بالاقتطاع الذي يتعذر تحصيله لا يقدم مرة ثانية إلى بنك المدين بل يرده بنك المستفيد (الدائن) إليه ليقوم بتحصيل الدين الثابت فيه بوسيلة أخرى. والأصل أن بنك الدائن لا يقيد قيمة الأمر في حساب الدائن إلا بعد تحصيله. لكن إذا قيده كان ذلك إقراضا منه لعميله بحيث إن لم يحصل استرد البنك القيمة المعجلة بإجراء قيد عكسي. هذا عن علاقة الدائن ببنكه، فماذا عن علاقة هذا الأخير بالمدين ؟

الفقرة الثانية: علاقة المدين ببنكه

يعطي المدين - باتفاق مع بنكه - وكالة مستمرة بوفاء الأوامر التي تصدر من دائنه في الظروف وبالشروط التي يتفق عليها معه. وهذه الوكالة لا تعطي الدائن أي حق في مواجهة بنك المدين، فلا تدخل في مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير. وهذا الاتفاق - بوصفه وكالة - يجوز إنهاؤه من جانب كل من طرفيه في كل وقت. ولا يترتب على إنهائه إلا مسؤولية المدين أمام دائنه إن كان ذلك بغير مبرر مشروع. لكن بنك المدين ملزم باحترام أوامر موكله المدين دون اعتبار لموقف الدائن أو بنك الدائن، ما لم يكن قد تعهد امام المستفيد مباشرة⁶⁷³. هذا عن علاقة المدين ببنكه. فماذا عن علاقة الأول بالدائن؟

الفقرة الثالثة: علاقة المدين بالدائن

إن أهم إشكال يثار بين الطرفين هو ادعاء الدائن أن المدين لم يوف بالتزامه مثلا، لأن بنك المدين لم يدفع أمرا بالاقتطاع لسبب ما. فمن يكون عليه عبء الإثبات؟ عرض هذا السؤال على محكمة النقض الفرنسية سنة 1976 في قضية خلاصتها أن شخصا اقترض من شركة ائتمان واتفق على سداد القرض بأقساط شهرية تقتطع من حسابه بمقتضى أوامر اقتطاع تصدرها الشركة. حيث حدث أن أمرا لم يسدد. فقضت محكمة الموضوع أنه مادام المقترض قد أثبت أنه نفذ التزامه بتدبير

⁶⁷² - J.L.Guillot, *Pratiques bancaires*, Source du droit des affaires, LPA, 27 novembre 2003 n° 237.

⁶⁷³ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص. 743 و 744.

الرصيد اللازم في حسابه، فيجب على الشركة أن تثبت بوثيقة ما أن أمر الاقتطاع لم يسدد؛ بسبب عدم وجود رصيد في حساب المدين وأن واقعة تخلف سداد قسط واحد من اثني عشر قسطاً، يشير بوضوح إلى أن النزاع ناشئ بسبب قعود أو تراخ من الشركة الدائنة. لكن محكمة النقض نقضت القرار بقولها إنه لم يبين المقصود بقعود الشركة، وبأنه يبدو أن المدين نفذ التزامه بتدبير مقابل الوفاء وبإلقائه عبء إثبات عدم سداد الأمر لعدم وجود الرصيد على الدائن. في حين أنه – كما تقول محكمة النقض- يقع على المدين الذي يدعي براءته من الدين أن يثبت هو هذه البراءة⁶⁷⁴.

هنا يمكن القول، إن براءة المدين لا تثبت إلا بدليل منه على أن بنكه وفي أمر الاقتطاع بالفعل. أما بخصوص تطبيق الشرط الجزائي بالعقد، أو الحكم بتعويض عن تخلف التنفيذ الحاصل من المدين فيكون عبء إثبات خطأ المدين على الدائن لأن استيفاء أمر الاقتطاع عمل مرتبط بقيامه بما يجب. حيث على الدائن أن يثبت أنه تحرك في اتجاه الاستيفاء وأن مطالبته نتجت بسبب تخلف المدين عن السداد⁶⁷⁵. هذا عن خدمات الأداء، فماذا عن خدمات تحصيل وأداء الشيكات والأوراق التجارية؟

الفرع الثاني: خدمات تحصيل وأداء الشيكات والأوراق التجارية

لقد استتنت المادة 16 من قانون 103.12 يتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها عمليات الأداء المنجزة عن طريق شيك أو كمبيالة أو أي سند آخر مماثل على دعامة ورقية من ضمن خدمات الأداء مقرر أن تلك الخدمات لا يمكنها أن تعد خدمات أداء.

هذا وقد أورد المشرع مصطلح الأوراق التجارية في بعض فصول مدونة التجارة. فقد جاء في المادة 338 من تلك المدونة " يمكن للدائن المرتهن أن يستوفي قيمة الأوراق التجارية المسلمة له على وجه الرهن ". لكن ما يعاب أن المشرع لم يعط تعريفاً للأوراق التجارية يميزها عن غيرها من السندات المشابهة لها يقطع دابر أي خلاف قد ينشأ بخصوص هذا الشأن. ذلك أن الخلاف نشأ فعلاً في تحديد مفهوم الأوراق التجارية نتيجة الاختلاف الحاصل في تعريف تلك الأوراق. حتى أن بعض الفقهاء لم يدخل الشيك ضمن الأوراق التجارية، لأن تلك الورقة ليست أداة ائتمان وإنما هي أداة وفاء. كما أنها لا تعد عملاً تجارياً بطبيعته. على نقيض هذا الاتجاه، ذهب الفقيه " غارو " إلى اعتبار جميع الأوراق التي تتضمن شرط الأمر والتي تقبل التداول بالطرق التجارية، أوراقاً تجارية، سواء نصت هذه الأوراق على تأدية مبلغ من المال أو على تسليم كمية من المثليات. ويرى جانب من الفقه المغربي، أن هذا التعريف هو الأقرب إلى الصواب وهو الذي يعرف الأوراق

⁶⁷⁴ - حكم محكمة Laval التجارية في 1974/8/21 وقرار محكمة النقض 26 أكتوبر 1976، JCP 1978-2-18832، تعليق كلودلوا

دوليساك. مذكور لدى علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص. 745.

⁶⁷⁵ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص. 774.

التجارية بأنها صكوك للأمر أو للحامل تمثل ديناً هو مبلغ مالي مستحق الأداء عند الاطلاع أو في أمد قصير⁶⁷⁶.

ويعهد العميل إلى البنك الذي يتعامل معه بتحصيل حقوقه لدى الغير. والمألوف أن يكون ذلك بالنسبة لحقوق ثابتة في سندات أو أوراق بحيث لا تحتاج عملية التحصيل إلا إلى تقديم السند للمدين ومطالبتة بالوفاء دون حاجة إلى إجراءات أو إقامة الدليل ومناقشة وجود الحق أو مقداره. فالغالب أن يكون تكليف البنك بتحصيل أوراق تجارية وإنما ليس ما يمنع من تكليفه بتحصيل حق آخر. إن البنك الذي يقوم بتحصيل الحق إنما يقوم بعمل قانوني لحساب عميله فهو وكيل عنه والعقد بينهما وكالة تخضع لأحكام ذلك العقد يكملها العرف البنكي⁶⁷⁷. تلك الأحكام تختلف بحسب ما إذا تعلق الأمر بتحصيل شيكات (المبحث الأول) أو أوراق تجارية أخرى (المبحث الثاني)

المبحث الأول: فيما يخص تحصيل الشيكات

جاء في قرار لمحكمة النقض صادر بتاريخ 2000/11/1: "لما كان الشيك الحامل لجميع البيانات الإلزامية يعتبر وظيفة أداة صرف ووفاء، فهو يستحق الأداء بمجرد الاطلاع عليه. إنه يشبه الأوراق التجارية و يتميز بخاصية التجريد أي أنه يتداول بعيداً عن سببه، ولذلك فإن حامله يعتبر دائناً لساحبه بالمبلغ المقيد به دون أن يكون ملزماً بأن يبين السبب الذي تسلم من أجله الشيك الذي أرجع إليه بدون رصيد"⁶⁷⁸. فكثيراً ما عرضت أمام القضاء قضايا يدفع فيها الموقعون على الشيكات بكونهم كانوا ضحايا عنف قانوني أو مادي أو سلب للإرادة نتيجة نصب أو أن مقابلها خدمات كراء مقدمة الاداء في مخالفة صريحة للقانون. لكن القضاء تمسك بقاعدة تطهير الدفع وحافظ على استقلالية الشيك عن جل الدفع المثارة مما هو في الحقيقة موضوع إنتقاد. يبقى أنه بخصوص التحصيل، على الزبون أن يثبت أنه أودع الشيك من أجل التحصيل⁶⁷⁹. هنا على البنك

⁶⁷⁶ - أحمد كويسى ومحمد الهيني، تأملات في اجتهادات القضاء التجاري في مادة الأوراق التجارية، دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2007، ص.5.

⁶⁷⁷ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص.718.

⁶⁷⁸ - قرار المجلس الأعلى، عدد 99/2/3/324، منشور بمجلة المجلس الأعلى عدد 56، ص.347 - مذكور لدى أحمد كويسى و محمد الهيني، تأملات في اجتهادات القضاء التجاري في مادة الأوراق التجارية، مجموعة البحث في القانون المصرفي، دار القلم للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2007، ص.10.

⁶⁷⁹ - جاء بخصوص وجوب إثبات إيداع الشيك لدى البنك من أجل التحصيل في حكم المحكمة التجارية بوجدة بتاريخ 2012/06/28، تحت عدد 2012/692، ملف رقم 16/2012/90، بتاريخ 2012/06/28، غير منشور: "وحيث إنه يتقصد الوثائق المدلى بها من قبل المدعي يتضح بأن مستخلص الحساب (Extrait De Compte) الصادر عن المدعى عليه لا يتضمن أية إشارة إلى الشيك رقم 170.6075.

حيث إن المدعي لم يدل بأي وثيقة أو أصل يثبت قيامه بإيداع الشيك رقم 170.6075 لدى المدعى عليه أو تقديمه إليه للاستخلاص. حيث إن الكشف الذي أدلى به المدعي لإثبات عملية المقاصة بخصوص الشيك رقم 170.6075 علاوة على كونه مجرد وثيقة لا تحدد الجهة الرسمية الصادرة عنها وتأشيرتها فإنها أيضاً تبقى وثيقة غير صادرة عن البنك المدعى عليه وغير ملزمة له.

المسحوب عليه أداء الشيك ثم القيام بتحصيله (المطلب الأول) أو توكيل بنك آخر للقيام بذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أداء الشيكات من طرف البنك المسحوب عليه

إن توطين الشيكات ممكن لدى بنك آخر، غير بنك المسحوب عليه، لكن ذلك قليل الحدوث. فخدمة الأداء يقوم بها أساسا البنك ماسك حساب الساحب أي البنك المسحوب عليه. ذلك البنك يوجد في وضع مريح، بالمقارنة مع الموطن لديه مادام أنه يتوفر على مقابل الوفاء. إنه مسؤول مباشرة تجاه الحامل وأمام الشخص المؤدى لديه الورقة. فقبل الأداء على المسحوب عليه، أن يتأكد من أن الحامل هو حامل شرعي وكذا من السلامة الظاهرية للمستند أي من غياب أي شبّهات مادية وجوهرية وأن يطابق توقيع الساحب مع النموذج المحفوظ لديه⁶⁸⁰. جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 2012 / 11 / 22 " يسأل البنك مسؤولية تعاقدية عن صرفه شيكات من حساب زبونه للغير دون التأكد من توقيع صاحبيه المشتراط توقيعهم، أجمعهم عليه، حسب النظام الداخلي للمؤسسة الموضوع بالبنك. وأن صرف الشيك دون وجود التوقيع المشتراط في المادة 240 من مدونة التجارة والذي ألحق ضررا بالساحب بخطأ البنك، يعرض عنه لقيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر بإرجاع الشيك لساحبه "⁶⁸¹. ورغم ذلك، يبقى نطاق مراقبة

وحيث أدلى المدعي خلال فترة المداولة بإشهاد صادر عن رئيس مصلحة كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية بوجوده يشهد فيه أن المدعي تسلم شيكا عدد VA 170.6075 مسحوب عن صندوق الإيداع والتدبير بمبلغ 36.436,47 درهم.

وحيث إنه لئن كان هذا الإشهاد يثبت تسلم المدعي للشيك المذكور فإنه بالمقابل لا يتضمن أية إشارة إلى كون المدعي قام بتقديم الشيك إلى البنك المدعى عليه قصد إيداعه بحسابه.

وحيث إن طلب إجراء معانة مع محضر استجوابي الذي أرفقه المدعي بمذكرته الرامية إلى إخراج الملف من المداولة لم تتضمن أي جديد من شأنه إثبات طلب المدعي بل على خلاف ذلك فإن المدعي يؤكد فيه أنه بناء على عملية مصرفية رقم 362075 و تاريخ 2008/10/03 قامت الخزينة العامة بوجدة بتحويل مبلغ الشيك لجهة ما دون تحديد هذه الجهة إذا ما كانت هي المدعى عليه أم جهة أخرى.

وحيث إن دعوى المدعي جاءت مفتقرة للحجة المؤيدة لها.

وحيث إن إثبات الالتزام يقع على مدعيه "

⁶⁸⁰ - Cass.Com, 3 décembre 2002, Banque, populaire du sud - ouest C/ Sarl Batim : Juris Data n° 016643 : JCP 2002, IV, 1171, RTD Com.2003, p.139. Obs. Cabrillac et Legeais.

⁶⁸¹ - جاء في حيثيات القرار المذكور "حيث أن العلاقة بين الطرفين قائمة و ثابتة ذلك أن الطاعنة زبونة للمستأنف عليه، وأن طلب الطاعنة يتمحور حول إرجاع مبلغ الشيك المسحوب من حسابها لا يتوفر على البيانات اللازمة و المتعاقد بشأنها بين الطرفين مما يبقى معه الدفع بالتقادم المنصوص عليه في المادتين 295 و 296 من م ت و المتعلق بتقادم دعوى الرجوع الصرفي غير عاملة في النازلة لكونها لا تتعلق بذلك، بل تخضع لمقتضيات القواعد المنصوص عليها في المادة 5 من م ت و بالتالي يبقى الدفع المتمسك به في غير محله.

و حيث إنه بالرجوع إلى المادة 239 من م ت فإن من البيانات التي يجب أن يتضمنها الشيك أن يكون متضمنا لتوقيع الساحب و لا يصح شيكا إذا كان ينقصه التوقيع طبقا للمادة 240 من نفس المدونة. وحيث إنه بالاطلاع على صورة الشيك الحامل لرقم 08709263 والمسحوب على البنك المغربي للتجارة و الصناعة و الذي يحمل مبلغ 32837,50 درهما أنه تم سحبه لفائدة الغير حسب الثابت من كشف الحساب المدلى به. في حين أنه بالرجوع إلى المادة 239 من م ت من البيانات التي يجب أن يتضمنها الشيك أن يكون متضمنا لتوقيع الساحب و لا يصح شيكا إذا كان ينقصه التوقيع طبقا للمادة 240 من نفس المدونة، و ما دام الشيك موضوع النزاع موقع من طرف شخص

التوقيع ضيقاً منذ دخول "نظام صورة الشيك" والذي أفضى إلى أن تحصيل الشيكات، يكون بواسطة البنك، مما يعني أنه في غالب الحالات لم يعد تقديمها مادياً إلى البنك المسحوب عليه.

إن البنك المسحوب عليه لا يمكنه، في حالة المعالجة المعلوماتية، أن يتصل مطلقاً من فحص الشيك ويدعي كامل مسؤولية البنك طالب الوفاء⁶⁸². ذلك أن عليه أن يرفض أداء شيك به عيوب ظاهرة من قبيل الشيك الذي يحمل ترقيماً لا يوافق المعايير المعمول بها⁶⁸³. لكن القضاء الفرنسي، ذهب على خلاف ذلك، قائلاً إن تسجيل إضافة إلى اسم المستفيد ليس بعيب يطعن في وفاء الشيك

684

وجاء بخصوص أهلية البنك لاكتشاف تزوير توقيع الشيك، قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 2009/4/1 ورد فيه ما يلي: "لكن حيث إنه خلاف ما ورد بالوسيلة فإن المحكمة مصدرية القرار المطعون فيه لم تبين مسؤولية البنك على خطأ مفترض في حقه بل على خطأ نتج عن صرف تابعيه للشيك الحامل للتوقيع المزور، معلة ذلك بقولها "أن البنك ليس رجلاً عادياً، وله من الخبرة ما يؤهله لاكتشاف كل تزوير يطل توقيع الساحب" مضيئة في تعليلها بأن "ما تدعيه المستأنفة بخصوص أهلية البنك لاكتشاف التزوير كان سيسعفها لو أن الخبرة التي أجريت على التوقيع، أكدت أن التوقيعين متطابقان رغم زوريتهما. في حين أن تقرير المختبر الوطني للشرطة العلمية إدارة الأمن الوطني خلص إلى أن التوقيع مختلف مما تكون معه مسؤولية الطاعة عن صرف شيك يحمل توقيعاً مزوراً ثابتة" وهي بتعليلاتها تكون ردت على ما تمسكت به من دفع ولم تهملها مطابقة بذلك مقتضيات الفصل 78 من ظل ع تطبيقاً سليماً، مادام أن الشخص لا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي أحدثه بفعله فقط. ولكن أيضاً بخطئه، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب

واحد في حين أنه بالرجوع إلى النظام الداخلي للطاعة والمودع لدى البنك المطعون ضده وكذا نماذج توقيعات الأشخاص الموكول لهم بالتوقيع عن المستأنفة بخصوص المصاريف بواسطة الشيكات وجميع عمليات السحب و الصرف من طرف ثلاث أشخاص وهم الرئيس والأمين و كاتب و ذلك طبقاً للفصلين 13 و 14 من النظام الداخلي، في حين أن الشيك المدلى بصورة منه و الذي تم ادأؤه من طرف البنك لفائدة شركة باتي موقع من طرف شخص واحد يكون خالياً من التوقيع الثلاثي المنصوص عليه بالنظام الداخلي مما يكون معه البنك أمام صرفه قيمة الشيك دون تأكده من عدم التوقيع الثلاثي على الشيك قد ارتكب خطأ و بالتالي أحدث ضرراً للطاعة و أن العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر قائمة و تكون مسؤوليته تبعاً لذلك متوفرة الأمر الذي يستوجب عليه إرجاع قيمة الشيك إلى حسابها و هو ما لم ينته إليه الحكم المستأنف الأمر الذي يقتضي إلغاؤه و الحكم من جديد على البنك بإرجاع قيمة الشيك المحدد في 32873,50 درهماً إلى حساب الطاعة المفتوح لديه. و حيث أن عمل البنك هذا أضر بالطاعة مما يستوجب تعويضها عن ما لحقها و تحدده المحكمة بما لها من سلطة تقديرية في مبلغ 5000 درهم. وحيث يتعين تحميل البنك المستأنف عليه الصائر - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 2037، صادر بتاريخ 2012/11/22، ملف عدد 2012/772، غير منشور.

⁶⁸² - Cass. Com., 9 juillet 2002, Caixabank C/ CIO et sté Terra Alleu, arrêt n° 1420 FS-p, RTD.Com.2002, p.710, Obs. Cabrillac.

⁶⁸³ - Cass.Com., 7 juillet 2009, n°08-18.251 F-P+b, Laboratoires Jolly Jtel C/BNP Parisbas, n°049115 : Jurisdata n°049115 JCP.2009.359, note Lasser-Capdeville.

⁶⁸⁴ - Cass.Com., 16 mars 2010, 09-11.734 D-D, crédit du nord C/Sté Dolphi : jurisdata n° 002216.

المباشر في ذلك الضرر. كما أنها لم تحرف مضمون الخبرة، وإنما استقت منها وجود اختلاف بين التوقيع المدون في الشيك المسحوب والتوقيع النموذجي المودع لدى البنك لتخلص إلى ثبوت تقصير البنك في كشف هذا الاختلاف المنبئ عن التزوير وإنما بتقديرها لهذا الواقع الذي تستقل به لم تكن ملزمة ببيان درجة الاختلاف بين التوقيعين وإنما يكفيها ثبوته⁶⁸⁵. هذا عن البنك المسحوب عليه، فماذا عن البنك الوكيل في تحصيل الشيكات؟

المطلب الثاني: البنك وكيل في تحصيل الشيكات

إن التزامات البنك المكلف بالتحصيل هي نفسها كيفما كانت الصفة التي حاز بموجبها. في كل الحالات، يتحمل ذلك البنك التزامات الوكيل. هنا يوجد الاختلاف فقط في عدد المطالبات الممكنة للبنك في حالة عدم الوفاء⁶⁸⁶. فعلى البنك المكلف بالتحصيل أن يبدي حدا أدنى من الحيطة، تنضاف إلى الحيطة المفروضة في البنك المسحوب عليه. تلك الحيطة يجب أن تمارس وقت فتح الحساب من خلال مراقبة الهوية والعنوان⁶⁸⁷. كما أن الحيطة مفروضة أيضا في وقت التوصل بالشيك لغرض التحصيل، حيث يجب على البنك المكلف بالتحصيل أن يتأكد من وجود التوقيع⁶⁸⁸ وصفة الموقع ومن سلامة صيغة الشيك والتظهير⁶⁸⁹.

جاء بهذا الخصوص في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 2006/5/31: "حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي ثبت لها من وثائق الملف أن مستخدمي الطالب المكلفين بتلقي الشيكات كان عليهم إجراء الفحوص اللازمة والتأكد من شخص المستفيد ومدى قابلية الشيك للتظهير من عدمه، وأن إهمالهم القيام بذلك، وقبولهم تسلم شيكات غير قابلة للتظهير، كانت السبب في الضرر اللاحق بالمطلوبة المتمثل في اختلاس مبلغ الشيكات، ورتبت عن ذلك مسؤولية البنك عن الضرر الذي تسبب فيه مستخدموه بصفتهم تلك، سواء على أساس الفعل الضار الذي صدر منهم أثناء تأدية

⁶⁸⁵ - قرار المجلس الأعلى 476، صادر بتاريخ 2009/4/1 في الملف عدد 2008/1/3/1335، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة التجارية، السلسلة 2، الجزء 5، مطبعة الامنية، الرباط، 2010، ص. 119.

⁶⁸⁶ - Ch.Gavalda & J.Stoufflet, op.cit., p.676.

⁶⁸⁷ - Cass.Com., 23 juin 2004, pourvoi n°02-17.789, D., act, jurispr.2373.

⁶⁸⁸ - جاء بهذا الخصوص في حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2010/10 بتاريخ 2010/01/04، ملف رقم : 2009/17/5281، غير منشور، يبين شروط قيام مسؤولية البنك في حالة أداء شيك دون التأكد من توفر التوقيعات المتوجبة : "وحيث وإنه ثبت للمحكمة أن البنك لم يعر الاهتمام لعدم توفر الشيك المتنازع فيه على التوقيع الثاني فإن هذا الأخير ضمن بشهادة رفض الأداء بالنسبة للشيكين المتنازع فيهما السبب الذي بني على إرجاعهما بدون أداء و هو عدم كفاية الرصيد و كان على المدعية الساحبة أن تناقش مدى جدية السبب المتضمن بشهادتي رفض الأداء إذ اكتفت بالقول بتخلف أحد التوقيعين كما سبق الإشارة إليه . حيث إنه لقيام المسؤولية البنكية لا بد من توفر العناصر الثلاث التقليدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وأن المدعية أساسا لم تثبت خطأ المؤسسة البنكية فلا موجب لقيام اية مسؤولية تجاهها ويتعين معه الحكم برفض الطلب".

⁶⁸⁹ - Cass.Com., 28 octobre 2008, n°1074 F.P+B vallat C/ Crédit Agricole centre France : D.2008, act. Jurispr.2862, obs.Avéna, Robardet.

وظيفتهم أو على أساس أن وظيفتهم هي التي هيأت لهم ظروف ارتكابها ، و اعتبرت أن الطالب ليس له صفة المطالبة بإدخال الغير أمام ثبوت مسؤولية مستخدميه، واستبعدت الفصل 103 من ظ.ل.ع و لم تخرق مقتضيات الفصل 85 من ظ.ل.ع و جاء قرارها غير خارق لأي مقتضى مستند على أساس قانوني معلل بما يكفي"⁶⁹⁰. لكن البنك المودع لديه شيك قصد تقديمه للاستخلاص لا يسأل عن قيمته مادام لم يثبت أنه تحوزها. فقيام البنك المودع له بإرسال الشيك والاستفسار عن نتيجة استخلاص قيمته أم لا، وتأكده من أن إرجاع الشيك من البنك الأصلي يلزم أداء مصاريف تقع على عاتق المستفيد من الشيك يجعل مسؤولية البنك المودع لديه منتفية عن إرجاع الشيك وقيمته. وقد قضت محكمة الاستئناف بفاس في قرارها بتاريخ 2013/10/24 أن الحكم القاضي على البنك بالأداء خلاف ما ذكر في غير محله ويتعين إلغاؤه ورفض الطلب من جديد⁶⁹¹.

على العكس من ذلك، تترتب مسؤولية البنك، إذا وافق على قبول شيك من شخص غير المستفيد من الشيك علما أنه صادر عن شخص ثالث، بينما هو مظهر فقط لمؤسسة بنكية. لكن تلك المسؤولية

⁶⁹⁰ - قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 2006/5/31، منشور بالمجلة المغربية للقانون الاقتصادي، مركز قانون الالتزامات والعقود بفاس، العدد 3، إبريل 2010، ص.151.

بخصوص ترتيب مسؤولية البنك عن اخطاء مستخدميه، أدانت ابتدائية بركا مستخدم البنك من أجل الاختلاس و قضت عليه بأدائه للمدعي مبلغ 500.000 درهم كتعويض و إرجاع مبلغ 40.5311630 درهما و إحلال الشركة العامة المغربية للأبنك محل المتهم في الاداء- حكم جنحي صادر بتاريخ 2003/2/7 في الملف الجنحي عدد 1999/5097، مذكور في قرار عدد 1283 صادر بتاريخ 3 نونبر 2011 في الملف التجاري عدد 2011/1/3/1037، منشور في مجلة قضاء محكمة النقض، عدد 75، مطبعة الأمانة، الرباط، شتنبر 2012، ص.236.

⁶⁹¹ - جاء في قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 13/10/24: " حيث يعيب كل طرف على أن الحكم المطعون فيه أضر بمصالحه للعلل والأسباب الواردة في طعن كل منهما. و حيث أن الثابت من وقائع الملف و وثائقه أن الطاعن المستفيد من الشيك سلم هذا الأخير للبنك الشعبي المستأنف عليه قصد استخلاصه من البنك الاسباني و بالتالي فالبنك المطعون ضده ليس مسحوبا عليه الشيك المقدم للوفاء حتى يكون ملزما بالوفاء و قيامه بالعديد من الإجراءات قبل وفائه و انما يعتبر في هذه الحالة مجرد وسيط ليس مودعا عنده فضلا على أنه لم يستخلص قيمة الشيك من البنك الاسباني و لم يثبت الطاعن أن البنك الشعبي تحوز قيمة الشيك و أن القرار المحتج به لا ينطبق على نازلة الحال مما يبقى معه طلب المدعي -المستأنف- بخصوص أداء قيمة الشيك المسحوب عن البنك الاجنبي يبقى غير مؤسس و هو ما انتهى إليه الحكم المستأنف عن صواب مما يقتضي تأييده بهذا الخصوص.

وحيث أن البنك المستأنف عليه وجه الشيك موضوع الدعوى للاستخلاص إلى البنك الاسباني بتاريخ 2007/12/5 كما وجه كتابا للبنك المسحوب عليه من أجل الإستفسار عن مآل الشيك بتاريخ 09/2/5 و كذا بتاريخ 2011/4/15 مما يكون معه البنك المطعون ضده قد قام بواجبه من أجل استخلاص الشيك المذكور إلا أن الورقة المذكورة لم تستخلص نتيجة عدم توفر المؤونة فضلا على أن إرجاع الورقة من البنك الاسباني للبنك المطعون ضده يستوجب أداء مصاريف استرجاع الشيك محدد في مبلغ 15.131 اورو وأشعر المستفيد بأداء هذه المصاريف إلا أنه لم يستجب الشيء الذي أكدته المستأنف بجلسة البحث بعدم أدائه للمصاريف المذكورة مما تبقى معه مسؤولية البنك غير قائمة بهذا الخصوص و التعويض غير مؤسس و هو ما لم ينته إليه الحكم المستأنف عن صواب مما يقتضي إلغاؤه بهذا الخصوص و الحكم من جديد برفض الطلب. و حيث يتعين تحميل المستأنف ح - ب الصائر". قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 1655، صادر بتاريخ 13/10/24، في ملف عدد 13/1200، قرار غير منشور.

لا تنعقد إلا في حالة عيب ظاهر⁶⁹². هذا وتجب الإشارة إلى أن الأبنك أصبحت بمقتضى المادتين 313 و314 من مدونة التجارة، جهة شبه قضائية تتمتع بحق توقيع جزاء رادع ذي صبغة مدنية

وجنائية على صاحب شيك بدون مؤونة، حيث تمنعه من إصدار شيكات خلال مدة عشر سنوات و تقضي عليه بغرامة ثم تمكنه من أهلية استرجاع حقه في إصدار شيكات وفق شروط محددة⁶⁹³.

هذا عن تحصيل الشيكات، فماذا عن أداء الأوراق التجارية؟

المبحث الثاني: تحصيل وخضم الأوراق التجارية

كثيرا ما يلجأ الزبون إلى البنك خارج إطار الخصم ويوكله لتحصيل مبلغ الورقة التجارية عند تاريخ الاستحقاق⁶⁹⁴. وتقوم الأوراق التجارية بين التجار ومقام النقود. علما أنه إذا كانت الأبنك سابقا طرفا أساسيا في أغلب الأوراق التجارية مع المستهلكين، فإن دوريات داخلية بنكية طالبت العاملين بالأبنك عدم استعمالها في مجال القروض في إطار التعامل مع تلك الفئة. نشير أنه بخصوص الأوراق المقدمة للبنك قصد الاستخلاص، فوجود الثقة بين جميع فرقاء الورقة تعد ضرورية لقبول التعامل بها و يتركز جانب الثقة في البنك المكلف بأداء الورقة التجارية وتحصيلها (المطلب الأول) ولكن أيضا في حالة خصمها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحصيل الأوراق التجارية

تعد الأوراق التجارية من أهم ما ابتدعه الفكر البشري بعد النقود لتيسير التعامل بين الأشخاص على الصعيد الوطني والدولي. فقد أدت دورا مهما في الحياة التجارية قديما وحديثا. لذلك أولتها مختلف التشريعات والمعاهدات عناية فائقة باعتبارها من ركائز الاقتصاد. يعهد العميل إلى البنك الذي يتعامل معه بتحصيل حقوقه لدى الغير. والمألوف أن يكون ذلك بالنسبة لحقوق ثابتة في سندات أو أوراق بحيث لا تحتاج عملية التحصيل إلا إلى تقديم السند للمدين ومطالبته بالوفاء دون حاجة إلى إجراءات أو إقامة الدليل ومناقشة وجود الحق أو مقداره. فالغالب، أن يكون تكليف البنك بتحصيل أوراق تجارية وإنما ليس ما يمنع من تكليفه بتحصيل حق آخر. إن البنك الذي يقوم

⁶⁹² - Ch.Gavalda & J.Stoufflet, op.cit., P.678.

⁶⁹³ - عبد العزيز حضري، الردع البنكي في مجال الشيك، المجلة المغربية للاقتصاد و القانون، العدد2، 2001، ص.51 وما بعدها؛
مذكور لدى عبد العزيز حضري، استئناف الاحكام المدنية في التشريع المغربي، الجزء الأول، حق الاستئناف، دار الافاق المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، 2009، ص.77.

⁶⁹⁴ -T.Ben.Nasr, op.cit ,p.359.

بتحصيل الحق إنما يقوم بعمل قانوني لحساب عميله فهو وكيل عنه والعقد بينهما عقد وكالة يخضع لسلطان الإرادة يكملها العرف البنكي⁶⁹⁵.

إن مسؤولية البنك اتجاه العميل في حالة عدم استخلاص الورقة التجارية، حددها قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 2005/10/19 جاء فيه: "إن تكليف الزبون للبنك الذي يتعامل معه باستخلاص قيمة كمبيالات لدى الغير تحكمها قواعد الوكالة موضوع الفصل 903 من ظ ل ع و أن عدم تنفيذ البنك لما كلفه به زبونه، يجعله مسؤولاً مسؤولية تعاقدية تجاهه، وليس مسؤولية تقصيرية"⁶⁹⁶.

أما بخصوص حالة ضياع الورقة قبل الاستخلاص، فقد جاء في حكم للمحكمة التجارية بطنجة صادر بتاريخ 2008/5/22: "إن مسؤولية البنك قائمة في حالة ضياع الأوراق التجارية التي تسلم قصد الاستخلاص باعتباره مودعا لديه مؤدى عن خدماته". وقد اعتبرت نفس المحكمة أن تحديد مسؤولية البنك تتم على أساس حجم الضرر اللاحق بالزبون ولا يجوز تغيير أساس الدعوى من المسؤولية البنكية إلى دعوى الرجوع لعدم الوفاء في إطار الدعوى المصرفية⁶⁹⁷.

يبقى أن على البنك مسؤولية مراقبة التوقيع ومطابقته مع النموذج المحفوظ لديه، جاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 6 يناير 2010: " لكن حيث إن البنك الموطنة لديه الأوراق التجارية باعتباره وكيلًا بأجر يقع على عاتقه التزام التأكد من قانونية السند المقدم له للاستخلاص من حساب زبونه و مراقبة التوقيع الوارد به والتأكد من مطابقته الظاهرة مع نموذج توقيع زبونه أو من يمثله، المودع لديه و رفض أداء قيمته متى تبين من المقارنة بين التوقيعين أنهما مختلفان بشكل ظاهر، ومتى أدى قيمة السند. رغم أن الاختلاف المذكور جلي ويمكن اكتشافه بالعين المجردة، فإنه يكون قد أخل بالتزاماته كوكيل بأجر ويترتب على ذلك مسؤوليته عن جبر الضرر الحاصل لصاحب الحساب الذي يمسكه " البنك" والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي ثبت لها إخلال الطالب بالتزامه بمراقبة مطابقة التوقيع الوارد بالكمبيالة مع التوقيع النموذجي للزبون بما فحواه من "أنها تأكد لها من خلال تصريحات مدير الوكالة بشكاية من المسحوب عليه وأن المسؤول عن الوكالة صرح بأن خصم الورقة التجارية حصل نتيجة التقصير في مراقبة التوقيع... وأن تصريحاته باعتباره تابعا للمستأنف (الطالب) تبقى حجة لإثبات الخطأ البنكي المتمثل في عدم مراقبة التوقيع المضمن بالكمبيالة محل النزاع مع نموذج التوقيع الخاص بالزبون والمودع لدى البنك ، كما تأكد للمحكمة من مقارنة التوقيعين عدم وجود تطابق بينهما، أن التقليد واضح ويمكن

⁶⁹⁵ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص. 718.

⁶⁹⁶ - قرار المجلس الأعلى عدد 1035 صادر بتاريخ 2005/10/19 في الملف عدد 03/1092 منشور لدى محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود و العمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2009، ص. 420.

⁶⁹⁷ - حكم المحكمة التجارية بطنجة، صادر بتاريخ 2008/5/22، تحت رقم 674 ، في الملف رقم 2006/31/140، غير منشور.

الوقوف عليه لو أن المستخدم المكلف بخصم الورقة التجارية عمل على مراقبة التوقيع.. " وهو تعليل يساير مجمل ما ذكر ويبرز عناصر مسؤولية البنك المتمثلة في عدم قيامه بمراقبة مطابقة التوقيع مع نموذج توقيع المطلوب المودع لدى البنك الذي استقتته المحكمة من تصريحات مدير الوكالة البنكية والمكلفة بخصم الأوراق التجارية، كما تأكدت من عدم مطابقة التوقيع بمعايبتها للتوقيع الوارد على الكمبيالة والنموذج المودع لدى البنك...⁶⁹⁸. إذن هذا عن الالتزام البنكي بخصوص تحصيل الأوراق التجارية و التي تحدد نطاق حماية مستهلكي تلك الأوراق البنكية، فماذا عن خصم تلك الأوراق ؟

المطلب الثاني: خصم الأوراق التجارية

الخصم هو شكل من أشكال الائتمان قصير الأجل يتلخص في نقل ورقة أو عدة أوراق لأحد البنوك مقابل مبلغ من المال⁶⁹⁹. وقد عرفته المادة 526 من مدونة التجارة على أنه: "عقد تلتزم بمقتضاه المؤسسة البنكية بأن تدفع للحامل قبل الأوان مقابل تفويته لها مبلغ أوراق تجارية أو غيرها من السندات القابلة للتداول التي يحل أجل دفعها في تاريخ معين، على أن يلزم برد قيمتها إذا لم يف بها الملتزم الأصلي للمؤسسة البنكية مقابل عملية الخصم فائدة وعمولة". جاء أيضا بهذا الخصوص في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2005/12/08 أن: " عملية خصم الكمبيالة تعد صورة من صور الائتمان المباشر الذي تقدمه البنوك لزبنائها في إطار نشاطها الرئيسي المتمثل في توزيع الائتمان على الاقتصاد ووضع وسائل أداء رهن إشارة العملاء وغير ذلك من الخدمات البنكية (ص 322 من كتاب العقود البنكية للدكتور محمد لفروجي).

... وحيث إن تفويت أو تقديم الأوراق التجارية للبنك عن طريق الخصم تمنح هذه العملية للبنك حق الرجوع بقيمتها اتجاه المدينين الرئيسيين بها والمستفيد من الخصم والملتزمين الأخيرين المادة من مدونة التجارة. وحيث إن البنك الخاصم الذي أصبح حاملا للكمبيالة يعتبر مظهرا إليه تظهيرا ناقلا للملكية تقع عليه جميع الواجبات المفروضة على حامل الكمبيالة بمقتضى مدونة التجارة من بينها ضرورة المطالبة بقيمة الكمبيالة في تاريخ الاستحقاق...⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ - قرار المجلس الأعلى عدد 4 صادر بتاريخ 6 يناير 2010، في الملف عدد 2009/3/3/1303، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة التجارية، السلسلة 2، مرجع سابق، ص. 118.

⁶⁹⁹ - Christine.Lassalas, *Escompte*, JurisClasseur Banque -Crédit -Bourse, Cote : 11, 2001, Date de fraîcheur 27 juillet 2001, Fasc.550, p.1.

⁷⁰⁰ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، صادر بتاريخ: 2005/12/08، تحت رقم 2005/4569، في ملف رقم 5/2004/3857، غير منشور.

أما المجلس الأعلى، فقد تطرق في قرار لاحق له بتاريخ 6 ماي 2009، للتمييز بين خصم الورقة التجارية وإجراء تسجيل في الرصيد المدين لحساب الزبون موضحاً أنه يفترض أن التسجيل لا يتم إلا بعد التوصل بمقابله من المدين الرئيسي⁷⁰¹. فبما أن البنك يتقاضى بواسطة الشيك وليس بمقتضى التقييدات الواردة في الحساب، فإن من حقه متابعة الموقعين على الشيك من أجل استخلاص قيمته ولا ضرورة لتقييد الدين في الضلع المدين لحساب الزبون⁷⁰².

يتمثل التحدي الرئيسي في مجال خصم الأوراق التجارية في التمييز بين المعاملات التي تشكل خصومات حقيقية عن تلك التي تعد مجرد توكيلات تحصيل. في هذه الحالة الأخيرة، يقدم البنك للعميل تسبقاً مقابل تسليمه الأوراق التجارية التي سيتكلف بتحصيلها باعتباره وكيلاً لمسلمها. هنا لا يوجد في هاته الحالة تحويل ملكية الورقة المسلمة. إن التمييز بين الخصم والتحصيل مهم ذلك أنه إذا كان البنكي مجرد وكيل للمسلم، فإن المسحوب عليه يمكنه أن يواجهه بجميع الدفوع التي قد تكون له في مواجهة مسلم الورقة، بمعنى أن قاعدة تطهير الدفوع لا يعمل بها إلا إذا كان البنكي حائزاً على الورقة عن طريق تطهير ناقل للملكية.

هناك أيضاً، حالة يكون فيها الزبون مسلم الورقة أصبح في حالة تصفية قضائية لأمواله. حيث إن السنديك يحق له مطالبة بالورقة التي لم يتم بتحصيلها، فيصير البنك مجرد دائن بين آخرين إذا كان البنك قام بعملية الخصم. أما إذا كان مجرد وكيل في تحصيل الورقة فيستأذنه وعليه إعادة الورقة للسنديك إذا لم يستطع الحصول على مبلغها من المسحوب عليه. أما إذا حصل على مبلغها، فعليه أن يسلمها إلى السنديك. إن طبيعة العملية يوضحها عادة شكل التطهير. فإثبات خصم كمبيالة يستنتج من البيانات المسجلة على السند. أوجب بهذا الخصوص الفصل 13-513 L من مدونة التجارة الفرنسية عدة صيغ في حالة التطهير التوكيلي. أما التطهير على بياض، فهو يعد قرينة على أن الأمر يتعلق بعملية خصم وهي قرينة قابلة لإثبات العكس. كما يمكن لمعرفة حقيقة العلاقات التي

⁷⁰¹ - جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 6 ماي 2009: " حيث إن المحكمة ألغت الحكم المستأنف القاضي بالأداء وقضت من جديد بعدم قبول الطلب بعلّة أن " البنك المستأنف عليه في النازلة اختار تقييد الدين في حساب صاحب الطلب بعلّة أن " البنك المستأنف عليه في النازلة اختار تقييد الدين في حساب المستأنفة و سجله في الرصيد الدائن بدل تسجيله في الرصيد المدين و لم يتم بإرجاع الشيك إلى الزبونة، و مادام أنه مازال يحتفظ بالشيك، و مادام أن عملية التقييد العكسي لم تتم بعد في حساب المستأنفة كما جاء في خلاصة الخبرة، فإن ما يطالب به البنك يعتبر سابقاً لأوانه و لذلك يتعين عدم قبول الدعوى " في حين أن الطالبة تتقاضى بواسطة الشيك و أنها لذلك تكون قد اعتمدت مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 502 من مدونة التجارة التي تعطي للبنك المقدمة له الورقة أن يتابع الموقعين من أجل استخلاص الورقة التجارية دون أن يشترط تقييدها في الضلع المدين و التي هي الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة المذكورة التي تهم النقاضي بمقتضى التقييدات الواردة في الحساب، الشيء الذي كان معه القرار غير مركّز على أساس و ناقص التعليل مما يعرضه للنقض".

- قرار المجلس الأعلى عدد 694، صادر بتاريخ 6 ماي 2009، في الملف تجاري عدد 2007/1/3/1589 : منشور على الرابط:

<http://www.jurisprudence.ma/decision/ccass06042009694> "شاهد بتاريخ 2018/7/13"

⁷⁰² - مرجع نفسه.

تجمع البنك بزبونه، استعمال عدة دلائل من بينها الأختام الموضوعة على السند المسلم⁷⁰³. نشير إلى أن القضاء الفرنسي يذهب إلى أن الأمر يتعلق بعملية خصم بمجرد أن يكون تسليم الأوراق نتج عنه إقراض فوري واحتساب للمصاريف من قبل البنك⁷⁰⁴. ولعل هذا الاجتهاد قد يكون أقرب للتشريع المغربي، ذلك أن الفقرة الثانية من الفصل 528 من مدونة التجارة المغربية تشير إلى أن للمؤسسة البنكية تجاه المستفيد من الخصم، حق مستقل لاستيفاء المبالغ التي كانت قد وضعتها تحت تصرفه مع الفوائد والعمولات. هذا وتشير الفقرة الأولى من الفصل 528 المذكور أن للمؤسسة البنكية تجاه المدينين الرئيسيين للأوراق المذكورة والمستفيد من الخصم والملتزمين الآخرين جميع الحقوق المرتبطة بالسندات المخصوصة. هذا عن النطاق الضيق لحماية مستهلكي خدمات أداء وتحصيل الشيكات والأوراق التجارية، فماذا عن خدمات إيجار الخزائن الحديدية؟

الفرع الثالث: خدمات إيجار الخزائن الحديدية

إن عقد إيجار الخزائن الحديدية هو عقد تقوم بموجبه مؤسسة الائتمان بوضع رهن إشارة الزبون واحدا أو عدة مقصورات داخل خزانة حديدية، لأجل أن يضع فيها أشياء أو قيم ويحفظها في أمان. إنها خدمة مقابل أداء أجرة عادة ما تكون زهيدة، بالمقارنة مع الخدمة المؤداة⁷⁰⁵ تعتمد الأبنك إليها لأجل جلب الزبائن إليها والذين قد يجرون معها عمليات أخرى. يتميز هذا العقد عن حالة الزبون الذي يودع مباشرة لدى البنك أشياء، ليقوم البنك بوضعها بنفسه في خزانة حديدية خاصة به؛ فتلك حالة تتعلق بعقد الوديعة⁷⁰⁶. وتقدم الأبنك رهن إشارة زبائنها خدمة الصناديق الحديدية، حيث يستفيدون من أمان تلك الصناديق ويحفظون قيمهم المختلفة (السندات، القيم المنقولة الكتابية لفائدة حاملها، وثائق عائلية، مجوهرات، مستندات...) ويرافق أمن تلك العملية سرية الإيداع. حيث يعد استعمال تلك الصناديق بطريقة يصبح معه الولوج إليها سهلا، سريا، وحصريا. ويمكن للزبون من أن يلج إلى صندوقه خلال ساعات العمل؛ لكن ذلك الصندوق لا يمكن فتحه إلا بمفتاحين، أحدهما يحوزه الزبون والآخر يحوزه البنك. فلا محل لإنهاء العقد بسبب الحادث الفجائي. جاء بهذا

⁷⁰³ - Christine.Lassalas, Art.cit, p.5.

⁷⁰⁴ - Cass. com., 6 Nov. 1984, n° 83-12.053 : Bull. civ. IV, n° 295. - Rappr. Cass. com., 13 mai 1981 : Bull. civ. IV, n° 226.

⁷⁰⁵ - يعرف كذلك "عقد الخزانة الحديدية بأنه عقد يلتزم فيه البنك بأن يضع تحت تصرف العميل خزانة داخل مبنى البنك لقاء اجر سنوي عادة يختلف بحسب حجم الخزانة". - صبري عبد الرزاق، المسؤولية المدنية للبنوك اتجاه الزبناء (الالتزامات المتقابلة)، الندوة الثالثة للعمل القضائي وتطورات القطاع البنكي بالمغرب، المعهد الوطني للدراسات القضائية والمجموعة المغربية لبنوك المغرب، الرباط، 19 و 20 يونيو 1993، ص.373. يقول الفقيهان كافلدا و ستوفلي "إن هذه الخدمة كانت إلى وقت قصير غير مكلفة و تهدف أساسا الى ربط الزبناء أو جلبهم. حقيقة ثمن تلك الخدمات البنكية أوجبت تسعيرات غير رمزية. لقد أصبحت أثمانها حرة و بالمقابل تطورت السلامة البنكية. لقد أصبحت بعض الصناديق تسمح من حيث حجمها بوضع منقولات أكبر (لوحات...)".

Ch.Gavalda & J.Stoufflet, op.cit., p.703.

⁷⁰⁶ - Jean-François Riffard, Contrat de coffre-fort, Art.cit, p.4.

الخصوص في قرار للغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 11 أكتوبر 2005 " إن الفصل 1722 من القانون المدني الفرنسي لا يطبق على العقد الذي بموجبه يكري البنك لزيونه مقصورة أو صندوق يلتزم بمراقبته ولا يلج إليها الزبون إلا بمشاركة البنك"⁷⁰⁷. هذا المفتاح يمكن أن يكون في الوقت الراهن عبارة عن بطاقة ممغنطة ويفتح الصندوق عبر رقم سري معروف فقط من الزبون⁷⁰⁸. إن تميز هذا العقد وأهمية تحليله يتمثلان في غياب أي تشريع خاص ينظمه. مما يوجب دراسته ومعالجته النزاعات التي تطرأ بين حائزي الخزائن والمؤسسات البنكية. فذلك الفراغ ينعكس أساسا على التكييف الصحيح المتوجب إعطاؤه لهذا العقد من حيث تحديد طبيعته القانونية (المبحث الأول) علما أن التكييف يساهم جزئيا في تحديد حقوق المستهلك المستأجر (المبحث الثاني).

المبحث الأول: طبيعة التعاقد بخصوص إيجار خزانة البنك

لاشك أن غياب تشريع ينظم حقوق والتزامات الأطراف جعل من العقد الذي بموجبه يمنح البنك للمستهلكين حق استعمال مقصورة من الخزانة يشهد اضطرابات في التكييف القانوني الذي يمكن أن يلصق به. للتذكير فإن التكييف القانوني هو إجراء أولي يقوم به القاضي لتحديد الوصف الصحيح للتصرف القانوني أو للواقعة القانونية موضوع النزاع وذلك تمهيدا لتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على إيجار الخزائن الحديدية في نازلة الحال. هنا يتوقف تحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع على التكييف القانوني السليم للوقائع موضوع النزاع وكذا الحال بالنسبة لقواعد تقادم الالتزام ونقل الملكية. إن اضطراب التكييف الذي إرتبط في تحديد طبيعة إطار الخزائن الحديدية يجسد أيضا في الفقه والقضاء لا سيما الفرنسي اللذين أظهرتا تباينا كبيرا في وصفه. فهناك من وصفه بأنه عقد وديعة (المطلب الأول) وهناك من اعتبره عقد إجارة أشياء (المطلب الثاني) وآخرون اعتبروه عقد إجارة عمل (المطلب الثالث) وهناك من اعتبروه عقدا متميزا (المطلب الرابع).

المطلب الأول: تكييف العقد على أنه وديعة

عرف الفصل 781 من ظهير الالتزامات والعقود عقد الوديعة، بأنه عقد بمقتضاه يسلم شخص شيئا منقولاً إلى شخص آخر، يلتزم بحفظه وبرده بعينه. لكن تنزيل ذلك التعريف في المجال البنكي يصعب. ذلك أن الفقه أشار إلى أن جهل البنك لمحتوى الخزنة يتناقض مع تعريف عقد الوديعة. حيث يمنع على المودع لديه في العقد البنكي أن يبحث عن كنه الأشياء التي أودعت لديه في خزانة

⁷⁰⁷ -Frédéric.Rouvière, *Contrat de coffre-fort : le sui generis à l'épreuve de la force majeure*, les LPA, 23 décembre 2005 n° 255, p. 13 et s.

⁷⁰⁸ - C.Gavaldà & J.Stoufflet, op.cit, p.683.

مغلقة. فالبنكي لا يعرف طبيعة ولا قيمة الأشياء المودعة التي عليه أن يحرسها. لكنه يستطيع ذلك في حالة وفاة مؤجر الخزانة إذا تم طلب سحب مشتملات الخزانة من طرف الورثة لأجل البيع وأبقيت لديه إلى غاية استنفاد الإجراءات⁷⁰⁹. إن غياب عنصر تسليم الشيء المودع كذلك يتنافى مع عقد الوديعة الذي هو عقد عيني⁷¹⁰. فضلا عن ذلك، فإن عقد الوديعة لا يستقيم فيه إسترجاع الشيء المودع، دون إخبار المودع لديه. في حين أن ذلك ممكن نظريا في عقد إيجار الخزائن الحديدية، في حالة عدم اشتراط الزامية تدخل مفتاح البنك⁷¹¹. هذا عن تكييف عقد الوديعة بإعتبار العقد منصب على خدمة الوديعة، فماذا إذا ما تم تكييفه على كونه منصب على إستعمال الأشياء ؟

المطلب الثاني: تكييف العقد على أنه عقد إجارة الأشياء

لا يختزل إيجار الخزائن الحديدية ببساطة كما تبناه سابقا بعض الفقهاء في إجارة الأشياء⁷¹². جاء في الفصل 627 من ظهير الالتزامات والعقود أن الكراء عقد بمقتضاه يمنح أحد طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار، خلال مدة معينة في مقابل أجره محددة، يلتزم الطرف الآخر بدفعها له⁷¹³. كما جاء في الفصل 635 من الظهير المذكور: " يتحمل المكري بالتزامين أساسيين: أولا - الالتزام بتسليم الشيء المكتري للمكترى... ". إذن يتوجب على المكري حسب الفصلين المستشهد بهما أن يضع الشيء المكتري رهن إشارة المكترى. بينما في حالة إيجار الخزائن لا يمكن للمكترى أن يلج فورا ومباشرة إلى الخزانة. إذن مكترى الخزانة لا يملك الانتفاع المباشر. أما البنكي، فعليه حراسة الشيء وهو التزم له أولويته. ذلك أن مراقبة قاعة الخزائن هو التزم على عاتق البنك حصرا. هذا الأخير عليه أيضا أن يحافظ على سلامة ونظافة القاعات وتجهيزها (الطاولات، الأوراق، المعازل...) ⁷¹⁴. طبعا تكييف العقد باعتباره إجارة أشياء، يوازيه تكييف على أنه إجارة خدمة. وهو ما سنتطرق إليه فيما يلي؟

المطلب الثالث: تكييف العقد على أنه إجارة الخدمة

جاء في الفصل 723 من ظهير الالتزامات والعقود أن "إجارة الخدمة أو العمل عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه بأن يقدم للآخر خدماته الشخصية لأجل محدد أو من أجل أداء عمل معين، في

⁷⁰⁹ - C.A Paris, 1^{re} Ch. A, 27 févr.2007, L.B. c/A : JurisData, n° 342827.

⁷¹⁰ - C.A Rabat, 29 avr. 1955 : Banque 1955, p. 794, note X. Marin.

⁷¹¹ - Jean-François.Riffard, Art.cit, p.5.

⁷¹² - جاء في الفصل 626 من ظهير الالتزامات والعقود: "الإجارة نوعان: إجارة الأشياء وهي الكراء، وإجارة الأشخاص أو العمل".

⁷¹³ - ردت في النص الفرنسي عبارة "cède" "يتخلى" بدل "يمنح" كما جاء في الترجمة العربية. وبذلك يمكن صياغة الفصل 627 أعلاه كالآتي: الكراء عقد، بمقتضاه يتخلى أحد طرفيه للآخر ...

Le louage de choses est un contrat par lequel l'une des parties cède à l'autre ...

⁷¹⁴ - Ch.Gavalda & J.Stoufflet, op.cit, p.704.

نظير أجر يلتزم هذا الآخر بدفعه له". هذا وقد رأت بعض الاجتهادات القضائية الفرنسية في عقد إجارة الخزائن الحديدية شكلا من أشكال إجارة الخدمة⁷¹⁵. جاء بهذا الخصوص في حكم المحكمة الجنحية بليون بتاريخ 26 يونيو 1981: "إنه بموجب قرار بنك فرنسا، اعتبار تعريف إيجار الخزائن الحديدية حرة، يكون ذلك الإيجار خدمة بنكية وعليه فإنه يخضع لتشريع خاص ويبقى خارج تطبيق الأمر المؤرخ في 30 يونيو 1945 المتعلق بالأثمان. إن المتابعات من أجل ممارسة أثمان غير قانونية، في خرق لمقتضيات الأمر السالف الذكر، والموجهة ضد مدير بنك تبقى غير ذات أساس قانوني. و نفس الأمر بالنسبة للمتابعات المستندة على الفصول 15 فقرة أولى و 42 من الأمر 1484.45 بتاريخ 3 يونيو 1945 من أجل رفض تمكين أعوان المديرية العامة للمنافسة والأثمان من اللائحة التي تحدد تطور تعريف إيجار الخزائن لأن المراسيم التطبيقية للأمر المذكور غير قابلة للتطبيق على إيجار الخزائن و بالتالي لا يكون أولئك الأعوان قد كلفوا بمهامهم في الإطار القانوني المتوجب"⁷¹⁶. يبرز هذا الحكم الجنحي جانبا من التردد الذي صاحب الفقه كذلك في محاولة تكييفه لذلك العقد حيث وصفه بعدة أوصاف كما تم استعراضه منها كونه عقد متميز.

المطلب الرابع: اعتبار العقد على أنه عقد متميز

تثير الطبيعة القانونية لعقد إيجار الخزائن الحديدية الجدل على الرغم من التكييفات المقدمة أعلاه والتي لم تتل أي قبول⁷¹⁷. أدى العجز عن تكييف العقد وجلبه إلى نوع من العقود الكلاسيكية بطبيعة الحال إلى توصيفه بأنه عقد غير مسمى. وهو أمر تبناه بعض الفقهاء، الذين قالوا إن النظام القانوني للعقد، يتحدد وفق إرادة الأطراف والشرعية العامة للعقود. فمن خلال هذه الإرادة ينتج بطبيعة الحال التزامين أساسيين على عاتق البنك هما التزام بالحراسة والتزام المحافظة على الخزنة ومحتواها.

جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 19 أبريل 1984: "إن العقد المسمى، الموصوف خطأ بأنه عقد إيجار الخزائن الحديدية هو عقد ذي طبيعة أكثر تركيبا من عقد الإيجار، طالما أنه يتضمن التزاما متميزا للبنك بوجوب الحراسة واتخاذ كل الاحتياطات الضرورية لضمان الحفاظ على الخزنة وما تحتويها من أشياء، ماعدا في حالة الاستحالة القاهرة. إنه نظرا لشروط المراقبة التي يجب أن يقوم بها البنك تجاه زبونه لايسمح بمطلق الانتفاع الحر بالخزنة"⁷¹⁸. لكن

⁷¹⁵ - Jean-François Riffard, Art.cit , p.6.

⁷¹⁶ -Procureur de la République & Autre C/. X ,Trib. corr., Lyon (5e Ch.), 26 juin 1981 ,Gaz. Pal., Rec. 1982, somm. p. 313. Note M. Vasseur, Dalloz, 1982 IR , p.123.

⁷¹⁷ - Thierry Bonneau, op.cit, p.562.

⁷¹⁸ -C.A Paris, 1re ch.B, 9oct.1986 : D.1987, Somm.p.304, obs.Vasseur.

Voir aussi voir : Jean-François.Riffard, Art.cit, p.6.

اللجوء إلى ذلك التكييف لم يغلق النقاش، مادام أن بعض الفقهاء رأوا في ذلك العقد غير المسمى عقدا يمتاز بتفرده. واقتراح آخرون تكييفه باعتباره عقدا مركبا يمزج بين عقد الإيجار والوديعة⁷¹⁹. وهو ما سارت عليه بعض قرارات القضاء⁷²⁰. وهو اتجاه قد لا يكون في صالح المستهلكين بسبب الغموض الماس بالأمّن القضائي لهم و ما قد يترتب على ذلك من مس بحقوقهم التي هي مناط الدراسة في المبحث الذي يلي.

المبحث الثاني: حقوق مستأجري الخزائن الحديدية

إن غياب نص تشريعي خاص ينظم حقوق المستهلكين في إطار خدمة إيجار الخزائن الحديدية، يحيلنا إلى موقف الفقه والقضاء. كما إن حقوق مستهلكي تلك الخدمة لا يمكن اختصارها في مجرد التزام وحيد بل هي حقوق متعددة ومتنوعة بتعدد التزامات البنك. وللاقترب أكثر من نطاق حماية مستهلكي تلك الخدمة إرتأينا تناول تلك الحقوق زمنيا سواء على مستوى قيام وتنفيذ العقد المذكور (المطلب الأول) أو على مستوى إنهائه وانتهائه (المطلب الثاني)

المطلب الأول: على مستوى قيام وتنفيذ العقد

كما يوضح ذلك عنوان المطلب يتوجب تحليل حقوق المستأجرين التي يمكن دراستها على مستوى قيام العقد (الفقرة الأولى) وتنفيذه (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: حقوق المستهلكين عند قيام عقد إيجار الخزائن الحديدية

إن أهم ما يتميز به هذا العقد أنه يخضع في قيامه وانتهائه للشرعية العامة للعقود. فهذا العقد هو عقد شفوي يمكن إثباته بمجرد إثبات تسلم المفتاح. كما يمكن إثباته بواسطة مقتطعات الحساب التي تشير إلى اقتطاع تكلفة الإيجار⁷²¹. فالأصل أن يثبت ذلك العقد بكافة الطرق في مواجهة البنك لأنه تجاري بالنسبة له. فمادامت أن المعاملة مع المستهلك مدنية، فعلى البنك أن يتقيد بضرورة تقديم الدليل الكتابي إذا كان الأجر المطلوب، يجاوز النصاب⁷²² المنصوص عليه في المادة 443 من ظهير الالتزامات والعقود التي تنص على أن: "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية".

⁷¹⁹ - Idem.

⁷²⁰ - T.Civ.Seine, 21 juillet 1980 : S.1905, 2, p.58 & C.A Paris, 1re ch.B, 9oct.1986 : D.1987, Somm.p.304, obs.Vasseur.

⁷²¹ - Jean-François.Riffard, Art.cit, p.9.

⁷²² - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص.789 و790.

وبخصوص تحديد ثمن الخدمة فهي لا تشكل استثناء من مبدأ حرية تحديد الأسعار، فالبנק حر في تحديد سعر خدماته طالما أن ذلك التحديد ليس تعسفيا ومن حق الزبون إشهار سعر تلك الخدمات بقصد اللجوء إلى المنافسين⁷²³. فالبנק خلافا لطابع الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه عقد الإيجار عموما لا يستطيع أن ينتقي من بين زبائنه إعتبارا لمبادئ حرية المنافسة. فواجبي الاحتياط والاستعلام قبل التعاقد يفرضان نفسيهما بوجود مبرر مشروع. حيث إن البنكي يمكنه أن يتأكد من هوية الزبون وملاءته ويبحث عن عوارض أدائه المسجلة لدى بنك المغرب⁷²⁴.

طبعاً يمكن التذكير بأن ذلك الاتفاق عادة ما كان يأخذ شكل عقد إذعان⁷²⁵ وكان المستهلك لا يملك أن يناقشه، إذ غالباً ما يقبله كله أو لا يتعاقد⁷²⁶. تعرض الأبنك على زبائنها عقوداً محررة مسبقاً مدعية أنها غير قابلة للتعديل. يدخل الاتفاق حيز التنفيذ بالنسبة للمستهلك من تاريخ موافقته عليه أي وقت توقيعه⁷²⁷. لكن قانون تدابير حماية المستهلك وسع نطاق حماية المستهلكين بأن منحهم العديد من وسائل الحماية سنتطرق لبعضها في القسم الثاني. هذا عن حقوق مستهلكي خدمة إيجار الخزائن الحديدية عند قيام العقد. فماذا عند تنفيذه؟

الفقرة الثانية: حقوق المستهلكين خلال تنفيذ عقد إيجار الخزائن الحديدية

يثير تنفيذ هذا العقد مشاكل كثيرة تترد كلها على وضع مستهلكي تلك الخدمة⁷²⁸. هؤلاء من حقهم الولوج إلى الخزنة ووضع أشياءهم بها⁷²⁹. فهدفهم من ذلك أن يدخلوا إليها⁷³⁰ ويضعوا فيها أو يخرجوا منها ما يريدون على حريتهم، دون أن ينكشف سرهم وأن يكون ما وضعوه في أقصى درجات الأمان⁷³¹. تفسر الرغبة في الأمان إقدام العملاء على استئجار خزنة لدى البنك فهم يعتبرونها مكاناً أكثر أماناً وحصانة من منازلهم الخاصة والبنك نفسه يعلن دائماً أنه يقدم بطريق

⁷²³ - Jean-François.Riffard, Art.cit, p.9.

⁷²⁴ - D.Khayat & C.Fiori-Khayat, *Prévention et fichier relatif à l'endettement*, LPA, n° 72, 10 avril 2003.

⁷²⁵ - Jean-François.Riffard, Art.cit, p.8.

⁷²⁶ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص.787.

⁷²⁷ - Jean-François.Riffard, Art.cit, p.8.

⁷²⁸ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص.786.

⁷²⁹ - Thierry.Bonneau, *droit bancaire*, LGDJ, paris, 5ème édition, 2003, p.564.

⁷³⁰ - بعض الخزائن تمكن المستأجرين من ولوجها لوضع ممتلكاتهم بخزائن أصغر مدمجة في الحائط.

⁷³¹ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص.790.

Com. 9 févr. 2016, FS-P+B, n° 14-23.006. note Xavier Delpech, *Contrat de coffre-fort : obligation de surveillance du banquier*, Dalloz actualité 21 mars 2016.

تأجير الخزائن أكبر درجات الأمن⁷³². علما أن ولوج الخزنة يجب أن يتم وفق الشروط الواردة في العقد أو في حالة غيابها وفق الأعراف⁷³³.

أما بخصوص السرية، فالعملاء الحق في بقاء محتويات الخزنة سرا. فلا يجوز للبنك أن يحاول معرفتها ومع ذلك فله الحق في مراقبة الأشياء المراد وضعها فيها من حيث نوعها إذا تشكك في ذلك وهو حق مقرر ولو لم ينص عليه العقد، إذ يفرضه التزام البنك بالمحافظة والحراسة على سلامة الخزائن⁷³⁴.

إن الانتفاع بالخزانة حق شخصي للمستأجرين ويمنع عليهم الإيجار من الباطن⁷³⁵. كما يوجب الاعتبار الشخصي على البنك أن يتحقق من شخصية المنتفعين كلما أرادوا الدخول إلى الخزنة وأن يمنع الغرباء من الدخول إليها. أما حين يوكل المستهلكون المتعاقدون شخصا آخر في استخدام الخزنة، فإن البنك يحصل على توقيع الموكلين ووكلائهم ليضاهيه بتوقيعهم عند دخول الوكيلين إلى الخزنة ليتحقق من شخصيتهم⁷³⁶ وعليه أن يتأكد من سلامة تلك الوكالة⁷³⁷.

هذا على مستوى تنفيذ عقد إيجار الخزائن الحديدية، فماذا عن انتهائه ونهايته ؟

المطلب الثاني: على مستوى إنهاء وانتهائه

هنا سنتطرق إلى حقوق مستأجري الخزانة الحديدية عند إنهاء العقد قبل نهايته (الفقرة الأولى) وحين انتهائه (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: حقوق المستهلكين عند إنهاء عقد إيجار الخزائن الحديدية

تبرم عقود إيجار الخزائن الحديدية عادة لمدة غير محددة، حيث يبقى من حق المستأجر في حالة رغبة البنك في إنهاؤها أن يشعره بذلك. أما في حالة ما إذا كان عقد إيجار الخزانة لمدة محددة وانتهى العقد، فإن الزبون أو ورثته، يجب عليهم إفراغ محتوى الخزانة وإرجاع المفتاح. لكن يجب على البنك أن يشعر المعنيين بأن يقوموا بإفراغ محتوى الخزانة وفي حالة عدم امتثالهم، عليه أن

⁷³² - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص.796.

⁷³³ - C.Gavalda & J.Stoufflet, op.cit., p.705.

⁷³⁴ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، 1981، ص.796.

Arrêt rendu par Cour de cassation, com 2005-10-11, n° 03-10.975 (n° 1245 FS-P+B), Responsabilité du banquier loueur de coffre-fort à la suite d'un incendie, Recueil.Dalloz 2005, p.2869.

⁷³⁵ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، 1981، ص.787.

Stéphane.Piedelièvre, *Coffre-fort*, Dalloz, actualisation octobre 2016.

⁷³⁶ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، 1981، ص.794.

⁷³⁷ - Nancy, 1^{er} ch. Civ., 23 janvier 2007, Lebanc Kotic C/ Sté Nancéienne Varin Bernier : JurisData n° 339770.

يقوم بإفراغ محتوى الخزانة بحضور مفوض قضائي الذي يجب أن يحرر محضر إحصاء وتوضع الموجودات بظرف مختوم رهن إشارة الزبناء أو ورثتهم⁷³⁸.

هذا عن إنهاء العقد، فماذا عن انتهائه؟

الفقرة الثانية: حقوق المستهلكين عند انتهاء عقد إيجار الخزائن الحديدية

إن إيجار الخزائن عقد مستمر قد يبرم عادة لمدة محددة، تقبل التجديد، إذا لم يخطر أحد الطرفين الآخر قبل انتهاء المدة برغبته في إنهائه. تتضمن عادة العقود المطبوعة المتعلقة بذلك الإيجار شرطاً يعطي البنك حق إيقاف الإيجار في أي وقت يشاء دون إبداء الأسباب بشرط إخطار المستأجرين برغبته في ذلك في مدة معينة ويرد لهم من الأجر ما يساوي المدة الباقية. أما في حالة وفاة المستأجر، فالأصل أنها لا تمنع استمرار العقد، لكن البنك يشترط عادة حقه في وقف استعمال الخزانة في حالة الوفاة حتى تقدم له المستندات الخاصة بمن له حق استعمالها⁷³⁹. هذا عن نطاق حقوق وحماية مستهلكي خدمات إيجار الخزائن الحديدية، فماذا عن إعطاء المعلومات المالية والتجارية؟

الفرع الرابع: إعطاء المعلومات المالية والتجارية

تتوفر المؤسسات الائتمانية على عدة معلومات قد تكون مفيدة لزبنائها وزبناء المؤسسات الأخرى⁷⁴⁰. فهي تجمع معلومات كثيرة عن عملائها والمتعاملين وعن السوق. يستقي البنك تلك المعلومات من مصادر متعددة، من بينها المعلومات عن الغير الذين يدخلون في علاقات مع عملائه، ولو كانت عمليات عارضة أو غير مباشرة، كالمسحوب عليهم في أوراق يقدمها عملاؤه للخصم. أما الأشخاص الذين لا يتصلون به بأي وصف كان، فتصله أخبارهم عن طريق البنوك الأخرى أو مصادر الإعلام الخاصة التي تملكها البنوك أو مصادر الائتمان. لهذا كان من الطبيعي أن يلجأ أشخاص كثيرون وفي ظروف مختلفة إلى طلب معلومات من البنك، تتعلق بمركز أو حالة أشخاص معينين⁷⁴¹.

كما تحصل الأبناك على المعلومات عبر تدخلاتها العديدة (مسك الحساب، دراسة المشاريع، توظيفات، مساهمات، تحويلات...) ومن خلال وسائل متميزة للاستعلام يسمح بها القانون (المصلحة المركزية للمخاطر، المصلحة المركزية للموازنات...). فضلا على مختلف الإخبارات

⁷³⁸ -C.Gavalda & J.Stoufflet, op.cit., p.710.

⁷³⁹ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص.797.

⁷⁴⁰ - Thierry Bonneau, op.cit , p.567.

⁷⁴¹ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص.811.

لسلطات الوصاية المتعددة ولبنك المغرب والتي يسمح بها التشريع. علما أن البنك يعاقب على خرقه السر البنكي، جنحيا ومدنيا، ويظل مرتبطا بالتزام عام بالكتمان، يحظر عليه إفشاء معلومات مالية حول وقائع محددة (أرصدة، مبالغ وطبيعة الحساب أو القروض، طلبات تأخير الاستحقاقات، عوارض، اختلالات في الموازنات...) ⁷⁴². وبالإضافة إلى الحالات المشار إليها، قد يطلب البنكي المعلومات من أشخاص أخرى تشاركه تحت شروط مختلفة السر البنكي. إلا أن الإشكال يطرح بالنسبة للمعلومات المقدمة إلى المنافسين أو المقدمة للأغيار سواء كانوا ذاتيين أو معنويين. فمن حيث المبدأ لا يقدم البنكي، ما عدا في حالة الموافقة الصريحة للزبون، إلا معلومات عامة أو يبدي رأيا عاما اقتصاديا وماليا.

تحول البنكي (في العديد من الدول) خلال العشرين سنة الأخيرة، بالموازاة، من بائع أموال إلى مقدم إرشادات لتلبية رغبات زبائنه أو حتى الأغيار ⁷⁴³. ويجب أن تكون المعلومات المقدمة لهؤلاء صحيحة. علما أن الضرر أيضا قد ينتج عن معلومات صحيحة عن زبون في صعوبة أو عن معلومات خاطئة عن زبون في وضعية صحيحة. لكن دون وجود الضرر فلا مجال للمسؤولية. وتقديم المعلومات كتابة قد يكون موضوع عقد بين البنكي وصاحب الطلب. ذلك أمر بديهي، عندما يكون طالب الخدمة أحد زبناء البنك وتقديم الخدمة مؤدى عنها. على خلاف ذلك، فالأمر غير بديهي عندما يكون تقديم الخدمة مجاني وطالبها من غير زبناء البنك. في هاته الحالة، تغيب مبدئيا الكتابة ويغيب الوضوح عن التزامات البنكي وتقع مسؤوليته في الدائرة التقصيرية عند ارتكابه خطأ. والبنكي الذي يستجيب لطلب تقديم المعلومة يعبر عن قبوله لإيجاب صادر من طالبها، بالتالي فالعقد قائم ⁷⁴⁴.

هذا وقد تطورت في مجال الأعمال خلال العقود الأخيرة عقود الإرشاد، لاسيما في فرنسا، على خلاف واقع الحال بالمغرب. لكن الإرشاد البنكي يظل رغم عدم شيوعه خدمة متميزة. هذا ويكون تقديم المعلومات للزبناء أو الأغيار (المبحث الأول) وهو يرتب مسؤولية الأبنك (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تقديم المعلومات للزبناء أو للأغيار

يجب أن يكون تقديم المعلومات للزبناء أو للأغيار متلائما مع واجب احترام السر المهني، حيث أن البنكي ليس ملزما هنا سوى بالتزام بعناية ⁷⁴⁵. فعليه أن يقدم المعلومات الصحيحة والتزامه ليس التزاما بنتيجة، لأنه لا يضمن صحة المعلومات المتوصل إليها. إن التزامه مجرد التزام بوسيلة.

⁷⁴² - Ch.Gavalda & J.Stoufflet, op.cit., p.683.

⁷⁴³ - François.Pasqualini, *responsabilité du banquier*, D., Avril 2016, p.4.

⁷⁴⁴ - Thierry.Bonneau, op.cit, p.567.

⁷⁴⁵ - C.Gavalda & J.Stoufflet, op.cit., p.683.

لكن البنكي يوجب مسؤوليته إذا لم يقدّم بالعنايات الضرورية للحصول على المعلومة. ذلك أن عليه التصرف بحذر والتحقق قدر المستطاع من المعلومات التي يقدم. أما في غياب ذلك التحقق، عليه أن يبدي تحفظاته. هذا ويختلف نطاق المعلومات المقدمة من قبل البنك لزبائنه (المطلب الأول) عن تلك المقدمة إلى الأغيار (المطلب الثاني)

المطلب الأول: نطاق المعلومات المقدمة من البنك إلى زبائنه

لقد طورت تقنية المعلومات توفير الخدمات للزبائن بأسلوب عصري وسهل ووفرت الوقت والجهد للزبائن حيث تسمح لهم بالاستفادة من قيمة مضافة من خلال التمكن من متابعة كافة المستجدات حول أرصدتهم واستثماراتهم وبقية معلومات عالم المال والأعمال والاستثمارات في المنطقة والعالم. لكن يختلف نطاق المعلومات الكتابية والشفوية المقدمة من قبل البنك إلى زبونه حسبما إذا كانت تتعلق بعمليات شخصية يقوم بها الزبون (الفقرة الأولى) أو تتعلق بشخص آخر (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: المعلومات المقدمة من قبل البنك إلى زبونه بخصوص عملياته الشخصية

هنا يجب التمييز بين الارشاد في معناه الدقيق ومجرد الإخبار أو الرأي. فالإعلام أو الإخبار هو مجرد تمرير جامد لمعطى معين. أما الرأي فيعني أخذ موقف معين ويشكل إرشادا ضمنيا. في حين أن الارشاد يكون توجيهيا وحثا على اتخاذ موقف معين. علما أن طبيعة البنكي الحذرة تجعله يقتصر على مجرد منح معلومات⁷⁴⁶. لكن يبقى أن على البنكي أن يستعلم حول وضعية المدين دون التدخل في قضاياها. فعليه أن يراقب استعمال الأموال المقرضة والتأكد من عدم لجوء الزبون إلى أمور قد تؤدي إلى وقوعه في المديونية المفرطة وبالتالي عدم منحه قروضا غير مناسبة لوضعيته أو سحبها على المكشوف أو تسهيلات تضر به⁷⁴⁷. الكل مع الحرص بالنسبة للبنكي أن يبدي آراءه بالتحفظ وأن يخبر في حدود ضيقة. علما أن تلك الخدمة يمكن تقديمها مقابل أجر، وفي الغالب مجانا. لكن المجانية لا تحول دون اعتبار الخدمة في الأصل هي تصرف بعوض.

نشير بخصوص الإخبار بالعمليات الشخصية، أن المحكمة التجارية بفاس في حكمها الصادر بتاريخ 2018/7/5 أوردت أن : " الالتزام بتسليم كشوفات حسابية عن وضعية القرض يعتبر

⁷⁴⁶ - François.Pasqualini, *responsabilité du banquier*, D., octobre 2005 (actualisation : avril 2016), p.5.

⁷⁴⁷ - L'observatoire du crédit et de l'endettement, *colloque sur le règlement des dettes : les conditions de mise en œuvre*, organisé le 15 novembre 1996, Bruxelles.

D.Casti, *la vie à crédit*, dossier endettement, Revue conjoncture, n°861, juin 2005.

J.Ghestin, *le créancier d'une personne peut-il se voir opposer la mauvaise gestion de ses biens ?*, Droit et patrimoine, juin 1993.

إلتزاما بالقيام بعمل، مما يكون معه طلب تحديد الغرامة التهديدية في حالة الامتناع عن القيام به مبررا طبقا للفصل 448 من قانون المسطرة المدنية ويتعين الاستجابة له⁷⁴⁸. علما أن الكثير من المستهلكين يغفلون أن البنك يقطع بضعة دراهم عن كل إرسال للكشوفات الحسابية إليهم.

هذا عن المعلومات المقدمة من قبل البنك الى زبونه بخصوص عملياته الشخصية. فماذا عن نطاق المعلومات المقدمة من البنك الى زبونه بخصوص الأغيار؟

الفقرة الثانية: نطاق المعلومات المقدمة من البنك الى زبونه بخصوص الأغيار

في هذه الحالة، على البنك أن يدلي بما يعرفه في هذا الخصوص. حيث يسأل أمام عملائه مسؤولية عقدية عن الغلط. كما يسأل أمام الغير الذي أعطيت عنه متى توافرت شروط المسؤولية التقصيرية. وإذا كان البنكي لا يتوفر على العناصر الضرورية ليقدم بنفسه المعلومات يمكنه اللجوء إلى الغير (منافس أو مؤسسات مختصة، وكالات إرشاد، تأمين، سلف...) لكنه بتلك الخطوة قد يصير مسؤولا عن سوء اختياره.

يشير الفقه بهذا الخصوص إلى أن البنك، الذي كان يعلم عن الغير معلومات من مصلحة عملائه أن يحيطهم علما بها وإلا أصيبت مصالحهم بالضرر، وجب عليه أن يفضي بها إليهم، وإلا كان مسؤولا أمام هؤلاء العملاء عن سكوته. مثال ذلك أن يكون الغير لم يدخل مع البنك إلا في علاقة عارضة أو غير مباشرة كما لو كان مسحوبا عليه في كمبيالة قدمت إلى البنك لخصمها وتكشف للبنك إعساره أو توقفه عن الدفع. فمن واجب البنك – وقد رأى عملاءه مقبلين على التعاقد مع هذا الشخص- أن يلفت نظرهم إلى ما وصل إليه علمه. حيث لا يكون لهذا الغير أن يشكو من سلوكهم على هذا النحو⁷⁴⁹. هذا عن نطاق خدمة الارشاد، إذا كان طالب المعلومة زبون. فماذا إذا كان من يطلبون المعلومة من الأغيار؟

المطلب الثاني: نطاق المعلومات المقدمة من البنك إلى الأغيار

تكون الابناك في الأصل ملزمة بأن تتبادل فيما بينها المعلومات. كما أنها تكون على الرغم من قاعدة احترام السر البنكي، موضوع مطالبات من الأغيار من أجل منحهم بعض المعلومات حول زبائنهم (الفقرة الأولى) أو الأغيار⁷⁵⁰ (الفقرة الثانية).

⁷⁴⁸ - حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/7/5، في ملف عدد 2018/8232/248، غير منشور.

⁷⁴⁹ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص.813.

⁷⁵⁰ - Dans l'hypothèse de préventions des difficultés des entreprises, le président du tribunal de commerce pourra demander aux banques et établissements financiers tout renseignement nécessaire sur la situation

الفقرة الأولى: تقديم المعلومات للغير حول زبون البنك

هناك حالات عديدة، يكون البنك ملزماً فيها بتقديم المعلومة. ذلك أن العديد من القوانين تقول بأولية الحق في المعلومة على واجب الحفاظ على السر البنكي⁷⁵¹. فليس على البنكي مثلاً أن يواجه دائني الزبون بالسر البنكي، حينما يحجزون على حسابه. جاء في قرار الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 6 ماي 1981: "أن البنك ملزم بأن يصرح بكل الرصيد أو بحسابات المدين يوم الحجز"⁷⁵². وعلى صعيد مغاير، نجد أنه من حق البنك أن يرفض مثلاً الإدلاء بشيء مما يعرفه، بل يغلب أن يكون على البنك واجب الامتناع عن الإدلاء بشيء وإلا كان ذلك منه إفشاء لسر المهنة. لكن عليه أن يحتاط حتى لا يفسر سكوته بأنه إقرار بالوضعية السيئة لزبونه⁷⁵³. كل الصعوبة هنا تتمثل بالنسبة للقاضي في التوفيق بين واجب حماية السر البنكي وحق الإطلاع على المعلومة. حيث نرى أن مناط الاستجابة للطلب هو المصلحة والتطبيق السليم للقانون على ضوء قواعد الإنصاف والعدالة.

أما متى كان للبنك أن يقدم معلومات وفعل ذلك واجب أن يكون صادقاً وإلا كان مسؤولاً أمام الغير الذي أصابه الضرر بسبب المعلومات الكاذبة التي تلقاها. من ذلك ما حكم به القضاء الفرنسي من مسؤولية البنك عن إعطاء معلومات كاذبة، كان من شأنها تسهيل حصول العميل على بضاعة من شخص⁷⁵⁴. نشير هنا أن المستهلك يمكنه الاستعانة أيضاً بالسلطات العمومية للحصول على معلومات من البنك⁷⁵⁵.

financière du débiteur sans que ces derniers ne puissent opposer le secret bancaire. L.Hervé, *entreprises en difficulté*, LPA, 08 février 2006 n° 28, p. 4.

⁷⁵¹ - نص قانون رقم 31.08 يقضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك في ديباجته على أنه إطار مكمل للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك ومن خلاله يتم تعزيز حقوقه الأساسية ولاسيما منها : الحق في الإعلام ...

في حين جاءت المادة 27 من الدستور في فقرتها الأولى التي تنص على أنه: " للمواطنات والمواطنين حق الحصول على المعلومات الموجودة في حوزة الإدارة العمومية، والمؤسسات المنتخبة، والهيئات المكلفة بمهام المرفق العام ... " ضيقة النطاق. حيث إن مفهوم الهيئة المكلفة بمهام المرفق العام Organismes investis de service public يمكن تفسيرها على أنها تشمل الاباتك كذلك. ذلك أن النظريات العامة للمرفق العام تشمل أيضاً مؤسسات القطاع الخاص التي تقوم بخدمات المصلحة العامة للسكان.

⁷⁵² - Cass.Com., 6 mai 1981, D.1982, Jurispr.p.33, note, Ch.Gavalda.

⁷⁵³ - Ch.Gavalda & J.Stoufflet, op.cit., p.683.

⁷⁵⁴ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص.813.

⁷⁵⁵ - J.hagmann, *Le secret économique et bancaire en Suisse et l'accès aux archives historiques des banques*, Intervention lors du 3ème colloque des archivistes de l'arc alpin, Lyon 24 sept 1999.

ذلك أن المادة 181 من قانون مؤسسات الائتمان جاء فيها أنه : " علاوة على الحالات المنصوص عليها في القانون، لا يجوز الاحتجاج بالسر المهني على بنك المغرب وعلى السلطة القضائية العاملة في إطار مسطرة جنائية وعلى أي سلطة تابعة لدول أبرمت اتفاقية ثنائية مع المملكة المغربية تنص على تبادل المعلومات في المجال الضريبي "

هذا عن تقديم البنك للمعلومات للغير حول زبون البنك. فماذا عن تقديمه للمعلومات للغير حول الغير؟

الفقرة الثانية: تقديم المعلومات للغير حول الغير

إذا كان طالب المعلومة ليس عميلاً للبنك ويطلب تقديم معلومات عن شخص آخر من الغير نظير أجر أو بغير أجر، فللبنك أن يمتنع عن الإدلاء بأي معلومات، لأن تقديم المعلومات ليس من مهنته الأساسية. نشير بهذا الخصوص، أن العادة المصرفية جرت في معظم البلدان على قيام البنك بتقديم المعلومات، لأنه خير من يستطيع تجميعها لديه لحاجته إليها في اختيار عملائه ومتابعة أحوالهم. لهذا فإنه وإن لم يكن إعطاء المعلومات من مهنة البنك – كالمكاتب المتخصصة في المعلومات – إلا أن العادة جرت على الاستفادة من إمكانيات البنك في هذا الشأن وعلى قبوله تقديم المعلومات فيما بين البنوك وللعلماء وللغير ممن يطلبها. هذا ولا يعتبر البنك في حالة إيجاب يتم بقبوله التعاقد مع طالب المعلومات. فللبنك حرية اتخاذ المسلك الذي يراه. فإن رأى الامتناع فهو حر وإن رأى الإفصاح بشيء وجب عليه أن يكون حريصاً فيما يدلي به خشية أن تنعقد مسؤوليته⁷⁵⁶. هاته الأخيرة هي التي سنعالجها فيما يليه.

المبحث الثاني: مسؤولية البنك

يجد تبادل المعلومات بين الأبنك المتنافسة سنده في أعراف قديمة. كما أن واجب سكوت البنكي المستفيد من تلك المعلومات، يبرره كون الإرشاد يذهب أبعد من مجرد رأي حول اللوائح السوداء. فتتبع مختلف أنشطة البنك المتعلق بتقديم المعلومات في علاقته مع زبائنه تجعلنا نضع اليد على الاخلاصات أو الاعمال غير المشروعة التي قد تنتاب تلك الأنشطة لتشكل مقومات المسؤولية المدنية (المطلب الأول) أو الجنائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المسؤولية المدنية للبنك عن تقديم المعلومات

إن المسؤولية البنكية تكون عادة مرتبطة بالإهمال، وفي حالات أقل، برغبة أجراء البنك في الإضرار بالزبون بسوء نية لصالحه أو صالح الغير. لذلك لا يتنصل البنك عادة من مسؤوليته إلا في حالات ثلاث مجتمعة هي تصرف المستخدم خارج نطاق عمله ودون ترخيص ولغايات أجنبية عن مهامه⁷⁵⁷. يعد تحديد طبيعة مسؤولية البنكي مما إذا كانت تعاقدية أو تقصيرية من الأمور

⁷⁵⁶ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص. 812.

⁷⁵⁷ - Cass.Ass.plén. 17 juin 1983, D. 1984.134, note D.Denis.

الشائكة⁷⁵⁸. فاعتبارها تدخل ضمن المسؤولية التقصيرية يفترض عدم وجود عقد بين الطرفين. لكن هذا المعيار يشكل تعارضا مع واقع مبدأ رضائية العقود بين البنك والزبون. لذلك إعتد بعض الفقه أن طبيعة المسؤولية هنا هي تعاقدية، في حالة تقديم البنك معلومات لزبائنه (الفقرة الأولى) أو تقصيرية إذا كانت الخدمة مقدمة للأغيار (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المسؤولية العقدية

غالبا ما تكون مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات عقدية، لأجل ذلك يكون إلتزامه ببذل عناية⁷⁵⁹. كما إن صفة التعود على ممارسة الأعمال مع الزبناء قد تحد من وطأة مسؤولية البنك. بطبيعة الحال، فإن البنك قد يتحمل المسؤولية تجاه الأشخاص المعنية بالمعلومة في حالة مدّهم بمعلومات خاطئة. لكن الإثبات في تلك الحالة، يبقى في غالب الأحيان صعبا. أما إذا رخص الزبون للبنك إعطاء معلومات خاصة به، فعلى البنك تنفيذ تلك التعليمات⁷⁶⁰. إن البنك الذي يلجأ إلى بنك آخر في حالة عدم توفره على المعلومة تثار مسؤوليته العقدية ليس فقط بسبب الأخطاء المرتكبة من طرف المؤسسة المستعان بخدماتها ولكن أيضا بسبب خطئه في اختيارها⁷⁶¹. في جميع الأحوال، على بنك الزبون أن يراقب المعلومات التي يوصلها إليه البنك الآخر تحت طائلة ترتيب مسؤوليته. فالحذر يوجب عليه أن يخبر زبائنه في حالة عدم قيامه بتلك المراقبة⁷⁶².

هذا عن المسؤولية المدنية العقدية للبنك عن مده الغير بالمعلومات. فماذا عن مسؤوليته التقصيرية؟

الفقرة الثانية: المسؤولية التقصيرية

تقوم المسؤولية التقصيرية للبنك على أساس خطأ البنك، في تقديم المعلومات أو عدم تقديمها، الواجب الإثبات والذي ينبغي أن يكون عملا ضارا مخالفا للقانون، ينبني على الركنين المعروفين وهما التعدي سواء بالعمد والجريمة المدنية أو بالاهمال والتقصير أو شبه الجريمة المدنية مع مقاييسه المعروفة ذات إحدى الوجهتين إما الذاتية أو الموضوعية ليقاس مقياسا شخصيا أو مقياسا

⁷⁵⁸ - T.Lasne, *La responsabilité civile*, LPA, 13 février 2008, n° 32.

⁷⁵⁹ - Cass. com. 30 janv. 1974, Bull. civ. IV, no 41, RTD com. 1974.566, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange.

⁷⁶⁰ - Ch.Gavalda & J.Stoufflet, op.cit., p.684.

⁷⁶¹ - C.A Paris, 3 avril 1987, Revue Tri.dr.com. 1988.272, obs.Cabrillac et Tessié.

⁷⁶² - Thierry.Bonneau, op.cit, p.568.

مجردا⁷⁶³. هكذا تثار المسؤولية التقصيرية للبنك، إذا أعطى معلومات خاطئة إلى الغير، المقرض المحتمل لزبونه، حول الوضعية المالية لهذا الأخير⁷⁶⁴.

نشير أن العديد من القرارات القضائية، ذهبت في الماضي أنه يمكن الحد من المسؤولية التقصيرية عبر بنود اتفاقية⁷⁶⁵. لكن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت لاحقا أنه لا يجوز الاتفاق على التخلّص أو الحد من المسؤولية التقصيرية عبر العقد لكونها من النظام العام⁷⁶⁶. جاء عن القضاء الفرنسي، أن بنكاً ارتكب تهورا واضحا بالاكْتفاء بتقديم معلومات إلى زبونه، تلك المعلومات التي استقاها من مكالمات هاتفية، كما ثبت من كتاباته نفسها دون أن يستطيع لا إثبات وجودها أو محتواها⁷⁶⁷. بالمقابل، لا تقوم مسؤولية البنك الذي لا يقدم معلومات ظهر أنها خاطئة لكنه ربطها بتحفظات تدعو زبونه إلى التحقق منها⁷⁶⁸. في حين تقوم مسؤولية البنك عن الزور في المحرر التي إقترفها أحد أطره، مادام أن تحرير المستندات موضوع الشكاية كانت تدخل في مهامه⁷⁶⁹. لكن أهم تساؤل يطرح على البنك، هل هو ملزم بتقديم المعلومات التي يعرفها متى طلبت منه على فرض أن هذه المعلومات لا تدخل فيما يعد سرا من أسرار المهنة التي يلتزم بعدم إفشائها، نعتقد ان الجواب بالإيجاب. علما أن الزبون يستحق التعويض المادي و كذا المعنوي الناتج عن إفشاء أسرار⁷⁷⁰.

هذا عن المسؤولية المدنية للبنك عن تقديم المعلومات. فماذا عن مسؤوليته الجنائية؟

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية للبنك عن تقديم المعلومات

من المبادئ المسلم بها في نطاق قانون العقوبات أن المسؤولية الجنائية تتسم بطابع شخصية العقوبة. هاته الأخيرة ناجمة عن ارتكاب الجريمة في إطار مبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص. حيث لا يمكن أن يعاقب عن الجريمة غير من ارتكبها كفاعل أو مساهم أو شريك⁷⁷¹. لكن الاتجاه

⁷⁶³ - نور الدين زحاف، المسؤولية المدنية للأبنك إزاء الزبناء وإزاء الأعيان، الندوة الثالثة للعمل القضائي وتطورات القطاع البنكي بالمغرب، المعهد الوطني للدراسات القضائية والمجموعة المغربية لبنوك المغرب، الرباط، 19 و 20 يونيو 1993، ص.358.

⁷⁶⁴ - T. com. Paris, 11 janv. 1994, Dr. sociétés 1994, no 204, obs. Y. Chaput.

⁷⁶⁵ - Cass. req. 16 nov. 1931, Gaz. Pal. 1932.1.45 ; Cass. civ. 27 juill. 1938, Gaz. Pal. 1938.2.669.

⁷⁶⁶ - Cass. 2e civ. 12 févr. 1955, D. 1956.17, note P. Esmein, JCP 1955. II. 8951, note R. Rodière.

⁷⁶⁷ - Cass.Com., 24 novembre 1983, D.1984, Som.Com, 307, obs.Vasseur.

⁷⁶⁸ - Thierry.Bonneau, op.cit, p.568.

⁷⁶⁹ - Cass.Com, 25 Fevr.1992, n°89-18.328, RD bancaire et bourse 1993.76, obs.F.Credot et Y.Gérard.

⁷⁷⁰ - نور الدين زحاف، مقال سابق، ص.358.

⁷⁷¹ - اكريي احميدو، المسؤولية الجنائية عن فعل الغير في الجرائم الاقتصادية، مجلة القضاء و القانون، السنة السادسة و العشرون، العدد

138، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، فبراير 1988، ص.102.

الغالب منذ زمن في كثير من التشريعات يميل نحو التوسع في تقرير المسؤولية عن فعل الغير، بحيث توجب التشريعات قيام هذه المسؤولية في حالة ما إذا ارتكب المستخدم جريمة اقتصادية يعاقب عليها القانون الاقتصادي. إذ تكون جريمة مشتركة بينه وبين رب المشروع أو مديره باعتباره الشخص المسؤول من وجهة نظر القانون وعلى أساس أنه هو المكلف بتنفيذ القوانين الاقتصادية⁷⁷².

جاء في المادة 180 من قانون مؤسسات الائتمان المغربي أنه : " يلزم بكتمان السر المهني ... كل شخص يدعى، بوجه من الوجوه، للاطلاع على المعلومات المتعلقة بالمؤسسات المذكورة أو لاستغلالها وذلك فيما يتعلق بجميع القضايا التي ينظرون فيها بأي صفة كانت تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في الفصل 446 من القانون الجنائي. بالرغم من أحكام الفقرة السابقة، يجوز لمؤسسات الائتمان موافاة وكالات التنقيط بالمعلومات التي تخضع لكتمان السر المهني والتي تحتاجها لمتطلبات عملها في التنقيط أو الأدوات المالية التي تصدرها من جهة، ومن جهة أخرى الأشخاص الذين تتفاوض معهم، أو الذين يبرمون أو ينفذون معها العمليات التالية، عندما تكون هذه المعلومات ضرورية لإنجاز هذه العمليات:

1. عمليات الائتمان والعمليات المتعلقة بالأدوات المالية أو بالتأمين ؛
2. أخذ مساهمة في مؤسسة ائتمان أو مراقبتها ؛
3. تفويطات أو تحويلات أو رهون الأصول أو الأصول التجارية أو الديون التي لها أو العقود ؛
4. عقود تقديم الخدمات التي تبرم مع الغير لتعهد إليه بوظائف تشغيلية مرتبطة بمزاولة نشاطها؛
5. دراسة وإعداد وإبرام وتنفيذ وتحويل جميع أنواع العقود والعمليات عندما يكون للوكالات والأشخاص المذكورين أعلاه صلة برأس مال مؤسسات الائتمان بصفة مباشرة أو غير مباشرة، تخول سلطة مراقبة فعلية لهذه الوكالات أو الأشخاص على مؤسسة الائتمان أو لمؤسسة الائتمان على هذه الوكالات أو الأشخاص.

⁷⁷² - اكريي احميدو، مقال سابق، ص.99.

علاوة على الحالات المذكورة أعلاه، يجوز لمؤسسات الائتمان موافاة الوكالات والأشخاص السالف ذكرهم بمعلومات تخضع لكتمان السر المهني كلما سمح بذلك الأشخاص الذين تتعلق بهم هذه المعلومات.

يجب على الوكالات والأشخاص الذين يتلقون معلومات تخضع لكتمان السر المهني المحافظة على سريتها. غير أنه يجوز لهم موافاة الأشخاص الذين يتفاوضون معهم ويبرمون وينفذون العمليات المشار إليها أعلاه بالمعلومات المرتبطة بهذه العمليات والتي تخضع لكتمان السر المهني وفق نفس الشروط المشار إليها في هذه المادة".

إن موضوع المسؤولية الجنائية هو معاقبة المجرم⁷⁷³. ترتبط مسؤولية البنك تلك بخرق القانون الجنائي أو القواعد الجنائية المتفرقة في النصوص أو بمعنى أصح بمرتكب الجريمة التي تقضي إلى تطبيق العقوبة. إن موجب إثارة المسؤولية الجنائية للبنك هو الجريمة ولا يمكن اعتبار شخص البنك مسؤولاً جنائياً إلا عن الأفعال التي اقترفها البنك نفسه - الإدارة - (الفقرة الأولى) أو أحد تابعيه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مسؤولية البنك الشخص المعنوي

يعتبر التشريع المغربي من بين التشريعات التي أخذت بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي⁷⁷⁴، وذلك في الفصل 127 من القانون الجنائي الذي ينص على أنه: "لا يمكن أن يحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالعقوبات المالية والعقوبات الإضافية الواردة في الأرقام 7، 6، 5 من الفصل 36"⁷⁷⁵. إن مسؤولية البنك الجنائية تجسدها جريمة عضو مجلس الإدارة التي تتبع من إرادة البنك بحيث لا

⁷⁷³ - Frederic.Desportes & Francis.Legunehec, *le droit pénal général*, Economica, 9 Edit, 2002, p.371.

⁷⁷⁴ - عبد الحفيظ دين، الحماية الجنائية للمستهلك في ضوء القانون المغربي، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الجنائي و العلوم الجنائية، مسلك الماستر في القانون الجنائي و العلوم الجنائية، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، وجدة، 2012/2011، ص.44.

⁷⁷⁵ - جاء في الفصل 36 من القانون الجنائي : العقوبات الإضافية هي:

- 1 - الحجر القانوني
 - 2 - التجريد من الحقوق الوطنية
 - 3 - الحرمان المؤقت من ممارسة بعض الحقوق الوطنية أو المدنية أو العائلية
 - 4 - الحرمان النهائي أو المؤقت من الحق في المعاشات التي تصرفها الدولة والمؤسسات العمومية.
- غير أن هذا الحرمان لا يمكن أن يطبق على الأشخاص المكلفين بالنفقة على طفل أو أكثر، مع مراعاة الأحكام الواردة في أنظمة المعاشات في هذا الشأن .
- 5 - المصادرة الجزئية للأشياء المملوكة للمحكوم عليه، بصرف النظر عن المصادرة المقررة كتدبير وقائي في الفصل 89 .
 - 6 - حل الشخص المعنوي.
 - 7 - نشر الحكم الصادر بالإدانة".

يمكن فصلهما. جريمة رئيس مجلس الإدارة أو العضو فيه هو خطأ الشخص المعنوي أي البنك⁷⁷⁶. يخرق البنك القانون الجنائي ويرتكب جريمة خرق السر المهني إذا سرب معلومات سرية من قبيل معطيات محددة كرقم الأعمال⁷⁷⁷. إن مبدأ احترام السر المهني يطبق على العلاقات ما بين الأبنك و حتى بين المؤسسات الائتمانية المنتمية إلى نفس المجموعة البنكية.

لا يجب أن يستعلم البنك عن الزبناء ثم يستعمل المعلومة لغايات أخرى غير ممارسة مهنته بجدية ونزاهة. فقد يعمد البنك نظرا لوضعه المتميز إلى استغلال المعلومة أو تحريفها لأغراض شخصية⁷⁷⁸. فلضمان شفافية المعاملات، لا بد من توفر المستثمرين والمدخرين على قدم المساواة على المعلومات المتعلقة بالهيئات المصدرة وبآفاق تطور القيم المنقولة المتداولة في السوق، لذلك يشكل استغلال البنك لتلك المعلومات بصورة غير مشروعة ضربة قاضية لسلامة السوق و شفافية المعاملات الرائجة به واضراراً بزبون البنك ويشكل جنحة المطلع المعاقب عليها بموجب المادة الرابعة فقرة 3 من ظهير 21 سبتمبر 1993 يتعلق بمجلس القيم المنقولة⁷⁷⁹.

هذا عن المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي. فماذا عن مسؤولية تابع البنك؟

الفقرة الثانية: مسؤولية البنك عن تابعيه

ترتبط خدمة تقديم المعلومات بالنصب، إذا ما قام تابع البنك مثلاً بمساعدة أو تقديم معلومات سرية إلى النصاب لمساعدته على إقتراف جريمته. فيستعمل ذلك المجرم الإحتيال ليقع زبون البنك معه في الغلط بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية (بما فيه البنك) بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر كتابع البنك⁷⁸⁰. كما "تكون جنحة النصب قائمة ولو ان القيم المختلصة لم تجلب أي فائدة لمرتكب الجنحة

⁷⁷⁶ - نور الدين زحاف، المسؤولية المدنية للأبنك إزاء الزبناء وإزاء الأغيار، الندوة الثالثة للعمل القضائي وتطورات القطاع البنكي بالمغرب، المعهد الوطني للدراسات القضائية والمجموعة المغربية لبنوك المغرب، الرباط، 19 و 20 يونيو 1993، ص. 361.

⁷⁷⁷ - François.Pasqualini, *responsabilité du banquier*, D., octobre 2005 (actualisation : avril 2016), p.8.

K.Lyazidi, *la responsabilité du banquier au Maroc*, Mithaq-Almaghrib, Rabat, 1985.

⁷⁷⁸ - R.Routier, op.cit, p.552.

⁷⁷⁹ - احمد ايت الطالب، مرجع سابق، ص. 385 و 386.

⁷⁸⁰ - جاء في الفصل 540 من القانون الجنائي : " يعد مرتكباً لجريمة النصب، ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من خمسمائة إلى خمسة آلاف درهم، من استعمل الإحتيال ليقع شخصاً في الغلط بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة أو استغلال مكر لخطأ وقع فيه غيره ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر. وترفع عقوبة الحبس إلى الضعف والحد الأقصى للغرامة إلى مائة ألف درهم، إذا كان مرتكب الجريمة أحد الأشخاص الذين استعانوا بالجمهور في إصدار أسهم أو سندات أو ادونات أو حصص أو أي أوراق مالية أخرى متعلقة بشركة أو مؤسسة تجارية أو صناعية".

أو بأن الأشخاص المرتكبة ضدهم لم يصابوا بأي ضرر"⁷⁸¹. يعاقب البنكى مشارك النصاب بنفس العقوبة⁷⁸². طبعا يعد إبراز عنصر العلم ضروريا في إعتبار وجود المشاركة⁷⁸³. كما يعد نصبا تقديم معلومات للغير لإيهامه بأن شخص مقدم المعلومة أو غيره يمتن حرفة البنكى لا سيما فيما تعلق بالخدمات عن بعد. فإذا تم بالمغرب انجاز الفعل الرئيسى المتعلق بالنصب انعقد الاختصاص بالنظر فيها لمحاكم المملكة ولو كانت بعض العناصر المكونة لهذه الجريمة تم إنجازها في بلد آخر وذلك مهما كانت جنسية الأشخاص الذين شاركوا في اقتراف الجريمة⁷⁸⁴. أما بخصوص التزوير واستعماله، فقد يتخذ تقديم المعلومات شكلا كتابيا يتخلله تزوير يقوم به تابع البنك سواء بتعليمات أو غير تعليمات الإدارة. لكن يختلف ذلك التزوير بحسب ما إذا كان المحرر صادرا عن البنكى (محرر عرفي أو تجاري أو بنكي) أو محررا رسميا صادرا عن له الصفة في تحرير المحررات الرسمية من قبيل رجال القضاء أو بعض الموظفين العموميين أو الموثقين أو العدول. إن تقديم المعلومات قد يشمل أيضا إستغلال تابع البنك أو تمكينه الأغيار من إستعمال القن السري أو جزء من المعلومات الضرورية التي تمكن مزيف البطاقة البنكية مثلا من إقتراف اختلاسات أو تحويلات غير مشروعة⁷⁸⁵. هذا عن خدمة إعطاء المعلومات المالية و التجارية. فماذا عن خدمات الصرف؟

الفرع الخامس: خدمات الصرف

⁷⁸¹ - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 19/11/1959 مذكور بمقال لخالد كردودي، جريمة النصب على ضوء الاجتهاد القضائي المغربي والمقارن، سلسلة الأبحاث القانونية، الجزء الأول، مطبعة هـ. ف كرافيك، سلا، الطبعة الأولى، غشت 2005، ص.15.

⁷⁸² - جاء في الفصل 129 من القانون الجنائي: " يعتبر مشاركا في الجناية أو الجنية من لم يساهم مباشرة في تنفيذها ولكنه اتى احد الافعال الآتية :

- 1- امر بارتكاب الفعل أو حرض على ارتكابه، وذلك بهبة أو وعد أو تهديد أو اساءة استغلال سلطة أو ولاية أو تحاليل أو تدليس اجرامي.
 - 2- قدم اسلحة أو ادوات أو اية وسيلة اخرى استعملت في ارتكاب الفعل، مع علمه بانها ستستعمل لذلك.
 - 3- ساعد أو اعان الفاعل أو الفاعلين للجريمة في الاعمال التحضيرية أو الاعمال المسهلة لارتكابها، مع علمه بذلك.
 - 4- تعود على تقديم مسكن أو ملجأ أو مكان للاجتماع لواحد أو اكثر من الاشرار الذين يمارسون اللصوصية أو العنف ضد امن الدولة أو الامن العام أو ضد الاشخاص أو الاموال مع علمه بسلوكهم الاجرامي.
- اما المشاركة في المخالفات فلا عقاب عليها مطلقا "

⁷⁸³ - قرار المجلس الأعلى عدد 1192 بتاريخ 8/2/1990، ملف عدد 87/11853 ق.م.ع، عدد 47، ص.118.

⁷⁸⁴ - قرار المجلس الأعلى عدد 246 بتاريخ 11 مارس 1982، ملف جنحي 73516، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة الجنائية، الجزء الأول، 1986/1966، منشورات جمعية تنمية البحوث و الدراسات القضائية، دار نشر المعرفة، الرباط، 1996، ص. 550 ومايليها.

⁷⁸⁵ - من اهم الحيل المستعملة لاختلاس الاموال تقنية هامبفيس باستعمال بطاقة موحدة تصلح لجميع الحسابات البنكية. لتعمق بهذا الخصوص يرجى الاطلاع على الرابط :

<http://www.institut-numerique.org/b-le-yescard-dit-methode-humpich-5005561558ab1> " روجع

بتاريخ 2018/7/13

يعرف الصرف بكونه العملية التي تسمح لشخص أن يحول مبلغا من النقود التي يمتلكها إلى عملة أخرى. تلك العملية يمكن تحقيقها إما حالا، بحيث يكون التسليم والأداء مترامين مع تاريخ الانعقاد أو لأجل فيكون تاريخ التسليم لاحق على تاريخ انعقاد العقد. مع العلم أن عمليات الصرف قد تنصب على عدة عملات. طبعا يقصد بخدمات الصرف هنا تلك المبرمة مع المؤسسة البنكية لغرض شخصي أو عائلي، بخلاف محلات صرف العملات الأخرى.

جاء في المادة 7 من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها أنه:

"يجوز كذلك لمؤسسات الائتمان مع التقيد بأحكام النصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال أن تقوم بالعمليات التالية : 2..... عمليات الصرف؛...".

كما ورد في المادة 15 من نفس القانون : "أن مؤسسات الأداء هي تلك التي تقدم واحدة أو أكثر من خدمات الأداء المشار إليها في المادة 16 بعده.

يمكن لها كذلك مزاوله عمليات الصرف مع التقيد بأحكام النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل"⁷⁸⁶.

جاء في الفصل الأول من الظهير الشريف بتاريخ 10 شتنبر 1939 يمنع أو يضبط بموجبه في زمن الحرب إخراج رؤوس الأموال و عمليات الصرف و الاتجار بالذهب: "يمنع إخراج رؤوس الأموال بأية صورة كانت إلا بإذن من مدير المالية العام و يمكن لمدير المالية العام أن يفوض نفوذه لتسليم الرخص المشار إليها أعلاه ..."⁷⁸⁷. تنتم لذلك جاء في الفصل الذي يليه : "تباشر حتما عمليات الصرف المرخص بها عملا بالفصل السابق بواسطة البنك المخزني المغربي أو المؤسسات البنكية المقبولة خاصة من طرف مدير المالية العام بناء على اقتراح البنك المخزني المغربي..."⁷⁸⁸. ففي تدقيق للمقتضى السالف، يوضح الفصل 3 من قرار لنائب رئيس الوزارة، وزير الاقتصاد الوطني والمالية مؤرخ بفتح يوليوز 1959 في تحديد شروط نقل الأموال الى البلدان أو الأقطار التابعة لمنطقة الفرنك: "يمكن لمكتب الصرف أن يفوض سلطاته كلها أو بعضها إما إلى الأبنك الوسيطة المقبولة وإما إلى الإدارة البريدية"⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶ - تميز المدونة النقدية والمالية الفرنسية في فصلها L524-1 بين الصرافين اليدويين: الأشخاص الذاتيين أو الأشخاص المعنويين من قبيل شركات الصرافة أو مؤسسات الائتمان أو شركات التمويل أو مؤسسات الصرف الإلكتروني أو مؤسسات الأداء.

⁷⁸⁷ - ظهير شريف بتاريخ 25 رجب 1358 الموافق 10 شتنبر 1939 منشور بالجريدة الرسمية عدد 1407 بتاريخ 13 أكتوبر 1939، ص.1849.

⁷⁸⁸ - راجع قرار محكمة الاستئناف بتازة، صادر بتاريخ 2014/2/12 و الذي أيد فيه حكم المحكمة الابتدائية بتازة بإدانة المتهمين ببيع و شراء عملة اجنبية بدون إذن كتابي من مكتب الصرف مع تعديل العقوبة بخفضها إلى أربعة أشهر حبسا نافذا. قرار محكمة الاستئناف بتازة، عدد 51، ملف جنحي تليسي 2014/1، بتاريخ 2014/2/12، غير منشور.

⁷⁸⁹ - قرار منشور بالجريدة الرسمية تحت عدد 2439 بتاريخ 24 يوليوز 1959.

أما في فرنسا، فقد عرفت المادة L 312 فقرة 1 من المدونة النقدية والمالية الفرنسية، عمليات الصرف بأنها عمليات مرتبطة بعمليات البنوك حيث تقوم بها الأبنك أو مكاتب الصرف بالمناولة والتي تحدد نظامها الفصول L 520 فقرة 1 و ما يليها من المدونة النقدية والمالية الفرنسية. يختص بتلك العمليات عادة مهنيون خاضعون لنظام إجباري.

يتعين للاقتراب من خدمات الصرف تحديد نطاق حماية مستهلكيها. مما يوجب دراسة أنواع الصرف (المبحث الأول) وطريقة تغطية المخاطر المرتبطة به (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أنواع الصرف

تختار ممارسة الأبنك لخدمات الصرف عن وكالات الصرافة اليدوية. ويميز الفقه عادة ما بين:

- صرافة العملات - حيث يشتري العملاء ويبيعون العملات الأجنبية؛
- الخدمات البنكية بالعملات الأجنبية - حيث تتم كافة العمليات البنكية بالعملة الأجنبية؛
- الحوالات المصرفية - حيث يمكن للعملاء إرسال الأموال إلى بنوك خارجية حول العالم.

هذا ويميز الفقه الحديث بوضوح بين "النقد العام"، وهي عملة وطنية دون تبيان نوعها و"النقد الخاص" وهي عملة وطنية مميزة النوع (مثلا في فرنسا قبل سنة 1914 كانت هناك عملة الألف فرنك نابوليوني)، أو عملة أجنبية بمختلف أنماطها. ويعد النقد الخاص دائما بضاعة⁷⁹⁰، فالنقد الأجنبي هو بضاعة تباع وتشتري، مقابل ثمن محدد بالعملة الوطنية⁷⁹¹. في حين أن النقد العام (الأوراق النقدية و القطع المعدنية) تشكل خصوصية تتمثل أساسا في تجسيدها لسيادة الدولة في مجال إصدار النقد. لكن عموما فإن أنواع الصرف ثلاثة هي الصرف اليدوي أو العادي (المطلب الأول) والصرف الكتابي (المطلب الثاني) والصرف التظهيري (المطلب الثالث)

المطلب الأول: الصرف اليدوي أو العادي

يتم الصرف اليدوي بين شخصين يقيمان في مكان واحد عن طريق المناولة والتسليم فورا؛ كما إذا أراد شخص السفر الى فرنسا، فسلم أحد الابنك في الرباط ما يتوفر عليه من الدراهم مقابل حصوله على اليورو. حيث يوصف الصرف ب"العادي" عندما يكون موضوعه تحويل النقد الائتماني "fiduciaire". إنه النمط الأكثر اعتيادية من خدمات الصرف ويتمثل في تغيير العملات المحلية أو غيرها بسعر السوق مع إضافة عمولات البنك الصيرفي. يتسم الصرف اليدوي بالفورية

⁷⁹⁰-Ch.Gavalda & J.Stoufflet, *droit bancaire, institutions*, op.cit, p.714.

⁷⁹¹ - Georges.Ripert & René.Roblot, op.cit, p.545.

ويهم تغطية المصاريف الشخصية ولا سيما في إطار سياحي⁷⁹². يشترط قانون الصرف لمزاولة الصرف اليدوي أن يكون الصراف شخصا ذاتيا أو مغنويا، حاصلا على رخصة من مكتب الصرف للقيام بعمليات الصرافة. أما بخصوص الابنك فعليها أن تحصل على تفويض من بنك المغرب من أجل القيام بذلك⁷⁹³ وتعلن بواسطة لوحة إخبارية بواجهة مقرها على تعاطيها لخدمات الصرف. كما تلتزم بإشهار رخصة الصرف ونصب لوحة الكترونية داخلية تفيد تغيرات قيمة العملات بالدرهم المغربي، مما يمكن المستهلك من التعاقد بخصوص شراء الصرف عن بينة واختيار لسعر الصرف ساعتها، لكنها لا تلتزم بذلك دوما للأسف.

نشير أن خدمات الصرف لا تتعلق فقط بشراء العملة ولكن أيضا ببيعها. علما أن بيع العملة من قبل المستهلك قد تتم عبر تحويلها أمام شبك البنك أو عن طريق إيداعها بحسابه البنكي⁷⁹⁴. نضيف أن الأبنك تلتزم بموجب قانون تببيض الأموال، بالنسبة للعمليات التي يعادل أو يفوق مبلغها 100000 درهم، جمع كل عناصر المعلومات التي تمكن من التحقق من هوية زبائنهم أو هوية المستفيد الفعلي التي تتم لحسابه العملية، سواء تمت هذه العملية في دفعة واحدة أو في عدة دفعات تبين أنها مرتبطة ببعضها البعض⁷⁹⁵.

هذا عن الصرف اليدوي. فماذا عن الصرف الكتابي؟

المطلب الثاني: الصرف الكتابي

تتحقق عملية الصرف الكتابي بمجرد تقييد بسيط في حسابين بين بنكين، كل منهما يمسك أموال بالعملة للأخر⁷⁹⁶. يتضمن الصرف الكتابي أو المسحوب إعطاء النقود البديلة في بلد آخر. حيث إن العميل يحمل بجيبه أمرا بالصرف فقط، يحصل بمقتضاه على نقود، حال وصوله إلى ذلك البلد؛

⁷⁹²-Ch.Gavalda & J.Stoufflet, op.cit, p.714.

⁷⁹³ - الفصل 3 من قرار لئائب رئيس الوزارة، وزير الاقتصاد الوطني والمالية مؤرخ بفتح يوليوز 1959 في تحديد شروط نقل الأموال إلى البلدان أو الأقطار التابعة لمنطقة الفرنك، قرار منشور بالجريدة الرسمية تحت عدد 2439 بتاريخ 24 يوليوز 1959.

⁷⁹⁴ - جاء في دليل مجلة افضل العروض الصيفية للبنك المغربي للتجارة الخارجية، عدد يوليوز 2016، أن زبناء البنك يحصلون على سعر صرف متميز لدى شبكة الوكالات الواسعة من وكالات البنك المذكور من 1 يوليوز إلى 30 شتنبر 2016، دون توضيح موطن ذلك التميز بالمقارنة مع العروض المنافسة. وتضيف المطوية الإخبارية أن الزبناء يستفيدون من 0 درهم عمولة لكل عمليات الصرف المداعة بحسابهم البنكي. علما أن الامر مجرد تطبيق نصي لدورية البنك المغرب المتعلقة بمجانبة الخدمات البنكية الأساسية وأهمها خدمة الإيداع البنكي. علما كذلك اننا لاحظنا ان بريد بنك ومصرف المغرب لازالا إلى تاريخ 2017/7/13 يتقاضيان درهما واحدا كمصاريف إيداع بالحساب.

⁷⁹⁵ - المادة 2 من دورية رقم 2013/9 المتعلقة بالتزامات محلات صرف العملات بمقتضى القانون رقم 05-43 المتعلق بمكافحة غسل الأموال كما تم تعديله وتنظيمه، منشور على موقع مكتب الصرف المغربي على الرابط:

"2018/7/13 " http://www.utrf.gov.ma/pdf/cdvm/Cir%209-2013%20_OC_vigilance_ar%20.PDF

⁷⁹⁶ - X.Delpech, le contrat de charge est réputé conclu sans condition ni faculté de rétractation, Recueil.Dalloz, 2006, p.1107.

فيتجنب بذلك مخاطر الطريق. إنه الأكثر أهمية بالنسبة للبنك لأنه أساسا يهتم عمليات التوريد. حيث تتم فيه العملية على مراحل عبر تقييدات في الحساب. حيث يلجأ فيه الزبون المحتاج للعملة إلى البنك الذي يتوفر على احتياطي من العملات لدى زميله البنكي بالخارج. توضع العملة المطلوبة رهن إشارة الزبون المتفق مع بنكه. هذا الأخير يتعاقد مع زميله بالخارج. وتتم العملية في مجملها عبر تحويلات إلكترونية دون الحاجة إلى استعمال الكتابة إلا نادرا⁷⁹⁷. ورغم ذلك يوصف الصرف بـ"الكتابي" لأنه يتحقق عبر قيود في الحسابات. إن تطور الصرف الكتابي يوجب تطوير مفهوم الأداء وتاريخه، ذلك أن إستعماله يوجب الإقرار أن إرضاء الدائن يكون بعد عدة ساعات أو عدة أيام من تنفيذ المدين لما هو مطلوب منه⁷⁹⁸. يتم الصرف الكتابي عبر تحويلات بالعملات إلى بنك آخر في الخارج، مقابل عمولة، يتوجب على البنك إخبار موكله بها. لكن تتوقف صحة العملية على تضمين الأمر رمزي BIC أو IBAN.

إن الرمز BIC هو التعريف الدولي للبنك⁷⁹⁹. ويسمى أيضا SWIFT باسم الجمعية المالية العالمية بين البنوك وهي المنظمة الدولية التي تدير تلك الرموز. يظهر ذلك الرمز على شهادة التعريف البنكي. وهناك نوعان من BIC : BIC : BIC مكون من ثمانية أحرف ويسمى أيضا BIC8 وهناك BIC آخر يتضمن 11 حرفا ويسمى BIC11. يحدد BIC8 المؤسسة المالية أو غير المالية في بلد أو مدينة. ويحدد BIC11 فرع مؤسسة بنكية. تحدد أربعة أحرف هوية البنك، والاثنتين التي تليها رمز تعريف البلد. والحرفين التاليين يشيران إلى الموقع. ويمكن أن يستكمل الرمز ثلاثة أحرف تتعلق بالوكالة. علما أنه يبقى لزوما على المستهلك أن يشير إلى رمز BIC لبنكه الخاص عندما يقوم بعمليات صرف دولية.

أما الرمز IBAN فهو الرقم الدولي للحساب البنكي⁸⁰⁰. حيث يسمح بالاقتطاع من حساب المدين بخصوص عمليات الصرف الوطنية أو الدولية. وهو يتكون من 34 خاصية تشمل أرقام حساب التعريف البنكي ورمز المؤسسة البنكية ورقم الحساب ومفتاح رمز التعريف البنكي⁸⁰¹. هذا عن الصرف الكتابي. فماذا عن الصرف التظهيري؟

المطلب الثالث: الصرف التظهيري

⁷⁹⁷ - Ch.Gavalda & J.Stoufflet, op.cit, p.714.

⁷⁹⁸ - Laetitia.Bougerol-Prud'homme, *Réflexions sur le paiement à l'épreuve de la monnaie scripturale*, RTD civ. 2012, p. 439.

⁷⁹⁹ - Identification internationale de la banque. Exemple: BMCEMAMC.

⁸⁰⁰ - Identification internationale (24 chiffres).

⁸⁰¹ - <https://www.abe-infoservice.fr/banque/fonctionnement-du-compte/le-code-bic-et-le-code-iban.html> « consulté le 13/7/2018 »

يعد أقدم أنماط الصرف لكنه نادر حالياً. يتمثل في إصدار سندات (كمبيالات، سندات لأمر، شيكات..). بالعملة الأجنبية، حيث يكون على البنك المسحوب عليه الأداء بتلك العملة الأجنبية أو ما يقابلها بالعملة الوطنية⁸⁰². يوصف بـ "التظهيري" "Tiré" لأنه ينصب على الأوراق التجارية المقدرة بالعملة. تعطي عمليات الصرف الحق للبنك في تسلم عمولة يؤديها الزبون⁸⁰³.

جاء في المادة 187 من مدونة التجارة أنه: "إذا اشترط وفاء الكمبيالة بعملة غير متداولة في بلد الوفاء، جاز وفاء مبلغها بعملة هذا البلد حسب قيمتها يوم الاستحقاق. وإذا تأخر المدين عن الوفاء كان للحامل خيار المطالبة بمبلغ الكمبيالة حسب سعر عملة البلد، يوم الاستحقاق أو يوم الوفاء.

ويتبع عرف بلد الوفاء في تعيين قيمة العملة الأجنبية. لا تسري القواعد السالف ذكرها في حالة ما إذا اشترط الساحب أن يحصل الوفاء بعملة معينة. إذا عين مبلغ الكمبيالة بعملة تحمل اسماً مشتركاً تختلف قيمتها في بلد إصدارها عن قيمتها في بلد الوفاء، يفترض أن الأداء يكون بعملة بلد الوفاء.

تطبق مقتضيات هذه المادة مع مراعاة قوانين الصرف الجاري بها العمل يوم التقديم للوفاء."

لا يلتزم البنك بإعمال دائنية حساب المستفيد بقيمة السند قبل تحصيله فعلياً. يلتزم البنك فقط بتقيد مبلغ معين، محدد حسب قيمة الصرف، يوم تحصيل الشيك مثلاً. لكن البنك يبقى مديناً بالتزام بالاعلام تجاه زبونه. حيث عليه أن ينبهه إلى مخاطر الصرف، إذا تم تسجيل الدائنية فوراً. هنا باستطاعة الزبون الاختيار⁸⁰⁴. بالمقابل، على البنك القيام بعمليات الصرف بعناية وتتوجب مسؤوليته في حالة تأخره في تنفيذ العملية؛ إذا ما أدى التأخير إلى خسائر للزبون نتيجة تحول مؤشرات الصرف. لكن يمكن إعفاء البنك من مسؤولية عدم التنفيذ⁸⁰⁵. في جميع الأحوال، على

⁸⁰² - C.Gavalda & J.Stoufflet ,op.cit, p.714.

⁸⁰³ - على خلاف ذلك فإنه طبقاً للفصل الثاني من الظهير الشريف رقم 1.58.021 بشأن مكتب الصرف المنشور في الجريدة الرسمية تحت عدد 2363 بتاريخ 1958/2/7: "تعفى عمليات الصرف من كل ضريبة أو واجب أو أداء".

⁸⁰⁴ - Dominique.Legeais, *risque de change en présence de chèque impayé libellé en monnaie étrangère*, Com.23Janv.2007, pourvoi n°05-18.557, arrêt n°90FS-P+B, Sté Azur Micro C/Sté crédit du nord, D.2007, AJ.438, OBs.X.Delpech.RTD.Com.2007 , p.420.

⁸⁰⁵ - وقد ذهب إلى ذلك حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء بتاريخ 1986/01/13 الذي جاء فيه: "حيث كما هو معلوم، فإنه لتوفر القوة القاهرة ينبغي اجتماع عدة شروط (كتاب نظرية العقد لمؤلفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري ص 963). 1 - أمر لا يمكن توقع حصوله - 2 أمر لا يمكن دفعه - 3 أمر يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً - 4 ألا يصدر خطأ من طرف المدين. وعليه، فإن أهم شرط يعينها في النازلة هو هل، فعلاً صدر خطأ من جانب المدين الذي هو البنك المدعى عليه: الرد ليس إيجابياً مادام طلب البنك المدعى عليه مقبوحاً ومقدماً باستمرار لشراء العملة في انتظار زوال هذه القوة القاهرة، ومما يؤكد هذا القول وكما جاء على لسان المدعية، فإن البنك المدعى عليه استطاع أن يحصل أو يحول مجموعة من الفوائد بما قيمته 592.545 دولاراً أمريكياً، وذلك بتاريخ 19/9/83. وحيث إن ما يؤكد على أن المدعية لها يد في النازلة، ألا علمها بوجود قوة القاهرة، ثانياً ومع ذلك تمادت وقدمت للبنك المدعى عليه الرصيد الكافي لفك العملة الأولى (الفقرة 2 من ص 3 من المقال...) وحيث استناداً لما فصل أعلاه، ونظراً لعدم وجود خطأ صادر عن المدعى عليه ونظراً لوجود قوة القاهرة، ونظراً لفصول قانونية تحرم المدعية من الاستفادة من الفوائد ونظراً لعدم وجود إثراء بلا سبب، فإن المحكمة ترى أن طلب المدعية غير متركز على أساس مما ينبغي معه التصريح برفضه" - حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، القسم التجاري، رقم 86/81،

البنك احترام قانون الصرف، بغض النظر عن التزاماته تجاه الزبون⁸⁰⁶. كما يجب عليه أن يحافظ على بعض المعلومات الحساسة التي قد تؤدي إلى فقد العملة قيمتها لا سيما فيما يتعلق بتغطية مخاطر الصرف. هاته الأخيرة ستكون موضوع دراستنا في المبحث الذي يلي.

المبحث الثاني: تغطية مخاطر الصرف

يقع على الأبنك التزام بتجنب إعطاء معلومات خاطئة غير دقيقة أو خادعة أو معلومات متميزة، يكون لها أثر كبير على أسعار الصرف في السوق⁸⁰⁷. نفس الالتزام ينتقل إلى تقديم خدمة تغطية مخاطر الصرف. تم ابتداء تقنيات عديدة من أجل الاحتياط من مخاطر تقلب العملات أو أسعار الفائدة. هنا يمكن التحدث عن تقنيات تبادل المخاطر⁸⁰⁸ swaps، التخييرات بين المخاطر les options وعقود أسعار الفائدة لأجل أو عمليات ضمان سقف الفائدة أو أرضية الفوائد Taux placher dits Caps and Floors. هاته العمليات لديها قاسم مشترك هو البحث عن توقع تحول السوق النقدي وأسعار الفائدة أو الاحتماء من التطور المستقبلي لتلك الأسعار في تدبير الأصول المالية. عرفت مختلف تلك التقنيات نجاحا واسعا، بسبب الامتيازات العديدة التي تمنحها للمتعاقدین بواسطتها. إنها تسمح أيضا بأداء دور وسيلة للتغطية تجاه مخاطر الصرف والفائدة وتحسن ظروف الاقتراض⁸⁰⁹.

لقد عرفت دورية مدير مكتب الصرف، وسائل التحوط ضد مخاطر معدل صرف العملات المرخص بها في: وسيلة التحوط من مخاطر سعر مقايضة العملة (المطلب الأول) خيار ضمان حد أقصى معدل (المطلب الثاني) اتفاق معدل إلى الأمام (المطلب الثالث)

المطلب الأول: وسيلة التحوط من مخاطر سعر مقايضة العملة SWAP de taux en devises

وجدت Swaps منذ مدة طويلة، في شكل غير رسمي وغير موحد. حيث ظهرت تقنيات تبادل المخاطر في سوق الصرف الأجنبي في غضون القرن التاسع عشر، بين البنوك المركزية، في شكل قروض متبادلة: كل طرف يمنح قرضا بالعملة الوطنية الخاصة به. يساوي كل قرض مبلغ

صادر	بتاريخ	1986/01/13،	منشور	على	الرابط
http://www.jurisprudence.ma/decision/tpicasablanca130119868186 "مطلع عليه بتاريخ " 2018/7/13".					

⁸⁰⁶ - G.Decocq & Y. Gérard & J.Morel-Maroger, *droit bancaire*, RB édition, 2010, p.335&336.

⁸⁰⁷ - Didier.R. Martin, *Pour une meilleure information des investisseurs*, LPA, 15 juin 1994, n° 71, p.5.

⁸⁰⁸ - Le swap de devises ou E.Dev.(Cross Currency Swap ou Currency Interest Rate Swap (C.I.R.S.)), par lequel on échange des taux d'intérêt à moyen ou long terme libellés dans deux devises différentes . publié in : [https://fr.wikipedia.org/wiki/Swap_\(finance\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/Swap_(finance)) « Consulté le 13/7/2018 »

⁸⁰⁹ - G.Decocq & Y. Gérard & J.Morel-Maroger, *op.cit* , p.336&337.

القرض الموازي له والذي هو في نفس التوقيت. إن مختلف أنظمة الصرف السائدة في أوروبا في سبعينيات القرن الماضي، كانت تمنع واقعا تغطية مخاطر الصرف؛ بينما كانت العملات معومة ابتداء من سنة 1973. ذلك دفع الالبنك التجارية للاهتمام بتقنيات تبادل المخاطر وإن كان بشكل محتشم مما دفع فعليا الشركات التحوط ضد مخاطر العملات كعملات بعد طرح منذ عام 1973 وأدى بالبنوك التجارية بدورها إلى مقايضة الفائدة، وإن كان بشكل سري. بعد ذلك بدأ يظهر بعض الإبداع في تصميم المشتقات المبتكرة خصيصا للعملاء من الشركات الكبيرة. حيث ستبدأ الالبنك باظهار نوع من الابتكار في مفهوم الخدمات المشتقة تحت المقاس لصالح زبنائها من كبار الشركات. إن أول وسيلة تحوط من مخاطر سعر مقايضة العملة (cross-) en anglais : swap de devises currency swap, en français on dit « عرفت اشهارا واسعا في العملية المتعاقد عليها سنة 1981 بين Brothers Salomon و IBM والبنك الدولي. ثم سريعا بعد سنوات 1980، ستبدأ البنوك الاستثمارية في معالجة أسعار فائدة وسيلة التحوط من مخاطر سعر مقايضة العملة لصالحها الخاص بينها و زبنائها مما فتح المجال لوسائل تحوط من مخاطر سعر مقايضة العملة نموذجية وذات سعر ثابت في مواجهة سعر متغير. ثم سيتطور سوق هذه الخدمة ليصير ثان سوق للفائدة الأكثر حركية في العالم من بعد أسواق قروض الدولة (الولايات المتحدة الامريكية، المانيا، اليابان، فرنسا، بريطانيا، إيطاليا....). حيث يتم اعتماده كمرجع لاسواق دين المقاولات والجماعات المحلية واغلبية الدول السيادية⁸¹⁰.

إن SWAP de taux en devises عقد رضائي قد يكون طرفه بنك، موضوعه تبادل الفوائد بمرجعية إلى عمليات مختلفة تبعا لزمن متفق عليه مسبق. ويوضح العقد قيمة العملية وسعر الصرف وتاريخ ابتداء العملية ومدة العملية وطبيعة سعر الفائدة (سعر ثابت أو متغير) مما يشكل ضمانات معينة للمتعاقد المستهلك لغير أغراض مهنته⁸¹¹. تشير كذلك أن الخدمة المذكورة هي أداة تحوط مالي تمكن من تحويل قرض بمعدل ثابت الى قرض بمعدل متغير أو العكس. للتذكير فإن شراء أو بيع العملة يكون بثمن محدد يسمى في السوق سعر الصرف الذي يشكل أهمية كبرى لأنه يحدد تاريخ إنطلاق التحول من الاقتصاد الوطني إلى الاقتصاد الدولي بين المبادلات الداخلية والمبادلات الوطنية⁸¹². هذا عن وسيلة التحوط من مخاطر سعر مقايضة العملة: SWAP de taux en devises. فماذا عن خيار ضمان حد أقصى معدل (CAP)؟

⁸¹⁰ - [https://fr.wikipedia.org/wiki/Swap_\(finance\)](https://fr.wikipedia.org/wiki/Swap_(finance)) « consulté le 13/7/2018 »

⁸¹¹ - M. Berra.Fouad & M. Boulouadnine, *les instruments de couverture du risque de change*, diplôme des bancaires 2009, école supérieure de banque Alger, publié in www.memoireonline.com « consulté le 2018/7/13 »

⁸¹² - Dominique.Carreau, *taux de change*, D., aout 2009, p.1.

المطلب الثاني: خيار ضمان حد أقصى معدل (CAP)

خيار ضمان حد أقصى معدل هو وسيلة تغطية تضمن للمتعاقد في إطار قرض خارجي أقصى معدل لأجل الاقتراض بسعر متغير وذلك مقابل دفع قسط. نذكر أن سعر صرف العملة هو سعرها في مبادلتها مقابل عملات أخرى. ففي المستوى الوطني تعتبر العملة بضاعة كبقية البضاعات، رغم أنها بضاعة متميزة بخصائص ذات الوظائف الصرفية. فالصرف يكون بسعر أي قيمة تبادل.

خيار ضمان حد أقصى معدل هو نوع من خيار شراء على أسعار فائدة على المقاس. يحدد مشتري تلك الخدمة مسبقا السعر الذي يريد أن يؤديه كحد أقصى بخصوص اقتراضه. يلتزم البائع لمشتري الخدمة بأداء الفرق في الأسعار، إذا تجاوز السقف المتفق عليه. يسمح ذلك الخيار للمشتري أثناء التعاقد بالاطمئنان على الاقتراض بسعر فائدة أقصى خلال مدة محددة⁸¹³ مما يشكل نطاقا واسعا لحماية مستهلك هذه الخدمة.

يختلف خيار ضمان أقصى معدل CAP مع خيار ضمان أدنى معدل FLOOR الذي لم نتحدث عنه دورية مكتب الصرف المغربي، الذي هو عكس الأول، يضمن أفضل معدل للمقرض وليس المقترض. فمستعمل الخدمة (المقرض) يحدد مسبقا السعر الأدنى من أجل استثماره مقابل مكافأة. ثم سيتسلم الفرق في سعر البائع إذا انخفض السعر عن القدر المتفق عليه. فخيار ضمان أدنى معدل يسمح للمشتري أن يضمن الإقراض بحد أدنى سعر فائدة خلال المدة المحددة أثناء التعاقد⁸¹⁴.

هذا عن ضمان خيار أقصى معدل. فماذا عن اتفاق معدل الى الأمام **Forward rate agreement**؟

المطلب الثالث: اتفاق معدل إلى الأمام (Forward rate agreement :FRA)

إن اتفاقيات الأسعار الآجلة Forward Rate Agreement أو FRA ، هي خدمة مشتقة مستعملة في سوق المال. يتعلق الأمر بعقد رضائي حول أسعار آجلة متفاوض عليه بين طرفين، هدفه تحديد مسبق للسعر المرجعي المتفق عليه، خلال مدة زمنية مستقبلية محددة. يحسب ذلك السعر وينشر من قبل طرف ثالث لا يعرف الا في تاريخ مستقبلي⁸¹⁵. إنه وسيلة تسمح لمستهلك تلك الخدمة من تحديد مسبق لمعدل القرض المستقبلي محدد دون دفع قسط عند الاستحقاق، إذا سجل المعدل المرجعي ليبور (LIBOR) أو أوريبور (EURIBOR) المتداول في السوق

⁸¹³ - Idem.

⁸¹⁴ - https://fr.wikipedia.org/wiki/Option_sur_taux « consulté le 13/7/2018 »

⁸¹⁵ - https://fr.wikipedia.org/wiki/Forward_Rate_Agreement « consulté le 2018/7/13 »

ارتفاعا يفوق معدل FRA فإن المتعاقد مع البنك يؤدي الفرق للبنك. وفي كل الأحوال يحدد المتعاقد مع البنك مسبقا سعر اقتراضه⁸¹⁶.

ختاما لهذا القسم، نقول إن نطاق الحماية يحدده قانون تدابير حماية المستهلك من خلال تعريفه الشاسع وغير الفعال للمستهلك. إن موضوع دراسة النطاق قادتنا إلى تأمل الاختلافات الواردة في الحماية والمرتبطة بمرادفات المستهلك من قبيل الطرف الضعيف والكفيل والمقتني والمدخر والمودع...

أوضحت معالجة القروض الاستهلاكية والعقارية أن شروط تصنيف تلك العقود ضمن الاستدانة لم تحد من النطاق الشاسع لحماية المستهلك في المغرب مقارنة مع المستهلك الفرنسي. كما استخلصنا أن ذلك التعريف غير الدقيق، أفضى إلى سعي العديد لتوسيع حمايتهم القانونية. على خلاف ذلك، لا تقصر أهم التشريعات الأوروبية الحرمان من الحماية على التدخل في إطار النشاط المهني أو التجاري.

وبخصوص مستهلكي الخدمات البنكية، أوضحنا خلال القسم السابق كذلك كثرة تنوع أولئك المستخدمين لتلك المفاهيم، فمنها مفاهيم عامة مجردة ومفاهيم أكثر تخصيصا للمجال التجاري وأخرى متميزة في المجال البنكي. وكلما كان المفهوم خصوصيا كلما اتسعت دائرة الحماية وتعزز الأمن القانوني والقضائي.

إن حماية مستهلكي الخدمات البنكية هي مجال شاسع جدا. فأنواع الخدمات كثيرة ومتنوعة، تختلف من خدمة لأخرى؛ يجمعها ويميزها وجود الطابع الانتمائي من عدمه. لقد لاحظنا أن نطاق الحماية يتسع بشكل كبير في مجال خدمات الاستدانة، بسبب كونها خدمات مسماة من قبل مشرع قانون تدابير حماية المستهلك الذي أفرد لها مقتضيات خاصة. وعلى عكسها، تبقى الخدمات البنكية غير الانتمائية محمية بالمقتضيات العامة لظهير الالتزامات والعقود وبالنظرية العامة للمبادئ الحمائية للقانون.

⁸¹⁶ - دورية مدير مكتب الصرف عدد 1706 الموجهة الى الوسطاء المعتمدين المتعلقة بالتغطية في مواجهة خطر تغير أسعار الفائدة بتاريخ 2004/11/24 منشورة لدى عبد الله ولد، قانون الصرف مع اجتهاد القضاء المغربي و المقارن، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الاولى، 2007، ص.385.

القسم الثاني : وسائل الحماية

يعد جوابنا في القسم السابق عن ماهية المستهلك، في زمن ما بعد صدور قانون تدابير حماية المستهلك، عملا ذي أهمية بالنسبة لتفعيل ذلك القانون الذي يحمل نفس الاسم والذي بلغ في تقديرنا من النضج مداه بحيث يظهر في أعين بعض الفقهاء والقضاء المغربي مستفزا من الناحيتين النظرية والتطبيقية. لقد أصبح اليوم ثنائي مستهلك / مهني أو مورد من التقسيمات القانونية الرئيسية على الأقل من حيث النظرية. فإذا كانت حماية المستهلكين في مواجهة المهنيين ضرورة مؤكدة، فإنه من الصعب الإحاطة العميقة بالوسائل القانونية الضرورية التي تضمن نجاعة تلك الحماية⁸¹⁷. تقدم البنوك مجموعة من الخدمات، التي تشكل أهمية متزايدة تدعم نشاطها الأساسي المتجسد أساسا في الائتمان وتجعلها تمنح قروضا لجمهور المستهلكين. يعد الإقراض بهذا الصدد من أبسط صور الائتمان الذي تمنحه البنوك للمستهلكين وأقربها من حيث الخضوع لقانون تدابير حماية المستهلك بالمقارنة مع القواعد العامة الواردة في ظهير الالتزامات والعقود.

يؤدي التفاوت الفني والمالي والقانوني بين الأبنك والمستهلكين إلى تقلص إرادة هاته الفئة الأخيرة أمام الأولى، نتيجة قصور القواعد العامة في توفير الحماية اللازمة مع التطور الذي أصبحت تعرفه وسائل الأداء والائتمان؛ حيث عمقت البون الشاسع بين مركز طرفي العقد⁸¹⁸. وتتجلى خصوصية حماية المستهلكين في آليات حمايتهم التي تختلف من حيث مقارنة حمايتهم فردا فردا (الحماية الفردية) أو حمايتهم جماعة (الحماية الجماعية). إن تفحص المنازعات المتعلقة بالاستهلاك يفضي إلى القول بأن بعضها يتعلق بمصلحة فردية لمستهلك معين وبعضها الآخر

⁸¹⁷ - J.P.Chazal, *le consommateur existe-il ?*, Art.cit, p.260.

⁸¹⁸ - محمد صديق، *حماية مستهلك الخدمات البنكية*، رسالة لنيل ماستر قانون المقاولات التجارية، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسطات، السنة الجامعية 2010/2011، ص.13.

يتعلق بالمصلحة الجماعية للمستهلكين⁸¹⁹. فخارج الحماية الفردية للمستهلك المتعاقد، يوجد مشروع تنظيم جماعي لعلاقات الاستهلاك.

يمنح قانون الاستهلاك لكل شريك اقتصادي، مهني أو مستهلك دورا محددا يربطه بحقوق أو التزامات متميزة. فحسب الهدف المتبع يخضع القانون المذكور لمنطق مختلف. وتبقى القواعد المنشئة لآليات الحماية الفردية للمستهلك متشعبة بمنطق وغايات قريبة من تلك التي تنبني عليها الشريعة العامة. لكن رغم الطابع الاستثنائي للقواعد الاستهلاكية، يوجد تكامل بين ظهير الالتزامات والعقود أو المسطرة المدنية مثلا وقانون الاستهلاك⁸²⁰. حيث يستند تفسير ذلك التكامل في مجال الحماية الاجرائية أساسا على قواعد قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي وقانون تدابير حماية المستهلك.

لأجله وللاقترب أكثر من الحماية الفردية والجماعية ارتأينا لأسباب منهجية تناول القواعد الموضوعية (الباب الأول) والقواعد الإجرائية (الباب الثاني) والتي تشكل أساس مكيانيزمات حماية مستهلكي الخدمات البنكية.

الباب الأول: القواعد الموضوعية

تضع القواعد الموضوعية تنظيما موضوعيا للعلاقات القانونية المبينة للعقود والواجبات، كظهير الالتزامات والعقود وقانون تدابير حماية المستهلك. وتعد تلك القواعد مبدئيا قواعد ملزمة للأفراد سواء كانوا مهنيين أو مستهلكين لاسيما في مجال حماية المستهلكين إذ لا يجوز الاتفاق على خلافها، إذا كانت من النظام العام، علما أن أغلب قوانين الاستهلاك هي كذلك. فإذا كان القانون دائما يتأرجح بين الرغبة في التوحيد والتنوع وما بين الطابع العام والخاص. فإنه في مجال الاستهلاك، قام ظل.ع بترسيخ حماية عامة للضعفاء اقتصاديا من خلال الشريعة العامة عبر إرساء قواعد عامة وقام بتعديلات جزئية لاحقة دون صياغة شاملة تجمع شتات قواعد حمائية⁸²¹.

إن دراسة القواعد الموضوعية التي تنطبق إلى جوهر الحق أو شكلية تنظيم تحققه، من الأهمية بمكان في مجال ضمان الرضى الكامل والمتنور في مجال الخدمات البنكية. هاته الأخيرة التي تخضع لمنطق الإكراه الاقتصادي الذي يمارسه البنك على زبائنه المحتاجين⁸²². كما أن دراسة تلك القواعد تحيلنا إلى التطرق لحماية التوازن العقدي لترجيح كفة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية

⁸¹⁹ - محمد بودالي، حماية المستهلك، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، دون ذكر السنة، ص.625.

G.Biardeaud & P. Flores, *le contentieux du droit de la consommation*, école nationale de magistrature, documents pratiques, Novembre 1997.

⁸²⁰ - Jean-Pierre. Pizzio, *droit du marché et droit commun des obligations*, R.T.D.Com., 1998, p.56.

⁸²¹ - J.P.Chazal, *le consommateur existe-il ?*, Art.cit, p.265.

⁸²² - M.Boizard, *La réception de la notion de violence économique en droit*, LPA, 16 juin 2004, n° 120.

من خلال تنظيم شكليات ومحتوى العقود وإقرار آليات جديدة لم تجد سبيلا إلى تكريسها في واقع الاجتهاد القضائي المغربي إلا مؤخرا و باستحياء.

هذا وقد جاءت قواعد قانون تدابير حماية المستهلك لتوفر الأسس القانونية لحماية فعالة مرتبطة بخاصيتي النظام العام وإنزال الجزاء المادي. فالى جانب وسائل حماية المستهلكين، من خلال حماية رضاهم (الفصل الأول)، هناك وسائل أخرى تعالج ظاهرة اختلال التوازن العقدي، وهو نوع من الإكراه الاقتصادي يمس المصالح الاقتصادية لمستهلكي الخدمات البنكية ويوجب علينا لأهميته دراسة وسائل حماية ذلك التوازن (الفصل الثاني)⁸²³.

الفصل الأول: وسائل حماية رضى المستهلكين

إن حماية الرضى وسيلة متميزة لحماية زبون البنك سواء في وقت قيام العقد أو تنفيذه أو حتى إنهائه⁸²⁴. جاء في ديباجة قانون 31-08 انه: "يعتبر هذا القانون إطارا مكمل للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك ومن خلاله يتم تعزيز حقوقه الأساسية ولاسيما منها: ...الحق في الإعلام....الحق في التراجع".

فمن أهم متطلبات الأمن القانوني الشفافية التي جسدها قانون تدابير حماية المستهلك عبر إقراره الالتزام بالإعلام والتنصيص على وجوب الإعلام بمميزات الخدمة لأجل تنزيل الاختيار المعقول. هذا علما أن التنصيص على ذلك الحق جاء معلقا على نص آخر تنظيمي، صدر على شكل مرسوم دون توضيح. حيث يجب أن يكون القانون صادرا عن السلطة التشريعية، واضحا لا لبس فيه مع التقليل من المرفقات والنصوص التطبيقية التي تفرغه من محتواه لمدة من الزمن مع التأكيد على وجوب عدم مفاجأة المستهلك. هنا انتظر المستهلك قرابة خمس سنوات ليصدر وزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي ووزير الاقتصاد والمالية قرارا مشتركا بتحديد نماذج العروض المسبقة للقروض واستماراتهم للتراجع القابلة للاقتطاع⁸²⁵.

يرتبط الالتزام بالإعلام بتمكين المستهلك من التفكير وبحماية الثقة المشروعة عبر تقنية العرض المسبق التي ترتبط بمهلة التفكير وحق التراجع المنصوص عليهما في القرار المشترك أعلاه، مما يساهم في تسهيل الولوج إلى المعرفة القانونية المتعلقة بالعملية موضوع التعاقد⁸²⁶.

⁸²³ عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، أطروحة نيل الدكتوراة، جامعة بغداد، كلية القانون، سنة 1968، ص.86.

⁸²⁴ -N.Vallet, op.cit, p.93.

⁸²⁵ - راجع الاحالة عدد 69 أعلاه وما يتعلق بها.

⁸²⁶ - فاتح كمال، دور الأمن القانوني والقضائي في حماية مستهلكي الخدمات البنكية، مداخلة في ندوة حول الأمن القانوني وحماية المستهلك، منظمة من طرف كلية الحقوق بفاس، بتاريخ 2013/3/30، غير منشورة.

توجب دراسة القواعد العامة والخاصة حول مسألة حماية رضى المستهلك البنكي إبراز الطرق الواقعية والفعلية الكفيلة بحماية ذلك الرضى من الأخطار والأضرار الذي قد يقع فيها مستهلكو الخدمات البنكية. فالحماية الفعالة توجب وضع قواعد موضوعية، جوهرية وشكلية، من شأنها أن تكفل حماية رضى المستهلك من ممارسات يعتمد فيها البنك استدراجه وإلزامه بإبرام عقد ما كان ليبرمه لو كان رضاه سليماً. بالتالي عمل المشرع على التأسيس لآليتين فعاليتين هما الالتزام بالإعلام (الفرع الأول) وتمتع المستهلك بحق التفكير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام

الإعلام لغة من فعل يعلم، أي يوضح نقطة محددة. يقابله المصطلح الفرنسي **renseigner**. أما تعريفه في الاصطلاح القانوني، هو التزام بالإعلام يقع على المدين به لتزويد المتعاقد الآخر بكل المعلومات المتعلقة بمحل العقد والكفيلة بتتوير رضائه وتسهيل تنفيذ العقد. وقد عرفه بعض الفقهاء الفرنسيين بقولهم يقصد بالالتزام بالإعلام: "أن البنك قد يخبر المستهلك بالفوائد المستقبلية لتصرفه. حيث يبصره عبر المعلومات والتحذيرات ليكون اختياره قد تم عن كامل اختياره"⁸²⁷. كما عرفه السيد محمد السيد عمران بأنه التزام المهني بوضع المستهلك في مأمن من مخاطر الخدمة وهو ما يتطلب منه أن يبين للمستهلك كل المخاطر التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشيء المسلم له⁸²⁸. يفرض الالتزام بالإعلام على البنك المدين به تقديم المعلومات المتعلقة بالعقد إلى الدائن الذي هو مستهلك الخدمة البنكية وهناك عدة ألفاظ أخرى تستعمل للدلالة على هذا المعنى بصيغ أعلى درجة من قبيل التحذير والنصح ولفت الانتباه وغيرها⁸²⁹. فالإعلام هو عبارة عن بيان أو إشارة أو تعليمات يمكن أن تقدم توضيحاً بشأن واقعة أو قضية ما. ويجب تمييزه من جهة، عن مجرد الرأي أو الشعور، الذي يكون عن شيء معين. كما يجب تمييزه من جهة أخرى، عن النصح الذي هو عبارة عن رأي يقدمه البنك إلى شخص معين حول ما يجب أن يقوم به. ويفرض الالتزام بالإعلام، على البنكي كمدین، بإعلام المتعاقد الآخر، أي الدائن بكافة الوقائع والمعلومات التي تكون منتجة ولازمة لتكوين رضاه حر مستنير أو لضمان حسن تنفيذ العقد⁸³⁰. إن الاهتمام بضمان الإعلام الصادق المتعلق بمعطيات عقود الخدمة البنكية بالنسبة للمستهلكين ليس وليد اليوم بل إن هذا المبدأ

⁸²⁷ - مذكور لدى نور الدين الناصري، *الالتزام بالإعلام في المجال الإلكتروني*، مجلة الدفاع، هيئة المحامين لدى محكمة الاستئناف بسطات، العدد السادس، أكتوبر 2011، ص.65.

⁸²⁸ - السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص.802.

⁸²⁹ - F.Aude, *le devoir de conseil du banquier*, université Lille II, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, mémoire de DEA de droit privé, 2000/2001.

G.Gardella, *le devoir de conseil du banquier*, Gaz.Pal, dimanche 3 au mardi 5 décembre 2000.

⁸³⁰ - بوعبيد عباسي، *الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المتعاقد والمستهلك*، المطبعة والوراقة الوطنية زنقة أبو عبيدة، الطبعة الأولى، ماي 2008، ص.34.

موجود في النظرية العامة للعقود، حيث يتحقق عن طريق مبدأ الرضائية وقد كان القضاء المؤسس له في بادئ الأمر⁸³¹.

يظهر التزام البنك بالإعلام في صور عدة في المجال البنكي منها ما هو مرتبط بمراحل التعاقد. حيث نجده يرتبط بمرحلة معينة من التعاقد، كمرحلة ما قبل التعاقد ومرحلة ما بعد التعاقد ومرحلة تنفيذ العقد. كما أنه يرتب على البنك نوعين من الالتزامات هما الالتزام العام (المبحث الأول) والالتزام الخاص بالإعلام (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الالتزام العام للبنك بالإعلام

يصعب تحديد نطاق الالتزام بالإعلام⁸³² اعتباراً للتباين الذي يميز العلاقة بين البنك والمستهلك، في مرحلة ما قبل إنشاء العقد. حيث إن الطرف الأول يقترح على الطرف الثاني عدة أشياء ويفرض عليه بعض الشروط للحصول عليها، في حالات معينة. هذه الوضعية من شأنها أن تنعكس بصورة سلبية على إرادة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية البنكية. مما يدفع إلى اختيار ما يوافق مصالح الطرف القوي. ويعني ذلك، أن يفرض البنك سيطرته على المستهلك عند إبرام العقد. لكن المستهلك بتوسيع مجال الإعلام - أو على الأقل برفع ذلك الشعار - يريد أن يمكن جميع مستهلكي الخدمات عموماً والخدمات البنكية على وجه الخصوص من معرفة المعلومات الأساسية عن الخدمات المعروضة في سوق الخدمات البنكية. تلك المعلومات من شأنها أن توضح ماهية الخدمة بصورة أفضل وتساعد المستهلكين على اتخاذ القرار الذي يناسب اختياراتهم. لهذا السبب ومن أجل أن يتضح الالتزام العام بالإعلام سنعالج مبدأه (المطلب الأول) وإثباته وجزاءه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مبدأ الالتزام العام للبنك بالإعلام

ينقسم الالتزام بالإعلام، كما سبق الذكر، إلى التزام بالإعلام قبل التعاقد وإلى التزام بالإعلام بعده. فقبل التعاقد يكون التزام البنك بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات اللازمة للمستهلكين بطريقة واضحة، بسيطة ومفهومة وباللغة العربية؛ مما يمكنهم من الشروع في إبرام عقود الخدمات البنكية وهم على علم كاف بالبيانات المتعلقة بآركان وشروط التعاقد ومدى ملاءمتها للنتائج المرجوة من

⁸³¹ - محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص. 80 و 81.

⁸³² - عرف الالتزام بالإعلام في أوروبا تحديداً لنطاقه من خلال القواعد التوجيهية الأوروبية عدد CE/65/2002 بتاريخ 23 شتبر 2002 المتعلقة بالتجارة عن بعد في الخدمات المالية المقدمة للمستهلكين.

A.Shmitt & E.Omes, op.cit, p.87 et 88.

التعاقد والحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية الخدمة. كما يرتبط ذلك الالتزام التعاقدي بتقديم البيانات الفنية والإرشادات والمعلومات اللازمة بعد الحصول على الخدمة البنكية. إعتبر قانون تدابير حماية المستهلك الإلتزام بالإعلام أحد أهدافه في الفصل الأول منه، حتى يتسنى للمستهلك أن يحصل على نظرة واضحة لأبعاد تعاقد. وقد اقتبس المشرع المغربي من نظيره الفرنسي وقضاه قواع تتعلق بالتقنيات العامة لإعلام المستهلك عموما والتي تشمل مستهلكي الخدمات البنكية. إن حق الإعلام هو من الحقوق الأساسية للمستهلكين، وقد تم ذكر حق إعلام المستهلك المواطن والمستهلك المقل والمستهلك النشط في مجال التشريع الأوروبي بتاريخ 14 أبريل 1975 في برنامج أولي لسياسة حماية وإخبار المستهلكين كما سبق ذكره في القسم الأول. جاء الاعتراف في ذلك البرنامج للمستهلك بحقوق خمس أساسية من بينها الحق في الإعلام⁸³³.

جاء بخصوص الإلتزام بالإعلام في قانون الليكسمبورغ⁸³⁴ إلزام الأبنك كقاعدة عامة أن تتعامل بالإخبار، بكل المعلومات المفيدة، بواسطة الوسيلة الأمثل، خلال مفاوضات تلك الأبنك مع زبائنها. فعند الدخول في علاقات تعاقدية، على البنكي أن يخبر الزبون الجديد عن هويته وعنوان مقره الاجتماعي ووضعياته القانونية وأنشطته وكذا بالمصاريف التي سيتحملها الزبون وكذا باسم السلطة التي تراقب أنشطته. إن نطاق الإلتزام بالإعلام يتحدد بحسب الخدمة المطلوبة من طرف الزبون، وخبرة هذا الأخير في العمليات التي يطلب القيام بها من طرف البنك لصالحه.

هذا وقد نص قانون تدابير حماية المستهلك على حق المستهلك في الإعلام في ديباجته وفي القسم الثاني. ينصب الإلتزام بالإعلام على ما قبل إنعقاد عقود الخدمة البنكية (الفقرة الأولى) و ما بعد إنعقادها (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: إلتزام البنك بالإعلام قبل انعقاد عقود الخدمة البنكية

يتضمن قانون تدابير حماية المستهلك في مجمله مجموعة من القواعد التي تضع على الأبنك، مجموعة من الإلتزامات، منها قواعد ملزمة ومقترنة بجزاءات وأخرى غير ملزمة. ويعد الإلتزام بالإعلام أحد أهم الإلتزامات الرئيسية التي جاء بها القانون المذكور⁸³⁵ جعلها على عاتق الأبنك التي تعرض خدماتها البنكية عموما والأبنك المانحة للإلتزام على وجه الخصوص. كما ألقى القضاء على كاهل المهني البنكي الإلتزام وضع الزبون، في مرحلة ما قبل التعاقد، في مأمن من مخاطر الخدمة المقدمة⁸³⁶. حيث يتعين مثلا على البنك أن يبين الأخطار التي تكون مرتبطة

⁸³³ - Monique.Luby, Art.cit , p.5.

⁸³⁴ - الفصل 37 فقرة 5 من قانون 5 أبريل 1993.

⁸³⁵ - أحمد أبران، حماية رضا المستهلك في ضوء القواعد العامة و الخاصة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية، وحدة قانون الأعمال، وجدة، نوقشت بتاريخ 7 أكتوبر 2000، ص. 27 و 28.

⁸³⁶ - Civ. 1re, 25 févr. 1997, no 94-19.685 , Hédreul, Bull. civ. I, no 75; R., p. 271; GAJC, 12e éd., 2007, no 16; GADS, 2010, nos 7-8; préc. (supra no 3352) – Paris, 1er déc. 2004, Gaz. Pal. 2005. 4319. –

بالاستفادة من الخدمة⁸³⁷. هذا علما أن العمليات التقليدية للانتماء تحتل دورا مهما في النتائج المحاسبية الإيجابية للأبنك⁸³⁸. إن الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد هو التزم بالإعلام يهدف إلى إعلام المتعاقدين مع البنك بجعل رضاهم خاليا من أي عيب. حيث يهدف إلى ملاءمة العقد البنكي مع حاجيات المستهلكين. بحيث إذا لم يتم الإلتزام بذلك الإعلام ، تكون عقود الخدمة البنكية غير ملائمة للهدف المرجو منها.

يعمق الإشهار المعتمد من طرف الأبنك، ضعف المستهلك في المرحلة السابقة على التعاقد. حيث يتم جلب المستهلكين إلى التعاقد⁸³⁹ عبر الإغراءات التي تتضمنها المطويات الاشهارية، التي تهدف إلى إغرائهم لجذبهم للتعاقد من خلال مدح مواصفات الخدمة. يبين قرار مهم لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 24 يونيو 2008 أهمية الإعلام الجيد لمواجهة الإشهار التدليسي: " إن الإعلان الصادر عن الشخص الذي يقدم لعملائه الاكتتاب في أسهم صناديق الاستثمار المشتركة، يجب أن يكون متسقا مع الاستثمار المقترح؛ وأن يوضح عند الاقتضاء الخصائص الأقل ملاءمة والمخاطر الكامنة في الخيارات التي يمكن أن تكون نتيجة طبيعية للفوائد المدعاة. إن الإلتزام بتوفير المعلومات الذي يقع على هؤلاء المهنيين لا يعد محترما، بمجرد تسليم مختصر الشروط المشار إليه من طرف لجنة عمليات البورصة، عندما يكون الإعلان لا يستجيب لتلك المتطلبات"⁸⁴⁰. فالأكيد أنه يجب أن يتميز إشهار الخدمات البنكية بحد أدنى من الترابط المنطقي بين ما يصرح به وما يجده المستهلك واقعا، كما يقع على البنكي التزم بالنصح والإعلام اتجاه زبائنه في حالة عمليات تكتسي طابع مضاربة⁸⁴¹.

Versailles, 25 oct. 2005, RJDA 2006, no 125. Comp. : Civ. 1re, 18 janv. 2000, no 97-17.716 , Bull. civ. I, no 13; D. 2001. 3359, note M.-L. Mathieu-Izorche .

⁸³⁷ -M.Juglart, *l'obligation de renseignement dans les contrats*, R.T.D.Civ., 1945, p.1.

⁸³⁸ - لم يعد البنكي مقرضا للمال فقط، لكنه صار أساسا مستشارا للاستثمارات ومسيرا للثروات. إنه المودع لديه أوراق القيم و المتاجرة في القيم المنقولة. كما يقوم بدور مقدم الخدمات المالية مما يطرح أسئلة كثيرة بخصوص إلتزامه بالإعلام تجاه من يلتصون تلك الخدمات.

Susan.Emmernegger, *le devoir d'information du banquier*, in : Christine.Chappuis & Bénédict Winiger, *la responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Genf/Zurick/Basel, 2009, p.68.

راجع: عز الدين بنسني، حماية مستهلكي الخدمات المالية، مجلة الدفاع، هيئة المحامين لدى محكمة الاستئناف بسطات، العدد السادس، أكتوبر 2011.

C.Perot-Reboul, *commercialisation des services financiers : champ d'application de la directive*, Revue Lamy droit des affaires, chroniques, en date du 1/6/2003.

⁸³⁹ - Voir : Maurizio Fusi, "Impact" de la publicité, expertises enquêtes consommateurs, *L'exemple récent de la marque "Parmacotto"*, vendredi 18, samedi 19 MAI 2001, Gaz.Pal, p. 13.

⁸⁴⁰ - Cass.Com., 24 juin 20058, n° 06-21.798, p+b+r+1, D.2008, p.1892, Obs. Delpech.

⁸⁴¹ - Stéphane.Piédelièvre, *publicité des produits financiers et responsabilité de l'intermédiaire : des promesses au mensonge*, Revue Lamy Droit des affaires, n°30, septembre, 2008, p.36.

يعتبر الالتزام العام بالإعلام للبنكي مفهوما عاما يشمل عدة أنواع من الالتزامات التي توجد في إطار التواصل مع الزبون، من قبيل النصح، التحذير، الإرشاد، إساءة الرأي، التوصية. فهذه الالتزامات تتقاطع فيما بينها، مما يفسر أنه عادة ما يتحدث عن التزامات بالإعلام دون أي تصنيف⁸⁴². علما أن التزام البنك بالإعلام يعد إجراءا حمائيا لمصالح مستهلك الخدمة البنكية، لأنه لا يتعلق فقط بمحترف تقديم تلك الخدمات بالكشف عن خصائص الخدمة كشروط استعمالها ونوعيتها. إنه أيضا يمنح المستهلك فرصة إبرام عقد يستجيب لمتطلباته ورغباته من جهة وإمكانياته المادية من جهة ثانية. هذا علما أن مشرع قانون تدابير حماية المستهلك ألزم البنكي بتحرير العقد وتسليمه لكل شخص مهتم يطلب نسخة من العقود التي يعرضها عادة⁸⁴³. فإعلام المستهلك هو جعله قادراً على حماية مصالحه بنفسه⁸⁴⁴. ويبقى البنك ملزماً بالإعلام تجاه زبونه خلال عملية الصرف⁸⁴⁵. حيث يجب على الأبنك، في كل العمليات المتعلقة بالصرف، أن تلتزم بواجب الإخبار الذي يتغير نطاقه بحسب أهلية وتجربة الزبون⁸⁴⁶.

إن القاسم المشترك بالنسبة لعقود الخدمة البنكية في علاقتها بالالتزام العام بالإعلام هو محلها. حيث يكون ذلك الالتزام منصبا على العناصر التي لها تأثير على رضى المتعاقد مع البنك وعلى قراره بالتعاقد من عدمه. بحيث أن الدائن بالالتزام بالإعلام الذي هو المتعاقد مع البنك، لو كان يعلم المعلومة قبل تعاقد، لما وافق على الشروط مبدئياً. كما إن بعض الالتزامات العامة بالإعلام قد تنشأ قبل التعاقد، لكنها تحدث أثرها على مستوى تنفيذ العقد البنكي. هنا يجدر بنا أيضا معالجة التزام البنك بالإعلام في مراحل ما بعد انعقاد عقود الخدمة البنكية⁸⁴⁷.

الفقرة الثانية: التزام البنك بالإعلام في مراحل ما بعد انعقاد عقود الخدمة البنكية

إن التزامات البنك بالإعلام رغم أنها تنعقد في مرحلة تكوين عقد الخدمة البنكية، قد تظهر آثارها في مرحلة تنفيذه. ويتدخل القاضي لفرض الجزاء عن الإخلال بذلك الإلتزام. ويقوم البنك بتسليم مطويات ومستندات أو دراسات إلى الزبون سواء أثناء التعاقد أو بعده، حتى قبل التوقيع على أي ملحق للعقد. هنا يرتب ذلك الإعلام والإخلال به آثاره على رضى الأطراف.

⁸⁴² - Susan.Emmernegger, Art.cit , p.69.

⁸⁴³ - راجع مقتضيات المادتين 11 و 206 من قانون تدابير حماية المستهلك.

⁸⁴⁴ - أحمد أبران، مرجع سابق، ص.28.

⁸⁴⁵ - G.Decocq & Y. Gérard & J.Morel-Maroger, *droit bancaire*, RB édition, 2010, p.335&336.

⁸⁴⁶ - C.A Montpellier, 2ème Ch.A, 12 nov.1998, Banque Paribas C/ SA Boyé Paul : Banque et droit Juil.août 1999, p.28.

⁸⁴⁷ - Muriel.Fabre.Magnan, *de l'obligation d'information dans les contrats*, essai d'une théorie, LGDJ, paris, 1992, p.231.

يبقى الالتزام بالإعلام في جميع الأحوال مزدوجا بين البنك ومستهلكي الخدمات البنكية. فعلى كل طرف الاستعلام حول واجبات الطرف الآخر. إذن حري بعد معالجة مفهوم الالتزام العام بالإعلام، التطرق إلى أساس التزام البنك العام بالإعلام، إثباته وجزاؤه.

المطلب الثاني : أساس التزام البنك العام بالإعلام، إثباته وجزاؤه

يعد الإعلام القبلي الجيد أهم محاور حماية مستهلكي الخدمات البنكية في غياب مدونة سلوك تربط بين جمعيات حماية المستهلكين والجمعيات المهنية الممثلة لمهنيي الأبنك⁸⁴⁸. ففي المغرب، لا يتمتع مستهلك الخدمة البنكية واقعا بإعلام قبلي حقيقي على توقيع العقود البنكية رغم تقنين قانون تدابير حماية المستهلك لتقنية العرض المسبق. فتلك العقود، عادة ما تكون هي نفسها غير مفهومة من غير المختصين؛ وفي بعض الأحيان من رجال القانون أنفسهم⁸⁴⁹. فكيف نتصور حماية وإعلام مستهلكي الخدمات البنكية في غياب تنصيب المشرع على قواعد قلب عبء الإثبات على عاتق البنك وفي ظل غياب التنصيب على جزاءات فعالة تشمل الإخلالات بخصوص غالبية الخدمات البنكية؟ لأجله سنتطرق إلى دراسة أساس التزام البنك العام بالإعلام (الفقرة الأولى) وإثبات تنفيذه وجزاء الإخلال به (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أساس التزام البنك بالإعلام

أثارت دراسة الأساس القانوني للالتزام بالإعلام بالنسبة للبنكي جدلا شديدا. فمن خلال البحث في التأصيل القانوني لهذا الالتزام في التشريع المغربي، نجد أساسه في ظهير الالتزامات والعقود. لكن من المؤسف أن ظهير 1913، لم يمكن القضاء المغربي من صياغة نظرية عامة للالتزام بالإعلام على غرار القضاء الفرنسي. لقد تطرق قانون حرية الأسعار والمنافسة سنة 2000⁸⁵⁰ للالتزام بالإعلام في المادة 47 الفقرة الأولى منه التي جاء فيها: " يجب على كل من يبيع منتجات أو يقدم خدمات أن يعلم المستهلك عن طريق وضع علامة أو ملصق أو إعلان أو بأي طريقة مناسبة أخرى بالأسعار والشروط الخاصة بالبيع أو لإنجاز الخدمة ". وهو ما ترك الجدل قائما في جوانب تتعلق خصوصا بآثار ذلك الالتزام لكون الفقرة الثانية من الفصل المذكور نصت على أنه: "

⁸⁴⁸ - راجع بعض مدونات السلوك الأحادية الجانب من قبل بعض المؤسسات البنكية على الروابط التالية :

<http://www.gbp.ma/Documents/Codedeonto.pdf>

https://www.banktrack.org/download/code_of_ethics_15/181025_bmce_bankcodeofethicsoct_2018.pdf

<https://www.bmci.ma/wp-content/blogs.dir/sites/2/2016/02/Guide-de%CC%81thique-et-de-d%C3%A9ontologie.pdf>

⁸⁴⁹ - Alain.Gourio, *l'information du consommateur dans le domaine du crédit immobilier : questions d'actualité*, LPA, 29 juin 1999, n° 128, p.128.

⁸⁵⁰ - ظهير شريف رقم 193. 1.14 صادر في فاتح ربيع الأول عام 1436 الموافق 4 ديسمبر سنة 2014 بتنفيذ القانون رقم 1031 , المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها , جريدة رسمية عدد 6328 فاتح ربيع الأول 1436 موافق 22 يناير 2015 , ص 462.

تحدد إجراءات إعلام المستهلك بنص تنظيمي". ذلك النص التنظيمي لم ير النور إلى غاية نسخ تلك المادة بقانون تدابير حماية المستهلك. كما نصت المادة 116 من ظهير مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها ودورية صادرة عن والي بنك المغرب بتاريخ 4 دجنبر 2006 في ظل القانون القديم تتعلق بالطرق التي تلتزم من خلالها مؤسسات الائتمان بإعلام العموم بالشروط المطبقة على عملياتها⁸⁵¹. فقبل صدور الدورية المذكورة أعلاه، كانت حالات إثارة عنصر الالتزام بالإعلام أمام القضاء المغربي قليلة إن لم نقل نادرة الحصول، وحتى وإن حصلت فإن القضاء المغربي في تعامله مع هذا الأمر لم يتمكن من مناقشته والبت فيه، وذلك لافتقاره إلى الأساس القانوني الواضح المخول لذلك. تبنى قانون مؤسسات الائتمان الجديد في مادته 154 نفس صيغة المادة 116 السابقة في القانون البنكي لسنة 2006، مما يثير أكثر من تساؤل حول مدى رغبة المشرع، في تطوير قواعد الالتزام بالإعلام. حيث نصت المادة 154 الجديدة أنه على البنك "أن يخبر الجمهور وفق الشروط المحددة بنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان بالشروط التي تطبقها مؤسسات الائتمان على عملياتها ولاسيما فيما يتعلق بسعر الفوائد المدينة والدائنة والعمولة ونظام تواريخ القيمة". وطبقا لهذا المقتضى، فعلى والي بنك المغرب السهر على أن يتم هذا الإعلام على مستوى وكالات الأبنك من خلال دعائم ورقية أو معلقة على مستوى الوكالات في كل مكان يمكن أن يوجد فيه الزبون داخل الوكالة⁸⁵².

كما يجب أن يكون ذلك الإخبار محددا على وجه الخصوص وبشكل واضح ومقروء للبيانات القانونية للمنتوجات المقدمة وكذلك أسعارها وتواريخ قيمها المطبقة عليها⁸⁵³. بعد ذلك ستظهر مستجدات بخصوص الالتزام المذكور مع قانون 31-08 المتعلق بقانون تدابير حماية المستهلك⁸⁵⁴. هكذا يمكن الإحالة إلى مصادر متنوعة لتأسيس الالتزام بالإعلام للبنك من بينها ظهير الالتزامات والعقود (أولا) وقانون تدابير حماية المستهلك (ثانيا)

أولا: ظهير الالتزامات والعقود

يرتكز إلزام الأبنك الخاص بالإعلام، في غياب نص قانوني مدني عام وصريح يبين أحكامه في المغرب، على عدة أنظمة قانونية تتمثل بالأساس في نظريات عيوب الرضى والمسؤولية التقصيرية. حيث يمكن أن يترتب على إهمال الإدلاء بمعلومات معينة إما عيبا في الرضى أو خطأ تقصيري⁸⁵⁵. جاء في المادة 1-1112 من مدونة القانون المدني الفرنسي: "على الطرف الذي يعرف الأهمية الحاسمة لمعلومة لرضى الطرف الآخر أن يعلمه طالما أنه، شرعيا، يكون هذا

⁸⁵¹ - دورية والي بنك المغرب، عدد 2007/23، بتاريخ 04 دجنبر 2004.

⁸⁵² - المادة الثانية من الدورية.

⁸⁵³ - قنوي عبد الفتاح الشهاوي، موسوعة التمويل العقاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2005، ص. 161.

⁸⁵⁴ - نور الدين الناصري، مقال سابق، ص. 66.

⁸⁵⁵ - بو عبيد عباسي، مرجع سابق، ص. 95.

الأخير يجهل تلك المعلومة أو يثق بالمتعاقد معه. لكن رغم ذلك، فإن ذلك الالتزام بالاعلام لا ينصب على تقدير قيمة الالتزام. تعد معلومات ذات أهمية حاسمة المعلومات التي لها علاقة مباشرة وضرورية مع محتوى العقد أو صفة الأطراف...⁸⁵⁶.

يتم إلتزام الأبنك بالإعلام من خلال إستعمال آليات - حسن النية (1) و عيوب الرضى (2) ومفهوم الرجل المتبصر في الوكالة (3) والمسؤولية المبنية على الخطأ التقصيري (4) كأساس للالتزام بالإعلام.

1 - حسن النية أساس للالتزام بالإعلام

تعد حسن النية قاعدة جوهرية وليس فقط قاعدة تفسير تجبر البنك بتنفيذ التزاماته بحسن نية وأي تصرف تجاه المستهلك البنكي تصرفا شريفا ونزيها، خال من الدهاء والمكر والخديعة⁸⁵⁷. فمن خلال الرجوع إلى المادة 231 من ظهير الالتزامات والعقود، نجده ينص على ما يلي: "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته". فهذه المادة تعد في نظر بعض القانونيين أساسا للالتزام بالاعلام، إلا أن هذا الرأي لم يسلم من النقد، لكون المبدأ لا يعنى إلا بمرحلة تنفيذ العقد وهو ما يستفاد من عبارة "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية". إن هذا أمر لا يتوافق بشكل كلي مع الالتزام بالاعلام، لكون هذا الأخير يرافق كل مراحل العقد بدءا من تكوينه مروراً بإبرامه وانتهاء بتنفيذه⁸⁵⁸. جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش تجاهلها لدفع المستأنفين بعنصر عدم الإعلام المبني على أساس المادتين 231 و 270 من قانون الالتزامات والعقود بقولها: "حيث إنه بغض النظر عن مناقشة الفصلين 231 و 270 من قانون الالتزامات والعقود المستشهد بهما من قبل المستأنفين"⁸⁵⁹ فإن المحكمة واصلت مناقشة بقية الدفوع رغم أهمية الدفع الأول. وفي مقابل ذلك، أخذت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بذلك الدفع وحكمت على البنك المخل بالإعلام بالتعويض للمدعين⁸⁶⁰.

⁸⁵⁶ - JORF n°0035 du 11 février 2016 , texte n° 26 , Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations , NOR: JUSC1522466R, publié in :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id> « consulté le 21/7/2018 »

⁸⁵⁷ - Bénédicte Bury, *la bonne foi dans la relation contractuelle du banquier avec son client*, Gaz.Pal, 19 mars 2009, n°76, p.7.

⁸⁵⁸ - نور الدين الناصري، مرجع سابق، ص.66 و 67.

⁸⁵⁹ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، عدد 447، بتاريخ 24 ماي 2005، في الملف التجاري رقم 05/9/484، غير منشور.

⁸⁶⁰ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، عدد 1540، بتاريخ 12 يونيو 2006، في الملف التجاري عدد 2004/05/2957، غير منشور.

نشير أن مبدأ حسن النية في الإعلام ينتقل أيضا من مستوى تكوين العقد إلى تنفيذه. جاء في حكم المحكمة الابتدائية بالرباط مايلي: "حيث إن العقد يجب أن ينفذ وفق ما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وشرف التعامل وقواعد الإنصاف، مما يترتب عليه الكف عن أي عمل من شأنه جعل تنفيذ الالتزام مرهقا وأشد كلفة على المدين، بل إن مبدأ حسن النية ينشأ التزام الدائن بوجوب التعاون مع صاحبه في الوفاء بالالتزام الملقى على عاتقه ويسأل عقديا عن ذلك"⁸⁶¹.

هذا وقد جاء في قرار للغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 ماي 1989 أنه : "إذا لم ينفذ البنك التزامه بالتعاقد بحسن نية...يعد مرتكبا للتدليس عن طريق الكتمان طالما كان يعلم بالوضعية الحرجة للمدين...ولم يقم بإيصال هذه المعلومات إلى علم الكفيلين"⁸⁶². وجاء في قرار آخر صادر عن نفس الغرفة بتاريخ 3 يونيو 1998 : "أن البنك الذي يدلس عبر الكتمان يخل بالتزامه التعاقد بحسن نية لاسيما أن وضعية المدين ميؤوس منها وأنه أغفل إخبار الكفيل وحثه على التعاقد"⁸⁶³. علما أن امتداد الالتزام بالإعلام، طبقا لمبدأ حسن النية، يوصل إلى الزام البنك مراقبة المعلومات التي يوفرها له زبناه عند تحرير العقد⁸⁶⁴. هذا عن مبدأ حسن النية، فماذا عن عيوب الرضى كأساس للالتزام بالإعلام؟

2- عيوب الرضى أساس للالتزام بالإعلام

ألزم المشرع المغربي، نظرا للهيمنة الاقتصادية للمهنيين البنكيين وقلة خبرة المستهلكين بمجال التعاقد معهم، المهني البنكي إعلام المستهلكين بطبيعة وخصوصيات السلعة أو الخدمة المعروضة عليه وكذلك الإشارة إلى أئمنتها حتى تكون إرادة هذا الأخير متبصرة بنوع التعاقد الذي سيقدم عليه. وحتى يتحقق هذا الهدف، يجب على المهني الالتزام بالإعلام الذي قد يجد أساسه في نظرية عيوب الرضى من قبيل : الغلط (أ) التدليس (ب)

أ- الغلط

لم يعرف المشرع المغربي الغلط، وإنما اقتصر على تحديد صورته. في حين عرفه الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري أنه : "حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع. وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها وهو بذلك

⁸⁶¹ - حكم المحكمة الابتدائية بالرباط صادر بتاريخ 2008/10/22، تحت عدد 2522، في الملف عدد 06/2227، منشور بمجلة الحقوق عدد 8 ص 222 وما يليها.

⁸⁶² - Cass.Com., 20 mai 1989, Bull. Civ., I, 187, p.124.

⁸⁶³ - Cass.Com. 3 juin 1998, n° 95-20.850 cité in : Bénédicte Bury, *la bonne loi dans la relation contractuelle du banquier avec son client*, Art.cit, p.11.

B.Roman, *Le banquier demeure débiteur d'une obligation de conseil à l'égard de la caution*, LPA, 08 juillet 2003 n° 135.

⁸⁶⁴ - Jérôme.Attard, *Crédits à la consommation : du devoir du prêteur de contrôler les informations fournies par l'emprunteur lors de conclusion du contrat*, L.P.A. 21 décembre 2007, n°255 .p.13.

ينتظم كل أنواع الغلط و لا يقف عند نوع معين منها⁸⁶⁵. وعليه وحتى يتمكن المستهلك الخدمة البنكية من التخلص من هاجس إبطال العقد من طرف البنك المتعاقد معه والمتمسك بحالة من حالات الغلط وجب عليه إعلامه إعلاما كافيا نافيا للجهالة يسد به الذرائع على البنك الذي يريد التمسك بالغلط من أجل إبطال العقد، علما ان تلك الحالات صعبة التصور عمليا. هنا يمكن اعتماد الغلط من طرف المستهلك كأساس للالتزام بالإعلام الذي هو رهين بتلك الحالات التي يكون فيها الغلط منتجا وذلك حتى يتم إبعاد الحالات التي يكون فيها الغلط غير منتج، لتحقيق النتائج المرجوة منه باعتباره أساسا للالتزام بالإعلام⁸⁶⁶. حيث تعد شخصية البنك مثلا غير ذات أهمية بالنسبة للمستهلك لكون شخصية المقرض غير محددة رئيسية في الالتزام. كما أن الغلط في تقدير قيمة الفوائد أو مجموع المبلغ المتوجب أدائه للمقرض طيلة العقد لا يعد غلطا جوهريا دافعا إلى صدور الرضى من المستهلك. لكن يمكن قبول الإبطال استنادا الى الغلط في جوهر الشيء لعدم إخبار المستهلك حول ذات الشيء أو نوعه كما إذا تعاقد المستهلك على إبرام عقد إيداع ليتبين له فيما بعد أنه عقد قرض⁸⁶⁷. هذا عن الغلط، فماذا عن التدليس؟

أ- التدليس

ينص الفصل 52 من ظهير الالتزامات والعقود أن " التدليس يخول الإبطال إذا ما لجأ إليه من الحيل والكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بتواطؤ معه، في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر... ". يلاحظ هنا أن المشرع استعمل مصطلح الكتمان الذي عرفه الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري قائلا: "هناك أحوال يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان، فيلتزم المتعاقد الذي يعلم هذا الأمر بالإفشاء به ويعد تدليسا منه أن يكتمه وتارة يكون الالتزام بالإفشاء مصدره نص في القانون وطورا يكون مصدره الاتفاق الصريح ولكن في كثير من الأحيان يكون المصدر هو هذه القاعدة القانونية العامة التي تقضي بعدم جواز الغش، وذلك بأن يستخلص من الظروف أن أمرا هاما قد يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة. حيث يدرك أحد المتعاقدين خطره، ويعرف بان المتعاقد الآخر يجهله ومع ذلك يكتمه عنه، فيحمله بذلك على التعاقد"⁸⁶⁸.

وقد قضت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 2003/4/1 بخصوص تأسيس إلزام البنك بالإعلام على الكتمان التدليسي: " يخل بالتزامه بالتعاقد بحسن النية ويقترف كتماننا تدليسيا، البنك الذي يعلم أن وضعية المدين ميؤوس منها أو مثقلة بالديون ويغفل عن تبليغ

⁸⁶⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2000، ص.311.

⁸⁶⁶ - نور الدين الناصري، مقال سابق، ص.66.

⁸⁶⁷ - Voy : F.Xavier.Testu, qualité du consentement, D., 2010, p.3&4.

⁸⁶⁸ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص.347.

هذه المعلومة إلى علم الكفيل مما يؤدي إلى إلتزامه على تلك الصفة"⁸⁶⁹. بعد التذكير بذلك، قامت محكمة النقض الفرنسية بإبطال الكفالة بعلّة، أن البنك الذي كان يعلم بالوضعية الكارثية للمدينة لا يمكنه أن يختفي وراء الميزانية التوقعية المتفائلة، للامتناع عن إخبار الكافل. إنه موقف لمحكمة النقض الفرنسية منذ سنة 1989، التي أسست فيه الإلتزام بالإعلام اعتماداً على مبدأ حسن النية⁸⁷⁰ والذي عالجناه آنفاً. لكن ماذا عن مفهوم ذاتي موجود في مجال الوكالة، يعتمد كأساس للإلتزام بالإعلام مفهوم الرجل المتبصر؟

3- مفهوم الرجل المتبصر في الوكالة أساس للإلتزام بالإعلام

تحمل الخدمات البنكية المقدمة من طرف الأبنك في طياتها بصمات قانون الوكالة والتزامات الوكيل بالولاء والإخلاص لموكله وتصرفه على ضوء مفهوم الرجل المتبصر⁸⁷¹. هنا يجد الإلتزام بالإعلام أساسه في كون البنك الوكيل عليه أن يبذل في أداء مهامه عناية الرجل المتبصر حي الضمير ويعلم موكله المستهلك بكل الظروف التي يكون من شأنها أن تحمله على إلغاء الوكالة أو تعديلها⁸⁷². كما أنه بمجرد إنهاء مهمته، يجب أن يخطره بالطريقة التي أنجز بها مهمته⁸⁷³. على وجه القياس، مثلاً في فرنسا، يؤسس الإلتزام بالنصح أو بالإعلام في مرحلة التنفيذ من خلال الإلتزام العام بالتعاون. يقول بهذا الخصوص الفقيه ديموج، إن فكرة التعاون بين المتعاقدين هي التزام كل شخص بإخبار الطرف الآخر خلال مدة العقد بالأحداث التي قد يكون للطرف الآخر مصلحة لمعرفة من أجل تنفيذ العقد⁸⁷⁴. طبعاً إن الإخلال بذلك الإلتزام يترتب جزاءاً وفق المسؤولية التقصيرية التي تعد في حد ذاتها أساساً للإلتزام بالإعلام.

4- المسؤولية المبنية على الخطأ التقصيري أساس للإلتزام بالإعلام

يمكن الرجوع إلى المسؤولية التقصيرية كأساس للإلتزام بالبنك بالإعلام الذي يؤثر في رضى المستهلكين المتعاقدين. حيث يشكل عدم إدلاء البنك إلى المتعاقد معه بمعلومات تهمه وتنير رضاه خطأ تقصيرياً، أي خرق للإلتزام بالإعلام⁸⁷⁵. فقد أسست المحكمة الفيدرالية السويسرية، في قرار لها بتاريخ 21 فبراير 2006، الإلتزام بالإعلام على مبدأ الثقة الوارد في الفصل 2 من القانون

⁸⁶⁹ - Cass.Com., 1/4/2003, n°587, BRDA, 8/03, inf.14.

⁸⁷⁰ - Bénédicte.Bury, Art.cit, p.9.

⁸⁷¹ - Susan.Emmernegger, Art.cit, p.69.

⁸⁷² - الفصل 906 من ظهير الإلتزامات والعقود.

⁸⁷³ - الفصل 907 من ظهير الإلتزامات والعقود.

⁸⁷⁴ - Demogue, *Traité des obligations en général*, T IV n° 3, p. 9. Cité également chez J.Mestre, *Un bel exemple d' obligation de renseignement dans l'exécution du contrat*, RTD Civ, 1996, p. 393.

⁸⁷⁵ - بوعبيد عباسي، مرجع سابق، ص.113.

المدني السويسري أو ما أسمته تلك المحكمة بالمسؤولية المبنية على الثقة⁸⁷⁶. أما في المغرب، فيعد الخطأ عماد المسؤولية التقصيرية. وفي حالة تحققه، فإن المتضرر مستهلك الخدمة البنكية له الحق في إثارة تلك المسؤولية تجاه البنك المتسبب في الضرر. إذ ليست الغاية من تلك المسؤولية هي إبطال العقد وإنما جبر الضرر الناتج عن الخطأ العمدي أو الخطأ المرتكب بإهمال. على ذلك الأساس، يمكن لتلك المسؤولية أن تكون جزاء عدم احترام الالتزام بالإعلام الذي له انعكاس على رضى المتعاقد⁸⁷⁷. فالكتمان المرتكب خطأ في الفترة السابقة على تكوين عقد الخدمة البنكية، يمكن أن يؤدي إلى التفكير في المسؤولية تطبيقاً للفصلين 77 و 78 من ظل.ع⁸⁷⁸.

إن الخطأ المتمثل في خرق الالتزام بالإعلام على أساس المادة 77 من ظل.ع، يؤخذ بمعنى واسع؛ مادام يتحقق بكتمان أي بيان يمكن المتعاقد الآخر من تقدير الفائدة من العمل القانوني المعروض عليه، حيث يؤدي الجهل به إلى إبرام العقد في ظروف غير ملائمة وبشروط مجحفة. إن البيان المكتوم من طرف البنك، لا يقتصر على مرحلة تكوين العقد وإنما يشمل كل بيان يؤثر على رضى الطرف الآخر من غير أن يدفع به إلى التعاقد كالقرار الذي يتخذه البنك بتمديد عقد الخدمة البنكية أو ممارسة اختيار خدمة معينة دون إشعار. هنا ينبغي الإشارة إلى أن المتعاقد المستهلك، حتى ولو كان بإمكانه أن يطالب بإبطال العقد، يمكن أن يكتفي بالمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، كما يمكن الجمع بين الجزأين.

وحتى يكون البنك مسؤولاً، عن الخطأ المتمثل في إخلاله بالالتزام بالإعلام القائم على أساس الفصل 77 من ظل.ع، يتعين أن يتحقق الركن النفسي لهذا الالتزام بفرعيه. هكذا يجب أن يكون مستهلك الخدمة البنكية عالماً بالمعلومات الواجب الإفضاء بها وعالماً كذلك بأهميتها بالنسبة للبنك. فإذا كان البنك يعلم بكافة المعلومات المتعلقة بصفة غير جوهرية في محل العقد ولكنه يجهل أهميتها

⁸⁷⁶ - إن أهم تطبيقات المسؤولية المبنية على الخطأ التقصيري كأساس للالتزام بالإعلام في المجال المالي هي عندما تطبق الأبنك دورياً أوامر البورصة للزبون وفق تعليمات الأخير. لقد اعتبرت المحكمة المذكورة، أنه لا يوجد التزام بالتحذير في حالات استثنائية، من قبيل وجود علاقة ثقة خاصة بين الطرفين، تطورت نظراً لاستمرارية علاقات الأعمال بين البنك ومستهلك الخدمات المالية، الذي يكون محقاً في الحصول على النصح والتحذير حتى وإن لم يطلبه. حيث يكون الأساس القانوني لذلك الالتزام خارج عقد خاص مبرم ولكن ارتباطاً بعقد إيداع والأوامر السابقة بتنفيذ معاملات مالية.

راجع نص القرار على الرابط: <https://www.cdbf.ch/433/#.XTnRsuhKiyI> " روجع بتاريخ 2018/7/25".

Susan.Emmernegger, Art.cit, p.70.

J.Daniel, *Le devoir de mise en garde du banquier*, LPA, 18 février 2008, n° 35.

⁸⁷⁷ - بو عبيد عباسي، مقال سابق، ص.113.

⁸⁷⁸ - جاء في الفصل 77 من ظل.ع أن: "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بنية واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر".

و أورد الفصل 78 من ظل.ع أن: "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر. والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر".

بالنسبة للطرف الآخر، فإنه لا يتحمل أي التزام بالإعلام. إنه لا يعد مرتكباً لأي خطأ عندما لا يقوم بإحاطته علماً بها ولكن يجب أن يكون جهله جهلاً مشروعاً ومقبولاً. أما إذا كان البنك على العكس من ذلك، يعلم بأن معلومات معينة مهمة بالنسبة للطرف الآخر ولكنه يجهل محتواها فإنه لا يتحمل أي التزام بالإعلام. كما لا يتحمل بالالتزام بالاستعلام من أجل الإعلام لأن ذلك الإلتزام لا يوجد أساساً في الحالة التي تنصب فيها البيانات على صفة جوهرية في الشيء محل العقد⁸⁷⁹. في الأخير، تجب الإشارة إلى أن الإخلال بالالتزام بالإعلام المكون للخطأ التقصيري للبنك لا يتطلب قيام الركن العمدي. ففي حالة عدم إمكانية الرجوع إلى المادة 77 من ظل.ع التي لا تتطلب تحقق الركن العمدي، فمجرد الإهمال يؤدي إلى جبر الضرر الحاصل تماماً كما هو الشأن بالنسبة للخطأ العمدي⁸⁸⁰. هذا عن ظهير الالتزامات والعقود، فماذا عن قانون تدابير حماية المستهلك؟

ثانياً: الأساس القانوني لالتزام البنك بالإعلام من خلال قانون تدابير حماية المستهلك

جاء في المادة 3 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه: "يجب على كل مورد أن يمكن المستهلك بوسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية... للخدمة وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكانياته. ولهذه الغاية يجب على كل مورد أن يعلم المستهلك بوجه خاص عن طريق وضع العلامة أو العنونة أو الإعلان أو بأي طريقة مناسبة أخرى... بتعريفات الخدمات وطريقة الاستخدام أو دليل الاستعمال ومدة الضمان وشروطه وشروط... تقديم الخدمة، وعند الاقتضاء، القيود المحتملة لمسؤولية التعاقدية. تحدد إجراءات الإعلام بنص تنظيمي". جاء بهذا الخصوص في المادة 14 من المرسوم التطبيقي لقانون تدابير حماية المستهلك أنه يجب أن تكون تعريفية كل خدمة من الخدمات موضوع إعلان في الأماكن التي تعرض فيها الخدمة على العموم. ويشمل هذا الإعلام الإشارة في وثيقة واحدة إلى قائمة الخدمات المعروفة أسعار كل منها ويجب أن تكون هذه الوثيقة واضحة ومقروءة للمستهلك في المكان الذي يتم استقباله فيه عادة. وتوضح المادة 15 من نفس المرسوم، أنه يجب أن يعبر على تلك التعريفات بالدرهم. وبزيارة العديد من الوكالات البنكية، وجدنا إعلانات للخدمات البنكية في لوحات بمقراتها ودلائلها لكنها مكتوبة بلغة فرنسية تقنية غير واضحة. أما فيما يتعلق بالخدمة عن بعد، فقد أوضحت المادة 21 من المرسوم التطبيقي، أنه يجب إعلام المستهلك بشكل دقيق قبل إبرام العقد بأي وسيلة مناسبة تثبت تسعيرة كل خدمة يتم اقتراحها بتقنية للاتصال عن بعد وكذا مصاريف تسليمها وتنفيذها⁸⁸¹.

⁸⁷⁹ - M.F.Magnan, op.cit, p.300.

⁸⁸⁰ - بوعبيد عباسي، مرجع سابق، ص.116.

⁸⁸¹ - B.Aubergier, La banque virtuelle, LPA, 20 janvier 1999, n° 14.

إن أهم ما عيب على الأساس القانوني الحالي للإعلام، إحالة المادة 22 من المرسوم على قرارات مشتركة للسلطة الحكومية المكلفة بالتجارة والسلطة الحكومية المكلفة بقطاع الأبنك وهي وزارة المالية الضرورية لتحديد إجراءات الإعلام المتعلقة بالخدمات البنكية. تلك القرارات التي لم تصدر بعد إلى تاريخ تحرير هذه الأسطر حسب علمنا⁸⁸². هذا عن أساس التزام البنك بالإعلام، فماذا عن علاقة حماية مستهلكي الخدمات البنكية بإثبات ذلك الالتزام وترتيب الجزاء عن الإخلال به ؟

الفقرة الثانية: إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام وجزاؤه

جاء في المادة 1-1112 من مدونة القانون المدني الفرنسي، من كون أنه : "... يبقى على عاتق الذي يدعي أن معلومة ما من حقه، أن يثبت أن الطرف الآخر كان يجب أن يقدمها له. وعلى الطرف الآخر أن يثبت أنه قدمها له.

لا يمكن للأطراف أن يحدان أو يستبعدان هذا الالتزام.

قد يؤدي الإخلال بالالتزام بالإعلام، بالإضافة الى مسؤولية من يلتزم، الى ابطال العقد وفق الشروط المنصوص عليها في الفصول 1130 و مايليها".

بالمقابل، ظل القانون المغربي خاليا من أي نص ينظم تنفيذ الالتزام بالإعلام وجزاؤه. لكن سكوت المشرع لن يثبينا عن البحث عن نظرية عامة لإثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام (أولا) وجزاؤه (ثانيا).

أولا: إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام

يخضع النظام القانوني لإثبات قيام البنك بالالتزام بالإعلام للقواعد العامة المعمول بها في مجال إثبات الالتزامات بصفة عامة مع مراعاة الخصوصيات التي تميز المجال البنكي في حالة وجود الطرف الضعيف في العلاقة العقدية. فالأصل أن الدائن هو المكلف بإثبات الدين والمدين هو المكلف بإثبات الوفاء به. والحق في الإثبات القضائي هي إمكانية إجرائية منحها القانون للخصم ليقدم للمحكمة الأدلة المثبتة لدعواه أو لدفعها. ذلك الحق مقرر لكل من المدعي والمدعى عليه والقاعدة العامة تقضي انه إذا أثبت المدعي إدعاءه حق إثبات عكس ما يدعيه خصمه. جاء في الفصل 400 من ظ.ل.ع أنه إذا أثبت المدعي وجود الالتزام كان على من يدعي انقضاؤه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت إدعاءه. إن صيغة الوجوب الواردة في المادة 3 من قانون تدابير حماية

⁸⁸² - صادق وزير الاقتصاد والمالية بتاريخ 28 مارس 2019 على منشور والي بنك المغرب رقم 15 و 16 الصادر بتاريخ 18 يوليوز 2018 بتحديد الاتفاقيات النموذجية المتضمنة للشروط الدنيا لاتفاقية الحساب تحت الطلب والحساب لأجل والحساب للسندات. حيث نصت المادة 10 من القرار المذكور على انه: " يتم تقديم أو إخبار العميل بالشروط المطبقة على العمليات البنكية عند فتحه لأي حساب في دفاتر البنك وعند إكتتابه في احد المنتجات أو الخدمات ... يضع البنك رهن إشارة العميل الشروط المحينة، وذلك عبر إعلانها في مقراته او على دعائم ورقية أو أي وسيلة أخرى يراها البنك ملائمة...". جريدة رسمية عدد 6814، بتاريخ 19 شتنبر 2019، ص. 9088.

المستهلك، التي تجبر المورد على إعلام المستهلك تعني تحميل البنك، مورد الخدمة البنكية، إثبات قيامه بذلك الالتزام⁸⁸³.

هذا وقد يقع أن يحول البنك المدين بالالتزام بالإعلام النزاع إلى نزاع حول وجود ذلك الالتزام عوض نزاع حول تنفيذه. كأن يدعي جهله للمعلومات أو جهله بأهميتها بالنسبة للمتعاقد الآخر أو أن هذا الأخير يقع عليه واجب الاستعلام⁸⁸⁴. جاء بهذا الخصوص في قرار للغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 16 دجنبر 2008: "أنه من حق الكفلاء أن يطلعهم البنك على الوثائق المتعلقة بالمدين الرئيسي والضرورية دون أن يواجهوا بالسر البنكي"⁸⁸⁵. كما جاء في قرار آخر صادر عن نفس الغرفة بتاريخ 22 مارس 2011 أنه يقع عبء إثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام على المهني الذي يقع عليه عبء الالتزام بالإعلام⁸⁸⁶. و جاء في قرار آخر لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 9 دجنبر 1997 أن عبء إثبات الالتزام بالإعلام يقع على عاتق المقرض الذي عليه أيضا إثبات تنفيذ إخبار مستهلك خدمة التأمين الجماعي⁸⁸⁷. هذا القرار يسير في نفس سياق الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي جعل عبء الإثبات على المدين بالالتزام بالإعلام سواء كان مصدره قانونيا أو عقديا⁸⁸⁸. حيث إنه يلتزم قانونا أو عقدا بالتزام خاص بالإعلام يقع عليه عبء إثبات تنفيذه⁸⁸⁹. هذا عن إثبات الالتزام بالإعلام وتنفيذه. فماذا عن جزاءه؟

ثانيا: جزاء إخلال البنك بواجب الالتزام بالإعلام

يفرض الالتزام بالإعلام حسن النية والنزاهة من قبل البنك. حيث يعد الأخير ملزما بإعلام المستهلك بكل المعلومات التي تهمة حول خصوصيات الخدمات البنكية المعروضة عليه. إن سرعة تعامل المؤسسات البنكية مع زبائنها تجعل المقترض مثلا يوقع على العقد دون تفحص شروطه. كما أن وسائل الإعلان عن القروض تمرر معلومات عامة لا تعطي للمستهلك فكرة واضحة عن

⁸⁸³ - هنا يجب التمييز بين إثبات الالتزام بالإعلام وإثبات تنفيذ الالتزام بالإعلام. ففي الواقع، على المستهلك أن يثبت أن البنك قام بإخفاء معلومة جوهرية بالنسبة إليه وأن ذلك الإخفاء كان مؤثرا في تعاقدته معه وأن البنك كان يعرف تلك المعلومة أو مقترض فيه أن يعرفها. يتم ذلك الإثبات بجميع الوسائل وليس فقط بواسطة الكتابة بين الطرفين. علما أن القاضي يؤدي دورا أساسيا في اعتبار ذلك الالتزام من

ملحقات العقد البنكي. M.F.Magnan, op.cit, p.429.

⁸⁸⁴ - بوعبيد عباسي، مرجع سابق، ص.34.

⁸⁸⁵ - Cass.Com., 16 décembre 2008, Arrêt n°1351, F+p+B, Epoux Dierstein C.B.N.P Paribas, J.C.P 2009, éd. E,1037, note T.Bonneau, Banque et droit, n°124, mars-avril 2009,p.32.

⁸⁸⁶ Cass.com, 22 mars 2011, pourvoi, n° 10-13,727.n°737/Doc 45742

⁸⁸⁷ - Cass.Civ., 1^{re}, 9 décembre 1997, Bull. n° 364.

⁸⁸⁸ - Alain.Gourio, *l'information du consommateur dans le domaine du crédit immobilier*, art.cit, p.128.

⁸⁸⁹ - Civ.1^{re}, 25 Mars 1997, Gaz.pal,1997,1.274, Rapp.Psargos.

شروط القرض والتحملات الحقيقية التي سيلتزم بها بموجب ذلك العقد⁸⁹⁰. إن على البنك عند إبرام العقد، أن يعلم الطرف الآخر بكل شيء عن محل الالتزام. إنه التزام تجاه زبائنه والأغيار، يرتب جزاءات في حالة عدم التقيد به. تلك الجزاءات قد تكون جنائية، مهنية أو مدنية. علما أن المسؤولية المدنية للأبنك عند الإخلال بالالتزام بالإعلام تخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، فهي قد تكون عقدية وقد تكون تقصيرية⁸⁹¹. هذا ويترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام جزاء قانوني (1) وبالمقابل عرف القضاء المقارن نماذج من الجزاءات المتميزة (2).

1- الجزاء القانوني

جاء في نص المادة 3 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه : " يجب على كل مورد أن يمكن المستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للخدمة وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكانياته. ولهذه الغاية، يجب على كل مورد أن يعلم المستهلك بوجه خاص عن طريق وضع علامة..... أو الإعلان أو بأي طريقة مناسبة أخرى ... بتعريفات الخدمات ... والشروط الخاصة بالبيع أو تقديم الخدمة، وعند الاقتضاء، القيود المحتملة للمسؤولية التعاقدية. تحدد إجراءات الإعلام بنص تنظيمي". هذا ولم يتحدث قانون تدابير حماية المستهلك عن الجزاء القانوني المترتب عن الإخلال بهذا الالتزام القانوني. لكنه بالرجوع الى النظرية العامة، نجد أن الفصل 39 من قانون الالتزامات والعقود ينص على أنه: " يكون قابلا للإبطال الرضى الصادر عن غلط، أو الناتج عن تدليس، أو المنتزع بإكراه". هنا البطلان الجزئي بمثابة جزاء قانوني نتيجة عدم توفر أحد أركان العقد أو شرط من شروط الصحة. في حين أن الفسخ هو جزاء عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته المحددة في العقد القائم بينهما.

جاء في المادة 1-1112 من القانون المدني الفرنسي أن الطرف الذي يملك معلومة لها أهمية لتحديد رضى الطرف الآخر (البنك في نازلة الحال) عليه أن يعلمه بها طالما انه قانونيا يجهل تلك

⁸⁹⁰ - حسنة الرحموني، حماية المستهلك ضد مخاطر القروض الاستهلاكية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس اكدال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 1999/1998، ص. 21.

⁸⁹¹ - راجع بخصوص المسؤولية المدنية للابنك :

- عبد العلي العضاوي، تدقيق المسؤولية المدنية عن أخطاء البنوك بالمغرب وأثرها على المهنة والاقتصاد، دراسة ميدانية، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2007.

- بوعبيد جمال، المسؤولية المدنية للبنك تجاه الزبناء والأغيار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2002.

- فتيحة التوزاني، المسؤولية المدنية للبنك عن فتح الاعتماد البسيط، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الاعمال، جامعة محمد الاول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وحدة التكوين والبحث، الضمانات التشريعية في قانون الاعمال المغربي، وجدة، 2001/2000.

- نور الدين زحاف، المسؤولية المدنية للأبنك إزاء الزبناء وإزاء الأغيار، الندوة الثالثة للعمل القضائي وتطورات القطاع البنكي بالمغرب، مرجع سابق، ص. 351 وما يليه.

المعلومة أو يثق في المتعاقد معه. كما نصت الفقرة الأخيرة من الفصل المذكور على أنه فضلا عن مسؤولية الملزم بالإعلام، فإن الإخلال بذلك الواجب يمكن أن يرتب إبطال العقد جزئيا وفق شروط المادة 1130 وما يليها من القانون المذكور. هذا علما أن جزاء البطلان قد لا يكون في صالح المستهلك. لذلك يتصور نظريا طلب التعويض بسبب حسن نية أو عدم حسن نية البنك، بالإضافة إلى جزاء البطلان⁸⁹². كما أن هناك الجزاء التأديبي وكذا العقوبة الجزرية المتمثلة في الغرامة.

نجد بمراجعة القسم التاسع من قانون تدابير حماية المستهلك المتعلق بالعقوبات الجزرية، أن المادة 173 من القانون السالف الذكر تنص على أنه: "يعاقب بغرامة من 2000 إلى 5000 درهم على مخالافات أحكام القسم الثاني من هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه". نذكر هنا أن المادة الثالثة فقرة 1 تنص على أن واجب الالتزام بالإعلام يدخل في إطار القسم الثاني المحال عليه. لكن نجد بالرجوع إلى المادة 197 أنها تشير إلى كون المادة 3 لا تدخل حيز التنفيذ إلا ابتداء من تاريخ مفعول النصوص التنظيمية الضرورية لتطبيقها. فهل الجزاء المذكور في المادة الثالثة كان قابلا للتطبيق بذاته أم كان مرتبطا بخروج النص التنظيمي الذي يخصه؟

إن مفهوم قابلية التطبيق المباشر للنصوص القانونية⁸⁹³ هو وجوب أن تكون القاعدة قابلة للتطبيق بذاتها. ولعل ذلك ما جعل المشرع في المادة 197 يستعمل عبارة "النصوص الضرورية لتطبيقها" والتي نرى أنها تحيل أساسا على الفقرة الثانية من المادة 3 المذكورة التي أشار فيها المشرع إلى أنه "تحدد إجراءات الإعلام بنص تنظيمي". طبعا بصور المرسوم التطبيقي الذي حدد دخول إجراءات الإعلام حيز التنفيذ بـ 6 أشهر بعد تاريخ صدور المرسوم المذكور أنفا تكون إشكالية سريان التنفيذ قد حلت. هذا عن الجزاء القانوني، فماذا عن بعض نماذج الجزاءات المطبقة من قبل القضاء؟

2- الجزاء القضائي

جاء في قرار للغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية، صادر بتاريخ 4 يونيو 2002، أن الجزاء المرتبط بغياب التحديد المسبق للسعر الفعلي الإجمالي هو بطلان البند المرتبط بذلك السعر. كما أن التوصل دون منازعة أو تحفظ بكشوفات الحساب، المرسلة إلى الزبون، لا تعد بمثابة قبول ضمنى للمدين بسعر الفوائد المطبق على رصيد الحساب الجاري⁸⁹⁴. جاء أيضا في اجتهاد مقارن

⁸⁹² - سنتناول لاحقا جزاء الإخلال بالالتزام الخاص بالإعلام في علاقته بالعرض المسبق.

⁸⁹³ - على وجه القياس، فإن القابلية للتطبيق تحيل على مبدأ قانوني في القانون الدولي العام وهو l'applicabilité directe des traités أو ما يسمى بالإنجليزية بـ self executif.

⁸⁹⁴ - Ivan.Tchoutourian, *Taux d'intérêts débiteurs : actualités jurisprudentielles*, L.P.A, 18 décembre 2002, n°252, p.14 à 16.

اعتماد المقاربة الحمائية للطرف الضعيف في زجر عدم الاعلام، وهو قرار للغرفة الثانية لمحكمة الاستئناف بايكس أون بروفانس صدر بتاريخ 13 يونيو 1979، ورد فيه ما يلي:

" في حالة ما إذا ما مول حساب زبون بمبلغ 45000 فرنك، تبعاً لاتفاق شفوي متبوع بتحرير رهن على سندات اختلف الأطراف حول تكييفه، حيث اعتبر الزبون أن العملية هي عبارة عن قرض مقابل رهن سندات، في حين أن البنك عدها فتح حساب جاري مع تقديم ضمان على قيم منقولة، إنه على البنك - وهو ما لم يقر به - اتيان الدليل على ادعاءاته؛ لأنه من واجبه وهو مالك مصالح تقنية وقانونية مهمة، أن يبين إلى عموم الأشخاص الذين يتعاملون معه التكييف الدقيق للاتفاقات المفترضة والالتزامات والحقوق المتبادلة للطرفين ويحرر كتابيا تلك الاتفاقات نرأ لوقوع أي التباس. إن من حق الزبون، الذي لا اطلاع له على الأعراف البنكية، الاعتقاد أنه استفاد من قرض مقابل رهن سندات، وبالتالي يجب تكييف الاتفاق على أنه قرض مقابل رهن سندات"⁸⁹⁵.

أما في المغرب، فقد جاء في حكم المحكمة التجارية بطنجة صادر بتاريخ 2009/5/28 أن البنك ملزم بإعلام المودع، بجميع العمليات التي يكون لديه فيها حق الخيار. وتلزمه أي البنك، في حالة وجود حالة الاستعجال، أن يوجه رسالة مضمونة حول تعرض سندات الزبون لخطر الضياع. وحيث إن عدم تقديم البنك للنصح الواجب عليه لزبونه وعدم إشعاره يكون قد أدخل بالتزاماته وأن خطأ البنك ألحق أضراراً بالمدعي تستوجب التعويض المناسب عن الضرر المادي والمعنوي⁸⁹⁶. لقد إعتبرت المحاكم بخصوص العقود بما فيها البنكية، انه يقع على عاتق من يعرف- البنك- دينا بالإعلام تجاه من لا يعلم. إنه الالتزام السلبي بعدم استغلال ضعف الطرف المقترض⁸⁹⁷.

جاء في حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2016/10/17: "لكن حيث إن المحكمة باطلاعها على البند 18 من العقد المذكور، فإنه اتضح لها أن الفائدة المطبقة هي فائدة متغيرة مؤسسة سنوياً حسب تغير السعر المتوسط لسندات الخزينة، وإن المقترض صرح بكونه يقبل صراحة هذا المقتضى دون تحفظ، غير أن البنك كان يتوجب عليه بمناسبة صدور قرار وزير الاقتصاد والمالية في 2010/3/17 المتعلق بتنظيم الفوائد المطبقة على عمليات الائتمان، والذي تم بموجبه استبدال

خلاف ذلك الاجتهاد الفرنسي، جاء في العديد من الاجتهادات القضائية المغربية أن الكشوفات الحسابية غير المنازع فيها من قبل الزبون تتوفر على قوة ثبوتية في مواجهته. - حكم المحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2014/6/23، في ملف عدد 2014/5/4118 ، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2018/1/23، في ملف عدد 17/8210/2185، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2018/7/26، في ملف عدد 2017/8210/330، غير منشور.

⁸⁹⁵ - Epoux Petre-Bordenave C/ Crédit Lyonnais, D., 1981, IR p. 342, note M. Vasseur, D., 1981, IR, p.342.

⁸⁹⁶ - حكم المحكمة التجارية بطنجة صادر بتاريخ 2009/5/28 تحت عدد 638، في الملف عدد 2008/31/86، غير منشور.

⁸⁹⁷ - Pierre.Grégoire.Marly, la Rigueur du formalisme informatif dans l'assurance sur la vie, RDBF, sept.-oct. 2006, p. 47.

مرجعية تغيير سعر الفائدة ان تراسل زبونها المدعي و تمكنه من الاختيار بين 1/ المحافظة على نظام المقايسة المتبع من طرفها، 2/ تطبيق نظام المقايسة الجديد، 3/ تحويل سعر الفائدة المتغير إلى سعر فائدة ثابت كما تنص على ذلك مقتضيات المادة 3 من القرار الوزيري اعلاه و كذا المادة 4 من منشور والي بنك المغرب رقم 4/و/ 2014 المؤرخ في 2010/5/12 حول أسعار الفائدة المطبقة على عمليات الائتمان، وان عدم تمكين المدعي من هذه الاختيارات تسبب في حرمانه من فرصة تحويل سعر الفائدة المتغير إلى سعر فائدة ثابت أو اختيار نظام المقايسة الانسب له، وان ما تمسك به البنك من كون المدعي كان عليه مراسلته في تاريخ صدور القرار الوزيري مردود على أساس ان المؤسسة المقرضة هي من كانت ملزمة بمبادرة إبلاغ عملائها، وأمام تعذر إجراء خبرة من أجل تحديد الضرر اللاحق بالمدعي فقد اقتضى رأي المحكمة بما لها من سلطة تقديرية، اخذا بعين الاعتبار خطأ البنك و الضرر اللاحق بالمدعي جراء تقاعس البنك في تمكينه من الخيارات أعلاه بخصوص سعر الفائدة على أساس انه كان يمكن الانتقال لسعر الفائدة الثابت وتجنب ارتفاع نسبته، ومراعاة لمبلغ القرض و للمدة المتبقية لتسديه من تاريخ صدور القرار الوزيري و لمجموع الإرساليات والشكايات المقدمة من طرف الزبون لبنكه و التي لم يتلق عنها اي جواب و تكبده عناء الدخول في منازعات قضائية، تحديد التعويض المستحق للمدعي بكل اعتدال في مبلغ 10000.00 درهم⁸⁹⁸. هنا قررت المحكمة التجارية إنزال

جزاء التعويض على تفويت فرصة على المستهلك بسبب عدم اخباره بمتغيرات تنفيذ العقد، وهو حكم مصادف للصواب في الجوهر وإن كان ينقصه التعليل الصريح بمقتضيات تنظيم واجب الإعلام في قانون تدابير حماية المستهلك. جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بروين بتاريخ 18 دجنبر 2008 أن الإعلام الخاطئ للكفيل يعد بمثابة غياب للإعلام ويوجب سقوط الحق في الفوائد الاتفاقية المطالب بها.⁸⁹⁹ كل هذا عن الإلتزام العام بالإعلام كوسيلة حمائية تنبني على قواعد موضوعية لحماية المستهلكين. فماذا عن الإلتزام الخاص بالإعلام ؟

المبحث الثاني: الإلتزام الخاص بالإعلام

إن أهم الإشكالات المطروحة بالنسبة للإلتزامات بالإعلام في مجال العقود البنكية هي تصنيفها. ولعل أهم تلك التصنيفات هي تجزئتها إلى إلتزام بالإعلام قبل التعاقد وما بعده. لكن أبرز التصنيفات هي التي تجسدت في تقسيم تلك الإلتزامات إلى إلتزام عام بالإعلام الذي أحدثه الإجتهد القضائي⁹⁰⁰ وإلتزامات خاصة بالإعلام أوجدها قانون تدابير حماية المستهلك في المغرب مثلاً. وهكذا، فبعد

⁸⁹⁸ - حكم المحكمة التجارية بفاس عدد 1597، صادر بتاريخ 2016/10/17، ملف عدد 2015/8210/1944 ، غير منشور.

⁸⁹⁹ - C.A Rouen, 18 décembre 2008, RG 02/03781, Société WHBL7 C/ époux Blanchon, publié in : Banque & Droit, n°124, mars –avril 2009, P.32.

⁹⁰⁰ - M.F.Magnan, op.cit, p.222.

دراسة التزام البنك العام بالإعلام، يتوجب دراسة مبدأ الالتزام الخاص بالإعلام من خلال المقترضات الخصوصية (المطلب الأول) أو من خلال شكلياته التي نظمها قانون تدابير حماية المستهلك (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مبدأ الالتزام الخاص بالإعلام

يطرح مشكل الالتزام الخاص بالإعلام بالمغرب كثيرا بالنسبة للأطر البنكية. ذلك أن جميع الأبنك تحاول الاقتراب من مبدأ الخدمات الشاملة. حيث تعطي أغلب الأبنك الأولوية لبيع خدماتها على إخبار الزبناء بالمعلومات الضرورية؛ ولاسيما من حيث السعر الحقيقي مع إمكانية أن يرفض المستهلكون التوقيع على العقود المعروضة عليهم آنذاك⁹⁰¹. أما من حيث قانون تدابير حماية المستهلك، فإنه يمكن تقسيم الالتزامات المفروضة على البنك تبعا لواجب الإعلام الخاص إلى أصناف رئيسية تهم الإعلام بخصائص الخدمة البنكية (الفقرة الأولى) ومواعيد تسليمها (الفقرة الثانية) ولإعلام بتعريفه وشروط تقديم الخدمة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الإعلام بخصائص الخدمة البنكية

يقصد بخصائص الخدمة البنكية طبيعتها وكيفية أدائها و تقييمها من قبل مقتنيها وتسلسل تقديمها وتجانسها من عدمه⁹⁰². تتميز الخدمات البنكية بصعوبة فهمها من قبل مستهلكيها، فهي تنتج وتستهلك عادة في تلازم. حيث يكون المستهلك غير قادر على الحكم عليها حالا، لكونها غير ملموسة وغير آنية في غالب الأحيان. يوجب تعدد الخدمات البنكية وخصائصها، على البنك ومستخدميه إعلام المستهلكين بخصائصها في مرحلة التعاقد وفي مرحلة ما بعد انتهاء المعاملات مع البنك. لأجله وللاقتراب أكثر من التزام البنك بالإعلام الخاص بخصائص الخدمة البنكية سنطرق إليه في القانونين المغربي (1) والأوروبي (2).

1- في القانون المغربي

نصت المادة 3 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه يجب على البنك باعباره مورد خدمة أن يعلم مستهلك الخدمة البنكية بأي وسيلة ملائمة تمكنه من معرفة المميزات الأساسية للخدمة وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام بالاختيار المعقول باعتبار حاجياته وإمكانيته ولاسيما عن طريق الإعلان⁹⁰³ أو إعلامه بأي طريقة مناسبة أخرى بالشروط الخاصة بتقديم الخدمة

⁹⁰¹ - معلومات مستقاة من مقابلة مع فيصل مصطفى مدير وكالة للتجاري وفا بنك سابقا.

⁹⁰² - A.El.Khoutabi, la pratique marketing dans les banques marocaines, publié sur le lien: http://www.memoireonline.com/07/06/198/m_le-marketing-bancaire8.html « consulté le 26/8/2018 ».

⁹⁰³ - يقصد بالإعلان كل "عمل لإطلاع العموم بأي وسيلة ملائمة و مرئية على معلومات تتعلق.... ب- الخدمة".
المادة 1 من مرسوم رقم 2.12.503 صادر في 4 ذي القعدة 1434 (11 سبتمبر 2013) بتطبيق بعض الأحكام القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، جريدة رسمية عدد 6192 صادرة بتاريخ 26 ذو القعدة 1434 (3 أكتوبر 2013).

وعند الاقتضاء القيود المحتملة للمسؤولية التعاقدية. هكذا وضع المشرع على عاتق البنك التزاما خاصا بإعلام المستهلك وهو التزام إيجابي يتمثل في وجوب إيراد بيانات إلزامية في حالة بثه لإعلان تجاري يتعلق بخدمة بنكية وقد رتب على مخالفته عقوبات جزائية معينة. حيث منع البنك من أي إشهار يتضمن بأي شكل من الأشكال إدعاء أو بيانا أو عرضا كاذبا⁹⁰⁴. كما يمنع كل إشهار من شأنه أن يوقع في الغلط بأي وجه من الوجوه، إذا كان ذلك يتعلق بواحد أو أكثر من العناصر كحقيقة وجود الخدمة البنكية موضوع الإشهار وطبيعتها وتركيباتها ومميزاتها الأساسية ونوعها وخصائصها وشروط بيعها وأساليب تقديمها وهوية البنك مقدم الخدمة أو صفته أو مؤهلاته⁹⁰⁵. هذا عن القانون المغربي. فماذا عن القانون الأوروبي؟

2- في القانون الأوروبي : أعطت القواعد التوجيهية الأوروبية، المتعلقة بالأدوات المالية رقم J.O.C.E n° L145 2001/04/21 بتاريخ 30 ابريل 2004، والتي تم تضمينها في التشريع الفرنسي من خلال المدونة النقدية والمالية، أهمية كبرى لإعلام الزبناء. فالإعلام يجب أن يكون كاملا ونزيها مفهوما من طرف الزبناء الموجه إليهم⁹⁰⁶. ولتحقيق ذلك الهدف يلزم مقدمو تلك الخدمات بما فيهم الأبنك بالاستعلام عن درجة معرفة زبائنهم المحتملين وتجربتهم وعن وضعيتهم المالية وأهدافهم (L533/13 من المدونة النقدية والمالية). فإذا لم يقدم الزبون المعلومات المطلوبة يجب أن يوجه إليه مقدم الخدمة تحذيرا. هنا يتم تمييز بين الزبناء المطلعين وغير المطلعين، مما يرتب على ضوءه الاجتهاد القضائي الفرنسي نتائج مهمة لتحديد التزامات الأبنك وتحديد مسؤولياتها⁹⁰⁷.

على صعيد آخر، جاء وفق المادة 2-111 L من مدونة الاستهلاك الفرنسية (ومراسيمها التطبيقية)، أنه يجب على أي مزود للخدمة البنكية قبل إبرام العقد، حينما لا تكون هناك كتابة وقبل تنفيذ تقديم الخدمات، أن يجعل المستهلك في وضع يمكنه من معرفة الخصائص الأساسية لتلك الخدمة. إذ عليه أن يتيح له أو يوفر له بطريقة واضحة لا لبس فيها، المعلومات التالية:

- الاسم ووضع الشكل القانوني والعنوان الجغرافي للمؤسسة البنكية مع تمكين المستهلك من التفاصيل بحيث يمكنه من الاتصال به بسرعة والتواصل معه مباشرة.
- الشروط العامة للتعاقد.
- تمكينه عند الاقتضاء، من بنود عقد الخدمة البنكية المرتبطة بالقانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة.

⁹⁰⁴ - الفصل 21 فقرة 1 من قانون تدابير حماية المستهلك.

⁹⁰⁵ - الفصل 21 فقرة 2 من قانون تدابير حماية المستهلك.

D.Chemin, la tarification des services bancaires, Revue Lamy droit des affaires, chr., Juin 2003.

⁹⁰⁶ - راجع الفصل 532 L من المدونة المالية والنقدية الفرنسية.

⁹⁰⁷ - C.Gavalda & J.Stoufflet, droit bancaire, institutions, comptes ..., op.cit, p.690.

- الضمان المالي عند الاقتضاء أو تأمين المسؤولية المهنية المبرمة من طرف البنك، وبيانات شركة التأمين أو الكفيل والتغطية الجغرافية للعقد.

هذا عن الإعلام بخصائص الخدمة، فماذا عن الإعلام بمواعيد تسليمها؟

الفقرة الثانية: الإعلام بمواعيد تسليم الخدمة البنكية

يلزم البنك في كل العقود التي يبرمها مع المستهلكين والتي يكون موضوعها تقديم خدمة ببيان التاريخ النهائي الذي يتوجب عليه خلاله أن يقوم بتنفيذ الخدمة وذلك عندما لا يكون ذلك التنفيذ فوراً. جاء بهذا الخصوص في المادة 12 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه "في كل عقد يكون موضوعه... تقديم خدمات إلى المستهلك، إذا تجاوزت التعريف المتفق عليها الحد المقرر بنص تنظيمي وكان... تقديم الخدمات غير فوري، يجب على المورد - البنك في نازلة الحال- أن يحدد كتابة في العقد أو الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو المخالصة أو أي وثيقة أخرى تسلم للمستهلك الأجل الذي يتعهد فيه... بتقديم الخدمات".⁹⁰⁸ وتضيف المادة 13 فقرة أولى من القانون المذكور جزاء عدم احترام ذلك الموعد بقوله أنه "إذا تجاوز الأجل المنصوص عليه في المادة 12 بسبعة أيام ولم يعز التأخير إلى قوة قاهرة، جاز للمستهلك، دون اللجوء إلى القضاء، أن يفسخ الالتزام الذي يربطه بالمورد - البنك في نازلة الحال - فيما يتعلق... بالخدمة غير المقدمة بأية وسيلة تثبت التوصل، وذلك بالرغم من جميع الأحكام التعاقدية المخالفة ودون المساس بأحكام الفصلين 259 و260 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود". ويمارس المستهلك وفقاً للفقرة الثانية من نفس الفصل ذلك الحق خلال أجل أقصاه خمسة أيام بعد انصرام أجل السبعة أيام المنصوص عليه في الفقرة الأولى أعلاه. ويفقد المستهلك حقه بفوات ذلك الأجل فلا يتبقى له بعدئذ سوى إمكانية المطالبة بالفسخ القضائي للعقد غير المنفذ وفقاً للقواعد العامة⁹⁰⁹. هذا ويعتبر الالتزام مفسوخاً بمجرد توصل البنك بالإشعار الموجه إليه، على أن لا يكون تقديم الخدمة قد تم في المدة الفاصلة بين توجيه المستهلك للإشعار المذكور وتسلمه من لدن البنك⁹¹⁰. هنا يمكن القول إنه كان من الممكن اعتماد طابع البريد أو تاريخ الإشعار الإلكتروني أو التوصل بتبليغ المفوض القضائي. نشير أنه ترتيباً على ذلك الفسخ، اعتبرت المادة 14 من القانون المذكور، أنه: "في حالة فسخ الالتزام وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 13، يجب على المورد - البنك - أن يرد المبالغ المسبقة من لدن المستهلك داخل أجل لا يتجاوز سبعة أيام ابتداء من تاريخ تسلم الإشعار المذكور وتستحق بقوة القانون فائدة بالسعر

⁹⁰⁸ - راجع بخصوص دور الفاتورة في شفافية المعاملات: الرافعة وتاب، الفاتورة ودورها في محاربة التهريب الضريبي، مجلة الملف، العدد5، يناير 2005.

⁹⁰⁹ - الحسين بلحساني، التجديدات الأساسية في مسودة المشروع المغربي لقانون حماية المستهلك، آليات تدعيم رضا المستهلك، مجلة المحاكم المغربية، العدد 84، ص.105.

⁹¹⁰ - الفقرة 3 من الفصل 13 من قانون تدابير حماية المستهلك.

القانوني الجاري بها العمل على المبلغ المذكور ابتداء من اليوم الثامن لصالح المستهلك، وذلك دون مساس بحق هذا الأخير بالتعويض عن الضرر الذي لحق به". هنا يلاحظ أن المشرع قلص جزاء عدم رد المبالغ داخل الأجل والتي قد يكون تسلمها البنك. حيث اعتبر بعض الفقه أنها تخضع من حيث الجزاء لأحكام العربون من ضعف المبلغ غير المرجع إلى الفائدة بالسعر القانوني، مما يشكل جزاء أقل ردعا للمهنيين عموما والبنكي غير الملزم خصوصا⁹¹¹. هذا عن الالتزام بالإعلام بمواعيد تسليم الخدمة، فماذا عن الإعلام بتعريفه وشروط تقديم الخدمة البنكية؟

الفقرة الثالثة: الإعلام بتعريفه وشروط تقديم الخدمة البنكية

إن الإعلان عن ائتمان بالمجان رغم مما قد توحى به التسمية من عدم تحمل المستهلكين المحتملين لأية فائدة واكتفائهم فقط برد الرأسمال وتحمل البائعين لعبء رد الفوائد، لا يخلو من بعض المخاطر التي قد تلحق بالمستهلكين. ذلك أنه قد يدفعهم إلى أشرية غير ضرورية تحت وقع الإعلان الخادع بالصفة التبرعية للائتمان التي تبتدىء في قيام البنك بتوزيع تكلفة الائتمان على أسعار المنتجات المباعة⁹¹². لذلك رأى المشرع المغربي بهذا الخصوص سن قواعد خاصة يكون من شأنها أن تدفع الأبنك إلى الامتناع عن ممارسته، من بينها:

- يجب أن يشير كل إشهار بمحلات البيع يتضمن عبارة "قرض مجاني" أو يقترح امتيازاً مماثلاً إلى مبلغ الخصم المستفاد منه في حالة الأداء نقداً. طبعاً يجب أن تكون عملية القرض الاستهلاكي تتجاوز مدتها 3 أشهر. نشير هنا أن المشرع أغفل صراحة منع اشهار القرض المجاني خارج الأماكن المعتادة للبيع، رغم تنصيصه المحتشم على عبارة أماكن البيع في المادة 101 من قانون تدابير حماية المستهلك⁹¹³.

- يجب أن يتعلق كل إشهار، يتضمن عبارة "قرض مجاني"، بكل منتج أو سلعة أو خدمة على حدة.

- عندما تغطي عملية التمويل مجموع مصاريف القرض أو بعضها، فإنه يجب على البنك مورد الخدمة أن يقترح سعراً للأداء نقداً يقل عن المبلغ المقترح في حالة الشراء بالقرض المجاني أو بالإيجار. ويعاقب بغرامة من 6.000 إلى 20.000 درهم المورد الذي يخالف أحكام الفقرة الأخيرة طبقاً للمادة 187 من قانون تدابير حماية المستهلك.

أما بخصوص خدمات الصرف اليدوي، جاء في قرار فرنسي بتاريخ 30 دجنبر 1998، إن على الأبنك التي تزاوّل بشكل اعتيادي خدمات الصرف أن تبرز بشكل بارز واضح وجلي الشروط المتعلقة بالخدمات في أماكن مزاولة تلك الأنشطة. حيث يجب أن تكون تلك المعلومات مرئية من

⁹¹¹ - راجع الحسين بلحساني، مقال سابق، ص. 105 و 106.

⁹¹² - محمد بودالي، حماية المستهلك، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، دون ذكر السنة، ص. 572.

⁹¹³ - J.Coelho, Art.cit, p.7.

الخارج. يتم إشهار سعر تداول الصرف وأسعار التحويل والعمولات أو كلفة الصرف في نفس أحجام الخط ويتم تضمين نفس تلك المعلومات بنفس الشروط في وصولات الصرف. يقوم البنك قبل إبرام إتفاقية الصرف، بإخبار المستهلك ولو شفويا بسعر الصرف بخصوص العملية المرجوة. بل عليه أن يقوم كتابة، عند الطلب، بتسليم مقترح صرف العملة، الذي يفصل شروط العملية المرجوة. وبعد إنجاز الاتفاقية عليه إلزاما تسليم المستهلك وصلا عن عملية الصرف؛ يتضمن تاريخها والإسم الاجتماعي وعنوان البنك. علما أن من حق المستهلك أن يطلب من البنك تضمين اسمه الشخصي والعائلي في تلك الوثائق⁹¹⁴. هذا عن مبدأ الالتزام الخاص بالاعلام، فماذا عن شكايات الالتزام الخاص بالإعلام؟

المطلب الثاني: شكايات الالتزام الخاص بالإعلام

تعد الشكاية الإعلامية موضوع الساعة في المجال البنكي لا على مستوى انعقاد أو على مستوى تنفيذ العقود. حيث تلزم النصوص الحديثة مؤسسات الائتمان بالتزامات جديدة للإخبار أو تعزيز شكايات موجودة مسبقا، لكن ليست كل شكاية بالضرورة حمائية للمستهلك. إذ لا يمكن للشكاية الإخبارية أن تكون حمائية وتبلغ هدفها إلا باجتماع شرطين:

- فعليها أن تمكن من فرض أو منع مهني من فرض محتوى للمستندات التي يقترحها.
 - عليها أن تسمح من جهة أخرى للمستهلك بإعلام حقيقي حول ذلك المحتوى.
- أنت الفصول الجديدة في قانون تدابير حماية المستهلك محتوية على التزامات شكاية وكأن الشكل كاف لضمان سلامة رضى المستهلك⁹¹⁵. لكن يجب التساؤل عن مدى تحقيقها لحماية لزبناء البنك من خلال دراسة علاقة الشكاية بتنظيم محتوى العرض المسبق؟

إن القواعد الإجرائية الشكاية هي الطريق الموصل للحق دون أن تكون بالضرورة مرتبطة بالدعوى، إنها الإجراءات والشكايات التي يجب أن يراعيها البنك لتمتع مستهلك خدماته بالحماية الشكاية المقررة لفائدته. لقد وضعت الإجراءات الشكاية تلك لتفعيل تمتع صاحب الحق بها وهي السبيل الذي يؤدي إلى بسط الرقابة على تمتعه بحقه من عدمه. فالشكل هو الرهان الجديد في المجال البنكي على مستوى انعقاد العقود البنكية أو على مستوى تنفيذها وتلزم النصوص الحديثة مؤسسات الائتمان بالتزامات شكاية جديدة أو تعزيز أخرى موجودة مسبقا⁹¹⁶. يتجلى تنظيم محتوى

⁹¹⁴ - Arrêté du 30 décembre 1998 relatif à l'information du consommateur sur les prix des opérations de change manuel et d'échange manuel , publié in :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT0000000377474> « consulté le 12/7/2018 »

⁹¹⁵ - H.Davo, « formalisme bancaire et protection du consommateur », in : études de droit de la consommation, Liber Amircrum, Dalloz, 2004, p. 329 à 331.

⁹¹⁶ - Ibid, p.330.

عقود الخدمة البنكية من خلال التنصيص على الكثير البيانات الإجبارية (ثانيا) لكن أيضا من خلال ترجمة تلك البيانات إلى اللغة الرسمية، والتنصيص على تسليم المستهلك نسخة مترجمة إلى العربية (أولا).

أولا- التزام البنك بتسليم نسخة من العقد باللغة العربية

لقد كانت الكتابة منذ عهود القوانين القديمة ضرورة لتدوين العقود والمعاملات. إنها الوسيلة المفضلة لتفادي الشكاوى المرتبطة بعيوب الإثبات بالشهود⁹¹⁷. لكن هل تصلح الكتابة لإثبات إعلام المستهلكين؟ هل تسليم البنك لعقد مكتوب للمستهلك باللغة الفرنسية أو حتى بعربية تقنية أو ركيكة كاف لإعلام المستهلك؟ طبعا الجواب ليس سهلا.

إن من بين الآليات المتميزة، التي أحدثت من خلال قانون تدابير حماية المستهلك خلا في المبادئ الأساسية لقانون العقود، يوجد مبدأ وجوب الشكلية الإخبارية. إنها توجب الشكلية الحمائية المتمثلة أساسا في الكتابة لإثبات العملية البنكية والإخبار بمحتواها عبر تسليم نسخة من العقد مترجم إلى اللغة العربية. إنها شرط صحة من قبيل البيانات الإخبارية الإلزامية في العقود، لا سيما عقود الاستدانة وهي ترتبط بمجموعة من الجزاءات المتميزة. فمثلا في مجال القروض الاستهلاكية والقرض العقاري يكون إعلام المستهلك وفق شكليات معينة. وفي غياب تلك البيانات في العقد قد يتعرض المقرض إلى جزاءات⁹¹⁸. هنا سنقارن بين إجبارية استعمال اللغة المحلية بين القانون المغربي الذي يقصرها على الترجمة إلى العربية (1) وبعض القوانين الأوروبية التي تتعدها لغير ذلك (2).

1- في القانون المغربي

يحكم عقود الخدمات البنكية مبدأ سلطان الإرادة، مما يعني نظريا حرية البنك والمستهلك في تكوين العقد وتحديد الآثار التي تترتب عليه ولا يقتصر ذلك على العقد ومضمونه ولكن يمتد إلى القانون الواجب التطبيق على العقد في بعض الحالات خاصة إذا كان أحد طرفي العقد أجنبيا. فهل يجوز لطرفي العقد أن يتفقا على تحريره بلغة أجنبية؟ نرى أن الاتفاق لا يلغي وجوب تسليم نسخة من العقد باللغة العربية. ثم هل يجوز للبنك أن يجبر المستهلكين على قبول تحرير العقد بلغة غير العربية؟ إنه بغياب نص تشريعي صريح ينص على وجوب تحرير العقود باللغة العربية، يبقى التساؤل عن مدى إمكانية إلزام محرري العقود البنكية التابعة لمؤسسات الائتمان بتحرير العقود باللغة العربية؛ لا سيما وأن نصوصا خاصة، صدرت تتعلق بمجموعة من المهنيين المكلفين بتحرير العقود عامة وبعضها له ارتباط وثيق بالخدمات البنكية لا سيما الائتمانية؟

⁹¹⁷ - عبد الرزاق أحمد السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإثبات ، آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،

2000، ص.396.

⁹¹⁸ - Ibid., p.60.

فمنذ قرون مثلاً والعدول في مهنة التوثيق التقليدي، يحررون المعاملات العقارية وغيرها باللغة العربية، حيث جرى العمل على تحرير العقود بلغة الضاد. وقد أتت المادة 30 من قانون تنظيم خطة العدالة الصادر بتاريخ 14 فبراير 2006 لتكرس ذلك.

حيث تكتب الشهادة التي يتلقاها العدلان وجوبا باللغة العربية وينص فيها على اللغة الأجنبية أو اللهجة التي تم بها التلقي إذا تعلق الأمر بغير لغة الكتابة. كما نصت المادة 5 من المرسوم التنظيمي للمادة 33 من القانون المذكور على أنه تحرر الشهادة اعتمادا على ما هو مدرج بمذكرة الحفظ، التي هي سجل يسلم لكل عدل ليضمن بها العقود التي يتلقاها من متعاقديها⁹¹⁹.

⁹¹⁹ - على صعيد آخر، كان المؤقتون العصريون في ظل ظهور 4 ماي 1925 المتعلق بشؤون محري وثائق الفرنسيين، المنسوخ بقانون 32.09 يحررون معاملاتهم العقارية باللغة الفرنسية؛ استنادا إلى الظرفية التاريخية، التي صدر فيها ذلك الظهير أي مرحلة الحماية والاستعمار الفرنسيين. حيث ظل ساري المفعول حتى بعد خروج المستعمر وصدر ظهير 26 ماي 1965 المتعلق بالتعريب والمغربة والتوحيد. عبد الحق ايت مومن، تحرير العقود باللغة العربية بين الأصل والاستثناء، جريدة الأخبار، العدد 457، الجمعة 9 ماي 2014، ص.14.

راجع بخصوص حماية مستهلكي خدمات التوثيق: محمد كبري، حماية مستهلك العقار - خدمة التوثيق نمونجا - ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2011/2012.

- صدر بخصوص عمل المحاكم قرار لوزير العدل باستعمال اللغة العربية بتاريخ 29-6-1965 يوجب أن تحرر باللغة العربية ابتداء من فاتح يوليوز 1965 جميع المقالات والعرائض والمذكرات المقدمة إلى مختلف المحاكم قرار لوزير العدل، رقم 65-414 ، بتاريخ 29 يونيو 1965 باستعمال اللغة العربية لدى محاكم المملكة ،الجريدة الرسمية عدد 273، بتاريخ 20 ربيع الثاني 1385 (18 غشت 1965) إشترك بالجريدة الرسمية عدد 2757 بتاريخ 4 جمادى الأولى 1383 (فاتح شتنبر 1965)، ص. 1742 .

إلى حين تبني المشرع بتاريخ 22 نونبر 2011 لقانون 32.09 يتعلق بمهنة التوثيق. هذا وقد جاءت العديد من الاجتهادات القضائية لتقرر أن استعمال اللغة العربية ليس الزاميا في المعاملات. من ذلك قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 17/6/1992 جاء فيه : "إن من حق المحكمة بل من الواجب عليها الرجوع الى وثيقة قدمت لها بصفة قانونية لمعرفة مضمونها مادامت أنست من نفسها القدرة على فهمها دون الاستعانة بمترجم، و مادام ان اللغة العربية هي مطلوبة في المرافعات وتحرير المذكرات لا في تحرير العقود والاتفاقيات ..."

- قرار المجلس الاعلى، الغرفة المدنية ، القرار رقم 1579، بتاريخ 17/6/1992، الصادر في الملف المدني عدد 90/4425، مجلة المحاكم المغربية، عدد 1993، ص.67، ص.124.

- وفي قرار آخر للمجلس الأعلى بتاريخ 18/5/1994 ورد فيه : " لكن حيث إنه خلافا لما ذهب إليه الطاعنة، فإن الفصل الخامس من قانون رقم 3.64 الصادر بتاريخ 26/1/1965 المتعلق بتوحيد المحاكم الذي ينص على ما يلي: أن اللغة العربية هي وحدها لغة المداوالت والمرافعات والاحكام ولم يتعرض الظهير في أي فصل من فصوله الى تقديم الوثائق والمستندات المثبتة للحقوق باللغة العربية "

- قرار المجلس الاعلى بتاريخ 18/5/1994، صادر في الملف المدني عدد 86/3975، منشور بمجلة الاشعاع، عدد 12، يونيو 1995، ص.144.

كما سبق للقضاء في العديد من الملفات أن عالج الدفع بالأمية كون المتعاقد يجهل القراءة والكتابة باللغة التي حرر بها العقد. حيث كان مأل أغلبها رد الدفع. جاء في حكم للمحكمة التجارية بفاس بتاريخ 22/3/2012 على سبيل المثال أنه : " بما أن المدعية سبق لها وقت فتح الحساب بمعية زوجها أن وافقت على إمكانية تصرف كل منهما حتى بصفة انفرادية، وهي الواقعة التي لم ينكرها هذا الأخير، فضلا على طول المدة التي بقي خلالها الطرفان على نفس الوضع دون معارضة أو نزاع من أي منهما، وهي قرائن استشفيت منها المحكمة تبعا لسلطتها التقديرية، أن المدعية لا يمكن أن تكون جاهلة بمضمون العقد الذي وقعت عليه، مما يبقى الدفع بالأمية بالمفهوم السابق المثار من قبلها غير ثابت في حقها حتى وإن كانت فعلا تجهل اللغة التي حرر بها العقد ".

حكم المحكمة التجارية بفاس عدد 426، بتاريخ 22/3/2012، في ملف عدد 370-5-2010، غير منشور.

يجب الاعتراف أيضا أن القضاء المغربي لم يكن جريئاً في قبول الدفوع بالأمية، فبالأحرى إلزام البنوك كبقية المهنيين بتحرير عقودها باللغة العربية لأجل إعلام سليم للمتعاقدین معهم. فرغم صدور قانون تدابير حماية المستهلك لم تحدث نقلة نوعية في الموضوع، رغم تنصيب آخر مادة منه وهي المادة 206، بالزام المهني البنكي بتسليم عقد مصاحب للعقد المحرر باللغة الأجنبية بترجمته إلى العربية. فشتان بين أن تكون هناك إلزامية استعمال اللغة العربية كأصل، وأن تكون مجرد ترجمة، فالمعنى يختلف ويحور من لغة إلى أخرى. لكن يبقى أن مشروع قانون تدابير حماية المستهلك قد نص على أن كل مخالفة لأحكام المادة 206 المذكورة يعاقب عليها بغرامة مالية تتراوح من 2000 إلى 5000 درهم وهي عقوبة قد تكون رادعة لمهني بسيط لكن ليس لمؤسسة مالية ضخمة من قبيل البنك.

طبعاً إن التأسيس لمبدأ إلزام البنك بوجوب تسليم نسخة من العقد محررة بالعربية نظير عقد الخدمة البنكية المحرر بلغة أجنبية هي إشارة واضحة لرغبة المشرع بإعلام المستهلك. هذا الإعلام المهدد باستعمال معتاد ومتهور من قبل البنك للغة الفرنسية لتقديم الخدمات البنكية. ذلك الإشكال في تقديرنا حل بنماذج عروض القروض المنشورة.

يثار أيضاً إشكال آخر بالنسبة لكفلاء القروض، ذلك أن المشرع المغربي لم يتحدث بصفة صريحة عن وجوب تسليم نظير من عقود الاستدانة إلى كفلاء مستهلكي الخدمات البنكية، علماً أنهم أيضاً يعدون مستهلكين. جاء بهذا الخصوص في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 يونيو 1995 أن الكفيل العيني يحق له أن يتوصل بنظير من عرض القرض المسبق مطابق لما وجهه البنك إلى طالب القرض. لذلك تعد الكفالة باطلة إذا تسلم الكافل من البنك نظيراً من صفحة واحدة من أصل أربعة صفحات أرسلت إلى المدين الأصلي⁹²⁰. لكن إجتهد هذه المحكمة يتعلق بالتوصل بواسطة البريد. أما في قرار آخر لمحكمة باريس فقد اعتبرت أن مجرد توقيع سجل لدى البنك بتسليم القرض المسبق لا يغني عن التسلم الحقيقي بواسطة البريد لعرض القرض العقاري⁹²¹.

ويجب على البنك بموجب المادة 8 من قانون تدابير حماية المستهلك أن يحرر عقود الخدمة البنكية لا سيما عقود الاستدانة كتابة في العدد اللازم من النظائر حتى يتمكن من تسليم إحداها إلى المستهلك. كما عليه أن يتقيد بالحد الأدنى من الضمانات الشكلية الموجودة في نماذج العروض

وجاء في حكم آخر للمحكمة التجارية بفاس في ملف رقم 17/8210/1369 بتاريخ 2018/4/12، غير منشور: "إن ما دفع به المدعى عليه بامتيته مردود مادام أنه قام بالتوقيع في أسفل عقد القرض بل وصادق على توقيعه لدى السلطات المختصة عملاً باجتهد محكمة النقض (قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقاً محكمة النقض حالياً بتاريخ 2001/10/3 تحت عدد 3333 في الملف المدني عدد 01/925 منشور بمجلة الملف عدد 8 ص 259، و أن نسبة الفائدة المتفق عليها بين الطرفين هي 9% حسب العقد المبرم بين الطرفين الذي يعتبر شريعة المتعاقدين و أن ادعاء المدعى عليه بكون الطرفين اتفقا على نسبة قدرها 5% جاء مجرداً من كل اثبات".

⁹²⁰ - Cass. 1re Civ., 13 juin 1995, n°93-14.087, Gaz. pal., 1995, 2pan, p.201.

⁹²¹ - C.A Paris, 15 sept 1999, D. 1999, Act. jurispr. 64, obs. CR

المسبقة للقروض طبقا للقرار المشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي والمالية الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ فاتح أكتوبر 2014 كما أشير إليه أعلاه.

ويحرر العقد ويضمن جميع شروطه المقترحة على المستهلك. كما يجب تحرير تلك الشروط طبقا للمادة 9 من قانون تدابير حماية المستهلك بصورة واضحة ومفهومة، بحيث أنه في حالة الشك حول مدلول أحد الشروط يرجع التأويل الأكثر فائدة بالنسبة إلى المستهلك.

نشير إلى أن المادة 9 المذكورة، جاءت مطابقة للفصل R311-6 من مدونة الاستهلاك الفرنسية قبل إضافة فقرة جديدة إليه بموجب قانون لا كارد بتاريخ 2 يوليوز 2010. ورد في التعديل ما يلي: " يحرر عقد القرض في أحرف علو حجمها يجب ان لا يقل عن حجم 8". جاءت صيغة الإلزام تلك لاحقة على العديد من الاجتهادات القضائية الفرنسية التي عاقبت سابقا البنوك التي تحرر شروط القرض في أحجام أقل من الحجم 8 بإسقاط الفوائد لصالح المستهلك وهي الإضافة النوعية التي أشار إليها المشرع المغربي بشكل غير مباشر.

إن أهم إشكال في مجال السوق المالي، يثار بالنسبة لمستهلكي خدمة الصرف البنكي مثلا هي إثبات العقد في غياب وجود الكتابة. جاء بهذا الخصوص في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 2000/04/18:

" حيث فيما يخص السبب الأول أن المحكمة الابتدائية طبقت القانون تطبيقا سليما عندما اعتبرت عقد الصرف غير قائم وأن المراسلات لا تنهض حجة على قيام العقد المذكور فكان هذا السبب غير ذي أساس.

و حيث فيما يخص السبب الثاني أنه و كما سبق بيانه أعلاه أن عقد الصرف البنكي بمقتضى توقيعه مع البنك الذي يتعامل معه الزبون و تعهد هذا البنك بأن تتم عن طريقه كافة العمليات التي تهم الصفقة التجارية خلال فترة تمتد من تاريخ الاكتتاب في العقد المذكور أو تاريخ قبوله إلى تاريخ إرسال المنتوجات و هذا لم يتم إطلاقا فكان هذا السبب غير ذي موضوع.

وحيث فيما يخص السبب الثالث لا وجود ضمن وثائق الملف لأي إقرار بقيام عقد الصرف وإنما المستأنف عليها وضحت شروط قيام العقد كما هي محددة وفقا للأعراف البنكية فكان هذا السبب بבורه غير منتج"⁹²².

⁹²² - قرار عدد 203 صادر بتاريخ 2000/04/18 منشور على الرابط: <http://www.jurisprudence.ma/content/cacmarakech1842000>

شوهده بتاريخ 2018/05/01

يتقاضى البنك القائم بعملية الصرف عمولة عن عملياته تلك ويستفيد أحيان من فرق أسعار النقود في الزمان والمكان⁹²³. و هكذا فإن توقيع العقد ضروري لإثبات عقد الصرف، حيث يلاحظ أنه غالبا ما تسلم الوكالات البنكية ووكالات الصرف وصولات تثبت القيام بالمعاملة حماية لها وللمتعاقدين معها من القوانين الجمركية الصارمة وإن كان أغلبها يكون باللغة الفرنسية. هنا يبدو لنا أن عقد الصرف يمكن إثباته بجميع الوسائل نظرا لطبيعته التجارية، لصالح المستهلك وباستعمال الوسائل المدنية في مواجهة المستهلك، ذلك أن مقاربة ذلك العقد، يجب أن تفسر في رأينا من وجهة قانون تدابير حماية المستهلك. نخلص في الأخير من جانبنا، الى أنه لا يجبر مواطن مغربي على إبرام اتفاق بغير لغتيه الدستوريتين وهي العربية والامازيغية⁹²⁴.

هذا عن القانون المغربي. فماذا عن القانون المقارن؟

2- في القانون المقارن

ألزم المشرع الفرنسي استعمال اللغة الفرنسية في مجال العدالة منذ صدور أمر "فيليرس كوتريت" باعتبارها اللغة الوحيدة في التقاضي. نفس ذلك المشرع اصدر قانون "تيرميسور" الذي أوجب التحرير باللغة الفرنسية في كل القرارات العامة⁹²⁵. كما صدر في فرنسا قانون 94-665 بتاريخ 4 غشت 1994 المتعلق باستعمال اللغة الفرنسية والذي يسمى بقانون "توبون"، وأطلق عليه أيضا "الكود" حيث نسخ وعدل قانون سابق صدر بتاريخ 31 دجنبر 1975. ويعد ذلك القانون حالة فريدة بالمقارنة مع باقي الدول الأوروبية وقت دخوله، ذلك أن دولتين فقط كانتا تتوفران على قانون مماثل هما بولونيا وبلجيكا. حيث قرر مشرع بلجيكا ولأسباب ثقافية خاصة به - استعمال اللغات - بطلان كل التصرفات المبرمة خارج اللغة الرسمية في منطقة والوني. أما بخصوص منطقة بروكسيل، فقد نص القانون المذكور على وجوب تقديم المستندات في اللغة المختارة من طرف الطرف الضعيف. في حين كانت بولونيا تتوفر أيضا على قانون حول استعمال البولونية شبيه بقانون توبون، يلزم باستعمال تلك اللغة في علاقات المستهلكين. أما في هولندا وروسيا، فقد كان استعمال اللغتين المحليتين قاصر على العلاقات الشغلية. وظلت معظم الدول الأوروبية الأخرى تشترط فقط الترجمة إلى اللغة المحلية، إذا كان المستند يجب إيداعه أو تسجيله في إدارة أو إذا كانت القضية ستعرض أمام المحاكم. كما تجب الإشارة إلى أن محاكم لوكسمبورغ قليلا ما كان يسير فيها القضاة على هذا النحو ولا يطلبون إلا نادرا ترجمة للوثائق.

⁹²³ - أيمن أبو العيال، عقد الصرف، منشور في موقع الموسوعة العربية على الرابط: www.arab-ency.com

⁹²⁴ - Voy : C.Boismain, *La faible protection des souscripteurs de contrats d'assurance groupe, en particulier étrangers* (Cass. civ. 2e, 22 novembre 2007) : Une banque n'a pas l'obligation de fournir à un étranger un contrat rédigé dans sa langue natale, LPA, 05 mars 2008, n° 47.

⁹²⁵ - Sabine.Bertolaso, *l'utilisation de la langue française, protection réelle ou illusoire du consommateur*, L.P.A, 19 février 1997, n°22, p.18.

عودة إلى فرنسا، جاء قانون "توبون" لينص على أن اللغة الفرنسية عنصر أساسي في شخصية وتراث فرنسا وأنها لغة المبادلات والعمل، بالتالي فإن استعمالها يعد إجباريا في وصف وعرض وتقديم وطرق استعمال ووصول الاستلام والفواتير وكذا الإشهار المكتوب والشفوي والسمعي البصري⁹²⁶. هذا المقتضى كان موضوع طعن من مجموعة من الأشخاص أمام المجلس الدستوري الفرنسي، بعلّة أنه مخالف لحرية الفكر والآراء وحرية المبادرة والتجارة. لكن المجلس الدستوري في قراره بتاريخ 29 يوليو 1994 اعتبره دستوريا⁹²⁷.

أما سلطات الإقتصاد الأوروبي ببروكسيل فقد اعتبرت الإجبار على استعمال اللغة الفرنسية عرقلة لحرية المنافسة⁹²⁸ وأصر الفرنسيون على استعمال لغتهم الوطنية بعلّة أنها تشجع رضى المستهلكين وتشجع استهلاكهم⁹²⁹. هذا وقد اعتبرت مدونة الاستهلاك الفرنسية في وقت لاحق في مادتها L121-2-1-3 أن على مهنيي الخدمات المالية أن يخبروا المستهلك باللغة أو اللغات المستعملة من طرف الأطراف ما قبل التعاقد، وكذا اللغة التي سيتم بها تحرير العقد علما أن الفصل يوضح أن ذلك يتم باختيار توافقي مع المستهلك. أما في المجال المالي، فقد أصدرت لجنة عمليات البورصة في فرنسا سنة 1990 تسهيلات بخصوص استعمال اللغة الإنجليزية في المطويات المرتبطة بالإصدارات الموضوعة رهن إشارة المستثمرين الفرنسيين شريطة إرفاقها بملخص باللغة الفرنسية. وقد تم الطعن بالإلغاء من أجل الشطط في استعمال السلطة ضد قرار لوزير المالية الفرنسي صادر بتاريخ 22 يناير 1999 صادق بموجبه على مجموعة من قرارات لجنة عمليات البورصة بما فيها القرار المذكور آنفا. حيث بت مجلس الدولة الفرنسي في ذلك الطعن بموجب قراره الصادر بتاريخ 20 دجنبر 2000 والذي وافق فيه على استعمال اللغة الفرنسية موضحا أن المطوية يجب أن تحرر باللغة الفرنسية وأنه إذا كان بالإمكان تحريرها باللغة الأجنبية فإن ترجمتها إلى اللغة الفرنسية لا يمكن أن يكون محتواها أقل من المحتوى باللغة الأجنبية. وعلى ضوء ذلك القرار، أصدرت لجنة عمليات البورصة بيانا صحفيا صرحت فيه أنها لن تصادق على أي مطوية صادرة بخصوص تداول الأسهم سواء كانت لفرنسيين أو أجانب إذا لم تكن تلك المطويات محررة كاملة باللغة الفرنسية⁹³⁰.

⁹²⁶ - Viviane.Stulz, *Polémique autour de l'usage de l'anglais dans les entreprises*, L.P.A, 31 octobre 2005, n° 216, p. 3.

⁹²⁷ - Décision du conseil constitutionnel n°94-345 Dc du 29 juillet 1994.

⁹²⁸ - Voir Christophe.Pecuard & Marine.Nossereau , *la France et l'europe des langues* , LPA, 15 juillet 2002, n ° 140, p.6 & suivants.

⁹²⁹ - Guy.Raymond, *la langue de l'étiquetage*, Jurisclasseur, Contr.Conc.Cons., 12 année, n°10 octobre 2002, chroniques 18 et 19, p.3.

⁹³⁰ - Jean.Claude.vechiato , *les viscissitudes de l'utilisation de la langue française dans l'appel public à l'épargne en France*, Gaz.Pal, 2 juin 2001,n°153,p.37 & 38.

نضيف أنه قد صدرت دورية سابقة، في فرنسا بتاريخ 19 مارس 1996 بخصوص تطبيق قانون "توبون"، توضح أن المقصود "بالمعلومات المقروءة والمسموعة والمفهومة" الواردة في قانون توبون تعني أن أي ذكر أو تسجيل أو إعلان تم في لغة أخرى غير الفرنسية لا يجب إعتبارا لحجمه أو رسمه أو لونه أن يكون أسهل فهما من المعلومات الواردة باللغة الفرنسية.⁹³¹

هذا عن إلزام البنك بتسليم نسخة من العقد باللغة العربية أو الوطنية. فماذا عن تنظيم البيانات الإلزامية للعرض؟

ثانيا- تنظيم البيانات الإلزامية للعرض

يسمح إشتراط الكتابة بضمان مقروئية المعلومة كما يسمح "بدوام" وجودها في الزمن بحسب الدعامة التي تحملها وتضمن عدم اندثار جزء منها⁹³². هذا مع العلم أن المستهلك يوجد في وضع ضعف اتجاه البنك فيما يتعلق بالقدرة التفاوضية والحق في الاستعلام. هذه الوضعية تجبره عادة للإذعان لشروط محررة مسبقا من البنك دون القدرة على التأثير في محتوى تلك الشروط⁹³³. لأجله تدخل المشرع لضمان حسن إعلام المستهلك بما فيه الكفيل عبر تقنية تنظيم محتوى العرض المسبق.

تتجلى أهمية تنظيم البيانات الإلزامية للعرض، أنه يقوم بأدوار عدة أهمها نشر المعلومة وتجسيدها للخارج وضمان صدقية أهم البيانات التي تعد جوهرية وتثير انتباه المستهلك إلى المعلومات التي يعدها المشرع مهمة بالنسبة إليه وبالتالي ضمان صدقية المعلومة⁹³⁴. وقد نظم المشرع المغربي البيانات الإلزامية لعقود الاستدانة في المواد 78 و 91 و 118 من قانون تدابير حماية المستهلك. لكن بخصوص دخولها حيز التنفيذ، نصت المادة 199 من نفس القانون على أنه يجب على المقرض، الخاضع لأحكام الباب الأول من القسم السادس المتعلق بالقروض الاستهلاكية، داخل أجل ستة أشهر ابتداء من نشر القانون بالجريدة الرسمية، أن يطابق عقود القروض الاستهلاكية المنصوص عليها في المادة 79⁹³⁵ مع أحكام النظام العام إلا إذا كانت بنودها أكثر فائدة بالنسبة للمقرض. حيث لانجد نفس تعليق دخول القانون حيز التنفيذ بخصوص القرض

⁹³¹ - Ibid ,p.38.

⁹³² - Hervé.Jacquevin, *le formalisme contractuel mécanisme de protection de la parties faible*, Larcier, Bruxelles, 2010., p.128.

⁹³³ - Arrêts de CJCE , du 27 juin 2000, Océano Grupo Editorial et salvat Editores, C 240/98 ,Rec pI 4941, point 25, ainsi que 26 octobre 2006, Mostaza claro, C 168/05 Rec I 10421 ,point 25.

⁹³⁴ - Hervé.Jacquevin, op.cit , p.92.

⁹³⁵ - يتعلق الأمر بخدمة فتح اعتماد يخلو للمستفيد سواء كان مقترنا أو غير مقترن باستعمال بطاقة الائتمان إمكانية التصرف في مبلغ القرض الممنوح على شكل أقساط في التواريخ التي يختارها.

العقاري، مما يعني أن شكلياته تدخل حيز التطبيق فوراً، بعد 6 أشهر من نشر القانون في الجريدة الرسمية- 7 ابريل 2011- .

جاء في حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2016/1/4 بخصوص تاريخ دخول القانون حيز التنفيذ بخصوص العرض المسبق وجزاء عدم العمل به: " حيث أسس المدعي الفرعي طلبه في شقه الأول على كون الفوائد المترتبة على الدين باطلة وسقطت طبقاً للفصل 89 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك على أساس أنه لم يتم تحرير عرض مسبق بالقرض وتسليمه نسخة منه لدراسته خلال أجل 7 أيام. لكن حيث إنه بالرجوع لعقد القرض المبرم بينه وبين المؤسسة المقرضة يتضح أنه تم بتاريخ 2010/03/25، وهو تاريخ سابق لتاريخ دخول القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك الصادر بتاريخ 18 فبراير 2011 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 3 جمادي الأولى 1432 الموافق لـ 7 أبريل 2011 حيز التنفيذ، فضلاً على أن الفصول المتعلقة بالعرض المسبق للقروض الاستهلاكية لا تدخل حيز التنفيذ إلا من تاريخ سريان مفعول النصوص التنظيمية الضرورية لتطبيقها والمحددة لنموذج العرض المسبق طبقاً للمادتين 83 و197 من نفس القانون، والذي تم تحديده بموجب القرار المشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي ووزير الاقتصاد والمالية الصادر بتاريخ 29 دجنبر 2014 (تم نشره بالجريدة الرسمية عدد 6400 بتاريخ 2015/10/1، يدخل حيز التنفيذ بعد ستة أشهر من نشره أي بتاريخ 2016/4/1) وذلك تطبيقاً للمادة 33 من المرسوم رقم 2.12.503 الصادر في 11 سبتمبر 2013 الصادر بتطبيق بعض أحكام القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مما يكون معه طلب سقوط الفوائد غير مؤسس و يتعين رفضه"⁹³⁶.

نشير أن المشرع المغربي قصر أجل ستة أشهر لدخول مقتضيات المنظمة للعرض المسبق حيز التنفيذ على خدمة وحيدة هي القرض العقاري، في انتظار إخراجه للنصوص التنظيمية بخصوص القروض الاستهلاكية والتي تأخرت إلى غاية 2015/10/1. ذلك أنه جاء في الفصل 83 الوارد في باب القروض الاستهلاكية: " يتم إعداد العرض المسبق تطبيقاً للشروط المنصوص عليها في المواد السابقة وفق أحد النماذج المحددة بنص تنظيمي ". هذا النص التنظيمي دخل حيز التنفيذ بفتح أبريل 2016⁹³⁷. كما أوضح تعليل الحكم الابتدائي السابق.

نوضح أنه بخصوص تاريخ الإلزام بإحترام العرض المسبق، كان أيضاً موضوع حكم للمحكمة الابتدائية بتازة بتاريخ 2015/6/25 جاء فيه: " حيث إن ما أثير من كون المدعية لم تتوصل

⁹³⁶ - حكم المحكمة التجارية بفاس عدد 7، صادر بتاريخ 2016/01/04، في الملف عدد 15/8201/109، غير منشور.

راجع في نفس المنحى حكم المحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2018/6/21، في الملف رقم 2017/8210/918، غير منشور.

⁹³⁷ - قرار مشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار الرقمي ووزير الاقتصاد والمالية رقم 4031.14 صادر بتاريخ 29 ديسمبر 2014 بتحديد نماذج العروض المسبقة للقروض واستثماراتهم للتراجع القابلة للاقتطاع. جريدة رسمية عدد 6400، بتاريخ فاتح أكتوبر 2015، ص.8140.

بالعرض المسبق بالقرض، فإنه بالرجوع إلى وثائق الملف يتضح بأن القرض تم إبرامه سنة 2008 في حين أن قانون حماية المستهلك لم يدخل حيز التنفيذ إلا بعد سنة 2011⁹³⁸.
هنا نرى ضرورة معالجة تنظيم محتوى العرض المسبق المقترح على المقترض (1) قبل معالجة وضعية الكفيل (2).

1- تنظيم محتوى العرض المسبق المقترح على المقترض

سنعالج هنا محتوى العروض المسبقة للقروض الاستهلاكية، قبل التطرق لتلك المتعلقة بالقرض العقاري.

- **بخصوص القروض الاستهلاكية :** إن البيانات الشكلية المضمنة في النماذج المتعلقة بالقروض الاستهلاكية، التي صدرت مؤخرا، هي ملائمة للمادة 78 من قانون تدابير حماية المستهلك التي جاء فيها : " يجب أن يستوفي العرض المسبق الشروط التالية :
أن يقدم بصورة واضحة ومقروءة؛

أن يشير إلى هوية الأطراف وعند الاقتضاء هوية الكفيل؛

أن يحدد مبلغ القرض وعند الاقتضاء أقساطه المستحقة دوريا وطبيعة وموضوع العقد وكيفية إبرامه، وإن اقتضى الحال شروط التأمين عندما يطالب المقرض به وكذا التكلفة الإجمالية المفصلة للقرض وسعره الفعلي الإجمالي عند الاقتضاء، ومجموع عمليات التحصيل الجرافي المطلوبة، بالإضافة إلى الفوائد مع التمييز بين تلك المتعلقة بمصاريف الملف وتلك المتعلقة بالمصاريف المؤداة عن كل استحقاق؛

أن يذكر حسب الحالة بأحكام حق التراجع (المواد من 85 إلى 87 بإدخال الغاية والمادة 108 وإن اقتضى الحال المواد من 91 إلى 99 والمواد من 103 إلى 107 والمادة 83 والمادة 111)⁹³⁹.

⁹³⁸ - حكم المحكمة الابتدائية بتازة ، صادر بتاريخ 2015 /6/25 ، ملف عقاري عدد 2014/239، غير منشور.

راجع كذلك بخصوص دخول قانون تدابير حماية المستهلك حيز التنفيذ بتاريخ 2011/4/7 : حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2014/6/30 في الملف رقم 2014/5/2570، غير منشور. راجع كذلك حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء في ملف عدد 212/5/18597 صادر بتاريخ 2014/5/12، غير منشور.

⁹³⁹ - جاء في قرار للغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية أنه : "يعد مقتطع حق التراجع غير صحيح إذا لم يتضمن إسم و عنوان المقرض وقد رتب محكمة النقض على تلك الإخلالات سقوط الحق في الفوائد".

Cass. Civ., 1ère, 8 juillet 1997, Bull.n° 240 , Cité in : Marie.Sophie.Richard, les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs au matière de crédit, Publié sur : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxiem

أن تبين فيه إن اقتضى الحال السلعة أو المنتج أو الخدمة التي سيتم تمويلها؛

أن تبين الأحكام المطبقة في حالة التسديد المبكر أو توقف المقرض عن الأداء طبقاً لأحكام الفرع المتعلق بالتسديد المبكر للمقرض وتوقف المقرض (الفرع 6 من باب القروض الاستهلاكية).

جاء في القرار المشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار الرقمي ووزير الاقتصاد والمالية بتحديد نماذج العروض المسبقة للقروض الاستهلاكية واستماراتهم للتراجع القابلة للاقتطاع في النموذج 1 أن العرض المسبق المتعلق بتلك العقود يجب أن يبين هوية الأطراف (هوية المقرض، هوية المقرض) و شروط العرض المسبق (كيفية القرض و كيفية تسديد القرض من قبل المقرض) وشروط قبوله والتراجع عنه و إبرام العقد والتسديد المبكر له وتوقف المقرض عن الأداء والعلاقات بين عقد القرض وعقد البيع أو تقديم الخدمات في حالة القرض المخصص والتسديد المبكر للمقرض وتوقف المقرض عن الأداء والمنازعات وقبول العرض المسبق⁹⁴⁰.

هذا عن قروض الاستهلاك عموماً. أما بخصوص القرض المخصص، فإن نفس البيانات تعد إلزامية مع وجوب الإشارة إلى المنتج أو السلعة أو الخدمة الممولة (المادة 91 من قانون تدابير حماية المستهلك).

نص القرار المشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار الرقمي ووزير الاقتصاد والمالية على النموذج رقم 2 المتعلق بالعرض المسبق لفتح اعتماد مقترن أو غير مقترن ببطاقة الائتمان. يتضمن العرض المسبق ذلك هوية الأطراف (هوية المقرض، هوية المقرض)، شروط العرض المسبق (التكلفة الإجمالية للمقرض، شروط و كيفية تسديد القرض)، شروط قبول العرض (قبول العرض، التراجع عن القبول، إبرام عقد القرض)، التسديد المبكر للمقرض وتوقف المقرض عن الأداء والمنازعات.

أما إذا تعلق الأمر بفتح اعتماد يخول للمستفيد، سواء أكان مقترناً أم غير مقترن باستعمال بطاقة الائتمان، إمكانية التصرف في مبلغ القرض الممنوح على شكل أقساط في التواريخ التي يختارها، لا يعتبر قانون تدابير حماية المستهلك العرض المسبق إلزامياً إلا بالنسبة إلى العقد الأصلي أو في حالة زيادة في القرض الممنوح. حيث ينص العرض المسبق بخصوص فتح الاعتماد، على أن مدة العقد تحدد في أجل أقصاه سنة قابلة للتجديد وأن على المقرض أن يحدد شروط تجديد العقد قبل انتهاء مدته بثلاثة أشهر. ويحدد المقرض كذلك، في حالة طلب المقرض عدم الاستمرار في

e_partie_tudes_documents_176/tudes_diverses_179/nature_assurer_6402.html « consulté le 3/6/2018 ».

⁹⁴⁰ - Victoire.Lasbordes, *Le contenu de l'offre de crédit à la consommation proposée au candidat emprunteur*, (Cass. civ. 1ère, 17 juillet 2001), LPA, 16 janvier 2002, n° 12.

الاستفادة من فتح الاعتماد، كميّات تسديد المبالغ المتبقية المستحقة التي يجب جدولتها، ما لم يعترض المدين على ذلك. ويجب أن يتمكن المقرض من الاعتراض على التعديلات المقترحة عند تجديد العقد، داخل أجل عشرين يوما على الأقل قبل التاريخ الذي تصبح فيه هذه التعديلات سارية المفعول، باستعمال ورقة جواب ملحقّة بالمعلومات الكتابية المبلّغة من لدن المقرض حيث حدد المرسوم التطبيقي مميزات الورقة المذكورة والبيانات الواجب إدراجها فيها⁹⁴¹.

يتضمن النموذج رقم 3 للعرض المسبق للإيجار مع خيار الشراء أو الإيجار المفضي إلى البيع طبيعة العقد (الإيجار مع خيار الشراء أو الإيجار المفضي إلى البيع) هوية الأطراف (هوية

⁹⁴¹ - أنظر المادة 33 من المرسوم رقم 2.12.503، سالف الذكر.

" تطبيقا للمواد 79 و83 و104 و106 (الفقرة 3) و124 و132 من القانون رقم 31.08 المذكور أعلاه، تحدد بقرارات مشتركة للسلطة الحكومية المكلفة بالتجارة والسلطة الحكومية المكلفة بالمالية بعد أخذ رأي والي بنك المغرب:

- مميزات ورقة الاعتراض على التعديلات المقترحة من طرف المقرض عند تجديد العقد وكذا البيانات التي يجب أن تتضمنها هذه الورقة؛

- النماذج التي يتم وفقها إعداد العرض المسبق الضروري لعمليات القرض؛

- السعر الأقصى لفوائد التأخير الذي يجب على المقرض دفعه في حالة توقفه عن الأداء؛

- طريقة حساب القيمة المحينة للأكرية غير الحال أجلها؛

- مبلغ قيمة المصاريف المتعلقة بدراسة الملف التي يجوز للمقرض أن يقطعها أو يطالب بها المقرض في حالة عدم إبرام العقد؛

- مبلغ التعويض عن الفوائد التي يحق للمقرض المطالبة بها في حالة التسديد المبكر."

أنظر بخصوص ذلك :

- قرار مشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي ووزير الاقتصاد والمالية رقم 4030.14 صادر في 6 ربيع الأول 1436 (29 ديسمبر 2014) بتحديد مميزات وبيانات ورقة الجواب على التعديلات المقترحة من طرف المقرض عند تجديد عقد القرض تطبيقا للمادة 79 من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك. جريدة رسمية عدد 6400- 17 ذو الحجة 1436 (فاتح أكتوبر 2015)، ص.8137.

- قرار مشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي ووزير الاقتصاد والمالية رقم 4031.14 صادر بتاريخ 29 ديسمبر 2014 بتحديد نماذج العروض المسبقة للقروض و استثماراتهم للتراجع القابلة للاقتطاع. جريدة رسمية عدد 6400 ، بتاريخ فاتح أكتوبر 2015، ص.8140.

- قرار مشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي ووزير الاقتصاد والمالية رقم 4032.14 بتحديد السعر الأقصى لفوائد التأخير المطبقة على المبالغ المتبقية المستحقة في حالة المقرض عن الأداء. جريدة رسمية عدد 6400- 17 ذو الحجة 1436 (فاتح أكتوبر 2015)، ص.8161.

- قرار مشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي ووزير الاقتصاد والمالية رقم 4033.14 صادر في 6 ربيع الأول 1436 (29 ديسمبر 2014) بتحديد طريقة حساب القيمة المحينة للأكرية غير الحال أجلها. جريدة رسمية عدد 6400- 17 ذو الحجة 1436 (فاتح أكتوبر 2015)، ص.8161.

- قرار مشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي ووزير الاقتصاد والمالية رقم 4034.14 صادر في 6 ربيع الأول 1436 (29 ديسمبر 2014) بتحديد المبلغ الأقصى لقيمة المصاريف التي يقطعها أو يطلبها المقرض لدراسة ملف عقد قرض عقاري تطبيقا للمادة 124 من القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك. جريدة رسمية عدد 6400- 17 ذو الحجة 1436 (فاتح أكتوبر 2015) ، ص.8162.

- قرار مشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي ووزير الاقتصاد والمالية رقم 4034.14 صادر في 6 ربيع الأول 1436 (29 ديسمبر 2014) بتحديد مبلغ التعويض المطالب به عن الفوائد غير الحال أجلها في حالة التسديد المبكر لقرض عقاري. جريدة رسمية عدد 6400- 17 ذو الحجة 1436 (فاتح أكتوبر 2015) ، ص.8162.

المكري، هوية المكري أو المقرض، الكفيل عند الإقتضاء) شروط العرض المسبق (تكلفة الإيجار، كيفية تسديد الأكرية)، قبول العرض (التراجع عن القبول، إبرام عقد الإيجار، العلاقات بين عقد الإيجار وعقد البيع)، التسديد المبكر للقرض وتوقف المكري عن الأداء، المنازعات، قبول العرض المسبق. هذا عن بيانات العروض المسبقة المتعلقة بالقروض الاستهلاكية. فماذا عن تلك المتعلقة بالقرض العقاري؟

- **بخصوص القرض العقاري:** فقد نصت المادة 118 من قانون تدابير حماية المستهلك، على أن العرض المتعلق بالقروض التي تدخل في نطاق القرض العقاري يتضمن ما يلي :

- ❖ هوية الأطراف والكفيل المصرح بهم إن اقتضى الحال؛
 - ❖ طبيعة القرض ومحلّه وكيفيات منحه وخاصة ما يتعلق منها بتواريخ وشروط وضع الأموال رهن التصرف؛
 - ❖ جدول مستحقات استهلاك القرض يحدد فيه بتفصيل بالنسبة إلى كل قسط توزيع المبالغ الواجب تسديدها بين رأس المال والفوائد، غير أن هذا المقتضى لا يتعلق بعروض القروض ذات السعر المتغير⁹⁴²؛
 - ❖ علاوة على مبلغ القرض الممكن منحه وإن اقتضى الحال مبلغ أقساطه المستحقة دورياً، تكلفته الإجمالية وسعره الفعلي الإجمالي، كما هو محدد في المادة 142⁹⁴³ وكذا كيفيات المراجعة عند الاقتضاء.
- يجب إدخال مصاريف الملف التي يحصلها البنك في السعر الفعلي الإجمالي⁹⁴⁴. طبعاً يدخل في حساب السعر الفعلي الإجمالي احتساب أقساط التأمين على العجز أو الوفاة إذا كانت مفروضة من

⁹⁴² - جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية أنه "بالنسبة لعروض القرض ذات سعر الفائدة الثابت، لا يكفي أن يبين جدول مستحقات استهلاك القرض مجموع القسط الواحد بل يجب أن يبين كل قسط توزيع الرأسمال و الفوائد".

Cass., 1^{re} civ, 16 mars 1994, n° 92-12.239, Bull.Civ., I, n°100.

Voir aussi : Cass.1^{re} Civ., 20 juill 1994, Bull,civ., I , n° 262, JCP, E, 1995 , II, n°694, note A.Gourio.

Bertrand.Saint-Alary, *Aspects juridiques et pratiques de la tarification bancaire*, Revue Lamy Droit des Affaires, 2008, n°30.

943- تنص المادة 142 من قانون تدابير حماية المستهلك على أنه: " يراد في هذا القسم بالسعر الفعلي الإجمالي السعر المحدد وفقاً للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل".

Géoclin C /crédit du nord. 944- C.A paris ,15e ch, secB,18 nov.2005,

نصت المادة الأولى من قرار مشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي ووزير الاقتصاد والمالية رقم 4034.14 صادر في 6 ربيع الاول 1436 (29 ديسمبر 2014) بتحديد المبلغ الأقصى لقيمة المصاريف التي يقطعها أو يطلبها المقرض لدراسة ملف عقد قرض عقاري تطبيقاً للمادة 124 من القانون المشار إليه أعلاه رقم 31.08 لا يزيد عن 0.1 % من مبلغ القرض، المبلغ الأقصى لقيمة المصاريف المتعلقة بدراسة الملف الذي يسمح للمقرض اقتطاعه أو طلبه من المقرض في إطار قرض عقاري".

قبل البنك⁹⁴⁵. كما لا يدخل في ذلك النطاق التأمين على الأضرار لأنه مرتبط بتنفيذ عقد القرض وليس وجوده⁹⁴⁶. طبعا الضريبة على القيمة المضافة تعد مكونا أساسيا من السعر الأصلي الإجمالي لكن القضاء الفرنسي اعتبر وجوب إقصاء تضمينها ضمن ذلك السعر، إذا كانت تلك الضريبة على القيمة المضافة تم استرجاعها من قبل المقترض⁹⁴⁷. في حين أن بقية المصاريف والعمولات والأجور كيفما كانت طبيعتها سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة بما فيها التي تؤدي للوسطاء يجب أن تدمج في السعر⁹⁴⁸. طبعا يبقى السعر الفعلي الإجمالي محددا وفقا للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل ولاسيما دورية والي بنك المغرب رقم 19-6-2006 بتاريخ 23 أكتوبر 2006.

❖ الشروط والتأمينات والضمانات العينية أو الشخصية المطلوبة التي يتوقف عليها إبرام القرض مع تقييم تكلفتها. هنا بخصوص الضمانات العينية، جاء في المادة 1-14-313 L، صيغة ما قبل 17 مارس 2014 من مدونة الإستهلاك الفرنسية، أنه إذا كان القرض العقاري مضمون برهن حيازي، فإن العرض المسبق كان يجب أن يكون مرفقا بما يفيد قيمة المال المرهون. حيث يجب أن تكون وضعية القرض، مرفقة بتبيان الشيء المرهون وقيمته ساعة الاتفاق على الرهن وخصائص هذا الأخير من حيث المدة والسقف وتوضيح مجموع المبالغ المقرضة سواء الأولية أو اللاحقة، مع التوضيح للكفيل أنه في حالة عجز المقترض عن السداد سيلجأ إلى البيع القضائي للشيء المرهون. كل هاته الشكليات هي تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في الفصل 1-14-313 L وهي غرامة زجرية قدرها 3750 أورو وسقوط كلي لحق المقرض في الفوائد⁹⁴⁹. أما

⁹⁴⁵ - Cass.1^{re} civ, 12 juill 2012, n°10, 10-25.737, Lamyline ; Cass.1^{re}, civ.8 nov., 2007, n°04-18.668, Bull.Civ., I20349.

جاء في حكم المحكمة التجارية بفاس الصادر بتاريخ 2018/2/22: "انه في ظل خلو الملف من اي حكم قضائي يقضي بالتحجير فان الدفع بانعدام الاهلية يبقى غير مؤسس وإدخال شركة التامين غير ذي موضوع". حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/2/22، في ملف عدد 2017/8201/902، غير منشور. "كما ان إدعاء العجز الكلي الدائم لإحلال شركة التامين في أداء أقساط القرض يوجب إدخالها بمقال إدخال مؤدى عنه الرسوم القضائية". حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/3/29، في ملف عدد 223/8210/18، غير منشور.

"طبعا بعد تحقيق الدعوى يتعين إحلال شركة التامين محل المستهلك المصاب بالعجز الجزئي الدائم في أداء الدين المتخلف بذمته". حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/3/8، في ملف عدد 1290/8232/16، غير منشور.

⁹⁴⁶ - C.A Toulouse, Ch.2, 5oct.2011, n°09/06281, Association cautionnement Mutuel Habitat C/M.P.corbi et autres.

⁹⁴⁷ - CA Bordeaux, Ch.Corr, 22 Janvier 1980, IV, n°392.

⁹⁴⁸ - Cass.1^{re} civ. 9 déc.2010, n°09-14-977 JurisData n°2010-023220.

⁹⁴⁹ Lamy.Droit immobilier, la définition légale du contenu de l'offre, lamyline.fr p.5. « consulté le 14-3-2018 »

في الصيغة الحالية، فإن المقرض يقوم بتقييم قدرة المقترض على السداد بما في ذلك اللجوء الى خبرة تقويمية للضمانات طبقا للفصول 16-313 L وما بعدها.

❖ الشروط المطلوبة للتحويل المحتمل للقرض إلى شخص آخر؛

❖ التذكير بأحكام المادة 120⁹⁵⁰؛

❖ تحديد المصاريف المرتبطة بمنح القرض وكيفية تحصيلها. حيث يترتب على كل تغيير لشروط الحصول على القرض (لاسيما عندما يتعلق الأمر بمبلغه وسعره) تسليم عرض مسبق جديد إلى المقترض. غير أن القاعدة المشار إليها في الفقرة السابقة لا تطبق على القروض الممنوحة بسعر فائدة متغير، عندما تسلم إلى المقترض مع العرض المسبق مذكرة تتضمن شروط وكيفيات تغيير السعر.

علما أن كل العروض المسبقة في قروض الاستدانة يجب أن يشار فيها إلى المنتج أو السلعة أو الخدمة الممولة وإلى مواصفاتها الجوهرية (المادة 91) وكذا إلى السعر الفعلي الإجمالي (المادة 143).

لقد أورد المشرع المغربي كل البيانات الإلزامية أعلاه، من أجل حسن إخبار المقترض حول حقيقة القرض المبرم. فحاليا وحتى مستقبلا، يبقى أن القليل من المستهلكين يقدرّون معنى المصطلحات المستعملة. إن قراءة النماذج ليست سهلة وكذا الأمر بالنسبة للمطبوع الذي يسلم من طرف المهني البنكي ساعة التوقيع. والقليل من المستهلكين لديهم الوقت للقراءة قبل توقيع المستند المقترح. لكن رغم ذلك، فإن النموذج الذي رأى النور منذ سنوات قليلة بخصوص قطاع القروض الاستهلاكية لن يعود مهما أن يقرأه المستهلك، مادام أن المشرع فعل ذلك بالنيابة عنه. فنموذج العقد المقترح هو معد لحماية مستهلكي الخدمة البنكية في مجال الاستدانة⁹⁵¹.

إن إحترام الحد الأدنى من محتويات العرض المسبق وتسليمه للمستهلك يختلف عن واقع إرسال رسالة موافقة مبدئية من البنك إلى المستهلك تتضمن قبولا مبدئيا بالتعاقد. جاء بهذا الخصوص في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 29 أكتوبر 2012 أن إرسال رسالة لزبون بخصوص طلب قرض عقاري، لا يشكل عرضا مسبقا في مفهوم قانون الاستهلاك⁹⁵². علما أن عبء إثبات احترام

⁹⁵⁰ - تنص المادة 120 من قانون تدابير حماية المستهلك على أنه: " يلزم المقرض بالإبقاء على الشروط التي حددها في العرض الذي وجهه للمقترض طيلة مدة لا تقل عن خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم المقترض للعرض.

يتوقف العرض على قبول المقترض والكفيل من الأشخاص الطبيعيين المصرح بهم، ولا يجوز للمقترض والكفيل قبول العرض إلا بعد تسلمه بعشرة أيام. ويجب أن يبلغ قبول العرض بأية وسيلة تثبت التوصل".

⁹⁵¹ - D.Mazeaud, *Le consommateur du crédit immobilier surendetté*, LPA, n° 128, 29 juin 1999.

D.Mazeaud, *Le désendettement de l'emprunteur immobilier*, LPA, n° 51, 29 avril 1998 .

⁹⁵² - Cass .3° civ , 9oct 2012 ,n°11-24.308, publié in : lamyline.fr

شكلية إرسال العرض بواسطة البريد يقع على عاتق البنك. جاء في قرار إلغاء لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 29 أكتوبر 2002: إن مجرد الإقرار بقبول العرض المسبق لا يعفي البنك من إثبات العرض المسبق ومضمونه تحت طائلة الحكم للمقترضين بسقوط الفوائد. حيث يعتبر في ذلك تاريخ طابع البريد، مما يوجب على البنك أن يحتفظ بالطرف البريدي المتضمن لقبول الزبون. فالعرض لا يمكن قبوله إلا في اليوم الحادي عشر الذي يلي تاريخ تسلم العرض المسبق⁹⁵³.

طبعاً لا يغيب عنا أن نستنتج أن الشكل وحده ليس كافٍ للحماية. فالشكلية غير المصحوبة بنصح حقيقي تبقى قاصرة عن تحقيق حماية فعالة للمستهلك. إنه من المؤسف موقف بعض المقرضين الذين يختبئون وراء سلبية "دعه يعمل دعه يمر" ويسمحون لأنفسهم وممثلهم وبعض الباعة ومزودي الخدمات البنكية خارج محلات البنك بممارسات غير مقبولة. مع العلم أن المؤسسة الائتمانية مسؤولة، على توزيع النماذج بل يجب أن تعمل على الاعلام والارشاد الحقيقي باعتبارها مهنية تحت طائلة مسؤوليتها في حالة منح معيب للائتمان.

أفضى واقع الممارسة البنكية، حتى في فرنسا، إلى أن الأبنك لم تكن تسلم الزبون النموذج المطابق للعملية المختارة، ولم يتم زجر تلك الممارسة من طرف محكمة النقض الفرنسية، التي بررت موقفها في إحدى قراراتها؛ بأن المقتضى المرتبط بتسليم النماذج هو مقتضى خيالي لا يتطابق وواقع منح القروض⁹⁵⁴. لكنها في قرار آخر اعتبرت أن العرض يجب أن يكون مطابقاً تماماً للمقتضيات القانونية، بما فيها الحديثة الصدور، تحت طائلة إسقاط الحق في الفوائد وألزمت بالتالي المقرض البنكي بتحديث عقوده باعتبار التطور التشريعي⁹⁵⁵. وفي قرار آخر اعتبرت نفس المحكمة بتاريخ 26 يناير 1999 "أن البنك ارتكب خطأً لما منح زبناه تسهيلات أداء في نفس مقدار القرض المطلوب في انتظار تسويتهم لوضعية عرض مسبق لقرض عقاري معلق على تأمين على الحياة والعجز"⁹⁵⁶.

⁹⁵³ - C.Cass. Ch.Civ, arrêt, n° 1513 du 29 octobre 2002, pourvoi, n° 99-17.333, publié in Bulletin des arrêts des chambres civiles, date de la publication 1/10/2002.

Lamy.Droit immobilier, la définition légale du contenu de l'offre, 2014, Lamyline.fr p. 3« consulté le 14-3-2018 »

⁹⁵⁴ - H.Davo, formalisme bancaire et protection du consommateur, in : études de droit de la consommation, Liber Amircrum, Dalloz, 2004, p.331 à 333..

⁹⁵⁵ - Civ., 1^{re}, 17 juillet 2001, Bull., n°233.

⁹⁵⁶ - Cass.1^{re} civ., 26 Janv. 1999, n°96-17.290, Revue Lamyline.fr .aff 1999, n°15, n°947.

لم ينظم القانون المغربي كيفية تسليم نموذج العرض المسبق⁹⁵⁷. على خلاف ذلك، فإن المشرع الفرنسي سبق أن نظم كيفية تسليم عرض القرض العقاري. حيث نصت المادة 7-L312 من مدونة الاستهلاك (في صيغها السابقة) على وجوب إرسال البنك للعرض مجاناً عبر البريد. علماً أن المشرع الفرنسي كذلك لم يوضح طريقة هذا الإرسال ما إذا كان يجب الإرسال بالبريد العادي أو المضمون مع الإشعار بالتوصل. هذا ويبقى أن المهم هو أن التسليم في شبك البنك أو موطن الزبون أو أي مكان آخر هو مرفوض. ذلك ما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف ببائيس بتاريخ 15 شتنبر 1999 من كون العرض لا يمكن إرساله عبر الفاكس⁹⁵⁸. هذا عن المستفيدين من القروض. فماذا عن وضعية الكفيل ؟

2- وضعية الكفيل

إذا كان هناك شخص يحتاج إلى الحماية في قانون تدابير حماية المستهلك، فهوكفيل المستهلك. ذلك الكفيل لا يمكن أن يكون شخصاً معنوياً في جميع الأحوال. ذلك أنه في الأساس كفيل بالمجان، لم يجرؤ نظراً لصداقته للمستهلك رفض تلك الخدمة التي طلبت منه؛ رغم علمه في بعض الأحيان بعدم توفر المستهلك على الوسائل الضرورية لمواجهة التزاماته. لذلك فالمشرع ينظم الحد الأدنى من مضمون التزامات الكفيل. جاء في المادة 144 من قانون تدابير حماية المستهلك، أنه يجب على الشخص الطبيعي الذي يلتزم في عقد عرفي بصفته كفيلًا في العمليات التي تدخل في نطاق البابين الأول والمتعلق بالقروض الاستهلاكية أو الثاني المتعلق بالقرض العقاري من القسم المتعلق بالإستدانة، أن يضمن في هذا العقد قبل توقيعه، تحت طائلة بطلان التزامه، البيان التالي دون غيره :

"إنني إذ أتولى كفالة السيد في حدود مبلغ الذي يشمل أداء المبلغ الأصلي والفوائد، وعند الاقتضاء، الغرامات أو الفوائد عن التأخير ولمدة"

⁹⁵⁷ - ورد في ملحق القرار المشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي ووزير الاقتصاد والمالية رقم 4030.14 صادر في 6 ربيع الأول 1436 (29 ديسمبر 2014) بتحديد مميزات وبيانات ورقة الجواب على التعديلات المقترحة من طرف المقرض عند تجديد عقد القرض تطبيقاً للمادة 79 من القانون 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك أن المقترض الذي لا يرجع لورقة الجواب عن طلب المقرض تجديد عقد القرض موقعة و مؤرخة في أجل اقصاص عشرون يوماً قبل انتهاء العقد يجعل القرض لاغياً بقوة القانون ابتداء من ذلك التاريخ. مما يعني أن ارسال ورقة الجواب يكون مبدئياً بالبريد و الجواب كذلك بتلك الطريقة.

S.Pons, *Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties*, LPA, 08 avril 2008, n° 71.

⁹⁵⁸ - C.A Paris ,15 Sept. 1999, société sovac C /MME savoie,JCP n,2000,n° 43/44, p.1549.

التزم بأن أسدد للمقرض المبالغ المستحقة من مداخلتي وأموالي، إذا لم يقم السيد.....
بذلك شخصيا".

جاء النص المنظم للكفالة كأحدى ضمانات عقود الاستدانة، يحمي المستهلك سواء كان كفيلا أو مدينا للكفيل أي مقترضا. ذلك أنه بالإضافة إلى مقتضيات العامة الحمائية الموجودة في الشريعة العامة، جاءت مقتضيات تدابير حماية المستهلك، بما فيها الفصل 144 المذكور، لحماية مصالح المستهلك المدين، وكذا مصالح الضامن⁹⁵⁹. فمن المعروف من واقع الممارسة البنكية أن الأبنك قد لا تسلم الزبون النموذج المطابق للعملية المختارة⁹⁶⁰. لذلك تدخل المشرع لتحديد التزامات الكفيل في مجال القروض الاستهلاكية والعقارية من خلال تنظيم محتوى البيانات المهمة للكفيل في العرض المسبق⁹⁶¹.

إن تدخل المشرع هنا يقر ما يسمى بالشكلية المباشرة والتي سميت كذلك لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني الذي هو الكفالة في نازلة الحال. إن التلازم هنا بين الرضى والشكل والتأثير المتبادل بينهما قائم لغاية حماية الكفيل. يبدو واضحا إذن أن إرادة المشرع هي إجبار محرر العقد على تحديد التزام الكفيل. ويجد كذلك مبرره في أن الكفالة عقد يكفل بموجبه الكفيل مدينا معيناً وينصب ضمانه على التزام معين، كما أن كفالاته تنصب على وقت معين. مما يعني أن ذلك الالتزام لا يجب أن يتجاوز التزام المدين الذي كفله الكفيل ولا الشيء الذي ضمنه ولا الوقت الذي أراد أن يكفل في حدوده⁹⁶².

نتساءل بخصوص نفس الفصل 144 المذكور، حول الغاية من قصر الحماية على الشخص الطبيعي؟ فماذا عن الشخص المعنوي الذي يكفل مقترضا دون أي معرفة في مجال الكفالة؟ علما أن الشخص الذاتي، قد يكون ربما في حالات معينة، أدرى بمجال الكفالة⁹⁶³. نجيب أن المشرع المغربي اكتفى بنقل موقف المشرع الفرنسي دون تدقيق أو تمايز، علما أنه اعتمد مفهوما واسعا في تعريفه للمستهلك. نتساءل أيضا عن سر إقصاء مشرع الفصل 144 لعقد الكفالة الرسمي، الذي يوقع أمام موثق رسمي أو عدلي أو رئيس كتابة ضبط أو محام مقبول لدى محكمة النقض، كل في نطاق

⁹⁵⁹ - Philippe.Delebecque, *les garanties du crédit au consommateur*, in : Ibrahim.Fadllallah, *le droit du crédit au consommateur*, Litec Droit, Paris, 1982, p.293.

⁹⁶⁰ - H.Davo, *formalisme bancaire et protection du consommateur*, in : études de droit de la consommation...op.cit, p.333.

⁹⁶¹ - Ibid., p.335.

⁹⁶² - رمضان محمد أبو السعود وهام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص.76.

⁹⁶³ - Alexandre. Dumery, *Cautionnement et code de la consommation : ambition protectrice à un éclatement progressif*, revue Lamy, Droit civil, document Wolters Kluwer France, publié in : Lamyline.fr en date du 13/12/2017, p.7.

ما يسمح له به القانون في مجال الاستدانة؟ هنا يمكن التوضيح، أن حماية المستهلك البنكي سواء الكفيل أو المقترض هي حماية ذات بعد وقائي مرتبطة بالشكل. وقد رأى المشرع ربما أنه بلجوء الطرفين إلى محرري العقد الرسمي يضمنون صحة تصرفاتهم القانونية ويحمونها من الجزاء المترتب على الإخلال بالتوجيه العقدي الذي تشكله المادة 144 المذكورة. فالفصل المذكور نص على أن جزاء عدم احترام تضمين الصيغة المذكورة هو بطلان التزام الكفيل الشخصي⁹⁶⁴. إن الأثر المترتب على عدم احترام شكلية تضمين البيان المنصوص عليه في الفصل المذكور والمتمثل في البطلان هو نفسه المنصوص عليه في الفصل 145 من قانون تدابير حماية المستهلك والذي ينص على أنه : "إذا طلب الدائن كفالة على وجه التضامن من أجل إحدى العمليات التي تدخل في نطاق باب القروض الاستهلاكية وباب القرض العقاري من قسم الاستدانة، يجب على الشخص الذي تولى مهمة كفيل أن يسبق توقيعه، تحت طائلة بطلان التزامه، بالبيان التالي :

"إنني بصفتي كفيلا بالتضامن، أعلم أنني لا أتوفر على حق المطالبة بتجريد المدين المنصوص عليه في الفصل 1136 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، وعليه أن أتعهد أن أسدد للدائن على وجه التضامن مع السيد أو السادة دون مطالبة بمتابعتة أو متابعتهم مسبقا"⁹⁶⁵. هنا ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار مغاير للتوجه صادر بتاريخ 16 أكتوبر 2012 على أن عدم تضمين بيان الفصل L 331-2 (الشبيه حد التطابق بالفصل 145 من قانون تدابير حماية المستهلك

⁹⁶⁴ - Laurent.Aynes, *Formalisme et prévention*, in : Ibrahim.Fadlallah, le droit du crédit au consommateur, Litec Droit, Paris, 1982, p.68.

⁹⁶⁵ - Voir à titre de comparaison : Article L331-1 : « Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante et uniquement de celle-ci " : En me portant caution de X....., dans la limite de la somme de..... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de....., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X..... n'y satisfait pas lui-même ».

Article L331-2 : « Lorsque le créancier professionnel demande un cautionnement solidaire, la personne physique qui se porte caution fait précéder sa signature de la mention manuscrite suivante :

"En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X" ».

Article L331-3 : « Les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion figurant dans un contrat de cautionnement consenti par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel sont réputées non écrites si l'engagement de la caution n'est pas limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires ».

المغربي) يترتب عدم استفادة البنك من التضامن مع التنازل عن الدفع بالتجريد⁹⁶⁶ والتقسيم⁹⁶⁷ بل يترتب عنه كفالة تضامنية⁹⁶⁸.

إن إقرار ذلك البيان هو بمثابة إخبار للكفيل برغبة البنك في مطالبته أولاً بالدين والفوائد. لكنه في حد ذاته إقرار بتنازل جميع مستهلكي القروض الاستهلاكية والعقارية عن الدفع بالتجريد وإمكانية اتفاقهم مع البنوك على خلاف ذلك. جاء في قرارين لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 4 نونبر 2014 أن عقد الكفالة الذي أغفل الإشارة فيه إلى مصطلح إلزام الكفيل بأداء "الفوائد" لا يترتب البطلان بل يترتب عدم إلزام الكافل بأداء تلك الفوائد⁹⁶⁹. كما أن إغفال تضمين مصطلح "أموالي" لا يترتب البطلان بل يوجب فقط حصر إلزام الكافل بالأداء من مداخله⁹⁷⁰.

تجب الإشارة إلى أن شكلية البيانين الإيجابيين أعلاه، هي شكلية انعقاد أي أن الشكل شرط صحة لالتزام الكفيل⁹⁷¹، رغم أن المشرع المغربي لم يوضح علاقة بتضمين البيانين المنصوص عليهما في المادتين 144 و145، ما إذا كان على الكفيل أن يوقع أسفل كل بيان على حدى أو أن توقيعاً واحداً كاف لتجنب إبطال الالتزام⁹⁷². هذا وقد سجلت محكمة النقض الفرنسية مواقف صارمة اتجاه كتابة البيانين بشكل مغاير في العقد. حيث قررت البطلان لمجرد أنه تمت التفرقة بين البيانين

⁹⁶⁶ - "يقصد بالدفع بالتجريد أن لا يسأل الكفيل عن الدين بصفة أصلية ولا يقوم التزامه الإلصقة تبعية. حيث لا يجوز مطالبته بالوفاء إلا إذا تخلف المدين الأصلي في تنفيذ التزامه طبقاً لمقتضيات الفصل 1134 من ق ل ع". هكذا يكون التزام الكفيل، حين يحرم من الدفع بالتجريد، التزاماً تبعياً. محمد الطاهري، الدفع بالتجريد، بحث تأهيلي في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، اكدال، 2006/2007، ص.2.

⁹⁶⁷ - "يقصد بالدفع بالتقسيم، حق يخول للكفيل إجبار الدائن على الوقف المؤقت للمتابعات القضائية ضده في انتظار بت المحكمة في النزاع. فهو يرمي فقط إلى تحقيق نوع من العدالة بين الكفلاء الملتزمين عن نفس الدين. بحيث لا يحق للدائن عند تعدد الكفلاء بعقد واحد، أن يطالب الكفيل إلا بمقدار حصته من الدين. فإن طالبه الدائن بالوفاء، فإنه يتمسك بالدفع بتقسيم الدين على باقي الكفلاء، طبقاً للفصل 1138 من ق ل ع". محمد الطاهري، مرجع سابق، ص.20.

⁹⁶⁸ - Cass., 1ère, Ch. Civ., 16 Oct.2013, n° de pourvoi: 12-17858.

⁹⁶⁹ - Cass.com, 4 nov 2014 , n°13-24706, ECLI FR ; cass 2014 : cooo939 caisse de crédit mutuel de chalon-sur saône c/M X,PB (Cassation CA Dijon,27juin 2013,Mue Mouilland,pres-S CP Maroc lénis, SCP Waquet,Farge et Hazan,av

⁹⁷⁰ - Cass.com, 4 nov 2014 ,n° 13-23130, ECLI FR CC ASS 2014 COOO937,caisse de crédit agricole mutuel de languedoc c/M Y D (C.A Montpellier, 18 juin 2013 ,Mme Mouillard , prés ; SCP Capron,av ; voy : christophe.Albiges, *contentieux en matière de formalisme du contrat de cautionnement , encore et toujours...* , Gaz.Pal, 4 décembre 2014, n° 338 ,p.15.

⁹⁷¹ - Cass.Civ. I, n° 348, D.1990, Jur., p.177, note Mouly Ch., J.C.P, G, 1990, II, n° 21422, note D.Legeais.

⁹⁷² Cass.com, 20 octobre 2012 ,n°11-24460.

بواسطة فاصلة⁹⁷³، بما في ذلك بطلان الالتزام⁹⁷⁴. ذلك الاتجاه الصارم لمحكمة النقض الفرنسية يعد مغايراً لموقفها السابق، الذي كانت تتبنى فيه مرونة كبرى بخصوص الأخطاء التي قد يعرفها البيانين الإجباريين، من قبيل غياب أداة الربط. حيث لم ترتب عليه تلك المحكمة بطلان الكفالة⁹⁷⁵. لكنها ستعود في سنة 2011 لتراجع عن الموقف المتشدد بعدم ترتيب البطلان عن إضافة نقطة فاصلة بين البيانين⁹⁷⁶.

كما سجل القضاء الفرنسي بخصوص جزاء الإعلام بالتضامن، موقفاً استثنائياً تبرره طبيعة التضامن باعتباره مجرد صنف من أصناف الالتزام، حيث ذهبت بخصوصه مثلاً محكمة استئناف بورجيس بالقول: "إن غياب بيان التضامن المنصوص عليه في الفصل (1-L331 حاليا) من مدونة الاستهلاك الفرنسية لا يترتب عنه سوى عدم استفادة الدائن من الاحتجاج بالتضامن وليس بطلان الكفالة"⁹⁷⁷.

أما بخصوص تناسب الكفالة مع إمكانيات الكفيل، فقد جاء، وفق المادة 1-L332 حالياً، أن التزام الكفيل لا ينبغي أن يأتي غير متناسب مع موارده، حيث إن جزاء عدم احترام ذلك المقتضى، هو جزاء صارم يتمثل في عدم الاحتجاج بالكفالة تجاه الكفيل⁹⁷⁸. وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية سابقاً أن ذلك الجزاء هو نتيجة عدم التناسب كيفما كان مستواه⁹⁷⁹.

⁹⁷³- C.A Rennes, 1ere Ch., 22 Janv.2010, J.C.P, G 2010, n°25, 708, par 2, Obs.Ph.Simler & ph.Delebecque, J.C.P, E, 2010, n° 1189, note P.Bouteiller, Banque et droit, 2010, n° 130, p.64, Obs. N.Rotchevsky.

⁹⁷⁴- Cass.Com., 28 avr.2009, n° 8.11.616, Bull.Civ. IV, n°56, D. 2009, p.1351, Obs.Avena-Robardet, RTD.Com.2009, p.796, Obs.Legeais D., J.C.P G 2009, n°25, 14, note S.Piedelièvre.

⁹⁷⁵- Cass.1ere.Civ., 9 Nov.2004., n°1-17.431.

D.Arlie, *La négligence du prêteur, la règle de l'accessoire attachée au cautionnement et la libération de la caution*, LPA, 03 octobre 2001, n° 197.

⁹⁷⁶ Cass .com , 5avr .2011 ,n°10-16426 :Bull.civ IV,54, Droit et patrimoine, 2011,n°205, p.107 obs.layues & P. Dupichot , Banque et droit ,juill.Aout ,2011,p 34,note F.Jacob.

⁹⁷⁷- C.A. Bourges, 19 Nov.2009, Juris.Data, n°2009-021589, J.C.P, 2010, n°25,708, par 4, Obs. Ph. Simler & Ph.Delebecque.

Vpir aussi, Anne.Sophie.Barthez, *formalisme du contrat de cautionnement* , revue des contrats, 1 juillet 2013, n° 3, p.1002.

⁹⁷⁸- Alexandre. Dumery, *art.cit*, p.4.

Article L343-4 : « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. ».

⁹⁷⁹- Cass. Com., 22 juin 2010, n° 09-67.814, J.C.P. E, 2010, n°1678, note D.Legeais.

نذكر أن مبدأ تناسب الضمانات المقدمة من الكفيل مع الدين يعد سببا للتوازن بين التزامات الأطراف. إنه آلية حمائية من تعسف البنك المقرض وسبب من أسباب الوقاية من المديونية المفرطة للمدين والكفيل معا⁹⁸⁰. إنه ضمانات لأداء الدين بالنسبة للبنك يكمل مفهوم الملاءة⁹⁸¹ دون التسبب في تجميد غير ضروري أو غير متناسب للرأسمال بالمقارنة مع الغاية من العملية⁹⁸². إن وجوب التناسب أتى لمواجهة مخاطر الأداء وتغطيتها سواء من جانب الدائن أو من جانب الكفيل. فعلى الدائن أولا أن يتحقق من أن الكفيل، يتوفر على قدرة مالية تؤهله لمواجهة الدين المتخذ بذمة من يكفله وقت إعساره.

غير أنه في الحالة المقابلة، لا يعتد بأي كفالة لا تضمن للدائن تحصيل ديونه، وهو في الأصل مراد الدائن قبوله الكفالة؛ فمفهوم تناسب الكفالة نصت عليه المادة 147 من قانون تدابير حماية المستهلك التي جاء فيها : " لا يمكن للمقرض أن يستفيد من عقد كفالة يتعلق بعمليات التي تدخل في نطاق البابين الأول - المتعلق بالقروض الاستهلاكية - أو الثاني - المتعلق بالقروض العقاري - من هذا القسم - المتعلق بالاستدانة، أبرمه شخص طبيعي يكون التزامه، عند إبرامه، غير متناسب بشكل واضح مع أمواله ومداخله، ماعدا إذا كانت للكفيل ذمة مالية تساعده على الوفاء بالتزامه عند دعوته إلى ذلك؛" إن هذا المقتضى يهتم فقط عقود الاستدانة في بابي القروض الاستهلاكية والقروض العقاري. فالمقرض يتوجب عليه عند منحه القرض أن يوازي بين ذلك القرض وبين القدرات الإسهامية لكل من المقرض والكفيل، أي بعبارة أخرى، يمنع على المقرض أن يضع المقرض وكفيله أمام صعوبات مالية تؤدي بهما إلى الإفراط في الاستدانة وكل مؤسسة بنكية لا تحترم ذلك المبدأ، يصدر في حقها حكم بسقوط الكفالة واعتبارها كأن لم تكن.

لقد أصدر القضاء الفرنسي قرارا شهيرا عن محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 8 فبراير 1995 اعتبر فيه أن التزام الكفيل المدعو "ماكرون" كان غير متناسب تماما مع موارده و ذمته المالية. كما قضت ذات المحكمة، أن البنك قد ارتكب خطأ عندما طلب ذلك الالتزام لأنه كان من واجبه، نظرا لأهمية المبلغ المضمون من طرف شخص ذاتي، أن يستعلم عن ثروة من كفله وأن يتحاشى الإيقاع به ليتحمل مخاطر قد يظل أسيرا لها. وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية ذلك القرار، الذي أصبح يعرف باجتهاد "ماكرون" وقضت من جهتها بأن التزام الكفيل هو غير متكافئ⁹⁸³. نفس

P.Simler, *Prévention et dispositif de protection de la caution*, LPA, 10 avril 2003, n° 72.

⁹⁸⁰ - G.Paisant, *Prévention du surendettement et responsabilité dans l'octroi du crédit*, LPA, 10 avril 2003 n° 72.

⁹⁸¹ - Voy : Julien Raynaud, *La Solvabilité de la caution*, LPA, 21 janvier 2000 n° 15, P. 12 & suivants.

⁹⁸² - Yves.Picod, *proportionnalité et cautionnement, le mythe de sisyphé*, in : « études de droit de la consommation », Liber Amicorum, Dalloz, 2004, p.844 & 845.

⁹⁸³ - محمد صبري، الأخطاء البنكية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2007، ص.170.

محكمة النقض لم تأخذ بمبدأ التناسبية في قرار "ناهوم" الصادر عن غرفتها التجارية بتاريخ 8 أكتوبر 2002 بعلّة أن مسيري الشركة الضامنين شخصيا لهذه الأخيرة، لم يكونوا أنفسهم يعرفون تلك الوقائع، التي أخلت بوضعيتهم المالية وأن البنك لم يرتكب أي خطأ وماكان من المفروض أن يعلم تلك الظروف⁹⁸⁴.

لكن هنا يجب تدقيق مفهوم عدم التناسب، بحسب ما إذا تعلق الأمر بمرحلة تكوين عقد الكفالة أو تنفيذه. ففي مرحلة التكوين، قد يكون هناك عدم تناسب واضح بين إمكانيات الكفيل والتزاماته تجاه دائن المدين. لكن قد تتحسن الوضعية المادية للكفيل أثناء حلول التزامات الكفيل. كما قد يكون هناك تناسب في مرحلة تكوين العقد سواء كان سوريا بسبب تصريحات كاذبة للكفيل أو تناسب حقيقي لكن حين التنفيذ يعجز الكفيل عن الوفاء بالتزاماته، هنا لا مسؤولية قائمة للبنك⁹⁸⁵. إن جزاء عدم التناسب ليس هو سقوط الحق في الفوائد فقط ولكن عدم الاعتراف بالكفالة أصلا، طبقا للمادة 147 من قانون تدابير حماية المستهلك. إن جزاء ذلك الخطأ هو تعويض الكفيل ذلك التعويض الذي يخصم من المبلغ المعوض للدائن⁹⁸⁶.

هذا عن تسليم عقود الخدمة البنكية وتنظيم محتواها كآلية للاعلام الشكلي. فماذا عن شكليات الإخبار في بعض الخدمات البنكية للمستهلكين؟

الفقرة الثانية : شكليات واجب الإعلام في الخدمات البنكية المبرمة خارج المحلات التجارية للبنك
إن الزامية الإعلام الذي يتقيد به البنك والمتمثل في تقديم كافة المعلومات المتعلقة بالمنتجات أو الخدمات التي يفتنيها المستهلك توجب تفعيلها. فتكريس حق المستهلك في إعلام ملائم وواضح، بخصوص الخدمات التي يستعملها كمبدأ نص عليه في ديباجة ذلك القانون. لكن ينقص تفعيل ذلك المبدأ في مجال الخدمات البنكية ولا سيما المتعلقة بالاستدانة. فصياغة ذلك المبدأ في قالب قانوني هو الشكل الذي يجب أن يصاغ فيه ذلك الإعلام. ويعد الحد الأدنى الذي لا يمكن الاتفاق على التهرب منه أو التنازل عنه. إن الشكلية الإخبارية في جوهرها هي تمدد دائم للشكلية الحماية وتجد منابعها في مطالب الحركة الإستهلاكية.

⁹⁸⁴ - Claude.Brenner , *De l'arrêt Macron à l'arrêt Nahoum : d'un cautionnement toute proportion gardée à un cautionnement sans commune mesure ?* (Cass. com., 8 octobre 2002), LPA, 18 juillet 2003 n° 143, p.12 & suivants.

⁹⁸⁵ - Marie.Elisabeth.Mathieu, *cautionnement disproportionné et charge de la preuve*, Gaz.Pal, 19 juin 2014 ,n°170, p.19.

Cass.com,13mai 2014 ,n°13-15683,ECL :FR CCass 2014 :C00485,caisse d'épargne prononce Alpes-corse c/M Y D (rejet pourvoi c /CA Aix en- prononce 6 décembre 2012,M.Espel,prés

⁹⁸⁶ - Stéphane.Pièdeliévre & Marie –Elisabeth.Mathieu, *chronique de jurisprudence de droit de la consommation*, Gaz.Pal, 19 juillet 2014, n°1, p.19.

لكن الشكلية الإخبارية ليست حكرا على قانون تدابير حماية المستهلك بل توجد في العديد من المجالات من قبيل بيع الأصل التجاري⁹⁸⁷. إنها توجد مثلا في مجال القروض الاستهلاكية والقروض العقاري. وقد وصفت من قبل بعض الفقهاء بكونها ذات طابع مناهض للتعاقدية⁹⁸⁸. يتجسد هاجس الحماية القبلية، في الشكلية الإخبارية، في كون أنه ليس من المقبول إعادة النظر في العقد لا سيما أمام تردد المستهلك البنكي في اللجوء إلى العدالة، مما يبرر وجود الحماية الوقائية وليس البعدية لرضى المستهلك، فلا مصلحة للمستهلك ولا حتى البنك أو وسيطه مثلا في إلغاء العقد بسبب غلط وقع أثناء التعاقد⁹⁸⁹. يقول الأستاذ "كالي أولوي"، إن الشكلية الإخبارية لها ثلاث مظهرات للالتزام بالإعلام في مجال قانون الاستهلاك. حيث يتعلق الأمر بإخبار حول خصائص المنتجات والخدمات وإخبار حول الأثمنة وشروط البيع ثم أخيرا البيانات الإخبارية في العقود البنكية⁹⁹⁰.

ترتبط فعالية هذه الآلية كما تنص عليها مفرداتها، بإخبار المتعاقد بالعديد من المعلومات التي تنصب على القانون والواقع. إنها تتميز بطابعها "النموذجي" حيث يلتحم الشكل مع المضمون لفائدة المستهلك⁹⁹¹. كما تجب الإشارة، إلى أن مزايا الشكلية الإخبارية والمتجلية في الأمن القانوني وسهولة وأمان التحليل، لا يجب أن تنسي مساوئها⁹⁹²، فمجرد أن تكون هناك بعض البيانات الإخبارية في العقد الذي تم توقيعه أو حول الخدمة البنكية، التي تم طلبها حتى ولو تمت قراءة تلك البيانات، فذلك لا يعني أن المستهلك صار معلوما، ذلك أن الإخبار لا يكون تاما، بسبب صعوبة فهم تلك المعلومات البنكية التقنية من قبل إنسان غير حذق أو أن هذا الأخير لم يفهمها لأنه أصلا تم إغفال إعلامه بها⁹⁹³ في العقود المبرمة خارج المحلات المعتادة للبنك.

تتنافس الأبنك المغربية لجذب مستهلكي أنواع معينة من الخدمات الانتمائية خارج المحل الطبيعي لعرض خدماتها أو كما وصفه المشرع الفرنسي بـ "مكان غير المخصص للتجارة المعنية". يفاقم عرض تلك الخدمات خارج المحلات المعتادة من استغلال ضعف المستهلك ويوجب لذلك احتراماً خاصاً وإضافياً للشكليات الإخبارية⁹⁹⁴.

⁹⁸⁷ - الفصل 81 وما يليه من مدونة التجارة.

⁹⁸⁸ - D.Roubette, « droit de la consommation et théorie générale du contrat », in : études offertes à René Rondiére, 1981, n°12, p.247 & S.

⁹⁸⁹ - Agathe.Lepage, « les paradoxes du formalisme informatif », publié in : Liber Amircrum, op.cit, p.600.

⁹⁹⁰ - Ibid., p.601.

⁹⁹¹ - Idem.

⁹⁹² - Agathe.Lepage, les paradoxes du formalisme informatif , in : Liber Amircrum, Dalloz, 2004.

⁹⁹³ - Ibid., p.605.

⁹⁹⁴ - Didier. Ferrier, op.cit, p.23.

هنا يجب التوضيح، أن التعاقد مع البنك خارج المحل قد يكون تعاقدًا كتابيًا في حالة البيع خارج المحل (ثانيًا) أو غير مادي من خلال التعاقد عن بعد (أولًا).

أولاً- في مجال العقود البنكية المبرمة عن بعد

أدى تطور تكنولوجيا الإعلام لاسيما في مجال الانترنت وأهم تطبيقاته (مواقع الويب والمراسلات الإلكترونية ...) إلى التعاقد أو إبرام كثير من العقود وربط علاقات جديدة بين المستهلكين والأبنك عبر الشبكة. فقبل التعاقد وخلالها، يتم بعث إشهارات الأبنك عبر البريد الإلكتروني وكذا إظهارها على شبائيك المؤسسة أو الموقع الخاص للبنك أو أحد الأغيار. مما يمكن من إبرام عقود خدمات من قبل المستهلكين وإنهاؤها من قبلهم عن بعد⁹⁹⁵. يتميز التعاقد عن بعد أنه أتى بين نارين: ضغط العالم الرقمي الذي ينظم الفعالية الاقتصادية وعالم العقد الذي يقام على توازن هش بين متطلبات الأمن القانوني والعدالة التعاقدية⁹⁹⁶.

نشير إلى أن التعاقد عن بعد، عرف بأنه النشاط الذي يقوم بواسطته شخص بإقتراح أو التمكين عن بعد أو عن طريق وسيلة إلكترونية تقديم منتجات أو خدمات. فحتى الدعامة الإلكترونية، تدخل في نطاق الكتابة التي هي سلسلة حروف وأرقام وعلامات ذات معنى مفهوم مهما اختلفت الدعامة. وقد أوضحت المادة 417 فقرة 1 من ظهير الالتزامات والعقود، أنه تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق. نشير أنه مثلا، للتعاقد مع البنك المغربي للتجارة الخارجية بخصوص الإنخراط في خدمات BMCE direct التي تسمح بالولوج عن بعد عبر قاعدة البيانات بإستعمال الحاسوب أو الهاتف النقال المتصلين بالشبكة، يجب عادة إبرام عقد كتابي لدى الوكالة التي تسير الحساب فقط، دون غيرها أو عبر إتصال بواسطة الهاتف الى رقم خاص مع تأخير تفعيل الخدمة وإستثناء عبر إرسال إيميل بعد موافقة المستشار البنكي⁹⁹⁷. و طبقا للمادة 29 من قانون تدابير حماية المستهلك، فإن عرض عقد الخدمات البنكية عن بعد، يجب أن يتضمن: "دون الإخلال بالمعلومات المنصوص عليها في المادتين 3⁹⁹⁸ و5⁹⁹⁹ أو في أي نص تشريعي أو تنظيمي آخر جاري به العمل، المعلومات التالية :

⁹⁹⁵ - Hervé.Jacquenim , Art.cit, p.328.

⁹⁹⁶ - Mustapha.Mekki, *le formalisme électronique : la neutralité technique n'emporte pas neutralité axiologique*, Revue des contrats, 1 juillet 2007, n°3, p.681.

N.Patureau, *sécurité juridique et commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs : ordonnance n° 2005-648*, revue Lamy droit des affaires, février 2006, actualités droit du financement.

⁹⁹⁷ - المصدر مركز العلاقة مع الزبناء لدى البنك المغربي للتجارة الخارجية و مستشارة وكالة Bmce Amria Béni Mellal.

⁹⁹⁸ - تنص المادة 3 من قانون تدابير حماية المستهلك على أنه: " يجب على كل مورد أن يمكن المستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للمنتج أو السلعة أو الخدمة وكذا مصدر المنتج أو السلعة وتاريخ الصلاحية إن اقتضى الحال، وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكانياته. ولهذه الغاية، يجب على كل مورد أن يعلم

1. التعريف بالميزات الأساسية للخدمة محل العرض؛

2. إسم البنك وتسميته التجارية والمعطيات الهاتفية، التي تمكن من التواصل الفعلي معه وببريده الإلكتروني وعنوانه ومقره الاجتماعي، وإذا تعلق الأمر بغير البنك المورد فعنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض؛

بالنسبة للبنك السبيرياني: باعتباره خاضعا لشكليات القيد في السجل التجاري، فرقم تسجيله ورأسمال الشركة؛

– رقم تعريفه الضريبي؛

– رقم الرخصة وتاريخها والسلطة التي سلمتها؛

3. أجل التسليم ومصاريفه إن اقتضى الحال؛

4. وجود حق التراجع المنصوص عليه في المادة 36، ما عدا في الحالات التي تستثني فيها أحكام هذا الباب ممارسة الحق المذكور؛

5. كفاءات الأداء أو التسليم أو التنفيذ؛

6. مدة صلاحية العرض وثمنه أو تعريفته؛

7. تكلفة استعمال تقنية الاتصال عن بعد؛

8. المدة الدنيا للعقد المقترح، إن اقتضى الحال، عندما يتعلق الأمر بتزويد مستمر أو دوري لخدمة. تبلغ المعلومات المذكورة، التي يجب أن يتجلى طابعها التجاري دون التباس، إلى المستهلك بصورة واضحة ومفهومة عن طريق كل وسيلة ملائمة للتقنية المستخدمة للاتصال عن بعد. هذا دون الإخلال بمقتضيات القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية. كما يجب على البنك أن يذكر المستهلك قبل إبرام العقد بمختلف اختياراته وأن يمكنه من تأكيد طلبيته أو تعديلها حسب إرادته¹⁰⁰⁰.

المستهلك بوجه خاص عن طريق وضع العلامة أو العنونة أو الإعلان أو بأي طريقة مناسبة أخرى بأسعار المنتجات والسلع وتعريفات الخدمات وطريقة الاستخدام أو دليل الاستعمال ومدة الضمان وشروطه والشروط الخاصة بالبيع أو تقديم الخدمة، وعند الاقتضاء، القيود المحتملة للمسؤولية التعاقدية؛ تحدد إجراءات الإعلام بنص تنظيمي".

⁹⁹⁹ - تنص المادة 5 من قانون تدابير حماية المستهلك على أنه: "يجب أن يشمل البيان المتعلق بالسعر أو التعريف التي يكون الإعلام بهما إجباريا تطبيقا للمادة 3 الثمن أو التعريف الإجمالية التي يتعين على المستهلك دفعها بما في ذلك الضريبة على القيمة المضافة وجميع الرسوم الأخرى وكذا التكلفة الإضافية لجميع الخدمات التي يلزم المستهلك بأدائها".

1000 - طبقا للمادة 5 من القواعد التوجيهية الأوروبية، فإن البنك باعتباره مقدم خدمة، يخضع لالتزامات شكلية بالإعلام تضاف إلى الالتزامات العامة في مجال العقود المبرمة عن بعد والموجهة للمستهلك، حيث يلتزم البنك بضمان تعرف المستهلك من خلال ولوج سهل

هذا عن شكليات تقديم الخدمات عن بعد. فماذا عن الشكليات المتعلقة بالخدمات عن قرب؟

ثانيا- بخصوص بيع الخدمات عن قرب خارج المحلات التجارية للبنك

يسعى البنك أحيانا للتعاقد مع مستهلكي الخدمات البنكية في مكان غير مخصص لعمله المعتاد. طبعاً يؤدي ما يسمى بالبيع المصنفي هنا في مكان خاص إلى وضع المستهلك في وضعية ضعف، رغم أن المفروض أن يكون العكس. لكن وضعية الضعف تلك تنتج عادة عن المقاربة الهجومية المستعملة من قبل البنك. فممثل البنك المنتقل إلى منزل المستهلك، يجعل هذا الأخير في وضعية يستحيل عليه فيها أن يقارن بين المنتج المعروض عليه والمنتجات البنكية للمؤسسات الائتمانية المنافسة لا سيما إن كان المستهلك نفسه في وضعية ضعف نتيجة لصغر سنه مثلاً¹⁰⁰¹. كما أن غياب مهلة التفكير تجعله ضحية إستغلال لضعفه¹⁰⁰².

لهذا نصت المادة 47 من قانون تدابير حماية المستهلك على أنه: "يجب أن يبرم في شأن عمليات البيع خارج المحلات التجارية عقد مكتوب، يسلم نظير منه إلى المستهلك وقت إبرام العقد المذكور والذي يجب أن يتضمن استمارة قابلة للاقتطاع يكون الغرض منها تسهيل ممارسة حق التراجع وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 49. يجب أن يوقع المستهلك بخط يده جميع نظائر العقد ويؤرخها.

تحدد بنص تنظيمي¹⁰⁰³ البيانات التي يجب أن تتضمنها الاستمارة المشار إليها في الفقرة الأولى".

يمكن أن نتساءل إن كان ممثل البنك أو المفوض له ملزم بإعلام مكمل للبيانات الواردة في المادة المذكورة أم لا يلزم ذلك؟ جاء في قرار عن محكمة الاستئناف بفيرساي بتاريخ 8 يوليوز 1994، أنه عند انقضاء أجل التراجع في حالة المشتري بالمنزل يبقى من حقه الدفع بعيوب الرضى¹⁰⁰⁴.

مباشر ودائم إلى مجموعة من المعلومات المحددة التي تمكن من التعرف على الشريك والتي من بينها هوية وعنوان ورقم التسجيل في السجل التجاري، الرأسمال والمقر الاجتماعي. تلك الالتزامات في حد ذاتها تشكل تضخماً في البيانات الموجهة لإعلام المستهلك. أما بخصوص نقادي إغراق المستهلك بالإشهار التجاري عبر تقنية Spamming.

¹⁰⁰¹ - E.Bazin, de la protection du mineur en matière de démarchage bancaire, Revue Lamy droit des affaires, actualités droit économique, en date du 3/1/2007.

1002- Didier.Ferrier, op.cit, p.23.

1003- أنظر المادة 29 من المرسوم رقم 2.12.503، سالف الذكر، والتي تنص على أنه: "تطبيقاً للمادة 47 من القانون رقم 31.08 المذكور أعلاه، تحدد الاستمارة القابلة للاقتطاع المتعلقة بممارسة حق التراجع فيما يخص البيع خارج المحلات التجارية بقرار مشترك للسلطة الحكومية المكلفة بالتجارة والسلطة الحكومية الوصية على قطاع النشاط المعني".

هذا وعلاقة بتلك المادة صدر قرار لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي رقم 3.14 صادر في 29 من صفر 1435 (2 يناير 2014) بتحديد بيانات الاستمارة القابلة للاقتطاع المخصصة لتسهيل ممارسة حق التراجع في البيع خارج المحلات التجارية في قطاع التجارة والصناعة. جريدة رسمية عدد 6274- 19 رمضان 1435 (17 يونيو 2014)، ص.5920.

¹⁰⁰⁴ - Cass. 1^{re} civ, 8 juillet 1994 :Contr.Conc.Consom., 1995, p.3.

فنظرية عيوب الرضى هي مبدأ مكمل للشكالية الإخبارية. هذا ويرتب إسقاط المادة 48 من القانون 31.80 البطلان في حالة عدم تضمين العقد البنكي ما يلي:

- اسم البائع خارج المحلات التجارية ووسيطه أو تسميتهما التجارية. فتيان إسمهما ضروري تحت طائلة بطلان عقد الخدمة البنكية¹⁰⁰⁵؛

- عنوان المورد أي البنك في نازلة الحال؛

-عنوان مكان إبرام العقد. حيث تعد مثلا المعارض وصالونات العرض أماكن لترويج المنتجات¹⁰⁰⁶. بل الأكثر من ذلك قد يعد منزل أحد الأغيار مكانا خارج المحلات التجارية للبنك¹⁰⁰⁷؛

- التحديد الدقيق لطبيعة المنتجات البنكية ومميزاتها؛

- شروط تنفيذ العقد ولاسيما كفاءات وأجل تقديم الخدمات والسعر الإجمالي الواجب أدائه؛

- كفاءات الأداء؛

- إمكانية التراجع المنصوص عليها في المادة 49 بعده وكذا شروط ممارسة، هذه إمكانية والنص الكامل للمواد من 47 إلى 50 من هذا القانون بشكل بارز.

وقد ذهبت بهذا الخصوص، محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 23 أكتوبر 1984، على أن البيانات الضرورية لا يجب فقط أن تنقل في نظير العقد المسلم للزبون ولكن أيضا أن تكون مضمنة بشكل بارز¹⁰⁰⁸. هذا وقد نصت تلك المادة 48 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه : " لا يجوز أن يتضمن العقد المذكور أي شرط يتعلق بإسناد الاختصاص " .

عرف الإجتهد القضائي الفرنسي إشكال ازدواجية الشكليات الإجرائية بالنسبة للعقود البنكية المبرمة خارج المحلات البنكية. حيث خضعت تلك العقود من حيث صحتها للمقتضيات الشكالية المتعلقة بالقروض البنكية وكذا الشكليات المرتبطة بالبيع خارج المحلات التجارية للبنك.

هنا يحق التساؤل، ما العمل إذا ما أبرم مثلا وسيط بائع عقار، عقدا عرفيا ينص على بيع عقار واقتراح في نفس الوقت عرض عقد قرض عقاري على المستهلك لأجل التوقيع؟ فهل يتوجب أن يتضمن عقد البيع وعرض عقد القرض العقاري نفس البيانات المشترطة في قانون تدابير حماية المستهلك لكل من البيع خارج المحل التجاري وشكليات المادة 118 منه؟ جاء بهذا الخصوص في

¹⁰⁰⁵ - Marc.Bruschi, *démarchage*, Revue des contrats, 1 avril 2004, n° 2 , p.302.

¹⁰⁰⁶ - Cass.civ ,1^{re}, 10 juillet 1995, n°93-16-958, Bull.Civ.I , n°317, RTD. com., p.313, Obs. B.Bouloc.

¹⁰⁰⁷ - Cass.civ.1^{re}, 6 juillet 2003, n 000-21.651, Rev.lamy .dr.aff .2003, n°64, obs .R .David.

¹⁰⁰⁸ - Cass.com, 23 oct .1984 , Bull.civ.IV, n°279.

قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 3 ماي 2007 أن علم المستهلك بسبب بيانات عرض القرض الذي سلم له بمناسبة البيع المصفقي كافية، لاعتبار أن الشكلية الإخبارية قد تم الإخبار بها، دون حاجة إلى اعتبار شكليات العقد الرئيسي¹⁰⁰⁹. فالعبرة هي بروح القانون وليس بالتطبيق الحرفي للنصوص المكررة والمتداخلة.

كل هذا عن الالتزام بالإعلام كوسيلة حمائية، تنبني على قواعد موضوعية لحماية المستهلكين. فماذا عن حق المستهلك في التفكير؟

الفرع الثاني: الحق في التفكير

يسري الالتزام بالإعلام على جميع العقود وبخاصة التي يكون أحد أطرافها مستهلكا. فإلى جانب منع أساليب التضليل والخداع في بلورة رضا مستنير ومستند إلى معرفة موضوعية بمختلف المعطيات المحيطة بالعملية التعاقدية، يقوم الالتزام بالتفكير، بواسطة تقنية العرض المسبق في مجال الاستدانة، بوظيفة إعلامية خاصة حيث يمكن المستهلك من التفكير والتروي¹⁰¹⁰. فانطلاقا من إصدار العرض المسبق، ينطلق حق المستهلك في التفكير لمهلة محددة بقوة القانون.

يلزم المقرض بالنسبة للقروض الاستهلاكية، وطبقا للمادة 77 فقرة 3 من قانون تدابير حماية المستهلك عند تسليم العرض المسبق، بالإبقاء على الشروط الواردة فيه خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام من تاريخ تسليمه للمقرض.

أما بخصوص القرض العقاري، فيلزم المقرض، طبقا للمادة 120 فقرة أولى من نفس القانون، بالإبقاء على الشروط التي حددها في العرض الذي وجهه للمقرض طيلة مدة لا تقل عن خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم المقرض للعرض.

وبالموازاة مع ذلك، يظل المقرض ملزما بالعرض طوال تلك المدد المقررة لصالح المستهلك، في انسجام تام مع أسلوب الحماية الوقائي الذي تتميز به قوانين الاستهلاك والالتزام بالإعلام سواء في جانبه العام أو في جانب ما يتضمنه العرض المسبق من معلومات محددة. فما هي المنفعة من تلقي إعلام كامل، إذا لم يكن هناك وقت لتفهمه وتقدير أهميته؟ فالنظام العام الحمائي المكون من قواعد قانونية، يوجب أسبابا أخلاقية وأخرى متعلقة بالأمن القانوني لكي يحمي المستهلك البنكي في حالة ضعف¹⁰¹¹. هذا بالإضافة إلى أن المستهلك يمكنه من خلال الالتزام بالتفكير وقبل الحصول على الخدمة أن يحصل على أكثر من عرض واحد، في نفس الوقت أو في أوقات مختلفة. فيكون كل

¹⁰⁰⁹ - Cass.civ, 1^{re}, 3 Mai 2007, pourvoi n°05, 21458. Voir également : Dominique.Fenouillet, *démarchage et crédit : la cour de cassation refuse un cumul des formes coûteux et inutile*, Revue des contrats, 10 octobre 2007, n°4, p.1194.

¹⁰¹⁰ - عمرو قريوح، الحماية القانونية للمستهلك، القرض الاستهلاكي نموذجا، مرجع سابق، ص. 231 و 234.

¹⁰¹¹ - Stéphane Gervais, *sanction du non respect de la réglementation sur le démarchage à domicile*, J.C.P, éd. G., édition générale, n°8, 24 février 1999, II, 10039, p.2.

المتعاقدين مع المستهلكين الذين حصل كل منهم على عرض مسبق، ملزمين بعروضهم خلال المهلة القانونية. بينما لا يلزم المستهلك بأي عرض، وإنما يبقى له حق الاختيار بين العروض المتاحة. ولا شك أن في الحالتين معاً، فإن تمكين المستهلك من وقت للتفكير تدبير حمائي بالغ فهو وقت للتفكير وللتداول حول ملاءمة العملية. يمكن من تقدير العواقب بعيداً عن أي ضغط، ويفتح للمستهلك باب الموازنة بين عروض عديدة لتحديد العملية التي تقدم له ميزة أكثر من غيره وفق إمكانياته ووقاية له من التعبير عن رضا متعجل وغير مدروس¹⁰¹².

هذا ويختلف الإمهال من أجل التبصير بحسب ما إذا كان سابقاً عن توقيع العرض المسبق، حيث نتحدث عن مهلة التفكير (المبحث الأول) أو لاحقاً عن توقيعه، حيث نتحدث عن حق الرجوع (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مهلة التفكير السابقة على التعاقد

تتجلى مهلة التفكير أو التروي قبل إبرام العقد، في أن القانون منح المستهلك بعد تسلمه العرض المكتوب من البنك، أجلاً يستغله في قراءة عرض القرض وطلب الاستشارة والتأكد من وجود فائدة يجنيها من وراء شرائه عن طريق الائتمان أو بعده. حيث يتشابه ذلك الأجل مع الأجل الممنوح لذات الغرض في البيع. هذا وقد كرس قانون تدابير حماية المستهلك تقنية أجل التفكير لمواجهة مفاجأة المستهلك، التي تعد ممارسة عدائية معتادة في مجتمع الاستهلاك. حيث يهدف المهنيون البنكيون من خلال تلك الممارسة إلى فرض إبرام عقود قد لا تكون مناسبة للمتعاقد معهم. إن أجل التفكير يعد إلى جانب الآليات التقليدية لحماية المستهلكين وسيلة حديثة لحماية رضى المستهلك. هذا وقد حاول الفقه تكييف تلك الآلية. حيث اعتبرها البعض بمثابة عقد معلق على شرط أو أجل أو أنها تقتبس من تقنية قانون البيع أو حتى من نظرية التكوين التدريجي للعقد¹⁰¹³. وللاقترب أكثر من هذه الوسيلة الفعالة لحماية رضى المستهلكين نرى دراسة نطاق مهلة التفكير الممنوحة لبعض مستهلكي الخدمات البنكية (المطلب الأول) قبل التطرق لجزاء عدم احترامها من قبل البنك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نطاق مهلة التفكير

تتميز العقود المبرمة بين البنك وغير المهنيين بكونها تتعلق بطائفة تتوفر على معلومات أقل من البنك مما يوجب وقتاً أطول للتفكير. يسمح أجل التفكير بتجنيب المستهلك كل رضى متسرع، ويتيح له التفكير في العرض خلال الأجل المحدد¹⁰¹⁴. فمن العدل أن يكون الرضى كاملاً؛ أي إلزام المرء

¹⁰¹² - عمرو قريوح، مرجع سابق، ص. 240 و 241.

¹⁰¹³ - Vassili.Christianos, *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs*, Recueil.Dalloz, 1993, p. 28.

¹⁰¹⁴ - May.Hammoud, op.cit, p. 518.

عن علم بما يتعاقد حوله. فالزمن هو المعيار الكفيل بإظهار مدى نضج الرضى وبالتالي إبطاء زمن انعقاده¹⁰¹⁵.

جاء في قرار للغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 30 يونيو 2004 أنه إذا كان من حق البنك تحديد سعر خدماته بكل حرية، فإنه لا يكون كذلك متعسفا إذا ما كان زبونه معلوما وسمح له بالوقت الكافي للجوء إلى المنافسين¹⁰¹⁶. فالإلى جانب ما وفره المشرع من وسائل تبصير المتعاقد الضعيف بشروط العقد وخبائاه الظاهرة والباطنة، فقد منحه أجل التفكير خروجاً عن القاعدة العامة التي نص عليها ظهير الالتزامات والعقود في الفصل 19 الذي جاء فيه: " لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية " ¹⁰¹⁷.

إنه على خلاف الحرب الخاطفة التي يطالب بها في المجال العسكري، يجب عدم مفاجأة المستهلكين في قانون الاستهلاك. ذلك أن جذب المستهلكين والضغط عليهم للتوقيع، يبقى من الممارسات التعسفية لأبنائك لإجبار الزبناء على إبرام عقود تكون مفيدة للمؤسسة البنكية وليس بالضرورة مفيدة للمستهلكين¹⁰¹⁸. لأجله تعد آلية مهلة التفكير آلية متميزة ينص عليها قانون تدابير حماية المستهلك لفعالية رضى المستهلكين لا على مستوى الاستدانة (الفقرة الأولى) أو على مستوى بعض الخدمات البنكية المبرمة خارج المحلات التجارية للبنك (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: في مجال الإستدانة

لقد قام مشرع قانون تدابير حماية المستهلك بإبداء رغبته في محاصرة عدم المساواة بين البنك ومستهلكي الخدمات البنكية. وتجلّى ذلك من خلال إقرار رخصة عدم التوقيع على العقد إلا بعد مضي مدة التفكير لغاية الوقاية من المديونية المفرطة والسقوط ضحايا إغراءات الإقراض¹⁰¹⁹. يلزم مقرض القروض الاستهلاكية، عند تسليم العرض المسبق بالإبقاء على الشروط الواردة فيه

¹⁰¹⁵ - N.Vallet, op.cit, p.95.

¹⁰¹⁶ - Cité in : G.Canivet, « les effets économiques de la jurisprudence bancaire », in : « les banques entre droit et économie », ouvrage collectif, L.G.D.J, paris, 2006, p.12.

¹⁰¹⁷ - أمينة ناعمي، أحكام الشرط في القانون المدني المغربي على ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، دراسة مقارنة، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، فبراير 2009، ص. 128 و 129.

¹⁰¹⁸ - Vasnili.christian, la surprise du consommateur, manifestation d'une pratique abusive, D.S, 1993, p.28.

¹⁰¹⁹ - Bénédicte.Bury, la bonne foi dans la relation contractuelle du banquier avec son client, Gaz.Pal, 17 mars 2009, p.19.

خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام من تاريخ تسليمه للمقترض¹⁰²⁰ (أولاً). في حين، يجب أن لا تقل تلك المدة في القرض العقاري عن خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلم المقترض للعرض¹⁰²¹ (ثانياً).

أولاً: فيما يتعلق بالقروض الاستهلاكية

نصت المادة 77 من قانون تدابير حماية المستهلك، أنه يلزم المقرض عند تسليم العرض المسبق بالإبقاء على الشروط الواردة فيه، خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام من تاريخ تسليمه للمقترض. هكذا يلاحظ أن 7 أيام كحد أدنى أصبحت تشكل في عقد القرض الاستهلاكي، إلى جانب الشكليات التي سنعالجها لاحقاً، عنصراً للحماية، يفتح الباب أمام رضى حر ومستنير¹⁰²². وقد عبر عن ذلك البعض بأن المشرع باستعماله للوقت كوسيلة للحماية، يكون قد وضع بين يدي المقترض إحدى الأساليب التقليدية لحماية الطرف الضعيف، ألا وهي ربح الوقت لتجنب التضليل وتجنب الرضا المعيب. فالوقت يشكل فعلاً عنصراً ضرورياً لتقدير نفعية عقد القرض الاستهلاكي لمحاولة ضمان نهاية جيدة لعقد غير مأمون النتائج. في حين لم يرى البعض في هذا النوع من الاستخدام التشريعي للوقت حماية لرضا المستهلك المقترض، بل سوى ترجمة للآلية الاتفاقية التي كانت تسمح في السابق بإعداد مهلة التفكير لأحد المتعاقدين. حيث كان الأطراف يؤجلون إبرام العقد حتى يتوفر الوقت لأحد الأطراف للتفكير بواسطة وعد منفرد بالعقد أو ما يسمى بالعقد التمهيدي. لكن هذا المنظور، لا يأخذ بعين الاعتبار الاختلاف الجوهرى بين الوضعيتين، إذ أن منح الأطراف وقت التفكير لبعضها البعض في العقد التمهيدي، إنما مجاله الغالب هو عقود التفاوض التي يكون فيها للأطراف قوة في المفاوضة وهو ما لا يتوفر في عقود القرض الاستهلاكي. ثم إن وقت التفكير المرتبط بالعرض المسبق يختلف تماماً عما هو ممنوح للمستهلك بقوة القانون ولمدة محددة قانوناً وهو فوق ذلك من النظام العام ولمصلحة المستهلك بالذات¹⁰²³. إن أهم مميزات أجل التفكير في مجال القروض الاستهلاكية هو تنقيص المادة 87 في فقرتها الأولى من قانون تدابير حماية المستهلك أنه "لا يمكن، ما لم يتم إبرام عقد القرض بصورة نهائية، أن يؤدي أي مبلغ بأي شكل من الأشكال وبأي كيفية كانت من لدن المقترض أو لحسابه ولا من لدن المقترض إلى المقرض".

أما بخصوص القرض المخصص فقد أوضحت في نفس الاتجاه المادة 99 فقرة أولى من القانون المذكور أنه: "لا يجوز للمورد أن يتسلم من المقترض أي أداء إلا بعد إبرام عقد القرض بصفة نهائية". أما بخصوص عقود الإيجار المفضي إلى البيع والإيجار المقرون بوعد البيع والإيجار مع

¹⁰²⁰ - المادة 77 من قانون تدابير حماية المستهلك.

¹⁰²¹ - المادة 120 من قانون تدابير حماية المستهلك.

¹⁰²² - Sinay-Cyterman, *Protection ou surprotection du consommateur*, J.C.P, Ed.G, 30 Nov.1994,n°.48.

¹⁰²³ - عمرو قريوح، مرجع سابق، ص.242.

خيار الشراء فقد نصت المادة 138 من قانون تدابير حماية المستهلك على أجل 15 يوما كحد أدنى لتفكير المكنكري ولا يمكن للمكنكري قبول العرض إلا بعد عشرة أيام من تسلمه.

جاء في المادة L312-18 من مدونة الاستهلاك الفرنسية إن: " عرض عقد القرض يكون على شكل كتابي أو أي حامل آخر دائم. وأنه يتم توفيره في نسخ بعدد مساو للأطراف، وعند الاقتضاء بعدد الكفلاء. كما أن تسليم أو إرسال عرض القرض للمقترض يلزم المقرض بالبقاء على شروط العرض خلال مدة دنيا لا تقل عن 15 يوما ابتداء من تسليم العرض أو إرساله".

هذا عن أجل التفكير في مجال القروض الاستهلاكية. فماذا عن القرض العقاري؟

ثانيا: في مجال القرض العقاري

نصت المادة 120 فقرة 1 من قانون تدابير حماية المستهلك، أن المقرض يلزم بالإبقاء على الشروط التي حددها في العرض المسبق، الذي وجهه للمقترض طيلة مدة لا تقل عن خمسة عشر يوما من تاريخ تسلم المقترض للعرض. وتصدق الفقرة الثانية من الفصل المذكور بتصريحها، أنه يتوقف العرض على قبول المقترض والكفيل من الأشخاص الطبيعيين المصرح بهم. ولا يجوز للمقترض والكفيل قبول العرض إلا بعد تسلمه بعشرة أيام حيث يجب أن يبلغ قبول العرض بأية وسيلة تثبت التوصل.

فإذا كان من حق المقترض والكفيل تقليص أجل 15 يوما إلى 10 أيام. فإن الأجل الأول يعد الحد الأدنى المتوجب احترامه من طرف البنك المقرض. جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 9 دجنبر 1997 أن أجل 10 أيام لقبول العرض المسبق المرسل بالبريد هو أجل غير كامل وهو من النظام العام لا يمكن التنازل عنه وأن أي قبول قبل إنصرام الأجل يجعل العقد باطلا¹⁰²⁴. إن المشرع بإقرار الحد الأدنى من مدة التفكير بخصوص القرض العقاري لا يتوقع من مستهلكي الخدمات البنكية أن يضعوا عروض القروض في دواليب مكاتبهم ولكن أن يكونوا رأيا معقولا حول الائتمان بمنحهم العناصر الضرورية لتقييم العرض وعدم توقيعه¹⁰²⁵. كما أن قصر التمتع بأجل التفكير على الأشخاص الطبيعيين هي إشارة طيبة من المشرع حول رغبته في ضمان فعالية هذا الحق وعدم تحويله عن الغاية من التنصيص عليه.

أما فيما يتعلق بتاريخ انطلاق أجل التفكير، فإن المشرع المغربي لم ينظمه في مجال القرض العقاري، رغم التنصيص على مقتضيات تنظم محتوى العرض المسبق ووجوب تسليم العرض المسبق. على خلاف ذلك، تنص المادة L 313-34 من مدونة الاستهلاك الفرنسية على أن قبول العرض المسبق العقاري من قبل المقترضين أو كفلائهم لا يمكن أن يتم إلا بعد عشرة أيام من تسلم

¹⁰²⁴ - Cass.1^{re}, Civ., 9 déc 1997, n°95-15, 494, Bull Civ. I, n°368.

¹⁰²⁵ - E. Scholastique, *Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur*. A propos d'un arrêt de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation, Defrénois, 1996, p.689 et s.

العرض المسبق وان القبول يكون عبر رسالة بريدية حيث إن ختم البريد يعد تاريخ قبول القرض العقاري دون أي توضيح آخر.

لكن المادة 125 من قانون تدابير حماية المستهلك المتعلقة بتجديد التفاوض أوضحت مما يفيد ضمنا إمكانية تلقي العرض الجديد بالبريد أنه: "يتوفر المقترض على أجل عشرة أيام للتفكير بيتدئ من تاريخ التوصل بالمعلومات المشار إليها أعلاه". هذا عن أجل التفكير في مجال الاستدانة، فماذا عن بعض الخدمات البنكية المبرمة خارج المحلات التجارية؟

الفقرة الثانية: في مجال بعض الخدمات البنكية المبرمة خارج المحلات التجارية

يعد منح أجل التفكير لمستهلكي الخدمات البنكية خارج المحلات التجارية للبنك من بين التقنيات الحديثة والتميزة في القوانين المقارنة لحماية المستهلكين من خلال مقارنة وقائية¹⁰²⁶. وتعد تلك التقنية مهمة لكنها تغيب للأسف في العقود التي تبرم بالمغرب عن بعد (أولا) أو بطريقة مصفقية (ثانيا)

أولا: غياب أجل التفكير المتعلق بالعقود البنكية المبرمة عن بعد

عرف المجال البنكي استعمال بعض وسائل الاتصال في مجال البيع، مثل الهاتف والفاكس وخاصة التلفزيون والانترنت نموا كبيرا وتنوعا سريعا، مما أدى إلى ظهور نوع جديد من بيع البنوك لخدماتها أكثر اتساعا من البيع بالمراسلة أطلق عليه اسم "البيع عن بعد". إنه تقنية للتسويق، تسمح للمستهلك بطلب منتج أو الحصول على خدمة خارج الأماكن المعتادة لاستقبال الزبناء من البنك. وفي هذا الإطار تنص المادة 26 فقرة أولى من القانون المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك على أنه "تطبق أحكام هذا الباب على كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا عن بعد أو يقترح بواسطة إلكترونية توريد منتج أو سلعة أو تقديم خدمة للمستهلك، كما تطبق هذه المقضيات على كل عقد ينتج عن هذه العملية بين مستهلك ومورد بواسطة تقنية الاتصال عن بعد"¹⁰²⁷. هذا وقد أوضحت المادة 25 في فقرتها الأولى أنه يقصد بتقنية الاتصال عن بعد "كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين المورد والمستهلك بدون حضورهما شخصا وفي آن واحد"¹⁰²⁸.

فالمستهلك الذي يتم الاتصال به بإحدى وسائل الاتصال عن بعد خاصة الهاتف، قد يقبل العرض الموجه إليه دون أن يفكر فيه بشكل جدي، بل أحيانا قد يقبله لمجرد الرغبة في التخلص من مخاطبه

¹⁰²⁶ - Vassili.Christianos, Art.cit, p.28.

¹⁰²⁷ - J.Passa, Les règles générales du commerce électronique et leur application dans les rapports avec les consommateurs, LPA, 06 février 2004, n° 27.

¹⁰²⁸ - هذا وقد عرفت المادة 2 فقرة 1 من القواعد التوجيهية الأوروبية الصادرة بتاريخ 20 ماي 1997 المتعلقة بحماية المستهلكين في مجال العقود المبرمة عن بعد هذه العقود بأنها كل عقد يتعلق بسلع أو خدمات مبرم بين مورد ومستهلك في إطار عملية للبيع أو تقديم خدمة عن بعد من طرف المورد الذي يستعمل من أجل ذلك، تقنية واحدة أو عدة تقنيات للاتصال عن بعد إلى أن يتم إبرام العقد ويدخل في ذلك إبرام العقد نفسه" ويقصد بتقنية الاتصال عن بعد حسب المادة 2 من التوجيه "كل وسيلة يمكن أن تستعمل عند إبرام العقد في غياب الحضور المادي والمتزامن للمورد والمستهلك".

بسرعة، لذلك يكون من اللازم أن يمنح له وقت التفكير ولا يكون الأمر كذلك إلا إذا توفرت له المعلومات الضرورية حول العملية المعروضة عليه.

وهكذا فكيفما يكون جوابه الأول، فهو لن يكون ملتزما مادام لم يقبل بعد التأكيد الكتابي. هذا ويظهر من خلال ذلك أن مسلسل تبادل الرضا في هذا النوع من البيوع يمر عبر عدة مراحل، مادام أنه "وعلى أبعد تقدير عند التسليم" يجب على البنك أن يوجه للمستهلك كتابة أو بأية وسيلة دائمة أخرى موضوعه رهن تصرفه تأكيدا لمحتوى المعلومات التي سبق له أن وجهها بداية¹⁰²⁹. لكن التكوين التدريجي للرضى هنا لا يمكن اعتباره بمثابة أجل تفكير وإن كان يسمح بتبصر المستهلك. على خلاف الصيغة السابقة للمادة 29 من قانون تدابير حماية المستهلك التي كانت تمنع تلقي أو طلب أي أداء قبل إبرام العقد بصفة نهائية¹⁰³⁰. لذلك فإن المشرع المغربي تعمد عدم تمتع المستهلك البنكي المتعاقد عن بعد من أجل التفكير انسجاما مع طبيعة البيع عن بعد التي يصعب فيها التواصل مرتين مع الزبون لاسيما أمام تمتع هذا الأخير بحق التراجع. لكن يظل أجل التفكير في رأينا قائما إذا تعلق الأمر بتقنية تعاقد عن بعد مرتبطة بخدمات، نص قانون تدابير حماية المستهلك على تمتع مستهلكيها بمهلة تفكير، كالقروض الاستهلاكية والقرض العقاري، حتى في غياب نص واضح؛ تطبيقا للمقتضيات الخاصة المتعلقة بذلك الأجل في باب الاستدانة. هذا عن غياب أجل التفكير في مجال العقود البنكية المبرمة عن بعد كقاعدة. فماذا عن غياب أجل التفكير في بيع الخدمات البنكية خارج المحلات التجارية؟

ثانيا: غياب أجل التفكير المتعلق ببيع الخدمات البنكية خارج المحلات التجارية

يقصد بالبيع خارج المحلات التجارية بالنسبة للبنك ممارسة أو العمل على ممارسة البيع خارج محلاته التجارية في موطن الشخص الطبيعي أو في محل إقامته أو في مقر عمله، ولو بطلب منه، لأجل أن يقترح عليه خدماته. ويعتبر أيضا بيعا خارج المحلات التجارية، البيع خارج تلك المحلات في الأماكن غير المعدة لتسويق الخدمة المقترحة¹⁰³¹ من قبيل الأسواق التجارية الكبرى. هذا علما

¹⁰²⁹ - أبو بكر مهم، قراءة في المقتضيات المتعلقة بالبيع عن بعد، مجلة الدفاع، هيئة المحامين لدى محكمة الاستئناف بسطات، العدد السادس، أكتوبر 2011، ص.79.

¹⁰³⁰ - مصفوفة متعلقة بمشروع قانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مستند داخلي، وزارة التجارة، غير منشور.

¹⁰³¹ - المادة 45 من قانون تدابير حماية المستهلك.

S.Durox, la constitution d'un réseau externalisé de démarcheurs et d'intermédiaires dédiés à la commercialisation de produits et services bancaires ou financiers, revue Lamy droit des affaires, supplément études, en date du 3/5/2002.

أن المشرع نظم القواعد المتعلقة بالوساطة في مجال بعض الأنشطة البنكية في الفصول 161 الى 171 من القانون البنكي الجديد¹⁰³².

هذا وقد تم اقتباس أجل التفكير المتعلق ببيع بعض الخدمات البنكية خارج محلات البنك أو البيع المصفاقي في فرنسا من القواعد التوجيهية بتاريخ 23 شتنبر 2002 حول الترويج عن بعد للخدمات المالية. حيث كرست المادة L341-16 من المدونة النقدية والمالية أجل التفكير لفائدة الشخص الذي تم بيعه منتجا خارج المحل¹⁰³³. أجل التفكير ذلك، تم التنصيص عليه في الفقرة الرابعة من المادة L341-16 (صيغة 22 ماي 2019) لصالح الأشخاص موضوع البيع عبر الزيارة. فضلا عن ذلك، فإن الأصل أن الأشخاص الذين يبيعون بالمنزل لا يمكنهم أن يتحصلوا على أوامر أو أموال من قبل الأشخاص بالمنزل لأجل تزويدهم بخدمات تحصيل أو تحويل أو تنفيذ أوامر لصالح الأغير المنصوص عليهم في المادة L321-1 (صيغة 22 ماي 2019) أو أدوات مالية منصوص عليها في المادة L211-1 (صيغة 22 ماي 2019).

إن أجل التفكير هو في حدود 48 ساعة ويبدأ من اليوم ما بعد الموالي لتسليم الوصل الذي يثبت تسليم الشخص بالمنزل للمعلومات وكذا المستندات المنصوص عليها في الفصل L341-12 (صيغة 22 ماي 2019). كما أن تسليم تلك المستندات، يجب أن يكون كتابة بواسطة حامل كتابي. جاء في

¹⁰³² - هنا يتعلق الأمر بالوساطة في البيع، أما الوساطة كآلية لحل النزاعات قبل الادعاء أمام القضاء فقط تطرق إليها مشرع قانون تدابير حماية المستهلك. جاء بهذا الخصوص، في حكم المحكمة الابتدائية بتازة بتاريخ 2015/6/25: "إنه بخصوص ما اثارته المدعية من عدم لجوء المدعى عليها إلى الوساطة قبل عرض النزاع على المحكمة، فإنه بالرجوع إلى المادة 111 من قانون تدابير حماية المستهلك، فنجدها تربط اللجوء الى هاته المسطرة بحالة الحيلولة دون سداد اقساط الدين بالحالة الاجتماعية أو الفصل عن العمل وهو مالم تستطع المدعية إقامة الدليل عليه خاصة وأن ما ادعته المدعية من كونها اصببت بمرض عضال، فإن الشواهد الطبية المدلى بها ترجع إلى تاريخ متأخر بين سنة 2013 و 2014 عن تاريخ التخلي عن سداد الدين والذي ابتدأ من 2009/6/1". وهو تعليل في رأينا يتناقض مع اخذ القضاء المدني والجزري بالشواهد الطبية، حيث لم يعرف القضاء المغربي حالات استبعاد الشواهد الطبية دون عرض المرضى المقترضين على خبرة طبية. حكم المحكمة الابتدائية بتازة، صادر في الملف العقاري عدد 239 / 2014، بتاريخ 2015/6/25، غير منشور.

هذا وقد ميزت المحكمة التجارية بفاس في حكم لها بتاريخ 2018/6/28 بين الدفع بعدم اجراء الوساطة قبل المطالبة القضائية و طلب الامهال القضائي بسبب التوقيف عن العمل او بسبب الاعتقال اللاحق و اوجبت اثبات ان يكون عدم اداء الاقساط له علاقة مباشرة بالسبب المحتج به. حكم المحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2018/6/28، ملف عدد 2017/8210/175، غير منشور. لكن نفس المحكمة رتب جزاء عدم قبول الدعوى لعدم اجراء الوساطة قبل الادعاء بعد اثبات فقد العمل من قبل المستهلك أو طرده منه لخلله العقلي. راجع :

- حكم المحكمة التجارية بفاس، ملف عدد 2017/8210/1614، صادر بتاريخ 2018/2/22، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بفاس، ملف عدد 2017/8210/1652، صادر بتاريخ 2018/7/5، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بفاس، ملف عدد 2017/8210/2079 بتاريخ 2018/7/19، غير منشور.

وهو نفس توجه المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء في حكمها رقم 937، الصادر بتاريخ 2018/3/1، في الملف 18/1201/112، غير منشور.

¹⁰³³ - جاء في نص المادة L341-1 من المدونة المالية والنقدية الفرنسية المعدل بتاريخ 22 ماي 2019 أنه يعد عملا مصفاقيا بنكيا أو ماليا: "كل اتصال غير مطلوب، بأي طريقة كانت، مع شخص طبيعي أو معنوي بخصوص عمل بنكي أو مالي بغرض الحصول ، من جانب المتصل، على اتفاق بشأن أداء من الجانب الآخر بخصوص:2- عملية بنكية أو مرتبطة بها".

المادة 4-16-341 L (صيغة 22 ماي 2019) على أن سكوت الشخص بالمنزل إثر انتهاء أجل التفكير لا يمكن اعتباره بمثابة رضى¹⁰³⁴.
لكن على خلاف ذلك، لم يعتمد قانون تدابير حماية المستهلك أجل التفكير في الخدمات البنكية خارج المحلات التجارية كمبدأ، على خلاف تنصيبه على حق التراجع. لكن يمكن تصور وجوب احترام أجل التفكير في القروض الاستهلاكية والقرض العقاري، كما سبق القول بالنسبة للخدمات البنكية المتعاقد حولها خارج محلات البنك.
هذا عن نطاق أجل التفكير، فماذا عن جزاء عدم احترامه؟

المطلب الثاني: جزاء عدم التزام البنك منح مهلة التفكير

يوجب قانون العقد تخفيف تكلفة التعاقد ومراقبة التصرفات الانتهازية وإقرار توازن بين الأطراف حتى لا يحرم أحدهما الآخر امتيازات بدون مبرر قد تكون من الجسامة في حالة عدم ربطها بجزاء بحيث تؤدي في المستقبل إلى إحترازات جسيمة للضحية قد تمنعها من التعاقد مرة أخرى¹⁰³⁵. لذلك فإن الشكالية الحمائية لقانون تدابير حماية المستهلك وقوانين الاستهلاك عموما توجب لغاية فعالية تنظيم المرحلة ما قبل التعاقدية لبعض الخدمات البنكية. لأجله تم تنظيم حق مستهلكي بعض الخدمات البنكية في التفكير وتمكينهم من التراجع خلال أجل التفكير عن رغبتهم في التعاقد. وحتى لا يكون ذلك مجرد أماني أقر تشريع قانون تدابير حماية المستهلك جزاءات زجرية ومدنية نطلع عليها (الفقرة الأولى) ثم نقارنها بالقانون الفرنسي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : في القانون المغربي

هنا لن نتناول الجزاءات الخاصة بأجل التفكير المتعلق بالتعاقد عن بعد وخارج المحلات التجارية لكونه مرتبط بتلك الخدمات في إطار الاستدانة. مما يتعين معه الاقتصار على معالجة الجزاءات المرتبطة بحق التفكير في القروض الاستهلاكية (أولا) والقرض العقاري (ثانيا)

أولا: الجزاءات بخصوص القروض الاستهلاكية

نصت المادة 187 من قانون تدابير حماية المستهلك على أنه يعاقب بغرامة من 6.000 إلى 20.000 درهم المقرض الذي يغفل التقيد بأجل التفكير المنصوص عليه في المادة 77 من القانون المذكور. كما نصت المادة 188 من قانون تدابير حماية المستهلك، على جزاء عدم تسليم العرض المسبق، الذي يعد آلية وجوبية لإحترام أجل التفكير بالنسبة للقروض الاستهلاكية بأنه يعاقب : "...

¹⁰³⁴ - Bruno.Dondero, le nouveau régime du démarchage bancaire et financier, L.P.A, 14 septembre,2003, n° 228, p.53.

¹⁰³⁵ - Bénédicte Bury, Art.cit , p.22.

بغرامة من 30000 إلى 200000 درهم و ذلك بالنسبة للمقرض الذي يطلب أو يتلقى خلافا لأحكام المادة 87 و 99 مبلغا بأي شكل من الأشكال من المقرض".

هذا عن الجانب الجنائي، أما بخصوص الجزاءات المدنية، فقد نصت المادة 89 على أنه يفقد المقرض الذي يمنح قرضا استهلاكيا، دون أن يسلم للمقرض عرضا مسبقا يتضمن الإشارة إلى أجل التفكير، الحق في الفوائد. ولا يلزم المقرض إلا بإرجاع رأس المال وحده وفق جدول الاستحقاقات المقرر في ذلك الشأن. أما المبالغ المحصلة برسم الفوائد، فيردها المقرض أو تخصم من الرأسمال المتبقي المستحق.

جعل المشرع المغربي سقوط الحق في الفوائد كاملا دون أي سلطة تقديرية للقاضي في الانقاص منه كأن يجعل السقوط يتعلق بالفوائد القانونية دون الفوائد الاتفاقية¹⁰³⁶. هذا عن الجزاءات بخصوص عدم إحترام البنك لواجب منح أجل التفكير في القروض الاستهلاكية. فماذا عن القرض العقاري؟

ثانيا: الجزاءات بخصوص القرض العقاري

نص مشرع قانون تدابير حماية المستهلك في الفقرة الثانية من المادة 190 من القانون المذكور، أنه يعاقب المقرض الذي لا يتقيد بالإشارة إلى أجل التفكير في صلب العرض المسبق بغرامة من 30000 إلى 200000 درهم. كما يعاقب أيضا المقرض العقاري الذي يحاول التحايل على أجل التفكير بنفس العقوبة، إذا ما حمل المقرض أو الكفيل المصرح به على توقيع العرض أو التلقي منه قبله دون أن يتضمن أي تاريخ أو يتضمن تاريخا مغلوطا من شأنه أن يوهم بأنه تم قبول العرض بعد انصرام أجل التفكير مختصر لعشرة أيام المنصوص عليه آنفا.

لكن ينبغي الإشارة، أنه خلافا للقروض الاستهلاكية، فمشرع قانون تدابير حماية المستهلك، أغفل التنصيص على سقوط الفوائد في حالة خرق الإلتزامات المتعلقة بأجل التفكير في مجال القرض العقاري على خلاف القانون الفرنسي. لكن يمكن تصور الحكم ببطلان العقد لاستعمال صيغة الوجوب بخصوص احترام أجل التفكير في القرض العقاري في حالة عدم احترامه¹⁰³⁷ وإرجاع الطرفين إلى الحالة الأولى اعتبارا كذلك لكون ذلك الإلتزام من النظام العام طبقا للمادة 151 من قانون تدابير حماية المستهلك. هذا عن الجزاءات المرتبطة بحق التفكير في القانون المغربي. فماذا عن القانون الفرنسي؟

الفقرة الثانية : في القانون الفرنسي

¹⁰³⁶ - Civ., 1^{re}, 3 mars 1993, Bull. Civ., I, n°95, D 1993, IR 74 .

¹⁰³⁷ - Cass., civ 1^{re}, 21 février 2001, Bull. Civ., I, 1048.

J.L.Courtier, *Sanction du non-respect de l'article L. 318-8 du code de la consommation: Nullité ou déchéance des intérêts?*, (Cass. civ. 1^{ère}, 23 novembre 1999), LPA, 24 août 2000 n° 169.

كما سبقت الإشارة لذلك، تراجع المشرع الفرنسي عن تبني أجل التفكير في مجال بيع الخدمات خارج المحلات التجارية كمبدأ، باستثناء إن تعلقت بخدمات نص على تمتع مستهلكها بأجل التفكير كما هو الحال بالنسبة لخدمات الاستدانة¹⁰³⁸. في فرنسا، يعد أجل التفكير في القروض الاستهلاكية والقرض العقاري من النظام العام. جاء في قرار للغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 27 فبراير 2001 : "أن المادة L312 من مدونة الاستهلاك تنص على أن العرض المسبق في مجال القرض العقاري لا يمكن قبوله قبل 10 أيام¹⁰³⁹، وأن القرار الذي تبني هذه القاعدة يكون مصادفا للصواب، لأنها قاعدة حامية لمصلحة خاصة، لا يمكن الدفع بها إلا من طرف الشخص الذي تحميه وأن خرقها جزاءه إبطال العقد. تكون محكمة الاستئناف قد صادفت الصواب، لما عاينت أن عرض القرض تم قبوله بتاريخ 12 ماي 1984 وأن دعوى البطلان تم رفعها بتاريخ 15 يوليوز 1996، معتبرة أن الدعوى تقادمت. مما تكون معه الوسيلة غير عاملة والوسيلة حليفها الرافض"¹⁰⁴⁰. هذا وقد وصف بعض الفقه ذلك القرار بأنه عقد الأمور، حيث كان الاعتقاد أن عدم احترام أجل التفكير لعشرة أيام لا يمكن زجره إلا بالحرمان من الحق في الفوائد لكن محكمة النقض بقرارها أعلاه جعلت الجزاء هو البطلان. بداهة الأمر مقلق، ذلك أنه منذ مدة قليلة قررت نفس المحكمة أن عدم مراعاة قانونية العرض المسبق لا يمكن معاقبته بالبطلان. إذن يمكن الاعتقاد على ضوء القرار الأول أن محكمة النقض رجعت إلى اتخاذ موقف قديم لها. في الحقيقة، إن قرار 27 فبراير 2001 ليس له طابع عام، لأن هناك قرارات سابقة متعلقة بجزاء عدم احترام مقتضيات العرض المسبق المنصوص عليها في مدونة الاستهلاك الفرنسية، حيث لم يتم التنصيص عليه في نازلة الحال. طبعاً العديد من قضاة الموضوع طبقوا على تقليص أجل التفكير الحل المعمول به من طرف قضاة النقض بخصوص عدم مشروعية العرض المسبق لكن ذلك الموقف كان خاطئاً في نظر الفقه.

¹⁰³⁸ - جاء في نص المادة L 341-16-3 من المدونة النقدية والمالية الفرنسية على أن البيع خارج المحلات التجارية لا يؤثر على طول مدة أجل التفكير بالنسبة للخدمات المرتبطة به.

¹⁰³⁹ - Article L313-34 Modifié par Ordonnance n°2016-351 du 25 mars 2016 : « L'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur. L'offre est soumise à l'acceptation de l'emprunteur et des cautions, personnes physiques, déclarées. L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue. L'acceptation est donnée par lettre, le cachet de l'opérateur postal faisant foi, ou selon tout autre moyen convenu entre les parties de nature à rendre certaine la date de l'acceptation par l'emprunteur ».

¹⁰⁴⁰ - Arrêt rendu par la cour de cassation, 1 re Civ., 27 février 2001, n°98-19.857(n°335 F-P) , cité n : Valérie.Avena-Robardet, en décidant que l'inobservation du délai de réflexion est sanctionnée par la nullité la cour opère t-elle un revirement de jurisprudence ?, Recueil Dalloz, 2001, p.1338.

إن صياغة الفصلين 341-4 L¹⁰⁴¹ و 40-341 L¹⁰⁴² من مدونة الاستهلاك، لا يجب أن تضللا من يقرؤهما؛ فالأمر لا يتعلق بتراجع عن حل البطلان الذي تبنته منذ زمن الغرفة المدنية الأولى في الموضوع. هنا ليس الموضوع، معاقبة عدم الامتثال لقاعدة شكلية أو إخلال متعلق بحساب الفوائد بالبطلان ولكن بخرق لقاعدة تكوين العقد. فعلا، فكما لاحظت الغرفة المدنية الخامسة عشر لمحكمة الاستئناف ببافيس، فإن العقد العقاري مثلا يصير تاما عند قبول العرض المسبق من طرف المقرض، لكن يجب على هذا الأخير أن يقبله في 10 أيام من التوصل به. العقد لا يكون تاما إلا في اليوم الحادي عشر الذي يلي تاريخ تقديم العرض المسبق. بالتالي، فإن العقوبة التي تنطبق في فرنسا على عدم احترام أجل التفكير في القرضين الاستهلاكي والعقاري هي كذلك في رأينا البطلان.

هذا الأخير لا يمكن أن يكون سوى نسبيا، مادام أن العقاب على خرق قاعدة حمائية لمصلحة خاصة. بالتالي، فإذا كان التقادم المطبق على سقوط الحق في الفوائد هو تقادم 5 سنوات طبقا للفصل 4-110 L من مدونة التجارة المعدل بتاريخ 17 يونيو 2008. فإنه يخضع التقادم المتعلق بشروط تكوين العقد إلى تقادم الخمس سنوات طبقا للفصل 1304 من مدونة القانون المدني. لكن الدفع بالبطلان لا يمكن الاحتجاج به إلا لمواجهة طلب تنفيذ عمل قانوني لم يتم تنفيذه بعد ولا يمكن الاحتجاج به من قبل مقترضين بدأوا في سداد أموال المقرضة. لذلك عادة ما يكون مآل الدفع بالبطلان عدم القبول¹⁰⁴³.

أما بخصوص جزاء سقوط الحق في الفوائد، فقد ربطه المشرع الفرنسي بالإلتزامات الواردة في المواد 18-312 و 3-313 و 34-313 L. جاء مثلا في المادة 18-312 L أن المقرض ملزم في القرض الاستهلاكي على الإبقاء على عرض عقد القرض لفائدة المستهلك لمدة لا تقل عن 15 يوما من تسليم عرض عقد القرض أو إرساله. وتعاقب المادة 4-341 L المقرض الذي يسلم أو يرسل عرض القرض الاستهلاكي دون احترام مقتضيات أجل التفكير بسقوط الفوائد.

أما في مجال القرض العقاري، فقد نصت المادة 34-313 L أن المقرض ملزم بالإبقاء على عرضه لمدة لا تقل عن 30 يوما من توصل المستهلك في حالة إرسال العرض. وأن المستهلك وكافله

¹⁰⁴¹ - L'article L341-4 énonce que : « ... le prêteur qui accorde un crédit sans remettre à l'emprunteur un contrat satisfaisant aux conditions fixées par les articles L. 312-18 (relatif au délai de réflexion en matière de crédits à la consommation) est déchu du droit aux intérêts ».

¹⁰⁴² - L'article L341-40 précise que: « Le fait pour le prêteur de faire souscrire par l'emprunteur ou les cautions déclarées ou de recevoir de leur part l'acceptation de l'offre(de crédit immobilier) sans que celle-ci comporte de date ou dans le cas où elle comporte une date fausse de nature à faire croire qu'elle a été donnée après expiration du délai de dix jours prescrit à l'article L. 313-34, est puni d'une amende de 300 000 euros ».

¹⁰⁴³ - Valérie.Avena-Robardet, Art.cit , p.1339& 1340.

(الأشخاص الذاتيون) لا يمكنهم قبول العرض إلا بمرور 10 أيام من تاريخ التوصل بها. ويعتمد طابع البريد لاحتساب ذلك التاريخ. علما أن المادة 40 - L341 تنص على أن المقرض الذي يتحایل على مقتضيات أجل التفكير الواردة في الفصل 34-L313 بإجبار المتعاقدين معه على توقيع العرض بتاريخ سابق أو قبول العرض من قبل المستهلك أو الكفيل بدون تاريخ يعاقب بغرامة 300000 يورو. في حين تنص المادة 34 - L341 على إمكانية إنزال عقوبة إسقاط الحق في الفوائد جزئيا أو كليا والتي هي عقوبة ذات طبيعة مدنية متروكة لتقدير القضاة¹⁰⁴⁴.

جاء بهذا الخصوص في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 مارس 1997 أن القاضي المدني مختص للحكم بسقوط حق المقرض في الفوائد. وفي قرار لاحق لنفس المحكمة بتاريخ 29 أكتوبر 2002 أقرت محكمة النقض الفرنسية حق القاضي في تقدير نسبة إسقاط الحق في الفوائد كجزاء عن عدم احترام أجل التفكير¹⁰⁴⁵. هذا عن مهلة التفكير كآلية حمائية لرضى المستهلكين قبل التعاقد. فماذا عن حق التراجع كآلية حمائية لاحقة تعزز الحق في التفكير؟

المبحث الثاني: حق التراجع كآلية تفكير لاحقة على التعاقد

تحدث "ألفريد فويي" عن الرضى بقوله: "من يقول تعاقدني يقول عادل" وهي مقولة يمكن الدفاع عنها من مقاربة ليبرالية، لكن العدل يوجب أن يكون الرضى كاملا أي أن الرضى يعني الالتزام عن علم بماذا يلتزم به. طبعا ذلك لا يتم في رمشة عين، فالرضى ينضج. علما أنه في عقود الخدمة البنكية المبرمة بين البنك والمستهلك التي تتميز بكونها تربط الطرف الضعيف الذي يتوفر على معلومات أقل من البنك توجب وقتا أطول للتفكير. إن الزمن هو المفتاح الرئيسي الذي يسمح بالنضج الكافي للرضى، وهو معطى رئيسي يظهر مدى نضج الرضى. هنا يعد حق الرجوع أو حق العدول من الوسائل التي تمكن من إنضاج الرضى، وبالتالي حماية مستهلكي الخدمات البنكية في حدود نطاق تلك الآلية.

يلغي الرجوع الرضى ويسمح بالخروج من عقد تم توقيعه¹⁰⁴⁶. علما أنه قد ظهر حق التراجع بخصوصيته المستقلة في القانون الخاص عن القواعد العامة في فرنسا منذ قانون 30 ماي 1926 المتعلق بالملكية التجارية؛ حيث منح لأطراف عقد الكراء الحق في التراجع عن العقد. ثم ظهر في قانون الشغل في 8 أكتوبر 1946، فيما يخص تحديد موقف الأجير من وصل الأداء¹⁰⁴⁷. هذا وقد

¹⁰⁴⁴ - Bernard .Boulloc, *la perte du droit aux intérêts*, Liber Amicorum & Jean.Calais-Auloy, *étude de droit de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p.87.

انظر المادة 341-23 L و 341-29 L و 341-19 L من مدونة الاستهلاك.

¹⁰⁴⁵ - Cass., 1^{re} Civ , 29 oct 2002 , n°99- 17.333., Bull. Civ. I , n° 255.

¹⁰⁴⁶ - N.Vallet , op.cit, p.95.

¹⁰⁴⁷ - D.Bosco, *le droit de rétractation, d'un aspect des rapports du droit de la consommation et du droit commun des contrats*, mémoire de DEA de droit privé , faculté de droit de de science politique d'Aix-Marseille, 1999, p.4.

جاء حق التراجع في قانون تدابير حماية المستهلك المغربي، إسوة بالقوانين المقارنة، تحسبا لعدم كفاية مدة العرض الأولي للحيلولة دون تسرع المستهلك في اتخاذ قرار لا يستوعب جيدا جميع أبعاده وتداعياته. لذلك منح المشرع المغربي المستهلك ملكة أخرى خارج إطار النظرية العامة للالتزامات والعقود والقوة الملزمة للعقد القاضية بأن العقد شريعة المتعاقدين، مما يتيح للمستهلك أن يعدل عن قبوله بعد تمام التقاء الإيجاب بالعرض المقدم من قبل المؤسسة البنكية ويعبر عن هذا الأجل بحق التراجع أو الرجوع أو العدول أو التـدارك(droit de rétractation)¹⁰⁴⁸ droit (de repentir) وهو يشكل في حد ذاته أجل تفكير لاحق على التعاقد.

لقد أصر المشرع على ضمان تمكين المستهلك البنكي في القروض الاستهلاكية والخدمات البنكية المبرمة عن بعد أو خارج المحلات التجارية من حقه في التراجع وممارسته في طمأنينة تامة وأحاطه بإجراءات أخرى عمل من خلالها على تقويته أكثر. فإلى جانب بقاء البنكي ملزما بالابقاء على القرض حيث يعتبر عقدا كاملا بالنسبة إليه، اعتبر ذلك الحق من النظام العام لا يمكن الاتفاق على إسقاطه¹⁰⁴⁹. علما أنه كما سبق الذكر، فإن قانون 31-08 يعتبر حدا أدنى وإطارا مكمل للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك البنكي ومن خلاله يتم تعزيز حقه في التراجع¹⁰⁵⁰. وقد عرض المشرع البنك الذي يخالف الالتزام بإلحاق العرض المسبق بالنموذج القابل للانفصال لجزاءات، يتعين دراستها(المطلب الثاني) بعد تحديد نطاق الالتزام بالتراجع في مواجهة البنك (المطلب الأول)

المطلب الأول: نطاق التزام البنك بمنح أجل التراجع

إذا كان الوقت السابق على القبول هو للتداول والتفكير، فإن الوقت اللاحق له هو لاتخاذ القرار النهائي. إنه يسمح بالعدول عن الالتزام ويمثل الحق في الندم. هذا وقد خلق المشرع تلك الرخصة الخاضعة لتقدير المستهلك البنكي وهي رخصة الإلغاء الأحادي للعقد من جانب واحد هو المستهلك تهدف إلى حماية رضاه في مجال القروض الاستهلاكية والبيع خارج المحلات والبيع عن بعد. إذ لم يربطها المشرع بأي شرط، بحيث يمكن للمستهلك خلال الأجل للقبول بالعرض المسبق والعدول عن التزامه والتراجع عن قبوله؛ دون أن يكون ملزما بأي تعويض تجاه البنكي. إن هذا الحق من النظام العام، لا يمكن أن يحرم منه المستهلك وأي اتفاق على عدم تمتيعه به يكون باطلا وعديم الأثر.

¹⁰⁴⁸ - سيد محمد ولد عبيدي، مرجع سابق، ص.118.

¹⁰⁴⁹ - عمرو قريوح، مرجع سابق، ص.246.

¹⁰⁵⁰ راجع ديباجة قانون 31.08.

هذا ومن أجل الاقتراب أكثر من حق التراجع، نرى أن الأنسب تحليل وضعه في مجال الاستدانة (الفقرة الأولى) قبل التطرق إليه في مجال البيع خارج محلات البنك وفي مجال البيع عن بعد (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: حق التراجع في مجال الاستدانة

يتميز مجال الاستدانة، بتمايز في منح حق التراجع لمستهلكي تلك الخدمات، ما بين مجال القروض الاستهلاكية. جاء في المادة 85 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه: "إذا لم ينص المقرض في العرض المسبق على أنه يحتفظ لنفسه بإمكانية قبول طلب القرض المقدم من المقترض، أصبح العقد تاماً فور قبول هذا الأخير للعرض المسبق. غير أن للمقترض أن يتراجع عن إلتزامه داخل أجل سبعة أيام ابتداء من تاريخ قبوله للعرض. ولممارسة الحق في التراجع، يرفق العرض المسبق باستمارة قابلة للاقتطاع. لا يترتب على ممارسة الحق في التراجع المذكور أي تقييد في سجل معين. يلزم المقترض، في حالة التراجع، بإيداع الاستمارة مقابل وصل يحمل طابع وتوقيع المقرض". ويعد أجل 7 أيام ذلك أجلاً أدنى لا يمكن النزول أقل منه. وهو أجل يقل عن الاجل المنصوص عليه مثلاً في القانون الفرنسي في المادة 19-L312. هاته الأخيرة التي نصت على أجل 14 يوماً كاملة كحد أدنى. لكن حتى أجل 7 أيام كحد أدنى ظل لسنوات غير مفعّل الى تاريخ أبريل 2016 بموجب المادة 83 والفقرة الأخيرة من المادة 197 التي ربطت دخول المقترضات المنظمة للعرض المسبق بدخول النصوص التنظيمية الضرورية لتطبيقها.

أما بخصوص حالة تجديد عقد الأمر بفتح اعتماد فيدخل للمستفيد إمكانية التصرف في مبلغ القرض الممنوح على شكل أقساط ، باستعمال بطاقة الانتماء يجب أن يتمكن المقترض من الاعتراض على التعديلات المقترحة عند تجديد العقد داخل أجل عشرين يوماً على الأقل قبل التاريخ الذي تصبح فيه هذه التعديلات سارية باستعمال ورقة جواب ملحقه بالمعلومات الكتابية المبلغة من لدن المقرض¹⁰⁵¹. هذا وإذا كان المشرع نص على حق التراجع في مجال القروض الاستهلاكية، فقد تراجع عنه في مجال القرض العقاري. قد يتبادر إلى الذهن أن مهلة التفكير المفروضة في مجال القرض العقاري، يوازىها أيضاً حق الرجوع. فإذا كانت الأولى، تهدف إلى التأكد من رضا المستهلك العقاري بصورة مسبقة على إبرام العقد، فإن خيار الرجوع على العكس من ذلك، يمنح للمقترض العقاري حق التأكد من رغبته في الاستمرار في العقد. فثبوت خيار الرجوع للمستهلك لا يمنع الانعقاد الفوري للعقد العقاري¹⁰⁵². غير أنه لا يكون نافذاً بين أطرافه ولا تكون له قوة ملزمة تجاه المستهلك طوال مدة الرجوع لهذا يصفه البعض بالعقد الهش¹⁰⁵³. فعلى

¹⁰⁵¹ - المادة 79 من قانون تدابير حماية المستهلك.

¹⁰⁵² - J.M.Olivier, La formation du contrat de crédit immobilier, LPA, 29 avril 1998, n° 51.

¹⁰⁵³ - نجاة السعيد، مرجع سابق، ص.79.

خلاف إقرار المستهلك لخيار التراجع في مجال القروض الاستهلاكية، لم يأخذ المشرع المغربي بحق التراجع في القرض العقاري. لكن بموازاة غياب تقنية حق التراجع في مجال القرض العقاري، نص المشرع المغربي على تقنية حمائية أخرى هي تقنية ترابط العقود والتي تختلف عن تقنية حق الرجوع وهو ما سنتطرق إليه أدناه. نشير إلى أنه خلافا لما هو موجود في المغرب، فإن العقود المنصبة على العقار في فرنسا تكون مقرونة بأجل التراجع في القانون الفرنسي طبقا للمادة L271-1 من مدونة البناء الفرنسية¹⁰⁵⁴.

هذا عن حق التراجع في مجال الإستدانة، فماذا عنه في مجال البيع خارج محلات البنك؟

الفقرة الثانية: حق التراجع في مجال البيع خارج محلات البنك وفي مجال البيع عن بعد

لدراسة حق التراجع في مجال البيع خارج محلات البنك، إرتأينا دراسة ذلك الحق في حال بيع الخدمات لمستهلكيها مباشرة خارج المحلات التجارية المادية للبنك (الفقرة الأولى) ثم حق التراجع في مجال البيع عن بعد (الفقرة الثانية)

أولا: حق التراجع في مجال البيع خارج المحلات التجارية

يقصد بالبيع خارج المحلات التجارية للبنك، كل من يمارس أو يعمل على ممارسة البيع خارج المحلات في موطن شخص طبيعي أو في محل إقامته أو في مقر عمله، ولو بطلب منه لأجل أن يقترح عليه تقديم خدمات بنكية¹⁰⁵⁵. حيث يجب أن يسلم ممثل البنك بخصوص العملية عقدا مكتوبا للمستهلك. ذلك العقد يتضمن استمارة قابلة للاقتطاع يكون الغرض منها تسهيل ممارسة حق التراجع¹⁰⁵⁶. ويحدد أجل التراجع هنا، في أجل أقصاه 7 أيام من تاريخ الطلبية أو الإلتزام بالشراء عن طريق إرسال الإستمارة القابلة للاقتطاع من العقد بواسطة أية وسيلة تثبت التوصل¹⁰⁵⁷. وقد كان حري بالمشرع من باب الأمن القانوني تنظيم هاته الوسيلة في إبانها عوض تركها مطلقة مع ما قد يترتب عليها من إضطراب في التفسير. طبعا نظرا لأهمية هاته المقتضيات جعلها المشرع من النظام العام غير قابلة أن يتنازل عنها.

أما في القانون الفرنسي فقد سمحت المادة L341-16-I من المدونة النقدية والمالية الفرنسية للمستهلك الموجود بمنزله أن يحصل على أجل 14 يوما كاملة ليتراجع ابتداء من إبرام العقد. وقد

¹⁰⁵⁴ - Article L271-1 modifié par LOI n°2018-1021 du 23 novembre 2018 précise que : « Pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de dix jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte ». Voir aussi, David Bosco, op.cit, p.66.

¹⁰⁵⁵ - الفصل 45 من قانون تدابير حماية المستهلك.

¹⁰⁵⁶ - المادة 47 من قانون تدابير حماية المستهلك.

¹⁰⁵⁷ - الفصل 49 من قانون تدابير حماية المستهلك.

نصت على أن الأجل يبدأ من تاريخ تسلم الشخص بالمنزل للعقد، الممضي من الطرفين. ذلك الأجل لا ينطبق وفقا المادة III-16-L341 في حالتين:

1 : في حالة خدمات تلقي وتحويل وتنفيذ الأوامر لصالح الأغيار المنصوص عليهم في المادة L 321-1 والتزويد بالأدوات المالية المنصوص عليها في المادة L211-1.

2 : هناك حالة مقتضيات خاصة ببعض الخدمات، تنص على أن أجل التفكير أو أجل التراجع لمدد مختلفة. حيث تطبق تلك المقتضيات في مجال البيع المصفاقي.

طبعاً لتسهيل تطبيق حق التراجع، فإن العقد يجب أن يتضمن نموذجاً يحدد بمرسوم وهو ما نصت عليه المادة L341-I-16 من كون شروط ممارسة حق التراجع تحدد بمرسوم. تلك المادة تنص في فقرتها الأولى على أن التراجع حق لا يحتاج إلى التعليل وغير مرتبط بجزء. وفي فقرتها الثانية نصت على أن المستهلك بالمنزل الذي يمارس حقه في التراجع لا يلزم بأداء أية مصاريف أو عمولات من أي طبيعة كانت، لكنه يؤدي الثمن الموافق على استعمال المنتج أو الخدمة بين تاريخ انعقاد العقد وممارسة حق الرجوع¹⁰⁵⁸.

نشير إلى أنه صدر في المغرب بعد حوالي 3 سنوات من نشر قانون تدابير حماية المستهلك قرار لوزير الصناعة و التجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي رقم 3.14 صادر في 29 من صفر 1435 (2 يناير 2014) بتحديد بيانات الاستمارة القابلة للاقتطاع المخصصة لتسهيل ممارسة حق التراجع في البيع خارج المحلات التجارية في قطاع التجارة و الصناعة¹⁰⁵⁹.

جاء في المادة الأولى من القرار المذكور أنه يجب أن تكون الاستمارة القابلة للاقتطاع سهلة الاقتطاع من العقد المتعلق بها، دون تغيير شروطه. كما يجب أن تتضمن هذه الاستمارة المعدة وفق النموذج المحدد في الملحق بالقرار على الأقل البيانات المحددة في الملحق، مكتوبة بحروف مقروءة باستعمال أسلوب طباعة وعناصر تباين مناسبة وكذا نص يتضمن حروفا ذات حجم مناسب يمكن من قراءة الوثيقة دون صعوبة.

ونعتقد أنه كان أولى بالسلطة التنفيذية المتدخلة في مجال التشريع أن تتجنب تضارب التأويل بخصوص المقروئية والحجم المناسب بتنصيبها على حد أدنى للحجم الواجب الإستعمال بأن لا يقل عن حجم كتابة 12 مثلاً كما فعل المشرع الفرنسي.

هذا وقد أوردت المادة الثانية من القرار المذكور أنه يمكن للمستهلك الذي لم يتوصل بالاستمارة أو الذي توصل بإستمارة قابلة للاقتطاع غير مطابقة للنموذج الملحق أو لا تتناسب مع الطلبية التي

¹⁰⁵⁸ - B.Dondero, *Le nouveau régime du démarchage bancaire et financier*, Art.cit. 54.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072026&idArticle=L_EGIARTI000022438708&dateTexte=&categorieLien=id « consulté le 23/7/2018 »

¹⁰⁵⁹ - جريدة رسمية عدد 6274، 19 رمضان 1435 (17 يونيو 2014)، ص.5920.

يجب تنفيذها أن يلغي طلبيته بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل تتضمن العناصر المضمنة في الاستمارة القابلة للاقتطاع المذكورة أعلاه¹⁰⁶⁰.

هذا عن البيع المادي للخدمات البنكية خارج المحلات التجارية. فماذا عن بيعها عن بعد؟

ثانيا: حق التراجع في مجال البيع عن بعد

تعد المادة 36 من قانون تدابير حماية المستهلك، أساس تمكين المستهلك البنكي من حق التراجع في حالة تعاقدته عن بعد، بقولها: للمستهلك التراجع داخل أجل أقصاه سبعة أيام كاملة أو ثلاثين يوما لممارسة التراجع إذا لم ينفذ البنك التزامه الكتابي وذلك دون الحاجة لتبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الارجاع إن إقتضى الحال. ذلك ويسري الأجلان ابتداء من تاريخ قبول عرض الخدمات البنكية. هذا وتعد تلك الرخصة مجانية مبدئيا. ولا يعد حق الرجوع إجباريا بالنسبة لباقي الخدمات المالية (غير المرتبطة بحق التراجع) التي يزود بها البنك مستهلكيه¹⁰⁶¹ وكذا باقي الخدمات البنكية (غير المرتبطة بحق التراجع) التي يتم الشروع في تنفيذها قبل انتهاء أجل السبعة أيام كاملة¹⁰⁶². هذا عن نطاق أجل التراجع. فماذا عن جزاءات الإخلال بتلك الرخصة؟

المطلب الثاني: جزاءات إخلال البنك بإحترام أجل التراجع

ترتبط فعالية حق الرجوع بمنع الأطراف من بدء تنفيذ التزاماتهم. فحق الرجوع مع البدء في التنفيذ، يعني الالتزام بإرجاع الأموال التي قد تكون استعملت منذ توقيع العقد الرئيسي وبالتالي قد يصير الإرجاع مستحيلا في حال استعمال تلك الأموال ورخصة الرجوع هي وسيلة لتبصير مستهلكي الخدمة البنكية. يرى بعض الفقهاء أنه من السهل التحايل على الحماية بواسطة حق الرجوع¹⁰⁶³، علما أن المشرع المغربي من أجل تفعيله نص على جزاءات مدنية (الفقرة الأولى) وأخرى جنائية (الفقرة الثانية).

¹⁰⁶⁰ - نصت المادة الثالثة من القرار المذكور أنه يدخل حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية.

¹⁰⁶¹ - François.Coupez & Thibault.Verbiest, *Commercialisation à distance des services financiers : bilan d'un nouveau cadre juridique*, Recueil.Dalloz, 2006, n° 44, p.3068.

¹⁰⁶² - المادة 38 من قانون تدابير حماية المستهلك.

¹⁰⁶³ - N.Vallet, op.cit, p.110.

الفقرة الأولى: الجزاءات المدنية

نصت المادة 78 من قانون تدابير حماية المستهلك، بخصوص العرض المسبق في القروض الاستهلاكية إلى وجوب إشارة المقرض إلى المادة 85 من نفس القانون التي تخول للمقترض حق التراجع داخل أجل سبعة ايام ابتداء من تاريخ قبوله العرض. كما أوضحت نفس المادة أن العرض المسبق يرفق باستمارة قابلة للاقتطاع. ونصت المادة 89 من القانون المذكور على أن جزاء عدم التنصيص على حق التراجع في العرض المسبق واحترامه سقوط حق المقرض في الفوائد¹⁰⁶⁴. هذا ويترتب على ممارسة حق التراجع داخل الأجل فسخ العقد الاصلي للبيع أو تقديم الخدمة ودون تعويض في حالة القرض المخصص. كما أن المادة 87 المتعلقة بمنع الحصول على أموال واقتطاعات من المقترض لصالح المقرض، ربطت صحة أي ترخيص بالاقتطاع من الحساب البنكي أو البريدي بتمام العقد وسريانه.

أما بخصوص البيع خارج المحلات التجارية، فإن إغفال المشرع التنصيص على جزاءات مدنية فعالة، لا يحول دون إعمال البطلان النسبي للعقد، مادام أن المادة 48 موجبة التطبيق في حالة عدم التنصيص على إمكانية التراجع في عقد البيع خارج محلات البنك. نشير أن المادة 44 من قانون 31-08 نصت على أن أحكام باب البيع عن بعد من النظام العام. تلك مقتضيات حمائية توجب جزاء البطلان في حالة عدم التقيد بها لمخالفة القانون والنظام العام مراعاة للمادة 62 من ظهير الالتزامات والعقود. هذا عن الجزاءات المدنية. فماذا عن الجزاءات الجزرية؟

الفقرة الثانية: الجزاءات الجزرية

في إطار ضمان حماية فعالة لحق التراجع في مجال القروض الإستهلاكية، نصت المادة 188 من قانون تدابير حماية المستهلك، على أن المقرض الذي يقوم خلافا للمادة 85 من القانون المذكور بتسجيل أسماء الأشخاص الممارسين لحق التراجع أو يعمل على تسجيلها، يعاقب بغرامة تتراوح ما بين 30000 درهم إلى 200000 درهم. ويعاقب بنفس العقوبة الشخص الذي يحمل غيره على توقيع ترخيص للاقتطاع من حسابات بنكية أو أي مصادر للدخل تتضمن شروطا مخالفة لأحكام المادة 87.

كما أن من يغفل إدراج الاستمارة القابلة للاقتطاع، في عرض القرض الاستهلاكي، يعاقب بموجب المادة 187 بغرامة تتراوح من 6000 درهم إلى 20000 درهم.

وبخصوص البيع خارج المحلات، فإن إغفال الإشارة إلى رخصة التراجع أو المطالبة المسبقة بأي مقابل أو التزام أو خدمة من المستهلك يعاقب عليها البائع بغرامة من 1200 إلى 25000 درهم

¹⁰⁶⁴ - أحالت المادة 89 من قانون تدابير حماية المستهلك الى ان سقوط الحق في الفوائد مرتبط بالاخلال بالمقتضيات من 77 الى 83 من القانون المذكور حيث ان من بينها مقتضيات تنظم ضرورة التنصيص على حق التراجع وحماية ممارسته.

و في حالة البنك بغرامة ما بين 50000 درهم إلى 1000000 درهم¹⁰⁶⁵. علما أن المشرع لم يربط جزاءا بعدم احترام أجل التراجع في حالة البيع عن بعد. هذا عن حماية وسائل رضى المستهلكين. فماذا عن آليات حماية التوازن العقدي بينهم وبين البنك؟

¹⁰⁶⁵ - المادة 180 من قانون تدابير حماية المستهلك.

الفصل الثاني: وسائل حماية التوازن العقدي

يختل التوازن الاقتصادي في مرحلة تكوين عقود الخدمة البنكية، لصالح مقدم الخدمة البنكية، بحيث يتمكن من فرض شروطه على مستهلك الخدمة، فيصبح هذا الأخير ضحية استغلال حالة ضعف أو هوى أو حاجة وعدم خبرة أو ضعف إدراك. وقد يتحقق الغبن، نتيجة تعزيز وضعية يمارسها المتعاقد الغابن تجاه المتعاقد المغبون. هنا قد تطبق القواعد العامة الواردة في عيوب الرضى. لكن تطبيق تلك القواعد يثير أيضا تساؤلا حول دور القاضي في حماية المتعاقد من هذه الشروط وإعادة التوازن العقدي في ضوء أحكام القانون المدني وكذا قدرة ذلك القاضي على إعمال القواعد الخاصة باستبعاد أو تعديل الشروط التعسفية. فمع تبني المشرع المغربي لنظرية الشروط التعسفية بموجب القانون المتعلق بتحديد تدابير حماية المستهلك، أصبح المستهلك المغربي يمتلك آلية قانونية للمطالبة بإلغاء وحذف تلك الشروط المدرجة في العقود الاستهلاكية البنكية¹⁰⁶⁶. هذا وقد أولت العديد من التشريعات المستهلك حماية خاصة ولاسيما من الشروط المجحفة بحقه وذلك بإبطالها وعدم الاحتجاج بها في مواجهته¹⁰⁶⁷ لاسيما البنكي حيث تسجل في حقه العديد من البنود التعسفية.

إن تعريف الشرط التعسفي لم يكن بالأمر الهين لدى غالبية الفقهاء، نظرا لتنوع وكثرة أنواع العقود¹⁰⁶⁸، بما فيها المتعلقة بالخدمة البنكية. إذ تعد العقود التي تعرضها مؤسسات الائتمان على المقترضين من أبرز العقود التي تعرف مثل تلك الممارسات. وبالتالي توجد صور متعددة وغير محددة للشرط التعسفي، تختلف باختلاف نوع العقد، وقد تختلف داخل العقد الواحد وهو ما دفع الفقهاء إلى الاختلاف حول النقطة التي يمكن الانطلاق منها لتعريف هذا النوع من الشروط، فمنهم من اتخذ من طبيعة هذا الشرط أساساً للقول بأنه ذلك الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن تعرفه العلاقة التعاقدية من شرف ونزاهة وحسن نية. ومنهم من اعتمد على الآثار التي ترتبها هذه الشروط التعسفية للقول بأنه كل شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة¹⁰⁶⁹.

لقد سبق للمشرع المغربي في إطار ظهير الإلتزامات والعقود أن بنى مجموعة من القواعد اعتباراً إلى أن الأشخاص في إطار حرصهم على مصالحهم الاقتصادية يقومون بالتحري والنقصي حول الشيء المتعاقد عليه، حتى يظفروا به بأقل الأثمان. هذا ما جعل المشرع المغربي لا يجعل

¹⁰⁶⁶ - يوسف المومني، المنازعة المتعلقة بالشروط التعسفية في القانون المغربي، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، مركز الإلتزامات و للعقود بكلية الحقوق ظهر المهرز، عدد مزدوج 5-6، 2013، ص 144.

¹⁰⁶⁷ - منصور حاتم محسن وإيمان طارق مكي، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد، كلية القانون، جامعة بابل، ص. 426.

¹⁰⁶⁸ - H.Claret, *Crédit à la consommation*, LPA, 12 décembre 2006, n° 247.

¹⁰⁶⁹ سمية كريم، مظاهر حماية المستهلك في القروض السكنية، رسالة لنيل دبلوم الماستر، قانون العقود و العقار شعبة القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2011/2012، ص. 32.

الغبن سبباً لإبطال العقد إلا إذا كان مقترناً بتدليس، في حين أنه اعتمد مقارنة مغايرة فيما يتعلق بمكافحة الشروط التعسفية¹⁰⁷⁰.

نفس المشرع المغربي عرف في المادة 15 من قانون 31.08 الشرط التعسفي كالتالي:
" يعتبر شرطاً تعسفياً في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك ". أما المشرع الفرنسي، فقد عرف الشروط التعسفية في المادة L 212-1 من مدونة الاستهلاك الفرنسية والتي نص فيها على أنه: " في العقود المبرمة ما بين المهنيين والمستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يكون موضوعها أو يترتب عنها، إضراراً بالمستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد ".

نشير أنه ليس كل شرط تعسفي هو شرط غير قانوني. فعدم قانونية شرط معين قد تنتج عدم التوازن في الإلتزامات بين الأطراف. لذلك فهو تعسفي لخرقه الحقوق الأساسية لاسيما إذا كان الشرط تمييزي. في حين أن خرق القانون يجعل الشرط فقط غير قانوني¹⁰⁷¹.

لكن بالإضافة إلى آليات مكافحة الشروط التعسفية (الفرع الأول) أقر المشرع في قانون تدابير حماية المستهلك آلية جديدة لحماية التوازن العقدي تربط بين عقد القرض والعقد الأصلي (الفرع الثاني)

الفرع الأول: آليات مكافحة الشروط التعسفية في مجال عقود الخدمات البنكية

إن المؤسسة مانحة الانتماء أو غيرها من الخدمات، تتوفر نظراً لتغير نواحي الحياة وظهور عقود من نوع خاص، على بيانات تستعصي على فهم الطرف الذي ليس له خبرة في الميدان نظراً لاشتغالها على معلومات لا يعرفها إلا ذوي الخبرة والدراية في المجال. حيث أصبحت في وضع أقوى من المستهلك الذي يكون في الغالب غير عالم بخفايا تلك العقود¹⁰⁷². إن مستهلكي تلك الخدمات الذين يتعاقدون تحت وطأة الحاجة إليها، تخذلهم قلة التجربة فتلحق بهم أضراراً فادحة، مما يحقق للمقرض إثراء على حساب المستهلك¹⁰⁷³، الشيء الذي يؤدي إلى اختلال التوازن

¹⁰⁷⁰ - G.Paisant, les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, D.S., 1988, Chron.

¹⁰⁷¹ - Hugo Barbier, Les différences de nature et de régime entre les clauses illicites : clause abusive, clause contraire aux droits fondamentaux, clause illégale, RTD Civ. 2017, p.129

¹⁰⁷² - سهيلة المريني، التنظيم القانوني للقرض العقاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، شعبة المدني والأعمال، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2011-2012، ص.86.

¹⁰⁷³ - إن قيام الغبن كسبب لإبطال العقد يشترط أن يكون المغبون جاهلاً بما صنع و أن يكون القدر المغبون يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء المبيع. قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1997/2/26 تحت عدد 1293 في الملف المدني عدد 94/1022 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 53 و 54 ص.138 و ما يليها. و في قرار آخر عن نفس المحكمة، جاء انه لا محل لتطبيق الفصل 56 من ظهير الإلتزامات والعقود المتعلقة بالغبن على نازلة ثبت من وقائعها أن طرفي عقد البيع كان كل منهما راشداً

العقدي بشكل لا تستسيغه قواعد العدالة والإنصاف¹⁰⁷⁴. يظهر ذلك خصوصاً في الحقوق والواجبات. وبالتالي يمكن القول بأن الشرط التعسفي يقوم على الميزة الفاحشة التي يحصل عليها بمناسبة هذا العقد¹⁰⁷⁵. فهو ينبني على عدم التوازن والتكافؤ بين الالتزامات المتبادلة بين الأطراف، وبالتالي الحقوق المكتسبة من العقد¹⁰⁷⁶.

هذا وقد تواجه المستهلك مجموعة من العقوبات التي تحول بينه وبين فهم وإدراك شروط العقد والتأكد من رغبته وسلامه رضاه وبعد توقيع عقد القرض يصبح المستهلك المقترض متحملاً للالتزامات يجب عليه الوفاء بها. فما يلبث أن يصطدم بالواقع العملي عندما تبدأ مؤسسات الائتمان بالخصم من مرتبه أو حين يبدأ بتسديد الأقساط وفوائدها ومجمل المصاريف التي يتحملها مما يؤدي به إلى الوصول إلى درجة العجز عن السداد والوقوع في المديونية المفرطة¹⁰⁷⁷.

تكون كلمة مؤسسات الائتمان هي العليا في صياغة بنود عقود الخدمات البنكية، لما تملكه من قوة تخولها حماية مصالحها، لدرجة أنها لا تأخذ مصالح المتعاقد الآخر بعين الاعتبار، وهو ما يؤكد استغلالها لسلطتها الاقتصادية عند صياغة عقد القرض ومنح امتيازات لنفسها ويؤكد إحدى خصائص الشرط التعسفي¹⁰⁷⁸ التي تراجع عنها المشرع المغربي في تعريفه لذلك الشرط. ولعل ذلك ما جعل المشرع ينص على مقتضيات القسم الثالث من قانون تدابير حماية المستهلك والمتعلقة بالحماية من الشروط التعسفية وجعلها من النظام العام¹⁰⁷⁹. علماً أن الوسائل القانونية لمكافحة تلك الشروط التعسفية تنقسم إلى وسائل عامة (المبحث الأول) ووسائل خاصة (المبحث الثاني).

أثناء إبرام عقد البيع أمام الموثق. قرار صادر بتاريخ 1983/9/14 تحت عدد 1385 في الملف المدني عدد 00/617 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 32 ص. 31 وما يليها.

1074 - إبراهيم وجعيدان، حماية المستهلك في القروض العقارية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، وحدة قانون الاعمال و المقاولات، جامعة محمد الخامس السويسي، أكتوبر 2010، ص. 37.

1075 - سابقا كان الشرط التعسفي ينبني أيضا على عنصر التعسف في استعمال المقرض لسلطته وقوته الاقتصادية، حيث يتميز المهني بتفوقه التقني والاقتصادي نظراً لاعتياده على إبرامه العقود وعلمه بجميع الممارسات التي يجري بها العمل في مهنته، ويتميز بالمؤهلات التي تمكنه من تقييم الالتزامات التي يمكن له تنفيذها وتلك التي يستطيع فرضها على المستهلك الذي تتعدم فيه هذه المؤهلات.

1076 - سمية كريم، مرجع سابق، ص. 33.

1077 - سهيلة المريني، مرجع سابق، ص. 93.

C.Lobry & M.Ritaine, *les relations juridiques de l'entreprise avec ses partenaires*, BTS droit, tome 2, Technipus, 1996.

1078 - العربي مياد، عقود الإذعان، مرجع سابق، ص. 440.

1079 - جاء في المادة 20 من قانون 31-08 : "تعتبر احكام هذا القسم من النظام العام".

المبحث الأول: الوسائل القانونية العامة لمكافحة الشروط التعسفية في مجال عقود الخدمات البنكية

عرفت المادة 15 من قانون تدابير حماية المستهلك الشرط التعسفي في فقرتها الأولى، موضحة أن نطاق تطبيق المقتضيات الجديدة المنظمة للشروط التعسفية تكمل المقتضيات المناهضة لعيوب الرضى في ظهير 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود؛ حيث تطبق الأحكام المذكورة كيفما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد. وتطبق كذلك بوجه خاص على سندات الطلب والفاتورات وأذون الضمان والقوائم أو أذون التسليم والأوراق أو التذاكر والتي تتضمن شروطا متفاوضا في شأنها بحرية أو غير متفاوض في شأنها أو إحالات إلى شروط عامة محددة مسبقا¹⁰⁸⁰. فالإخلال بالتوازن العقدي الذي تتسبب به الشروط التعسفية يبرر دراسة سبل حماية ذلك التوازن من خلال المقتضيات العامة (المطلب الأول) وكذا أعمال آليتي التحكيم وبعض الشروط الأخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حماية التوازن العقدي من خلال المقتضيات العامة

إن التوافق بين القواعد الحمائية الصادرة عن مشروع قانون تدابير حماية المستهلك وتلك المكونة للشرعية العامة للعقود أثارت تساؤلات عديدة لدى جانب من الفقه في المغرب وسابقا في فرنسا، حيث إن هناك من تحدث عن تدمير القانون المدني. في حين أن آخرين يردون أن ذلك على العكس يشكل تقوية للأهمية المعطية للرضى في العقود والتوازن العقدي¹⁰⁸¹. هذا علما أن الحديث عن فعالية مقتضيات الشرعية العامة في مقاومة الشروط التعسفية يحيل إلى فكرة غياب مبدأ عام، كأبرز عامل محدد لعدم الفعالية. إضافة إلى غياب وسائل وقائية على تجنب تلك الشروط وقصور نظرية عيوب الرضى عن تحقيق ذلك الهدف. إن مقاومة تلك الشروط محددة وفق بعض المفاهيم التي يمكن تقسيمها ما بين مفهومين مناسبين: الغثاء بلا سبب والغبن (فقرة أولى) وآخرين غير مناسبين لتحقيق التوازن العقدي: التعسف في استعمال الحق ونظرية السبب (فقرة ثانية)

الفقرة الأولى: الإثراء بلا سبب والغبن

يتميز واقع مستهلكي الخدمات البنكية بعدم التوازن لصالح المهنيين البنكيين. حيث يتجلى ذلك في تكوين البنكي المتخصص ذي الدراية الواسعة بالتقنيات البنكية المسلح برجال القانون المحترفين في تحرير العقود النموذجية¹⁰⁸² لأجل الإيقاع بزبون البنك عبر العديد من المقتضيات العقدية، التي

¹⁰⁸⁰ - لم تكن الصيغة السابقة من مشروع وزارة التجارة والصناعة تشير إلى فصول ظهير الالتزامات والعقود المتعلقة بعيوب الرضى.

¹⁰⁸¹ - Jacques.Lecalvez, « mirages et maléfices de la protection », in : Ibrahim.Fadlallah, *le droit du crédit au consommateur*, Litec.Droit, Paris, 1982, p.538.

¹⁰⁸² - "إن العقد النموذجي ليس عقدا بالمعنى المقصود في المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي، إنه ليس اتفاقا من جانب واحد أو عدة أشخاص من خلاله يلزم الشخص نفسه أو الآخرين، للقيام بعمل أو عدم القيام به، إنه صيغة مبسطة، تضعها هيئة مهنية أو إدارة لما يجب أن يكون نموذجا للعقود المستقبلية والتي قد يبرمها أشخاص القانون في وقت لاحق ربما".

تكتسي بعضها طابعا تعسفيا. هنا يدعن المستهلك نظرا لاستغلال حاجته أو جهله لمكنون العقد ومخاطره بالنسبة إليه في مرحلة لاحقة. إن ظهور الالتزامات والعقود تضمن عدة نظريات قد تؤمن

التوازن العقدي ولو تم تقييدها والتضييق من مجال تطبيقها وفي بعض الأحيان عدم إثارتها في مجال عقود الخدمات البنكية. فبتصفح ظهير الالتزامات والعقود بحثا عن آليات حماية تستوعب مكافحة الشروط التعسفية، يجد الباحث مفهومي غير مناسبين تماما لضمان تلك الحماية هما الإثراء بلا سبب (أولا) والغبن (ثانيا).

أولا: الإثراء بلا سبب

يواجه الباحث في مجال الشروط التعسفية، بإشكال أخلاقي مرتبط باللاتوازن بين الالتزامات لصالح الطرف القوي، الذي هو البنك في نازلة الحال. هنا يمكننا أن نتأمل المبدأ القائل بأنه لا يجوز لأي طرف أن يثري على حساب طرف آخر. فالبنك الذي يكتب شروط العقد لصالحه لا يجب أن يثري بدون سبب على حساب المستهلك المتعاقد معه¹⁰⁸³ ويفقر من جهة المستهلك بشكل غير قانوني¹⁰⁸⁴. لكن يمكن التساؤل أيضا حول مدى قابلية استعمال نظرية الإثراء بلا سبب لمواجهة عدم التوازن بين التزامات البنك والمستهلك؟ لاسيما وأن الغاية أصلا من تلك النظرية هي مواجهة اللاتوازن بين الذمم المالية للأطراف. فمن الأمثلة التي عثرنا عليها في إحدى العقود المتعلقة ببيع سيارة بالسلف مع حلول شركة التمويل محل البائع طبقا لظهير 17 يوليوز 1936 :

"الفصل 8 : عند عدم أداء كمبيالة واحدة عند استحقاقها وبدون حاجة الى القيام بالبروتستو فإنه يمكن للمؤسسة التمويلية أن تطالب باسترجاع السيارة في أي مكان أو من كل يد وجدت بمجرد الحصول على قرار من قاضي المستعجلات وبعد إنداز المشتري برسالة مضمونة بثمانية وأربعين ساعة على الأقل قبل وضع الدعاوي الاستعجالية وذلك عملا بمقتضيات الفصل 8 من ظهير 12 يوليوز 1936".

" الفصل 15 : كل مخالفة لمقتضيات هذا العقد يترتب عنها سقوط الأجل وتصبح جميع الكمبيالات المستحقة حالة الأداء دون التمسك بالتجديد..." إن هذين البندين أبرز مثال للبندين الذين يسمحان للمؤسسة التمويلية باسترجاع السيارة مع إلزام المقترض بالأداء.

- Jacques Léauté, *les contrats types*, R.T.D.Civ,1953, p.430.

¹⁰⁸³ - A.Karimi, *les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, L.G.D.J, 2001, p.179.

¹⁰⁸⁴ - راجع بخصوص شروط تحقق الإثراء بلا سبب: نبيل إبراهيم سعد، *التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام*، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005، ص.560.

تبقى نظرية الإثراء بلا سبب معلقة على غياب السبب¹⁰⁸⁵ أي أن يكون الحق لم ينشأ عن اتفاق¹⁰⁸⁶ أو وضع قانوني. مما يكون معه مفهوم الإثراء بلا سبب قاصر عن مواجهة الشروط التعسفية. فضلا على أنه لا يثار إلا نادرا من الناحية العملية. إن ذلك المفهوم لا يضمن أي فعالية لحماية مستهلكي الخدمات البنكية، لأنه يستلزم غياب سبب الإثراء وهذا الأخير موجود في العلاقة بين مستهلكي الخدمات البنكية في إطار العقد. لذلك لا يمكن المفهوم في نظرنا من التأسيس الفعال للتوازن العقدي.

جاء في حكم صادر منتقد للمحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2003/1/5 صادقت فيه المحكمة المذكورة على الكشف الحسابية المدلى بها من طرف البنك، بما تضمنه من أصل الدين وفوائد اتفاقية وفوائد تأخير ومصاريف متابعات قضائية دون أن تعمل رقابتها على تلك الكشف طبقا للمقتضيات القانونية الواجبة التطبيق بما فيها تلك المرتبطة بالإثراء بلا سبب: "إنه وبمقتضى عقد القرض المدلى به استفاد المدعى عليه من قرض على أساس تسديده على شكل أقساط شهرية. إن هذا العقد موقع عليه من طرفه. إنه توقف عن الأداء وليس بالملف ما يفيد تنفيذه لالتزاماته. إن الدين ثابت بمقتضى الكشف الحسابي المدلى به والذي لم يكن محل أية منازعة من طرف المدعى عليه المذكور، خاصة وأن الكشف احتسب أصل الدين مع الفوائد الاتفاقية وفوائد التأخير كما جاء في المقال. إن الكشف الحسابي، احتسب مصاريف المتابعات القضائية وحددها في مبلغ 916 درهم. إن المدعى عليهما منحا للمدعي كفالة تضامنية مشار إليها أعلاه في عقد القرض وموقع عليهما من طرفهما يتعين استنادا لما ذكر الحكم على المدعى عليهم وبالتضامن بأداء مبلغ

¹⁰⁸⁵ - الفصل 66 : من تسلم أو حاز شيئا أو أي قيمة أخرى مما هو مملوك للغير بدون سبب يبزر هذا الإثراء التزم برده لمن أثرى على حسابه.

الفصل 67: من استخلص بحسن نية نفعاً من شغل الغير أو شيئه بدون سبب يبزر هذا النفع، التزم بتعويض من أثرى على حسابه، في حدود ما أثرى به من فعله أو شيئه.

الفصل 68: من دفع ما لم يجب عليه، ظنا منه أنه مدين به، نتيجة غلط في القانون أو في الواقع، كان له حق الاسترداد على من دفعه له. ولكن هذا الأخير لا يلتزم بالرد، إذا كان قد أتلّف أو أبطل حجة الدين، أو تجرد من ضمانات دينه أو ترك دعواه ضد المدين الحقيقي تتقادم وذلك عن حسن نية ونتيجة للوفاء الذي حصل له، وفي هذه الحالة لا يكون لمن دفع إلا الرجوع على المدين الحقيقي.

الفصل 70: يجوز استرداد ما دفع لسبب مستقبل لم يتحقق، أو لسبب كان موجودا ولكنه زال.

¹⁰⁸⁶ - الفصل 69: من دفع باختياره ما لا يلزمه، عالما بذلك، فليس له أن يسترد ما دفعه.

الفصل 71: لا محل لاسترداد ما دفع لسبب مستقبل لم يتحقق، إذا كان الدافع يعلم، عند الدفع استحالة تحقق هذا السبب، أو كان هو نفسه قد حال دون تحققه.

97.575.33 درهم¹⁰⁸⁷. وكان حري بالمحكمة المذكورة أعمال سلطتها في تقدير التعويض وتفعيل نظرية الإثراء

بلا سبب والفصل 264 من ظهير الالتزامات والعقود كما تم تغييره وتعديله. طبعاً قد تشكل بعض الشروط التعسفية في حد ذاتها إثراء مشروعاً وغير مشروع في آن من قبيل بند ورد في أحد العقود البنكية يقول: " الفصل 8 التسديد المسبق ... و يمكن للمقترض، بعد موافقة صريحة من البنك، أن يسدد مسبقاً المبالغ الواجبة في أي إطار كان، علماً أنه يترتب عن كل تسديد مسبق، كلي أو جزئي أداء من طرف المقترض لمبلغ قدره شهر من الفوائد على ما تبقى من أصل الدين، بحسب النسبة الواردة في الفصل 20 - 9.25 % - " حيث إن هذا الاشتراط ضمن القرض الاستهلاكي يعد شرطاً غير قانوني طبقاً للمادة 104 التي تنص على أنه: " في حالة توقف المقترض عن الأداء، يمكن للمقرض أن يطالب بالتسديد الفوري لرأس المال المتبقى المستحق بإضافة الفوائد الحال أجلها وغير المؤداة. وتترتب على المبالغ المتبقية المستحقة إلى تاريخ التسديد الفعلي فوائد عن التأخير يحدد سعرها الأقصى بنص تنظيمي على ألا تتعدى 4 % من رأس المال المتبقي ". حيث إنه من شأن ذلك المنع الحد من إثراء غير مشروع للبنك على حساب المستهلكين.

في حين أنه بالنسبة للقرض العقاري مع سعر الفائدة المتغير يجوز قبول ذلك الإثراء من قبل البنك. حيث نصت المادة 132 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه: "... عندما يكون عقد قرض مقترناً بأسعار فائدة تختلف حسب فترات التسديد، فإنه يمكن أن يضاف إلى التعويض المنصوص عليه في الفقرة السابقة - 2 % - المبلغ الذي يضمن للمقرض، طوال المدة المنصرمة منذ البداية، الحصول على متوسط السعر المقرر عند منح القرض".

هذا وقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية أن قضت بخصوص عدم فعالية نظرية السبب في قرار قديم لها بتاريخ 18 أكتوبر 1898: " أن الإثراء قد يكون له سبب مشروع، إذا كان نتيجة تنفيذ العقد نفسه. فليس من حق القضاة أن يغيروا العقد الأولي المبرم بين الطرفين ولا أن يسحبوا من البائع النفع الذي جناه والذي يجد سببه المشروع في الاتفاق المشروع المبرم بين الطرفين"¹⁰⁸⁸. هنا نظرية الإثراء بلا سبب تفقد كل فعاليتها، لعبت تشريعي هو في غير صالح الطرف الضعيف.

¹⁰⁸⁷ - حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2004/3 بتاريخ 2003/1/5 في الملف رقم 6/2002/13079، غير منشور.

M.Lamoureux, *Le juge de l'exécution et les clauses abusives* (TGI Bobigny, 26 septembre 2007), LPA.

¹⁰⁸⁸ - Cass., 18 Oct.1898, D. 1898, I, 105.

ثانيا: الغبن

يعتبر الفقيه كاربوني الغبن والشروط التعسفية متقاربين. فالتعسف في استغلال السلطة الاقتصادية يفضي إلى الاستفادة من امتياز مبالغ فيه¹⁰⁸⁹. هنا يجب التوضيح أن الغبن¹⁰⁹⁰ لا يطبق إلا إذا تعلق الأمر ببيع، مما يجعل هذه الوسيلة غير كبيرة فائدة في المجال البنكي. ويبرز ذلك أكثر باشتراط فرق يزيد على الثلث علما أن الأبنك تحقق أرباح هائلة من خلال زيادات بسيطة على سعر كل خدمة تضاعف بعدد مستهلكي تلك الخدمة بما فيها حالات وجود قصر وناقصي أهلية. فاستعمال الغبن كأساس لمواجهة الشرط التعسفي في مجال العقود البنكية التي تعد عقود إذعان، تجعل المستهلك شخصا آخر يضاف إلى القصر وفاقدي الأهلية الراشدين الذين تضررت مصالحهم¹⁰⁹¹.

علما أنه في مجال التقنيات البنكية يستوي مجازا القاصر والمتعلم والراشد مع فاقده الأهلية، لتعقيد تلك العمليات وعدم تعاون الأبنك لتوضيحها بلغة مفهومة وبمبسطة. هكذا فإن كل تلك الشروط المتطلبة لإعمال الغبن، غير متوفرة غالبا في الخدمات البنكية.

هذا ويعتبر مشكل إثبات الغبن مرتبطا بإثبات الطابع التدليسي للشرط، مما يعني تلقائيا أن اختيار دعوى الإبطال للتدليس سيكون خيارا مفضلا للمستهلك اعتبارا للشروط التعجيزية للغبن¹⁰⁹².

يمكن تعريف السبب بأنه الغرض المباشر الذي يقصد الملزم الوصول إليه من وراء إلتزامه. راجع بخصوص السبب ونشأته وتطور نظرية السبب: عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الرابع، مؤسسة التاريخ العربي و دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1997، ص.7 وما يليها.

¹⁰⁸⁹ - J.Carbonnier, *droit civil*, tome 4, Les Obligations, P.U.F, 22 éd., 2000.

¹⁰⁹⁰ - الغبن هو التفاوت بين الثمن والقيمة عند إبرام عقد تبادلي. وقد عرف إدريس العلوي العبدلاوي الغبن بأنه عدم تعادل بين الأداءات المتقابلة، بين ما يعطي الشخص و بين ما يأخذ. لكن الغبن في المغرب محدود النطاق بقول المشرع في ظهير الالتزامات والعقود في الفصل 56 أن: "الغبن يخول الإبطال إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي وفقا للأوضاع التي يحددها القانون، ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر. ويعتبر غنبا كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء". جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 26-2-1997 أن "قيام الغبن يشترط فيه أن يكون المغبون جاهلا بما صنع وأن يكون القدر المغبون يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء". هذا وتضييق إمكانية التطبيق بنص المادة 55 من الظهير المذكور والتي جاء فيها "الغبن لا يخول الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله، وذلك فيما عدا الاستثناء الوارد بعد- الفصل 56-". هذا و تعد المادة 878 من ظ ل ع أيضا المتعلقة باستغلال حاجة شخص آخر أو ضعف إدراك أو عدم تجربته أساسا آخر لإستعمال مفهوم الغبن الاستغلالي محاربة الدائن.

Ibtissam.Belhddad ,op.cit, p.49

¹⁰⁹¹ - G.Berlioz, *le contrat d'adhésion*, éme édition, L.G.D.J , 1973.

نذكر هنا أن قانون تدابير المستهلك رسم معالم التمييز بين الغبن والشرط التعسفي من خلال استثنائه الثمن غير العادل من تطبيق الغبن في المادة 17 بقوله: "لا يشمل تقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط، حسب مدلول المادة 16 أعلاه، ملائمة الأجرة للخدمة المقدمة مادامت الشروط محررة بصورة واضحة ومفهومة"¹⁰⁹³. مما يعني بمفهوم المخالفة أنه طالما كانت شروط العقد محررة بصورة غير واضحة وغير مفهومة فإنها تدخل في عين الاعتبار لتقدير الشرط التعسفي إلى جانب عدم ملائمة الأجرة للخدمة والتي تشكل إحدى صور نظرية الغبن.

نص قانون تدابير حماية المستهلك، بخصوص استغلال الضعفاء، في المادة 59 منه على أنه: "يقع باطلا بقوة القانون كل التزام نشأ بفعل استغلال ضعف أو جهل المستهلك مع حفظ حقه في استرجاع المبالغ المؤداة من طرفه وتعويضه عن الأضرار اللاحقة". وبخصوص الجزاء جاء في المادة 184 أنه: "يعاقب على مخالفة أحكام المادة 59 المتعلقة باستغلال ضعف المستهلك أو جهله بالحبس من شهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 1.200 إلى 50000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وذلك دون الإخلال بأحكام الفصل 552 من مجموعة القانون الجنائي إذا كان المخالف شخصا معنويا يعاقب بغرامة تتراوح ما بين 50.000 و1.000.000 درهم".

هذا عن مفهومي الإثراء بلا سبب والغبن في العقود البنكية كمفهومين غير مناسبين وكآليتي حماية. فماذا عن مفهومين يعدان أنسب لضمان التوازن العقدي وهما التعسف في استعمال الحق ونظرية السبب؟

الفقرة الثانية: التعسف في استعمال الحق ونظرية السبب

إلى جانب المفهومين غير المناسبين اللذين تم التطرق إليهما أعلاه، هناك مفهومان مناسبان لمكافحة الشروط التعسفية يوجدان في ظهير الالتزامات والعقود هما التعسف في استعمال الحق (أولا) ونظرية السبب (ثانيا)

أولا: التعسف في استعمال الحق

إذا كان لكل حق غاية وهدف معلوم وله قيمة قانونية تبرر حماية القانون لهذا الحق، فإنه يجب التزام هذه الغاية أو الهدف وعدم الانحراف في استعمال الحق عنه. ففي النظرية العامة للعقود يوجد تعسف لما يكون هناك استعمال سيء للحق. إنه الاستعمال السيء لحق خاص بنية الإساءة أساسا والافراط في الاكراه الإقتصادي¹⁰⁹⁴. هذا وقد استقرت نظرية التعسف في جميع القوانين ووجدت مجالا لها في القانون المدني¹⁰⁹⁵. أما في مجال الخدمات البنكية، فيكون البنك متعسفا في استعمال

¹⁰⁹² - A.Levy-Soussan, *essai sur la lésion dans les contrats au Maroc*, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952, p.84.

¹⁰⁹³ - Y.Picod & H.Davo, *droit de la consommation*, S., 2ème édition, 2010, p.165.

¹⁰⁹⁴ - S.Akrawati.Adjita, *Op.cit* , p. 425.

¹⁰⁹⁵ - نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، *التعسف في استعمال الحق الإجرائي*، المكتب الجامعي الحديث ، 2006، ص.59.

الحق إذا حصل على منفعة مبالغ فيها من خلال استغلال الحق في التعاقد¹⁰⁹⁶. فإذا كان من حق البنك أن يعرض على جمهور مستهلكي خدماته مختلف نماذج العقود لشراء الخدمات، لكن ليس له الحق في استعمال ذلك بتضمين تلك العقود شروطا تعسفية¹⁰⁹⁷. وقد إعتبر بعض الفقهاء نظرية التعسف شديدة الغموض وبالتالي غير قابلة للاستعمال والتعميم من طرف العدالة¹⁰⁹⁸. هذا عن التعسف في استعمال الحق. فماذا عن السبب؟

ثانيا: نظرية السبب

يعتبر ظهير الالتزامات والعقود في فصله 62 أن: "الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن. يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو للنظام العام أو للقانون". فحينما يتعاقد مستهلك الخدمة البنكية مع مؤسسة الائتمان يكون سبب التزامه هو المقابل المبحوث عنه. هكذا يكون الشرط الذي يدرجه البنك في عقد يكتسي صبغة الإذعان وصبغة تعسفية عندما يكتب للمصلحة الاستثنائية للبنك¹⁰⁹⁹؛ بحيث يضع على عاتق المستهلك المذعن التزامات دون مقابل حقيقي لها. هذا إذا كان العقد مكتوبا وينص على شروطه، فماذا إذا جاء العقد شفويا أو خاليا من أسبابه؟ جاء بهذا الخصوص في المادة 63 من ظهير الالتزامات والعقود: "يفترض في كل التزام أن له سببا حقيقيا ومشروعا ولو لم يذكر".

نورد على سبيل المثال فصلا في عقد قرض بنكي للبنك الشعبي حول اكتتاب السندات (قديم) جاء فيه: "لاستعمال هذا القرض يلتزم المقترض بالاكتتاب بسند لأمر يمثل مبلغ هذا القرض. ويوطن هذا السند لأمر بصناديق البنك بدون مصاريف وذلك لغاية استحقاق التاريخ النهائي للقرض".

نرى من جانبنا أن ذلك الفصل في مثل تلك العقود لم يعد له سبب إثر دخول مقتضيات تنظيمية حيز التنفيذ. حيث يعد ذلك البند من قبيل الشرط غير المشروع لمخالفته الصريحة للمادة 150 التي تفيد أنه: "دون المساس بأحكام المادة 164 من القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة تعتبر باطلة الكمبيالات والسندات لأمر الموقعة أو المضمونة احتياطيا من لدن المقترض، عند القيام بعمليات القرض الخاضعة لأحكام هذا القسم". هذا وتنص المادة 188 من قانون تدابير حماية المستهلك على جزاء مالي حيث تعاقب بغرامة 30000 درهم إلى 200000 درهم الشخص الذي يحمل المقترض على توقيع أوراق تجارية.

¹⁰⁹⁶ - Y.Picod & H.Davo, op.cit, p.165.

¹⁰⁹⁷ - حسين عبد الله عبد الرضا الكلاي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مكتبة السبسيان، بغداد، 2012، ص. 246.

¹⁰⁹⁸ - Y.Picod & H.Davo, Ibid. , p.166.

¹⁰⁹⁹ - S.Valory, la potestativité dans les relations contractuelles, thèse, presses universitaires, Aix Marseille, 1999.

جاء في قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 30 مارس 1943: "بخصوص فتح ائتمان، قام البنك بمناسبته باشتراط اقتطاع عمولة من الرأسمال تضاف إلى الفائدة السنوية. حيث اعتبرت محكمة النقض، أنه يعود لقضاة الموضوع أن يبحثوا ما إذا كانت تلك العمولة تقابل خدمات مقدمة ومخاطر حقيقية. ففي غياب ذلك تكون العمولة غير مبررة بأي خدمة أو أخطار خاصة وتكون بالتالي عديمة السبب ويحق للمقترض أن يطلب استرجاعها"¹¹⁰⁰.

هنا تثار مشكلة إثبات السبب. حيث يرى بعض الفقهاء أن عبء إثبات السبب، في وجوده وفي مشروعيته، يقع على الدائن، أي البنك في نازلة الحال، فهو الذي يدعي وجود الدين وعليه إثباته. لكن ماذا إذا ذكر الشرط التعسفي كسبب للإلتزام في العقد؟ ألا يعد باطلاً ذلك الإلتزام لغياب السبب؟ إن الجواب على ذلك مرتبط بتفسير القضاء لنظرية السبب على ضوء الباعث الدافع للتعاقد¹¹⁰¹. جاء في الفصل 64 من ظهير الإلتزامات والعقود: "يفترض أن السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يثبت العكس"، وهي قاعدة لصالح البنك المتعسف. أما الفصل 65 فينص على أنه: "إذا ثبت أن السبب المذكور غير حقيقي أو غير مشروع، كان على من يدعي أن للإلتزام سببا آخر مشروعاً أن يقيم الدليل عليه". حيث يمكن للمستهلك المدين في حالة السبب غير المشروع كما في حالة الشرط التعسفي أن يثبت به جميع الطرق¹¹⁰². جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 14-7-1977 "أن السبب غير المشروع يفسد الإلتزامات ولو لم يكن هو السبب الوحيد في إنشائها"¹¹⁰³.

نشير أنه سبق استخدام نظرية السبب عدة مرات قضائياً في مجال مكافحة الشرط التعسفي. ففي فرنسا مثلاً، جاء في قرار الغرفة التجارية لمحكمة النقض بتاريخ 23 أكتوبر 1950: "أن قضاة الموضوع قد أصابوا لما اعتبروا الشرط المضمن في عقد فتح ائتمان باطلاً، باعتباره تضمن اشتراط عمولة قدرها 10 % من مقدار القرض الممنوح، طالما أن تلك العمولة لا تجد سببها في أي خدمة مقدمة أو تحمل معين"¹¹⁰⁴.

هذا عن محاولة حماية التوازن العقدي من خلال المقترضات العامة لظهير الإلتزامات والعقود. فماذا عن محاولة حظر عدم التوازن العقدي بموجب المقترضات الفعالة؟

¹¹⁰⁰ - Cass.Civ., 30 mars 1943, DC 1944, p.14.

¹¹⁰¹ - راجع بخصوص نظرية السبب في قانون الإلتزامات والعقود المغربي: إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص.517 و ما يليها.

¹¹⁰² - إدريس العلوي العبدلاوي، مرجع سابق، ص.522.

¹¹⁰³ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14-9-1977، تحت عدد 212، منشور بمجلة المرافعة عدد 13، ص. 111 ما يليها.

¹¹⁰⁴ - Cass.Com., 23Oct. 1950 ; Bull.Civ., 1950, III, n° 300, 210.

المطلب الثاني: حماية التوازن العقدي من خلال إعمال آليتي شرط التحكيم والشروط غير القانونية

هنا سنتطرق لشرط التحكيم (الفقرة الأولى) والبند الذي ينص على شرط (الفقرة الثانية) كأهم الأسباب الفعالة لحظر عدم التوازن العقدي.

الفقرة الأولى: شرط التحكيم

شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بنكي بأن يعرضوا على تحكيم مصلحة مختصة، تابعة للبنك، النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور¹¹⁰⁵. ولعل أهم ما يثيره شرط التحكيم في المجال البنكي، فرض "محكم" تابع للبنك. علما أن من أسباب التجريح في مجال التحكيم وجود علاقة تبعية¹¹⁰⁶. وكان أولى بمشرع قانون المسطرة المدنية عوض التنصيص على التحكيم بشكل مطلق حصره ما بين المهنيين. ذلك أن التحكيم قد يستعمل من قبل البنك لعرقلة حق المستهلك في إقامة دعاوى قضائية أو اللجوء إلى طرق الطعن وفي بعض الأحيان في استدراج المستهلك إلى صلح¹¹⁰⁷ في غير صالحه وفي جميع الاحوال الزيادة في تكاليف المستهلك، لأن التحكيم مكلف وليس مجاني¹¹⁰⁸.

علما أن من شروط القيام بالتحكيم في مفهوم قانون المسطرة المدنية التصريح القبلي بالمحكم لدى الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف الواقع في دائرة نفوذه محل إقامة الشخص الطبيعي أو المعنوي القائم اعتياديا بمهام التحكيم¹¹⁰⁹، فضلا على شروط الشرف والاستقامة¹¹¹⁰. هذا وإن عزل المحكم لا يجوز إلا بموافقة البنك والمستهلك¹¹¹¹. نشير أيضا أنه يمكن لبعض شركات التمويل اللجوء إلى تحكيم لجنة حكماء تابعة للجمعية المهنية لشركات التمويل طبقا للمادة 4 من مدونة أخلاقيات شركات القرض الاستهلاكي. هذا ويجب، تحت طائلة البطلان أن يضمن شرط التحكيم كتابة في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة تحيل إليه، بشكل لا لبس فيه وأن ينص في شرط التحكيم إما على تعيين المحكم أو المحكمين وإما على طريقة تعيينهم¹¹¹². جاء بخصوص الشرط التحكيمي عن محكمة العدل للجماعات الأوروبية أن على القضاة الوطنيين مراعاة وضعية الضعف التي يكون فيها المستهلكون تجاه المهنيين بصدد الشروط التحكيمية حيث يدعى لها المستهلكون دون أن

¹¹⁰⁵ - هذا التحكيم يخالف تماما التحكيم المنصوص عليه في الفصول 306 وما يليها من قانون المسطرة المدنية.

¹¹⁰⁶ - المادة 323 فقرة 8 من قانون المسطرة المدنية.

¹¹⁰⁷ - خالد وردى، خصوصيات الصلح و التسوية الودية في العمل البنكي، شركة بابل للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الاولى، 2001.

¹¹⁰⁸ - Bruno.Hug & Marcus.C.Boeglin, *arbitrage en matière bancaire et financière, analyse et perspectives*, publié in : www.lalive.ch « consulté le 11/2/2017 »

¹¹⁰⁹ - المادة 321 من قانون المسطرة المدنية.

¹¹¹⁰ - الفصل 320 من قانون المسطرة المدنية.

¹¹¹¹ - الفصل 324 من قانون المسطرة المدنية.

¹¹¹² - المادة 317 من قانون المسطرة المدنية.

يمارسوا تجاهها أي تأثير¹¹¹³. فالشرط التحكيمي يمكن تكييفه على أنه شرط تعسفي، إذا ساهم في إلغاء أو عرقلة حق المستهلك في إقامة دعاوى قضائية أو اللجوء إلى طرق الطعن (الفصل 18 فقرة 17 من قانون تدابير حماية المستهلك).

إن كل تلك المقتضيات الحمائية تجعل مفهوم الشرط التحكيمي وتقنيته يساهمان بقوة وبفعالية نظريا في حظر اللاتوازن العقدي¹¹¹⁴ الذي كان يعاني منه مستهلكو الخدمات البنكية بسبب التحكيم سابقا. هذا عن شرط التحكيم وفق التعديلات الجديدة. فماذا عن نظرية الشروط غير القانونية؟

الفقرة الثانية: الشروط غير القانونية

تتضمن عقود الخدمات البنكية بنودا عقدية هي تعبير عن إرادة معلقة على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، تدور وجودا وعدما مع وجود الالتزام أو زواله¹¹¹⁵. نتناول فيما يلي بطلانها في ثمان حالات علما أن بعض الشروط التعسفية يمكن مواجهتها بمقتضيات ظهير الالتزامات والعقود وفق الآتي: بطلان كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من الرخص الثابتة للإنسان (أولا) بطلان الشرط الإرادي المحض (ثانيا) بطلان كل شرط يقوم على شيء مستحيل أو مخالف للأخلاق الحميدة أو للقانون (ثالثا) بطلان كل شرط يتنافى وطبيعة العقد المضاف إليه (رابعا) بطلان الشرط الذي تتعدم فيه كل فائدة للمستهلك (خامسا) بطلان الشرط الذي يبقى على العقد أو فسخه في حالات محددة (سادسا) بطلان الشرط الذي يتضمن أعمال غش (سابعا) بطلان كل شرط يتنافى وخصائص الشرط (ثامنا)

أولا: بطلان كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من الرخص الثابتة للإنسان

يعلق التعبير عن الإرادة في مجال الشرط على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، إما وجود الالتزام أو زواله. والأمر الذي وقع في الماضي أو الواقع حالا لا يصلح أن يكون شرطا، وإن كان مجهولا من الطرفين. علما أنه تتجلى أهمية حماية مستهلك الخدمة البنكية من خلال نظام الشرط

¹¹¹³ - CJCE, Arrêts océano Grupo editorial, C 2-40,98 à C 244-98Rec,PI 4941,pt25 ; CJCE Arrêt mostaza claro,c-168-05,Rec PI 10421, pt25-cités in : émile mconanghey, *le rôle du juge national en matière de clause d'arbitrage abusive inserée dans un contrat consommation*, publié in : www.2bde.u.paris10.fr « Consulté le 23-2-2018 »

¹¹¹⁴ - C.Rithy, *L'arbitrage et le contrat de consommation :le point sur l'état de droit*, Université de Lumière Lyon 2, Faculté de Droit et Science politique, Mémoire Soutenu le 25 septembre 2006.

¹¹¹⁵ - الفصل 107 من ظهير الالتزامات والعقود.

أيضا من خلال أن الشرط الإرادي لا يكون باطلا إلا إذا كان مرتبطا ارتباطا وحيدا بإرادة أحد الطرفين: البنك في نازلة الحال. إن الشرط الذي يعلق تقديم الخدمة البنكية على توقيع العقد الرسمي مثلا يعد مقبولا، إذا لم يمنح تلك الإمكانية للبنك فقط بأن يعطيه الحق في رفض توقيع العقد¹¹¹⁶. ذلك أن الشرط سيجعل عقد تقديم الخدمة معلق على السلطة التقديرية لأحد أطراف العقد¹¹¹⁷.

جاء بهذا الخصوص في المادة 109 من ظهير الالتزامات والعقود: "كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل إنسان كحق الإنسان في أن يتزوج، وحقه في أن يباشر حقوقه المدنية، يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه".

ورد في قرار الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 8 يناير 2009 أن : "البند الذي ينص أنه بانقضاء أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إصدار مقتطف الحساب تعد التقبيبات والعمليات التي نص عليها مصادق عليها من قبل المستهلك، يوحى للأخير أنه لا يمكن له المنازعة فيها، علما أنه قد يطلع على عدم صحتها خارج الأجل. وبالتالي يكون البند ذي هدف عرقلة ممارسة المستهلك لحقه في اللجوء إلى القضاء وبالتالي يكون الشرط تعسفيا"¹¹¹⁸.

ثانيا: بطلان الشرط الإرادي المحض

حيث إنه طبقا للمادة 112 من ظهير الالتزامات والعقود "يبطل الالتزام إذا كان وجوده معلقا على محض إرادة الملتزم (الشرط الإرادي). ومع ذلك، يجوز لكل من الطرفين أو لأحدهما أن يحتفظ لنفسه بالحق في أن يصرح خلال أجل محدد، بما إذا كان يريد الإبقاء على العقد أو يريد فسخه". جاء عن القضاء الألماني أن شرط تحويل كل أصول المقرض إلى البنك يعد شرطا خانقا وهو غير أخلاقي لأنه يعد استغلالا لحرية قرار المقرض¹¹¹⁹ وترهن إرادة المقرض في التصرف في أمواله غير المشمولة بقيمة الرهن.

ثالثا: بطلان كل شرط يقوم على شيء مستحيل أو مخالف للأخلاق الحميدة أو للقانون

ذلك أنه طبقا للمادة 108 من ظهير الالتزامات والعقود: "كل شرط يقوم على شيء مستحيل أو مخالف للأخلاق الحميدة أو للقانون يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه. ولا يصير الالتزام صحيحا إذا أصبح الشرط ممكنا فيما بعد".

¹¹¹⁶ - A.Agen, 1^{re} ch, 26 février 2003, n°0001570, collette p.c/Jean.christophe s)

Publié in : https://legimobile.fr/fr/jp/j/ca/47001/2003/2/26/00_1570/ «consulté le 26/7/2018 »

¹¹¹⁷ - Voir S.Valory, *la potestativité dans les relations contractuelles*, thèse, presses universitaires, Aix Marseille, 1999. Voir : T. civ. Seine, 22 janv. 1947, D. 1947. 126 & Angers, 8 mai 1974, D. 1975. Somm. 82).

¹¹¹⁸ - Cass .Civ., 1^{re}, 8 janvier 2009, Arrêt n°2FS-D, association UFC que c / le crédit lyonnais, publié in : Revue banque et droit, n°124, mars avril 2009, p.30.

¹¹¹⁹ - BGHZ 44,158NJW, 1993,1587 cité in : www.lamyline.fr , *le contrôle du contenu de l'acte créateur de l'obligation* , p.2. « consulté le 23-2-2018 »

جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 6 يونيو 1997: "إن إلزام الكفيل كان معلقا على فشل البنك في تسجيل الرهن. هذا وأنه لم يتم إقتناء أي أرض من قبل المقترض، مما يكون معه الشرط مستحيلا وفق الفصل 1172 من القانون المدني الفرنسي ويجعل العقد المتعلق به باطلا"¹¹²⁰. كما يبطل أي شرط من قبيل أن يفرض على المستهلك أن يحول القرض كله أو جزئه لتمويل عمليات تبويض الأموال أو الاتجار في البشر أو العمليات الارهابية.

رابعاً: بطلان كل شرط يتنافى وطبيعة العقد المضاف إليه

جاء بهذا الخصوص، في المادة 110 من ظهير الالتزامات والعقود "الشرط الذي يتنافى طبيعة الفعل القانوني الذي أضيف إليه يكون باطلا ويبطل الالتزام الذي يعلق عليه. ومع ذلك، يجوز تصحيح هذا الالتزام إذا تنازل صراحة عن التمسك بالشرط الطرف الذي وضع لصالحه". ومثال ذلك أن يشترط على المستهلك أن يتم تكييف العقد على أنه هبة في حين أنه قرض مما يتنافى مع طبيعته.

خامساً: بطلان الشرط الذي تنعدم فيه كل فائدة للمستهلك

جاء في المادة 111 من ظهير الالتزامات والعقود: "يبطل ويعتبر كأن لم يكن الشرط الذي تنعدم فيه كل فائدة ذات بال، سواء بالنسبة إلى من وضعه أو إلى شخص آخر غيره، أو بالنسبة إلى مادة الالتزام". يعد هذا المقتضى آلية عظيمة لحظر الشروط التعسفية المؤدية إلى عدم التوازن العقدي وسلاح بيد القضاة لتخليق المجال العقدي وهو مقتضى شبيه بالمادة 878 من ظل ع¹¹²¹. جاء في توصية لجنة الشروط التعسفية بفرنسا بتاريخ 6 يونيو 2013 أنه نظرا للطابع المجرد والعام للتوضيحات الكتابية المسلمة للمقترض، التي تفرغ المادة L318-8 من مدونة الاستهلاك من محتواها في تناقض مع توصيات محكمة العدل الأوروبية المتعلقة بحماية المستهلكين النابعة من

¹¹²⁰ - C.A Paris, 6 juin 1997, Juris-Data no 021438. Cité in : Yvaine.Buffelan-Lanore, Condition, Actualisation par Jean-Denis.Pellier, Recueil-Dalloz, février 2017, p.21.

¹¹²¹ - جاء في الفصل 878 من ظهير الالتزامات و العقود أن من : " من يستغل حاجة شخص آخر أو ضعف إدراكه أو عدم تجربته فيجعله يرتضي من أجل الحصول على قرض أو لتجديد قرض قديم عند حلول أجله فوائد أو منافع أخرى تتجاوز إلى حد كبير السعر العادي للفوائد وقيمة الخدمة المؤداة، وفقا لمقتضيات المكان وظروف التعامل، يمكن أن يكون محلا للمتابعة الجنائية. ويسوغ إبطال الشروط والاتفاقات المعقودة بمخالفة حكم هذا الفصل بناء على طلب الخصم، بل حتى من تلقاء نفس المحكمة. ويجوز إنقاص السعر المشترك، وبحق للمدين استرداد ما دفعه زيادة على السعر الذي تحدده المحكمة على أساس أنه دفع ما ليس مستحقا عليه وإذا تعدد الدائنون، كانوا مسؤولين على سبيل التضامن".

القواعد التوجيهية للاتحاد الأوروبي، من شأنها خلق عدم توازن مهم بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة في غير صالح المستهلك... فإن الشرط المتنازع فيه يكتسي طابعاً تعسفياً¹¹²².

سادساً: بطلان الشرط الذي يبقى على العقد أو فسخه في حالات محددة

جاء في الفقرة 2 من المادة 112 من ظهير الالتزامات والعقود: "لا يسوغ اشتراط الاحتفاظ بهذا الحق في الاعتراف بالدين ... ولا في الإبراء من الدين...". جاء عن المحكمة الفيدرالية الألمانية، أن العقد الذي يضمن اشتراط الضمانات مخالف للأخلاق الحميدة، إذا كانت مقتضياته توضح أن الدائن لم يراع مطلقاً مصالح المدين¹¹²³.

جاء في بند غريب لعقد بنكي لاجل السكن مع مقترض مستخدم للبنك المغربي للتجارة والصناعة أنه بمجرد توقف تبعية المستخدم المذكور للبنك بسبب إعفاء أو إستقالة يؤدي الى حلول أجل الدين. هذا وقد ساءرت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء المقرض في تعسفه في قرارها الصادر بتاريخ 2017/7/4 بقولها: "أن الاختلال في التوازن الناتج عن وجود شرط تعسفي والذي يتمسك به الطاعن (حلول كامل الدين بمجرد انفصال الرابطة الشغلية مع المقترض) إنما يكون ناتجاً عن فعل صادر عن البنك المستأنف عليه بحكم وجوده في مركز قوي يستطيع فرض شروط العقد و اقحام شروط تكون لفائدته وكذا الطرف الآخر. وهكذا فإن الشرط لكي يكون استغلالاً يتعين ان يكون من شأنه تحويل البنك الحصول على مزايا مبالغ فيها بتعسفه في استعمال مركزه القوي وهو مالم يثبت في العلاقة التعاقدية بين طرفي الخصومة بحكم الميزة التفضيلية التي قدم في اطارها الطاعن طلب القرض"¹¹²⁴. فقواعد المنطق تقول بكون الأجير يظل أسير القوة الاقتصادية لمشغله مما يكون معه القرار قد خالف قواعد العقل والقانون في تقديرنا.

سابعاً: بطلان الشرط الذي يتضمن أعمال غش

حيث أنه طبقاً للمادة 123 من ظهير الالتزامات والعقود فإن تحقق الشرط لا ينتج أي أثر، إذا حصل بتدليس ممن كانت له فيه مصلحة أي البنك في عقود الخدمات البنكية. ومثال ذلك أن يضمن البنك في العقد بنداً يتعلق بالغش الضريبي يمكنه من تحقيق أرباح أكبر إضراراً بإدارة الضرائب.

ثامناً: بطلان كل شرط يتنافى وخصائص الشرط

¹¹²² - Avis N°13-01 Contrat de crédit à la consommation du 6 juin 2013, publié in : <http://www.clauses-abusives.fr/avis/contrat-de-credit-a-la-consommation/> « consulté le 24/7/2018 »

¹¹²³ - BGH, NJW, le contrôle du contenu de l'acte créateur d'obligation, 1998, p.2047 publié in : www.lamyline.fr

¹¹²⁴ - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 5639، صادر بتاريخ 2017/7/4، في الملف المدني رقم 2017/1201/3528، غير منشور.

إن إسقاط خاصية من خصائص الشرط يفقده معناه الفني ويصبح مجرد أحد بنود العقد. كما أن الأمر الذي وقع في الماضي أو الحاضر- أي الواقع حالا وليس مستقبلا- لا يصلح أن يكون شرطا وإن كان مجهولا من الطرفين (المادة 107 من ظ.ل.ع)، أي سواء أكان معلوما من الطرفين أو مجهولا منهما¹¹²⁵.

إن كل الشروط التعسفية ليست بالضرورة شروط غير قانونية لأن القانون قد لا ينص على أنها غير قانونية ويعاين القضاء أنها تحتوي على إختلال بين بين حقوق والتزامات الطرفين. فبطلان البند الذي ينص على الشرط لا يؤدي إلى بطلان عقد الخدمة البنكية في مجمله إلا إذا كان العقد معلقا على ذلك البند. هذا التمييز ضروري لتمتع مستهلكي الخدمات البنكية من إبطال الشرط التعسفي وبالتالي إقرار فعال لإعادة التوازن العقدي¹¹²⁶. هذا عن الوسائل القانونية العامة لمكافحة الشروط، فماذا عن تلك الوسائل الخاصة؟

المبحث الثاني: الوسائل القانونية الخاصة لمكافحة الشروط التعسفية

لقد كان مبدأ الأمن القانوني فيما مضى و لا يزال عاملا من عوامل عدم المس بإرادة المتعاقدين. وقد أعلن العديد من الفقهاء أن على القاضي أن يكف عن التدخل في العقد تحت غطاء الإنصاف لأنه لن يستطيع تحقيق المقابل العادل للالتزام. لكن تأثير قوانين الاستهلاك على النظريات القانونية عموما بما فيها النظرية العامة للالتزامات والعقود وعلى مفهوم الأمن القانوني جعلها تلعب دورا كبيرا في استقرار المعاملات من خلال التنصيص المسبق ولو على سبيل الاستدلال على الشروط التعسفية.

إن على البنك أو محري العقود البنكية التابعين له أن يطلعوا مسبقا على تلك الشروط ويلتزموا عقودهم معها. فيكون مفهوم الأمن القانوني في صيغته الحديثة يناهض الشطط في استعمال السلطة الاقتصادية ويعزز حماية مستهلك الخدمات البنكية¹¹²⁷. جاء لدى بعض الفقهاء بهذا الخصوص، أن عنصر الشرط التعسفي هما التعسف في استعمال القوة الاقتصادية وجني المهني بسبب ذلك ميزة مفرطة¹¹²⁸. هنا تقاس القوة الاقتصادية للبنكي استنادا إلى الحجم الكبير للمقولة البنكية في جميع

¹¹²⁵ - أمينة ناعمي، مرجع سابق، ص. 13 و 14.

¹¹²⁶ - portée de la nullité des clauses illicites , publié sur www.lamyline.fr p.1 « consulté le 23-2-2015 »

لتعمق أكبر راجع: نزهة الخالدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية- عقد البيع نموذجاً-، أطروحة لنيل الدكتوراة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس اكدال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 2005/2004.

¹¹²⁷ - فاتح كمال، دور الأمن القانوني والقضائي في حماية مستهلكي الخدمات البنكية، مداخلة في ندوة حول الأمن القانوني وحماية المستهلك، منظمة من طرف كلية الحقوق بفاس، بتاريخ 2013/3/30، غير منشورة.

¹¹²⁸ - حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص. 58.

الأحوال بالمقارنة مع المستهلك،¹¹²⁹ وكذا الوسائل التي يستعملها في ممارسة نشاطه¹¹³⁰، بالإضافة إلى ضعف المنافسة في مهنة منظمة محدودة الولوج. لم يتبن المشرع المغربي، سوى الاختلال الكبير بين الحقوق والواجبات بين طرفي العقد لصالح المستهلك.

جاء في قرار لمحكمة العدل للجماعات الأوروبية بتاريخ 14 يوليوز 1981 بخصوص قابلية خضوع قطاع الأبنك لقانون المنافسة المشترك أن تلك المحكمة اعتبرت أن توازي سلوكات المقاولات البنكية بخصوص اقتطاع عمولة على التحويلات يشكل اتفاقا مدبرا وفق ما هو محظور في المادة 85 فقرة 1 من اتفاقية روما كما تم تعديلها.

على خلاف ذلك ظلت السلطات المغربية المكلفة بالمنافسة صامته تجاه رفع الأبنك المغربية لسعر القرض العقاري بشكل فجائي وجماعي سنة 2009¹¹³¹.

أما بخصوص الميزة المفرطة، فلا تنحصر فقط في البديل الذي يتقدم به المستهلك البنكي ولكن بالنظر إلى اختلال التوازن العقدي بشكل يجعل التزامات هذا الأخير غير متوازنة مع ما قد يجنيه من منفعة من العقد؛ خاصة إذا أدخل في عين الاعتبار نسبة الالتزام التي تقع على البنك التي قد تكاد تكون رمزية. سنعالج فيما يليه نطاق تطبيق مقتضيات قانون تدابير حماية المستهلك المكافحة للشروط التعسفية والتي تنقسم إلى الشروط المفترض أنها تعسفية (المطلب الأول) وشروط أخرى غير مفترض أنها تعسفية وأخرى تم تمديدها في إطار الحماية للأشخاص المعنوية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط المفترض أنها تعسفية

جاء في المادة 18 من قانون تدابير حماية المستهلك، أنه: " مع مراعاة تطبيق النصوص التشريعية الخاصة أو تقدير المحاكم أو هما معا، وعلى سبيل المثال لا الحصر، يمكن أن تعتبر الشروط تعسفية، إذا كانت تتوفر فيها شروط المادة 15 أعلاه، ويكون الغرض منها أو يترتب عليها ما يلي:

¹¹²⁹ - طبقا للفصول 35 من قانون 12. 103 يتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها: "لا يمكن أن يعتمد بنك المغرب مؤسسة ائتمان إذا لم تكن تتوفر على الحد الأدنى من الرأسمال المتوجب لتأسيس شركة مساهمة".

¹¹³⁰ - العربي مياد، عقود الإذعان، دراسة مقارنة، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2004، ص.448. أنظر أيضا العربي مياد، إشكالية التراضي في عقود الإذعان، الجزء الأول، أطروحة لنيل دكتوراة الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، اكدال، الرباط، 2001/2000.

¹¹³¹ - Alio.Dior.Nadour, *crédit immobilier, les banques augmentent leur taux économique*, publié in : www.lavieeco.com en date du 14-9-2009.

راجع كذلك : فاتح كمال، سعر القرض البنكي: أية حماية للمستهلك، مجلة الملف، عدد 10، مطبعة فضالة، إبريل 2007.

1- إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته¹¹³². جاء في قرار للغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19 يونيو 2001: "أن البند الذي يعفي مقدم الخدمة من آثار المسؤولية عبر إقرار تعويض رمزي ليس من شأنه خلق توازن بين حقوق التزامات الطرفين يكون تعسفيا وكأن لم يكن طبقا لتوصية لجنة الشروط التعسفية عدد 82-04"¹¹³³.

2- احتفاظ المورد بالحق في أن يغير من جانب واحد خصائص المنتج أو السلعة المزمع تسليمها أو الخدمة المزمع تقديمها. غير أنه يمكن التنصيص على أنه يجوز للمورد إدخال تغييرات مرتبطة بالتطور التقني شريطة ألا تترتب عليها زيادة في الأسعار أو مساس بالجودة وأن يحفظ هذا الشرط للمستهلك إمكانية بيان الخصائص التي يتوقف عليها التزامه.

طبعاً لا يتعلق تقدير الطابع التعسفي بتعريف موضوع عقد الخدمة البنكية ولا بالتطابق بين الثمن والموضوع. لكن ذلك لا يحول دون وجوب أن لا يكون البند يعطي الحق للبنك بتغيير خصائص الخدمة المزمع تقديمها. يتعلق أهم إشكال مطروح هنا ببند السعر المتغير والذي قد يكون بنداً أساسياً في عقود القرض لا سيما العقارية منها.

3- إعفاء المورد من المسؤولية القانونية أو الحد منها في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة تصرف أو إغفال من المورد (البنك)؛

4- إلغاء حقوق المستهلك القانونية أو الحد منها بشكل غير ملائم إزاء البنك المورد أو طرف آخر في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من لدن المورد لأي من الالتزامات التعاقدية، بما في ذلك إمكانية مقاصة دين للمورد على المستهلك بدين قد يستحقه هذا الأخير على المورد؛

5- التنصيص على الالتزام النهائي للمستهلك في حين أن تنفيذ التزام المورد خاضع لشرط يكون تحقيقه رهيناً بإرادته وحده؛

6- فرض تعويض مبالغ فيه أو الجمع بين عدة تعويضات أو جزاءات عند عدم وفاء المستهلك بالتزاماته¹¹³⁴. جاء تجسيدا للتعسف في فرض تعويض مبالغ فيه ما قضت به المحكمة التجارية

¹¹³² - في صيغة سابقة لوزارة التجارة والصناعة كانت الفقرة مقصورة على عقود البيع دون الخدمات.

¹¹³³ - C. Cass, Ch. Civ, I, 19 juin 2001, n°99-13395 publié sur www.clauses-abusives.fr/puiscass010619html « consulté le 27/2/2018 ».

¹¹³⁴ - جاء في حكم للمحكمة التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2012/10/17 في الملف عدد 10175/5/2012، غير منشور أن: " المادة 108 من القانون المذكور- قانون تدابير حماية المستهلك- نصت على أنه لا يتحمل المقرض أي تعويض أو تكلفة غير تلك الواردة في المواد من 103 إلى 107 في حالتي التسديد المبكر أو التوقف عن الأداء المنصوص عليهما في المواد المذكورة. و حيث إن المادة 104 هي الواجبة التطبيق في النازلة وهي تخول للمقرض الحق في المطالبة برأس المال المتبقي المستحق بإضافة الفوائد الحال أجلها و غير المؤداة و تترتب على المبالغ المتبقية المستحقة إلى تاريخ التسديد الفعلي فوائد عن التأخير يحدد سعرها الأقصى بنص تنظيمي

بالدار البيضاء في حكم لها بتاريخ 2004/2/25 طبقت فيه حرفيا قاعدة العقد شريعة المتعاقدين: بقولها "إن عقد القرض نص في المادة 20 على أن المدعي يستحق نسبة 10% من أصل الدين في حالة اللجوء إلى مقاضاة المقرض من أجل الحصول على الدين مما يتعين الاستجابة إليها"¹¹³⁵.

جاء بهذا الخصوص في حكم للمحكمة التجارية بالدار البيضاء قبل صدور قانون تدابير حماية المستهلك، في حكم لها بتاريخ 2003/12/22 أن جزاءات عدم التنفيذ تخضع لرقابة المحكمة في إطار الفصل 264 من ظهير الالتزامات والعقود. حيث جاء في حيثيات ذلك الحكم ما يلي: "إن باقي المطالب الأخرى ما دامت لا تتعلق بأصل الدين وتم الاتفاق عليها تحسبا لإخلال المقرض بالتزامه بأداء الأقساط في إبانها المتفق عليه فهي بطبيعتها تدخل في باب الجزاءات عن عدم التنفيذ والتي أعطى المشرع للمحكمة في الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود بعد التعديل الذي أجرى على هذا النص بظهير 1995/8/11 حق التدخل بالرفع أو التخفيض حسب ظروف الحال. إن المحكمة ارتأت أعمال سلطتها في تقدير التعويض المستحق للمدعية بعد مراعاتها لحجم الضرر الحاصل وقررت حصره في مبلغ 1000.00 درهم"¹¹³⁶.

إن واقع عدم التدخل سيتغير مع تطبيق قانون تدابير حماية المستهلك في باب تحديد التعويض، جاء مثلا في حكم المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء بتاريخ 2012/7/13: "إن الثابت من وثائق الملف وخاصة عقد القرض وكشف الحساب أن المدعى عليه بقي مدينا للمدعية بمبلغ (4149.50) درهم عن الأقساط غير المؤداة وفوائد التأخير، إنه تطبيقا لمقتضيات المادة 104 من قانون تدابير حماية المستهلك فإنه في حالة توقف المقرض عن الأداء، يجوز للمقرض المطالبة بالتسديد الفوري لرأس المال المستحق بإضافة الفائدة الحال أجلها وغير المؤداة وتترتب على هذه المبالغ فائدة تأخيرية لا تتعدى 4%¹¹³⁷. تبقى باقي الطلبات غير مؤسسة تطبيقا للمادة 108 من

على ألا يتعدى 4 بالمائة من الراسمال المتبقي. وحيث إنه في انتظار صدور النص التنظيمي المشار إليه فإن المحكمة ارتأت الحكم للمدعي بفوائد التأخير بنسبة 4 بالمائة كسقف أعلى لا يسوغ تجاوزه".

¹¹³⁵ - حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، عدد 04/1500، صادر بتاريخ 2004/2/25 في الملف عدد 2003/3169، غير منشور.

¹¹³⁶ - حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2003/11314، صادر بتاريخ 2003/12/22، في الملف رقم 7/03/6236، غير منشور.

¹¹³⁷ - ذهبت عديد اجتهادات محاكم أول درجة لا سيما التجارية منها إلى عدم الاستجابة إلى طلب أداء غير فوائد التأخير عن المبالغ المتبقية والمستحقة في حدود 2% في المائة على ألا تتعدى 4% بالنسبة للقروض الاستهلاكية طبقا للمادة 104 من قانون تدابير حماية المستهلك. راجع: - حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، ملف عدد 2014/5/1086 صادر بتاريخ 2014/7/7، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف عدد 18/8210/120 بتاريخ 2018/3/15، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف عدد 2017/8210/1429 بتاريخ 2018/3/29، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف عدد 2017/8210/1410 بتاريخ 2018/3/6، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف عدد 2017/8210/1543 بتاريخ 2018/1/8، غير منشور.

في حين أنه طبقا للمادة 133 من قانون تدابير حماية المستهلك فإنه بالنسبة للقرض العقاري لا يجب أن تتعدى تلك الفوائد 2% . راجع:

- حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف عدد 2017/8210/2025 بتاريخ 2018/3/29، غير منشور.

قانون حماية المستهلك، التي تقضي بأنه لا يمكن أن يتحمل المقرض أي تعويض أو تكلفة غير تلك الواردة في المواد 103 إلى 107 في حالة التوقف عن الأداء"¹¹³⁸. هكذا يلاحظ أن المحكمة ألغت ضمنا الشرط التعسفي لكنها إتمدت على نص قانوني لتعليل حصر التعويض في نسبة معينة. علما أن البند في نازلة الحال هو غير قانوني.

هذا وقد جاء في قرار للغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 أبريل 2018 أن "التعويض في حالة فسخ عقد الائتمان الإيجاري العقاري لا يشكل شرطا جزائيا في مفهوم المادتين L341-1 و L341-6 من قانون الإستهلاك ولكن هدفه هو تعويض الضرر الناتج عن فعل المكري نتيجة مزاوله حق الانهاء المسبق للعقد..."¹¹³⁹. وقد حدد هذا التعليل التعويض المتفق عليه. نشير هنا أن تبرير الفوائد القانونية المنصوص عليها في مدونة نابليون لسنة 1804، كان هو تحديد التعويض المترتب على الضرر اللاحق نتيجة عدم تنفيذ إلزام مالي، فبالإضافة الى ان ذلك التعويض سيكون غير متوقع بالنسبة للمدين فإن تحديده سيكون معقدا ومضطربا في حالة ترك تقديره للقاضي¹¹⁴⁰.

- حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف عدد 1007/2018/8210 بتاريخ 2018/6/21، غير منشور.
¹¹³⁸ - حكم المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء، عدد 16889، صادر بتاريخ 2012/7/13، في الملف عدد 2012/24/12851، غير منشور.

راجع أيضا حكما ابتدائيا هذه المرة للمحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ: 2015-5-28 في الملف رقم : 127-15 نقول فيه أيضا: "انه يرجوع المحكمة إلى كشف الحساب المدلى به يتبين أن المدعى عليه توقف عن أداء 8 أقساط شاملة لفوائد التأخير بما مجموعه 25400,38 درهم وبقي بزمته مبلغ 148160,70 الذي يشكل الرأسمال المتبقى والذي تترتب عنه طبقا للمادة 104 من القانون 31.08 إلى غاية التسديد الفعلي فوائد عن التأخير يحدد سعرها الأقصى في 4 ٪. و حيث إن الكشف الحسابية المستخرجة من الدفاتر التجارية الممسوكة بانتظام و غير المنازع فيها تكتسي حجية ثبوتية و مادام المدعى عليه لم ينازع فيها فان ذمته تكون عامرة لفائدة المدعية بالمبلغ المطالب به و قدره 178664,97 درهم بعد خصم مصاريف المنازعات و قدرها 6834,25 درهم إضافة إلى مصاريف التنبير و قدرها 204.05 درهم التي بقيت غير ثابتة طبقا للمادة 110 من القانون المذكور أعلاه. وحيث إن المقرض لا يتحمل في نازلة الحال طبقا للمادة 108 من القانون 31.08 أي تعويض أو تكلفة أخرى، الشيء الذي يتعين معه رفض طلبات الفوائد القانونية والتعويض".

نفس الأمر ينطبق على القرض العقاري، حيث جاء في حكم تجاري صادر عن المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2015/6/4 : "...إن الثابت من وثائق الملف أن عقد القرض الرابط بين طرفي الدعوى يتعلق بقرض عقاري، وبالتالي فإن المقرض لا يتحمل في نازلة الحال طبقا للمادة 134 من القانون رقم 31.08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك أي تعويض أو تكلفة أخرى، الشيء الذي يتعين معه رفض طلبات الفوائد التعاقدية وذعية التأخير والضرية على القيمة المضافة والتعويض". حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ: 2015-6-4، صادر في الملف رقم 1368-5-14، غير منشور.

لكن نفس المحكمة بهينة مغايرة تسير في منحى مغاير في حكم لها بتاريخ 2015/6/18 جاء فيه "إن الثابت من وثائق الملف وخاصة عقد القرض أن الأمر يتعلق بقرض عقاري، وأنه أمام تقاعس المدعى عليه عن أداء أقساط القرض، فإن الدين يصبح حالا برمته، مما يكون معه طلب أداء مبلغ 329738.32 درهم مؤسسا و يتعين الاستجابة له . وحيث إن طلب فوائد التأخير يبقى مبررا طبقا للمادة 134 من القانون 31.08 و يتعين قبولها في حدود 2 في المائة من الرأسمال المتبقى و قدره 288746.82 درهم و ذلك من تاريخ الحكم إلى تاريخ التنفيذ". - حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ : 2015-06-18 صادر في الملف رقم : 948-5-14، غير منشور.

¹¹³⁹ - Cass. , Ch. 1, 14 mars 2018 , N° de pourvoi: 16-28302, publié in : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000036741991&fastReqId=1471880151&fastPos=1> « consulté le 16/7/2018 »

¹¹⁴⁰ - Fabrice Gréau, *Intérêts des sommes d'argent*, Répertoire civil Dalloz, oct. 2016 , p.48.

7- تخويل المورد الحق في أن يقرر فسخ العقد إذا لم تمنح نفس الإمكانية للمستهلك، والسماح للمورد بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة برسم خدمات لم ينجزها بعد عندما يقوم المورد نفسه بفسخ العقد؛

8- الإذن للمورد في إنهاء العقد غير المحدد المدة دون إعلام سابق داخل أجل معقول، ماعدا في حالة وجود سبب خطير؛

9- تمديد العقد محدد المدة بصفة تلقائية في حالة عدم اعتراض المستهلك، عندما يحدد أجل يبعد كثيرا عن انتهاء مدة العقد باعتباره آخر أجل ليعبر المستهلك عن رغبته في عدم التمديد؛

10- التأكيد على قبول المستهلك بصورة لا رجعة فيها لشروط لم تتح له بالفعل فرصة الإطلاع عليها قبل إبرام العقد؛

11- الإذن للمورد في أن يغير من جانب واحد بنود العقد دون سبب مقبول ومنصوص عليه في العقد ودون إخبار المستهلك بذلك. جاء في حكم للمحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2015/10/1 أنه: "

حيث إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المستفادة من الفصل 230 من ق.ل.ع ليست مطلقة وأن القانون يقيدھا في العديد من الحالات وأنه من الثابت في نازلة الحال أن عقد القرض بين الطرفين، والذي يسمح للمدعى عليها بأن تعدل من سعر الفائدة وقت ما شاءت ودون الحاجة إلى موافقة المقترض أو إخباره، يعتبر شرطا تعسفيا وجب إلغاؤه استنادا إلى المادة 15 من القانون رقم 31-08 التي نصت على أنه: يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك". وكذا البند 11 من المادة 18 الذي نص على أنه يعتبر من الشروط التعسفية الشرط الذي يأذن للمورد في أن يغير من جانب واحد بنود العقد دون سبب مقبول ومنصوص عليه في العقد ودون إخبار المستهلك بذلك. وأن المدعى عليها في نازلة الحال هي الملزمة بإثبات أن الشرط المذكور لا يتسم بالتعسفية طبقا للمادة 18 من نفس القانون التي نصت على أنه: في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن شرطا تعسفيا، يجب على المورد الإدلاء بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع.

وحيث ينتج عن ذلك أن قرار المدعى عليها المعدل للعقد الرابط بين الطرفين بالرفع من سعر الفائدة من 2.5 إلى 12.5 بالمائة باطل ويتعين إلغاؤه مع إلغاء جميع آثاره ونتائجه من قبيل القسط الشهري المستحق ومدة سداد القرض¹¹⁴¹.

فالعبارة هي في وجود السبب المقبول من عدمه. جاء في هذا السياق قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 نونبر 2003، تقول فيه بأحقية البنك في تغيير تكلفة الخدمة واقتطاع مصاريف إضافية، كانت مجانية من قبل، طالما أن العقد تضمن بند المراجعة. وأن هذا الاقتطاع كان مبررا بتعويض

¹¹⁴¹ - حكم المحكمة التجارية بفاس، صادر بتاريخ 2015/10/1، في الملف عدد 2014/5/245، غير منشور.

تحميلات مرتبطة بالخدمات المالية وتمت منازعة الزبناء بشكل صريح في مواجهة التعريف الجديدة¹¹⁴².

12- التنصيص على أن سعر أو تعريفات المنتجات والسلع والخدمات يحدد وقت التسليم أو عند بداية تنفيذ الخدمة، أو تخويل المورد حق الزيادة في أسعارها أو تعريفاتها دون أن يكون للمستهلك، في كلتا الحالتين، حق مماثل يمكنه من فسخ العقد عندما يكون السعر أو التعريف النهائية مرتفعة جدا مقارنة مع السعر أو التعريف المتفق عليها وقت إبرام العقد. جاء في حكم محكمة الدرجة الأولى بمدريد بتاريخ 11 شتنبر 2001 أن بند الزيادة في السعر هو بند تعسفي و بالتالي فهو باطل طبقا للقانون الداخلي الإسباني المطابق للقواعد التوجيهية الأوروبية في مجال الشروط التعسفية. هذا القرار تم تأييده استئنافيا قبل أن تقوم محكمة النقض الإسبانية بإبطاله¹¹⁴³.

هنا يمكن التساؤل عن مدى وجوب أن يكون العقد مكتوبا؟ وهل يكفي أن يرد البند التعسفي في فاتورة أو محضر مخالفة أو سند تسليم؟ في رأينا ولو وردت عبارة "العقد المبرم" في المادة 19 فإن البند التعسفي قد يوجد في أي وثيقة دالة على العقد. هنا جاءت هذه اللائحة على سبيل الاسترشاد وليس على سبيل الحصر. وقد كان لمحكمة العدل للاتحاد الأوروبي رأيها، باعتبار أنه حتى ولو كان البند يعد أساسيا في العقد وكان مكتوبا بشكل واضح ومفهوم، فإن القاضي الوطني يحتفظ بحقه في رقابته عليه¹¹⁴⁴.

13- تخويل المورد وحده الحق في تحديد ما إذا كان المنتج أو السلعة المسلمة أو الخدمة المقدمة مطابقة لما هو منصوص عليه في العقد أو في تأويل أي شرط من شروط العقد؛

14- تقييد التزام المورد بالوفاء بالتزامات التي تعهد بها وكلاؤه أو تقييد التزاماته باحترام إجراء خاص؛

15- إلزام المستهلك بالوفاء بالتزاماته ولو لم يف المورد بالتزاماته؛

¹¹⁴² - C.Cass, Civ., I, en date du 25 novembre 2003, n° 01-18021 publié in : www.clauses-abusives.fr/puis/ccass031125htm « consulté le 5/8/2018 »

D.Mazeaud, *La révision du contrat*, LPA, n° 129, 30 juin 2005.

¹¹⁴³ - C.J.U.E du 3 juin 2010, aff. C 48408 publié sur : www.clauses-abusives.fr « consulté le 19/11/2019 »

¹¹⁴⁴ - Idem.

16- التنصيص على إمكانية تقوية العقد لمورد آخر إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى تقليص الضمانات بالنسبة إلى المستهلك دون موافقة منه؛

17- إلغاء أو عرقلة حق المستهلك في إقامة دعاوى قضائية أو اللجوء إلى طرق الطعن، وذلك بالحد بوجه غير قانوني من وسائل الإثبات المتوفرة لديه أو إلزامه بعبء الإثبات الذي يقع عادة على طرف آخر في العقد، طبقاً للقانون المعمول به".

فقد قضت المحكمة الإقليمية بمدرين بخصوص بند يحدد الاختصاص لجهة تحكيمية قبل اللجوء إلى القضاء أن ذلك بند يشكل بندا تعاقديا تعسفيا يوجب بطلان اتفاقية التحكيم وقد سايرت هذا الموقف محكمة العدل للجماعات الأوروبية في قرارها بتاريخ 26 أكتوبر 2006¹¹⁴⁵.

وفي نفس السياق، ذهبت محكمة الاستئناف ببائيس في قرارها بتاريخ 17 أكتوبر 2006 إلى أن البند الوارد في العقد والذي يلزم المستهلكين بالانخراط الإجمالي في نظام دعوى جماعية يسمح فيها الموقعون بقبول خدمات محامي يختار المحكمة والأساس القانوني للدعوى ومقدار التعويض المطالب به وملاءمة تتبع الدعاوى وممارسة الطعون يشكل بندا تعسفيا لأنه يجرّد المستهلك من آلية مزاولة حقوقه والتحكم في دعواه ويعبر على عدم توازن جسيم لصالح المهني¹¹⁴⁶.

فالعبرة بالتوازن والتعسف وليس حقا مطلقا لصالح المستهلك بما فيها بنود فسخ العقد بسبب عدم احترام هذا الأخير لالتزاماته. جاء في قرار حديث للغرفة المختلطة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 13 أبريل 2018: "أن محكمة الاستئناف ببائيس في قرارها بتاريخ 6 ماي 2016 قد صادفت الصواب لما اعتبرت أن المكترى كان عليه إرجاع الشاحنة للبنك وأن على هذا الأخير أن يستفيد من البنود التعاقدية المتعلقة بالضمان والتنازل عن التقاضي وعليه إرجاع الأكرية المستخلصة بموجب تنفيذ عقد الائتمان الإجمالي"¹¹⁴⁷.

لم يبين المشرع المغربي في حصره للشروط التعسفية المذكورة، ما إذا تعلق الأمر بلائحة سوداء للشروط التعسفية غير قابلة لإثبات العكس لكونها تمس بشكل خطير بتوازن العقد وبين اللائحة الرمادية التي تعد قرينة بسيطة على التعسف قابلة لإثبات العكس¹¹⁴⁸ من قبل البنك في نازلة الحال. وإن كان الاختيار الثاني هو الأقرب للانسجام مع الفقرة الأخيرة من المادة 18 التي

¹¹⁴⁵ - CJCE, arrêt du 26 octobre 2006, AFF, C168/05 publié in : www.clauses-abusives.fr « consulté le 27/2/2018 ».

¹¹⁴⁶ - C.A Paris, 1ère, Chambre, section A n° 05/10504 en date du 6 décembre 2005, publié in www.clauses-abusives.fr/puis/cop061017.pdf « consulté le 27/2/2018 ».

¹¹⁴⁷ - Arrêt n° 285 du 13 avril 2018, C.Cass., Ch. mixte, Pourvoi n° H 16-21.345, publié in : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/285_13_38960.html « consulté le 16 juillet 2018 ».

¹¹⁴⁸ - Judith.Rochfeld, *les listes de clauses abusives seront-elles efficaces ?*, RTD. Civ., 2009, p.384.

أوضحت على أنه في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن شرطا تعسفيا، يجب على المورد الإدلاء بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع.
هذا عن الشروط المفترض مطلقا أنها تعسفية. فماذا عن الشروط المفترضة نسبيا أنها تعسفية والموسعة للحماية؟

المطلب الثاني: الشروط التعسفية الموسعة لنطاق الحماية

لقد حددت المادة 18 من قانون تدابير حماية المستهلك لائحة طويلة من الشروط التعسفية عدتها في 17 حالة على سبيل المثال لا الحصر كما سبق تبيانها. ويكون المشرع المغربي سلك مسلك العديد من التشريعات المقارنة، التي أخذت بمبدأ اللوائح، كما هو الحال لدى المشرع الأوروبي الذي اعتمد في توصية مجلس أوروبا بخصوص الشروط التعسفية في العقود المبرمة من قبل المستهلكين مبدأ اعتماد اللائحة وذلك سنة 1977¹¹⁴⁹. وقد تم تبني ذلك التعميط من قبل المشرع الألماني في تنميته للشروط العامة للعقود بتاريخ 9 دجنبر 1976 والذي اعتمد لائحتين إحداها لائحة رمادية وأخرى لائحة سوداء. وقد تبني نفس تلك التقنية المشرع الفرنسي في قانون 10 يناير 1978 والتي عززها في فاتح فبراير 1995 وقانون 4 غشت 2008 ومرسوم 18 مارس 2009. حيث أسند المشرع للسلطة التنظيمية صلاحية تحديد اللوائح السوداء والرمادية¹¹⁵⁰.

هذا وقد شكل قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 5 ماي 1991 ثورة في مجال مناهضة الشروط التعسفية. حيث شكل إنقلابا في الاجتهاد القضائي بتقريره دور القاضي في الإثارة التلقائية للطبيعة التعسفية للشرط. جاء في تعليل ذلك القرار: " حيث إن الشرط الوارد في وصل إيداع الاوراق المطلوب تصويرها كانت تعفي مختبر التصوير من كل مسؤولية في حالة فقدان الاوراق. لأجله فإن الحكم المطعون فيه الذي يستنتج منه أنه بند من ذلك القبول ويمنح ميزة مفرطة لشركة المختبرات مينيت فرنسا وأن هذه الأخيرة نظرا لموقعها الإقتصادي كان بإمكانها إجبار زبائنها على قبول ذلك البند. لأجله قررت محكمة النقض أن البند يكتسي طابعا تعسفيا ويعيد لذلك كأن لم يكن..."¹¹⁵¹.

لكن المشرع المغربي، على خلاف غالبية التشريعات الأوروبية، لم يأخذ بمبدأ حصر الحماية من الشروط التعسفية في الشخص الذاتي فقط. حيث وسعها للشخص المعنوي كذلك (الفقرة الثانية) وهو ما يتوجب دراسته، إلى جانب تمديد الحماية المادية للشروط التي لم يفترض المشرع في لائحته كونها تعسفية (الفقرة الأولى).

¹¹⁴⁹ - Résolution (76) 47 , Conseil de l'Europe (affaires juridiques), Strasbourg, 1977.

¹¹⁵⁰ - Claire.Marie.Peglion-Zika, la notion de clause abusive L132- 1 du code de la consommation, thèse de doctorat de droit privé, Université Panthéon-Assas , soutenue le 13 décembre 2013, p.258.

¹¹⁵¹ - Cass. 1ère Civ., 14 mai 1991, publié in :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007025397> « consulté le 16/7/2018 »

الفقرة الأولى: الشروط غير المفترض أنها تعسفية

جاء في الفقرة الأخيرة من الفصل 18 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه: "في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن شرطاً تعسفياً، يجب على المورد الإدلاء بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع". إن هذا النظام المرن المنصوص عليه في المادة 15 يترك حرية تقدير واسعة للتقاضي لاعتبار بند ما تعسفياً.

كما ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 18 المذكورة، أن الشروط التعسفية المذكورة في اللائحة السالفة هي على سبيل المثال وليس الحصر ويراعى في ذلك تطبيق النصوص التشريعية الخاصة أو تقدير المحاكم أو هما معاً.

إن نظام المزاوجة بين القاعدة العامة للشرط التعسفي كما عرفتها الفقرة الأولى من المادة 15 من قانون تدابير حماية المستهلك والمحددة لعناصر الشرط التعسفي وبين لائحة الشروط المحظورة كما تناولناها في المطلب السابق يعد في تقديري أفضل نظام لحماية المستهلكين لطابعه الفعال¹¹⁵². وللإشارة فمعيار التقدير بالنسبة للقاضي هنا هو الاختلال الكبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد¹¹⁵³.

يقرر الطابع التعسفي باعتبار طبيعة الخدمة البنكية موضوع العقد مع اعتبار زمن إنعقاد العقد والظروف المحيطة به وباقي بنود العقد أو أي عقد آخر مرتبط به. هذا عن الشروط غير المفترض أنها تعسفية. فماذا عن تمديد تلك الحماية من الشروط التعسفية للأشخاص المعنوية؟

الفقرة الثانية: مدى صوابية حماية الأشخاص المعنوية من الشروط التعسفية بقانون الاستهلاك
إن أول سؤال يتبادر إلى الذهن عند مناقشة استفادة الأشخاص الاعتبارية من الحماية ضد الشروط التعسفية هو مدى ضرورة شملها بالحماية؟ فبعض الفقه يرى أن شملها بالحماية ضروري لما فيه من نتائج إيجابية ليس على المستهلك فقط ولكن أيضاً على مجموع المستهلكين والمنافسة وكذا الجودة في السوق. جاء في نفس الإطار، أن المادة 7 من التوجيه الأوروبي 13/93 المتعلقة بالشروط التعسفية، يحمي المستهلكين وكذا المتنافسين وأنه من غير الواضح لما سيستفيد المقاول الفرد من تلك المقتضيات ويحرم من حمايتها بمجرد أن يأخذ شكل شخص معنوي¹¹⁵⁴.

¹¹⁵² - François.Sage, *le droit français au regard de la directive 93/13 du conseil des communautés européennes du 5 avril 1993*, Gaz.pal, doctrine, p.1191.

¹¹⁵³ - S.Akrawati.Adjita, op.cit, p.381.

¹¹⁵⁴ - La Cour de cassation avait l'occasion d'écarter une fois pour toutes les personnes morales du champ d'application de la législation sur les clauses abusives. Or, elle ne l'a pas fait ; et, interprété a contrario, qu'une société commerciale agissant sans rapport direct avec l'activité qui est la sienne pourrait être considérée comme un non-professionnel au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation.

طبعاً يجب أن يكون ذلك المقاول غير ممارس لنشاط مهني مشار إليه في العقد الذي أبرمه مع البنك.

كان ذلك التمديد مثار خلاف في القضاء الفرنسي، حيث جاء عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض في قرارها بتاريخ 28 يونيو 1983، أن بند تحديد المحكمة المختصة المضمن في العقد بين تاجر وغير تاجر، يعد كأن لم يكن كيفما كانت صفة من يدفع به¹¹⁵⁵. وعلى صعيد مغاير، اعتبرت محكمة الاستئناف ببافيس في قرار لها، أن الطرف غير التاجر فقط من يحق له أن يستفيد من مقتضيات المادة 48 من مدونة المسطرة المدنية باعتباره المستفيد الوحيد من الحماية¹¹⁵⁶. لكن حسب تضاربات الاجتهادات القضائية جاءت مع المادة 3 من قانون هامون بتاريخ 17 مارس 2014 المعدلة لمدونة الاستهلاك الفرنسية والتي اعتبرت المستهلك بالنسبة للشروط التعسفية هو كل شخص طبيعي مستثنى بذلك الأشخاص المعنوية على خلاف المشرع المغربي في قانون 31.08 الذي صدر سنة 2011.

هذا عن إقرار التوازن العقدي عبر آلية مكافحة الشروط التعسفية. فماذا عن تقنية ربط عقود الخدمة البنكية بالعقد الأصلي؟

الفرع الثاني: ربط بعض عقود الخدمة البنكية بالعقد الأصلي

يرمي ربط عقود الاستدانة بالعقد الممول إلى حماية مستهلكي خدمات القروض. مع العلم أن تقنية الترابط، أسس لها الموثقون قبل أن يتم التنصيص عليها صراحة في قانون تدابير حماية المستهلك¹¹⁵⁷. وقد تحدث بعض الفقهاء عن إمكانية استخدام نظرية السبب للتأسيس للارتباط بين

Evidemment, on pourrait tenter de tempérer cette divergence en soulignant que le texte applicable en l'espèce l'était dans sa rédaction initiale - les faits remontant à une date antérieure à l'avènement de la directive du 5 avril 1993 et à sa transposition en droit français par la loi du 1^{er} février 1995 - de sorte que, juridiquement, la Cour de cassation ne pouvait pas se recommander de la position de la Cour de justice des Communautés européennes. Mais cela serait raisonner de manière un peu trop technique et, pour notre part, on préférera penser que la Cour de cassation n'a pas souhaité exclure de façon catégorique les personnes morales du domaine des clauses abusives.- Jacques Mestre & Bertrand Fages, *Clauses abusives et personnes morales* (CJCE 22 nov. 2001, aff. jointes C-541/99 et C-542/99, Contr.Conc.Consom. 2002, n° 18, obs. G. Raymond ; JCP 2002.éd.G.II.10047, note G. Paisant ; Civ. 1^{re}, 5 mars 2002, n° 00-18.202, Commune de Bayonne c/ SAADEG, à paraître au Bulletin ; Paris, 5^e ch. A, 7 nov. 2001, SA Locam c/ Association Akoona, inédit), RTD Civ. 2002 p. 293.

¹¹⁵⁵ - Cass.com.28 juin 1983, bull.cin.IV n°189

¹¹⁵⁶ -Paris, 4eme ch A .18 mai 1977, jcp 78, ed .G II, 18877, note J .A

¹¹⁵⁷ - نجاة السعيد، مرجع سابق، ص.88.

العقد الأصلي والقرض لأن تنفيذ المقرض لالتزاماته مرتبط بتنفيذ المقرض لالتزاماته تجاه المستهلك.

كان الاجتهاد القضائي الفرنسي يرفض دوما قبل سنة 1978 ذلك الارتباط. حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 20 نونبر 1974 إلى أن سبب القرض ليس هو البيع أو تقديم الخدمة ولكن تسليم الأموال المقرضة، وبالتالي فإن اندثار البيع أو الخدمة لا يؤدي إلى بطلان عقد القرض¹¹⁵⁸. هذا ما عدا إذا تم إثبات أن البائع والمقرض تصرفا باتفاق¹¹⁵⁹ لاسيما إذا لعب البائع بالنسبة للمشتري، دور وكيل مؤسسة الائتمان¹¹⁶⁰. بالتالي لا يحق للمشتري أن يحتاج البائع برفض البنكي منحه القرض المخصص لأداء الثمن ولا يحق له أن يحتج بذلك لإبطال البيع. في المقابل، فإن إخلال البائع بالتزامه بالتسليم لا يمكن اعتماده من طرف المقرض للتوصل من أداء مستحقات القرض المخصص لتمويل العملية الأصلية.

هذا وقد جاء قانون سكريفنر بتاريخ 10 يناير 1978، ليؤسس للترابط بين العقد الأصلي والقرض ويربط صحة أحدهما بالآخر. حيث سمح ذلك الترابط للمستهلك، الذي لا يستطيع معرفة صفة تدخل البائع عندما يتدخل كممثل للمقرض، ألا يجبر على أداء ثمن العقد الذي لم يستطع الحصول على تمويله أو العكس بأن يجبر على تحمل أعباء قرض لا نفع فيه¹¹⁶¹.

كان عقد القرض وعقد البيع في الشريعة العامة مستقلين قانونيا عن بعضهما، فإذا لم تتم إحدى تلك العمليتين وجب إتمام الأخرى. ولعديد من السنين قام الموثقون بربط العمليتين عبر آلية الشرط من أجل خلق الترابط. لذلك كان ضروريا أن يتم إقرار الترابط في المجال التعاقدى. حيث عممت تلك الآلية في فرنسا بموجب قانون 13 يوليوز 1979 فتم التحول من نظام اقتصادي إلى نظام قانوني. بعد ذلك ستقوم مدونة الاستهلاك الفرنسية بخلق الترابط بين مختلف القروض إذا كانت تهدف جميعها لتمويل عملية عقارية وخلق ترابط أيضا بين العملية العقارية والقرض والعكس صحيح¹¹⁶². أما في المغرب، فبالتنصيص على الارتباط بين العقدين، سن قانون تدابير حماية المستهلك تعديلات للمبادئ المكرسة لظهير الالتزامات والعقود (مبدأ نسبية العقود) في محاولة من

¹¹⁵⁸ - Cass.Civ I, 20 nov 1974 , Bull, n° 311, p.267, JCP, 175, II, 18109, note Calais Auloy, Voir dans le même sens C.A Aix Provence 18 mars 1994, D 1994 , IR , p.232.

¹¹⁵⁹ - Voir à contrario Cass. 5 mars 1996 , Bull, n° 75, p.61, le quotidien juridique , 4 juin 1996, n° 45, p.2.

¹¹⁶⁰ - Cass.Com, 25 février 1986, Bull n° 34, p.29 , J.C.P, Ed. E 1986 I , n° 15374, Cass.Com, 19 janvier 1993, Bull.Civ IV, n° 26, RTD Com, 1993, 707, Obs.Bouloc.

¹¹⁶¹ - Vincent.Vigneau, *le financement à crédit du contrat de consommation*, Contr.Conc.Cons., Octobre 2006, n° 10, p.1.

¹¹⁶² - Denis.Mazeaud & Stéphane.piédelièvre, *crédit immobilier*, p.22. Publié sur la base des données juridiques des éditions Dalloz « consulté le 2/3/2018»

المشرع لتجسيد تطور المجتمع المغربي ولكن أيضا في محاولة منه للتأثير على ذلك المجتمع. ذلك أن ظهور الالتزامات والعقود هو ظهور كتب في زمن مجتمع فلاحي ليس له أن يساير مجتمعا تحول إلى بعض خصائص مجتمع الاستهلاك وإن كان أستاذنا الشليح يصفه بمجتمع اقتصاد "السويقة" كتصغير لمجتمع اقتصاد السوق¹¹⁶³. وقد أتى قانون تدابير حماية المستهلك لإيجاد تغيير فيه من خلال حماية المستهلك عبر إقرار الترابط بين العقد الأصلي وعقد القرض الاستهلاكي المخصص وعقد البيع العقاري والقرض العقاري في مرحلة تكوين تلك العقود (المبحث الأول) وكذا في مرحلة تنفيذها (المبحث الثاني)

المبحث الأول: الترابط بين العقد الأصلي وعقد القرض في مرحلة التكوين

يعد الشرط تقنية تشريعية في مجال عقود القرض الاستهلاكي والعقاري كما في القانون المقارن على خلاف ما هو منصوص عليه في الشريعة العامة. حيث إن الشرط هو بند تعاقد يختار الأطراف أن يضمنوه في العقد¹¹⁶⁴.

جاء في المادة 126 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه يجب أن يحدد كل عقد ولو كان وعدا بالبيع، عندما يكون محله إحدى عمليات القرض العقاري، ما إذا كان الثمن أو جزء منه سيؤدي بصفة مباشرة أو غير مباشرة وذلك بواسطة قرض أو عدة قروض. وقد جاء ذلك التتبع لفرض ربط عقود القروض العقارية بالعقود الأصلية التي أبرمت لأجلها وفي ذلك توجيه للمتعاقدين وضمان لشفافية المعاملات وحماية لمصالح البنك الذي قد يزيد من الضمانات العقارية لاسترداد ديونه في حالة عدم القدرة على سداد الاقساط وسقوط الدين. هذا وإن المادة 128 من نفس القانون المذكور افترضت وجود الترابط بقولها أنه : "إذا لم يتضمن العقد البيان المنصوص عليه في المادة 126 وتم طلب قرض بالرغم من ذلك، فإن العقد يعتبر كما لو أبرم تحت قيد الشرط الواقف المنصوص عليه في المادة 127 ابتداء من تاريخ طلب القرض". وفي ذلك، في رأينا، حماية إضافية للمستهلك.

إن إقرار الترابط بين عقد القرض، الذي يطلب المستهلك والعقد الرئيسي (بيع، تقديم خدمة... إلخ) والذي لأجله يلجأ للاقتراض، أسس لتقادي جعل المستهلك ملتزم بعملية ما دون أن يكون قد حصل على التمويل الضروري لها. لهذا يكون العقد الرئيسي معلقا عن الحصول على القرض.

¹¹⁶³ - محمد الشليح، مدى تأثير القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك على قانون الالتزامات والعقود، مداخل في ندوة وطنية حول قانون الالتزامات والعقود بين ثبات المبادئ ومسيرة المستجدات "من أجل مراجعة ناجعة"، كلية الحقوق بفاس، 20 و 21 دجنبر 2013، أعمال غير منشورة إلى تاريخه.

¹¹⁶⁴ - N.Vallet, op.cit, p.110.

علما أن الترابط قد يكون مرغوبا من الأطراف (المطلب الأول) أو ترابطا موضوعيا أوجبه إرادة المشرع (المطلب الثاني)

المطلب الأول: الترابط المرغوب من الأطراف

إن إرادة الأطراف أساسية في إحداث الترابط بين العقد الرئيسي وعقد القرض في حالتين:

- أولا: يظل الأصل هو مبدأ سلطان الإرادة، حيث يكون أساس الترابط في تفاوض الأطراف.
- في حين أن الحالة الثانية، تجد مصدرها في قانون تدابير حماية المستهلك الذي يربط بين القرض والعملية الممولة في مجالي القرض المخصص والقرض العقاري¹¹⁶⁵. لكن ذلك لا يمنع من التفاوض في حالة عدم الحصول على التمويل الكافي (أولا) والتخلي عن الحصول على القرض مما يؤدي إلى التخلي عن عقد البيع (ثانيا).

الفقرة الأولى: الترابط المتفاوض بشأنه من طرف الأطراف

قبل دخول قانون تدابير حماية المستهلك، كانت المحاكم ملتزمة مبدئيا بنسبية العقود ومتحفظة جدا في اللجوء إلى نظرية السبب. علما أن القانون لا يمنعها من اعتماد الترابط من خلال آلية مناسبة هي آلية الشرط. هذا وقد كانت أهم تطبيقات آلية الشرط في المجال العقاري حيث يتم ربط العقد الرئيسي مع عقد القرض عند شراء العقار والعكس صحيح.

تتيح الحرية التعاقدية بشكل أكيد للأطراف، أن يؤسسوا لترابط بين عقود متباينة. إن تنظيم هذا الترابط عادة ما يتم من خلال اشتراط عدم الانقسام الذي يهدف إلى توحيد تلك العقود لهدف قانوني وحيد¹¹⁶⁶. بحيث أن اندثار أحد تلك العقود يؤدي إلى منع آثار بقية العقود. جاء بخصوص مفهوم الترابط الواقعي، في الفقرة 1 من عقد القرض العقاري «Imoplus acquisition + construction» أن مؤسسة BMCE BANK منحت للمقترض لغاية اقتناء سكن جاهز أو بناء سكن قرضا عقاريا لها يهدف إلى تمويل اقتناء أو بناء عقار لهدف سكن رئيسي شرط قيام المقترض بالإجراءات المتفق عليها. كما جاء في نفس العقد في الفقرة الثانية من المادة الثالثة أنه فيما يتعلق بعمليات بناء العقار فإن BMCE Bank ستخرج عن مبلغ القرض لغاية البناء على شكل ثلاث أشرطة متتالية وفق الشروط الآتية 34% من مبلغ القرض بالنسبة للشطر الأول تحت شرط تقديم تصور تقريبي مصادق عليه من قبل المهندس المكلف ببناء العقار. 33% لكل من الشطرين الآخرين تحت شرط تقديم تصور تقريبي و تقرير حول وضعية تقدم أشغال البناء محررين من قبل المهندس.

ذلك أنه غالبا ما لا يملك المشتري ثمن الشراء، فيبرم العقد مع اشتراط الحصول على التمويل المناسب. كما أن تضمين الشرط الواقف في العقد يكون لأسباب ضريبية، حيث أن البيع المعلق

¹¹⁶⁵ - المادة 151 من قانون تدابير حماية المستهلك تعتبر ذلك الترابط يعد من النظام العام.

¹¹⁶⁶ -D . Mazeaud, note sous cass.com, 24avr 2007, n 006-12-433, RDC 2008, p.276.

على شرط واقف غير خاضع لحقوق التسجيل والضريبة على القيمة المضافة. ذلك أنه يخضع للضريبة على القيمة المضافة الأشخاص الذين يقومون بالأعمال العقارية وتتكون الواقعة المنشئة للضريبة على القيمة المضافة من قبض جميع أو بعض ثمن البضائع أو الأعمال أو الخدمات¹¹⁶⁷. لكن المشرع إذا كان قد أدمج الارتباط في أغلب العمليات العقارية المرتبطة بانتمان¹¹⁶⁸، فإن هذا المبدأ تستثنى منه العمليات العقارية الممولة بقرض يمنحه مقرض بشكل غير اعتيادي¹¹⁶⁹. هذا عن الترابط المتفاوض بشأنه. فماذا عن الترابط الممنوح للمستهلك؟

الفقرة الثانية: الترابط الممنوح للمستهلك

إن أهم مستجدات قانون تدابير حماية المستهلك بالمقارنة مع الشريعة العامة هي رغبة المشرع المغربي في تشجيع الحماية الفعلية للمقبل على بناء العقار أو اقتناء السكن والذي يجد صعوبة في تمويل مشروعه. هذا رغم أن موقف المشرع هو في حد ذاته تبني لتقنية الشرط الواقف المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود. فإذا كان البائع بإمكانه أن يرفض التعاقد، فإن ذلك ليس بمبرر له للإفلات من تكيف جريمة رفض البيع. جاء في المادة 57 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه يمنع الامتناع عن بيع منتج أو سلعة أو تقديم خدمة إلى المستهلك دون سبب مقبول. و تعاقب المادة 182 من نفس القانون البنك على مخالفة المادة 57 والنصوص المتخذة لتطبيقها بغرامة من 1200 درهم إلى 10000 درهم وفي حالة العود ترفع الغرامة إلى الضعف. علما أن المادة 126، كما سبق بيانه، توجب التنصيص على أنه يجب أن يحدد كل عقد، ولو كان وعدا للبيع منصبا على العمليات المنصوص عليها في المادة 113 ما إذا كان الثمن سيؤدي بصفة مباشرة أو غير مباشرة بواسطة قرض أو عدة قروض التي تدخل في نطاق وشكليات أحكام باب القرض العقاري. لأجله سنتناول فيما يلي نطاق ذلك الترابط (أولا) وشروطه الشكلية (ثانيا)

أولا: نطاق الترابط

نصت المادة 127 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه "إذا نص العقد المشار إليه في المادة 126 على أن الثمن يؤدي بصفة مباشرة أو غير مباشرة ولو جزئيا، بواسطة قرض أو عدة قروض خاضعة لأحكام الفروع 1 و 2 و 3 و 5 من هذا الباب- باب القرض العقاري- فإن العقد المذكور يبرم...تحت الشرط الواقف المتمثل في الحصول على القرض أو القروض المخصصة لتمويله...". حيث تحيل تلك الفقرة الأولى من المادة 127 على العقود العقارية الخاضعة لقاعدة الترابط وهي

¹¹⁶⁷ - راجع المادتين 4 و 10 من الظهير الشريف رقم 1-85-347، بتاريخ 20 ديسمبر 1985، بتنفيذ القانون رقم 30.85 بغرض الضريبة على القيمة، ج عدد 3818، بتاريخ 1-1-1986، ص. 2.

¹¹⁶⁸ - Hervé.Synvet, *les relations de dépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit dans leur formation*, in : Ibrahim.Fadlallah, op.cit, p.344.

¹¹⁶⁹ - نصت المادة 113 فقرة أولى من قانون تدابير حماية المستهلك فيما يخص نطاق تطبيق القرض العقاري: " تطبق أحكام هذا الباب على القروض كيفما كانت تسميتها أو تقنياتها والتي تمنح بصورة اعتيادية من قبل أي شخص لأجل تمويل العمليات التالية..."

المنصوص عليها في المادة 126 والتي تحيل على المادة 113 من نفس القانون ويتعلق الأمر بالعمليات التالية:

- العقارات المعدة للسكن أو المعدة لنشاط مهني وللسكن والتي تم اقتناؤها من أجل تملكها أو الانتفاع بها وكذا الاكتتاب في حصص أو أسهم شركات أو شراؤها إذا كان الغرض منها امتلاك تلك العقارات أو الانتفاع بها.

- وكذا النفقات المتعلقة ببنائها أو إصلاحها أو تحسينها أو صيانتها وكذا شراء القطع الأرضية المخصصة لبناء العقارات التي تم اقتناؤها من أجل تملكها أو الانتفاع بها.

جاء بهذا الخصوص في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 يوليو 1998 إنه "اعتباراً للأثر الرجعي لإبطال عقد بناء العقار، تبطل كذلك عملية التمويل بقوة القانون"¹¹⁷⁰. في سياق مخالف، يستثنى من الترابط عقود القروض الممنوحة لأشخاص معنويين خاضعين للقانون العام والقروض المخصصة، كيفما كان شكلها لتمويل نشاط مهني (المادة 114 من قانون تدابير حماية المستهلك).

أما بخصوص القرض المخصص لتمويل سلعة أو منتج أو تقديم خدمة معينة، نصت المادة 94 على أنه لا يلزم المورد بالوفاء بالتزامه المتعلق بالتسليم أو تقديم الخدمة ما لم يبلغه المقرض بقبول منح القرض. هذا وإلى جانب القرض العقاري وعقد القرض الإستهلاكي المخصص، نص القانون فيما يتعلق بالإيجار المقرون بوعده البيع والإيجار مع خيار الشراء، أن العقد الذي يثبت رفع الخيار يبرم تحت الشرط الواقف المنصوص عليه في المادة 127. هذا عن نطاق الترابط. فماذا عن شروطه الشكلية؟

ثانياً: الشروط الشكلية للترابط

نتناول هنا كل من شروط الكتابة وثبوت تاريخ التحرير ومدة صلاحية الشرط:

● **الكتابة:** إنه بمراجعة المادة 127 من قانون تدابير حماية المستهلك، يتبين أنها تؤسس للترابط في المجال العقاري ولضرورة كتابة الشرط الواقف في العقد الأصلي، المتمثل في الحصول على القرض أو القروض المخصصة لتمويله. لكننا لم نستخلص وجوبية الكتابة من صياغة المادة 128 من القانون المذكور التي تفترض الترابط ولو لم يكن الشرط مكتوباً.

● أما بالنسبة للقرض المخصص، توجب المادة 92 من نفس القانون المذكور أن يبين في عقد البيع أو تقديم الخدمة أن أداء الثمن أو التعريفة سيتم كلياً أو جزئياً بواسطة قرض. نفس الأمر نجده في حالة إيجار مقرون بوعده بالبيع والإيجار مع خيار الشراء حيث يبرم العقد كتابة طبقاً للمادة 141 الذي يثبت رفع الخيار تحت الشرط الواقف.

¹¹⁷⁰ - Cass.1ere civ.7 juill 1998/n° 96-15-098, Bull.civ.I, n 0242, Rev.Lamy.dr.Aff.1998,n°8, p. 23, obs.storrer.

• **ثبوت تاريخ التحرير:** إشتراط المشرع هنا، طبقا للفقرة الأولى من المادة 127 المذكورة التي نظمت أجل الشرط، أن يكون العقد الأصلي (أي عقد البيع أو الوعد به) ثابت التاريخ أي أن يثبت التاريخ عبر ثبوت تاريخ تسجيل العقد أو الإشارة إلى ذلك العقد في عقد رسمي أو عبر ثبوت وفاة أحد الأطراف.

• **مدة صلاحية الشرط:** نظمت المادة 127 من القانون السالف الذكر، مدة صلاحية الشرط الواقف المذكور ونصت على أنه لا يجب أن تقل تلك المدة عن شهر ابتداء من آخر توقيع للعقد العقاري الأصلي. أما بالنسبة للقرض المخصص، فإن أجل الشرط هو إلى حين تبليغ المقرض المورد بقبول منح القرض داخل أجل السبعة أيام وفقا لأحكام المواد من 85 إلى 87 من هذا القانون أو إذا مارس المقرض حقه في التراجع داخل الآجال المحددة له أي 7 أيام كاملة اللاحقة بالتعاقد. هذا علما أن الموردين قد يجبرون المقرض كتابة على طلب قرض داخل أجل محدد أقل مما ينص عليه القانون. طبعاً فإن ذلك البند يكون باطلاً وهو مازهدت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها بتاريخ 6 يوليوز 2005¹¹⁷¹. هذا عن الترابط المرغوب، فماذا عن الترابط الموضوعي؟

المطلب الثاني: الترابط الموضوعي

لا يعني وصف بعض أشكال الترابط بكونها موضوعية أنها غير مرتبطة تماماً بإرادة المستهلك. على العكس، فالمشرع حين أحدث الارتباط بين العقد الرئيسي والقرض، فقد كان ذلك لكون المشتري بالقرض يهدف إلى غاية واحدة من خلال إبرام العقدين. فالأمر هنا لا يتعلق بإرادة أعمال الترابط ولكنها إرادة المشرع المفروضة على المتعاقدين¹¹⁷². هذا ونجد قانون تدابير حماية المستهلك ينظم هذا الارتباط بين العقدين كوحدة موضوعية اعتباراً إلى كونه يحيل على مفهوم سلسلة العقود المنسجمة فيما بينها، إذا كانت من نفس الطبيعة أو غير المنسجمة، إذا لم تكن من نفس الطبيعة. والمفهومان يحيلان على مفهوم الالتزامات المتباينة التي لديها محل مشترك¹¹⁷³. لأجله سنتطرق لمعالجة الظاهرة بحسب حالة سببية عقد القرض للعقد الرئيسي (الفقرة الأولى) أو تبعيته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : حالة سببية عقد القرض على العقد الرئيسي

يفسخ عقد القرض العقاري، إذا كان العقد الذي يقوم بتمويله لم يتم إبرامه خلال مدة معينة بعد قبول العرض. هذه المدة، يحددها عقد القرض، بشرط ألا تقل عن أربعة أشهر. وهو ما وضحته

¹¹⁷¹ - Civ.3^e, 6 juill.2005, n°04-13-381, JCP , N , 2006.1135, n°10, obs. S.Piedelièvre.

¹¹⁷² - Hervé.Synvet, art.cit, p.366.

¹¹⁷³ Frédéric.Houssais, *interdépendance des contrats:la nouvelle donne depuis les arrêts du 17mai2013*,

publié in : http://www.village-justice.com/articles_indépendance-des-contrats

[18195.html](http://www.village-justice.com/articles_indépendance-des-contrats) « consulté le 30/7/2018 »

المادة 122 فقرة أولى من قانون تدابير حماية المستهلك. وحتى لا يكون هناك ضغط على المستهلك جعل المشرع توقيع المقترض على ورقة تجارية لقيمة له طبقا للمادة 121 من القانون المذكور، في الحالات كلها بما فيها حالة الفسخ. علما أن المادة 124 من القانون المذكور توجب على المقترض في حالة فسخ العقد لتحقيق الشرط الفاسخ المتمثل في عدم إبرام العقد الأصلي داخل الأجل، أن يرد للبنك جميع المبالغ التي دفعها إليه أو دفعها لحسابه خلافا للمنع الوارد. مع ملاحظة أن البنك لا يستطيع أن يطالب بمصاريف الدراسة في هذه الحالة إلا في حدود المبلغ المحدد بنص تنظيمي. ذلك النص التنظيمي لم يصدر إلا بعد ثلاث سنوات من صدور قانون تدابير حماية المستهلك بموجب قرار مشترك لوزير الصناعة والتجارة والاستثمار والاقتصاد الرقمي ووزير الاقتصاد والمالية بتاريخ 29 دجنبر 2014 والمحدد للحد الأقصى لقيمة مصاريف دراسة الملف المقترضة أو المطلوبة من قبل المقرض في حالة القرض العقاري طبقا للمادة 124 من قانون تدابير حماية المستهلك والتي لا يمكن أن تتعدى 0.1 % من قيمة القرض. طبعا كان الأحرى بـ"المشرع" المغربي أن يضيف للنسبة المئوية مبلغا يشكل الحد الأدنى للمصاريف كمبلغ، على غرار ما قام به المشرع الفرنسي¹¹⁷⁴.

نشير في جميع الأحوال أن الارتباط خاضع لشروط أخرى (أولا) وله آثار يتوجب دراستها (ثانيا)

أولا: شروط ارتباط العقد الرئيسي بعقد القرض

إن من أهم الشروط المنصوص عليها في المادة 127 من قانون تدابير حماية المستهلك هي وجوب التنصيص على أن التمويل سيكون بقرض. هنا طبيعة القرض لا تهم طالما أن العملية تدخل في نطاق تطبيق القرض المعني بالترابط. بخصوص مجال المنقولات، غالبا ما تهم الإحالة العقد المخصص لتمويل السلعة والخدمة. هنا شخص البائع لا يخرج عن صفة مورد. أما إذا أخبر المقترض مقرضيه بلجونه إلى عدة قروض لأجل نفس العملية، فإن كل قرض يبرم تحت الشرط الواقف المتمثل في منح كل قرض من القروض الأخرى. ولا يطبق هذا المقتضى إلا على القروض التي يفوق مبلغها عشرة في المائة من القرض الإجمالي (المادة 123 من قانون تدابير حماية المستهلك). هنا ارتباط العقد الرئيسي معلق على مجموعة قروض بشرط أن يتجاوز كل منها النسبة المذكورة. ففي حالي الإيجار المقرون بوعد البيع والإيجار مع خيار الشراء، فإن هذين العقدين يخضعان لأحكام الباب المتعلق بالقرض العقاري، بما في ذلك ارتباط العقد الرئيسي بالقرض، كما تنص على ذلك المادة 135 من قانون تدابير حماية المستهلك. هذا وقد أوضحت ذلك الارتباط،

¹¹⁷⁴ - B.O, n°6400, 1/10/2015, p.3699.

في فرنسا، تبلغ تكلفة مبلغ الدراسة وشروط استحقاقها عن القرض العقاري 0.75 % من مبلغ القرض ودون أن تتجاوز مبلغ 150 يورو وفق ما نصت عليه المادة 313-38 L ، التي أحالت على مرسوم، وإلا تعرض المخالف لغرامة حددتها المادة 341-43 L في 300000 يورو.

المادة 141 من القانون المذكور والتي نصت: " في حالة إيجار مقرون بوعده البيع والإيجار مع خيار الشراء يبرم العقد الذي يثبت رفع الخيار تحت الشرط الواقف...". نشير إلى أن إثبات الترابط في غياب التنصيص عليه في العقد يوجب إثبات أن القرض تم طلبه وأن هذا الإثبات مفروض أن يكون بجميع الوسائل¹¹⁷⁵. هذا و أن إثبات المستهلك لنزاهة موقفه يكون بإثبات أنه فعلا طلب قرض، طبقا للخصائص الواردة في العقد التمهيدي المرتبط بالعقار¹¹⁷⁶. هذا عن الشروط. فماذا عن آثار سببية عقد القرض على العقد الرئيسي؟

ثانيا: آثار سببية عقد القرض على العقد الرئيسي

إن سببية عقد القرض يقتضي أنه أبرم أولا قبل العقد الرئيسي. هذا وقد أشارت الفقرة الثانية من المادة 127 من قانون تدابير حماية المستهلك، إلى أنه إذا كان العقد الأصلي العقاري قد أشار إلى أنه سيمول بقرض أو قروض، ولم يتحقق ذلك التمويل، فإن كل مبلغ دفعه المقرض مقدما إلى الطرف الآخر أو لحسابه يرد كاملا وعلى الفور دون اقتطاع أو تعويض لأي سبب من الأسباب. وتترتب على المبلغ المذكور فوائد بالسعر القانوني ابتداء من اليوم السادس عشر الموالي لتاريخ طلب الاسترداد. ويعاقب المورد الذي لا يرجع تلك المبالغ وفق تلك الأحكام بغرامة من 30000 درهم إلى 200000 درهم طبقا للمادة 192 من نفس القانون. وقد أشارت كما سبق التوضيح المادة 128 من القانون المذكور، إلى أن الترابط يعمل به حتى ولو لم يشر إليه عقد القرض العقاري الرئيسي.

جاء في حكم المحكمة التجارية بفاس تاريخ 2018/6/7: " وحيث بإطلاع المحكمة على وثائق الملف ومستنداته تبين لها أنه تم أداء مبلغ 25000 درهم كتسبيق للشركة (العقارية) المدعى عليها بتاريخ 2012/2/13. وتبعض إتمام إجراءات البيع (بسبب عدم الحصول على القرض) بخصوص الشقة موضوع الحجز ثم التنازل بتاريخ 2017/11/21 عن حق الحجز بمقتضى رسالة مضمونة التوصل، وطالما أن مبلغ التسبيق لم يثبت ما يفيد أنه كان ضمانا للعدول عن العقد فلا مانع للقول بإرجاعه للمدعيتين"¹¹⁷⁷.

أما في فرنسا، فعندما لا يحصل المستهلك على القرض العقاري، يصبح ذلك العقد كأن لم يكن، ويجب على البائع أن يرد إلى المستهلك كل المبالغ التي دفعها مقدما كاملة وإلا عرض نفسه للغرامة المقررة في المادة 41-43 L¹¹⁷⁸. وعندما يكون العقد العقاري مرتبط بأداء عمل، فالمهني ملتزم أيضا برد ما قبضه وبذلك يضحى العمل الذي قام به دون مقابل¹¹⁷⁹. هنا لا يدخل في نطاق الحماية،

¹¹⁷⁵ - Civ., 3^e, 10 déc.1986, Bull.Civ., III, n°181.

¹¹⁷⁶ - Civ., 1^{er}, 8 déc. 1999, p.4, Bull., Civ. I, n°310.

¹¹⁷⁷ - حكم المحكمة التجارية بفاس، صادر بتاريخ 2018/6/7، في ملف عدد 2018/8213/430، غير منشور.

¹¹⁷⁸ - يتعلق الأمر بغرامة تقدر ب 300000 يورو.

¹¹⁷⁹ - عامر قاسم احمد القيسي، مرجع سابق، ص.186.

المستهلك الذي لا يلجأ عند إبرام العقد العقاري إلى أي اقتراض وكذلك الحال بالنسبة للبيع بالمزاد العلني سواء كان اختياريا أو إجباريا طبقا للمادة 45-131 L من مدونة الاستهلاك الفرنسية. هذا الفصل الأخير يطابق المادة 131 من قانون تدابير حماية المستهلك التي استتنت من الترابط البيع بالمزايدة¹¹⁸⁰. نشير بخصوص أثر البطلان أنه قد جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 يوليو 1987 أنه "إذا كان عقد القرض غير قابل للانعقاد بسبب عدم موافقة المقرض، فإن عقد البيع المرتبط به يعد باطلا" ¹¹⁸¹.

كما يجب التنبيه إلى أن المادة 135 من قانون تدابير حماية المستهلك، فيما يتعلق بارتباط الإيجار المقرون بوعد البيع والإيجار مع خيار الشراء بعقد القرض، أحالت على شروط المادة 127. في حين أبرزت فقرتي المادة 141 الثانية والثالثة من حيث ضمان آثار قاعدة الارتباط على أنه: "يلزم المكري في حالة عدم تحقق الشرط المذكور برد جميع المبالغ التي دفعها المكثري باستثناء الأكرية ومصاريف إصلاح العقار التي يتحملها المكثري بمقتضى القانون أو العقد. يترتب على المبلغ المذكور فوائد بالسعر القانوني ابتداء من اليوم السادس عشر الموالي لتاريخ تقديم طلب الاسترداد". هذا في حالة سببية عقد القرض على العقد الرئيسي. فماذا عن حالة تبعيته؟

الفقرة الثانية: حالة تبعية عقد القرض للعقد الرئيسي

إن القرض العقاري بطبيعته هو عقد تابع لعقد آخر (عقد بيع، بناء، إصلاح عقار...) فالمستهلك يرغب في أن يكون ارتباطه بأحد العقدين، لا يتم إلا إذا كان العقد الآخر قد تم انعقاده أيضا. هكذا نجد أن عقد البيع (يشمل الوعد بالبيع من جانب واحد والبناء والإصلاح العقاري) أو بصفة عامة العقد الرئيسي. هذا الأخير، ينعقد تحت شرط واقف هو الحصول على القرض، حتى في الحالة التي لم يذكر فيها المستهلك المقرض أن لديه النية في الحصول على ائتمان¹¹⁸². وإذا كان العقد الرئيسي هو الذي يحدد مدة صلاحية هذا الشرط، إلا أن هذه المدة يجب ألا تقل عن شهر. وعند عدم النص على مدة محددة للشرط، فإنه يمكن القول بأن مدة الشرط الواقف هي نفسها مدة العقد الرئيسي¹¹⁸³. فطبقا للمادة 113 من ظهير الالتزامات والعقود، فإنه يجب على المقتني بأن يطالب بإعمال ذلك الشرط في الوقت المناسب خلال تلك المدة¹¹⁸⁴ وليست نهايتها (المادة 114 من ظ ل ع)¹¹⁸⁵. لكن

¹¹⁸⁰ - محمد صديق، حماية مستهلك الخدمات البنكية، رسالة لنيل ماستر قانون المداولة التجارية، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسمات، السنة الجامعية 2010/2011، ص. 41.

¹¹⁸¹ - Cass., 1^{er} Civ., 22, Juill.1987, n°85-18-094, Bull Civ., I, n° 259 D1987, IR., p.186.

¹¹⁸² - راجع المواد L312-16 و L312-17 من مدونة الاستهلاك الفرنسية.

¹¹⁸³ - عامر قاسم احمد القيسي، مرجع سابق، ص. 182.

¹¹⁸⁴ جاء في المادة 113 من ظ ل ع "إذا لم يحدد الأجل في الحالة المنصوص عليها في الفصل السابق ساغ لكل من الطرفين أن يطلب من الآخر بما يريد في أجل معقول".

¹¹⁸⁵ جاء في المادة 114 من ظ ل ع "إذا انقضى الأجل دون أن يصرح المتعاقد بأنه يريد فسخ العقد أصبح هذا العقد نهائيا ابتداء من وقت إبرامه وعلى العكس، إذا أبدى المتعاقد للطرف الآخر رغبته القاطعة في التحلل من العقد، فإن الاتفاق يعتبر كأن لم يكن".

منطق قانون تدابير حماية المستهلك يسيّر في اتجاه مغاير. نشير هنا أن محكمة النقض الفرنسية سبق أن إنطلقت من كون مبادئ الترابط من النظام العام واعتبرت البند الوارد في العقد والقاضي بوجوب إخبار المستهلك للمورد بعدم الحصول على القرض داخل أجل قصير من تاريخ الرفض بندا باطلا ومخالفا للنظام العام¹¹⁸⁶. هذا التصور سيتم تبنيه لاحقا، في مدونة القانون المدني الفرنسي بتاريخ 10 فبراير 2016 في المادة 1171، بقول المشرع أن كل بند في عقد إذعان يخلق عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد يعد كأن لم يكن. هذا يحيلنا على الانعقاد النهائي لعقد القرض المعلق على تكوين العقد الرئيسي الذي يتعين دراسته (أولا) قبل التعرّيج على أثر بطلان العقد الأصلي على عقد القرض (ثانيا).

أولا: تمام تكوين عقد القرض معلق على تمام تكوين العقد الرئيسي

ينحصر تعليق تكوين عقد القرض على تكوين العقد الرئيسي في المجال العقاري. ذلك أن مشرع قانون تدابير حماية المستهلك اعتبر تكوين عقود القروض الاستهلاكية موازي لتكوين العقد الرئيسي. فالترابط بالنسبة للعقود الاستهلاكية يكون في مرحلة التنفيذ. طبعا يجب أن يبين عرض القرض، عند الاقتضاء، محل القرض أو سببه أي العقد الأصلي.

أما بخصوص القرض العقاري، فإن المادة 122 من قانون تدابير حماية المستهلك تقول إن نفاذ عقد القرض مرتبط بإبرام العقد الأصلي. هنا تتوجب الإشارة إلى أن الشرط الفاسخ المتعلق بإمكانية إبرام العقد الأصلي هو مقتضى يضمن بقوة القانون في العقد. هذا المقتضى هو من النظام العام ويوجب إرجاع ما دفع في حالة تحققه، وفق ما نظمته المادة 124 من قانون تدابير حماية المستهلك كما سبق ذكره. هذا عن تعليق عقد القرض على تكوين العقد الرئيسي، فماذا عن أثر التصريح ببطلان العقد الأصلي على عقد القرض؟

ثانيا: بطلان العقد الأصلي وأثره على عقد القرض

إذا كان العقد المعلق على شرط فاسخ هو عقد قائم ونافذ، ولا أثر له على تكوين العقد حيث ينتج كافة آثاره كالعقد الناجز وإن كان قابلا للزوال بتحقيق الشرط الفاسخ¹¹⁸⁷؛ فإن العقد القائم القابل للإبطال عقد تام لتوافر كل أركانه، إلا أنه ينطوي على سبب إعدامه، فإن أعمل فيه هذا السبب، أجهز عليه ولحقه بالتالي البطلان¹¹⁸⁸. حيث يلتزم المستفيد، من عقد أصلي حكم بإبطاله، برد ما حصل عليه إلى من قام بالتنفيذ، أي إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التصرف. أثرنا هنا مسألة

¹¹⁸⁶ - Civ., 3 e, 18 Juill 1986, Bull Civ., III, n°126.

¹¹⁸⁷ - أمينة ناعمي، مرجع سابق، ص. 144.

¹¹⁸⁸ - إدريس العلوي العبدلاوي، مرجع سابق، ص. 567.

بطلان العقد الأصلي لأنها تطرح إشكالا، هل لإبطال العقد الرئيسي أثر على عقد القرض؟ وبصيغة أخرى هل يمكن إعمال مقتضيات المادة 122، في حالة إبطال العقد الأصلي؟

لم يتعرض كل من المشرع المغربي والفرنسي صراحة لهذه المسألة بالنسبة للقرض العقاري ضمن مقتضيات قانون تدابير حماية المستهلك أو مدونة الاستهلاك؛ غير أن الاجتهاد القضائي الفرنسي من خلال محكمة النقض الفرنسية، أجاب عن هذا التساؤل في عدة قرارات صادرة. من ضمن تلك القرارات قراراً¹¹⁸⁹: تتلخص وقائعه في أن شركة مدنية عقارية باعت عدة شقق في الفترة الممتدة بين 1990 و1992، لعدة مشترين الذين مولوا هذا الشراء بواسطة قروض عقارية، غير أن اكتشاف المشترين لتدليس الشركة دفع بهم للمطالبة بإبطال عقد البيع. وقد أصدرت محكمة الاستئناف بتولوز بتاريخ 18 دجنبر 2000 قرارها بإبطال عقد البيع، وفسخ عقد القرض وذلك تأسيسا على الأثر الرجعي للحكم بإبطال العقد الأصلي، وبالتالي اعتبار أن إبرام العقد الأصلي لم يتم في الأجل المحدد آنذاك في المادة L312-12 من مدونة الاستهلاك الفرنسية¹¹⁹⁰، مما يجعل عقد القرض المبرم لتمويل عقد البيع باطلا بقوة القانون، وهو نفس الأساس الذي اعتمدته محكمة النقض لتأييد قرار محكمة الاستئناف للقول ببطلان عقد البيع ردا على دفع المدعي. وقد ردت على الدفع بتقادم دعوى إبطال عقد القرض باعتبار أن الأجل يسري من تاريخ اكتشاف التدليس، على أن بطلان عقد القرض هو نتيجة لإبطال العقد الأصلي وليس اكتشاف التدليس. غير أن ما يؤخذ على هذا القرار، أنه ساوى بين آثار فسخ عقد القرض وإبطاله، خصوصا أن هذا الإبطال كان نتيجة لتدليس الموثق والمهندس، حيث حكم للمؤسسة البنكية بالتعويضات المنصوص عليها في المادة L312-14¹¹⁹¹ الموازية للمادة 124 من قانون 31-08 المغربي السابق الإشارة لها أعلاه. علما أن المقتضيات المضمنة بهذا القانون ترمي حماية المستهلك فقط، لذلك كان حريا بالقضاء في هذه النازلة الحكم على الموثق ومؤسسة التأمين، بالتعويضات التي تجبر الضرر اللاحق بالمؤسسة

¹¹⁸⁹ - Cass ; civ 1^{re} ; 10 Mai 2005 ; N° 02-11.759; Bull 2005 I; N° 205; p.173.

¹¹⁹⁰ - Art. L312-12: "L'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé. Les parties peuvent convenir d'un délai plus long que celui défini à l'alinéa précédent". Article modifié par la loi du 14 mars 2016.

¹¹⁹¹ - Art. L312-14: "Lorsque le contrat en vue duquel le prêt a été demandé n'est pas conclu dans le délai fixé en application de l'article L. 312-12, l'emprunteur est tenu de rembourser la totalité des sommes que le prêteur lui aurait déjà effectivement versées ou qu'il aurait versées pour son compte ainsi que les intérêts y afférents ; le prêteur ne peut retenir ou demander que des frais d'étude dont le montant maximum est fixé suivant un barème déterminé par décret. Le montant de ces frais, ainsi que les conditions dans lesquelles ils sont perçus, doivent figurer distinctement dans l'offre". Article modifié par la loi du 14 mars 2016.

البنكية، حيث أن التبرير الذي ساقته من اعتبار أن المؤسسة في كل الأحوال مهددة بفسخ عقد القرض يبقى محل نظر¹¹⁹².

أما بخصوص القروض الاستهلاكية المخصصة، فقد نصت المادة 96 من قانون تدابير حماية المستهلك، أنه إذا وقع إبطال العقد الأصلي للبيع بسبب المورد، جاز الحكم على هذا الأخير، بطلب من المقرض، بضمان تسديد المقرض للقرض بالإضافة للتعويضات المستحقة لكل من المقرض والمقرض عند الاقتضاء. ثم أضافت المادة 99 فقرة 2 بشكل غير مباشر إلى الأثر المحتمل لبطلان العقد الرئيسي على العقد المخصص، بقولها: "إذا وقع المقرض ترخيصا بالانقطاع من حساب بنكي أو مصدر الدخل، فإن هذا الترخيص وسريان أثره رهينان بصحة وسريان أثر عقد البيع أو تقديم الخدمة". هذا الفصل الأخير يعالج الترابط بين العقود على ضوء احتمالية صدور بطلان العقد الأصلي وأثره على عقد القرض لا على مستوى التكوين أو مستوى تنفيذ العقد الأصلي وعقد القرض. هذا المستوى الأخير سنعالجه فيما يليه.

المبحث الثاني: الترابط في مرحلة تنفيذ العقد الأصلي وعقد القرض

يقابل مبدأ الترابط الاقتصادي للعقود، عدم ترابطها القانوني المنصوص عليه في الفصل 228 من ظهير الالتزامات والعقود، الذي ينص على أن "الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفاً في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون". في حين أن الفقه أبرز الترابطات غير المؤكدة في حالة غياب مقتضيات قانونية صريحة في القانون. إذ إن العلاقات المالية التي تربط بين الفاعلين في مجال الاستهلاك كالعقد الأصلي الممول بقرض والترابط الاقتصادي بين عقد التمويل والعقد الممول لا يجب أن يحول دون إعمال الترابط بين هذه العقود في المرحلة اللاحقة على تكوينها¹¹⁹³. لأجله سنحاول الاقتراب من هذا الترابط باستكشاف المقتضيات الخاصة في حالة وجودها (المطلب الأول) وكذا في حالة غيابها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إقرار الترابط بموجب مقتضيات خاصة

سنعالج فيما سيلي الترابط في مجال التنفيذ في اتجاهين وذلك بدراسة أثر عقد القرض على تنفيذ العقد الرئيسي (الفقرة الأولى) ثم ارتباط عقد القرض بتنفيذ العقد الرئيسي (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: أثر عقد القرض على تنفيذ العقد الرئيسي

ويتجلى ذلك على مستوى الثمن (أولاً) وكذا التسليم (ثانياً)

أولاً: الثمن

¹¹⁹² - نجاة السعيد، مرجع سابق، ص. 95 و96.

¹¹⁹³ - Jacques.Ravanas, de l'interdépendance dans l'exécution des contrats, in : Ibrahim.Fadlallah, op.cit., p.422.

إن محدودية حق تراجع المستهلك بعلة الخوف من فقدان الأموال المسلمة للبائع، تفسر أن هذا الأخير لا يحق له تسلم أي أداء تحت أي شكل طالما أن المقرض لم يقبل بعد العرض المسبق للمقرض. هذا الحظر المنصوص عليه في الفصل 87 بالنسبة للقروض الاستهلاكية والمادة 99 بالنسبة للقرض المخصص والمادة 121 بالنسبة للقرض العقاري، انصب على تقنية العربون. تقنية الحظر تلك تطبق على مجموعة عقود وهي تقنية متبعة من قبل المشرعين لحماية المستهلك. فقبول العرض يفرض بداهة أن يسمح للبائع أن يتسلم جزءا من الثمن. لكن استعمال المشرع في الفقرة الثانية من الفصل 87 من قانون تدابير حماية المستهلك لعبارة بالنسبة للقرض المخصص: " ولا يجوز للمقرض كذلك، داخل أجل التراجع المنصوص عليه في المادة 85 (أي 7 أيام) أن يقوم بأي إيداع برسم العملية المعنية لفائدة المقرض أو لحسابه" يحدد نطاق الحظر. إن منع الأداء الجزئي كذلك يحد من التعاقد وإن كان اشتراط الأداء الجزئي هو نفسه يكبح الاستدانة. مما يعني أن البائع عليه انتظار أن يمر أجل التراجع في القروض، لكي يتلقى أي جزء من الثمن¹¹⁹⁴.

نشير أن نطاق إرجاع المبالغ المدفوعة من طرف المقرض عندما لا يتحقق الشرط الواقف في مجال القرض العقاري، في حالة دفع مبالغ مقدمة يشمل أيضا العربون المدفوع كأتعاب مسبقة للمهندس باعتبارها تدخل في التقدير الكلي لثمن بناء المنزل. نضيف إلى أنه في حالة إبطال البيع لا يستحق البنك إلا الفوائد طبقا للسعر القانوني قياسا على المادة 127 فقرة 2 من قانون تدابير حماية المستهلك وقرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 ابريل 1999¹¹⁹⁵. هذا عن الثمن. فماذا عن التسليم؟

ثانيا: التسليم

هنا تنظم المادة 94 من قانون تدابير حماية المستهلك إمكانية التعليق الاختياري للتسليم في مجال القرض المخصص. حيث لا يلزم البائع بالوفاء بالتزامه المتعلق بالتسليم أو تقديم الخدمة مالم يبلغه المقرض بقبول منح القرض ومادام في إمكان المقرض أن يمارس حقه في التراجع. فتعليق التسليم هنا هو مقابل الشك المرتبط بمآل العقد الأصلي، إلى حين الانعقاد النهائي لعملية القرض¹¹⁹⁶. هذا التعليق قد يشكل في طياته مساوئ بالنسبة للمشتري الذي يلجأ إلى القرض لكنه يرغب في الاستفادة الفورية من المبيع أو الخدمة. هنا تسمح له المادة 94 المذكورة بتقديم طلب صريح محرر ومؤرخ وموقع بخط يده يلتمس فيه تسليم المنتج أو السلعة أو تقديم الخدمة في الحال. هنا ينتهي أجل التراجع المخول للمقرض والمرتب بالقروض الاستهلاكية المخصصة عند تاريخ التسليم أو تقديم الخدمة. هكذا حينما يتراجع المشتري، فإنه يفقد أي حق على الشيء أو الخدمة ولا يتحمل أي

¹¹⁹⁴ - Jacques.Ravanas, Art.cit, p.422 & 423.

¹¹⁹⁵ - Civ., 1^{er} 7 avr.1999, n° 97-15-728, Bull, Civ., n°125.

¹¹⁹⁶ - Jacques.Ravanas, Art.cit, p.425.

مخاطر أو مصاريف، حتى إن كل تسليم أو تقديم خدمة قبل انتهاء أجل التراجع يكون على حساب المورد الذي يتحمل جميع المصاريف والتبعات المترتبة على ذلك (الفقرة 2 من المادة 94 المذكورة سابقا). أما في مجال القرض العقاري، فإنه حتى ولو أغفل التنصيص في العقد الأصلي ولو كان وعدا بالبيع منصب على عقار أو إصلاح عقار يتبين أن المتعاقد إن طلب القرض، فإن العقد الأصلي يعتبر كما لو أبرم تحت قيد الشرط الواقف ابتداء من تاريخ طلب القرض طبقا للمادة 128 من قانون تدابير حماية المستهلك مع ما يترتب على ذلك من آثار. هذا عن آثار عقد القرض على تنفيذ العقد الرئيسي. فماذا عن ارتباط عقد القرض بتنفيذ العقد الرئيسي؟

الفقرة الثانية: ارتباط عقد القرض بتنفيذ العقد الرئيسي

يخلق قانون تدابير حماية المستهلك تمييزا بين المشتريين الذين يؤدون الثمن كاملا وبين من يشترون بقرض. إن ربط عقد القرض والعقد الأصلي ناتج عن ارتباط المؤسسات البنكية مع المؤسسات البائعة. لأجله يكون من المفيد دراسة حالات تأخير حلول التزامات المقرض (أولا) وكذا حالات انقضائها (ثانيا)

أولا: تأخير حلول التزامات المقرض

هنا لا يربط قانون تدابير حماية المستهلك التزامات المقرض بما تم التنصيص عليه في عقد القرض ولكن بتنفيذ العقد الأصلي من خلال تقنيتين هما التأخير-1- والتعليق-2-.

1- تأخير تنفيذ التزامات المقرض

يعتبر التأخير، حسب بعض الفقه، تطبيقا لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ المنصوص عليه في ظهير الإلتزامات والعقود في الفصل 235 من ظهير الإلتزامات والعقود الذي جاء فيه أنه: "في العقود الملزمة للطرفين، يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه، إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزما، حسب الاتفاق أو العرف، بأن ينفذ نصيبه من الإلتزام أولا. عندما يكون التنفيذ واجبا لصالح عدة أشخاص يجوز للمدين أن يمتنع من أداء ما يجب لأي واحد منهم إلى أن يقع الأداء الكامل لما يستحقه من التزام مقابل". هنا تسمح تقنية التأخير من تفادي تحميل المقرض تكاليف القرض قبل التسليم. حيث يتأخر جدول الأداءات في الزمن ليوازي التأخير في التسليم أو التزويد.

نشير بهذا الصدد أن الأبنك عادة ما تمتنع عن تنفيذ مقتضيات القرض العقاري دفعة واحدة، بل تفرج عن المبالغ الموجودة عبر مراحل بارتباط مع تقارير عن تنفيذ تصور المهندس والتقدم في الأشغال¹¹⁹⁷. هذا عن تأخير تنفيذ التزامات المقرض. فماذا عن تعليقها؟

2- تعليق تنفيذ التزامات المقرض

¹¹⁹⁷ - عقد BMCE Bank في المجال العقاري نموذجا.

هنا " لا ينفذ المقرض التزاماته إلا ابتداء من تاريخ تسليم المنتج أو السلعة أو الاستفادة من الخدمة عندما يتعلق الأمر بعقد بيع أو تقديم خدمة ينفذ بالتتابع ويشرع في تنفيذ عقد القرض حسب دورية التسليم وتقديم الخدمة ولا يلزم المستهلك إلا في حدود ما تسلمه من منتج أو سلعة أو ما استفاد من خدمة"¹¹⁹⁸ وتعود مسؤولية الحرص على توازي الأداءات للبائع مع التسليم لمؤسسات الائتمان¹¹⁹⁹.

هنا يحق التساؤل حول طبيعة هذه القاعدة، هل الأمر يتعلق بشرط واقف أو أجل واقف أو دفع بعدم التنفيذ؟ إن اعتبار تلك القاعدة بمثابة شرط واقف هو احتمال مقبول. ذلك أن الاجتهاد القضائي الفرنسي على سبيل المثال، يعتبر أن التزام المقرض يصير حالاً، بمجرد غياب تسليم المنتج الممول بالقرض، لخطأ المقرض¹²⁰⁰.

تقترب الآلية المذكورة في الفصل 91 من قانون تدابير حماية المستهلك من آلية الأجل الواقف الذي ينتج نفس آثار الشرط الواقف. جاء في الفصل 134 من ظهير الالتزامات والعقود أنه: " يفترض في الأجل أنه مشروط لمصلحة المدين ويجوز للمدين أن ينفذ الإلتزام ولو قبل حلول أجله، إذا كان محله نقوداً ولم تكن للدائن ثمة مضرة في استيفائه. وإذا لم يكن محل الإلتزام نقوداً، لم يجبر الدائن على استيفائه قبل حلول الأجل، ما لم يرتضه". هذا عن التعليق الاختياري للالتزامات. فماذا عن التعليق القضائي؟

كما جاء في الفقرة الأولى من المادة 95 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه: "إذا نشأ نزاع في تنفيذ العقد الأصلي للبيع أو تقديم الخدمة جاز لقاضي المستعجلات أن يأمر بوقف تنفيذ عقد القرض، إلى أن يتم الفصل في النزاع". هنا يبدو واضحاً أن اختصاص وقف تنفيذ العقد هو لقاضي المستعجلات وليس محكمة الموضوع، وفق شروط إضافية على الشروط المستوجبة للدعوى الاستعجالية. حيث تبرز تلك الشروط الإضافية في الفقرة الثالثة من المادة 95 المذكورة، بوجوب تدخل المقرض في الدعوى أو إدخاله فيها من قبل المورد أو المقرض وكذا وجوب أن يكون المورد والمقرض ينتميان لنفس المؤسسة. هنا يتوجب التساؤل عن سر تغيير الاختصاص من قضاء الموضوع كما كان مسطراً في صيغة مصفوفة وزارة التجارة المتعلقة بمشروع قانون 31-08 القاضي بتحديد تدابير حماية المستهلك، ذلك أن نطاق القضاء الاستعجالي دائماً ضيق بالمقارنة مع قضاء الموضوع. كما نستغرب تعديل صيغة هذه الفقرة الثالثة بالمقارنة مع صيغة مصفوفة وزارة التجارة، حيث أضيفت الفقرة "ولا تطبق- أحكام المادة 95- إلا إذا كان المورد والمقرض ينتميان لنفس المؤسسة". مما ينسف أي قيمة لمفهوم الترابط، لأنه يقوم أصلاً على وجوب

¹¹⁹⁸ - الفقرة الثانية من المادة 91 من قانون تدابير حماية المستهلك.

¹¹⁹⁹ - Jacques.Ravanas, Art.cit, p.428.

¹²⁰⁰ - N.Vallet, op.cit, p.132.

الاستقلالية الاقتصادية والقانونية للقرض والعقد الأصلي التابعين لمؤسستين غير منتميتين لنفس المؤسسة البنكية مما يفرغ كل مفهوم الارتباط المقرر قضائيا من أي فائدة للمستهلك¹²⁰¹. فضلا عن تلك العيوب التشريعية المرتبطة بالاختصاص والشروط الشكلية، فإن ورود عبارة "جاز" من طرف المشرع في الفقرة الأولى من المادة 95 تحيل على السلطة التقديرية لقاضي المستعجلات الذي قد يرفض تعليق عقد القرض ويمكن أن يوافق على طلب المقرض مثلا بإيقاع حجز تحفظي إلى حين الفصل في النزاع¹²⁰². هنا أيضا يحق التساؤل حول المعايير التي قد يعتمد عليها قاضي المستعجلات للتصريح بإيقاف عقد القرض؟ إذ لا يمكن للقاضي اعتماد وضعية المقرض لأن أساسها القانوني يختلف عن نطاق الدعوى موضوع الدراسة والتي تجد سببها ليس في الوضعية الاقتصادية للمقرض ولكن في المنازعة في تنفيذ العقد الرئيسي. طبعاً يجب هنا أن تكون المنازعة جدية، بأن يقوم قاضي المستعجلات بتصفح الوثائق ويقتنع بأن مآل النزاع الأصلي سيكون فسخ العقد الأصلي أو بطلانه. فيكون التعليق بمثابة تمهيد لانقضاء العقد الأصلي. هذا عن تأخير حلول التزامات المقرض. فماذا عن انقضائها؟

ثانياً: انقضاء التزامات المقرض

لقد خص ظهير الالتزامات والعقود القسم السادس من الكتاب الأول للبحث في انقضاء الالتزامات. علماً أن الالتزام أو الحق الشخصي بطبيعته مؤقت إذ يتنافى وفكرة الديمومة ومصيره الحتمي مهما طال الأمد إلى زوال. ذلك أن بقاء المدين ملتزماً أبدياً نحو الدائن يتنافى والحرية الشخصية. ثم إن الأصل براءة الذمة وانشغالها أمر عارض والعارض معد عاجلاً أو أجلاً للتلاشي. حتى إذا تلاشى برئت ذمة المدين وعادت إلى حالتها الأصلية. وبهذا يختلف الحق الشخصي عن الحق العيني الأصلي الذي هو مبدئياً حق دائم¹²⁰³. هكذا نصت المادة 320 من ظهير الالتزامات والعقود أنه: "ينقضي الالتزام بأداء محله للدائن وفقاً للشروط التي يحددها الاتفاق أو القانون".

فبخصوص انقضاء التزامات المقرض، نصت الفقرة 2 من المادة 95 من قانون تدابير حماية المستهلك على أنه: "ويفسخ عقد القرض أو يبطل بقوة القانون عندما يكون العقد الذي أبرم من أجله قد تم فسخه أو إبطاله بحكم اكتسب حجية الشيء المقضي به"¹²⁰⁴. فمن خلال هذه المادة يقر

¹²⁰¹ - لا نستبعد أن تكون كلمة لا سقطت سهواً من الصيغة وأن المقصود هو: "ولا تطبق إلا إذا كان المورد و المقرض - لا - ينتميان لنفس المؤسسة".

¹²⁰² - I. Corpart, *Le renforcement de la protection des comptes bancaires contre les saisies et la mise en place du solde bancaire insaisissable*, L.P.A, 13 mai 2003, n° 95.

¹²⁰³ - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضائه، ص. 285.

¹²⁰⁴ - جاء في قرار للمجلس الأعلى عدد 299 صادر بتاريخ 30 ماي 1960: "إن الحكم الابتدائي يكتسب بانصرام أجل الاستئناف قوة الشيء المحكوم به ويصبح الاستئناف غير مقبول" - قرار منشور بمجلة القضاء والقانون العدد 31، يوليو 1960، ص. 432.

المشرع انقضاء التزامات المقرض - في حالة القروض الاستهلاكية - في حالة الفسخ القضائي أو إبطال العقد الأصلي للبيع أو تقديم الخدمة بفعل المورد، لكن بشروط¹²⁰⁵ (1) ترتب آثارا¹²⁰⁶ (2).

1- شروط انقضاء التزامات المقرض

على غرار التعليق القضائي لعقد القرض، فإن الانقضاء التبعي لنفس العقد مرتبط بتدخل المقرض في الدعوى أو إدخاله من طرف البائع أو المقرض. كما أنه من المتوجب أن يكون الفسخ أو الإبطال لعقد القرض ناتجين عن حكم وليس فقط عن إرادة الأطراف مثلا في العقد. في هذه الحالة، يجب على المقرض أن يلجأ للقضاء الذي عليه معاينة فسخ أو إبطال العقد الأصلي بموجب حكم نهائي مكتسب لحجية الشيء المقضي به. هنا نظرية السبب غير قابلة للإعمال، لأنه لو اعتمد القاضي تلك النظرية، لتوجب عليه في حالة فسخ العقد الأصلي، أن يصرح بإبطال عقد القرض لانعدام ركن السبب. لكن المشرع يوجب فسخ العقد في حالة فسخ العقد الأصلي وإبطال عقد القرض في حالة إبطال العقد الأصلي. طبعا يجب أن يتعلق الأمر بعقد قرض استهلاكي مخصص، يشار فيه إلى المنتج أو السلعة أو الخدمة الممولة¹²⁰⁷. هذا ويلاحظ بخصوص القرض العقاري أن المادة 130 من قانون تدابير حماية المستهلك أشارت إلى إيقاف تنفيذ عقد القرض لنزاع أو عوائق تلحق بتنفيذ عقد البيع ولم تشر صراحة إلى حالة فسخ أو بطلان أحدهما وتأثير ذلك على العقد الآخر. مما يكون معه التساؤل مفتوحا بهذا الخصوص.

في الأخير لا يجب أن نغفل الطابع الرضائي للترابط المقرر لصالح المستهلك، حيث إنه إذا استمر المقرض في تنفيذ عقد القرض لم يعد ثمة ترابط بين العقد الرئيسي وعقد القرض. جاء بهذا الخصوص عن محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 6 يناير 1998 أن من شروط إعمال الترابط عدم تخلي المقرض عن الاستفادة منه كأن يحتفظ بمبلغ القرض ويصرفه لغايات أخرى دون إرجاعه للبنك¹²⁰⁸. جاء بهذا الخصوص في المادة 97 المتعلقة بالقرض المخصص، أنه لا يفسخ العقد الأصلي إذا قام المقرض بالأداء نقدا قبل انصرام أجل السبعة أيام، لتبليغ قبول منح القرض من قبل البنك إلى مورد المنتج أو الخدمة. طبعا يعتبر المستهلك مسؤولا في حالة عدم تدخله، لتنمية الإجراءات الضرورية للحصول على القرض لدى المقرض أو حتى في حالة تدخله المتأخر. هذا عن الشروط. فماذا عن الآثار؟

2- آثار انقضاء التزامات المقرض

¹²⁰⁵ - Civ., 3^e, 25avr., 1978, JCP, 1979.II. 19056, note Galle.

¹²⁰⁶ - Civ., 1^{ère}, 19 juin 1990, Defrénois, 1990, 1026, obs. Aubert.

¹²⁰⁷ - راجع المادة 90 من قانون تدابير حماية المستهلك.

¹²⁰⁸ - Cass., 1^{ère} civ, 6 janvier 1998, n°95-21-205 Bull.cin .I , n° 6.

إن المحاكم هي من تملك سلطة معاقبة المورد، إذا ما وقع الفسخ القضائي للعقد الأصلي للبيع أو تقديم الخدمة أو إبطاله بسبب فعله. حيث يمكن الحكم عليه بضمان تسديد المقرض المقرض، بالإضافة إلى التعويضات المستحقة لكل من المقرض والمقرض عند الاقتضاء اعتمادا على الفصل 96 من قانون تدابير المستهلك، الذي لم يعالج واقعة عدم التنفيذ بفعل المقرض سيء النية. هذا عن إقرار الترابط بموجب مقتضيات خاصة. فماذا عن مآله في غياب تلك المقتضيات؟

المطلب الثاني: مآل الارتباط في غياب المقتضيات الخاصة

نشير أن هذا الارتباط موجود في قانون تدابير حماية المستهلك ولو لم تتم الإشارة إليه في العقد الرئيسي المتعلق بالعقار طبقا للمادة 128 من القانون المذكور. جاء في المادة المذكورة أنه: "إذا لم يتضمن العقد البيان المنصوص عليه في المادة 126 وتم طلب قرض بالرغم من ذلك، فإن العقد يعتبر كما لو أبرم تحت قيد الشرط الواقف المنصوص عليه في المادة 127 ابتداء من تاريخ طلب القرض".

جاء في الفصل L311-20 من مدونة الاستهلاك الفرنسية¹²⁰⁹، أن القواعد التي تربط بين القرض وتقديم الخدمة تطبق عندما يكون العرض المسبق يشير إلى الخدمة الممولة. لكن السؤال الذي قد يطرح وقد طرح سابقا في فرنسا: كيف يمكن إثبات أن الأطراف أرادوا إخضاع معاملاتهم للقواعد المنصوص عليها بخصوص القرض المخصص دون مرورهم من استعمال للنموذج رقم 1 المتعلق بـ "العرض المسبق للقرض التبعي لبيع أو تقديم خدمة"؟. فاختيار المشرع الفرنسي لهذا المعيار الشكلي، يضاف إلى غياب الرقابة على نموذج العرض المختار مما يسمح للمقرض أن يموه قروضا مخصصة في شكل فتح ائتمان. هنا لوحظ على محكمة النقض الفرنسية أخذها بالتفسير الحرفي للفصل L311-20 من مدونة الاستهلاك ورفضها إعادة تكييف القرض إلى قرض مخصص: "عندما لا يشير العرض إلى المنتج أو تقديم الخدمة الممولة"¹²¹⁰. هذا الاجتهاد طرح أكثر من تساؤل، مادام أن قانون الاستهلاك يعد استثناء من الشريعة العامة، لغاية حماية المستهلك وهو تساؤل مشروع يتقاطع مع استعمال المشرع المغربي في نص المادة 90 من قانون تدابير حماية المستهلك لعبارة "تطبق أحكام هذا الفرع عندما يكون قرض استهلاكي...مخصص لتمويل...". ففي الحين الذي تعترف فيه الشريعة العامة للالتزامات بالارتباط (لاسيما باستعمال مفهومي السبب وعدم القابلية للانقسام)، فإن محكمة النقض الفرنسية عارضت استعمال المفهومين المذكورين لصالح المقرض المستهلك بعلة غياب المعيار الشكلي (وجود الإشارة في العرض

¹²⁰⁹ - صيغة ما قبل 14 مارس 2016.

¹²¹⁰ - Cass., 1ère chambre civile, 29 juin 2004 (Bull. n° 187),

Voy : http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/troisieme_partie_jurisprudence_cour_180/activites_economiques_commerciales_financieres_196/protection_consommateurs_203/execution_6523.html « consulté le 31/7/2018 »

المسبق للارتباط). في حين أنها تمتعت المقترض غير المستهلك من الحماية عبر استعمال تلك التقنيتين خلافا للمقترض المستهلك¹²¹¹.

لكن تجب الإشارة إلى أنه على خلاف محكمة النقض الفرنسية، فإن قضاة محاكم الموضوع لاسيما قضاة المحكمة الابتدائية بمونبولي أبدعوا في حكم شهير صادر بتاريخ 3 شتنبر 2004 من خلال تفسيرهم للفصل L. 311-20. حيث اعتبروا نوايا المشرع وباقي فصول قانون 1978 كما تم تدوينه في مدونة الاستهلاك لاسيما حينما تكون من النظام العام لغرض منحها كل القوة والانسجام، وفق تعبيرهم. ذلك أن أولئك القضاة اعتبروا من خلال تحليلهم لقانون 1978 أن المقرض المهني ملزم بتبيان المنتج أو الخدمة المقدمة الممولة في العرض، عندما يكون ذلك موازيا لعملية القرض المقترحة وإرادة الأطراف. لكن في غياب تبيان الخدمة الممولة في القرض، فإن القضاة يبرزون الطابع المرتبط للعقدين باعتماد معيار ارتباط دفع مبلغ القرض للبائع. جاء في حكم مماثل لمحكمة الدرجة الكبرى لبوردو بتاريخ 21 مارس 2003: "إن ذلك الاستنتاج هو استنتاج واقعي يدل على وجود عقد ثلاثي تبقي لاستنتاج رئيس...". إنه التعريف نفسه الذي ستعتمده لجنة إعادة صياغة قانون الاستهلاك المقترح سنة 1990 لتعويض المعيار الشكلي المنصوص عليه في القانون لتكييف العقد على أنه مخصص. هنا نشير إلى أن مجرد الملاحظة والاستنتاج يبقين غير كافيين، مادام أن القضاة اعتمدوا على عناصر أخرى متنوعة من قبيل: وحدة تاريخ إبرام العقود، وحدة زمن العقود أو وحدة قيمتها المالية. تلك العناصر تدل كما جاء في حكم الدرجة الكبرى ببوردو بتاريخ 21 مارس 2003 على: "ارتباط موضوعي بين عقد الانخراط في النادي الرياضي وعقد القرض".

إن الارتباط هو آلية قانونية تسمح بتوسيع آثار انقضاء تقديم الخدمة وامتدادها إلى عقود القرض المرتبطة بها. جاء في حكم المحكمة الدرجة الابتدائية بمونبولي بتاريخ 3 شتنبر 2004 المذكور أنفاً، إنه اعتباراً لذلك الترابط، فإن على مؤسسة الائتمان تبعاً للفصل L311-10-4 أن تشير في العقد إلى الخدمة الممولة لكي لا تستطيع أن تحتج بغياب ذلك البيان لعرقلة تطبيق الفصل-L311 20¹²¹². هنا تجب الإشارة إلى تحفظ يجب إثارته بخصوص الطبيعة الموضوعية لعدم الانقسام؛ حيث إنه فضلاً على أنه "حتى إذا كانت حالة عدم الانقسام تثار عبر المفهوم الموضوعي للعقد، فإنها تجد مصدرها في تفسير إرادة الأطراف"¹²¹³. المشكل هو أن الانقسام كحالة غير موضوعية، تنتج من إرادة ضمنية تريد مؤسسة الائتمان أن تموهها عبر إرادة ظاهرة ومعلنة هي العرض

¹²¹¹ - تطبيق تقنية الترابط بين العقود، ظلت لسنوات مرتبطة باخراج نماذج العروض المسبقة من قبل السلطة التنفيذية، حتى أواخر سنة 2014.

¹²¹² - TI Montpellier, 3 sept.2004.

¹²¹³ - J.B.Seube, note sous Cass.Com., 15 févr.2000, JCP E, 2001, p.320.

المسبق للقرض. هنا يجب التنويه بموقف قضاة الدرجة الأولى في فرنسا الذين أعلنوا عن عدم الانقسام الموضوعي بين العقد الممول وعقد القرض، مما سمح بإعادة تكييف العرض إلى قرض مخصص. حيث يعد تفسيرهم ذلك جرأة تقاوم اتجاه محكمة النقض الفرنسية¹²¹⁴.

نشير في الأخير إلى أن، المستهلك لا يحق له التنازل مسبقا عن الشرط الواقف، لكنه يمكنه أن يتنازل عنه عند اكتساب حق الترابط. لكن كيف سيتعامل القاضي مع بند إشهاد المقرض أنه لن يلجأ إلى قرض عقاري مثلاً؟ جاء بهذا الخصوص في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 29 يناير 2014 أنه على قضاة الموضوع البحث فيما إذا كان البائع على علم عند الوعد بالبيع بنية المتعاقد معه باللجوء إلى قرض. وقد اعتبرت بهذا الصدد المادة 98 من قانون تدابير حماية المستهلك، بخصوص القرض المخصص، أن كل إلزام مسبق من طرف المقرض إزاء المورد بالأداء نقداً في حالة رفض المقرض منحه القرض يعد باطلاً. هذا عن القواعد الموضوعية المؤسسة لوسائل حماية مستهلكي الخدمات البنكية، فماذا عن تلك القواعد الإجرائية؟

الباب الثاني: القواعد الإجرائية

تبين القواعد الإجرائية الأوضاع والإجراءات الواجب اتباعها للوصول إلى أفضل آليات للتعامل مع القاعدة الموضوعية مثل تلك المنصوص عليها في قانوني المسطرتين المدنية والجنائية وقانون التنظيم القضائي وبقية القواعد الإجرائية المتفرقة في القوانين الخاصة من قبيل قانون تدابير حماية المستهلك. إنها تلك التي تتعلق بالنظام القضائي والقواعد الإجرائية المسطرية المرتبطة بالولوج إلى الحقوق والعدالة¹²¹⁵. حيث أصبح من أهم واجبات الدولة الحديثة، أن توفر للفرد الوسيلة للجوء إلى القضاء، الذي يعد الملجأ التي يحصل لديه الشخص على الحماية القضائية. فالمحكمة تقرر للفرد حقوقاً إذا أنكرها الغير أو اعتدى عليها، وتنزل الجزاء به إذا أخل بواجباته وهذا الجزاء المادي المحسوس، الذي تقوم بتوقيعه، بهدف كفالة احترام القواعد القانونية، يحقق هدف القانون أي إقامة نظام في المجتمع عن طريق وضع قواعد سلوك إجبارية تتوجه إلى الأفراد و كل الأشخاص المعنوية سواء تعلق الأمر بأشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، حتى لا يقيم كل فرد من ذاته حكماً بينه وبين غيره، فيسعى إلى أخذ ما يدعيه لنفسه بيده وتعم الفوضى التي لا يبقى معها أي مجتمع.

¹²¹⁴ - Vincent Vigneau, *les conditions de l'interdépendance entre le contrat financé et le contrat de crédit*, publié in : www.e-campus.uvsq.fr/claroline/backends/download.php?url « consulté le 7/7/2018 »

¹²¹⁵ - M.A.Frison-Roche, *Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice*, La Semaine Juridique, Edition Générale, n° 40, 1er Octobre 1997, I 4051.

وتحقيقاً لهدف فرض القانون وإقامة نظام في المجتمع وتحقيق العدل بين الناس، كفل المشرع للمستهلك ضحية مخالفة القواعد القانونية حق رفع الدعوى للمطالبة بحماية حقه، وهو الطريق الفردي لحماية المستهلك¹²¹⁶. يبقى أن التوازن العقدي الذي تؤسس له القواعد الموضوعية دون جدوى، حينما يضطر المستهلك للتقاضي في مكان بعيد عن مكان سكناه، يبدو من أول وهلة وبحساب بسيط لتكلفة التنقل سبباً للمتقاضي المحتمل في التخلي عن مقاضاة المهني، الذي لم يحترم التزاماته، لكن تقييم سهولة الولوج إلى العدالة لا يرتبط فقط بالمكان بل وأيضاً بنوع المحكمة المختصة للبت في النزاع الذي يربط مستهلك الخدمات البنكية بالبنك¹²¹⁷. هنا تتجلى أهمية تدخل المشرع لجعل الاختصاص المحلي من النظام العام لصالح المستهلك. هذا وإن تيسير الولوج يرتبط بالقواعد التي تنظم، بالإضافة للاختصاص، الولوج إلى الحقوق الجماعية الإجرائية المعترف بها لمستهلك الخدمة البنكية. لأجله سنتطرق فيما يليه لدراسة وسائل الحماية المبنية على القواعد الإجرائية من خلال قواعد الاختصاص (الفصل الأول) والقواعد الإجرائية المرتبطة بجمعيات حماية المستهلك (الفصل الثاني)

الفصل الأول: قواعد الاختصاص

إن الاختصاص هو توزيع العمل بين المحاكم والجهات القضائية المختلفة. تنشأ فكرة الاختصاص بسبب تعدد المحاكم ووجوب تقسيم العمل بينها، إما بحسب نوع القضية أو قيمتها أو بحسب المكان الذي توجد به المحكمة، وبذلك يكون الاختصاص هو السلطة المسندة لكل هذه المحاكم نتيجة هذا التوزيع. هنا ينبغي التمييز بين الاختصاص والتوزيع الداخلي للعمل داخل المحكمة الواحدة، فإذا وجدت في المحكمة الواحدة عدة غرف (مدنية أو جنائية أو عقارية أو قسم قضاء الأسرة أو اجتماعية). فتوزيع العمل بين هذه الغرف لا يعد توزيعاً للاختصاص ولذلك لا تعد مخالفة للقانون إذا عرضت قضية معينة على غرفة محددة وهي من اختصاص غرفة أخرى، فإنها لا تحكم بعدم الاختصاص وإنما تحيلها على الغرفة الأخرى (إحالة إدارية أو داخلية)، فإن لم تفعل وفصلت في الموضوع لا يعد حكمها مشوباً بعدم الاختصاص¹²¹⁸. في حين يعد خرقاً للقانون مثلاً أن تبت محكمة استئنافية في نزاع بين مستهلك وبنك، على الرغم من أن النزاع هو ذي صبغة أول درجة. كما يعد خرقاً للقانون أن تبت محكمة إدارية مثلاً في نزاع تجاري بين بنك وآخر أو نزاع مدني بين بنك ومستهلك. لكن إلى جانب القرب الهيكلي توجد إشكالية البعد الترابي و التي ترتبط بطبيعة تنظيم الاختصاص المحلي. هذا يحيل إلى أهمية دراسة دور القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي (

¹²¹⁶ - محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص.145.

¹²¹⁷ - Etienne.Pataut, *clauses abusives de juridiction et clauses abusives*, in : Jean.Calais.Auloy, « études de droit de la consommation », Dalloz, 2004, p.807.

¹²¹⁸ - راجع الطيب الفصايلي، *الوجيز في القانون القضائي الخاص*، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، 1992، ص.79.

الفرع الأول) والاختصاص المحلي (الفرع الثاني) طبعاً في علاقتها بحماية مستهلكي الخدمات البنكية.

الفرع الأول: الاختصاص النوعي

يقصد بالاختصاص النوعي، توزيع العمل بتحديد اختصاص كل طبقة من طبقات المحاكم المختلفة، في داخل الجهة القضائية الواحدة. يقوم ذلك الاختصاص على ترتيب المحاكم ترتيباً أفقياً: محاكم جنائية ومحاكم مدنية (محاكم عادية، تجارية، محاكم موضوع/ محاكم إجراءات وقتية) وترتيباً رأسياً إلى طبقات: محاكم القرب، المحاكم الابتدائية، محاكم الاستئناف ومحكمة النقض. كما يوجد بالإضافة إلى هذه التصنيفات الاختصاص القيمي عندما يتوقف تحديده على قيمة الدعوى¹²¹⁹.

إن تسوية منصفة لنزاع مستهلك مع بنك ينطلق أساساً من وجود قواعد قانونية كافية وفعالة تحدد المحكمة المختصة بالبت، على اعتبار أن ولوج مستهلكي الخدمات البنكية إلى القضاء سواء كمدعين أو مدعى عليهم، ينطلق أساساً من وجود إطار قانوني يراعي الخصوصيات التي تحظى بها النزاعات الاستهلاكية البنكية¹²²⁰. إن أهم تصنيف يهتم مستهلك الخدمة البنكية، هو ذلك المتعلق بتصنيف طبيعة العقد الذي يجمع المستهلك بالبنك، هل يعد هذا العقد عقداً تجارياً أم عقداً مختلطاً؟ مع ما يرتبط بذلك من آثار سلبية تتجلى في عدم ملائمة اختصاص المحاكم التجارية لمصالح المستهلكين (المبحث الأول). نفس ذلك الضعف يبقى مرتبطاً بعدم جزم قانون تدابير حماية المستهلك في تحديد الاختصاص النوعي (المبحث الثاني)

المبحث الأول: عدم ملائمة اختصاص المحاكم التجارية

يعد إجبار المستهلك على التقاضي أمام المحكمة التجارية اختياراً غير ناجع وغير منصف لعدم ملائمة اختصاص تلك المحاكم لطبيعة ذلك الشخص الضعيف. حيث إن المحكمة المدنية هي المحكمة الطبيعية بالنسبة لتقاضي مستهلكي الخدمات البنكية. لأجله وللاقتراب أكثر من آلية الاختصاص النوعي واشكالياتها، يحسن دراسة تبريرات اختصاص المحكمة التجارية (المطلب الأول) قبل تقرير عدم تناسبية ذلك من عدمه (المطلب الثاني).

¹²¹⁹ - الطيب الفصايلي ، مرجع سابق، ص.80.

¹²²⁰ المهدي العزوزي، الإختصاص القضائي في نزاعات الإستهلاك، دراسة في ضوء قانون تدابير حماية المستهلك وأولى الإجراءات القضائية الصادرة في ظله، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، مركز قانون الإلتزامات و العقود عدد مزدوج 5-6، 2013، ص.119

المطلب الأول: تبرير الاختصاص بمدونة التجارة وقانون إحداث المحاكم التجارية

إن العمل الذي يقوم به البنك في إطار نشاطه التجاري قد لا يطرح أي إشكال من حيث إختصاص المحاكم التجارية وتحديد مقتضيات القانونية المتوجبة التطبيق عليه بحسب ما إذا كان ذلك العمل يعد تجارياً بين البنك ومن يتعامل معه. غير أن المسألة تتعد في الحالة التي يكون فيها العقد الذي تم بين شخصين تجارياً للبنك ومدنيا بالنسبة للمستهلك وهو ما عرفه بعض الفقهاء بالعقود المختلطة¹²²¹. إن تبرير اختصاص المحكمة التجارية في المغرب، للبت في النزاعات بين المستهلك والبنك، اعتمد في تعليقه على مقتضيات مدونة التجارة وقانون إحداث المحاكم التجارية (الفقرة الأولى). لكن اتجاهاً مغايراً كان أقرب لمصالح المستهلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: اختصاص المحاكم التجارية للبت في نزاعات عقود الخدمات البنكية

جاء في قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 10/6/1999، علاقة بالفصل 5 من القانون المحدث للمحاكم التجارية، على أن " المحاكم التجارية تختص بالبت في الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية، وبما أن الحساب البنكي الجاري يعتبر من العقود البنكية، وبالتالي فإن النزاع القائم بشأنه يدخل في نطاق اختصاص المحكمة التجارية والحكم المستأنف حينما سار في هذا الاتجاه يكون قد صادف الصواب، يتعين معه تأييده ورد الاستئناف لعدم ارتكازه على أساس"¹²²². هنا يلاحظ أن اجتهادات محاكم الموضوع فسرت لمدة طويلة مقتضيات المادة 5 من قانون إحداث المحاكم التجارية تفسيراً يغلب كفة المهني على المستهلك بالرغم من أن الأمر كثيراً ما يتعلق بأعمال مدنية، كما في العديد من عقود الخدمات البنكية بما فيها عقد الحساب الجاري في النازلة المعروضة¹²²³.

1221 - عبد السلام زوير، الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية، مكتبة دار السلام، الرباط، 2004، ص. 131.

راجع أيضاً بحار عبد الرحيم، الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 8، فبراير 2009، مطبعة إيت، سلا، 2009، ص. 182 و مايلها.

1222 - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 764، صادر بتاريخ 10/6/99، رقم الملف بالمحكمة التجارية 1449/99/5، رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية 8/99/814 غير منشور.

1223 - بغض النظر عن انتقاد اختصاص المحاكم التجارية للبت في النزاعات البنكية التي يكون أحد أطرافها مستهلك، سجل مؤخراً صدور بعض الأحكام المتميزة في مجال حماية المقترض. أورد نموذجاً ما جاء في حكم المحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2015/6/4: " حيث أنه و طبقاً للمادتين 104 و 109 من القانون المشار إليه، فإنه لا يحق للمقترض المطالبة بالتسديد الفوري للرأس المال المتبقى من أقساط القرض إلا إذا توقف المقترض عن تسديد ثلاث أقساط متتالية و لم يستجب للإشعار بالأداء الموجه إليه في حين أنه في نازلة الحال فإن المدعي لم يدل بما يفيد توصل المدعى عليه بالإنذار بالأداء و لا بجدول مستحقات استهلاك القرض والذي أصبح ضرورياً لتمكين المحكمة من تفعيل مقتضيات القانون 08/31 وتحديد الأقساط الحالية والغير الحالية والفوائد المحتسبة ونوعها و مبلغها والرأس المال المتبقى. وحيث أنه أمام عدم إدلاء المدعي بالوثائق المذكورة فيتعين التصريح بعدم قبول الطلب المتعلق بالرأس المال المتبقى"- حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف رقم : 385-15 صادر بتاريخ : 4-6-2015، غير منشور.

راجع في نفس المنحى : - حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/1/30 في الملف عدد 2017/8210/1033، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/2/1 في الملف عدد 1038/8210/17، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/5/15 في الملف عدد 17/8210/196، غير منشور.

جاء في قرار آخر بتاريخ 16/02/1999 لنفس المحكمة ورد فيه: "إن الطلب يروم الحكم على المدعى عليه بأدائه لفائدة المدعية ودفع المدعى عليه بكونه غير تاجر، لكونه يزاول مهنة طبيب بعيادته، ومن ثمة، فإن المحكمة التجارية غير مختصة نوعياً للنظر في الدعوى الحالية. وأدلت المدعية إثباتاً لدينها في مواجهة المدعى عليه بكشف حسابي. حيث يعتبر عقد فتح حساب بنكي من العقود، التي تدخل ضمن العقود التجارية، كما هو منصوص عليه في مدونة التجارة، وبالتالي، فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة التجارية في النزاعات التي تطرأ بشأن هذه العقود بغض النظر عن صفة موقعها، وعن المعاملة التي أسست من أجلها مما ينبغي اعتبار المذكور غير مؤسس"¹²²⁴.

هذا وقد جاء كذلك في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 1998/11/2 أن: "...المشرع وبنص قانون احداث المحاكم التجارية رقم 95-53 قد جعل المحاكم التجارية مختصة بالنظر في الدعاوي المتعلقة بالعقود التجارية. كما أنه وبمدونة التجارة قد افرد الباب التاسع لهاته العقود، وجعل منها الحسابات البنكية المفتوحة للزبائن وعقد القرض موضوع النزاع أبرم مع المستانف عليه بمناسبة الحساب المفتوح لدى هذا البنك وبالتالي يعتبر هذا العقد تجارياً بطبيعته، وإن كان الطرف المتعاقد فيه طرفاً مدنياً. وبالتالي تكون المحكمة وخلاف ما ورد بدفع المستانف مختصة طبقاً للأحكام القانونية المشار إليها أعلاه، ويكون ما ذهب إليه الحكم المستانف القاضي برد الدفع في محله ويتعين تأييده. واعتبار أي طعن مقدم ضده غير مؤسس"¹²²⁵.

لقد دأب القضاء التجاري على عدم مراعاة صفة الطرف المدني ودفعاته بإعتبار أن أصل النزاع مع البنك هو عمل مختلط، تجاري بالنسبة للبنك ومدني بالنسبة للمستهلك. جاء في هذا المنحى في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 1999/6/8: "دفع الطاعن بعدم اختصاص المحكمة التجارية استناداً على أنه غير تاجر ولا يمكن أن يطبق عليه القانون التجاري عملاً بمقتضيات المادة الرابعة من مدونة التجارة، وبأن العقد البنكي لا يعتبر سنداً في الاختصاص النوعي للمحكمة التجارية. حيث إنه لتحديد اختصاص للمحاكم التجارية يتعين الرجوع إلى المادة 5 من القانون المحدث للمحاكم التجارية وليس المادة الرابعة من مدونة التجارة والتي تتعلق بالقانون الواجب التطبيق بعد انعقاد الاختصاص في العقود المختلطة. وحيث إن الفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون المحدث للمحاكم التجارية تعطي الاختصاص لهذه الأخيرة للنظر في الدعاوي المتعلقة بالعقود التجارية.

- حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/7/26 في الملف عدد 2017/8210/1621، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/7/19 في الملف عدد 2017/8210/642، غير منشور.

¹²²⁴ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 99/164، بتاريخ 1999/02/16، ملف عدد 6/99/60، غير منشور.

¹²²⁵ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 125، صادر بتاريخ 1998/11/2، في ملف عدد 98/205، منشور على موقع محكمة

الاستئناف بفاس على الرابط: <http://www.cacfes.ma/ar/jurisprudence/files/jurisprudence3.html>

"شاهد بتاريخ 2017/11/17"

وحيث إن مدونة التجارة حددت العقود التجارية والتي اصطلح على تسميتها بالعقود التجارية المسماة تمييزاً لها عن باقي العقود التجارية الأخرى التي لم تتطرق لها.

وبما أن العقود البنكية هي من العقود التجارية المسماة التي تنظمها مدونة التجارة وعملاً بالفقرة 1 من المادة الخامسة المشار إليها أعلاه فإن جميع الدعاوى المتعلقة بها والناجمة عنها والمساطر التي تنفرع عنها يرجع النظر فيها إلى المحاكم التجارية بغض النظر عن صفة طرفي العقد¹²²⁶.

وقد سلك المجلس الأعلى آنذاك نفس المنحى في قرار له بتاريخ 25-2-2009 يقول فيه: "أن الدعوى بالتشطيب على رهن عقاري هو نزاع انبثق من عقد القرض والرهن الرابطة بين الطرفين الذي هو عقد تجاري بطبيعته بصرف النظر عن طرفيه عملاً بالمادة 5 من ق إ م ت ... لذلك ينعقد الاختصاص في النزاع للمحكمة التجارية ولو كان أحد طرفيه مدنياً..."¹²²⁷. هنا جاء التعليل مخالفاً لنظرية الأعمال التجارية المختلطة وفيه حيف وعدم مراعاة لشخصية المستهلك. طبعاً مثل تلك التعليلات هي غير مقبولة قبل صدور قانون تدابير حماية المستهلك، فالأولى بعد صدوره. فذلك التعليل يعد في رأينا ناقصاً يوازي انعدامه. علماً أن أحكاماً وقرارات متميزة، قد تطرق فيها القضاء في المغرب إلى حماية المستهلك في القروض من خلال تطويعه للنظرية العامة للاختصاص نستعرض أحدها في ما يلي كاستثناء على الاتجاه المنتقد.

الفقرة الثانية: عدم اختصاص المحاكم التجارية للبث في النزاعات التي يكون طرفها مستهلكاً

جاء خلافاً للاتجاه السائد سابقاً في حكم للمحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2001/10/30:

"حيث إن المقال يهدف إلى أداء دين ناتج عن عقد قرض للتجهيز المنزلي.

وحيث إن عقد القرض المستدل به لا يتضمن ما يفيد كون المدعى عليه تاجراً ولا ما يضيفي الصفة التجارية على المعاملة بالنسبة للمدعى عليه والأصل في أعمال غير التاجر، أنها مدنية. وحيث إن الاختصاص ينعقد لهذه المحكمة في الدعاوى التي تنشأ بين التاجر والمتعلقة بأعمالهم التجارية، كما أنه لا يوجد أي اتفاق بين المدعية باعتبارها طرفاً تاجراً بين المدعى عليه، على إسناد الاختصاص لهذه المحكمة. ويمكن لهذه المحكمة أن تشير عدم اختصاصها تلقائياً، مما يتعين معه التصريح بعدم الاختصاص النوعي"¹²²⁸.

هذا وقد أكد المجلس الأعلى سابقاً أخذه برأي عدم تجارية عقد القرض، اعتماداً على نظرية الأعمال المختلطة. حيث جاء في قرار له صادر بتاريخ 19 مارس 2003: "لكن حيث إنه بالنسبة للعقود المختلطة التي تعتبر تجارية بالنسبة لأحد أطرافها ومدنية بالنسبة لأحد أطرافها ومدنية

¹²²⁶ - قرار محكمة الاستئناف التجارية رقم 99/745، صادر بتاريخ 8/6/1999، في الملف رقم 8/99/244، غير منشور.

¹²²⁷ - قرار المجلس الأعلى عدد 289، بتاريخ 25-2-2009، ملف تجاري عدد 351-3-2006، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة التجارية، عدد 5، السنة 2010، ص.12.

¹²²⁸ - حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء رقم 2001/9751، بتاريخ 2001/10/30، ملف رقم 7/2001/7270، غير منشور.

بالنسبة للطرف الآخر كما هو الشأن في نازلة الحال، فإن التاجر لا يمكنه رفع دعواه في مواجهة غير التاجر سوى أمام المحكمة الابتدائية بينما غير التاجر له الخيار بين رفع دعواه أمام المحكمة التجارية أو المحكمة المدنية¹²²⁹. هذا عن تقييم تبرير الاختصاص بمدونة التجارة وقانون إحداث المحاكم التجارية. فماذا عن تقييم عدم تناسبية هذا الاختصاص؟

المطلب الثاني: عدم تناسب اختصاص المحاكم التجارية مع مصالح المستهلك

أنشئت المحاكم التجارية لحل النزاعات التجارية. حيث تتميز بسرعة مساطرها، مما لا يناسب المستهلك الذي يحتاج الوقت لإعداد وسائل دفاعه. كما يحدد اختصاصها القيمي في النزاعات التي تفوق 20000 درهم¹²³⁰. حيث يلجأ المستهلك عادة إلى المحكمة في مواجهة الأبنك في دعاوى تقل بكثير عن تلك القيمة¹²³¹، فالمسطرة أمام المحاكم التجارية هي مساطر أعقد من مساطر محاكم القرب والمحاكم الابتدائية. أما المستهلك فيطلب أن تكون إجراءات التقاضي مبسطة دون محام وأن يصدر الحكم في أجل معقول. كما أن التقاضي أمام المحاكم التجارية لا يسير دوماً بشكل سريع، لكن وسائل الإثبات عادة ما تكون بين يدي البنيكي. تعد المحاكم التجارية غير ملائمة لحاجيات المستهلكين أساساً لكون اختصاصها هو على سبيل الحصر (الفقرة الأولى) وأن مبدأ الإثبات أمامها غير مناسب للمستهلك (الفقرة الثانية) وأن الولوج إليها محدود (الفقرة الثالثة) مع آجال وصعوبات في التنفيذ (الفقرة الرابعة) علماً أنها لا تتوفر على أقسام خاصة للمساعدة القضائية (الفقرة الخامسة).

الفقرة الأولى: اختصاص المحاكم التجارية هو على سبيل الحصر

نصت المادة 5 من قانون إحداث المحاكم التجارية أنه: "تختص المحاكم التجارية بالنظر في:

1. الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية؛

2. الدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية؛

.....

يمكن الاتفاق بين التاجر وغير التاجر على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية، فيما ينشأ بينهما من نزاع بسبب عمل من أعمال التاجر¹²³².

¹²²⁹ - قرار منشور ومعلق عليه لدى: أحمد كويسي، الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية في العقود المختلطة في ضوء قرار المجلس الأعلى بتاريخ 25 فبراير 2009، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد الرابع، ص: 162 وما بعدها.

¹²³⁰ - نسخت و عدلت المادة 6 بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.02.108 الصادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون رقم 18.02).

¹²³¹ - في هذه الحالة ينعقد الاختصاص للمحاكم الابتدائية العادية في القضايا ذات القيمة التي تفوق 5000 درهم و تقل عن 20000 درهم. في حين يعود الاختصاص في القضايا ذات القيمة أقل من 5000 درهم إلى قضاء القرب.

¹²³² - إن اتفاق البنك التاجر مع المستهلك على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية بخصوص ما قد ينشأ بينهما من نزاع بسبب عمل من أعمال البنك يعني بمفهوم المخالفة للفقرة المحال عليها- المادة 5 من قانون المحاكم التجارية- أن الاختصاص بالبت في الأعمال التجارية

يجوز للأطراف الاتفاق على عرض النزاعات المبينة أعلاه على مسطرة التحكيم وفق أحكام الفصول 306 إلى 327 من قانون المسطرة المدنية". إن هذا التضييق يحد من نطاق الإمكانات المفتوحة لمستهلكي الخدمة البنكية. ذلك أن تلك المحاكم غالبا ما تصدر حكما مستقلا بعدم الاختصاص، وهو إجراء إضافي في الدعاوى يؤخر تحرير الحكم البات في الجوهر¹²³³. بل هناك من ندد بممارسات تعسفية من قبيل الدفع بالمنهجة بعدم الاختصاص لعرقلة إجراءات التقاضي. جاء بهذا الخصوص في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 دجنبر 1996 أن رفع الدعوى المتعلقة بنزاع مرتبط مع قرض استهلاكي أمام محكمة غير مختصة المحكمة التجارية لا يوقف أجل سقوط الدعوى¹²³⁴.

إن لجوء المتقاضين أمام المحاكم لاستغلال المادة 8 من قانون إحداث المحاكم التجارية، والذي ينص على أنه: استثناء من أحكام الفصل 17 من قانون المسطرة المدنية، يجب على المحكمة التجارية أن تبت بحكم مستقل في الدفع بعدم الاختصاص النوعي المرفوع إليها وذلك داخل أجل ثمانية أيام يعرقل التقاضي ويجعله باهضا بالنسبة للمستهلكين. نشير أنه يمكن استئناف الحكم المتعلق بالاختصاص خلال أجل عشرة أيام (10) من تاريخ التبليغ أو قبل التبليغ¹²³⁵. ويتعين على كتابة الضبط أن توجه الملف إلى محكمة الاستئناف التجارية في اليوم الموالي لتقديم مقال الاستئناف.

هذا وقد أثارت المادة 13 من قانون المحاكم الإدارية الكثير من الإضطراب بقولها: "إذا أثير دفع بعدم الاختصاص النوعي أمام جهة قضائية عادية أو إدارية وجب عليها أن تبت فيه بحكم مستقل ولا يجوز له أن تضمه إلى الموضوع وللأطراف أن يستأنفوا الحكم المتعلق بالاختصاص النوعي أيا كانت الجهة القضائية الصادر عنها أمام المجلس الأعلى الذي يجب عليه أن يبت في الأمر داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من تسلم كتابة الضبط لملف الاستئناف". ذلك أن هذا الفصل يحيل في شموليته على جميع القضايا بما فيها التي تثار فيها دفع بعدم الاختصاص النوعي لفائدة المحكمة التجارية أو المدنية مع ما سترتب على إقفال باب الاستئناف أمام محكمة الاستئناف. لكن نعتقد أن الأمر قاصر على الدفع المتعلقة بعدم الاختصاص النوعي لفائدة المحكمة الإدارية. وتبت المحكمة التجارية داخل أجل عشرة أيام (10) تبتدئ من تاريخ توصل كتابة الضبط بالملف، إذا بنت محكمة الاستئناف التجارية في الاختصاص، بإحالة الملف تلقائيا على المحكمة

المختلطة ينعقد للمحاكم الابتدائية العادية ما لم يتم الاتفاق على عرضه على المحكمة التجارية (طبعاً ذلك قبل صدور قانون تدابير حماية المستهلك). راجع عبد السلام زوير، مرجع سابق، ص.132.

¹²³³ - ظهير شريف رقم 1.97.65 صادر في 4 شوال (12 فبراير 1997)، بتنفيذ القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث محاكم تجارية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4482 في 1997/05/15

¹²³⁴ - Cass, 1^{re} Civ., 10 décembre 1996, D. 1997, p.17.

¹²³⁵ - يمكن لكل من تضرر من الحكم الابتدائي استئنافه حتى قبل تبليغه إليه.

المختصة. لا يقبل قرار المحكمة أي طعن عاديًا كان أو غير عادي"، فرغم التنصيص على هذه المقترضات للتعجيل بالبت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي، يظل الملف معلقًا في بعض الأحيان أمام المحكمة التجارية ما يزيد عن السنة¹²³⁶. طبعًا يكون الاختصاص القيمي مدخل للتأثير على منحى الاختصاص بمقال مضاد للبنك، يتضمن دفعًا بعدم الاختصاص يخرج الدعوى عن نطاق اختصاص المحكمة التجارية¹²³⁷.

هذا عن أولى أسباب عدم تناسب اختصاص المحكمة التجارية بالنسبة لمحاكمة مستهلكي الخدمات البنكية. فماذا عن وسائل الإثبات أمامها؟

الفقرة الثانية: حرية الإثبات أمام المحاكم التجارية في غير صالح المستهلك

نصت المادة 334 من مدونة التجارة على أنه: "تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات. غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك". إن مبدأ حرية الإثبات المعمول به أمام المحاكم التجارية يبقى ضمن حدود معينة بخصوص الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يكتسي صفة مستهلك. ذلك أن البنك ملزم طبقًا للمادة الرابعة من مدونة التجارة أن يثبت الالتزام في مواجهة الطرف المدني وفق قواعد الإثبات المرعية. جاء في نص المادة الرابعة من مدونة التجارة أنه: "إذا كان العمل تجاريًا بالنسبة لأحد المتعاقدين ومدنيًا بالنسبة للمتعاقد الآخر، طبقت قواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجاريًا؛ ولا يمكن أن يواجه بها الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنيًا، ما لم ينص مقتضى خاص على ما يخالف ذلك".

نشير أن مبدأ حرية الإثبات يجد سنده في القانون المتعلق بالقواعد المحاسبية الواردة على التجار الصادر بتاريخ 25-12-1992. حيث ألغت مادته 25 مقتضيات الفصول 10 و11 و12 من القانون التجاري لـ 12 غشت 1913 وأجبرت كل تاجر بما فيه الشخص المعنوي بمسك محاسبة منتظمة. نصت المادة 19 من مدونة التجارة في فقرتها الثانية على أنه إذا كانت المحاسبة المسوكة بانتظام، فإنها تكون مقبولة أمام القضاء كوسيلة إثبات بين التجار في الأعمال المرتبطة بتجارهم. في حين نصت المادة 20 من نفس المدونة على أنه: "يجوز للأغيار أن يحتجوا ضد التاجر بمحتوى محاسبته ولو لم تكن مسوكة بصفة منتظمة".

هذا وإلى جانب الوثائق المحاسبية المسوكة من طرف البنك المعتبرة هناك أيضًا الكشوف الحسابية التي تعد بدورها وسيلة إثبات المعاملات التجارية وفق المادة 156 من القانون البنكي الجديد. يعتد بتلك الكشوف، التي تعدها مؤسسات الائتمان وفق الكيفيات المحددة بمنشور يصدره

¹²³⁶ - معلومات مستقاة من مقابلة مع الاستاذ هشام العمري، قاض بالمحكمة التجارية بفاس.

¹²³⁷ - نصت المادة 6 من قانون إحداث المحاكم التجارية على أنه: "تختص المحاكم التجارية بالنظر في الطلبات الأصلية التي تتجاوز قيمتها 20.000 درهم، كما تختص بالنظر في جميع الطلبات المقابلة أو طلبات المقاصة مهما كانت قيمتها".

والي بنك المغرب، بعد استطلاع رأي مؤسسات الائتمان في المجال القضائي باعتبارها وسائل إثبات بينها وبين عملائها في المنازعات القائمة بينها إلى أن يثبت ما يخالف ذلك¹²³⁸. ونصت المادة 334 من مدونة التجارة كذلك على أنه "تخضع المادة التجارية لحرية الإثبات، غير أنه يتعين الإثبات بالكتابة إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك". وذلك على خلاف المادة 400 من ظل ع التي جاء فيها أن "وسائل الإثبات التي يقررها القانون وهي:

1. إقرار الخصم؛

2. الحجة الكتابية؛

3. شهادة الشهود؛

4. القرينة؛

5. اليمين والنكول عنها.

إن العقود التجارية، بما فيها العقود البنكية، يمكن إثباتها كمبدأ عام في مواجهة البنك بجميع وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني؛ لأن البنك تاجر ملزم بالعمل بالقواعد التجارية طبقاً لمدونة التجارة وبالتالي قد تشكل حتى وثائقه المحاسبية وسيلة إثبات في المجال البنكي.

إن ما يميز المحاكم التجارية هو عملها بمبدأ حرية الإثبات إذا كان الطرفان تاجرين، ذلك أنه طبقاً للمادة 2 من مدونة التجارة: "يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني، ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري". يستتبع القول بهذه القاعدة أنه قد يعتد أنه في الأعمال البنكية كونها أعمال تجارية تثبت بكافة الطرق، وبالتالي تشجيع عدم استعمال البنك للكتابة كوسيلة وقائية لإثبات معاملاته، فإذا كان غالباً ما يحصل الإثبات بالنماذج المطبوعة التي يوقعها البنك والعميل أو بالقيود التي تحصل في حساب العميل والاشعارات التي ترد إلى المستهلك دورياً¹²³⁹؛ فإنه يقع دائماً ألا يحتفظ المستهلك عادة بالتواصل والمستندات التي تعزز ادعاءاته أو يغفل المطالبة بها أو لا يمكنه البنك منها¹²⁴⁰.

يؤدي مبدأ قانونية الإثبات، مثلاً كما وقع في فرنسا، إلى اعتماد الشهود أو القرائن في المجال البنكي لإثبات ما يخالف محتوى العقود. بل قد ذهب في فترة أولى إلى عدم اعتماد مبدأ وجوب تحرير نظيرين من العقود التبادلية البنكية وعدم وجوب تسجيل العقد لثبوته تجاه الأغير¹²⁴¹.

¹²³⁸ - عبد الرحيم بحار، الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، 2009، ص 276.

و277.

¹²³⁹ - علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص.22.

¹²⁴⁰ - Pierre.Claude.Lafond, *le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, les éditions Thémis, 1996, p.127.

¹²⁴¹ - Cass, Civ., 21 Avr. 1969 :D., 1969, p.404.

إن ما نصت عليه المادة الثانية من مدونة التجارة من كون أنه يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري يجب أن يفسر كون حرية الإثبات محدودة في مواجهة المستهلك. فإذا كان من حق المستهلك حرية الإثبات في مواجهة البنك باعتباره الطرف الضعيف¹²⁴². فإنه على البنك أن يحترم قواعد الإثبات المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود للإثبات في مواجهة المستهلك¹²⁴³. هذا عن حرية الإثبات. فماذا عن الولوج المكاني أمام المحاكم التجارية؟

الفقرة الثالثة: محدودية الولوج المكاني للمحاكم التجارية

إن عدد المحاكم التجارية محدود بالمقارنة مع المحاكم الابتدائية العادية، التي تعد أكثر عدداً، وبالتالي انتشاراً وقرباً حيث يبلغ عدد المحاكم التجارية حالياً 8 محاكم؛ توجد بمدن الرباط، الدار البيضاء، فاس، طنجة، مراكش، أكادير، مكناس ووجدة. ويبلغ عدد محاكم الاستئناف التجارية 3 محاكم، توجد بمدن الدار البيضاء، فاس، مراكش.

في حين أنه يبلغ عدد المحاكم الابتدائية العادية التي تأوي مقرات قضاء القرب، 83 محكمة، مقابل 22 محكمة استئناف¹²⁴⁴. إن المحاكم التجارية الأقل عدداً، تعد بطبيعة الحال مرافق عمومية ترتبط باهتمامات الولوجية المكانية كبقية مرافق الدولة. إن الولوج إلى تلك المحاكم مرتبط بعددها وحسن توزيعها الجغرافي لبناياتها وملحقاتها في حالة وجودها. ذلك ما يفتقد حالياً بالمقارنة مع المحاكم الابتدائية العادية، ذات العدد الأكبر نسبياً والأحسن توزيعاً جغرافياً. وإلى جانب القرب الجغرافي، هناك القرب المعلوماتي، فقواعد البيانات للمحاكم التجارية رغم تطورها، لا تتيح الاستفادة من مفهوم المحكمة الرقمية، أي رفع دعوى والحصول على الحكم عن بعد. مما يبقى معه الولوج إلى

¹²⁴² - Cass.Com, 5déc.1961, 1962, Juripr., p.86.

¹²⁴³ - Cass.Com, 21 juin.1988, n° 86-10.128 Juri.Data, n°1988-701325.

¹²⁴⁴ - وتم تعيين مقرها كما هو وارد في الجدول الملحق بمرسوم 3 أكتوبر 2011، والمعدل سنة 2018 كالتالي: (الرباط، تمارة، سلا، الخميسات، الرماني، القنيطرة، سيدي قاسم، سيدي سليمان، سوق أربعاء الغرب، وزان، الدار البيضاء) (المحاكم الابتدائية) - المدنية - الاجتماعية - الزجرية)، المحمدية، بنسليمان، الجديدة، سيدي بنور، فاس، تاونات، صفرو، بولمان، تازة، جرسيف، مراكش، إيمتناوت، قلعة السراغنة، زاكورة، أسفي، ابن جرير، ورزازات، اليوسفية، الصويرة، مكناس، أزرو، خنيفرة، ميدلت، الرشيدية، أكادير، إنزكان، تارودانت، طانطان، كلميم، تيزنيت، طاطا، أسا- الزاك، العيون، السمارة، وادي الذهب، طنجة، أصيلة، العرائش، القصر الكبير، تطوان، شفشاون، سطات، برشيد، بن احمد، بني ملال، قسبة تادلة، الفقيه بن صالح، أزيلال، خريكة، وادي زم، أبي الجعد، وجدة، تاوريرت، فجيج، بركان، الناظور، الحسيمة، تيفلت ومشروع بلقصور وبوزنيقة وتنغير والحاجب وبيوكرى وسيدي إفني والمضيق وسوق السبت أولاد النمة وجردة والدريوش وتارجيست). كما تم إحداث محاكم مصنفة ابتدائية مدنية، اجتماعية وزجرية بالدار البيضاء. طبقاً للمادة الأولى من المرسوم رقم 2.11.492 الصادر في 5 ذي القعدة 1432 (3 أكتوبر 2011)، بتغيير وتنظيم المرسوم رقم 2.74.498 الصادر في 25 من جمادى الثانية 1394 (16 يوليو 1974) تطبيقاً للظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.74.338 بتاريخ 24 من جمادى الثانية 1394 (15 يوليو 1974) المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة؛ الجريدة الرسمية عدد 5983 بتاريخ 5 ذو القعدة 1432 (3 أكتوبر 2011)، ص 4897.

تلك المحاكم جغرافيا محدودا بالنسبة لمستهلكي الخدمات البنكية سواء كمدعين أو مدعى عليهم ولو عن طريق الخطأ.

نشير بهذا الخصوص أن المادة 46 من مشروع قانون التنظيم القضائي 38.15 أحدثت قسما تجاريا متخصصا بالمحاكم الابتدائية. لكن إحداث هذا النص لم يكن فقط من أجل تقريب القضاء التجاري من مستعمليه، بقدر ما كان رغبة في التراجع عن تجربة القضاء المتخصص للمحاكم التجارية. هذا عن صعوبات الولوج المكانية، فماذا عن صعوبات الولوج الإجرائية، المرتبطة بأجال وصعوبات التنفيذ أمام المحكمة التجارية؟

الفقرة الرابعة: الآجال وصعوبات التنفيذ

إن الآجال المرتبطة بتنفيذ الأحكام عادة ما تكون في غير صالح المستهلك. ذلك أن مساعدي القضاء ومصالح المنازعات لدى الأبنك والمقاولات المختصة في استخلاص الديون، لا تجد عناء في سلوك مساطر التنفيذ. فالأحكام التجارية كما العادية لا تنفذ مباشرة من طرف كتابة الضبط، ولكن يجب أن يبدي المستهلك المحكوم له رغبته في تنفيذ الحكم الصادر لفائدته وعلى المستهلك أن يقدم طلبا إلى كتابة ضبط المحكمة التجارية، التي أصدرت الحكم من أجل تنفيذه¹²⁴⁵. لكن عادة ما تعهد المحكمة التجارية في حالة إصدارها لحكمها في النزاع بين البنك والمستهلك، بتنفيذ ذلك الحكم إلى المحكمة الابتدائية العادية من خلال تقنية الإنابة القضائية. علما أن غالب الأحكام تصدر لفائدة البنوك في حق المستهلكين وتصبح نهائية في أجلي 8 أيام أو 15 يوما كاملة من تاريخ تبليغها دون استئناف بالمقارنة مع الأجل الطبيعي للقضايا المدنية والذي هو 30 يوما¹²⁴⁶. هذا عن الآجال وصعوبات التنفيذ. فماذا عن عدم توفر المحاكم التجارية على أقسام خاصة للمساعدة القضائية؟

الفقرة الخامسة: عدم توفر المحاكم التجارية على أقسام خاصة للمساعدة القضائية

تهدف دراسة آليات حماية المستهلكين من تعسفات الأبنك إلى تقييم تمكين طرفي النزاع من فرص متساوية في الولوج إلى العدالة أمام المحاكم التجارية. تختلف تلك الفرص بحسب قدر المبلغ المطالب به من قبل المستهلك أمام تلك المحكمة ووجوب تعيين محام لمؤازرته. كما تبقى أتعاب التقاضي مرتفعة وفق ما يحددها قانون العرض والطلب أمام المحاكم التجارية، لأن أحد المتقاضين في نازلة الحال: الأبنك تتوفر على إمكانيات مادية مهمة بالمقارنة مع المستهلك العادي. والأدهى من ذلك أن قانون إحداث المحاكم التجارية، إذا كان قد نص على أن تلك المحاكم تضم نيابة عامة

¹²⁴⁵ - الفصل 429 من قانون المسطرة المدنية.

¹²⁴⁶ - من أصل 77735 قضية بنت فيها سنة 2017 المحكمة التجارية بالدار البيضاء التي تشكل أكبر محكمة تجارية ابتدائية بالمملكة تم البت في 35977 أمر مبني على طلب و 3749 أمر أداء و 6038 أمر استعجالي. راجع رابط احصائيات وزارة العدل على الرابط :

<http://www.justice.gov.ma/lg-1/statistiques/donnees.aspx> " روجع بتاريخ 2018/08/01"

وكتابة نيابة عامة، فإنه أغفل الإشارة إلى إنشاء مكتب مساعدة قضائية لديها وإقرار الحق في الولوج إلى القانون وكذا إلى العدالة أمامها، مباشرة من خلال ضمان حق تعيين المؤازرة مجانيا والإعفاء من أداء الرسوم القضائية، كما هو منصوص عليه في قانون المساعدة القضائية¹²⁴⁷.

جاء بهذا الخصوص في المادة الأولى من قانون المساعدة القضائية: " يمكن منح المساعدة القضائية لدى جميع محاكم المملكة وكيفما كان الحال إلى الأشخاص و المؤسسات العمومية او ذات المصلحة العمومية و الجمعيات الخصوصية القائمة بعمل إسعافي و المتمتعة بالشخصية المدنية والجنسية المغربية، التي نظرا لعدم كفاية مواردها تكون غير قادرة على ممارسة حقوقها أو الدفاع عنها أمام القضاء ". كما أن المادة 3 من القانون المذكور تتحدث على أن مكتب المساعدة القضائية يحدث لدى المحكمة الابتدائية للدائرة. هذه المادة لم يتم تتيميمها عند إحداث المحاكم التجارية لتشملها بقسم خاص، خلافا للفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون المحدث للمحاكم الإدارية التي نصت على : " أنه يجوز لرئيس المحكمة الإدارية أن يمنح المساعدة القضائية طبقا للمسطرة المعمول بها في هذا المجال ".

فعلى المتقاضي ذي الموارد غير الكافية الذي يريد مقاضاة البنك، أن يرفع طلبا لمكتب المساعدة القضائية لدى المحكمة الابتدائية العادية مرفقا بما يفيد عسره ليحصل على مقرر مؤقت يعفيه مؤقتا من أداء الصائر عن مقاله الافتتاحي أمام المحكمة التجارية¹²⁴⁸. ثم عليه انتظار انجاز مراسلة إلى نقيب هيئة المحامين لدى محكمة الاستئناف، ليعين له محام يقوم بأعباء المساعدة القضائية لصالحه¹²⁴⁹. مما يطيل أجل التقاضي وممارسة الطعون لاسيما وأن المشرع قصرها في المادة 18 من قانون المحاكم التجارية في 15 يوما وأغفل التنصيص على أن تقديم الطلب إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف من شأنه إيقاف الأجل القصير كما هو الحال بالنسبة لإيقاف طلب المساعدة القضائية لدى النيابة العامة لمحكمة النقض¹²⁵⁰.

لكل تلك العلل نقول بعدم تناسبية التقاضي أمام المحكمة التجارية بالنسبة لمستهلكي الخدمات البنكية بما فيهم كفلاؤهم. وكان حري، بمشروع التنظيم القضائي في طور التنقيح على ضوء ملاحظات المحكمة الدستورية، استبعاد اختصاص المحاكم التجارية في نزاعات الاستهلاك صراحة عوض عدم اليقين الوارد في المادة 202 من قانون تدابير حماية المستهلك الذي هو موضوع الدراسة في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: عدم تحديد قانون تدابير حماية المستهلك للمحكمة المختصة نوعيا

¹²⁴⁷ - مرسوم ملكي رقم 514.65 بتاريخ 17 رجب 1386 (فاتح نونبر 1966) بمثابة قانون يتعلق بالمساعدة القضائية، الجريدة الرسمية ، عدد 2820 بتاريخ 3 شعبان 1386 (16 نونبر 1966)، ص.2379.

¹²⁴⁸ - راجع مقتضيات الفصلين 7 و 12 من قانون المساعدة القضائية.

¹²⁴⁹ - حوار مع الاستاذ محمد عزوزي قاض بالمحكمة التجارية بفاس.

¹²⁵⁰ - المادة 6 فقرة 5 من قانون المساعدة القضائية.

يسمح تبسيط قواعد الاختصاص النوعي لمستهلكي الخدمات البنكية أن يتفادوا التردد فيما يتعلق باختيار المحكمة التي يجب أن تحال عليها المحاكمة¹²⁵¹. كما أن تردد المشرع في قانون حماية المستهلك في تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا للبت في النزاعات التي تربط الأبنك بمستهلكي الخدمات البنكية يذكر بذلك التردد¹²⁵² الذي طبع المشرع المغربي لما أخرج قانون المحاكم التجارية. فالرغبة كانت هي تنظيم المحاكم التجارية وتنظيم قواعد اختصاصها في قانون التنظيم القضائي وبين إصدار قانون خاص. نفس ذلك التردد وعدم الحزم، عرفه إصدار قانون إحداث المحاكم الإدارية.

إن تنصيب قانون تدابير حماية المستهلك في قسمه العاشر، المتعلق بأحكام متفرقة وانتقالية، على عبارة المحكمة المختصة بصدد حديثه عن الاختصاص المحلي؛ دون تبيان أي محكمة مختصة نوعيا يزيد من الغموض والاضطراب في الاجتهاد القضائي السائد سابقا وحتى حاليا طالما ظهر في النزاع غير مهني في مواجهة البنك.

إن عدم إقتصار المادة 202 من قانون تدابير حماية المستهلك على تحديد المحكمة المختصة نوعيا و عدم تحديد المحكمة المختصة نوعيا (المطلب الأول) قابلته بعض المحاكم التجارية بتفسير صائب، يسير في منحى حمائي (المطلب الثاني)

المطلب الأول: سكوت قانون 31.08 عن تحديد الاختصاص النوعي

إن الوقوف على مقتضيات قانون تدابير حماية المستهلك المغربي لا يسعف في التحديد الجازم للمحكمة المختصة نوعيا في نزاعات الاستهلاك البنكية لكون المشرع المغربي لم يراع خصوصيات نزاعات الاستهلاك التي تقتضي وضع قواعد إختصاص نوعي كفيلة بحماية المستهلك. في المقابل، نصت المادة L311-52 من مدونة الاستهلاك الفرنسية (قبل نسخها بموجب قانون 16 مارس 2016) على أن محكمة الدرجة الأولى هي المختصة بالنزاعات المتعلقة بتطبيق المقتضيات المنظمة للقرض الاستهلاكي¹²⁵³. وقد قابل ذلك في المغرب، المادة 111 التي تنظم فقط الاختصاص المحلي بالنسبة لدعاوى المطالبة بالأداء أمام المحكمة التابع لها موطن أو محل إقامة المقترض، دون أي إشارة إلى نوع تلك المحكمة، إن كانت المحكمة التجارية أم المحكمة العادية. إنه نفس القصور الملاحظ في المادة 202 من قانون تدابير حماية المستهلك مما يعد إخلالا

¹²⁵¹ - Abdallah.Boudahrain, *droit juridique privé au Maroc*, imprimerie Babel , Rabat 1994 , p.78

¹²⁵² - Sylvie.Pierre-Maurice , *tribunal de commerce organisation et compétence* , publié in Dalloz .fr la base des données juridique des éditions Dalloz , p.66. « Consulté le 01/01/2018 ».

¹²⁵³ - Selon l'article L311-52 abrogé « Le tribunal d'instance connaît des litiges nés de l'application du présent chapitre. Les actions en paiement engagées devant lui à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion ».

من المشرع بالأمن القانوني الذي يعني "كل ضمان، وكل نظام قانوني للحماية، يهدف إلى تأمين، ودون مفاجآت، حسن تنفيذ الالتزامات، وتلافي أو على الأقل، الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون"¹²⁵⁴.

حيث لا يمكن القضاء على الريبة تماما وعدم الوثوق في تنفيذ القانون ولكن خفض ذلك إلى نسبة مقبولة، بمقتضى قوانين جيدة، مطبقة من طرف محاكم معلومة. فالأمن القانوني من شروط جودة القانون، التي تضمن القدرة على التحقيق الفعلي والدائم لأهداف المعنيين بالقانون"¹²⁵⁵. إنه يترجم المتطلبات اللازمة لجودة القانون وقابليته للتوقع¹²⁵⁶، الشيء الذي لا يضمنه قانون تدابير حماية المستهلك من خلال عدم تحديد المحكمة المختصة نوعيا. هذا عن الفراغ القانوني المعين، ويبقى من اختصاص الاجتهاد القضائي في الجوهر تأويل القواعد القانونية المكتوبة، من باب ابتكار القاضي للقاعدة القانونية، بما يثيره ذلك من نقاشات فيما يرتبط بمبدأ فصل السلطات، بالنظر لدور المشرع، الذي يتقصره القاضي في هذه الحالة. هذا علما أن القاضي قد يلجأ للشروط التعسفية لضمان الولوج المفيد للمستهلك. هذا عن معالجة سكوت قانون 31.08 عن تحديد الاختصاص النوعي. فماذا عن المواقف المنتقدة والتميزة للمحاكم التجارية؟

المطلب الثاني: موقف بعض المحاكم التجارية

تعد محاكم الدار البيضاء من أهم المحاكم على صعيد إفريقيا، من حيث كم القضايا الراجعة أمامها¹²⁵⁷ وعدد القضاة والموظفين ومساعدتي القضاء المتولين مهامهم بدائرتها. حيث تشكل المحكمة التجارية بالدار البيضاء ومحكمة الاستئناف التجارية بها أهم المحاكم، من حيث عدد القضايا وتميز الاجتهاد القضائي بما فيه بخصوص إشكالية تحديد المحكمة المختصة للبت نوعيا في النزاعات الاستهلاكية البنكية. إلا أن موقف هذه المحاكم لم يكن حاسما إلا بعد صدور قانون تدابير حماية المستهلك، وقد اقتدت بها العديد من محاكم المملكة. هذا علما أن أغلب المحاكم سواء المدنية منها أو التجارية ظلت تخضع النزاعات الناشئة بين المستهلكين والأبنك للقواعد العامة باستثناء محاكم الدار البيضاء عبر تطبيقها مقتضيات قانون 31.08. فبعض المحاكم ظلت محافظة، غير

¹²⁵⁴- Cathy.Pomart , *La magistrature familiale : Vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille* , Editions L'Harmattan, 2004, Collection Logiques Juridiques, p.190.

¹²⁵⁵- Anne.Penneau, *La sécurité juridique à travers le processus de normalisation - Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage ?*, Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP/ CECOJI) – Montréal : 30 septembre 2003. Publié in : <http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/penneau.pdf> « Consulté le 11/7/2018 »

¹²⁵⁶ - Eric Carpano, *Etat de droit et droits européens*, Collection Logiques Juridiques, 2005, p.231.

¹²⁵⁷ - راجع احصائيات تطور و مقارنة عدد القضايا على الرابط : <http://www.justice.gov.ma/lg-1/statistiques/donnees.aspx>

أبهة بالتعديلات المدخلة على الاختصاص. هنا وجب لذلك عرض موقف هذه المحاكم التجارية، سواء منها التقليدي (أولا) أو المفعول لقانون تدابير حماية المستهلك (ثانيا).

الفقرة الأولى: الموقف التقليدي من الاختصاص

من المعلوم أن القانون لا يسري إلا بعد دخوله حيز التنفيذ. فإذا كان النزاع بتاريخ سابق عن تاريخ نشر القانون رقم 31.08 بالجريدة الرسمية، فإن القانون الواجب التطبيق على النزاع، عادة يكون هو القانون الذي كان ساري المفعول قبل دخول القانون المذكور حيز التنفيذ. نذكر هنا أنه قبل دخول قانون تدابير حماية المستهلك حيز التنفيذ كانت الفكرة السائدة أن جميع العمليات التي يقوم بها البنك تعد عملا تجاريا، مهما كانت صفة العملاء الذين يتعامل معهم. كما هو الحال، بالنسبة لعمليات قبول الودائع أو توزيع الائتمان والقروض والعمليات التي يقوم بها البنك على الأوراق المالية، كالأسهم والسندات التي تصدرها الشركات أو خزينة الدولة. حيث يكون البنك وسيطا في عمليات البورصة، بين الزبون والجهات التي تصدر هذه السندات، فجميع العمليات التي تقوم بها الأبنك عدت تجارية ولو تمت لصالح غير التاجر من قبيل فتح الحسابات وتقديم الاعتماد وقبول الودائع وتلقي الاكتتابات وخضم الأوراق التجارية وتأجير الخزائن الحديدية. جاء مثلا في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 99/6/10 أوردا جزءا منه سابقا: "حيث يعيب الطاعن على الحكم المستأنف ما ذهب إليه من اعتبار المحكمة التجارية مختصة للبت في النزاع، مع أنه يعمل مجرد مستشار عقاري ولا يمارس أي نشاط من الأنشطة التجارية.

إنه إذا كان من المسلم به أن عملية منح قروض أو تسهيلات، تعتبر بالنسبة للبنك عملا تجاريا بطبيعته بدون منازع، وفقا لنص الفقرة السابعة من المادة السادسة من مدونة التجارة، فإنه بالنسبة للمقترض أو المستفيد من التسهيلات البنكية، فإن القضاء استقر على اعتبار القروض والتسهيلات التي تعقدها البنوك في نشاطها المعتاد، عملا تجاريا مهما كانت صفة المقترض وأيا كان الغرض الذي خصص له القرض أو التسهيلات الممنوحة"¹²⁵⁸.

وجاء أيضا في حكم سابق منتقد للمحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2012/10/15 يجسد الموقف التقليدي لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس من الاختصاص: "إنه طبقا لظهير فاتح غشت

¹²⁵⁸ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 764، صادر بتاريخ 1999/6/10 في الملف رقم 8/99/814، غير منشور. أثر أيضا التساؤل حول طبيعة القروض الممنوحة من طرف جمعيات السلفات الصغيرة: جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بتازة صادر بتاريخ 2013/4/25: "إن الاختصاص النوعي من النظام العام تثيره المحكمة تلقائيا وفي جميع المراحل. إنه بالرجوع إلى عقد السلف بتعدد الضمانات تبين أن أحد أطرافه جمعية الأمانة لإنعاش المقاولات الصغرى وطبيعته سلف مقاول. إن المحاكم التجارية هي المختصة نوعيا للبت في الدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية مع مراعاة المادة 9 من مدونة التجارة والمادتين 2 و 202 من قانون تدابير حماية المستهلك والمادة 5 من قانون السلفات الصغيرة. إن الممارسة الاعتيادية والاحترافية لنشاط القرض تكسب الصفة التجارية. إن رئيس المحكمة التجارية يمارس الاختصاصات المسندة إلى رئيس المحكمة الابتدائية بموجب قانون المسطرة المدنية، لأجله يكون الأمر المستأنف متوجبا للإلغاء والإحالة على المحكمة التجارية المختصة". قرار محكمة الاستئناف بتازة عدد 187 بتاريخ 2013/4/25 في ملف الأمر بالأداء عدد 2013/140، غير منشور.

1996 المتعلق بمدونة التجارة، فإن العقود البنكية المنصوص عليها في القسم السابع من الكتاب الرابع من هذا القانون تدخل ضمن العقود التجارية المنظمة وأن الدعاوى المتعلقة بهذه العقود تدخل بصريح البند الأول من المادة الخامسة من قانون إحداث المحاكم التجارية، ضمن اختصاص هذه المحاكم بصرف النظر عن صفة عاقيدها، ومادام فتح الاعتماد والقرض يعتبران صنفا من أصناف العقود البنكية عملا بالقسم السابع أعلاه، فإن اختصاص البت في النزاع المتعلق به، يبقى منعقدا للمحكمة التجارية، الشيء الذي يكون معه الدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة للبت نوعيا في الدعوى غير مؤسس قانونا ويتعين بالتالي التصريح برفضه¹²⁵⁹. هذا الموقف المحافظ للمحاكم التجارية، سيتم التراجع عنه قضائيا بعد صدور قانون تدابير حماية المستهلك.

الفقرة الثانية: موقف المحاكم التجارية بعد دخول قانون 31.08 حيز التنفيذ

لقد كانت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء سباقة بإعطاء الخيار للمستهلك، ولقد سايرتها في ذلك العديد من المحاكم بالمغرب. من بين قرارات تلك المحكمة، ما جاء في قرار لها بتاريخ 2012/4/10: "إن كان عقد القرض عقدا تجاريا بالنسبة للمقرضة وفا سلف طبقا لمقتضيات المادة السادسة من مدونة التجارة، فإنه عقد مدني بالنسبة للمقرضة المستأنف عليها.

إنه عملا بمقتضيات المادة الخامسة من القانون رقم 53.95 يمكن الاتفاق بين التاجر وغير التاجر على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية فيما ينشأ بينهما من نزاع بسبب عمل من أعمال التاجر. لا يوجد بالملف ما يفيد اتفاق الطرفين على إسناد الاختصاص للمحكمة التجارية، تنفيذا لمقتضيات المشار إليها أعلاه على اعتبار أن المستأنف عليها مثيرة الدفع بعدم الاختصاص غير تاجرة، مما يكون معه دفع المستأنفة غير منتج ويتعين بالتالي رده وتأييد الحكم المستأنف لمصادفته الصواب، فيما قضى به من عدم اختصاص المحكمة التجارية نوعيا للبت في النزاع"¹²⁶⁰.

1259 - حكم المحكمة التجارية بفاس، عدد 1629، بتاريخ 2012/10/15، في الملف عدد 120/5/6620، غير منشور.

1260 - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، عدد 2012/2020، بتاريخ 2012/4/10، في الملف رقم 13/12/1216، غير منشور. راجع أحمد كويسي، الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية في العقود المختلطة في ضوء قرار المجلس الأعلى بتاريخ 25 فبراير 2009، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 4، 2011، ص 160.

يعد الاختصاص النوعي من النظام العام كمبدأ ومن ذلك القبيل ما أورده محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في قرارها بتاريخ 2007/10/04 جاء فيه: "إن الاختصاص النوعي والوظيفي لقاضي الأمور المستعجلة لا يتقيد بالاتفاق الحاصل بين طرفي العقد بشأن إسناد اختصاص البت في النزاعات حول العقد لقاضي المستعجلات وإنما للبت من القانون أولا ومن طرف كل نازلة على حدى" من جهة ثانية إن السيد قاضي المستعجلات الذي أصدر الأمر المطعون فيه كان على حق لما صرح بعدم اختصاصه لوجود منازعة جدية في كون النزاع المعروف عليه يتعلق بتنفيذ عقد وأن العقد تضمن التزامات متبادلة بين الطرفين وأن مسألة البت في الإخلال ببنود الاتفاق أو بعدم الوفاء بالالتزام هي من اختصاص قاضي الموضوع، وأن البت فيها في إطار الاستعجال من شأنه أن يمس بحقوق الأطراف". قرار محكمة الاستئناف التجارية عدد 1097 صادر بتاريخ 2007/10/04 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 06/02/118، منشور بمجلة للمحاكم التجارية، العدد 5 و 6، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية. كما سبق أن جاء في قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 2000/11/3: "إن المستقر عليه فقهاء وقضاء هو إعطاء الخيار للمدعي - المدني - في إقامة دعواه أمام المحكمة المدنية باعتبارها محكمته أو أمام المحكمة التجارية باعتبارها محكمة المدعى عليه". قرار محكمة الاستئناف التجارية

طبعاً هذا الاجتهاد رغم حمائيته، يسير مع التفسير المحافظ لأن المادة 20 تعتبر قواعد المادة 18 من قانون تدابير حماية المستهلك من النظام العام. هاته الأخيرة تمنع اتفاق الاطراف أي البنك ومستهلك الخدمة البنكية على عرقلة حق المستهلك في إقامة الدعاوى القضائية والتي قد يكون من بينها عرقلة اللجوء الى المحكمة الابتدائية العادية. هنا نرى أنه كان يحق للقاضي، في حالة وجود شرط تحديد المحكمة المختصة نوعياً، أن يثير بطلان الشرط التعسفي من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه المستهلك¹²⁶¹.

وقد جاء أيضاً في حكم المحكمة التجارية بالرباط الصادر بتاريخ 2012/11/15 وفقاً لقاعدة الخيار "إن المدعى عليها دفعت بعدم اختصاص هذه المحكمة نوعياً للبت في النزلة. فبموجب الفقرة الثالثة من الفصل 16 من ق.م.م، يجب على من يثير الدفع أن يبين المحكمة التي ترفع إليها القضية وإلا كان الطلب غير مقبول. إن المدعى عليها عند إثارتها للدفع أعلاه لم تبين وتحدد المحكمة المختصة للبت في النزاع. فالدعوى موجهة ضد شركة تجارية، وهو ما يعد طلباً مقبولاً للنظر فيه من طرف هذه المحكمة، ما دام أن المستقر عليه أنه للشخص العادي مقاضاة التاجر أمام المحكمة التجارية أو المحكمة العادية- المدنية- بحسب اختياره، مما يتعين معه رد الدفع المثار"¹²⁶².

كما جاء في حكم للمحكمة التجارية بفاس، بخصوص تنظيم الاختصاص النوعي في المنازعات الاستهلاكية البنكية، صدر بتاريخ 2012-04-12 وفق القانون تدابير حماية المستهلك ورد فيه : "حيث دفع المدعي عليه بعدم اختصاص المحكمة التجارية نوعياً للبت في القضية، لكون العقد الرابط بين الطرفين هو عقد مختلط، يجمع بين طرف مدني وطرف تاجر وينعقد الاختصاص للبت فيه للمحكمة الابتدائية، وأن عقد القرض هو عقد عقاري يخضع لمقتضيات قانون 08-31 المتعلق بحماية المستهلك، والفصل 202 منه يجعل الاختصاص نوعياً ومحلياً في النزاعات المتعلقة بتطبيق هذا القانون لمحكمة موطن أو محل إقامة المستهلك، مما يكون معه الاختصاص منعقد للمحكمة

بفاس رقم 2000/2280، بتاريخ 2000/11/3، في ملف رقم 13/2000/2307، مذكور لدى محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، مرجع سابق، ص. 17.

¹²⁶¹ - راجع بهذا الخصوص قرار محكمة العدل الأوروبية بتاريخ 2000/06/27 على الرابط :

"شاهد 2019/8/22" <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TEXT/HTML/?uri=CELEX:61998CJ0240&from=FR>

¹²⁶² - حكم المحكمة التجارية بالرباط رقم: 554، صادر بتاريخ 2012/11/15، ملف رقم 2012/8/4127، غير منشور.

هناك بعض الاجتهادات التي تقادت تطبيق قانون تدبير حماية المستهلك رغم صيرورته ساري المفعول آنذاك. جاء في حكم المحكمة التجارية بالرباط صادر بتاريخ 2012/11/01: "إن الدين المطالب به ناتج عن عقد قرض بنكي، وهو عقد تجاري حسب الكتاب الرابع من مدونة التجارة والأطراف الذين يستخدمونه يقبلون الخضوع لأحكامه، مهما كانت صفة العميل وكيفما كانت طبيعة العقد بالنسبة إليه، وبالتالي فالمحكمة المختصة نوعياً بنظر هذا النوع من النزاعات هي المحكمة التجارية (قرار المجلس الأعلى عدد 1385 مؤرخ في 2009/09/30 ملف تجاري عدد 08/1/3/912)"- حكم المحكمة التجارية بالرباط، عدد 533، صادر بتاريخ 2012/11/01، ملف رقم 2012/8/2202، غير منشور.

الابتدائية لصفرو"1263. ذلك الحكم يعد تطبيقا سليما لروح المشرع الرامية الى حماية الطرف الضعيف وتقريب اجراءات المحاكمة من موطنه.

أما بخصوص الدفع بعدم اختصاص المحكمة التجارية لفائدة المحكمة المدنية، نظرا لصفة المستهلكة، كونها جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية. فقد جاء في نفس حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2012/4/12: " حيث دفعت المدعى عليها بعدم اختصاص المحكمة التجارية نوعيا للبت في الطلب، لكون العارضة جمعية ذات نفع عام تتكفل بإيواء الأطفال المعوزين والموجودين في وضعية صعبة، وليست شركة تجارية وأن التوريدات التي قامت بها المدعية هي للاستعمال الشخصي والاختصاص يعود للبت في موضوعها للمحكمة الابتدائية. التمسست النيابة العامة الحكم بعدم الاختصاص. استلزم المشرع بمقتضى المادة الثامنة من القانون المحدث للمحاكم التجارية البت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي بمقتضى حكم مستقل.

لم يثبت للمحكمة من خلال وثائق الملف ومستنداته أن المدعى عليها تاجرة بل جمعية ذات نشاطات اجتماعية، وبالتالي فإن النزاع المعروض على هذه المحكمة فهو بين طرف تاجر وطرف مدني مما نكون معه أمام عقد مختلط ولا يوجد بالملف ما يفيد الاتفاق لإسناد الاختصاص للمحكمة التجارية بخصوصه، مما تكون معه غير مختصة للبت في هذا النزاع"1264.

هذا التفسير الحمائي للمستهلك هو ما سارت عليه محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء التي أوردت في قرارها الصادر بتاريخ 2013/10/29: " وحيث إنه وحسب المادة 111 من القانون السالف الذكر أعلاه فإنه تقام دعاوى المطالبة بالأداء أمام المحكمة التابع لها موطن أو محل إقامة المقترض، وأنه طالما أن الاختصاص النوعي يتحدد انطلاقا من المركز القانوني الذي هو في نازلة الحال طرفا مدنيا فإن الاختصاص يعود للمحكمة المدنية بالدار البيضاء"1265. لكن ما يؤسف له ان بعض المحاكم التجارية لا تسير في هذا المنحى الحمائي. فبتصفح العديد من الاجتهادات الحديثة للمحكمة التجارية بفاس مثلا دهشنا بانها لا زالت تعتبر نفسها مختصة للبت في نزاعات القروض والتسهيلات البنكية"1266. وانها تبسط يدها بعلّة « حتى بوجود دعوى بين تاجر وغير تاجر"1267.

1263 - حكم المحكمة التجارية بفاس، عدد 57، بتاريخ 2012/4/12، بتاريخ 2012/5/31، غير منشور.

1264 - نفسه.

1265 - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 4605/2013، صدر بتاريخ 2013/10/29، ملف 13/2013/4063، غير منشور.

راجع كذلك في هذا المنحى: حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، عدد 6117، صادر بتاريخ 2012/4/25، في الملف رقم 16736/2011، غير منشور.

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، عدد 4027، صادر بتاريخ 2013/7/25، في الملف عدد 13/2013/3415، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، صادر بتاريخ 2014/11/4 في الملف رقم 8230/2014، غير منشور.

1266 - راجع حكمها في الملف رقم 1281/8210/2017 بتاريخ 2018/1/25، غير منشور.

وتعتبر ان "عقود القرض هي عقود تجارية تختص المحاكم التجارية بالنظر في النزاعات المتعلقة بها"¹²⁶⁸. ونعتبر أن التفسير الوحيد لهذا المنحى أن جل القضايا المسجلة امامها تتعلق بالمطالبة بالأداء وأن تخليها عن بسطها يدها على تلك القضايا سيفضي الى عطالة المحكمة المذكورة وهو مبرر واقعي لا علاقة له بالمنطق و القانون. هذا الموقف غير المتقدم سنراه ايضا في ما تبنته محكمة النقض طيلة السنوات ما بين 2009¹²⁶⁹ الى 2014.

حيث جاء في قرار محكمة النقض بتاريخ 24 أبريل 2014: "ان الضرر المطلوب التعويض عنه تعرض له أحد زبناء المكتب الوطني للسكك الحديدية في اطار تنفيذ عقد النقل اثناء رحلة، وبما أن المكتب المذكور يمارس نشاطا تجاريا فان النزاعات الناشئة عن علاقته بزبناءه تحكمها مقتضيات القانون. وبالتالي ينعقد الاختصاص في الفصل في الطلبات المتعلقة به للقضاء التجاري استنادا للمادة 5 من القانون رقم 95/53 المحدث للمحاكم التجارية"¹²⁷⁰.

هذا عن الاختصاص النوعي. فماذا عن الاختصاص المحلي؟

الفرع الثاني: الاختصاص المحلي

يقصد بالاختصاص المحلي توزيع العمل بين المحاكم على أساس جغرافي أو مكاني؛ أي أن تختص كل محكمة بقضايا منطقة معينة تسمى "دائرة اختصاص المحكمة". فالهدف من ذلك الاختصاص هو تقريب القضاء من المتقاضين- المستهلكين في نازلة الحال- حيث يقع التيسير عليهم بتخفيف أعباء ومشقة الانتقال وتكبيد النفقات والمصاريف¹²⁷¹. إن تحديد الاختصاص المحلي يتم وفق معيارين: المعيار الأول الذي سبق دراسته هو الاختصاص النوعي؛ أي تحديد الاختصاص وفق نوع القضية. ثم يلي ذلك تحديد الاختصاص وفق مكان وجود المحكمة وهو ما يسمى بالاختصاص المحلي¹²⁷². وبالرجوع إلى القواعد المنظمة للاختصاص المحلي، سواء في قانون المسطرة المدنية أو قانون إحداث المحاكم التجارية، فإن الاختصاص المحلي ينعقد للمحاكم التي يوجد بدائرة نفوذها موطن المدعى عليه الحقيقي أو المختار أو محل إقامته عند انعدام موطن لديه¹²⁷³. علما أننا نعالج الاختصاص المحلي في مجال النزاعات الاستهلاكية البنكية. هنا سنتناول

¹²⁶⁷ - راجع حكمها في الملف رقم 1431/8210/2017، صادر بتاريخ 2018/3/29، غير منشور.

¹²⁶⁸ - راجع حكمها بتاريخ 2018/2/27، ملف رقم 910/8210/2017، غير منشور.

¹²⁶⁹ - راجع قرار المجلس الأعلى عدد 289 بتاريخ 2009/2/25 منشور بنشرة المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة التجارية، عدد 5،

2010، ص.12.

¹²⁷⁰ - قرار محكمة النقض، صادر بتاريخ 24 أبريل 2014، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 77، ص.229.

¹²⁷¹ - راجع الطيب الفصائلي، مرجع سابق، ص.82.

¹²⁷² - عبد الحكم فودة، ضوابط الاختصاص القضائي في المواد المدنية والجنائية والإدارية والشرعية على ضوء الفقه وأحكام القضاء،

منشأة المعارف بالإسكندرية، 1995، ص.12.

¹²⁷³ - الطيب الفصائلي، مرجع سابق، ص.175.

فيما يليه المبدأ العام للاختصاص المحلي في إطار قانون تدابير حماية المستهلك (المبحث الأول) وكذا استثناءاته (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المبدأ العام للاختصاص المحلي في قانون تدابير حماية المستهلك

في مجال الاستهلاك، نصت المادة 202 من قانون تدابير حماية المستهلك على أنه: "في حال نزاع بين المورد والمستهلك، ورغم وجود أي شرط مخالف، فإن المحكمة المختصة هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أو محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر باختيار هذا الأخير". إن التمعن في بنية هذه المادة يفضي إلى وجود عنصرين أساسيين للاختصاص المحلي في مجال نزاعات الاستهلاك¹²⁷⁴. لذلك حري بنا أن نعالج روابط اختصاص المحكمة في القانون المغربي سواء المتعلقة بمحكمة موطن أو محل إقامة المستهلك البنكي (المطلب الأول) أو محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر (المطلب الثاني)

المطلب الأول: اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك البنكي

لقد أشرنا فيما سبق إلى أن المشرع المغربي عمد إلى منح الاختصاص لمحكمة موطن أو محل إقامة المستهلك، وذلك لأنه هو الطرف الضعيف، ومن ثم ليس من العدالة في شيء أن يكلف بعناء التنقل من موطنه للدفاع عن نفسه في موطن مدعيه. حيث يرمي المبدأ إلى التيسير على المستهلكين المتقاضين، بتقريب القضاء منهم والدفاع عن حقوقهم في ظروف عادية لا تكلفهم العناء والمشقة. وتعتمد المحاكم عموماً في الدعاوى الصادرة غيابياً في مواجهة المستهلك عنوان هذا الأخير. جاء في حكم للمحكمة التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2012/4/4: "حيث إن عنوان المدعى عليه - المستهلك - يتواجد خارج دائرة نفوذ هذه المحكمة مما تكون معه هذه الأخيرة غير مختصة مكانياً للبت في النزاع"¹²⁷⁵.

هذا ويقصد بمحل الإقامة، السكن العارض لشخص المستهلك الذي لا يستقر به وإنما يحل به لظرف طارئ، حيث يتركه لفائدة المكان الذي اعتاد الاستقرار فيه، أي الموطن الذي يركز على عنصر الإقامة المستقرة. فعلى خلاف مفهوم الموطن، الذي هو المحل الذي نقيم فيه قانوناً، فإن مقر

¹²⁷⁴ - جاء في قرار الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 مارس 2018 أن المحكمة غير محقة في اعتبارها مختصة للبت في عقود شراء آلات بعلّة ترابط العقد رغم تعدد المدعى عليهم وعلّة تواجد مقر البنك.

C.Cass, Ch.Civ., 14 mars 2018, en date du 14 mars 2018, N° de pourvoi: 16-28302, publié in : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000036741991&fastReqId=1471880151&fastPos=1> « consulté le 16/7/2018 »

¹²⁷⁵ - حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء عدد 4644، صادر بتاريخ 2012/4/4، في الملف رقم 16978/2011، غير منشور.

راجع في نفس المنحى: - حكم المحكمة التجارية بفاس، صادر بتاريخ 2018/1/30، في ملف رقم 17/8210/1914، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2018/4/12، في ملف عدد 17/8210/1823، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بفاس، صادر بتاريخ 2018/6/5 في ملف عدد 18/8210/977، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بفاس، صادر بتاريخ 2018/7/19، في ملف رقم 2017/8210/1726، غير منشور.

الإقامة هو عنصر واقع. حيث ينتج عن فعل السكن بتاريخ الطلب بشكل فعلي ودائم بفضاء جماعة ما. جاء في قرار للغرفة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 مارس 2010، أن استغلال مقر ثانوي لا يعد مقر إقامة حقيقي ودائم، طالما أنه لم يكن مخصصا إلا لوقت الفراغ من قبيل نهايات الأسبوع و العطل¹²⁷⁶. لم ينظم المشرع المغربي حالة توفر الشخص على عدة مقرات، فلا يكفي في نظرنا أن يقوم الشخص بتحديد محل إقامته الشخصية في مكان محدد، إذا لم يكن ذلك التحديد معززا بالعديد من العناصر المادية من قبيل مكان إرتباطاته الأسرية ومكان توصله ببريده ومركز مصالحه الثقافية والجمعية ومكان ممارسة نشاطه المهني¹²⁷⁷. حيث نرى أن تلك العناصر يجب أن تفسر على ضوء إرادة التحديد المذكورة¹²⁷⁸. هذا عن محل الإقامة، فماذا عن الطابع الحمائي المتمثل في سماح المشرع للمستهلك باختيار أي موطن يراه مناسبا للحفاظ على مصالحه والتقليل من النفقات أو أي موطن مدع في حالة تعدد المدعين بما فيه خارج الوطن مع عدم وجود موطن أو محل لهم في المغرب. هنا حري أن نتطرق لمفهوم اختصاص محكمة موطن المستهلك نظرا لتشعب الحالات.

إن الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة. فالسكن أو المأوى أو مكان الوجود لا يعد موطنا للمستهلك، مالم يكن قد اعتاد السكن فيه ولا يعد موطنا كذلك محل الإقامة أو السكن العارض. لكن مفهوم الموطن يختلف بحسب ما إذا تعلق الأمر بموطن المستهلك كشخص ذاتي (الفقرة الأولى) أو معنوي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: موطن المستهلك الشخص الذاتي

جاء بهذا الخصوص في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش صادر بتاريخ 2001/2/15: " إن قواعد الاختصاص المحلي شرعت لرعاية جانب المدعى عليه باعتباره الطرف الضعيف في الخصومة، وهكذا راعى المشرع جعل القضاء المختص على مقربة منه وإذا اقتضى نظر الطرفين الخروج عن هذه القاعدة فيما لا يخالف النظام العام في بعض الحالات ونظموا لهذه الغاية شرطا به، فإن ذلك لا يمنع الطرف القوي في هذه العلاقة من النزول عن هذا

¹²⁷⁶ - Cass.Civ. 2, 11 mars 2010, nos 10-60150 et 10-60162 publié sur le lien : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021969667&fastReqId=773419711&fastPos=1> « consulté le 14/2/2018 »

¹²⁷⁷ - Trib. gr. inst. Paris (1re Ch.) 28 avril 1999: Daniel Goulet & autres c. Alain Terrenoire.

¹²⁷⁸ - Détermination du domicile, Gazette du Palais, 07 décembre 1999 n° 341, p. 36 .

Voir aussi : Jean-Loup.Courtier, *Précisions sur la compétence territoriale en matière contractuelle*, (Cass. civ. 2e, 1er juillet 1999), LPA, 14 novembre 2000, n° 227, p. 18 .

الشرط والالتجاء إلى رفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه، التي هي الأصل"¹²⁷⁹. فموطن المستهلك هو المكان الذي يوجه إليه خطاب الدعوى فيعتبر عالما بذلك الخطاب ولو لم يعلم به بالفعل. حيث إنه المقر الذي يوجد به ذلك المستهلك بنظر القانون.

جاء بهذا الخصوص، في حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2012/3/21 أنه : " عملا بمقتضيات المادة 202 من القانون أعلاه، فإن المحكمة المختصة في حالة وقوع نزاع بين المورد والمستهلك ورغم وجود أي شرط مخالف تكون محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك"¹²⁸⁰، يلاحظ على هذا الحكم أن المحكمة التجارية قامت بالإحالة على المحكمة الابتدائية غير التجارية بعد صيرورة الحكم نهائيا، رغم أن المستهلك لم يتوصل ولم يطلب تحديد المحكمة المختصة نوعيا. وفي تعليل مشابه ستنبأه المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في حكمها الصادر بتاريخ 2012/7/2، جاء من بينه: " إن هذه التدابير المنظمة للعلاقة بين المستهلك والمورد أو المؤسسة المقرضة هي من النظام العام، لا يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها وتبعا لذلك فإن المحكمة وخلافا للقواعد الخاصة بالاختصاص المحلي المشار إليها بقانون المسطرة المدنية، فإنها تتدخل من تلقاء نفسها لمراقبة مدى احترام الأطراف لإرادة المشرع التي تتجه إلى حماية حقوق المستهلك بالزام المؤسسة المقرضة بمقاضاة المدين أمام محكمته المختصة، وهي محكمة موطنه الحقيقي أو المختار، وطالما أن المدعى عليه في النزاع يخضع لهذا القانون المنظم للعلاقة التعاقدية بين الموردين والمستهلكين وبما أنه يقطن بمدينة ابن سليمان، فإن المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء وتطبيقا للمادة 202 من قانون 31.08 تكون غير مختصة محليا للبت في النزاع"¹²⁸¹.

إن الموطن عنصر هام من عناصر الشخصية، إذ أنه يمكن من تحديدها بصورة دقيقة وتعيين مقرها. وهو يقسم إلى موطن حقيقي (أولا) وآخر مختار (ثانيا).

أولا: الموطن الحقيقي

إن الموطن الحقيقي هو المناط الأول في منح الاختصاص للمحكمة مكانيا ويقصد به المقر الحقيقي، الذي يباشر فيه المستهلك عادة أنشطته وأعماله. الموطن الحقيقي للمستهلك هو الذي يقيم فيه عادة، أي هو محل الإقامة نفسه. علما أنه ليس من المحتم أن يكون لكل مستهلك موطن معين ويجوز أن يكون للمستهلك أكثر من موطن. كما أنه لا يكفي أن يقيم الشخص في مكان ما ليعتبر هذا المكان موطن له، بل يجب أن تكون لديه نية الاستيطان أو الإقامة. فالمستهلك الذي يذهب لقضاء

¹²⁷⁹ - قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 2001/2/15 تحت عدد 211 في الملف عدد 1110 منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات عدد 1، ص. 118- مذكور لدى محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، الطبعة الأولى، 2009، ص. 119.

¹²⁸⁰ - حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، عدد 3661، صادر بتاريخ 2012/3/21 في الملف عدد 2011/6/16445، غير منشور.

¹²⁸¹ - حكم المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء، عدد 16165، صادر بتاريخ 2012/7/2، في الملف عدد 12/24/11017، غير منشور.

عطلة الصيف مثلا في مكان معين لا يعتبر أنه قد اتخذ من هذا المكان موطناً له، ما دام لا يبغى فيه سوى الإقامة المؤقتة. غير أن إقامة المستهلك بنية الاستيطان في مكان معين لا تعني أن هذا الشخص عليه أن يقيم في ذلك المكان بصورة مستمرة ودائمة دون أن يغادره أبداً. فالمستهلك قد يتغيب عن محل إقامته بين فترة وأخرى. فعندما لم يعد الشخص يقيم في المكان الذي كان يقيم فعلاً فيه، أو لم تعد لديه نية الاستيطان، فتزول حينئذ عن هذا المكان صفة الموطن. فإذا انتقل شخص المستهلك إلى موطن جديد ولكن دون أن يصرف النظر فيه فلا يعتبر أنه قد غير موطنه القديم بل يكون قد اتخذ لنفسه موطناً جديداً بالإضافة إلى الموطن السابق¹²⁸².

وقد نظم المشرع المغربي قواعد الاختصاص المحلي في الفصول 27 إلى 30 من قانون المسطرة المدنية. حيث أورد في الفصل 27 من القانون المذكور مبدأ الاختصاص المحلي لمحكمة الموطن الحقيقي للمدعى عليه ونظمت الاستثناءات على ذلك المبدأ في الفصول 28 إلى 30 من قانون المسطرة المدنية¹²⁸³. لكن مشرع قانون تدابير حماية المستهلك تبنى مبدأ مغايراً لما جاء في قانون المسطرة المدنية بجعل الاختصاص المحلي من النظام العام وتحديد قواعده لصالح المستهلك. فطبقاً للمادة 202 من قانون تدابير حماية المستهلك، ففي حالة نزاع بين بنك ومستهلك، كما سبقت الإشارة، ورغم وجود أي شرط مخالف تعتبر المحكمة المختصة محكمة الموطن الحقيقي

1282 - سطور قانونية، الموطن القانوني والموطن المختار، منشور على الرابط :

<https://www.facebook.com/diraassat/posts/317884341743834> " روجع يوم 2018/08/01 "

1283 - الفصل 27 : " يكون الاختصاص المحلي لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه .

إذا لم يكن لهذا الأخير موطن في المغرب ولكن يتوفر على محل إقامة كان الاختصاص لمحكمة هذا المحل.

إذا لم يكن للمدعى عليه لا موطن ولا محل إقامة بالمغرب فيمكن تقديم الدعوى ضده أمام محكمة موطن أو إقامة المدعي أو واحد منهم عند تعددهم. إذا تعدد المدعى عليهم جاز للمدعي أن يختار محكمة موطن أو محل إقامة أي واحد منهم".

الفصل 28: " تقام الدعاوى خلافا لمقتضيات الفصل السابق أمام المحاكم التالية:

....

- في الدعاوى المتعلقة المتعلقة في أن واحد بنزاع في حق شخصي أو عيني، أمام محكمة الموقع أو محكمة موطن أو إقامة المدعى عليه؛

.....

- في دعاوى التجهيز والأشغال والكراء وإجارة الخدمة أو العمل أمام محكمة محل التعاقد أو تنفيذ العقد إذا كان هو موطن أحد الأطراف وإلا فأمام محكمة موطن المدعى عليه؛

....

- في دعاوى النزاعات المتعلقة بالمراسلات والأشياء المضمونة والإرساليات المصرح بقيمتها والطرود البريدية، أمام محكمة موطن المرسل أو موطن المرسل إليه باختيار الطرف الذي بادر برفع الدعوى؛

.....

- في جميع الدعاوى التجارية الأخرى يمكن للمدعي أن يختار رفع الدعوى إلى محكمة موطن المدعى عليه أو إلى المحكمة التي سيقع في دائرة نفوذها وجوب الوفاء.

- في دعاوى التأمين وجميع الدعاوى المتعلقة بتحديد وتأدية التعويضات المستحقة، أمام محكمة موطن أو محل إقامة المؤمن له، أو أمام محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المسبب للضرر عدا في قضايا العقار أو المنقول بطبيعته فإن الاختصاص لا يكون إلا إلى محكمة المحل الذي توجد به الأشياء المؤمنة.

.....

للمستهلك هي ذات الأولوية في الاختصاص. جاء بهذا الخصوص في حكم للمحكمة التجارية بمراكش صادر بتاريخ: 2012/11/12 " إن العقد الرابط بين طرفي الدعوى هو عقد قرض مخصص للاستهلاك الشيء الذي يجعله خاضع للقانون 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك وذلك بموجب المادتين 2 و 74 من هذا القانون. إن المحكمة برجعها لعنوان المدعى عليه الوارد بالمقال وب عقد القرض تبين لها أنه يوجد بمدينة الداخلة. إن الفصل 111 من القسم السادس من القانون 31.08 ينص على وجوب رفع دعوى المطالبة بالأداء أمام محكمة موطن أو محل إقامة المقترض، كما أن المادة 151 من نفس القانون اعتبرت أحكام القسم السادس من النظام العام وهو ما يستتبع القول بأن الاختصاص المكاني في هذا النوع من القضايا أصبح من النظام العام وبالتالي تثيره المحكمة تلقائياً. علاوة على ما ذكر، فإن مقتضيات الفصل 202 من القانون المذكور تنص على أنه في حالة النزاع بين المورد والمستهلك فإن المحكمة المختصة هي محكمة موطن المستهلك، رغم وجود أي شرط مخالف وهو الأمر الذي يستوجب عدم الالتفات للبند 16 من عقد القرض المتعلق بالاختصاص المكاني. اعتباراً لكل ما تم بسطه أعلاه، ينبغي القول بعدم اختصاص هذه المحكمة محلياً للبت في القضية وإحالة ملفها على المحكمة التجارية بأكادير للاختصاص دون صائر" ¹²⁸⁴.

وهكذا نلاحظ أن الحكم المذكور يشير للمادة 202 من قانون تدابير حماية المستهلك التي تسمح لهذا الأخير بالخيار بين محكمة الموطن الحقيقي أو محكمة الموطن المختار في حالة عدم وجود الأول.

لن نجد نفس هذا الخيار في حكم للمحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2015/10/1 ورد فيه: " حيث إنه مادام أن المدعي يعتبر مستهلكاً فإن الاختصاص المكاني طبقاً للمادة 202 من قانون حماية المستهلك ينعقد للمحكمة التي يقع بدائرتها موطن المدعي" ¹²⁸⁵.

جاء في قرار للغرفة المدنية الثانية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26 أبريل 1990 إلى أن مفهوم الموطن يقابل مفهوم الموطن الحقيقي، طبقاً للمادة 102 من القانون المدني ¹²⁸⁶.
ينفصل الموطن الحقيقي هناك، عن مفهوم السكن ولا يشترط مدة معينة. هذا عن الموطن الحقيقي. فماذا يقصد بالموطن المختار؟

ثانياً: الموطن المختار

¹²⁸⁴ - حكم المحكمة التجارية بمراكش، صادر بتاريخ: 2012/11/12، في ملف رقم: 2012/9/449، غير منشور.

¹²⁸⁵ - حكم المحكمة التجارية بفاس، صادر بتاريخ 2015/10/1، ملف رقم 2014/5/245، غير منشور.

¹²⁸⁶ - Cass. Civ. 2, 26 avril 1990.

الموطن المختار عبارة عن موطن خاص يتعلق بعمل معين، يعينه صاحبه بمحض إرادته ومشيبته ولا يتدخل القانون في تعيينه وفرضه إلا استثناء في بعض الحالات المحددة. حيث إن له فائدة كبيرة في تسهيل الاجراءات والمعاملات القانونية. فالموطن المختار هنا هو المقر الذي يختاره المستهلك لمباشرة عمل من أعماله¹²⁸⁷. إنه الموطن الذي يتفق المستهلك المتقاضي على تحديده لتنفيذ عمل قانوني معين ولإعلان الإجراءات القضائية المتعلقة بذلك العمل. يعطي إتفاق البنك والمستهلك، أطراف الخصومة، على تحديد الموطن المختار للمستهلك، الاختصاص لمحكمة ذلك الموطن، مالم يكن تعيين ذلك الموطن المختار لا يراعي في رأينا مصلحة المستهلك. في تلك الحالة، يتعين رفع الدعوى أمام محكمة الموطن الحقيقي للمستهلك رغم أنه كثيرا ما يتم تحديد المحكمة المختصة محليا والمتفق عليها بين طرفي العقد البنكي في صلبه. طبعاً من البديهي أنه لا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة¹²⁸⁸ أو بتصريح لدى كاتب الضبط في حالات المسطرة الشفوية، كحالة التقاضي أمام قضاء القرب¹²⁸⁹. هذا عن المستهلك الشخص الذاتي. فماذا عن الشخص المعنوي؟

الفقرة الثانية: موطن المستهلك الشخص المعنوي

يملك الشخص المعنوي موطناً مستقلاً عن موطن الأشخاص المكونين له أو القائمين على إدارته. ويتحدد موطن ذلك الشخص بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارته. أما الشركات التي يكون مركزها الرئيسي في الخارج ولها نشاط في المغرب (فروع) فيعتبر مركزها في نظر القانون في المغرب. والملاحظ هنا أن القانون أخذ بالمذهب الحكمي فيما يتعلق بموطن الشخص الاعتباري، الذي سندرسه ما بين المقر الرئيسي (أولاً) ومقر الفرع (ثانياً).

أولاً: المقر الرئيسي

الأصل في مجال الاختصاص المحلي في دعاوى الشركات، أنها ترفع أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها المركز الاجتماعي للشركة، حيث نص الفصل 28 من المسطرة المدنية أنه تقام الدعاوى خلافاً لمقتضيات الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية أمام المحاكم التالية:

...

- في دعاوى الشركات، أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها المركز الاجتماعي للشركة؛

¹²⁸⁷ - عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مطبوعات المعرفة، مراكش، الطبعة الخامسة، مارس 2008، ص.62.

¹²⁸⁸ - عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص.340.

¹²⁸⁹ - جاء بهذا الخصوص في باب تقييد الدعوى في الفصل 31 فقرة 2 من قانون المسطرة المدنية: "ترفع الدعوى إلى المحكمة الابتدائية بمقال مكتوب موقع عليه من طرف المدعي أو وكيله أو بتصريح يدلى به المدعي شخصياً ويحرر به أحد أعوان كتابة الضبط المحلفين محضراً من طرف المدعي أو يشار في المحضر إلى أنه لا يمكن له التوقيع".

نصت المادة 32 من قانون المسطرة المدنية نصت على أنه يجب أن يتضمن المقال الإفتتاحي أو المحضر إذا كان أحد الأطراف شركة اسمها ونوعها ومركزها. ونفس الالتزام نصت عليه المادة 142 من قانون المسطرة المدنية بخصوص المقال الاستثنائي.

كما سبق الذكر، يملك كل شخص معنوي موطناً رئيسياً يدعى المقر الرئيسي مع إضافة عبارة الاجتماعي بالنسبة للشركات. ويتحدد موطن الأشخاص المعنوية بالمكان الذي يوجد فيه مركز إدارة الشخص المعنوي، أي المكان الذي توجد به إدارة ذلك الشخص والمصالح الإدارية¹²⁹⁰، فإذا تعددت مراكز الشخص المعنوي، فإن العبرة تكون بمركزها الرئيس – siège social - مالم يكن هذا المركز بالخارج. ففي هذه الحالة، يعتبر مركز إدارة الشخص المعنوي في المغرب وبالتالي موطنه الذي توجد فيه الإدارة المحلية والمصالح الإدارية متى كانت تباشر نشاطاً بالمغرب.

جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 16 فبراير 2001، أن مجرد تقييد شركة في دولة عضو من الاتحاد الأوروبي، لا يكفي للقول بوجود المقر الرئيسي لتلك الشركة في تلك الدولة. فوجود مقر لا يهدف إلى الضمان الفعلي لأعمال التسيير والإدارة لصالح الشركة، لا يسمح بالقول بكونه مقر. هذا علماً أنه إذا كان القانون الفرنسي يأخذ بمفهوم المقر الرئيسي الفعلي، فإن دولا مثل هولندا تأخذ بمفهوم المقر المنصوص عليه في النظام الأساسي للشركة¹²⁹¹. هذا عن المقر الرئيسي. فماذا عن الفرع؟

ثانياً: مقر الفرع

عرف الفقيهان هاميل ولا كارد الفرع بأنه شكل من أشكال التظاهرات الخارجية للمقولة¹²⁹². وفي تعريف أبلغ يقول هنري كابيتان أنه مؤسسة ثانوية دون شخصية قانونية خاصة بها لكنه يتمتع بنسبة من الاستقلال في التسيير¹²⁹³. جاء في قرارين لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 نونبر 1983 و 12 يناير 1988، أن وجود الفرع مرتبط بصلاحيته في التعاقد مع أغيار باسم هذه المؤسسة¹²⁹⁴. هذا ولم يعرف المشرع المغربي مفهوم الفرع وإن ذكره في مدونة التجارة في المادة 37 باعتباره يلزم بالتسجيل في السجل التجاري كل فرع أو وكالة لكل مقولة مغربية أو أجنبية وكل ممثلية تجارية أو وكالة تجارية لدول أو لجماعات أو لمؤسسات عامة أجنبية¹²⁹⁵. أما

¹²⁹⁰ - CA Paris, 25e ch. sect. B, 16 févr. 2001, n° 2000/18758, Sté Virgin Chemicals Ltd c/ Sté Barentz Gronostoffen BV. Note Anne.Marmisse, Bulletin Joly Sociétés, 01 juin 2001, n° 6, p. 624 .

¹²⁹¹ - CA Paris, 25e ch. sect. B, 16 févr. 2001, n° 2000/18758, Sté Virgin Chemicals Ltd c/ Sté Barentz Gronostoffen BV. Note Anne.Marmisse, Bulletin Joly Sociétés, 01 juin 2001, n° 6, p. 624 .

¹²⁹² - J.Hamel & G.Lagarde, *traité de droit commercial*, tome1, Dalloz, paris, 1958, n°219.

¹²⁹³ - H. Capitain, *vocabulaire juridique*, PUF, 1936.

¹²⁹⁴ - Cass. 1re civ., 15 novembre 1983 : Bull. civ. I, no 269 ; Cass. com., 12 janvier 1988 : JCP, éd. G, 1988, IV, p. 101.

¹²⁹⁵ - راجع بخصوص مفهوم فرع الشركة التجارية:

بخصوص الجمعيات، فقد جاء في الفصل 5 من الظهير المتعلق بحق تأسيس الجمعيات يجب أن تقدم كل جمعية تصريحاً إلى مقر السلطة الإدارية المحلية الكائن به مقر الجمعية ويتضمن التصريح مقر الجمعية و عدد ومقار ما أحدثته الجمعية من فروع ومؤسسات تابعة لها أو منفصلة عنها تعمل تحت إدارتها أو تربطها بها علائق مستمرة وترمي إلى القيام بعمل مشترك¹²⁹⁶. فالأصل بخصوص الأشخاص المعنوية هو أن المحكمة المختصة هي محكمة المحل الذي تأسس فيه الشخص المعنوي أي المركز الرئيسي الذي هو الموطن¹²⁹⁷.

لكن في غياب تعريف المشرع المغربي للفرع وتحديد المحكمة المختصة للبت في دعاويه، نورد هنا ما جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 28 يناير 2003 بخصوص اختصاص محكمة فرع الشركة أن الاختصاص يكون للمحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارة الشركة أو الجمعية أو المؤسسة الخاصة محلياً بنظر الدعاوي التي ترفع عليها- استثناء من ذلك - يجوز رفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع في دائرتها فرع الشركة أو الجمعية أو المؤسسة إذا كان موضوع الخصومة متعلق بذات الفرع أو ناشئاً عن أعماله أو عن حوادث وقعت بدائرتها طالما كان الفرع حقيقياً يمارس نوع أعمال المركز الرئيسي وينوب عنه وذلك طبقاً لما ورد في المادة 52 من قانون المرافعات المصري¹²⁹⁸. فحين يكون المستهلك شخصاً معنوياً وتعلقت الدعوى بفرع من فروع، فالعبرة في رأينا تكون بمركز إدارة الفرع.

هذا عن اختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك البنكي، فماذا عن اختصاص محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر؟

المطلب الثاني: اختصاص محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر

تكتسي دعاوى المستهلك في مواجهة البنك في بعض الحالات طابع دعاوى التعويض عن الخطأ العقدي أو التقصيري. لأجله حري بنا دراسة قواعد الاختصاص المحلي في هاتين الحالتين مع تحليل فوائد ذلك. هنا تجب الإشارة إلى مبدأ اختصاص محكمة الفعل المتسبب في الضرر¹²⁹⁹، علماً أن سند مبدأ ذلك الاختصاص مزدوج، فقد يكون المادة 28 فقرة 5 من قانون المسطرة المدنية

Cass. com., 21 mars 1995, n° 619 P, Lloyd's Register of Shipping c/ Sté Mobil North Sea Limited et autres, note Alain.Couret, Bulletin Joly Sociétés, 01 juin 1995, n° 6, p.509.

Y. Guyon, *Droit des affaires*, Tome 1, *Droit commercial général et sociétés*, Editions Economica, 9^{ème}, édition, 1996.

¹²⁹⁶ - ظهير شريف رقم 1.58.376 صادر بتاريخ 15 نونبر 1958 بتنظيم حق تأسيس الجمعيات، جريدة رسمية عدد 5046 بتاريخ 2002/10/10، ص.2892.

¹²⁹⁷ - عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص.383.

¹²⁹⁸ - طعن رقم 1339، جلسة 28 يناير سنة 2003، لسنة 72 ق.

(الفقرة الأولى). كما يمكن أن يكون طبقاً للمادة 202 من قانون تدابير حماية المستهلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المادة 28 من قانون المسطرة المدنية

جاء بخصوص عنصر الاختصاص ذلك، في قرار لمحكمة النقض صادر بتاريخ 11 غشت 2011 أنه "ينعقد الاختصاص المحلي للنظر في دعاوى التعويض، لمحكمة المحل الذي وقع الفعل المسبب للضرر أو أمام محكمة موطن المدعى عليه بحسب اختيار المدعي، طبقاً للفصل 28 من قانون المسطرة المدنية، وبالتالي لا يلزم المدعي برفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه تبعا لمقتضيات الفصل 27 من القانون المذكور"¹³⁰⁰. وذلك المبدأ الاختياري يعد مطابقاً للفقرة الخامسة من المادة 28 من قانون المسطرة المدنية الذي يعد الشريعة العامة الإجرائية وذلك يشابه المادة 202 من قانون تدابير حماية المستهلك مع بعض الاختلاف بالنسبة للمستهلك أو المورد. هذا عن اختصاص محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر وفق المادة 28 فقرة 5 من قانون المسطرة المدنية. فماذا عن سند المادة 202 من قانون تدابير حماية المستهلك؟

الفقرة الثانية: المادة 202 من قانون تدابير حماية المستهلك

كما سبقت الإشارة، جاء في المادة 202 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه: "في حال نزاع بين المورد والمستهلك، ورغم وجود أي شرط مخالف، فإن المحكمة المختصة هي ... محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر باختيار هذا الأخير". هنا يتوجب الإشارة إلى أنه في حالة اختلاف مكان وقوع السبب المتسبب في الضرر للمستهلك (تعليمات خاطئة لمدير بنك بالدار البيضاء بوقف عمل بطاقة زبون مثلاً) مع مكان وقوع الضرر (مكان تحقق عدم قدرة المستهلك على أداء مصاريف فندق بمدينة فاس نتيجة عجزه عن سحب أمواله من الصراف الآلي مثلاً) فإن الاختصاص يكون للمكانين، بخيار المستهلك، قياساً في رأينا على رأي قرار محكمة العدل للجماعات الأوروبية بتاريخ 30 نونبر 1976، التي اعتمدت فيه على المادة 5 فقرة 3 من اتفاقية بروكسل حول الاختصاص القضائي¹³⁰¹. إن تحليل ذلك الموقف يجد سنده في كون المستهلك

¹³⁰⁰ - قرار محكمة النقض عدد 930 ، صادر بتاريخ 11 غشت 2011 ، في الملف الاجتماعي عدد 1973 / 5/1/2010، منشور على

الرابط : <http://www.alkanounia.com/%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1-%D9%85%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%86%D9%82%D8%B6-%D8%B9%D8%AF%D8%AF-930%D8%A7%D9%84%D8%B5%D8%A7%D8%AF%D8%B1-%D8%A8%D8%AA%D8%A7%D8%B1%D9%8A%D8%AE-11-%D8%BA%D8%B4%D8%AA-2011%D9%81%D9%8A-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%84%D9%81-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AC%D8%AA%D9%85%D8%A7%D8%B9%D9%8A-%D8%B9%D8%AF%D8%AF-1973---2010-1-5--j210.html>

" روجع بتاريخ 2018/08/01 "

¹³⁰¹ - Arrêt de la C.J.C.E du 30 novembre 1976, Handelskwekerij G. J. Bier BV contre Mines de potasse d'Alsace SA. Demande de décision préjudicielle: Gerechtshof 's-Gravenhage - Pays-Bas. Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire - Article 5, 3 (responsabilité délictuelle). Affaire 21-76. European

قد يجد نفسه أمام فقرة عقيمة بسبب التمايز في العديد من الحالات بين مكان حدوث الفعل المسبب للضرر نتيجة خدمات البنك ومكان حدوث ذلك الضرر، مما يحرمه من فعالية الخيار الإجرائي الممنوح له.

هذا عن المبدأ العام في الاختصاص المحلي في ميدان تدابير حماية المستهلك. فماذا عن الاستثناءات؟

المبحث الثاني: بخصوص الاستثناءات في مجال الاختصاص المحلي

درسنا أعلاه أن قانون تدابير حماية المستهلك أعطى، على غرار القانون المقارن و لا سيما اتفاقية بروكسيل، باعتبارها أهم اتفاقية تنظم الاختصاص المحلي على صعيد الاتحاد الأوروبي، الخيار للمستهلك، عندما يكون مدعيا بين محاكم موطنه أو محل إقامته ومحاكم وجود البنك أو مكان حدوث الفعل المتسبب للضرر ولا يوجد خيار مماثل لهذا الأخير. حيث إنه إذا كان المستهلك مدعى عليه، وجب على المهني البنك في مقاضاته أمام محكمة موطنه كأصل¹³⁰².

إن قواعد الاختصاص المحلي في القانون المغربي، وردت عليها استثناءات. كما إذا تعلق الأمر ببعض خدمات الاستدانة (المطلب الأول) أو جمعيات حماية المستهلك (المطلب الثاني)

المطلب الأول: بخصوص خدمات الاستدانة

كما سبق الذكر، فإن الاستدانة هي الاستقراض وطلب الدين، أو: صيرورة الشخص مديناً، أو : أخذه. ويراد بها في قانون تدابير حماية المستهلك المقترضات المنظمة للقروض الاستهلاكية والقرض العقاري. وقد تضمن ذلك الباب السادس، المخصص للاستدانة في القانون المذكور، إجراءات تتعلق بدعوى إيقاف التزامات المدين (الفقرة الأولى) وأخرى تتعلق بدعوى المطالبة بالأداء (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: بخصوص دعوى إيقاف التزامات المدين

نصت المادة 149 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه يمكن، ولاسيما في حالة الفصل عن العمل أو حالة اجتماعية غير متوقعة، أن يوقف تنفيذ التزامات المدين بأمر من رئيس المحكمة المختصة. هنا أغفل مشرع تلك المادة، تفسير ماذا يقصد بالمحكمة المختصة بالبت في ذلك الطلب

Court Reports 1976 -01735, ECLI identifier: ECLI:EU:C:1976:166.Publié sur : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61976CJ0021> « consulté le 01/08/2018 »

¹³⁰² - Anne-Marie Rouchaud-Joet, *Règles de compétence juridictionnelle en matière de contrats conclus par les consommateurs*, publié in :

http://www.courdecassation.fr/venements_23/colloques_activites_formation_4/2002_2036/rouchaud_8371.html « consulté le 15/7/2018 »

على الأقل محليا. ولئن كنا نعتقد أنه ربما يحيل على نفس المحكمة المختصة نوعيا في موطن أو محل إقامة المستهلك أو محكمة موطن المدعى باختيار المستهلك¹³⁰³.

جاء بهذا الخصوص في أمر استعجالي لرئيس المحكمة الابتدائية بمكناس بتاريخ 2013/2/12 صادر على ضوء طلب عامل متوقف عن العمل بإيقاف أداء أقساط قرضه العقاري: "حيث دفعت المدعى عليها بعدم الاختصاص المكاني لفائدة محاكم البيضاء حسب البند 15 من عقد القرض. وحيث لما كان عقد القرض هو عقد إذعان، فإن إرادة المدعى عليها لم تنصرف برضاها إلى إسناد الاختصاص إلى ما هو مقرر في العقد، وإنما كانت مجبرة على الموافقة على بنوده غير القابلة للتجزئة أو التفاوض على حالتها ومن ثم لا يمكن للمدعى عليها الإحتجاج به للدفع بعدم الاختصاص المكاني الذي يعتبر في جميع الأحوال غير عامل في النازلة طبقا للمادة 202 من قانون تدابير حماية المستهلك... وحيث لما كان موطن المدعي تابع لدائرة نفوذ المحكمة الابتدائية بمكناس فإن المحكمة الابتدائية بمكناس تبقى هي المختصة مكانيا للبت في الطلب، وبذلك يكون الدفع غير مؤسس فيتعين رده"¹³⁰⁴.

1303 - جاء بخصوص الاختصاص النوعي للمطالبة بالامهال القضائي في حكم حديث وغير منشور للمحكمة التجارية بفاس، ملف عدد 15/8201/1539 صادر بتاريخ 2018/4/3 : "حيث تبين للمحكمة ان ملتمس المدعى عليه الرامي الى طلب الامهال القضائي المنصوص عليه في المادة 149 من القانون 31.08 قدم لجهة غير مختصة على اعتبار ان المادة المشار اليها انفا تتعلق بمسطرة تمارس امام رئيس المحكمة في اطار سلطته في اصدار الاوامر وليس محكمة الموضوع و عليه يتعين عدم الالتفاف الى هذا الدفع".

1304 - أمر استعجالي لرئيس المحكمة الابتدائية بمكناس، عدد 2013/150، ملف عدد 2012/8/966 بتاريخ 2013/2/12 منشور على موقع ماروك دروا على الرابط :

http://www.marocdroit.com/%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AD%D9%83%D9%85%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%A8%D8%AA%D8%AF%D8%A7%D8%A6%D9%8A%D8%A9-%D8%A8%D9%85%D9%83%D9%86%D8%A7%D8%B3-%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%AD%D9%85%D8%A7%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%B3%D8%AA%D9%87%D9%84%D9%83-%D9%8A%D9%85%D9%86%D8%AD-%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AE%D8%AA%D8%B5%D8%A7%D8%B5_a2936.html

نشير أنه فيما يتعلق بموضوع الطلب، فقد أوضح نفس الأمر الاستعجالي أنه: "وحيث لما كان توقيف المدعي عن العمل حالة إجتماعية غير متوقعة، فإنه يتعين تطبيقا للمقتضى اعلاه إيقاف التزاماته الناتجة عن القرض الذي يربطه مع المدعى عليه؛ وحيث إن المدعي بادر إلى تقديم دعوى في مواجهة مشغلته لأجل أداء التعويضات المستحقة قانونا عن الفصل عن العمل، فيتعين لذلك تمديد فترة وقف التنفيذ إلى حين تسلمه المبالغ المحكوم له بها أو عند الإقتضاء إنتهاء حالة عطائه عن العمل".

بخصوص مهلة الميسرة أنظر: خالد الفكاني، نظرة الميسرة، بحث في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، اكدال، الرباط، 2006/2007.

نشير خلافا لما سبق لمواقف منتقدة للمحكمة التجارية بفاس بخصوص مفهوم الحالة الاجتماعية غير المتوقعة: حيث اعتبرت المحكمة المذكورة الفصل عن العمل: "ليس من القوة القاهرة باعتباره امر متوقع". -حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف عدد 2015/8201/230، صادر بتاريخ 2015/10/22، غير منشور. بل الادهي من ذلك اعتبرت "وجوب الحدوث اللاحق للتوقف عن الاداء على حالة الاعتقال" حكم المحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2018/6/28، ملف عدد 2017/8210/175، غير منشور.

تعد هذه الحالة من المسائل التي تدخل في إطار المنازعات المستعجلة التي يخشى فيها من فوات الوقت¹³⁰⁵. هنا ينظر هذه الدعوى حسب بعض الفقهاء المصريين محكمتان: محكمة المدعى عليه أي البنك طبقا للقواعد العامة، والأخرى المحكمة المطلوب اتخاذ الإجراء في دائرتها من قبل المستهلك. وذلك في إطار الرغبة في التيسير على المستهلك المتقاضى، حتى يمكن تحقيق الحكمة من الاستعجال بجعل الاختصاص للمحكمة المطلوب اتخاذ الإجراء في دائرتها، باعتبارها أقدر وأقرب المحاكم على التصدي للنزاع المستعجل¹³⁰⁶، دون إغفال أن الأفضل في بعض الأحيان الادعاء أمام المحكمة التي سيتم فيها التنفيذ على المهني حينما يكون هو المدين بالالتزام. هذا بخصوص دعوى إيقاف التزامات المدين، فماذا عن دعوى المطالبة بالأداء؟

الفقرة الثانية: بخصوص دعوى المطالبة بالأداء

طبقا للمادة 111 من قانون تدابير حماية المستهلك يجب أن تقام دعاوى المطالبة بالأداء أمام المحكمة التابع لها موطن أو محل إقامة المقترض. هنا يقتصر نطاق أعمال هذا الفصل على دعاوى المطالبة بالأداء في حالتها القروض الاستهلاكية والقروض العقاري. إن هذا المقتضى موجب للاحترام، يراعيه القاضي من تلقاء نفسه رغم وجود أي شرط مخالف، وإن لم يتمسك المستهلك به. ذلك أنه حسب قرار لمحكمة العدل للجماعات الأوروبية بتاريخ 27 يونيو 2000، "يعد تعسفا البند الذي يكون موضوعه أو يمنح الاختصاص بالنسبة لكل النزاعات الناتجة عن العقد للمحكمة التي يوجد فيها مقر المهني، فبند من ذلك القليل يجبر المستهلك على الالتزام بالخضوع للاختصاص الحصري لمحكمة قد تكون بعيدة عن موطنه مما يجعل مثوله أكثر صعوبة، ففي النزاعات التي تنصب على مبالغ صغيرة تجبر تكاليف الانتقال المستهلك على التخلي عن أي طعن قضائي أو دفاع"¹³⁰⁷.

وقد تقيدت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بالإثارة التلقائية. حيث جاء في قرار لها صادر بتاريخ 2013/10/08: "وحيث أن المادة 111 المحتج بها جاءت تنص في فقرتها الأولى على أنه " يجب أن تقام دعاوى المطالبة بالأداء أمام المحكمة التابع لها موطن أو محل إقامة

¹³⁰⁵ - ذهبت بعض المحاكم في موقف منتقد إلى التشدد في تفسير القواعد المسطرية برفض ملتزمات الامهال القضائي بعلّة ان " الاختصاص اعلاه يخرج عن اختصاص قاضي الموضوع، ويدخل في اختصاص رئيس المحكمة الذي له الحق ان يوقف بموجب امر تنفيذ التزامات المدين في حالة الفصل عن العمل، مما تكون معه المدعى عليها قد تنازلت عن هذا الحق بلجئها لقاضي الموضوع، ويكون الدفع المثار غير ذي موضوع ويتعين رفضه". راجع حكم المحكمة الابتدائية المدنية عدد 17444، في ملف عدد 12/24/12599، بتاريخ 2012/8/10، غير منشور. هذا علما ان الفصل 243 من ظهير الالتزامات نص خاص يمكن تفعيله من اجل الامهال القضائي حتى في حالة ورود الملتزم كدفع. جاء في الفقرة الثانية من الفصل المذكور: "ومع ذلك، يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه أجالا معتدلة للوفاء، وان يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها".

¹³⁰⁶ - عبد الحكم فودة، مرجع سابق، ص. 158.

¹³⁰⁷ - C.J.C.E, Aff.240/98, 27 juin 2000, Oceano Grupo Editorial, publié in : <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-240/98&language=fr> « consulté le 14/6/2018 »

المقترض خلال السنتين الموالتين للحدث الذي أدى إلى إقامتها"...وحيث يتعين تبعا لذلك إلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به، والحكم من جديد بعدم اختصاص المحكمة التجارية بالدار البيضاء مكانيا للبت في الدعوى وبإحالة الملف على المحكمة الابتدائية ببرشيد للاختصاص بدون صائر"1308.

كما أسست المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء في حكم لها لمبدأ تلقائية إثارة عدم الاختصاص المحلي. حيث جاء في حكمها الصادر بتاريخ 2012/3/9: "إن دعوى المطالبة بأداء القروض يجب أن تقام أمام المحكمة التابع لها موطن أو محل إقامة المقترض خلال السنتين الموالتين للحدث الذي أدى إلى إقامتها تحت طائلة سقوط حق المطالبة بفوائد التأخير، وتبعا لما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 111 من قانون حماية المستهلك الظهير الشريف رقم 03.11.1 الصادر بتاريخ 2011/02/18 بتنفيذ القانون رقم 31.08. إن موطن أو محل إقامة المدعى عليه في نازلة الحال يوجد خارج دائرة النفوذ التراي لهذه المحكمة. إن مقتضيات القسم السادس المتعلق بالاستدانة من قانون حماية المستهلك، تعتبر أحكامه، والتي من بينها عقد القرض، من النظام العام، وذلك تبعا لمقتضيات المادة 151 منه. إن مقتضيات النظام العام لا يجوز للأطراف مخالفتها باتفاقاتهم الخاصة، كما ويجب على المحكمة أن تثيرها تلقائيا، مما يتعين معه التصريح بعدم الاختصاص المحلي وإحالة الملف على المحكمة الابتدائية بالفيطيرة"1309. فهذا الاجتهاد جاء خلافا لما قرره قانون المسطرة المدنية المغربي الذي لا يعتبر الاختصاص المحلي من النظام العام، بحيث يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفه. أما قانون المسطرة المدنية الفرنسي، فقد نص فصله 48 على أن: "كل بند يخرق بشكل مباشر أو غير مباشر قواعد الاختصاص المحلي يعد كأن لم يكن ما عدا إذا تم بين أشخاص يتمتعون بصفة تاجر وتم التنصيص على ذلك بشكل واضح من بين التزامات الشخص المواجه بالبند". هذا بخصوص خدمات الاستدانة. فماذا عن بقية حالات الاختصاص المحلي بالنسبة لجمعيات حماية المستهلك؟

المطلب الثاني: بخصوص جمعيات حماية المستهلك

كانت دراسة الاختصاص المحلي في مجال منازعات عقود الخدمات البنكية تقتضي منا التطرق للمبدأ العام المتمثل في منح الاختصاص لمحكمة موطن المستهلك كمبدأ عام في مجال

1308 - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء عدد 2013/4345، صدر بتاريخ 2013/10/08، ملف 6/2012/3440، غير منشور.

1309 - حكم المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء، عدد 7221، صادر بتاريخ 2012/3/9، في الملف رقم 12/24/8849، غير منشور. جاء في حكم حديث للمحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2015/6/11: "الثابت من وثائق الملف أن عقد القرض الرابط بين طرفي الدعوى يتعلق بقرض للاستهلاك الشخصي وبالتالي فإنه وفقا للتعريف الوارد في المادتين 2 و 74 من قانون رقم 31.08 المتعلق بحماية المستهلك من القروض الاستهلاكية المنصوص عليها في القسم السادس من هذا القانون، كما أن جميع أحكام القسم السادس تكتسي بموجب المادة 151 صيغة النظام العام وتثيرها المحكمة تلقائيا " - حكم المحكمة التجارية بفاس، صادر بتاريخ 11-6-2015، في الملف رقم 14-1975، غير منشور.

المنازعات الاستهلاكية البنكية. كما استوجبت التعرض لمختلف الاستثناءات التي قررها المشرع على القاعدة أو المبدأ العام لفائدة المستهلك باختياره. وهذا شيء طبيعي يجعل توازنا بين طرفي النزاع غير المتكافئين. فالبنك عادة هو الذي يقيم الدعوى ويجر المستهلك إلى ساحة القضاء، يختار زمن رفع الدعوى بعدما يهيئ نفسه ووثائقه وحججه، فكان من العدل والإنصاف وتكافؤ الفرص ألا يجبر المستهلك إليه بل يذهب هو إلى محكمة هذا الأخير. لذلك وحفاظا على هذا التوازن جعل المشرع الاختصاص المحلي إلى محكمة المستهلك كمبدأ¹³¹⁰. لكن كل القواعد ترد عليها خصوصيات كما لو كان المستهلك ممثلا بجمعية حماية المستهلك.

هنا لا يمكن الاختلاف على أهمية وجود جمعيات لحماية المستهلك لأن دورها مطلوب ومؤثر وضروري في ظل السياسات الاقتصادية الحالية. لكن الحديث مازال يدور حول فعاليتها وتأثيرها وقدرتها على تحقيق الأهداف التي أنشئت من أجلها. ونظرا لكونها بحاجة إلى زخم جديد وانطلاقة جديدة لتحقيق أهدافها في ظل الظروف الصعبة التي يمر بها المستهلك المغربي. أدخل المشرع المغربي في قانون تدابير حماية المستهلك مقتضيات لتنظيم الدعاوى التي قد تمارسها تلك الهيئات لحماية مصالح المستهلك في جميع المجالات التي تشكل خطراً على صحته وسلامته وأمواله وغيرها بما فيها الخدمات البنكية، لأجله نظم مقتضيات تبين الاختصاص المحلي فيما يتعلق بالدعاوى المدنية (الفقرة الأولى) ثم الدعاوى المدنية التابعة أمام المحكمة الزجرية (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: فيما يتعلق بالدعاوى المدنية

نصت الفقرة الأولى من المادة 159 من قانون تدابير حماية المستهلك، أن الاختصاص المحلي في الدعاوى المدنية، التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك أو الجامعة الوطنية، يكون لمحكمة محل الذي وقع فيه الفعل المتسبب للضرر أو أمام محكمة موطن المدعى عليه - مقر البنك في نازلة الحال- باختيار الجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك.

¹³¹⁰ - جاء فيما يتعلق بأداء الأوراق التجارية سابقا، قبل حظرها من قبل قانون تدابير حماية المستهلك، أن الاختصاص المحلي ينعقد في الأصل لمحكمة مكان وجوب الوفاء. فهذا المبدأ كان يعمل به بالنسبة لحالة مطالبة المدين - أي المستهلك- بالوفاء. قبل أن يصدر قانون تدابير حماية المستهلك ليجعل إرغام المستهلك، على توقيع الأوراق الصرفية لضمان الاستدانة، سببا موجبا لإبطالها. نورد بهذا الخصوص قرارا سابقا على قانون تدابير حماية المستهلك بتاريخ 2006/3/14 جاء فيه: " أن العنوان المذكور بالكمبيالة يعتبر محل الوفاء بقيمتها وبالتالي تبقى المحكمة المختصة محليا للبت في طلب استخلاصها يعود لموطن المدين بها والوارد بالكمبيالة. إن الأمر القاضي بالأداء دون اعتماد ذلك يعد في غير محله ويتعين الغاؤه وإحالة الملف على المحكمة المختصة محليا للبت فيه". طبعاً إن الاستشهاد بهذا القرار، هو في حالة إدخال البنك المخل بالتزاماته طرفا في الدعوى من قبل المستهلك. أما بخصوص وفاء الشيك، فقد اعتبر المجلس الأعلى بموجب قرار قديم له بتاريخ 2000/2/20: " أن المحكمة عندما اعتبرت أن الاختصاص ينعقد للمحاكم الفرنسية لكون الشيك محرر بفرنسا و كذلك أن الدعوى مقامة بين طرفيها الساحب والمستفيد وكلاهما يتوفر على محل إقامة بالمغرب، مما يجعل الاختصاص منعقد للمحاكم المغربية واستمدت قواعد المسطرة المدنية الواجبة التطبيق، لم تجعل لقضائها أساسا من القانون". - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء صادر بتاريخ 2006/3/14، تحت رقم 355، ملف عدد 2005/1600. منشور لدى احمد كويسي و محمد الهني، مرجع سابق، ص.20.

هذا عن الاختصاص المحلي في الدعاوى المدنية العادية، التي تمارسها جمعيات حماية المستهلك أو جامعتها. فماذا عن دعاويها المدنية التابعة أمام المحكمة الجزرية؟

الفقرة الثانية: فيما يتعلق بالدعاوى المدنية التابعة أمام المحكمة الجزرية

نصت الفقرة الثانية من المادة 159 من قانون تدابير حماية المستهلك على أنه تقام الدعاوى المدنية التابعة – من طرف الجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك- وفقا للشروط المقررة في القانون المتعلق بالمسطرة الجنائية. كما أوضحت المادة 9 من قانون المسطرة الجنائية أنه: " يمكن إقامة الدعوى المدنية والدعوى العمومية في آن واحد أمام المحكمة الجزرية المحالة إليها الدعوى العمومية. تختص هذه المحكمة سواء كان المسؤول عن الضرر شخصا ذاتيا أو معنويا خاضعا للقانون المدني.

يمتاز توحيد الاختصاص بين الدعوى الجنائية والدعوى المدنية، بتقادي تضارب قرارات المحكمة الجزرية والمدنية أو تعليق صدور قرار إحداها على الأخرى وتقدير التعويض المناسب على ضوء جميع عناصر الملف المترتب عن البت في الدعوى العمومية. نوضح أنه في مجال الاختصاص الجنائي العام¹³¹¹ الذي يحدد الاختصاص المدني، أبرزت المادة 44 من قانون المسطرة الجنائية أنه : " يرجع الاختصاص المحلي إما لوكيل الملك في مكان ارتكاب الجريمة، وإما لوكيل الملك في محل إقامة أحد الأشخاص المشتبه في مشاركته في ارتكابها، وإما لوكيل الملك في مكان إلقاء القبض على أحد هؤلاء الأشخاص ولو تم هذا القبض لسبب آخر " مما يعني أن كل تلك المحاكم مختصة للبت في شكاية الجمعية ودعاواها المدنية التابعة.

هذا عن القواعد الإجرائية الحمائية للمستهلك المنظمة للاختصاص القضائي. فماذا عن تنظيم إجراءات التقاضي، بواسطة جمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية؟

¹³¹¹ - يراجع بخصوص المسؤولية الجنائية عن الاعمال البنكية: زينب سالم، المسؤولية الجنائية عن الاعمال البنكية، دراسة مقارنة بين التشريع المصري والتشريع الجزائري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2010.

الفصل الثاني: القواعد الإجرائية المتعلقة بالجمعيات

تعد مشاركة الجمعيات في دعم حماية المستهلكين البنكيين علامة أساسية على حيوية النسيج الاجتماعي والاقتصادي للدولة، لأنها إحدى السمات الأساسية لبروز وعي حقوقي بأهمية الظاهرة الاستهلاكية في المجال البنكي وأثارها الاقتصادية والاجتماعية وهي عامل من عوامل نجاح أي سياسة تشريعية تعنى بشؤون المستهلك البنكي وبحقوقه. إن الحيوية النسبية للنسيج الجمعوي بالمغرب في مجال استهلاك الخدمات البنكية ظهر من خلال بروز بعض الجمعيات المحلية والوطنية التي انحصرت مجالها في الدفاع عن مصالح المستهلك عموما وعلى الحق في حماية المصالح الاقتصادية للمستهلك البنكي خصوصا. لكنه نظرا للصعوبات التي اعترضت المستهلكين والجمعيات المؤسسة لحمايتهم في ممارسة الدعاوى القضائية في مواجهة المهنيين عموما بما فيهم البنكيين ورعا للطابع المتكرر لتلك الاعتداءات، على مصالح مقترض السلع ومستعملي الخدمات، ظهرت الحاجة لتشجيع تنظيم ممارسة الدعاوى القضائية من قبل تلك الجمعيات¹³¹². نذكر أن المادة 99 من قانون 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة الملغى كانت تنص على تخويل جمعيات حماية المستهلكين المعلن أنها ذات منفعة عامة، حق الانتصاب طرفا مدنيا أو الحصول على تعويضات عن الضرر اللاحق بالمستهلكين بناء على دعوى مدنية مستقلة.

هذا وقد كان نفس القانون 06.99 القديم، في مادته الخامسة يمنح حق طلب المشورة من مجلس المنافسة في كل مسألة مبدئية تتعلق بالمنافسة¹³¹³، بالنسبة لجمعيات المستهلكين واتحاداتها أو جامعاتها، فكان عليها من الناحية الإجرائية، أن تقدم طلب الاستشارة إلى مجلس المنافسة بواسطة من يمثلها مرفقا بنظامها الأساسي وما يفيد كونها تم التصريح بها بصفة قانونية طبقا لقانون الجمعيات، وتم إعلانها ذات منفعة عامة من خلال إرفاق طلبها بالمرسوم الذي يفيد ذلك طبقا للفصول 6 و9 و14 من قانون تأسيس الجمعيات بالمغرب¹³¹⁴.

بالمقابل، يعاب على مشرع الظهير الجديد القاضي بتنفيذ قانون 13.20 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة أنه نص في مادته الخامسة على جواز طلب رأي في كل مسألة مبدئية تتعلق بالمنافسة من قبل جمعيات المستهلكين المعترف لها بصفة المنفعة العامة في حدود المصالح التي تتكفل بها دون منح تلك الإمكانية للجمعيات المؤسسة طبق القانون غير الحاصلة على مقرر صفة المنفعة العامة. علما أن المادة 35 من ظهير تنفيذ القانون 104-1-2 تقول أيضا أن جمعيات المستهلكين التي لها صفة المنفعة العامة يمكنها أن تطلب تدابير تحفظية في مواجهة ممارسات قد تلحق مساسا

¹³¹² - Didier.Ferrier,op.cit, p.71.

¹³¹³ - أمينة ناعمي، مرجع سابق، ص.275.

¹³¹⁴ - فاتح كمال، قراءة في المساطر أمام مجلس المنافسة، مجلس المنافسة، دراسة غير منشورة، ص. 3.

خطير أو فوراً بمصلحة المستهلكين. لقد أثار إقصاء جمعيات حماية المستهلكين غير المتوفرة على صفة المنفعة العامة حفيظة الجمعيات من قبيل جمعية أطلس سايس التي عبرت عن امتعاضها من ذلك الإقصاء.

هذا وقد أشارت في نفس السياق المادة 201 فقرة 3 من قانون تدابير حماية المستهلك أن المادة 99 من القانون 06.99 تنسخ ابتداء من تاريخ دخول الإجراءات التنظيمية اللازمة لتطبيق المادة 201 فقرتين 1 و2. لكن المادة 106 من قانون حرية الأسعار والمنافسة الجديد، أعادت نص المادة 99 مما يوضح تخطي المشرع بخصوص صلاحيات جمعيات حماية المستهلكين في الحماية من الممارسات المنافسة للمنافسة في المجال البنكي¹³¹⁵. لأجله يتعين مقارنة وتقييم دور جمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية المتخصصة منها وغير المتخصصة على ضوء التطورات الأخيرة (الفرع الأول) قبل معالجة تصور لنظام حماية جماعية ذي فعالية بتصور تبني المشرع المغربي لدعوى الفوج (الفرع الثاني)

الفرع الأول: دور جمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية في المغرب

يعتبر تمثيل المستهلكين والدفاع عن مصالحهم عبر جمعيات حماية المستهلك المكونة بصفة قانونية من الحقوق الأساسية للمستهلك. جاء بهذا الخصوص في المادة 152 من قانون تدابير حماية المستهلك أنه: " تتولى جمعيات حماية المستهلك، المؤسسة والعاملة وفقاً للنصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، المتعلقة بحق تأسيس الجمعيات، الإعلام والدفاع والنهوض بمصالح المستهلك وتعمل على احترام هذا القانون". حيث يلاحظ أن هذه الصيغة قلصت من الدور التمثيلي لجمعيات حماية المستهلك وركزت على المطابقة الصارمة للمقتضيات القانونية على حساب أهداف الإنشاء. كما أن إضافة عبارة تعمل على احترام هذا القانون، جاءت كإشارة لتوسيع نطاق التصريح ببطان جمعيات حماية المستهلك تلك والمطالبة بحلها.

فبمقارنة تلك المادة مع ما جاء في المادة 145 من مقترح القانون المتعلق بإخبار وحماية المستهلك، نجد هذه الأخيرة تقول أنه تعتبر بمثابة جمعية حماية المستهلك كل جمعية لحماية المستهلك لها استقلال عن نشاط مهني أو سياسي أو نقابي، يكون هدفها ضمان أو تسهيل حماية المنخرطين والدفاع عنهم ودعم إخبار المستهلك وتربيته وتوجيهه وتمثيله وكذا احترام حقوقه.

¹³¹⁵ - راجع بخصوص الممارسات المنافسة للمنافسة و تأثيرها على السوق و المستهلك: ربيع الشري، الممارسات المنافسة للمنافسة، دراسة تحليلية لأشكال الممارسات المحظورة ووسائل مكافحتها، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، 2007/2006.

نذكر أن حق الإدعاء لحماية المصلحة الجماعية للمستهلكين تم تجاهله في المغرب إلى غاية سنة 2000 مع دخول قانون حرية الأسعار والمنافسة القديم حيز التطبيق. ففي غياب مقتضى قانوني صريح كانت تلك الدعاوى مستحيلة، لأن الدفاع عن المصلحة العامة كان حكرا على النيابة العامة. لكن حتى تبني قانون حرية الأسعار والمنافسة الملغى في عمومته لمطالب جمعيات حماية المستهلك بالترخيص لمن لها صفة المنفعة العامة برفع دعاوى طبقا لفصله 99 الملغى، يقتصر ذلك الفصل في مداه وتطبيقاته على الدعاوى المدنية التابعة للتعويض عن الضرر الناتج عن جريمة. على صعيد آخر، فرغم وجود تلك المقتضيات التي تسمح بالدفاع عن المصالح الفردية والجماعية لمستهلكي الخدمات البنكية، فإن المشرع المغربي لم يتبن بعد نهج المشرع الفرنسي الذي أدخل مؤخرا نظام دعاوى الفوج¹³¹⁶. هذا وإن الفراغ القانوني ونقصان تفعيل الآليات الحمائية، ستكون أبرز دوافع البحث. لأجله وللاقترب أكثر من الدور الحالي القانوني لتلك الجمعيات، يتعين معالجة الدعاوى الجماعية التي ترفعها عوض المستهلكين (المبحث الأول) قبل معالجة دعاواها لتدعيم المستهلكين (المبحث الثاني).

المبحث الأول: دعاوى جماعية عوض المستهلكين

عرف معجم هنري كابيتان الدعاوى الجماعية بأنها دعاوى تسمح لبعض المهنيين أن يدعي حق لصالح أغيار (خلافا لمبدأ نسبية الأحكام) في نوع معين من المنازعات تتميز بتشابهها في تطبيقاتها المعتمدة من قبيل دعاوى استرجاع فائدة غير مستحقة ومصاريف خدمة بنكية مجانية¹³¹⁷. لكن قانون تدابير حماية المستهلك كرس المفهوم الضيق للدعاوى الجماعية بقصر حق ممارستها على جمعيات حماية المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة العامة والجامعة الوطنية التي هي تكتل جمعيات حماية المستهلك المفروضة على المستهلكين بقانون تدابير حماية المستهلك. علما أن ذلك القانون في تخطيط غريب نص في المادة 201 على أنه "تنسخ/بإدعاء من تاريخ دخول الإجراءات التنظيمية اللازمة لتطبيق المادة 153 من قانون تدابير حماية المستهلك حيز التنفيذ، أحكام المادة 99 من قانون 66.99". لأجله يقتصر حق تلك الجمعيات على رفع الدعاوى القضائية عوض المستهلكين. علما أن تلك الدعاوى التي تنقسم إلى نوعين دعاوى مدنية (المطلب الأول) ودعاوى تمثيل مشترك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الدعاوى المدنية

لقد جاءت المادة 157 من قانون تدابير حماية المستهلك لتكرس فقط دعاوى حماية المصالح الجماعية بقولها أنه يمكن للجامعة الوطنية وجمعيات حماية المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة

¹³¹⁶ - Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JO 18 mars 2014 .

¹³¹⁷ - Serge.Guinchard, *l'action de groupe en procédure civile française*, revue internationale de droit comparé, 2, 1990, p.600.

العامة طبقاً لأحكام المادة 154 أن ترفع دعاوى قضائية... وتمارس كل الحقوق المخولة للطرف المدني والمتعلقة بالأفعال والتصرفات التي تلحق ضرراً بالمصلحة الجماعية للمستهلكين. كما يمكن لتلك الجمعيات في إطار ممارسة حقوق الطرف المدني من المطالبة باتخاذ الإجراءات التي تهدف إلى تجنب إعادة الفعل الذي تم الحكم فيه على البنك بسبب ارتكابه. ويتعلق الأمر بوقف الأعمال غير المشروعة أو حذف شروط غير قانونية في عقد أو عقود معروضة على مستهلكي الخدمات البنكية من قبل الأبنك¹³¹⁸.

هذا وتجب الإشارة أيضاً أنه لا تطبق أحكام الفقرة الثانية من المادة 7 من القانون رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية¹³¹⁹ على الجامعة الوطنية وجمعيات حماية المستهلك المشار إليها في هذه المادة. حيث يتبين بقراءة بسيطة للمادة 157 من قانون تدابير حماية المستهلك، أن الدعوى المدنية لجمعيات المستهلكين تخضع لشروط تتمثل في :

أولاً: صفة المنفعة العامة؛

ثانياً: الدفاع عن مصالح المستهلك؛

ثالثاً: ممارسة الحقوق المخولة للطرف المدني؛

رابعاً: إثبات الضرر الذي يلحق بالمصلحة الجماعية للمستهلكين؛

خامساً: التدخل لإيقاف تصرفات غير مشروعة أو لحذف شروط في نماذج عقود لفائدة المستهلكين.

الفقرة الأولى: بخصوص صفة المنفعة العامة

يرى البعض أنه لا يمكن الاعتراف بحق التصرف لصالح المستهلكين لجميع الجمعيات التي تزعم الدفاع عن تلك المصالح، لما قد يؤدي إليه ذلك من ظهور بعض منها تتخفى وراء ذلك لقضاء مآرب أخرى. كذلك رأوا وجوب الاعتراف بهذا الحق للجمعيات المنشأة قانوناً فقط وفق إجراءات معينة¹³²⁰. هذا علماً أنه بالرجوع إلى الصيغ الأولى لمشروع قانون 31.08 لم يكن يشترط صفة المنفعة العامة لتتمكن تلك الجمعيات من اللجوء إلى القضاء للدفاع عن مصالح المستهلكين. في

¹³¹⁸ - بلحشر نوال، جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر، دور وفعالية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، قسم القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، السنة الجامعية، 2013/2012 ص. 114.

¹³¹⁹ - تنص الفقرة الثانية من المادة 7 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: "... يمكن للجمعيات المعلن أنها ذات منفعة عامة أن تنتصب طرفاً مدنياً، إذا كانت قد تأسست بصفة قانونية منذ أربع سنوات على الأقل قبل ارتكاب الفعل الجرمي، وذلك في حالة إقامة الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة أو الطرف المدني بشأن جريمة تمس مجال اهتمامها المنصوص عليه في قانونها الأساسي...".

¹³²⁰ محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 678.

حين كرس ذلك الشرط الصيغ الأخيرة من مشروع قانون تدابير حماية المستهلك، رغم اعتراضات جمعيات حماية المستهلك واقتراحاتها لتعديل ذلك¹³²¹.

إن الفصل المتبنى في صيغته الأولى، كان أكثر تقدماً من القانون الفرنسي المستمد منه، والذي كان يربط قبول الدعوى المدنية الممارسة من قبل جمعيات المستهلكين بفعل المهني، البنك في نازلة الحال، الذي يجب أن يرتكب جريمة تسبب ضرراً أو من المحتمل أن تسبب ضرراً للمستهلكين. ذلك أن اشتراط صفة المنفعة العامة هو فعل أسوأ من التقييد الفرنسي، ذلك أن صفة المنفعة العامة لا تتمتع بها إلى تاريخه - حسب علمنا - أية جمعية لحماية المستهلك في المغرب واشتراط التوفر على تلك الصفة للتمكن من الولوج إلى القضاء، يعني في نهاية المطاف مزيداً من العراقيل أمام تلك الجمعيات للقيام بدورها في تمثيل مستهلكي الخدمات البنكية والدفاع عن مصالحهم ووسيلة أخرى للحد من صلاحياتها وأدوارها¹³²².

لقد كانت صفة المنفعة العامة موضوع انتقادات عدة. ذلك أن المادة 9 من ظهير 1958/11/15 بتنظيم حق تأسيس الجمعيات كما تم تنميته وتعديله فيما بعد، خاصة بموجب القانون 75.00 تنص على أن كل جمعية باستثناء الأحزاب السياسية والجمعيات ذات الصبغة السياسية، يمكن أن يعترف لها بصفة المنفعة العامة بمقتضى مرسوم، بعد أن تقدم طلباً في الموضوع وتجري السلطة الإدارية بحثاً في شأن غايتها ووسائل عملها. ويجب أن يتم الرد على الطلب بالإيجاب أو الرفض معللاً في مدة لا تتعدى ستة أشهر تبديئاً من تاريخ وضعه لدى السلطة الإدارية المحلية وتحدد الشروط اللازمة لقبول طلب الحصول على المنفعة العامة بنص تنظيمي.

نص المشرع الفرنسي، على خلاف ذلك، في الفصل L621-1 من مدونة الاستهلاك على أن "الجمعيات المصرح بها بشكل سليم، والتي يكون هدفها صراحة وفق نظامها الأساسي حماية مصالح المستهلكين، يمكنها إذا ما رخص لها لتلك المهمة أن تمارس الحقوق المعترف بها للطرف المدني بخصوص الوقائع المتعلقة بالضرر المباشر أو غير المباشر المرتبط بالمصلحة الجماعية للمستهلكين". هنا يجب التوضيح أنه تمارس الجمعيات الفرنسية فقط الحقوق المعترف بها للطرف المدني. وعليها أن تثبت أمام القضاة الترخيص الخاضعة له بموجب القانون¹³²³. علماً أن مفهوم الدعوى المدنية لم يتم تبنيها في الفصل المذكور لا سيما وأن هدف الدعوى هو إيقاف الممارسات غير المشروعة وليس فقط تعويض الضرر الجماعي. أما بخصوص الترخيص، فإنه لغاية مارس

1321 - راجع مطالب كونفدرالية جمعيات المستهلكين بالمغرب/ أطلس سايس/ مركز قانون الالتزامات والعقود، قراءة نقدية واقتراح بخصوص مشروع قانون رقم 31.08 المتعلق بحماية المستهلك (الباب السابع المتعلق بجمعيات المستهلكين)، غير منشورة، ص.5.

1322 - نفسه.

1323 - Cass.Crim., 26 mai 1992, n° 89-83.536, Bull.Crim., p.583.

2014 رخص فقط ل 16 جمعية في ظل نظام وشروط صارمة لم تشجع إرتفاع ذلك الرقم إلا إلى 100 جمعية (بما في ذلك الفروع المحلية) بتاريخ 23 غشت 2019¹³²⁴ وهو في نظرنا عدد غير كاف بغض النظر عن الملاحظات غير الكمية حول تلك الجمعيات والفروع.

أما في المغرب، فإن الدعوى المدنية يمكن أن ترفع أصليا بشكل مستقل عن أي مسطرة قضائية حركها المستهلك سواء أمام المحكمة الزجرية أو المحكمة المدنية. لكن في جميع الأحوال، يشترط رفع الدعوى لغرض الدفاع عن مصالح المستهلكين. هذا الشرط الذي سنعالجه فيما يلي.

الفقرة الثانية: الدفاع عن مصالح المستهلكين

تعرف المصلحة أنها شرط لازم وركن أساسي لقيام الحق في الدعوى. ولذلك قالوا أن المصلحة هي مناط الدعوى. حيث إنه حين تنعدم المصلحة تنعدم الدعوى. حتى أن من الفقهاء من ذهب حد القول بأن المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى. وأن ما عداها من الشروط الأخرى التي يعددها الشراح ليست إلا صورة من صور المصلحة. إن واقع استلزام شرط الدفاع عن مصالح المستهلكين، يبدو أمرا معقولا بل وبديها لأنه لا يتقبل أن تعتمد جمعية عاقلة إلى رفع الدعوى، دون أن يكون لها غرض جدي تسعى إليه وتستهدفه أي أن تكون لها مصلحة من رفعها. هذا وقد نص قانون المسطرة المدنية على ضرورة توافر شرط المصلحة في التقاضي وذلك في المادة الأولى منه بقوله: " لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة والأهلية والمصلحة لإثبات حقوقه "¹³²⁵. وقد نص قانون تدابير حماية المستهلك على حالتين هما حالة تعرض عدة مستهلكين لأضرار فردية، وهي تدخل في نطاق دعاوى التمثيل المشترك التي سنعالجها لاحقا وحالة التعويض عن الأضرار اللاحقة بالمصلحة الجماعية.

كما نص المشرع في المادة 157 المذكورة سابقا، على أنه: " يمكن للجامعة الوطنية وجمعيات المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة العامة ...أن ترفع دعاوى قضائية...للدفاع عن مصالح المستهلك، التي تلحق ضررا بالمصلحة الجماعية للمستهلكين". فمن المعلوم في النظام القضائي المغربي، أنه طبقا للمادة 33 فقرة 3 من قانون المسطرة المدنية " لا يمكن لمن لا يتمتع بحق تمثيل الأطراف أمام القضاء أن يرافع نيابة عن الغير، إلا إذا كان زوجا أو قريبا أو صهرا من الأصول أو الفروع أو الحواشي إلى الدرجة الثالثة بإدخال الغاية ". هكذا تعد المادة 157 استثناء على القواعد العادية للتقاضي من حيث الوكالة. لكن اشتراط صفة المنفعة العامة التي لا تتمتع بها حاليا أية جمعية لحماية المستهلك لتتمكن من الولوج إلى القضاء، يعني في نهاية المطاف عراقيل إضافية

¹³²⁴ - <http://www.khidmat-almostahlik.ma/portal/ar/acteurs/association-consommateur> " روجع بتاريخ

(2019/8/23

¹³²⁵ - الطيب الفصائلي، مرجع سابق، ص. 142.

أمام تلك الجمعيات، التي قد تواجه الأبنك للقيام بدورها في تمثيل مستهلكي الخدمات البنكية والدفاع عن مصالحهم ووسيلة أخرى للحد من صلاحيتها وأدوارها¹³²⁶.

كما أن هناك شرطا إضافيا بالنسبة لجمعيات حماية المستهلك غير المعترف لها بصفة المنفعة العامة، والتي يكون غرضها هو حماية المستهلك، بالتنصيص على أنه لا يمكنها أن تمارس الحقوق المخولة لها بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 157، إلا بعد حصولها على إذن خاص بالتقاضي من الجهة المختصة وحسب الشروط التي يحددها المرسوم رقم 2.12.503 صادر في 4 ذي القعدة 1434 (11 سبتمبر 2013) بتطبيق بعض أحكام القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك شكليات ذلك الإذن و الذي نص في مادته 35 على أنه: " يجب على جمعيات حماية المستهلك غير المعترف لها بصفة المنفعة العامة والمشار إليها في الفقرة 2 المذكورة لكي تحصل على الإذن الخاص بالتقاضي أن تستجيب للشروط المحددة في المادة 153 من القانون 31.08 المذكور أعلاه، وأن تحترم الشروط التالية :

- أن تتوفر على الموارد البشرية والمادية والمالية، التي تمكنها من القيام بمهام الإعلام والدفاع والنهوض بمصالح المستهلك؛

- أن تثبت عند إيداع طلب الحصول على الإذن الخاص بالتقاضي، مرور سنتين على الأقل على إحداثها وذلك ابتداء من تاريخ تصريحها للسلطات؛

- أن تثبت خلال السنتين الأخيرتين، قيامها بنشاط فعلي للدفاع عن مصالح المستهلك، ويتم تقييم هذا النشاط بالنظر إلى الأنشطة التي أنجزتها في مجال الإعلام والتحسيس ووضع شبك المستهلك لتوجيه ومساعدة المستهلكين؛

- أن تثبت قيامها بالتعاقد مع محام أو مكتب للمحاماة لتمثيلها أمام القضاء؛

- أن تنص أنظمتها الأساسية على قواعد الحكامة الجيدة، التي تضمن لجميع أعضاء الجمعية مشاركتهم في تحديد توجهات الجمعية وأنشطتها وكذا مراقبتها. كما يجب أن يكون إيداع طلب الحصول على الإذن الخاص بالتقاضي مقابل وصل، لدى المصلحة المعنية لهذا الغرض من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالعدل ويجب أن يكون مرفقا بالأوراق والوثائق اللازمة للتعريف بصاحب الطلب، والتحقق من كون الجمعية المعنية تستجيب للشروط المذكورة آنفا¹³²⁷. هذا و

¹³²⁶ - جمعية أطلس سايبس وكونفدرالية جمعيات المستهلكين بالمغرب ومركز قانون الالتزامات والعقود بكلية الحقوق بفاس، قراءة نقدية واقتراح تعديلات بخصوص مشروع قانون رقم 31.08 المتعلق بحماية المستهلك (الباب السابع المتعلق بحماية المستهلكين)،

¹³²⁷ - المادة 35 من مرسوم رقم 2.12.503 صادر في 4 ذي القعدة 1434 (11 سبتمبر 2013) بتطبيق بعض الأحكام القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد 6192، الصادرة بتاريخ 26 ذو القعدة 1434 (3 أكتوبر 2013).

يمنح الإذن، لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد لنفس المدة وحسب نفس الشروط. كما أنه في حالة رفض منح الإذن المذكور، يجب أن يتضمن التبليغ الموجه إلى صاحب الطلب أسباب الرفض¹³²⁸. يمنح الإذن للجمعية داخل أجل شهرين ابتداء من تاريخ إيداع الطلب عندما تستجيب هذه الجمعية للشروط أعلاه¹³²⁹. هذا ويتم سحب الإذن إثر مراقبة المطابقة الذي تقوم به المصالح المختصة، في حالة ثبوت عدم استجابة الجمعية المستفيدة للشروط المحددة في المادة 35. وتحدد طبقاً للمادة 38 بموجب قرار مشترك للسلطة الحكومية المكلفة بالعدل والسلطة الحكومية المكلفة بالتجارة كيفية إيداع ودراسة طلبات الحصول على الإذن الخاص بالتقاضي وكذا شكايات وكيفية منح هذا الإذن وسحبه (المادة 39).

نورد النظام الأساسي النموذجي لجمعيات حماية المستهلك التي يمكن الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة في ملحقه، أن جمعية حماية المستهلك لها هدف حصري يتعلق بحماية مصالح المستهلك. حيث يستند ذلك الهدف في مرجعه إلى الحقوق الأساسية للمستهلك، وفق قانون 31.08 والتي من بينها أيضاً الحق في التمثيلية. وبالتالي، يحق لتلك الجمعيات أن تقوم بجميع الأعمال التي تدخل ضمن مجال مساعدة المستهلكين في حل النزاعات والدفاع عن مصالح المستهلكين بما فيها ممارسة الدعاوى في نازلة الحال¹³³⁰. وهذه الدعاوى ترفع دفاعاً عن مصالح المستهلكين، استثناء من قواعد الاختصاص المحلي. ففي الدعاوى المدنية أمام محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب للضرر أو أمام محكمة موطن المدعى عليه باختيار الجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك. في حين تقام الدعاوى المدنية التابعة أمام المحكمة الزجرية وفقاً للشروط المقررة في القانون 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية، وتعد هذه الإحالة إلى قانون المسطرة الجنائية مثار عدة تساؤلات ذلك أن المادة 7 من القانون المذكور : " يرجع الحق في إقامة الدعاوى المدنية للتعويض عن الضرر الناتج عن جنائية أو جنحة أو مخالفة، لكل من تعرض شخصياً لضرر جسماني أو مادي أو معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة حيث يمكن للجمعيات المعلن أنها ذات منفعة عامة أن تنتصب طرفاً مدنياً، إذا كانت قد تأسست بصفة قانونية منذ أربع سنوات على الأقل قبل ارتكاب الفعل الجرمي، وذلك في حالة إقامة الدعاوى العمومية من قبل النيابة العامة أو الطرف المدني بشأن جريمة تمس مجال اهتمامها المنصوص عليه في قانونها الأساسي".

¹³²⁸ - المادة 36 من المرسوم.

¹³²⁹ - المادة 37 من المرسوم.

¹³³⁰ - مرسوم رقم 2.12.462 صادر في 17 من ذي الحجة 1433 (14 نوفمبر 2012) بتحديد النظام الأساسي النموذجي لجمعيات حماية المستهلك التي يمكن الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة، الجريدة الرسمية عدد 6107 الصادرة بتاريخ 25 محرم 1434 (10 ديسمبر 2012).

فهل يقصد المشرع بالإحالة الإبقاء على شرط الأربع سنوات من تاريخ التأسيس؟ بمراجعة تلك المادة، يتبين أن الرغبة في تقييد الحق في الإدعاء المدني أمام القضاء الجزري لجمعيات حماية المستهلكين تظهر واضحة للعيان، من خلال التنصيص على وجوب إدلاء جمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية بإثبات ذلك من خلال الإدلاء بقانونها الأساسي ووصل التصريح بها لدى السلطة المحلية¹³³¹. توجه الإشعارات والتبليغات التي تهم المستهلك إلى الجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك التي تقيم الدعوى نيابة عنه، وتكون صحيحة بتسليمها إليها مع احترام الآجال المقررة في القانون.

لكن يبقى من الصعوبة تحديد الوقائع التي تهم المستهلكين والتي لا تهمهم، ذلك أن جمعيات حماية المستهلكين بمن فيهم مستهلكي الخدمات البنكية لا تهتم فقط بالخدمات والأثمان وتقنيات البيع والإشهار ولكن أيضا بنمط الحياة ومكانة المستهلك في المجتمع. فمفهوم المصلحة الجماعية لا يمكنه أن يتسع ليشمل المصلحة العامة لما سيشكل ذلك من تطاول على اختصاصات النيابة العامة¹³³². هذا عن الدفاع عن مصالح المستهلكين، فماذا عن ممارسة الحقوق المخولة لهم حينما ينتصبون طرفا مدنيا؟

الفقرة الثالثة: ممارسة الحقوق المخولة للطرف المدني

إن الاعتراف لجمعيات حماية المستهلكين بحق الإدعاء أمام القضاء المدني والجنائي، يجعل منها مساعدا حقيقيا للعدالة لردع ما يقع من ممارسات مضرّة بمستهلكي الخدمات البنكية. هذا ولم يتردد القضاء الفرنسي في قبول الدعاوى المرفوعة من جمعيات حماية المستهلكين، وقضى بقبول الدعوى المدنية التابعة التي رفعها إحدى هذه الجمعيات نظرا لما أصاب مصالحها الجماعية من أضرار¹³³³. جاء في حكم المحكمة الابتدائية لأربيرتفيل بفرنسا بتاريخ 17 يناير 1997 بخصوص

¹³³¹ - المادة 8 : " يمكن أن تقام الدعوى المدنية ضد الفاعلين الأصليين أو المساهمين أو المشاركين في ارتكاب الجريمة، وضد ورثتهم أو الأشخاص المسؤولين مدنيا عنهم " .

المادة 9 : " يمكن إقامة الدعوى المدنية والدعوى العمومية في آن واحد أمام المحكمة الجزرية المحالة إليها الدعوى العمومية . تختص هذه المحكمة سواء كان المسؤول عن الضرر شخصا ذاتيا أو معنويا خاضعا للقانون المدني، كما تختص بالنظر في القضايا المنسوبة لأشخاص القانون العام في حالة ما إذا كانت دعوى المسؤولية ناتجة عن ضرر تسببت فيه وسيلة من وسائل النقل " .

المادة 10 : " يمكن إقامة الدعوى المدنية، منفصلة عن الدعوى العمومية، لدى المحكمة المدنية المختصة . غير أنه يجب أن توقف المحكمة المدنية البث في هذه الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائي في الدعوى العمومية إذا كانت قد تمت إقامتها " .

المادة 11 : " لا يجوز للطرف المتضرر الذي أقام دعواه لدى المحكمة المدنية المختصة أن يقيمها لدى المحكمة الجزرية . غير أنه يجوز له ذلك إذا أحالت النيابة العامة الدعوى العمومية إلى المحكمة الجزرية قبل أن تصدر المحكمة المدنية حكمها في الموضوع " .

المادة 12 : " إذا كانت المحكمة الجزرية تنظر في الدعوى العمومية والدعوى المدنية معاً، فإن وقوع سبب مسقط للدعوى العمومية يترك الدعوى المدنية قائمة، وتبقى خاضعة لاختصاص المحكمة الجزرية " .

¹³³² - Lamy droit économique, la protection judiciaire des consommateurs, n° 4831, p.1816&1817.

¹³³³ - بلحشر نوال، مرجع سابق، ص.113.

دعوى الغاء شروط تعسفية من قبل جمعية حماية مستهلك: "إن الدعوى الجماعية الممارسة لغاية عامة ووقائية في مواجهة شروط تعسفية تبقى مقبولة شكلا بغض النظر عن أي دعوى فردية للمستهلك الموقع على العقد" ¹³³⁴.

لقد جاء تمثيل مصالح المستهلكين أمام القضاء الفرنسي تطبيقا لحق المستهلك في سماع رأيه والذي يعد من أهم الحقوق الأساسية لهذا الأخير، بعد أن حسم المشرع الفرنسي التردد بموجب المادة 16 من قانون ROYER التي سمحت لجمعيات حماية المستهلكين برفع الدعوى المدنية أمام جميع الهيئات القضائية بسبب الفعل الذي يلحق ضررا بالمصلحة المشتركة للمستهلكين بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ¹³³⁵. إن قبول ممارسة الحقوق المخولة للطرف المدني من قبل الجمعيات في المجال الجزري، ترتبط بشرطين هما: وجوب أن تكون الجريمة مرتكبة من قبل البنك في مواجهة مستهلك الخدمة البنكية وأن تكون الجريمة قد مست بمصلحة جماعية لمستهلكي الخدمة البنكية الممثلين من قبل تلك الجمعية. طبعاً إذا كانت الجمعية المدافعة مختصة في الدفاع عن مستهلكي الخدمات البنكية لا يجوز لها أن تدافع عن بقية المستهلكين رعيًا لمبدأ تخصص الأشخاص المعنوية ¹³³⁶. هذا عن ممارسة الحقوق المخولة للطرف المدني. فماذا عن إثبات الضرر الذي يلحق بالمصلحة الجماعية للمستهلكين؟

الفقرة الرابعة: إثبات الضرر الذي يلحق بالمصلحة الجماعية للمستهلكين

إذا كان مفهوم المصلحة الجماعية للمستهلكين صعب التحديد، فلا يمكن أن يتعلق بالمصلحة الفردية للمستهلك ولا حتى مجموع المصالح الفردية ولا حتى المصلحة الاجتماعية التي يعهد بحمايتها للنيابة العامة. تقدر المصلحة الجماعية في علاقتها بالأهداف والمهام المتبعة من قبل الجمعية للوصول إلى الهدف الجماعي ¹³³⁷. فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن المصلحة الجماعية هي مفهوم يتموضع بين المصلحة العامة والمصلحة الفردية وهو يسمح بالتغلب على مساوئ الدعوى الجماعية وجمود الدعوى العمومية في المجال الاقتصادي ¹³³⁸.

فالمقصود بالمصلحة الجماعية للمستهلكين، الضرر الذي يمس مجموعة من المستهلكين والذي ينتج عن أفعال متسعة النطاق وبالغة الانتشار، فهو ليس بضرر يمس المصلحة العامة ولا بضرر يمس المصلحة الفردية، يمكن من خلال طبيعة الضرر ومداه وأشخاصه استقصاء مفهوم المصلحة الجماعية ولا يشترط أن يكون المضرور عضواً في الجمعية. إن المصلحة الجماعية هي مفهوم

¹³³⁴ - TGI Albertville 17/01/1997, J.C.P.1997, IV, n°2501 cité in : Nicolas.Cayrol, *Action en justice*, Dalloz.Sirey, mars 2013 (actualisation : juillet 2019), p.185.

¹³³⁵ - لحرش نوال، مرجع سابق، ص.113.

¹³³⁶ - Didier.Ferrier , op.cit, p.72.

¹³³⁷ - Lamy droit économique, *la protection judiciaire des consommateurs*, n° 4831, p.1816&1817.

¹³³⁸ - Didier.Ferrier, op.cit, p.73.

يتوسط بين المصلحة العامة والفردية؛ لكنه يمتاز بأنه يمكن من تجاوز سلبيات الدعوى الفردية وجمود وعدم مبادرة الدعوى العمومية التي تعود بسبب خشية النيابة العامة من مواجهة الجرائم الاقتصادية لأسباب تعود لتبعيتها للسلطة السياسية. هذا المفهوم يتعايش مع مفهوم التمثيل المشترك أو النيابة على مستهلكين اثنين موكلين للجمعية كما سنعالجه لاحقاً.

هذا وقد تردد القضاء الفرنسي في مطابقة مصلحة المجموعة مع المصلحة الجماعية للمستهلكين¹³³⁹ معتبراً أن جمعية المستهلكين يحق لها أن تطلب تعويضاً عن ضرر جماعي، إذا كانت الأضرار الفردية حصلت لأشخاص لا ينتمون للجمعية المعنية. جاء عن الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 11 أكتوبر 1982 أنه يحق لجمعية مستهلكين مرخص لها قانوناً، أن ترفع دعوى دون أن تثبت ضرراً منفصلاً عن الأضرار الفردية التي حصلت للمستهلكين¹³⁴⁰.

وقد نقضت الغرفة قراراً استثنافياً، قضت فيه أنه ليس من حق جمعية المستهلكين أن تتنصب مطالبة بالحق المدني، طالما لم يثبت أن هناك ضرراً مباشراً أو غير مباشر للمصلحة الجماعية للمستهلكين، اقتصره متابع بإشهار كاذب ولم توجد هناك أي مطالبة من زبون. وفي قرار آخر بتاريخ 4 فبراير 1986، اشترطت نفس الغرفة ثبوت الطابع الجسيم للضرر المباشر أو غير المباشر للمصلحة الجماعية للمستهلكين¹³⁴¹. فإثبات الضرر المباشر أو غير المباشر الناتج عن الجريمة التي تمس المصلحة الجماعية للمستهلكين لا يختلط بإثبات الضرر الشخصي الواقع للضحايا المباشرين للجريمة، والذي يطالب بتعويضه هؤلاء حصراً¹³⁴².

قد تجد الجمعية عادة صعوبة في إثبات مقدار الضرر الذي لحق بالمصلحة الجماعية التي تدافع عنها. فحجم ذلك لا يمكن أن يكون مساوياً لمجموع الأضرار التي تعرض لها المستهلكون الضحايا، لكنه في نفس الآن لا يمكن تقديره في درهم رمزي. وكانت المحاكم الفرنسية متحفظة في تعويض الضرر لفائدة الجمعية فقط وتمنح عادة مقداراً يساوي مصاريف تقاضي الجمعية وبعض المرات تعويضاً بمثابة زجر للمهني لصالح الجمعية. لكن إضافة إلى ذلك تستطيع الجمعية الحصول من

¹³³⁹ - TGI Metz, 6 Juill.1978, RJ Com.1979, p.143, note du A.Cheyron.

¹³⁴⁰ - Cass.Crim., 11 Oct.1982, n° 81-92.447; Cass.Crim., 3 Sept.1992, n° 91-86.591. Bull.Inf. Cass, 1^{er} Dec.1992, p.17, n° 1788.

¹³⁴¹ - Cass.Crim., 4 Févr.1986, n°85-90.774.

¹³⁴² - Cass.Crim., 20 mai 1985, n° 84-91.606, Bull.Crim., p.485.

المحكمة على إيقاف التصرفات غير المشروعة للبنك أو حذف بند تعسفي من عقد بنكي و حتى إشهار العموم بتصرف غير مشروع للبنك كما سنرى ذلك لاحقاً¹³⁴³.

تجب الإشارة إلى أنه لضمان فعالية دور الجمعيات في حماية المستهلكين والدفاع عن حقوقهم، يشترط توفر هذه الجمعيات، مع ما يترتب ذلك، على الخبرة والكفاءة والتجربة، ولم يمنح المشرع الفرنسي تلقائياً لأي جمعية كانت الصفة التمثيلية مع ما قد يترتب على ذلك من أضرار عكسية على المستهلك.

حيث يدخل ضمن الشروط الواجب توافرها في الجمعيات التي يجوز لها الادعاء أمام القضاء:

1- عدم ممارستها لأي نشاط مهني أو تجاري، لأن من شأن ذلك أن يؤثر على استقلاليتها، باعتبار أن مهمتها هي الدفاع عن المستهلك.

2- أن تثبت أن لها سنة من الوجود القانوني.

3- أن تثبت أنها أنجزت خلال هذه السنة أنشطة فعلية وعمومية في مجال الدفاع عن حقوق المستهلك.

4- أن تتوفر على الأقل على 10.000 منخرط فيما يتعلق بالجمعيات الوطنية.

ويمنح الترخيص لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد من طرف الوزير بالنسبة للجمعيات الوطنية ومن طرف العمدة بالنسبة للجمعيات المحلية، بعد أخذ رأي الوكيل العام للجمهورية.

ولقد وسع قانون الاستهلاك الفرنسي من النطاق الحقوقي لعمل جمعيات حماية المستهلكين، إذ خولها حق ممارسة حقوق الطرف المدني عن الوقائع والأعمال الضارة أو الماسة بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالمصالح الجماعية للمستهلكين في حالة وقوع جريمة جنائية سواء أمام القضاء الجنائي أو أمام القضاء المدني. جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 أكتوبر 2003 أن جمعية حماية المستهلكين المرخص لها قانوناً تبقى محقة في المطالبة أمام المحاكم المدنية بالتعويض عن الضرر المباشر أو غير المباشر الذي مس بالمصلحة الجماعية للمستهلكين¹³⁴⁴.

كما لها أن ترفع الدعوى بطلب أصلي أو عارض للمطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمصلحة الجماعية لا الفردية للمستهلكين أو المطالبة بإيقاف الأعمال غير المشروعة بالنسبة

¹³⁴³ - Didier.Ferrier, op.cit, p.74.

¹³⁴⁴ - Cass, Civ., I, en date du 21 octobre 2003, publié in : www.clauses-abusives.fr/juris/ccass031201.htm « consulté le 01/08/2018 »

للمستقبل كسحب خدمة بنكية لعدم المطابقة أو إيقاف الإشهار الكاذب المتعلق بها تحت طائلة غرامة تهديدية والمطالبة بنشر الحكم على نفقة المخالف. هنا يكتسي النشر ميزتين أولهما زجر المخالف وثانيهما إعلام المستهلك وتوجيهه بحقوقه¹³⁴⁵.

في المغرب، يعلن المشرع أنه يهدف إلى ضمان الفعالية بالنسبة لدور الجمعيات بتمكينها من المطالبة بتطبيق جميع الجزاءات المدنية والجزرية على قدم المساواة باعتبارها طرفا في الدعوى. لكن في الواقع ظل المشرع وفيما لنهج محكمة النقض بحصر الدعوى المدنية في الضرر الناتج عن الجريمة. أما التدخل لإيقاف الضرر فيحيلنا على حيثيات إيقافه وفق الفقرة الخامسة التالية:

الفقرة الخامسة: التدخل لإيقاف تصرفات غير مشروعة أو لحذف شروط في نماذج عقود بنكية لفائدة المستهلكين

يقصد بالتصرفات غير المشروعة التصرفات التي تشكل مخالفة للقانون الجنائي؛ أما الشروط غير المشروعة فهي الشروط المحظورة بموجب نص تشريعي أو تنظيمي¹³⁴⁶. جاء في المادة 162 من قانون تدابير حماية المستهلك، أنه: "يمكن للجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك المشار إليها في المادة 157، أن تطلب من المحكمة التي تنظر في الدعوى أو الدعوى التابعة أن تأمر المدعى عليه أو الظنين، بإيقاف التصرفات غير المشروعة أو حذف شرط غير مشروع أو تعسفي في العقد أو في نموذج العقد المقترح أو الموجه إلى المستهلك. يكون الأمر الصادر عن المحكمة مقرونا بغرامة تهديدية تحددها المحكمة ومشمولا بالإنفاذ المعجل. تطبق الغرامة التهديدية ابتداء من اليوم الثامن الموالي لتاريخ الأمر إذا صدر حضوريا، وابتداء من اليوم الثامن الموالي ليوم التبليغ، إذا لم يصدر حضوريا، ما لم تحدد المحكمة أجلا آخرًا لتطبيق الغرامة لا يتعدى ثلاثين يوما". و تعد هذه الدعوى من الدعاوى الفعالة من الناحية الإجرائية لحماية مصالح المستهلكين، لكنها لا تمكنهم من أي تعويض مباشر¹³⁴⁷. هذا وقد أوضحت المادة 163 من القانون المذكور أيضا أنه: "إذا أعرب المدعى عليه أو الظنين عن رغبته في إيقاف التصرفات غير المشروعة أو حذف شرط غير مشروع أو تعسفي في العقد أو في نموذج العقد المقترح أو الموجه إلى المستهلك، تطبق المحكمة مقتضيات المادة السالفة، وتمهل المعني بالأمر أجلا لا يتعدى ثلاثين يوما قابلا للتجديد مرة

¹³⁴⁵ - A.Bendraoui, *la publicité mensongère et la protection du consommateur en droit marocain*, mémoire pour le diplôme d'études supérieures de droit privé, université Mohamed 5, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, Rabat, janvier 1980.

¹³⁴⁶ - Didier.Ferrier, op.cit, p.74.

¹³⁴⁷ - Anne.Laure.Vincent & horteuse de Roux, *les actions de groupe : une réforme nécessaire au regard des procédures alternatives prévues par le droit français*, LPA, 25 mars 2014, n°60, p.15.

واحدة. تطبق الغرامة التهديدية فور انتهاء الأجل المحدد من طرف المحكمة وتصفى عند النطق بالحكم".

فهذان المقتضيان يسمحان لجمعية حماية المستهلك المرخص لها، بغض النظر عن قيام أركان الجريمة، أن تدعي أمام القسم المدني للمحكمة الابتدائية العادية لتطلب عند الاقتضاء تحت تهديد اللجوء الى تصفية الغرامة التهديدية حذف البند غير المشروع في العقد البنكي وأيضا الشرط التعسفي في العقد المقترح على مستهلكي الخدمة البنكية¹³⁴⁸. والتعويض الناتج عن تصفية الغرامة التهديدية يمنح للجمعية المدعية وليس للأفراد، لأن هذا المقتضى ذو طابع عام ولا يتعلق بفرد بعينه في نظرنا ولكن يتعلق بالمصلحة الجماعية للمستهلكين¹³⁴⁹.

ويجب الانتباه أيضا، أن مشروع قانون تدابير حماية المستهلك أقر هنا إمكانية تدخل الجمعيات في مواجهة الشروط العقدية التعسفية والتصرفات غير المشروعة في غياب أي مرجع مؤسساتي يسترشد القضاء بأرائه كما هو الحال في فرنسا. حيث تبني المشرع الفرنسي منذ زمن غير قصير لجنة الشروط التعسفية¹³⁵⁰. إن دعوى الجمعية لحذف الشروط غير المشروعة، يمكن أن توجه ضد البنك أو حتى الجمعية المهنية للأبنك التي تكون اقترحت على أعضائها ربما نموذج عقد يربطهم بالمستهلكين. هذا النموذج الآخر من الدعاوى يسمح لجمعية حماية مستهلكي الخدمات البنكية تفادي تشتت الدعاوى علما أن حذف شرط تعسفي لا يهم سوى البنك التي سيحكم عليه للأسف في ظل مبدأ نسبية الأحكام¹³⁵¹.

نشير إلى أنه من أمثلة البنود التي تخرق قواعد الاختصاص المحلي المنصوص عليها لصالح المستهلك، مجموعة البنود التعسفية الموجودة في عقود متنوعة لمؤسسة بنكية: جاء من ضمن الشروط المتعلقة بمنح واستعمال بطاقة فيزا الكترون: "إن محاكم الدار البيضاء وحدها تبقى مختصة في كل النزاعات المرتبطة بالمقتضيات أعلاه". كما جاء من ضمن الشروط المتعلقة بمنح واستعمال بطاقة تسهيلات: "إن المحاكم التجارية بالدار البيضاء هي المختصة في كل النزاعات التي قد تنشأ بمناسبة المقتضيات أعلاه". كما جاء من ضمن الشروط المتعلقة بعقد قرض عقاري "اقتناء وبناء": "المحكمة

¹³⁴⁸ - Laurent .Bétéille & Richard.Yung, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur l'action de groupe, session ordinaire du sénat 2009-2010*, 26 mai 2010, p.14.

¹³⁴⁹ - Laurent .Bétéille & Richard.Yung, op.cit , p.15.

¹³⁵⁰ - Jacques Mestre, *L'attitude des juges face aux recommandations de la Commission des clauses abusives : entre considération et indépendance*, RTD Civ. 1999, p. 94 & S.

¹³⁵¹ - Didier.Ferrier, op.cit , p.74.

التجارية بالبيضاء هي المختصة للبت في كل نزاع قد ينشأ بمناسبة المقتضيات أعلاه". هاته المقتضيات غير القانونية في فقه الاستهلاك تستوجب الإلغاء، سواء بتخلي الأبنك عنها في عقودها أو بفرض التوقيع عليها من طرف المستهلك أو من خلال دعوى إلغاء الشروط التعسفية من طرف جمعيات حماية المستهلك نظرا لكونها تجبر المستهلك المقيم بدوائر محاكم خارج الدار البيضاء على التقاضي أمام هذه الأخيرة خلافا لمبدأ التقاضي أمام المحكمة القريبة مكانيا وإجرائيا من المستهلك.

هذا عن الدعوى المدنية الأصلية لجمعية حماية مستهلكي الخدمات البنكية. فماذا عن دعوى التمثيل المشترك؟

المطلب الثاني: دعوى التمثيل المشترك

إن دعاوى التمثيل المشترك، التي سبق أن أنشأها المشرع الفرنسي بموجب قانون نيبرتز، وتم تبنيها في مدونة الاستهلاك الفرنسية حاليا في المواد L622-1 إلى L622-4، هي دعاوى تتمثل في المطالبة بتعويض عدة أضرار فردية ذات مصدر مشترك عن طريق دعوى واحدة، ترفعها جمعية معتمدة تمثل المستهلكين المتضررين¹³⁵²، حيث يمكن ممارستها أمام جميع الجهات القضائية من قبل جمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية، بناء على وكالة مقدمة من مجموعة من المستهلكين، تعرضوا لأضرار فردية تسبب فيها نفس المهني وذات أصل مشترك وهدفها تمكين أولئك المتضررين من التعويض.

فهذه الدعوى لا تتم إلا وفق مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي: يجب أن يكون مستهلكو الخدمات البنكية المتضررين أشخاصا معينين وطبيين فقط وأن تكون هناك أضرارا فردية تسبب فيها نفس المهني البنكي وذات أصل مشترك. كما يجب أن يكون محرك الدعوى هو الجمعية الوطنية المعتمدة أو جمعية لحماية المستهلك معترف لها بصفة المنفعة العامة أو تتوفر على إذن بالتقاضي وأن يتم توكيل الجمعية من قبل إثنين من مستهلكين على الأقل. ذلك التوكيل يجب أن يكون مكتوبا وموقعا من قبل كل مستهلك ممثل. ويكون موضوع التوكيل واضحا ويعطي الحق للجمعية أن تزاوّل كل الأعمال المسطرية نيابة عن المستهلك. طبعا يمكن إلغاء التوكيل في أي وقت من المستهلك الذي قد يختار أن يتابع دعواه بنفسه منفصلا عن البقية¹³⁵³. تجتمع كل تلك الشروط لممارسة دعوى التمثيل المشترك كبقية دعاوى المسطرة المدنية أساسا في المصلحة (الفقرة الأولى) والصفة للتقاضي (الفقرة الثانية).

¹³⁵² - محمد بودالي، حماية المستهلك، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، دون ذكر السنة، ص. 682.

¹³⁵³ Anne.Laure.vincent & horteuse de Roux, Art.cit, p.15.

الفقرة الأولى: فيما يتعلق بالمصلحة

إن دعوى التمثيل المشترك تكون مقبولة في حالة ما إذا تعرض عدة مستهلكي خدمات بنكية من الأشخاص غير المعنوية ومعروفي الهوية لأضرار فردية، نجمت عن فعل بنك واحد وتكون ذات مصدر مشترك؛ كما هو الحال في بيع بطاقات ائتمانية بأعداد كبيرة، ثم يتبين أنها لا تمكن أصحابها من الحصول على الخدمات المرتبطة بها. هنا أوجب قانون تدابير حماية المستهلك في مادته 158 تحديد هوية الضحايا، وهو أمر قد يكون صعبا في حالة ما إذا كان الضحايا بالمئات أو بالآلاف. مما يجعل دعوى التمثيل المشترك غير ممكنة الاستعمال في تلك الحالات. لكن تظل تلك الدعوى متميزة عن الدعوى المدنية الصرفة وأقل فعالية من الدعوى الجماعية أعلاه.

هذا علما أن المصلحة المشتركة قد تشمل مصلحة المجموعة ومصلحة الفرد، في إيقاف البنك عن الاستمرار في ممارساته المضرة بالجمعية وباقي المستهلكين الضحايا المحتملين. هذا عن المصلحة في دعوى التمثيل المشترك التي ليس لها هدف حماية المصالح الجماعية ولكن حماية جماعة من المصالح الفردية. فماذا عن الصفة؟

الفقرة الثانية: فيما يتعلق بالصفة

نصت المادة 158 من قانون تدابير حماية المستهلك على أنه: "استثناء من أحكام الباب الثالث من القسم الثاني المتعلق بالاختصاص المحلي والفقرة الثالثة من المادة 33 من قانون المسطرة المدنية¹³⁵⁴، يجوز للجامعة ولكل جمعية لحماية المستهلك المشار إليهما في المادة 157 أن تقيم دعوى المطالبة بالتعويض ... عندما تكون موكلة من قبل مستهلكين اثنين على الأقل من المستهلكين المعنيين بالأمر. لا يمكن التماس الوكالة عن طريق دعوة العموم عبر التلفزة أو الإذاعة ولا عن طريق إعلان أو منشور أو أي وسيلة من وسائل الاتصال عن بعد، يجب أن تمنح الوكالة كتابة من قبل كل مستهلك". وإذا أرادت جمعية حماية مستهلكي الخدمات البنكية الحصول على أكبر عدد من الوكالات، فيجوز لها أن توجه نداء عام عن طريق الصحافة المكتوبة فقط. ويمنع عليها استعمال الوسائل السمعية البصرية بغرض حماية صورة المؤسسة البنكية من الدمار في وقت لم يثبت بعد مسؤوليتها. جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بباريس صادر بتاريخ 22 يناير 2010 أن دعوى

1354 - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية؛ الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741؛ كما تم تغييره وتتميمه.

التمثيل المشترك تعد غير مقبولة لأن الطرف المدعي لم يحترم المساطر المرعية من خلال طلبه العلني للوكالات وقيامه بإشهار دعواه¹³⁵⁵.

نشير إلى أنه، رغم تشابه دعوى التمثيل المشترك في قانون تدابير حماية المستهلك مع دعوى الفوج¹³⁵⁶، فإن قيودا تمنعها من الوصول إلى الفعالية التي تتميز بها الدعوى الأخيرة. حيث يتجلى ذلك من خلال الفقرة الثانية من المادة 158 من قانون تدابير حماية المستهلك و التي تمنع الجمعية من التماس الوكالات عن طريق دعوة العموم عبر التلفزة أو الإذاعة و لا عن طريق إعلان منشور أو أية وسيلة من وسائل الاتصال عن بعد وكذا اشتراط أن تكون الوكالة مكتوبة من قبل كل مستهلك على حدى. إن اشتراط دعوى التمثيل المشترك لتعيين المتضررين الأفراد يميزها أيضا عن دعوى الفوج والتي تسمح كما سنراه لاحقا للجمعية بأن تمارس الدعوى في مواجهة البنك المخطئ دون تحديد قبلي للمستهلكين المتضررين.

هذا وإذا كانت دعوى التمثيل المشترك، قد أسست في المغرب لصالح المستهلكين دون أي تخصيص، فإنه في فرنسا، أعطى المشرع بموجب المادة 1-452 L من المدونة النقدية والمالية حق رفع دعوى التمثيل المشترك للمستثمرين مع امتياز خاص يتمثل في حق جمعيات حماية مستثمري القيم المنقولة الحائزة على صفة المنفعة العامة من طلب توكيل عبر وسائل الإعلام وبعد ترخيص من رئيس المحكمة التجارية أو العادية. وهكذا تستطيع تلك الجمعيات أن تنشر إعلانات في التلفزة أو الراديو أو عبر جرائد للحصول على توكيل تلك القيود التي هي في الحقيقة مجرد توجسات من تجربة دعوى الفوج الأمريكية وما عرفته من منزلقات، بدليل أنه في فرنسا لم تسجل خلال 17 سنة سوى 5 دعاوى تمثيل مشترك بسبب تلك القيود. إن دعوى التمثيل المشترك غير عملية، في حالة تعدد المدعين كحالة ألف مستهلك مثلا ضحايا تعسفات بنك. فالمستلزمات المادية والمالية لتدبير الوكالات من المستهلكين إلى الجمعية وعدم السماح بإشهار التماس الوكالات، لن يساهم في تطوير اللجوء إلى تلك الدعوى ولن تحقق ما يصبو إليه محرر الفصول من النيابة عن الضحايا. تفضي الدعوى إذا قبلت إلى الحكم بتعويضات للمستهلكين موكلين الجمعية. أما إذا رفضت وصار الرفض

¹³⁵⁵ - Voy aussi : Cass., 1ère.ch., Civ., Arrêt n° 531, du 26 mai 2011, n°10-15.676. publié in : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence/2/premiere_chambre_civile/568/531_26_20141.html

« consulté le 2/8/2018 »

¹³⁵⁶ - « L'action de groupe est une voie de recours collective de consommateurs contre une même entreprise dans le cadre d'une action en justice introduite et prise en charge par des associations de consommateurs agréées. Cette action en justice peut être engagée en cas de manquements d'une entreprise aux règles prévues par le Code de la consommation à l'occasion de la vente de biens ou de la fourniture de services ainsi qu'en cas de pratiques anticoncurrentielles ». voir :

<http://droit-finances.commentcamarche.net/faq/36920-action-de-groupe-definition-et-procedure>

« consulté le 28/2/2018 ».

نهائيا، فإن المستهلكين لن يحصلوا على أي تعويض ولن يستطيعوا رفع دعوى فردية لنفس العلل والأسباب في مواجهة نفس المدعى عليه في دعوى التمثيل المشترك¹³⁵⁷.

إن ما يعاب على قانون تدابير حماية المستهلك وحتى المرسوم التطبيقي له أنهما لم يتطرقا، كما كان الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي لتنظيم دعوى التمثيل المشترك. حيث نظم في المواد L422-2 وما يليها (المنسوخة) العديد من التفاصيل المرتبطة بالمصاريف والكفالات المالية والتنازل عن الدعوى وشكلياتها وأثارها والتبليغ وموطنه ونطاق واجب الإعلام الواقع على عاتق الجمعية المدعية نيابة عن المستهلكين وطرق الطعن. هذا عن الدفاع نيابة عن مستهلكي الخدمات البنكية، فماذا عن دور جمعيات حماية المستهلكين في تدعيمهم في دعاوهم؟

المبحث الثاني: دعاوى الانضمام لتدعيم المستهلكين

نصت المادة 157 من قانون تدابير المستهلك على أنه "يمكن للجامعة الوطنية وجمعيات حماية المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة العامة طبقا لأحكام المادة 154 أن تتدخل في دعاوى جارية". فقد جاء في حكم للمحكمة الجنحية بباريس صادر بتاريخ 13 ماي 1980، أنه يمكن أن تكون دعوى تعويض الأضرار الماسة بالمصلحة الجماعية للمستهلكين المرفوعة من طرف جمعية أو عدة جمعيات للمستهلكين موازية مع دعوى أو عدة دعاوى مرفوعة من طرف مستهلك أو عدة مستهلكين يطالبون بموجبها بتعويض ضرر فردي بشرط أن تكون نفس التصرفات قد أحدثت أضرارا للمصالح التي تحميها الجمعية أو الجمعيات أو مست بيع المصالح الفردية¹³⁵⁸.

إلى جانب ممارسة الدعوى المدنية لحماية المصلحة الجماعية للمستهلكين، سمحت المادة 157 أعلاه للجامعة الوطنية وجمعيات حماية المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة العامة وجمعيات حماية المستهلك المأذون لها بالتقاضي، بالتدخل أمام المحكمة المدنية في دعاوى جارية لتطلب إيقاف تصرفات مشروعة أو حذف بنود غير قانونية، عندما يهدف الطلب الأصلي إلى تعويض ضرر أصاب مستهلك أو عدة مستهلكين بسبب تصرفات لا تشكل جريمة¹³⁵⁹.

¹³⁵⁷ - Didier.Ferrier ,op.cit, p.76.

¹³⁵⁸ - T.Corr. Paris, 13 Mai 1980, *consommateurs Actualités*, 1981, n°295, *action dirigée contre une entreprise de vente par correspondance par 2 associations de consommateurs et 70 victimes individuelles*. Cité in : - Lamy droit économique, *la protection judiciaire des consommateurs*, n° 4831, p.1818.

¹³⁵⁹ - Lamy droit économique, Art.cit, p.1821.

إن التدخل يعرف على أنه طلب شخص – جمعية أو جمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية في نازلة الحال- من الغير – المستهلك أو المستهلكين- أن يصبح طرفا في خصومة قائمة¹³⁶⁰، ينقسم تدخل جمعيات حماية المستهلك إلى نوعين: تدخل اختياري، يتم رغما عن إرادة المستهلكين، حيث تصبح إحدى جمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية طرفا في الخصومة بناء على رغبتها أو تدخل جبري بناء على طلب أحد أطراف الدعوى أو بناء على أمر المحكمة أثناء سير الدعوى أمامها¹³⁶¹. هذا يحيلنا إلى دراسة التدخل الاختياري لجمعيات حماية المستهلكين (المطلب الأول) والتدخل الجبري لجمعيات حماية المستهلكين (المطلب الثاني)

المطلب الأول: التدخل الاختياري لجمعيات حماية المستهلكين

إن التدخل الاختياري، هو الطلب الذي تتقدم به جمعية حماية المستهلكين في دعوى قائمة لم تكن طرفا فيها، قصد الدفاع من خلالها عن المصالح الجماعية للمستهلكين أو نيابة عن مستهلكين اثنين فأكثر تعرضوا لأضرار فردية، الكل بهدف تدعيم مستهلك أو مستهلكين مترافعين سابقين في مسطرة قضائية. هنا يجب التمييز بين نوعين من التدخل وهما التدخل التبعية (الفقرة الأولى) والتدخل الأصلي (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: التدخل التبعية

على خلاف الدعوى المدنية، التي يمكن أن ترفعها جمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية كطرف رئيسي مستقل، تعد الدعوى المنضمة التبعية كحق انضمام أمام المحكمة المدنية لدعم الطلب الأصلي للمستهلك¹³⁶². إن التدخل التبعية هو الذي تقتصر فيه الجمعية المأذونة أو المعترف لها بصفة المنفعة العامة على الانضمام للمستهلك أو المستهلكين كمدعية أو مدعين أو مدعى عليها أو مدعى عليهم. تدخل الجمعية لا يرمي إلى المطالبة بحق أو مركز قانوني لها كجمعية، وإنما يتدخل لتأييد طلبات المستهلك أو المستهلكين، يشترط طبعاً في هذا التدخل أن تكون للجمعية مصلحة في تدخلها (تحقيق إحدى الأهداف المنصوص عليها في قانونها الأساسي) طبقاً للفصل 111 من ق.م.م. هذا عن التدخل التبعية للجمعية. فماذا عن تدخلها الأصلي؟

الفقرة الثانية: التدخل الأصلي

هو التدخل الذي تدعي فيه الجمعية بحق ذاتي لنفسها وتطلب الحكم به في دعوى قائمة بين مستهلك أو مستهلكين وبنك (أطراف الخصومة)، كأن يرفع أحد أو مجموعة من المستهلكين دعوى تعويض ضد بنك أو مجموعة أبناءك عن اعتداء وقع عليهم. فتدخل الجمعية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصاب جميع مستهلكي الخدمات البنكية جراء ذلك الاعتداء مع مراعاة قيود المادة

¹³⁶⁰ - راجع الطيب الفصايلي، مرجع سابق، ص.189.

¹³⁶¹ - نفسه.

¹³⁶² - Lamy droit économique, Art.cit, p.1821.

157 من قانون تدابير حماية المستهلك وقيود عدم اعتراف المشرع المغربي بدعوى الفوج على غرار التشريع الفرنسي مؤخر¹³⁶³ والتشريع الأمريكي منذ زمن. حيث يشترط في التدخل الأصلي لجمعية حماية المستهلك، أن يكون الطلب الذي تطلب الحكم به مرتبطا بالدعوى، فإذا لم يتحقق ذلك الارتباط بين الحق الذي تدعيه المتدخلة لنفسها وبين موضوع النزاع الأصلي، فإن التدخل لا يحقق أي فائدة وإنما يؤدي إلى تعطيل الفصل في النزاع القائم¹³⁶⁴. هنا قد تطلب الجمعية إيقاف تصرفات غير مشروعة أو حذف بنود تعسفية أو تطالب بتعويضات للضرر الحاصل للمصلحة الجماعية للمستهلكين.¹³⁶⁵ هذا عن التدخل الاختياري لجمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية. فماذا عن تدخلها غير الاختياري؟

المطلب الثاني: التدخل الجبري لجمعيات حماية المستهلكين

التدخل الجبري معناه تكليف جمعية حماية المستهلك من الغير لكي تصبح طرفا في خصومة قائمة أو على الأقل أن تكون ممثلة فيها وذلك بناء على طلب مستهلك أو مستهلكين، أو بنك أو أبناء أو بأمر تصدره المحكمة من تلقاء نفسها. فالتدخل الجبري لجمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية له صورتان إذن: إما بناء على أمر المحكمة (الفقرة الثانية). وإما التدخل الجبري بناء على طلب الخصوم (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: التدخل الجبري بناء على طلب أحد أطراف الدعوى

يعتبر التدخل الجبري بناء على طلب أحد أطراف الخصومة، طلبا عارضا يقدمه أحد الطرفين في مواجهة الجمعية. حيث يؤدي ذلك إلى أن تصبح جمعية حماية مستهلكي الخدمات البنكية طرفا في الخصومة، ذلك هو التدخل الجبري بالمعنى الدقيق، ومن أهم صوره إلزام الجمعية بتقديم وسائل إثبات بين يديها أو اجتهادات قضائية لديها منتجة في الدعوى الأصلية، فتكون الجمعية في هذه الحالة أقرب إلى الشاهد منه إلى الخصم ويقتصر دورها على تقديم الدليل وفقا للإجراءات التي رسمها قانون الإثبات¹³⁶⁶ وقانون تدابير حماية المستهلك. هذا عن التدخل الجبري بناء على طلب المستهلك(ين) أو البنك(بين). فماذا عن التدخل الجبري لجمعية حماية المستهلكين بأمر تصدره المحكمة من نفسها؟

الفقرة الثانية: التدخل الجبري لجمعية حماية المستهلكين بأمر تصدره المحكمة من نفسها

هنا قد ترى المحكمة ضرورة إدخال جمعية حماية مستهلكي الخدمات البنكية في الدعوى، رغما عن إرادة البنك أو الأبناء. وذلك بقصد إظهار الحقيقة أو تحقيق مصلحة العدالة، كما لو أمرت

¹³⁶³ - Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n°0065, du 18 mars 2014.

¹³⁶⁴ - راجع الطيب الفصائلي، مرجع سابق، ص.191.

¹³⁶⁵ Didier.Ferrier ,op.cit, p.77.

¹³⁶⁶ - راجع الطيب الفصائلي، مرجع سابق، ص.193.

بإدخالها لإلزامها بتقديم ورقة تحت يديها تعد مفيدة للمحكمة للبت في النزاع أو كما لو توفي المستهلك أو المستهلكين أو طرأ في أهليتهم أثناء النظر في الدعوى عارض وارتأت المحكمة أن إدخال الجمعية لأن لها الصفة في مواصلة الدعوى ما لم تكن الدعوى جاهزة للحكم¹³⁶⁷. هذا عن دور جمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية في المغرب على ضوء واقع النصوص الحالية. فماذا عن الفعالية المرتقبة في حالة تبني دعوى الفوج؟

الفرع الثاني: فعالية الحماية الجماعية رهينة بتبني دعوى الفوج

لقد عرف تاريخ العمل الجمعي في المغرب، تجربتين فاشلتين لحماية مستهلكي ضحايا القروض الاستهلاكية خصوصا و مستعملي الخدمات البنكية عموما يستحسن التذكير بهما هما :

I. الجمعية المغربية لضحايا القروض الاستهلاكية:

أسست بالرباط في 20 أبريل 2000 بغرض الدفاع عن كل الأشخاص وخصوصا الموظفين منهم، الذين يقبلون على هذا النوع من القروض ويجدون أنفسهم أمام أقساط شهرية يتم اقتطاعها من المنبع. فإذا كانت المادة الثانية من النظام الأساسي للجمعية، أشارت إلى أن تأسيس هذه الجمعية جاء للدفاع عن العائلة ضد الحاجة "الفقر" فإن مادتها الرابعة أعطت سبعة مجالات على الجمعية العمل فيها وهي:

- 1- الدفاع عن ضحايا القروض الاستهلاكية على المستويات المادية والمعنوية والإقتصادية والمهنية؛
- 2- تمثيلهم لدى السلطات العمومية والجهات المعنية؛
- 3- توعية المستهلك وإعلامه وحمايته ضد الأعمال المضللة؛
- 4- إيجاد صحافة متخصصة لتوعية وإعلام المستهلك؛
- 5- التشهير بالمهنيين المعنيين بالقطاع عبر مختلف وسائل الإعلام ولدى السلطات العمومية (وزارة المالية، وزارة العدل وبنك المغرب)؛
- 6- تعبئة جهود التعاون مع الجمعيات التي لها نفس الغرض؛
- 7- تنظيم ندوات حول موضوع حماية المستهلك.

ولقد التزمت بعض شركات التمويل بالحوار مع هذه الجمعية لتسوية بعض المشاكل العالقة. لكن رغم هذا الدور وهذه الخطوة الأولى في خلق جمعيات متخصصة في المجال، فإن دور هذه

¹³⁶⁷ - انظر الفصل 115 من قانون المسطرة المدنية. راجع أيضا الطيب الفصايلي، مرجع سابق، ص.61.

الجمعية بقي محدودا بالنظر للإمكانيات المادية الضعيفة التي توفرت عليها مما عاق تطورها وتنفيذها لبرامجها¹³⁶⁸.

II. الجمعية المغربية لمستعملي الخدمات البنكية

صرحت العصبة الوطنية لحماية المستهلك، بأن أغلبية الشكايات التي تلقتها من المستهلكين تقوم حول عمليات البنوك والقروض الاستهلاكية. ولذلك تمت بالرباط سنة 1986 محاولة تأسيس جمعية مختصة بهدف حماية المستهلك من البنوك ولم يكتب لذلك المشروع أن يرى النور في وقته. لكنه

وبعد أربعة عشر سنة أسست بالرباط في 25 نونبر 2000 الجمعية المغربية لمستعملي الخدمات البنكية.

ومن بين العشرة مشاكل التي هدفت الجمعية لمعالجتها ومساعدة مستعمل الخدمات البنكية من التغلب على عواقبها وبالتالي محاربة اختلالاتها هناك المصاريف والعمولات والقروض. ومن أجل ذلك تهدف الجمعية حسب المادة الرابعة من نظامها الأساسي.

1. العمل من أجل أن تكون المعاملات البنكية متوازنة أو متكافئة بين مستعملي الخدمة والمؤسسات البنكية؛

2. تفعيل التطبيق الفعلي للنصوص التي تنظم القطاع؛

و من أجل ذلك عملت الجمعية، حسب نص المادة 5 من نظامها الأساسي، على:

1. إعطاء إستشارات لمستعملي الخدمات البنكية؛

2. إنجاز دراسات ونشر تقارير وتنظيم الندوات حول أنشطة المؤسسات البنكية وعلاقتها بمستعملي خدماتها؛

3. تقديم الاقتراحات للجهات المهنية بهدف تقوية جودة الخدمات البنكية المقدمة.

نفس الأمر ينطبق على هذه الجمعية. فرغم أهميتها وأهمية عرضها وأهدافها الذي سعت إليها ومحاولاتها خلق تدابير لحماية المستهلك، فإنها عجزت عن تنفيذ تلك الأهداف بالنظر لمحدودية إمكانياتها المالية¹³⁶⁹. مما يحيل الباحث الى أهمية دعوى الفوج كحل وحيد في نظرنا لتفعيل الحماية الجموعية.

¹³⁶⁸ - رشيد الشائب، مرجع سابق، ص. 117.

¹³⁶⁹ رشيد الشائب، مرجع سابق، صفحة 117 و 118.

إن غياب دعوى الفوج في النظام القانوني المغربي يعرقل فعليا تعويض الأضرار ذات القيمة الزهيدة باعتبار أن الدعوى الفردية ستكون مكلفة نظرا للرسوم القضائية وأتعاب المحامي بالمقارنة مع التعويض المحدد لاحقا من طرف المحكمة. فالتعاقد بين ضحايا الممارسات البنكية في إطار دعوى الفوج يمكن من التغلب على عدم الاهتمام بالمقاضاة المأسوسة قانونا¹³⁷⁰. لأجله حري بنا دراسة مزايا وسلبيات تبني دعوى الفوج (المبحث الأول) قبل التطرق لأصناف دعوى الفوج (المبحث الثاني)

المبحث الأول: مزايا وسلبيات تبني دعوى الفوج

هنا سنعالج مزايا تبني دعوى الفوج (المطلب الأول) قبل التطرق لسلبياتها (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مزايا تبني دعوى الفوج

تكتسي دعوى الفوج مزايا في حالة تبنيها مستقبلا من طرف المشرع المغربي، ترتبط أساسا بكونها ستوحد دعاوى فردية عديدة في إطار محاكمة واحدة من خلال عناصر الفعالية (الفقرة الأولى) والتعويضات (الفقرة الثانية) وعدم ملاء ذمة البنك (الفقرة الثالثة) وتجنب تضارب الأحكام القضائية (الفقرة الرابعة)

الفقرة الأولى: دعوى الفوج ترفع من فعالية العدالة

يسمح توحيد الدعاوى في إطار دعوى الفوج، عندما تكون الوقائع مماثلة، من تقادي تكرار نفس الاجراءات بنفس الشهود والوثائق والأبحاث ويقص من اجبار الأطراف على تكرار الذهاب إلى المحاكمة من أجل نفس الممارسات البنكية.

إن تجنب الإكثار من الجلسات والتبليغات والإجراءات من شأنه، اقتصاد تكلفة تكليف عدد كبير من القضاة وكتاب الضبط والمفوضين القضائيين والمحامين (في إطار المساعدة القضائية)، مما يساهم في نجاعة العدالة. هذا عن فعالية العدالة. فماذا عن مصلحة المتقاضين؟

الفقرة الثانية: إشكالية التعويضات الزهيدة

تعد دعوى الفوج هي الحل للتعويضات الزهيدة التي تكون غير محفزة لشخص واحد ليطالب وحيدا باسترجاع حقوقه. تحل دعوى الفوج هذا المشكل بدمج التعويضات الزهيدة في مجموع يقوم عادة محام بالاهتمام بطلب تحصيله. هكذا، فإن دعوى الفوج تتيح للمدعى عليه البنك في نازلة الحال والذي اقترف أعمالا مضرّة على نطاق واسع بقيمة زهيدة بالنسبة لكل مستهلك على حدى من أن يعوض مرة واحدة تلك الأضرار للأشخاص التي تعرضوا لها. مثلا، تعد الخسائر التي تعرض لها آلاف المودعين نتيجة فرض تكلفة على خدمة اعتبرتها دورية بنك المغرب مجانية (درهم واحد

¹³⁷⁰ - Laurent .Béteille & Richard.Yung, op.cit , p.18.

عن كل إيداع) خسائر زهيدة لاتحفز الافراد للتقاضي فرادى. بينما تعد دعوى الفوج وسيلة فعالة لاصلاح ذلك الوضع. هذا عن تحفيز الدعوى الجماعية المتضررين الصغار بالتقاضي. فماذا عن حالة كون البنك غير مليء الذمة وهي حالة نادرة لكن غير مستحيلة؟

الفقرة الثالثة: إشكالية عدم ملاءة ذمة البنك المحكوم عليه

تحل دعوى الفوج مشكل القضايا التي يكون فيها المدعى عليه البنك غير مليء الذمة. تلك حالة نادرة، يتوقع وجودها في حالة أزمة اقتصادية أو وقوع البنك في مسطرة الوقاية من صعوبات المقولة، على غرار ما وقع مؤخرا في بعض البلدان الأوروبية وأمريكا. إن دعوى الفوج تسمح بأن يحصل كل من مستهلكي الخدمات البنكية على تعويض. حيث تسمح آلية دعوى الفوج من تلافي أن يتم تعويض أولى الطالبين وإغفال البقية. إن تلك الآلية تسمح بتعويض كل المستهلكين وتوزيع التعويض بعدل بينهم في حالة ربح الدعوى.

هذا عن حالة البنك غير مليء الذمة. فماذا عن فوائد تجنب احكام قضائية متضاربة؟

الفقرة الرابعة: دعوى الفوج تسمح بتجنب صدور احكام قضائية متضاربة

حيث تجعل البنك المحكوم عليه لا يسلك اتجاهات متباينة في تعاملاته: فمثلا قد تصدر محكمة حكما بإرجاع المبالغ المقتطعة بغير وجه حق، في حين تصدر المحكمة الاخرى حكما بالإرجاع مع التعويض.

هذا عن مزايا دعوى الفوج. فماذا عن سلبياتها؟

المطلب الثاني: مساوئ دعوى الفوج

بخصوص مساوئ دعوى الفوج، سنعالج احتمال الادعاء التعسفي للمحامين (الفقرة الأولى) والآثار السلبية على المقاولات البنكية (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: دعوى الفوج تدفع المحامين للادعاء التعسفي باسم ضحايا الممارسات البنكية "غير المشروعة"

حيث سيجبرون موكلهم بحكم الواقع على التصالح والحصول على تعويضات منخفضة ليتمكن أولئك المحامين من الحصول على أتعاب محترمة. هنا تبقى مسؤولية القضاء كاملة في الابطال والتصريح ببطلان عقد الصلح الذي ابرمه المحامي في الحدود التي تسمح به مقتضيات ظهير الالتزامات والعقود¹³⁷¹. علما أنه من باب الإنصاف، لا يحق له الحصول على تعويضات.

هذا عن المخاطر المتعلقة بممارسات بعض المحامين. فماذا عن اضرارها على المقاولات

البنكية؟

¹³⁷¹ - راجع حالات الطعن في الصلح المنصوص عليها في الفصل 1111 من ظهير الالتزامات و العقود.

الفقرة الثانية: دعوى الفوج تشكل نوعا من الضريبة المفروضة على المقاولات البنكية التي قد تمنعها من الابتكار

ذلك أن مثل تلك الدعاوى ستمنع المقاولات من تجربة عرض أي خدمة أو منتج دون التأكد التام من عدم وجود أي إخلال بأي مقتضى قانوني أو تعاقدية. هذا علما أنه حتى بالنسبة للأبنك التي تعد مقاولات ذات إمكانيات مالية هامة لن تحس بأفضليتها المالية تجاه كل مستهلك على حدى في إطار استراتيجية " فرق تسد " بسبب احتمال اللجوء الى دعوى الفوج¹³⁷².
هذا عن مزايا وسلبات دعاوى الفوج. فماذا عن أصنافها؟

المبحث الثاني: أصناف دعوى الفوج

إن نموذج دعوى الفوج الامريكية تمارس من قبل شخص طبيعي و/أو معنوي لتمثيل فوج غير منظم من الاشخاص الموجودين في نفس الوضع القانوني. هذا النوع من الدعاوى لا يوجد في قانون تدابير حماية المستهلك اعتبارا لتبنيه مبدأ نسبية الاحكام. إنها تسمح للجمعيات والافراد بالدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين عن طريق الدعوى الجماعية. كما تمكن تلك الدعوى إذا أصيب عدة مستهلكين بأضرار من مصدر واحد من مزاولتها دون الحاجة الى وجود تكتل توكيلات ولا إخطار سابق. وإذا صدر الحكم لفائدة الفرد أو الجمعية فيمكن لاي من المتضررين طلب الاستفادة منه ويظل بقية المتضررين أحرارا في مباشرة الدعوى الفردية¹³⁷³. لأجله يتعين الاقتراب أكثر من دعوى الفوج الممارسة من شخص طبيعي (المطلب الأول) أو جمعية حماية المستهلكين (المطلب الثاني)

المطلب الأول: دعوى الفوج الممارسة من شخص طبيعي

لم يتبن المشرع الفرنسي دعوى الفوج المرفوعة من شخص طبيعي. فقد قصر صفة رفع دعوى الفوج على جمعيات حماية المستهلكين ذات التمثيلية الوطنية والمأذون لها¹³⁷⁴. أما في المغرب، فقد نصت المادة 157 من قانون تدابير حماية المستهلك على أن الجامعة الوطنية وجمعيات حماية المستهلك المعترف لها بصفة المنفعة العامة والممارسة للحقوق المخولة للطرف المدني هي لها الصفة في الادعاء لحماية المصالح الجماعية. لكن هناك أيضا عبارة مهمة تستوقف الباحث هي عبارة " الطرف المدني ". إذ ينبغي ان تلحق تصرفات البنك بالمصلحة الجماعية للمستهلكين، مما

¹³⁷² - http://fr.wikipedia.org/wiki/Action_de_groupe « consulté le 03/08/2018 »

¹³⁷³ - J.Calais-Auloy & Steinmetz, *droit de la consommation*, Dalloz, 7 édition, 2006, p.651.

¹³⁷⁴ - Maria.José.Azard-Band, *l'introduction d'une action de groupe en droit de la consommation*, Gaz.Pal, 3 septembre2013, n° 246, p.17.

يحيل على مبدأ نسبية الأحكام وأثاره الحصرية، التي تمنع مستهلك خدمة بنكية حالياً من رفع دعوى تشمل بأثارها كل المعنيين بها غير المدخلين في الدعوى.

إن من شأن تبني المشرع المغربي لدعوى الفوج المرفوعة من شخص ذاتي في المستقبل، قبول الادعاء، حينما تكون هوية وعدد المستهلكين المتضررين وقدر الضرر نفسه بالنسبة للخدمة المؤداة أو المدة غير معروفين. هنا يحق للقاضي أن يبت في مسؤولية البنك المهني ويحكم على هذا الأخير بأن يعرض المدعين الملتحقين بالشخص الطبيعي مباشرة وكل على حدى داخل أجل ووفق الشكليات التي يحددها. هذا وقبل تنفيذ البنك للحكم الذي أصبح باتاً يتم إخبار كل مستهلك على حدى على نفقة المهني البنكي لتمكينهم من قبول التعويض وفق الحكم الصادر. أما في حالة عدم رغبة البنك المهني في تنفيذ الحكم يعد هذا الأخير بمثابة توكيل لتقاضي التعويض نيابة عن المتضررين.

قد تثير ممارسة دعوى الفوج من قبل شخص طبيعي في المغرب، مخاوف عديدة تتعلق بإمكانيات انحراف آلية الحماية هذه إلى تعسفات في مواجهة الابنك خاصة وموردي الخدمات والمنتجات عموماً. فضلاً عن أثارها السلبية على الاقتصاد والأسواق بما فيها السوق المالي والبنكي؛ لا سيما وأن التجربة الأمريكية عرفت الكثير من الانزلاقات¹³⁷⁵. في نفس السياق، يجب التذكير أن التجربة الفرنسية عرفت العديد من المشاورات القبلية مع جمعيات حماية المستهلك قصد إعطاء احتكار دعوى الفوج لجمعيات حماية المستهلكين حصراً. هنا أوصى تقرير مجلس المستشارين يونج و بيتاي بتاريخ 26 ماي 2010 بإعطاء جمعيات حماية المستهلكين والمستثمرين فقط رخصة حصرية لممارسة دعوى الفوج ومتابعتها حتى نهايتها¹³⁷⁶. مضمون تلك التوصية سيأخذ بها المشرع الفرنسي في المادة L411-1 من مدونة الاستهلاك (صيغة ما قبل 16 مارس 2016) والتي على ضوءها تم الترخيص فقط لـ 15 جمعية لمزاولة دعوى الفوج في رغبة من المشرع لممارسة تلك الدعوى بجدية ومصادقية¹³⁷⁷.

إن تبني دعوى الفوج يصطدم دوماً بالتساؤل حول مدى إمكانية ممارسة المحامي لتلك الدعوى بشكل منفرد دون توكيل من متضرر، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، من تصرفات البنك؟ ففي فرنسا، أثار إقصاء المحامين من ممارسة دعوى الفوج، على خلاف ما هو معمول به في النظام الأمريكي، العديد من الانتقادات. حيث اعتبر الفقه ذلك المنع مساً بالولوجية إلى العدالة وإضعافاً لحقوق المستهلكين. هنا نرى أنه من غير المفيد منع المحامين المختصين منذ سنوات في النزاعات الاستهلاكية والمدنية والذين ساهموا في تطوير قانون الاستهلاك بمختلف فروع من أخذ مبادرة ممارسة دعوى الفوج وحرمان المستهلكين بالتالي من مبادرة تقاضي قد تكون مفيدة

¹³⁷⁵ - Laurent .Béteille & Richard.Yung, op.cit, p.5.

¹³⁷⁶ - Idem.

¹³⁷⁷ - Ibid., p. 586.

للمتضررين¹³⁷⁸. إن فتح المجال للمحامين المتمرسين على القضايا البنكية والمطلعين على واقع تعسفات الأبنك في مواجهة المستهلكين، سيكون له في النظام القضائي المغربي، أثر رادع قوي على مقدمي الخدمات البنكية، غير المحترمين لحقوق المستهلكين. نذكر هنا أنه لا يسوغ في المغرب توجيه الدعوى ضد بنك وإنتاجها لأثارها لصالح من لم يكن ممثلاً في الدعوى أو في مواجهة من لم يكن طرفاً في الدعوى¹³⁷⁹. هذا عن دعوى الفوج الممارسة من شخص طبيعي. فماذا عن تلك التي قد تمارس من قبل جمعية حماية المستهلكين؟

المطلب الثاني: دعوى الفوج الممارسة من قبل جمعية حماية المستهلكين

يجب أن تكون جمعية حماية المستهلكين، قادرة على التقاضي أمام محكمة مدنية، لتعويض الأضرار الفردية والجماعية التي أصيب بها مستهلكون يوجدون في نفس الوضعية أو تعرضوا لنفس التقصير من قبل البنك، سواء تعلق الأمر بالتزامات قانونية أو تعاقدية. طبعاً يمكن قصر أثر دعوى الفوج على تعويض الأضرار المالية التي تعرض لها المستهلكون (الفرع الأول من الفصل 3) من القانون الفرنسي. هذا ومن أجل أن تكون آلية الحماية الجماعية عبر دعوى الفوج المرفوعة من طرف جمعية حماية المستهلك فعالة وتحقق المراد منها، تخص الدعوى مستهلكين من غير المنخرطين في الجمعية أو الموكلين لها. فالعبرة بتشابه الوضع القانوني وليس في الارتباط الإجرائي بالدعوى من حيث الصفة والمصلحة الآتيتين¹³⁸⁰.

هذا التصور يخالف في المجال الجنائي المادة 7 من قانون المسطرة الجنائية المغربي التي تحصر حق إقامة الدعوى المدنية من طرف جمعية لحماية المستهلك في حالة انتصاب مستهلك الخدمة البنكية الذي تعرض لضرر مادي أو معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة كطرف مدني، أو أن تكون النيابة العامة قد حركت الدعوى العمومية. طبعاً حتى ذلك التصور يجب أن يقيد الدعوى بشرط أن تكون دعوى الجمعية في إطار مجال إهتمامها المنصوص عليه في قانونها الأساسي¹³⁸¹. لكن مشروع قانون تدابير حماية المستهلك أحسن صنعا لما نص في المادة 157 فقرة 3 على أن أحكام الفقرة الثانية من المادة 7 من قانون المسطرة الجنائية لا تطبق على الجامعة الوطنية وجمعيات حماية المستهلك. ولعل المشرع قصد الأحكام المرتبطة باشتراط صفة المنفعة العامة

¹³⁷⁸ - kami.Haeri & Benoit.Javaux, Art.cit , p. 587.

¹³⁷⁹ - إستثناء يحدث الأثر حتى في مواجهة من يقوم مقام المكثري أو المحتل مثلاً في دعوى الإفراغ أو طرد محتل.

¹³⁸⁰ - جاء في الفصل الأول فقرة أولى من قانون المسطرة المدنية: " لا يصح التقاضي إلا ممن له الصفة، والأهلية، والمصلحة، لإثبات حقوقه".

¹³⁸¹ - محمد الهيني، إشكالية تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء، مجلة المعيار، العدد 38، دجنبر 2007. أكتوبر 1994.

وشرط الأربع سنوات قبل ارتكاب الفعل الجرمي. علما أن الفقرة الأولى سمحت بانتصاب جمعية حماية المستهلك أمام قاضي التحقيق.

تلعب جمعيات حماية المستهلك في فرنسا دورا رياديا وفاعلا في الدفاع عن مصالح جمهور المستهلكين، سواء باعتبارها من جماعات الضغط الاجتماعي على المشرع الذي كثيرا ما دفعته إلى تبني سياسة حمائية أو كمجموعة ضغط على المهنيين من خلال الأساليب أو الطرق التي سلكتها لحماية المصلحة الجماعية للمستهلكين، وذلك من خلال الدعاية المضادة ضد المشروعات، التي تلحق الضرر بالمستهلكين أو من خلال الامتناع عن الشراء أو مقاطعة الخدمات بما فيها البنكية والامتناع عن دفع ثمنها¹³⁸² لكن تبقى الدعوى الجماعية أهمها. أكثر من ذلك جاء في قرار لمجلس المنافسة الفرنسي بتاريخ 21 شتنبر 2006 أن عدم تبني دعوى الفوج يعد مسا خطيرا بتوازن العلاقات الاقتصادية بين الأبنك ومستهلكيها ويمس بحسن سير الأسواق البنكية¹³⁸³.

إن عدم تبني دعوى الفوج بالنسبة للمغرب يحكم على مستهلكي الخدمات البنكية بدوام التصرفات المضرة ، مادام أنها لن ترفع إلى المحاكم لجزرها. فإذا كانت الأضرار الفردية صغيرة، فإن الفوائد التي تجنيها الأبنك المعنية مهمة جدا.

¹³⁸² - أمينة ناعمي، مرجع سابق، ص. 268 و 269.

¹³⁸³ - Avis du conseil de la concurrence du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles.

خاتمة

إنه إذا كان يصعب في هذه الأيام العثور على شخص لم يتعامل مع الأبنك في حياته سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، فقد أصبحت الخدمات البنكية أحد أهم ركائز الحياة المعاصرة. وعلى الرغم من أن معظم مستخدمي الخدمات البنكية يتعاملون مع الأبنك، فأغلبهم لا يعلمون الحقوق التي توفرها لهم المنظومة القانونية وهي حقوق عديدة ومهمة¹³⁸⁴. هذا البحث حاول أن يثبت أن

¹³⁸⁴ - تشير أن المستهلك المغربي له الحق في ولوج الخدمات البنكية الأساسية و مجانية. حيث أتت دورية والي بنك المغرب بتاريخ 3 ماي 2010 المتعلقة بالخدمات البنكية الأساسية المتوجب تقديمها من الأبنك لزيائها مجانا بلائحة تلك الخدمات و هي:

- 1- فتح الحساب.
- 2- تسليم دفتر الشيكات.
- 3- تسليم دفتر الادخار .
- 4- توطين الأجر.
- 5- طلب شهادة مقتطع التعريف البنكي .
- 6- الإيداع نقدا بإستثناء استيفاء مبلغ التمبر.
- 7- السحب نقدا من الشباك حيث يوجد الحساب المتوجب الاقتطاع منه بإستثناء السحب بواسطة شيك الشباك بالنسبة للزبناء المتوفرين على دفتر شيكات.
- 8- السحب نقدا من خلال تقديم دفتر الادخار لدى الشباك حيث يوجد الحساب المتوجب الاقتطاع منه.
- 9- السحب من شبائيك او توماتيكية بنكية لدى لمؤسسة الحائزة للحساب.
- 10- إصدار تحويل من حساب لحساب بين خواص لدى نفس البنك.
- 11- استلام تحويلات وطنية.
- 12- تسلم أموال موضوعة رهن الاشارة وطنيا داخل نفس المؤسسة.
- 13- إصدار وإرسال بيان الحساب للزبون.
- 14- الاستشارة و اصدار الرصيد من خلال الشباك الاتوماتيكي البنكي و/ أو الانترنت ماعدا مصاريف الانخراط في قنوات التوزيع.
- 15- تغيير عناصر التعريف بمالك الحساب.
- 16- قفل الحساب.

لمستهلكي تلك الخدمات حقوق تجاه البنك مع التركيز على تحديد نطاق الخدمات البنكية المحمية والمستفيدين وأدوات الاستفادة من تلك الحماية.

لقد إرتأينا نظرا لشساعة وكثرة الخدمات البنكية وذرها للسقوط في فخ التيه، قصر معالجته على محورين يعتمدان على مفهوم الاستدانة من جهة ومفهوم الخدمات البنكية ذات الطابع غير الائتماني من جهة أخرى. فإذا كانت المواد من 3 إلى 8 من قانون 103.18 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، حددت أهم الخدمات البنكية، فإنها لم تصنفها بشكل يسمح باستخراج نطاق الحماية الخاصة بمستهلكي تلك الخدمات، على خلاف القسم السادس من قانون تدابير حماية المستهلك الذي حصر ضمن بابيه أهم الخدمات الائتمانية وفصل في الحماية المتوجبة لكل الخدمات المتفرعة عن القروض الاستهلاكية والقروض العقاري.

إن البحث في نطاق الأشخاص المستفيدين وغير المستفيدين، وهم كثر، أوضح بما لا يترك مجالا للشك أن المشرع المغربي تبنى نطاقا شاسعا لمفهوم المستهلك البنكي شمل العديد من المفاهيم المشابهة. حيث يمكن القول إن المشرع قد أخطأ من خلال تبني تلك المقاربة غير الضيقة. فكما يقولون " الكثير من الحماية يضر بالحماية". إن إكراهات الأمن القانوني والقضائي، كانت في نظرنا توجب منه تبني مفهوم أقرب الى مفهوم الطرف الضعيف، عوض ترك التعريف يشمل حتى المهنيين.

إن تحديد الحماية كذلك استوجب تحديد الجهة المحمي منها وهي مؤسسات الائتمان بشقيها شركات التمويل والأبنك موضوع الدراسة في نازلة الحال، مع ما استتبع ذلك من تحديث على ضوء القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها الصادر في الجريدة الرسمية بتاريخ 22 يناير 2015. هذا علما أن تعريف المورد في قسم نطاق التطبيق وتعريف المقرض في قسم الاستدانة، زاد من غموض تعريف المتعاقد مع مستهلكي الخدمات البنكية ووسع بالتالي من نطاق الحماية في ضرب آخر للتعريف الدقيق والصائب.

هذا وقد وفرت التشريعات واجتهادات المحاكم، أدوات عديدة لحماية مستخدمي الخدمات البنكية، من بينها الآليات الحمائية الموضوعية التي تتداخل أو تتمايز مع الآليات الاجرائية الشكلية. تلك الأدوات، رغم تعليق بعضها على نصوص تنظيمية عامة أو قطاعية كما هو الحال في المجال البنكي، لم يسهل على المستهلكين ضمان الحماية الافتراضية فقط، لكن مكنهم من الاستفادة من التطور النسبي التدريجي للممارسة البنكية.

تنبوأ جمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية، كما رأينا، دورا مهما في حماية مصالح المستهلكين. هذا الدور يجب أن يكرس ويشجع بما فيه تعزيز تمثيل تلك الجمعيات في مؤسسات

الحكمة. كما يجب في نظرنا منحها صلاحيات قانونية مهمة بتبني دعوى الفوج لتتمكن من ممارسة فعالة للدعوى أمام المحاكم ومن التفاوض مع الأبنك عبر اتفاقيات جماعية. طبعا تلك الصلاحيات يجب أن تحصر ليس في الجمعيات الأكثر تمثيلية ولكن الأكثر استقلالية. فالخوف دائما يبقى قائما من أن تمارس تلك الصلاحيات من قبل جمعيات لا تقدر حقيقة مصالح المستهلكين بأن تدافع عن مصالح مختلفة عن مصالح المستهلكين¹³⁸⁵. نشير أنه في تصورنا، لتفعيل تحقيق الحماية يمكن الأخذ ببعض من المقترحات التالية:

أولا: فيما يخص جمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية

يمكن للمشرع المغربي أن يتبنى دعوى الفوج من خلال تبني الأحكام التالية:

- يتصور أن تخضع دعوى الفوج للشرعية العامة في المجال المسطري، مع وجود مقتضيات خاصة تميزها عن باقي الدعاوى.
- أما في مجال الاختصاص المحلي، يمكن تصور إقامة الدعوى في مواجهة البنك المدعى عليه؛ مع امكانية تصور اختصاص المحكمة الابتدائية بالرباط. هذا إذا كان البنك المدعى عليه يتوفر على مقر اجتماعي خارج المغرب.
- يجب أن تحدد مقالات الدعوى الحالات الفردية التي تعتمدها الجمعية بدءا.
- على جمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية، أن تدلي بمقرر ترخيصها كتابة أو ضمنا.
- طبعا من المتصور أن تحقيق الدعوى يكون من قبل القاضي الفرد وممارسة الطعون خاضعان للقواعد العامة.
- يمكن أيضا اقتباسا من القانون الفرنسي، جعل الحكم الذي يبت في مسؤولية البنك، يحدد أجلا للنشر من قبل هذا الأخير، تحت طائلة تصدي الجمعيات رابحة الدعوى. حيث يحدد الحكم البات في المسؤولية تاريخ اعتبار القضية جاهزة و يخبر بتاريخ الجلسة التي ستحصر خلالها طلبات التعويض التي لم يستجب لها البنك المحكوم عليه بعد.
- أخيرا على حكم تحديد المسؤولية، إبراز معايير لتحديد المجموعة المستفيدة وتبيان أجل وشكليات الإخبار والقبول وتعويض المستهلكين المعنيين.

¹³⁸⁵ - Jean.Calais-Auloy, Rapport final de la commission de refonte du droit de la consommation, op.cit., p.19.

هذا فيما يخص جمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية. فماذا عن بنك المغرب؟

ثانيا : فيما يخص بنك المغرب

ارتبط ضعف الحماية القانونية والمؤسساتية لمستهلكي الخدمات البنكية على الصعيد الوطني بالمقارنة مع بعض القوانين الأجنبية، باختصاصات والي بنك المغرب من حيث المشروعية¹³⁸⁶ والشرعية وتداخلها مع اختصاصات وزارة المالية من حيث الأدوار الحمائية للمستهلكين. هكذا فإن إصلاح تقنين المؤسسات البنكية، لا يمكن أن يتم إلا بمقاربة ضمان الشرعية¹³⁸⁷ وتمثيلية المعنيين بها، أي مستهلكي خدمات الأبنك¹³⁸⁸. طرحت مسألة شرعية المؤسسات في فرنسا منذ سنة 1848 بربطها حصرا بالانتخاب. فقد رأى رجال الفقه مثلا أن القضاء وباقي المؤسسات ليست بسلطة **Pouvoir** دون انتخاب بل مجرد **Autorité**¹³⁸⁹. فالسلطة في المفهوم الأول، هي قيمة معترف بها لأي شخص أو كيان. بينما السلطة في المفهوم الثاني، هي تأثير حق أو شرعية تمارس على الآخرين مع أكثر أو أقل من السلطة. هنا يحق أيضا أن نتساءل عن مدى مشروعية ونجاعة اختيار والي بنك المغرب عن طريق التعيين وليس عبر الانتخاب المباشر وغير المباشر، على ضوء ما تساءل عنه مونتيسكيو في "روح القوانين" من وجوب البحث وراء أشكال المؤسسات عن المبدأ الذي يجعلها تعمل¹³⁹⁰. فإذا كان بنك المغرب شخصا معنويا يتمتع بالاستقلال المالي وأخيرا

¹³⁸⁶ - يقصد بالمشروعية، أن تكون جميع تصرفات الإدارة- بنك المغرب في نازلة الحال- في حدود القانون، ويؤخذ القانون بمدلوله العام أي جميع القواعد الملزمة سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، وأيما كان مصدرها مع مراعاة التدرج في قوتها (نصوص الدستور، القوانين التنظيمية، القوانين التشريعية، المراسيم، القرارات الإدارية التنظيمية والفردية) وأيما كان نوع تصرف الإدارة أي سواء كان عملها (acte juridique قانونيا أو ماديا acte matériel) . ويكاد الفقه يجمع على أن مبدأ المشروعية يعني "سيادة حكم القانون". مليكة الصروخ، مرجع سابق، ص.534.

¹³⁸⁷ - Voir : Alain.Seban, *les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation*, LPA, n°110, 3 juin 2002 , p.63.

¹³⁸⁸ - « *l'implication de tous les acteurs concernés dans l'élaboration, l'instruction et la réalisation des projets est une condition fondamentale de la réussite* »- karim elghissassi, *regards sur le maroc de Mohamed VI*, Michel Lafon, 2006 , p.116.

¹³⁸⁹ - L'autorité est une valeur reconnue à une personne ou à une entité alors que le pouvoir est l'effet d'un droit ou de la légitimité exercés sur autrui avec plus ou moins d'autorité. Publiée in : <http://www.la-difference-entre.com/difference.php?id=autorite-pouvoir> « Consulté le 03/08/2018».

Voir également : Larousse Lyr illustré, 1982, p.81&799.

Voir à titre de comparaison , *Les conseils supérieurs de la magistrature : Quelles réformes pour un pouvoir judiciaire indépendant ? Les exemples de l'Egypte, la Jordanie, le Liban, le Maroc et la Palestine*, publié in : <http://www.fidh.org/IMG/pdf/ConSupMag523fr2009.pdf> « Consulté le 03/08/2018»

¹³⁹⁰ - Montesquieu, *l'esprit des lois*, Garnier Frères & librairie éditeurs, paris, 1927, p.19.

الاداري¹³⁹¹، فهو في الحقيقة تاجر في علاقاته مع الغير، فكيف لمهني أن يكون خصما وحكما لغير مهني؟¹³⁹². كيف لهذا البنك، أن يتحقق من حسن سير النظام البنكي؟ وأن يسهر على تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمؤسسات الائتمان¹³⁹³ في شق حماية مستهلكي خدماتها وهو قد يكون في بعض الأوقات ممثلا للحكومة¹³⁹⁴ علما أنه دوما مستشار لديها¹³⁹⁵. كيف لبنك المغرب، أن يكون مستقلا عن السلطة السياسية ورئيسه أي - واليه - يعين بظهير¹³⁹⁶ و مديره يعينون

¹³⁹¹ - جاء في المادة 1 من ظهير شريف رقم 1.19.82 صادر في 17 من شوال 1440 21 يونيو 2019 بتنفيذ القانون رقم 40.17 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب ما يلي: "يعتبر "بنك المغرب" المحدث بموجب الظهير الشريف رقم 1.59.233 بتاريخ 23 من ذي الحجة 1378 (30 يونيو 1959)، المشار إليه فيما بعد بالبنك، شخصا اعتباريا عموميا يتمتع بالاستقلال المالي و الإداري، يحدد موضوعه ومهامه وعملياته وكذا كفاءات إدارته وتسييره ومراقبته بمقتضى هذا القانون وكذا النصوص المتخذة لتطبيقه".

¹³⁹² - جاء في المادة 3 ظهير شريف رقم 1.19.82 صادر في 17 من شوال 1440 21 يونيو 2019 بتنفيذ القانون رقم 40.17 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب ما يلي: "تخضع قرارات و عمليات البنك لأحكام التشريع الجاري به العمل مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها بمقتضى هذا القانون".

¹³⁹³ - جاء في المادة 8 من ظهير شريف رقم 1.19.82 صادر في 17 من شوال 1440 21 يونيو 2019 بتنفيذ القانون رقم 40.17 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب " يتحقق البنك من حسن سير النظام البنكي ويسهر على تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمزاولة نشاط مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها ومراقبته".

¹³⁹⁴ - جاء في المادة 18 من ظهير شريف رقم 1.19.82 صادر في 17 من شوال 1440 21 يونيو 2019 بتنفيذ القانون رقم 40.17 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب ما يلي: " يمكن للبنك بطلب من الحكومة تمثيلها لدى المؤسسات المالية و النقدية الدولية المحدثة لدعم التعاون في المجالين النقدي و المالي".

¹³⁹⁵ - نصت المادة 15 من ظهير شريف رقم 1.19.82 صادر في 17 من شوال 1440 21 يونيو 2019 بتنفيذ القانون رقم 40.17 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب ما يلي: "يعتبر البنك مستشارا ماليا للحكومة، وتستطلع الحكومة رايه على وجه الخصوص في جميع المسائل التي من انما ان تمس بمزاولة صلاحياته ووظائفه كما هي مبينة في هذا القانون. ويعرض البنك على الحكومة جميع الآراء والاقتراحات المتعلقة بنفس تلك المسائل".

¹³⁹⁶ - جاء في المادة 30 من ظهير شريف رقم 1.19.82 صادر في 17 من شوال 1440 21 يونيو 2019 بتنفيذ القانون رقم 40.17 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب ما يلي: "يعين والي البنك وفق الشروط المنصوص عليها في "الفصل 49 من الدستور الحالي" لمدة ستة سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة. يتم اختياره من بين الشخصيات المشهود لها بالكفاءة و النزاهة والحياد. يؤدي اليمين بين يدي جلالة الملك. و تحدد أجرته بمرسوم".

فطبقا للفصل 49 من الدستور يتداول المجلس الوزاري في تعيين والي بنك المغرب بعد اقتراح من رئيس الحكومة وبمبادرة من الوزير المعني- مبدئيا وزير المالية-. وقد حدد القانون التنظيمي رقم 02.12 المتعلق بالتعيين في المناصب العليا تطبيقا لأحكام الفصلين 49 و 92 من الدستور (جريدة رسمية عدد 6066 صفحة 4235 بتاريخ 19 يوليوز 2012) مبادئ ومعايير التعيين في منصب والي بنك المغرب، نجد أن التعيين في تلك الوظيفة يجب أن يحترم أولا: مبادئ التعيين: 1- تكافؤ الفرص والاستحقاق والشفافية والمساواة في وجه جميع المرشحات والمرشحين 2- عدم التمييز بجميع أشكاله في اختيار المرشحات والمرشحين لذلك المنصب بما فيها التمييز بسبب الانتماء السياسي أو النقابي أو بسبب اللغة أو الدين أو الجنس أو الإعاقة أو أي سبب آخر يتعارض مع مبادئ حقوق الإنسان وأحكام الدستور 3- المناصفة بين الرجال والنساء باعتبار الدولة تسعى لتحقيقها مع مراعاة المبادئ والمعايير الواردة في هذه المادة. ثانيا مبادئ التعيين: 1- التمتع بالحقوق المدنية و السياسية 2- التوفر على مستوى عال من التعليم والكفاءة اللازمة 3- التحلي بالنزاهة والاستقامة 4- التوفر على تجربة مهنية بإدارات الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو المقاولات العمومية أو في القطاع الخاص، داخل الوطن وخارجه.

لكن أهم ما يثير الانتباه في قراءة ذلك القانون التنظيمي، ما ورد في مادته السادسة، التي تنص على أنه تظل الأحكام الجاري بها العمل في تاريخ دخول هذا القانون التنظيمي حيز التنفيذ والتي تنص على معايير ومساوئ خاصة التعيين في بعض المناصب العليا بموجب تشريعات خاصة سارية المفعول ما لم تتعارض مع مبادئ التعيين المشار إليها في المادة الرابعة؛ تأثير قراءة تلك المادة تساؤل حول مدى أهلية والي بنك المغرب الحالي في الاستمرار في تقلد مهامه لا سيما وأن مؤسسته لم تسجل مواقف معلنة في الدفاع عن مصالح المستهلكين بل عيب

باقترح من طرف ذلك الوالي¹³⁹⁷، والعديد من أعضاء مجلسه هم إما ممثلون للسلطة التنفيذية أو مختارون من قبلها بناء على كفاءتهم في الجوانب النقدية أو المالية أو الاقتصادية¹³⁹⁸، في غياب لمأسسة الحس القانوني لا سيما المتمثل في هاجس ضمان حماية المستهلكين كمعيار مباشر أو غير مباشر في هذا التعيين ؟ هذا عن بنك المغرب. فماذا عن المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك؟

ثالثا: بخصوص المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك

بالنسبة للمستقبل، يعد المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك التي تحدث عنه مشروع قانون تدابير حماية المستهلك آلية إضافية اقتراحية لصالح مستهلكي الخدمات البنكية¹³⁹⁹. طبعاً يجب أن توضح تشكيلة هذا المجلس والاختصاصات المخولة له بمقتضى القانون؛ خصوصاً وأنه يعد الآلية الإدارية الوحيدة النازمة التي جاء بها قانون تدابير حماية المستهلك للدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين. وقد كان محط انتقاد من لدن بعض الفقه¹⁴⁰⁰ الذي يرى بأن التوجه الذي سلكه مقترح المشروع من خلال النص على إنشاء مجلس أعلى للاستهلاك في مادة واحدة¹⁴⁰¹، مع إحالة تفصيل ذلك على صدور مرسوم، يعني تفادي المشروع تقديم أي تصور بخصوص الجانب المؤسساتي في مجال حماية المستهلك، الذي يعتبر جانبا أساسيا ومحوريا في أي سياسة لحماية المستهلك. حيث من خلاله يتم تأمين إشراك المستهلكين وممثليهم في الحوار واتخاذ القرارات المتعلقة بالشأن الاستهلاكي عموماً ومجال الخدمات البنكية خصوصاً.

عليها بشدة تواطؤها مع الأبنك في رفع سعر الفائدة في اتفاق مخالف في رأيي لقانون حرية الاسعار والمنافسة، باب الاتفاقات المنافسة للمنافسة.

¹³⁹⁷ - نصت المادة 25 من ظهير شريف رقم 1.19.82 صادر في 17 من شوال 1440 21 يونيو 2019 بتنفيذ القانون رقم 40.17 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب:

" علاوة على المهام الموكولة إليه بموجب هذا القانون، يتولى المجلس القيام بالمهام التالية:

....

تعيين مدراء البنك باقتراح من والي بنك المغرب؛..."

¹³⁹⁸ - جاء في المادة 26 من ظهير شريف رقم 1.19.82 صادر في 17 من شوال 1440 21 يونيو 2019 بتنفيذ القانون رقم 40.17 المتعلق بالقانون الأساسي لبنك المغرب ما يلي: " يتألف مجلس البنك من الأعضاء التالي بيانهم: ... - ستة أعضاء يعينهم رئيس الحكومة، من بينهم ثلاثة أعضاء يقترحهم والي بنك المغرب من بين الأشخاص المشهود لهم بالنزاهة والكفاءة في الميدان النقدي أو المالي أو الاقتصادي، لا يزولون أي انتداب انتخابي عمومي ولا يشغلون أي منصب من مناصب المسؤولية في منشأة عامة أو خاصة أو في الإدارة العمومية. الثلاثة الآخرين تقترحهم السلطة المكلفة بالمالية، لهم نفس الشروط."

¹³⁹⁹ - جاء في المادة 204: "يحدث مجلس استشاري أعلى للاستهلاك مستقل تناط به على الخصوص مهمة اقتراح وإبداء الرأي حول التدابير المتعلقة بإنعاش ثقافة الاستهلاك والرفع من مستوى حماية المستهلك"

¹⁴⁰⁰ عبد الحميد أخريف، قراءة في مشروع قانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، مقال سابق، ص: 214.

¹⁴⁰¹ - انظر في ذات السياق موقف نواب الأمة الذي يرى بأن هذا المجلس يتحمل مسؤولية كبيرة وهي حماية المستهلكين وفي إطار بناء ثقافة استهلاكية من المهم الإشارة إلى حد أدنى من مقتضيات هذا المجلس و ذلك بالوقوف عند طبيعته، اختصاصاته وتأليفه من خلال إضافة مادتين أو ثلاث مواد إلى مشروع القانون، وذلك لكون العديد من الفاعلين في المجتمع ينتظرون هذا القانون، وطرح هيئة بهذا الشكل في مادة واحدة قد يخل بأهميتها، انظر، تقرير لجنة القطاعات الإنتاجية حول مشروع رقم 31-08 يقضي بتحديد تدابير لحماية المستهلكين، مرجع سابق، ص: 107.

إن الوقوف على مشروع المرسوم المتعلق بإحداث المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك يوضح بأن مقترح المشروع حاول تلافي ذلك النقص نسبيا من خلال سن مجموعة من المقتضيات التي تحدد تأليف هذا المجلس¹⁴⁰² والاختصاصات المسندة إليه، وكذا كيفية تسيير الإجراءات من طرفه. ففي نظرنا يجب تعديل ذلك المرسوم في اتجاه تقليص سيطرة وزارة التجارة على المجلس المرتقب والتي تتجلى في تعيين ممثلين عن جمعيات حماية المستهلك بتعويضها باختيار تمثيلية تنبني على عدد المنخرطين و تراجع ترأس المجلس من قبل الوزارة المذكورة و استبدالها بانتخاب الرئيس من قبل الاعضاء.

يرتبط حسن سير المجلس وفعاليته في مجال الحماية أيضا بتقليص تمثيلية الوزارات¹⁴⁰³ وتقليص ممثلي المهنيين مع تدقيق طريقة اختيار الخبراء في المجال القانوني أو الاقتصادي وجعلها أكثر ديموقراطية وشفافية.

¹⁴⁰² - ففيما يخص تأليف المجلس الأعلى للاستهلاك فقد نص مشروع المرسوم على أنه يتكون من:

- 1- الوزير المكلف بالتجارة والصناعة أو ممثله رئيسا للمجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك.
- 2- خمسة ممثلين عن جمعيات حماية المستهلك الذي يتم تعيينهم بقرار للوزير المكلف بالتجارة والصناعة من بين جمعيات حماية المستهلك. من أهم النقاط الإيجابية التي جاء بها هذا المرسوم هو إشراك ممثلي المجتمع المدني وتعزيز تمثيليتهم كجهة أساسية هدفها الوحيد هو الدفاع عن مصالح المستهلك. غير أن ما يلاحظ هو أن المشرع المغربي قرن تعيين هؤلاء الممثلين بضرورة توفر الجمعيات على شروط محددة كالآتي:
- أ- أن تكون الأكثر نشاطا في مجال حماية المستهلكين.
- ب- أن تكون مؤسسة طبقا لمقتضيات ظهير 15 نونبر 1958 المتعلق بحق تأسيس الجمعيات و التي تحترم مقتضيات القانون 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك نصوصه التطبيقية.
- ج- التي مارست أنشطة فعلية لمدة ثلاث سنوات فعلية في تاريخ التعيين.
- 3- خمسة ممثلين عن المهنيين يعينون باقتراح من رؤساء الجمعيات المهنية التالية:
- جامعة غرف التجارة والصناعة والخدمات.
- جامعة الغرف الفلاحية.
- جامعة غرف الصناعة التقليدية.
- جامعة غرف الصيد البحري.
- الاتحاد العام لمقاولات المغرب.
- 4-خبيرين اثنين يتم اختيارهما بالنظر إلى كفاءتهما في المجال القانوني أو الاقتصادي أو الاستهلاكي يعين هذين العضوين ونائيهما بقرار للوزير المكلف بالتجارة والصناعة لمدة سنتين.
- كما يشارك بقوة القانون في أشغال المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك مجموعة من ممثلي الوزارات والهيئات التي حددها المشرع المغربي على سبيل الحصر

وهو ذاته التوجه الذي ذهب إليه المشرع التونسي عند إصداره قانون حماية المستهلك عدد 117 لسنة 1998 إذ نص صراحة على أن تركيبة المجلس الوطني لحماية المستهلك يجب أن تضم ممثلين عن جمعيات حماية المستهلك، حتى تكون لأعمال هذا المجلس أهمية كبرى في حماية المصالح الجماعية للمستهلكين، انظر:

- عبد الفتاح خرشاني، *آليات حماية المستهلك*، الملتقى الجهوي المنظم من طرف المعهد الأعلى للقضاء بالاشتراك مع محكمة الاستئناف بمدنين تحت عنوان "حماية المستهلك في القانون التونسي"، بتاريخ 17 دجنبر 2005، سلسلة الملتقيات والدورات، 2005-2006، ص: 87.

¹⁴⁰³ - هي حسب المادة 4 من مشروع المرسوم كالآتي:

إن ذلك مرتبط أيضا بتوسيع الاختصاصات المسندة إليه من حيث قدرته على اتخاذ التدابير والإجراءات الكفيلة لحماية المستهلكين عموما ومستهلكي الخدمات البنكية على وجه الخصوص. إننا نرى أهمية بالغة في إقرار وجوبية استشارة المجلس في كل مشاريع النصوص المتعلقة بحماية المستهلك أو ذات التأثير عليه و كذا إستشارته فيما يتعلق بمقترحات العقود النموذجية بما فيها البنكية مع وجوب نشر آرائه بهذا الخصوص.

نرى أيضا وجوب منح المجلس المذكور مهمة صياغة محاور التنسيق بين الأجهزة الادارية المكلفة بالدفاع عن المصلحة الجماعية للمستهلكين قصد تجاوز العراقيل التي من شأنها الحد من فعالية تلك الاجهزة وتداخل اختصاصاتها. إن تفعيل المجلس الاستشاري هو السبيل الوحيد والممر الإجباري لتحديد العلاقة بين الدولة وجمعيات حماية المستهلكين¹⁴⁰⁴.

هذا عن المجلس الاستشاري الأعلى للاستهلاك. فماذا عن مجلس المنافسة؟

رابعا : بخصوص مجلس المنافسة

لقد أخطأ مشرع قانون مجلس المنافسة موعده مع التاريخ بحيث أصر على عدم توسيع دائرة الهيئات التي يمكنها طلب الاستشارة أو الإحالة على سلطة المنافسة. حيث إن تحديد الجهات التي يمكنها اللجوء إلى مجلس المنافسة، صيغ في القانون الحالي بادعاء تفادي اغراق المجلس بالطلبات وعرقلة تفرغه لمعالجة القضايا الكبرى. لكن الحقيقة أن هذا التضيق أصبح بعد مرور سنوات "تفعيل" المجلس مرادفا للجمود الحقيقي لتلك المؤسسة التي ترهق أطرها في إنتاج تقارير ماكرو-اقتصادية دون أي توصيات بتفعيل متابعة تحت غطاء خشية إخافة المستثمرين. ومن أبرز الأمثلة على ذلك، حالة رفع أسعار سعر الفائدة باتفاق الأبنك جميعها دفعة واحدة سنة 2009 والتي ظلت دون متابعة. إن الفعالية توجب خلق توازن بين حق التحول الى سلطة المنافسة ووجوب أعمال اختيار بين نوع الطلبات والجهات التي يمكنها طلب الاستشارة بما فيها القضايا المبدئية في مجال المنافسة أو الاحالة التلقائية لأجل أفعال تشكل مخالفات. في هذا الاطار، سبق أن أوضحت دراسة

- السلطة الحكومية المكلفة بالصناعة والتجارة والتكنولوجيا الحديثة.

- السلطة الحكومية المكلفة بالشؤون الاقتصادية والعامّة.

- السلطة الحكومية المكلفة بالداخلية.

- السلطة الحكومية المكلفة بالفلاحة والصيد البحري.

- السلطة الحكومية المكلفة بالفلاحة.

كذلك الشأن بالنسبة لممثلي الوزارات الأخرى أو السلطات العمومية الذين يمكنهم المشاركة في اجتماعات المجلس بطلب منهم أو بدعوة من الرئيس.

¹⁴⁰⁴ - Nadine.Farselle, *intervention au séminaire sur le consumérisme dans le monde : quels choix stratégiques pour le renforcement du mouvement consommériste marocain ?*, table ronde sur les perspectives de coopération et de partenariat, 12 mars 2003, Rabat maroc,p.42. publié sur : <http://www.khidmatalmostahlik.ma/portal/sites/default/files/fichier%20Page/RAPPORT%20JC%202003.pdf> « consulté le 03/08/2018 »

داخلية للمجلس المذكور، أن من شأن فتح باب ولوج سلطة المنافسة على جمعيات حماية المستهلكين بما فيهم مستهلكي الخدمات البنكية بالإضافة إلى الهيئات المنصوص عليها حاليا تشجيع العدالة المبنية ليس على العقوبة ولكن على التقنين والتصالح. مما سيساهم في مراعاة الوسائل المادية "المحدودة" التي تمنح إلى السلطة بالمقارنة مع ما إذا فتح المجال للجميع لاستشارتها والإحالة عليها¹⁴⁰⁵.

هذا عن مجلس المنافسة. فماذا عن النيابة العامة؟

خامسا : فيما يخص دور النيابة العامة

إن أهم ما كان يعرقل إنفاذ قانون تدابير حماية المستهلك سابقا هو تبعية النيابة العامة ولا سيما مسؤولي النيابة العامة وكذا الضابطة القضائية إلى السلطة السياسية وتبعية هاته الأخيرة إلى السلطة الاقتصادية¹⁴⁰⁶. لأجله فإننا نرى، أن تنزيل إستقلالية حقيقية للنيابة العامة في القانون التنظيمي للمجلس الأعلى للسلطة القضائية¹⁴⁰⁷ ومشروع قانون التنظيم القضائي وقانون رقم 33.17 يتعلق بنقل اختصاصات السلطة الحكومية المكلفة بالعدل إلى الوكيل للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيسا للنيابة العامة وبسن قواعد لتنظيم رئاسة النيابة العامة¹⁴⁰⁸ سيعطي ربما للنيابة العامة هامش المناورة اللازم لتحريك المتابعة في حق كبار الشركات البنكية المخلة بالالتزامات القانونية. فضلا على ذلك، يبقى إيماننا ثابتا أن استقلال النيابة العامة مرتبط بانتخاب رئيسها من قبل المواطنين أو ممثليهم أو من قبل عموم القضاة¹⁴⁰⁹. هذا عن النيابة العامة. فماذا عن دور القضاء الجالس؟

سادسا : دور القضاء الجالس

يشكل القضاء مثار العديد من انتقادات المهنيين البنكيين، لا سيما بسبب تأليف المحاكم التجارية التي لا تتضمن محلفين منتخبين من غرف التجارة ومختصين في المجال المالي و المحاسبي كما هو

¹⁴⁰⁵ - فاتح كمال، أهم التعديلات المقترح إدخالها على القانون 06.99 المتعلق بحرية الأسعار و المنافسة، مجلس المنافسة، دراسة غير منشورة، ص.3.

R.Zouaimia, les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie, éditions distribution Houma, Alger, 2005.

¹⁴⁰⁶ - فاتح كمال، دور الأمن القانوني والقضائي في حماية مستهلكي الخدمات البنكية، مداخلة في ندوة حول الأمن القانوني و حماية المستهلك، منظمة من طرف كلية الحقوق بفاس، بتاريخ 2013/3/30، غير منشورة.

¹⁴⁰⁷ - ظهير شريف رقم 1.16.40 صادر في 14 من جمادى الآخرة 1437 (24 مارس 2016) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 100.13 المتعلق بالمجلس الأعلى للسلطة القضائية، جريدة رسمية عدد 6456، بتاريخ 6 رجب 1437 (14 أبريل 2016)، ص.3143.

¹⁴⁰⁸ - ظهير رقم 1.17.75 صادر في 8 ذي الحجة 1438 (30 أغسطس 2017) بتنفيذ القانون رقم 33.17 المتعلق بنقل اختصاصات السلطة الحكومية المكلفة بالعدل إلى الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بصفته رئيسا للنيابة العامة وبسن قواعد لتنظيم رئاسة النيابة العامة، جريدة رسمية عدد 6605، بتاريخ 27 ذو الحجة 1438 (18 سبتمبر 2017)، ص.5155.

¹⁴⁰⁹ - راجع فاتح كمال، اعتماد إنتخاب القضاة الثلاثة "الكبار" وخيارات القضاة، منشور على الرابط:

<https://www.hespress.com/writers/260881.html> ' روجع بتاريخ 2019/8/23

الحال في فرنسا، ذلك أن وجود أولئك المهنيين ضمن الهيئات الحاكمة سيمكن من فهم القضاة لواقع العمل البنكي والمالي. هذا وتجب الإشارة أيضا أن بعض البنكيين ينظرون إلى القضاء الجنائي نظرة تخوف كذلك. حيث يتخوفون مما يسمونه مطالبات النيابة العامة بفتح تحقيق في مواجهة فلان وكل ما قد سيكشف عنه التحقيق وهو الملتمس الذي يتبنى عادة من قضاة التحقيق في الجناح التأديبية والجنايات ذات الارتباط بعمل البنك. حيث يقول أحد قدماء العمل البنكي، أن قضاة التحقيق يضعون رهن الاعتقال كل من يضع يده على العملية موضوع المتابعة رغم غياب النية الإجرامية نظرا للطبيعة التشاركية للقرارات في المجال البنكي رغم أن الفاعل الرئيسي يكون عادة شخصا أو شخصين¹⁴¹⁰.

إن دور القضاء يجب أن يعكس في مجال ضمان الحماية الجماعية للمستهلكين الأمن القضائي¹⁴¹¹ أي الإحساس بالثقة في المؤسسة القضائية والاطمئنان إلى ما ينتج عنها وهي تقوم بمهمتها المتجلية في تطبيق قوانين الاستهلاك على ما يعرض عليها من نوازل وقضايا أو ما تجتهد بشأنه من نوازل مع تحقيق جودة أدائها وتسهيل الولوج إليها وعلم العموم بمجريات عملها¹⁴¹². لقد جاء الباب السابع من الدستور ليؤسس للأمن القانوني والقضائي للمستهلكين عموما ومستهلكي الخدمات البنكية خصوصا، من خلال التنصيص على اقرار استقلال القضاء والحقوق القضائية كالحق في المحاكمة في أجل معقول وعدم التدخل أو التأثير غير المشروع على القاضي وإقرار سهر القاضي على حماية حقوق الأشخاص وحررياتهم وأمنهم القضائي (المادة 117 من الدستور). لكن التساؤل الذي يطرح أي خصوصية فيما يتعلق بهذا المبدأ في المجال البنكي؟¹⁴¹³.

إن أهم ما قد يكرس الأمن القضائي في مجال حماية مستهلكي الخدمات البنكية هو قدرة القضاة على تكريس سلطتهم التقديرية باستقلالية عن السلطة التنفيذية من خلال تجسيد استقلالية الجمعيات العامة للمحاكم. إن ما يعاني منه المتقاضون، بما فيهم مستهلكي الخدمات البنكية، هو تضارب الاجتهاد القضائي في مسائل سكت عنها المشرع من قبيل تحديد المحكمة المختصة نوعيا للبت على ضوء مقتضيات الاستدانة مثلا وكذا تنازع القوانين في الزمن¹⁴¹⁴ والتي تستوجب قرارات للجمعيات العامة لمحاكم أول وثاني درجة والغرف المجتمعة لمحكمة النقض¹⁴¹⁵.

¹⁴¹⁰ - معلومات مستقاة من مقابلة مع فيصل مصطفى مدير وكالة للتجاري وفا بنك سابقا.

¹⁴¹¹ - هكذا أسس المشرع الدستوري لمبدأ الأمن القضائي وأغفل الإشارة صراحة إلى الأمن القانوني بخلاف بعض الدساتير من قبيل

الدستور الألماني الذي أقر المبدأ سنة 1961 و محكمة العدل للمجموعة الأوروبية سنة 1962

¹⁴¹² - عبد المجيد غميجة، مبدأ الأمن القانوني و القضائي، عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للإتحاد العالمي للقضاة، الدار البيضاء، بتاريخ 28 مارس 2008، ص.12.

¹⁴¹³ - فاتح كمال، دور الأمن القانوني و القضائي في حماية مستهلكي الخدمات البنكية، مداخلة في ندوة حول الأمن القانوني و حماية المستهلك، منظمة من طرف كلية الحقوق بفاس، بتاريخ 2013/3/30، غير منشورة.

¹⁴¹⁴ - فاتح كمال، مقال سابق.

¹⁴¹⁵ - G.Canivet, *Droit, économie et justice dans le secteur bancaire*, LPA, 31 mai 2005, n° 107.

إن زجر التقاضي التعسفي للأبنك في مواجهة الأبنك¹⁴¹⁶ وحظر تقنية تاريخ القيمة في تسجيل الدائنيات بتأخير مع تقديم تواريخ المديونيات ستشكل أيضا نقطة مهمة بالنسبة للقضاء المغربي لتفعيل حماية المستهلكين من الاستغلال غير المشروع للأبنك. حيث تتجلى مصلحة البنك في تمطيط احتيالي لمدد المديونية والرفع بالتالي من الفوائد¹⁴¹⁷. قياسا سبق أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية في قرار مبدئي لها بتاريخ 6 ابريل 1993 كون ممارسة تاريخ القيمة تبقى غير مشروعة ما عدا في حالة تحصيل الشيكات وذلك ولو كان الزبناء قد ارتضوها في العقد الموقع من طرفهم. فبالنسبة للغرفة التجارية لمحكمة النقض فإن تحصيل الشيكات فقط يبرر تقنية تاريخ القيمة المؤخرة بسبب المقاصة بين الأبنك والتي لا تسمح بالتوفر على الأموال في نفس الوقت. الشيء الذي يتم معه تسجيل قيمة الشيك بدائنية الزبناء. لكن بخصوص باقي العمليات، فإن الأمر يشكل اقتطاعات للفوائد دون سبب¹⁴¹⁸.

إن القضاء المغربي مطالب أيضا بإيجاد صيغ تفعيل مقتضيات قانون تدابير حماية المستهلك المتعلقة بالإشهار لاسيما الفصول 76 فيما يتعلق بالقرض الاستهلاكي و115 فيما يتعلق بالقرض العقاري. حيث تفاوتت العقوبة عن الإخلال بتلك المقتضيات بغرامة تتراوح من 6000 درهم إلى 20000 درهم و 30000 درهم إلى 200000 درهم بالنسبة للمعلن¹⁴¹⁹. نضيف أيضا، أن على القضاء كذلك أن يتشدد في حماية الأشخاص في وضعية هشّة بسبب سنهم أو أميتهم من التعاقد

¹⁴¹⁶ - جاء في قرار متميز لمحكمة الاستئناف بتازة بتاريخ 2015/11/19 يتعلق باستئنافيين متقابلين، أولهما يرمي إلى إقرار وتعديل الحكم الابتدائي القاضي بالحكم على مستهلك بالأداء و ثانيهما يرمي إلى إلغاء الحكم المستأنف والحكم على المقرضة بالتعويض لأجل إستخلاص الدين مرتين: " حيث إنه إذا كان من حق الجميع الإلتجاء الى القضاء إلا ان استعماله يجب ان يكون مسؤولا، فلا يكون استعماله يرتب ضررا للغير باستعمال مسيء للحق؛ كما هو الحال في نازلة الحال. حيث قامت شركة وفا سلف بطلب استخلاص ثان للدين رغم إيداع المبالغ المستحقة وتوصلها بالإنداز بان الأداء قد تم، مما رتب ضررا للمستأنف يستحق معه التعويض وفق الوارد في منطوق هذا القرار "- قرار محكمة الاستئناف بتازة عدد378 بتاريخ 2015/11/19 ، في الملف المدني عدد 2015/331، غير منشور.

¹⁴¹⁷ - أصبح القضاء المغربي في العديد من أحكامه يتشدد في مراقبة وثائق المديونية بتفاصيلها . جاء في حكم حديث للمحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2015/7/9 : "حيث تقاعست المدعية عن الإدلاء بكشف حساب مفصل و توضيح سبب المديونية رغم إشعارها بذلك بواسطة كتابة ضبط هذه المحكمة دون جدوى ، رغم انها مدعوة تلقائيا للإدلاء بالحجج المؤيدة لطلباتها ، مما يكون معه الطلب على حالته غير مؤسس قانونا و يتعين التصريح بعدم قبوله ". - حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ : 9-7-2015، صادر في الملف رقم:14-1719، غير منشور.

¹⁴¹⁸ - Cass.Com., 6 avril 1993, n° pourvoi 90-21298, publié in : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007030513> « consulté le 27/4/2018»

¹⁴¹⁹ - هنا يمكن ملاحظة أن هناك تمييز فيما يتعلق بمعاينة البنك عن الإشهار غير المطابق، حيث أعفى المشهر في حالة الإخلال بمقتضيات الإشهار المتعلقة بالقرض العقاري، مما يؤثر التساؤل عن هذا سر هذا التمييز الإرادي أو غير الإرادي. فاتح كمال، دور الأمن القانوني و القضائي في حماية مستهلكي الخدمات البنكية، مداخلة في ندوة حول الأمن القانوني و حماية المستهلك، منظمة من طرف كلية الحقوق بفاس، بتاريخ 2013/3/30، غير منشورة.

المتسرع مع الأبنك التي قد تطمع في عرض قروض أو تسلم ايداعات منهم أو تقترح عليهم استثمارات قد تكون في غير صالحهم مستغلة ضعفهم.

تتوجب نفس هذه الحماية تجاه رفض التعاقد والامتناع من إنجاز الخدمة، ذلك أن أهم المشاكل التي يعاني منها مجموع مستهلكي الخدمات هي مشكل السحب من الشبايك الأوتوماتيكية و المرتبطة أساسا بنفاذ الأوراق النقدية الجديدة التي تؤدي إلى انحسار الشباك الأوتوماتيكي. كما أن توقف تلك الشبايك قد يكون عائدا لأعطاب تقنية أو تأخر تغذيتها من طرف شركتي Links أو ¹⁴²⁰Groupe 4 . هذا عن القضاء الجالس. فماذا عن التقنين الذاتي للمؤسسة البنكية؟

سابعا: التقنين الذاتي للمؤسسة البنكية

ويتجلى ذلك في العديد من الميادين التي قد تنهض فيها المؤسسة البنكية بدورها المسؤول اجتماعيا من قبيل التقنين الذاتي في مجال الاشهار البنكي، على غرار التجربة الإسبانية¹⁴²¹ والبريطانية¹⁴²². فالتقنين يستوجب أن تقوم المؤسسة بتعريف الممارسات الفضلى وإعلانها إلى قانون داخلي تعلنه على شكل مدونات سلوك¹⁴²³.

في نهاية هذا البحث، يحق لنا أن نخلص إلى أن مجال حماية مستهلكي الخدمات البنكية شاسع وآليات حمايتهم كثيرة ومتنوعة وإن كانت في جلها غير مفعلة. وأن تحقيق الحماية على أرض الواقع يتطلب تضافر جهود جميع الفاعلين المؤسساتيين والمجتمعيين والمستهلك نفسه من أجل خير الإنسان واقتصاده.

¹⁴²⁰ - معلومات مستقاة من مقابلة مع فيصل مصطفى مدير وكالة للتجاري وفا بنك سابقا.

¹⁴²¹ - En ce qui concerne la publicité des Entités de crédit présentant tout type d'offres d'opérations ou de services financiers, et faisant référence, de façon explicite ou implicite, au coût ou au rendement de ces opérations pour le public, celle-ci devra être soumise à une autorisation administrative. L'organe administratif chargé de l'octroi de ladite autorisation est la Banque d'Espagne. – Carlos. De Los.Santos, *Contrôle administratif de la publicité en Espagne*, Gaz.Pal, Vendredi 18, Samedi 19 mai 2001 , p. 30.

¹⁴²² - L'auto-réglementation joue un rôle important dans le contrôle exercé sur la publicité au Royaume-Uni. La publicité mensongère est couverte par des codes de bonne conduite produits par les professionnels eux-mêmes, et réglementant les pratiques adoptées, en parallèle à la législation en vigueur. Bien que ces codes n'aient pas force de loi, ils sont pour la plupart du temps destinés à aménager l'application de dispositions réglementaires ou législatives, ou ont du moins pour but d'échapper aux contrôles basés exclusivement sur ces dispositions. – Sarah.Byrt, *Royaume-Uni : une nouvelle jurisprudence qui laisse les annonceurs sur leur faim*, Gaz.Pal, Vendredi 18, Samedi 19 mai 2001,p. 19.

¹⁴²³ - L'autorégulation est un moyen incitatif destiné à pousser les professionnels à adopter des règles internes en faveur d'une meilleure protection du consommateur . Dans certains secteurs d'activité comme la vente par correspondance, l'autorégulation a été longtemps « la seule source de protection des consommateurs.Toutefois, ces codes d'autodiscipline ne sont pas impératifs et leur impact reste toutefois limité » - Dahmène.Touchent, *La protection du consommateur contre les pratiques commerciales déloyales*, n° 153, LPA, 02 août 2006, p. 11.

لائحة الاحكام و القرارات القضائية

القضاء المغربي

أحكام المحاكم الابتدائية و التجارية

أحكام المحاكم الابتدائية

حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، القسم التجاري، رقم 86/81، صادر بتاريخ

1986/01/13، منشور على الرابط <http://www.jurisprudence.ma/decision/tpicasablanca130119868186> "مطلع عليه بتاريخ 2018/12/10.

حكم المحكمة الابتدائية بالرباط، عدد 121، بتاريخ 2010-3-24، في الملف عدد 08/164/9، منشور على موقع www.marocdroit.com

حكم المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء، عدد 7221، صادر بتاريخ 2012/3/9، في الملف رقم 12/24/8849، غير منشور.

حكم المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء، عدد 16165، صادر بتاريخ 2012/7/2، في الملف عدد 12/24/11017، غير منشور.

حكم المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء، عدد 16887، صادر بتاريخ 2012/7/13، في الملف عدد 2012/24/12813، غير منشور.

حكم المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء، عدد 16889، صادر بتاريخ 2012/7/13، في الملف عدد 2012/24/12851، غير منشور.

حكم المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء عدد 17444، في ملف رقم 12/24/12599، صادر بتاريخ 2012/8/10، غير منشور.

حكم المحكمة الابتدائية بتازة، صادر بتاريخ 2015 /6/25، ملف عقاري عدد 2014/239، غير منشور.

احكام المحاكم التجارية

حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء رقم 2001/9751، بتاريخ 2001/10/30، ملف رقم 7/2001/7270، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2004/3 بتاريخ 2003/1/5 في الملف رقم 6/2002/13079، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2003/11314 صادر بتاريخ 2003/12/22 في الملف رقم 7/03/6236، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، عدد 04/1500، صادر بتاريخ 2004/2/25 في الملف عدد 2003/3169، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2006/06/26، حكم رقم 2006/8070 صادر في ملف رقم 11684/17/2005، منشور على الرابط <http://www.jurisprudence.ma/sources/cabinet-bassamat-associ%C3%A9?page=10> شوهه بتاريخ "2018/11/21"

حكم المحكمة التجارية بوجدة، ملف عدد 96/03، مؤرخ في 20/02/2007، منشور بمجلة القانون الاقتصادي، عدد 1، سنة 2007، ص 184 وما يليها.

حكم المحكمة التجارية بطنجة رقم 256 صادر بتاريخ 2007/2/27 في ملف رقم 2004/8/211، منشور بمجلة محاكمة عدد 6، ابريل/يونيو 2009، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص293.

حكم المحكمة التجارية بطنجة، صادر بتاريخ 2008/5/22، تحت رقم 674، في الملف رقم 2006/31/140، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بطنجة صادر بتاريخ 2009/5/28 تحت عدد 638، في الملف عدد 2008/31/86، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، رقم 2010/10 بتاريخ 2010/01/04، ملف رقم : 2009/17/5281، غير منشور

- حكم المحكمة التجارية بفاس عدد 426، بتاريخ 2012/3/22، في ملف عدد 2010-5-370، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس عدد: 1465/7/2014، صادر في ملف تجاري (تعرض على الأمر بالأداء) عدد 2014/01/08، بتاريخ : 08/01/15، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بوجدة، صادر بتاريخ 2010/7/1، ملف عدد 16/09/313، غير منشور.

- حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، عدد 3661، صادر بتاريخ 2012/3/21 في الملف عدد 2011/6/16445، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء عدد 4644، صادر بتاريخ 2012/4/4، في الملف رقم 2011/6/16978، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس، عدد 557، بتاريخ 2012/4/12، بتاريخ 2012/5/31، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، عدد 6117، صادر بتاريخ 2012/4/25، في الملف رقم 2011/6/16736، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء عدد 2012/2897، صادر بتاريخ 2012/5/29، في الملف رقم 4/2012/921، غير منشور.

حكم للمحكمة التجارية بوجدة، تحت عدد 2012/692، ملف رقم 16/2012/90، بتاريخ 2012/06/28، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس، عدد 1629، بتاريخ 2012/10/15، في الملف عدد 120/5/6620، غير منشور.

حكم للمحكمة التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2012/10/17 في الملف عدد 10175/5/2012، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بالرباط، عدد 533، صادر بتاريخ 2012/11/01، ملف رقم 2012/8/2202، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بمراكش، صادر بتاريخ: 2012/11/12، في ملف رقم: 2012/9/449، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بالرباط رقم: 554، صادر بتاريخ 2012/11/15، ملف رقم 2012/8/4127، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء في ملف عدد 212/5/18597 صادر بتاريخ 2014/5/12، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2014/6/23، في ملف عدد 2014/5/4118، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2014/6/30 في الملف رقم 2014/5/2570، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، صادر بتاريخ 2014/11/4 في الملف رقم 2014/5/8230، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف رقم : 385-15 صادر بتاريخ : 4-6-2015، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ : 4-6-2015، صادر في الملف رقم 1368-5-14، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ : 11-6-2015 في الملف رقم: 14-1975، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ: 18-06-2015 صادر في الملف رقم: 948-5-14، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ: 9-7-2015، صادر في الملف رقم: 14-1719، غير منشور.

المحكمة التجارية بالدار البيضاء عدد 8243، صادر بتاريخ 2015/7/23، في ملف رقم 2015/8220/3606، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس، صادر بتاريخ 2015/10/1، في الملف عدد 2014/5/245، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بالدار البيضاء، ملف عد 2014/5/1086 صادر بتاريخ 2014/7/7، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف عدد 2015/8201/230، صادر بتاريخ 2015/10/22، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس عدد 7، صادر بتاريخ 2016/01/04، في الملف عدد 15/8201/109، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف عدد 2017/8210/1543 بتاريخ 2018/1/8، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2018/1/23، في ملف عدد 17/8210/2185، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس، ملف عدد 2017/8210/1281، صادر بتاريخ 2018/1/25، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس، صادر بتاريخ 2018/1/30، في ملف رقم 17/8210/1914، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/1/30 في الملف عدد 2017/8210/1033، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/2/1 في الملف عدد 1038/8210/17، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس، ملف عدد 2017/8210/1614، صادر بتاريخ 2018/2/22، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس، في ملف عدد 2017/8201/902، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس، ملف عدد 17/8210/910، صادر بتاريخ 2018/2/27، غير منشور.

حكم المحكمة الابتدائية المدنية بالدار البيضاء في حكمها رقم 937، الصادر بتاريخ 2018/3/1، في الملف 18/1201/112، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف عدد 2017/8210/1410 بتاريخ 2018/3/6، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/3/8، في ملف عدد 1290/8232/16، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف عدد 18/8210/120 بتاريخ 2018/3/15، غير منشور.
حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف عدد 2017/8210/1429 بتاريخ 2018/3/29، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف عدد 2017/8210/2025 بتاريخ 2018/3/29، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس، ملف عدد 2017/8210/1431، صادر بتاريخ 2018/3/29، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/3/29، في ملف عدد 223/8210/18، غير منشور.
حكم المحكمة التجارية بفاس، ملف عدد 15/8201/1539، صادر بتاريخ 2018/04/03، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2018/4/12، في ملف عدد 17/8210/1823، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف رقم 17/8210/1369 بتاريخ 2018/4/12، غير منشور.
حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/5/15 في الملف عدد 17/8210/196، غير منشور.
حكم المحكمة التجارية بفاس، صادر بتاريخ 2018/6/5، في ملف عدد 18/8210/977، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس، صادر بتاريخ 2018/6/7، في ملف عدد 2018/8213/430، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس في ملف عدد 2018/8210/1007 بتاريخ 2018/6/21، غير منشور.
حكم المحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2018/6/21، في الملف رقم 2017/8210/918، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2018/6/28، ملف عدد 2017/8210/175، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس، ملف عدد 2017/8210/1652، صادر بتاريخ 2018/7/5.
حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/7/5، في ملف عدد 2018/8232/248، غير منشور.
حكم المحكمة التجارية بفاس، ملف عدد 17/8210/2079 بتاريخ 2018/7/19، غير منشور.
حكم المحكمة التجارية بفاس، صادر بتاريخ 2018/7/19، في ملف رقم 2017/8210/1726، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/7/19 في الملف عدد 2017/8210/642، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس بتاريخ 2018/7/26 في الملف عدد 2017/8210/1621، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس، صادر بتاريخ 2018/7/26، في ملف عدد 1210/8210/17، غير منشور.

حكم المحكمة التجارية بفاس صادر بتاريخ 2018/7/26، في ملف عدد 2017/8210/330، غير منشور.

قرارات محاكم الاستئناف ومحاكم الاستئناف التجارية

قرارات محاكم الاستئناف

قرار محكمة الاستئناف بتازة، صادر بتاريخ 2012/6/28، ملف كراء مدني رقم 2012/261، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف بتازة، عدد 187 بتاريخ 2013/4/25 في ملف الأمر بالأداء عدد 2013/140، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف بتازة، عدد 51، ملف جنحي تلبسي 2014/1، بتاريخ 2014/2/12، غير منشور.

قرارات محاكم الاستئناف التجارية

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 125، صادر بتاريخ 1998/11/2، في ملف عدد 98/205، منشور على موقع محكمة الاستئناف بفاس على الرابط <http://www.cacfes.ma/ar/jurisprudence/files/jurisprudence3.html>

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 99/164 بتاريخ 1999/02/16 ملف عدد 6/99/60، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية رقم 99/745، صادر بتاريخ 1999/6/8، في الملف رقم 8/99/244، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 764، صادر بتاريخ 1999/6/10 في الملف رقم 8/99/814، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية رقم 2000/2280، بتاريخ 2000/11/3، في ملف رقم 13/2000/2307، مذكور لدى محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين

البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، 2006/2005، ص.17.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 2001/2/15 تحت عدد 211 في الملف عدد 1110 منشور بالمجلة المغربية لقانون الاعمال والمقاولات عدد 1، ص. 118- مذكور لدى محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، الطبعة الأولى 2009، ص. 119.

قرار محكمة الاستئناف التجارية رقم: 2004/2914 صادر بتاريخ: 2004/10/04 في ملف رقم 10/2003/2847، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم: 2005/1529-1528 صادر بتاريخ: 2005/05/03 في ملفين رقم 9/2003/2441 9/2004/795 غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش، عدد 447، بتاريخ 24 ماي 2005، في الملف التجاري رقم 05/9/484، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم: 2005/2775 صادر بتاريخ: 2005/7/8 في ملف رقم 9/2003/3650، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، صادر بتاريخ: 2005/12/08، تحت رقم 2005/4569، في ملف رقم 5/2004/3857، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء صادر بتاريخ 2006/3/14، تحت رقم 355، ملف عدد 2005/1600، منشور لدى أحمد كويسي ومحمد الهيني، تأملات في اجتهادات القضاء التجاري في مادة الاوراق التجارية، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دار القلم، الطبعة الاولى، 2008، ص.20.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، عدد 1540، بتاريخ 12 يونيو 2006، في الملف التجاري عدد 2004/05/2957، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية عدد 1097 صادر بتاريخ 2007/10/04 رقمه بمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 06/02/118، منشور بمجلة للمحاكم التجارية، العدد 5 و 6 ، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، تحت رقم 178، صادر بتاريخ 2009/1/29، في الملف رقم 2008/1061، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس صادر بتاريخ 2009/4/2 تحت رقم 534 في الملف عدد 2006/1019، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، عدد 956، بتاريخ 2009/6/18، في الملف عدد 2009/234، مذكور لدى نجاة السعيد، حماية المستهلك في عقد القرض العقاري الاستهلاكي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2012/2011، ص.9.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، عدد 2012/2020، بتاريخ 2012/4/10، في الملف رقم 13/12/1216، غير منشور.

قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 1738، صادر بتاريخ 2012/10/11، ملف عدد 10/1609، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 1855، صادر بتاريخ 2012/10/24، ملف عدد 12/1053، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 1965، صادر بتاريخ 2012/11/14، ملف عدد 2011/1046، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 2037، صادر بتاريخ 2012/11/22، ملف عدد 2012/772، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 381، صادر بتاريخ 2013/2/27، ملف عدد 2012/724، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس، رقم 482، صادر بتاريخ 2013/3/14، ملف عدد 2013/419، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، عدد 4027، صادر بتاريخ 2013/7/25، في الملف عدد 13/2013/3415، غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم 1655، صادر بتاريخ 2013/10/24، في ملف عدد 13/1200، قرار غير منشور.

قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 5639، صادر بتاريخ 2017/7/4، في الملف المدني رقم 2017/1201/3528، غير منشور.

قرارات محكمة النقض- المجلس الاعلى سابقا-

قرار للمجلس الأعلى عدد 299 صادر بتاريخ 30 ماي 1960، منشور بمجلة القضاء والقانون العدد 31، يوليو 1960، ص.432.

- قرار المجلس الاعلى صادر بتاريخ 1983/9/14 تحت عدد 1385 في الملف المدني عدد 00/617 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 32 ص.31 وما يليها.

قرار صادر عن المجلس الاعلى بتاريخ 1997/2/26 تحت عدد 1293 في الملف المدني عدد 94/1022 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 53 و 54 ص.138 و ما يليها.
- قرار المجلس الأعلى عدد 286، صادر في الملف التجاري عدد 2001/2/3/664، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 48، ص.304.

قرار المجلس الاعلى بتاريخ 1994/5/18، صادر في الملف المدني عدد 86/3975، منشور بمجلة الاشعاع، عدد 12، يونيو 1995، ص.144.

قرار المجلس الاعلى صادر بتاريخ 2006/5/31، منشور بالمجلة المغربية للقانون الاقتصادي، مركز قانون الالتزامات والعقود بفاس، العدد 3، ابريل 2010، ص.151.

قرار المجلس الأعلى عدد 694، صادر بتاريخ 6 ماي 2009، في الملف تجاري عدد 2007/1/3/1589: منشور على الرابط <http://www.jurisprudence.ma/decision/ccass06042009694>

قرار المجلس الأعلى عدد 289، بتاريخ 2009-2-25، ملف تجاري عدد 2006-1-3-351، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، الغرفة التجارية ، عدد 5، السنة 2010. ص12.

قرار للمجلس الأعلى عدد 338، بتاريخ 2009/03/04 ، في الملف التجاري عدد 2007/1/3/1454، منشور على الرابط: <http://www.jurisprudence.ma/decision/ccass04032009338> .

قرار المجلس الأعلى، رقم 1065، صادر بتاريخ 2009/06/24، ملف تجاري رقم 2007/805/3/1/2007، منشور على الرابط : <http://www.jurisprudence.ma/decision/ccass240620091065>

قرار المجلس الاعلى عدد 1283 صادر بتاريخ 3 نونبر 2011 في الملف التجاري عدد 2011/1/3/1037، منشور في مجلة قضاء محكمة النقض، عدد 75، مطبعة الأمنية ، الرابط، شتنبر 2012، ص.236.

قرار محكمة النقض، عدد 1/131، صادر بتاريخ 2013/4/4، ملف تجاري عدد 2011/1/3/461، غير منشور.

قرار محكمة النقض، عدد 11/164، في ملف جنائي عدد 2013/11/6/10264، صادر بتاريخ 2014/2/13، غير منشور.

قرار محكمة النقض، صادر بتاريخ 24 ابريل 2014، مجلة قضاء محكمة النقض، عدد، 77، ص.229.

القضاء المقارن

الاحكام الابتدائية

Jugement pénal de Beyrouth, 23 Nov.1971, Rec. Hatem, fasc.121, p.53

T.Civ.Seine, 21 juillet 1980 : S.1905, 2, p.58

Bordeaux, 15 janvier 1986, Jurisp. Auto. 1986, p. 387

Trib. inst. Bordeaux, 7 avril 1987, Jurisp. Auto. 1987, p. 77.

Jugement du tribunal de grande instance de Paris rendu le 21 février 2006,
publié in : <http://www.adc54.org/images/txt/20060507120417.pdf>

قرارات محاكم الاستئناف

CA. Seine, 3 Nov.1954, RTD Com., 1955, p.109.

C.A Rabat, 29 avr. 1955 : Banque 1955, p. 794, note X. Marin.

CA.Paris, 16 Janv.1957, JCP G, 1961, II, 12075.

CA Bordeaux ,ch .corr,22 Janvier 1980 ,IV,n°392.

CA Paris, 1re ch.B, 9oct.1986 : D.1987, Somm.p.304, obs.Vasseur.

C.A Paris, 3 avril 1987, Revue Tri.dr.com. 1988.272, obs.Cabrillac et Tessié.

C.A Paris, 1re ch B, 5 juill. 1991 : Contrats, conc. consom. 1992, comm. 16 ; JCP E 1993, pan. C.A Colmar, 1re ch., 9 oct. 1991 : RTD com. 1992, 428, obs. Cabrillac et Teyssié.

918.

C.A Paris, 13e ch. sect. B, 9 mars 1995 : Contrats, conc.consom. 1995, comm. 155 ; RJDA 1995, n° 1408. - V. aussi Cass. 1re civ., 27 juin 1995 : Contrats, conc.consom. 1995, comm. 191. - V. C.A Poitiers, 11 juin 2002 : JurisData n° 2002-192228.

C.A du Luxembourg, 26 mars1997, Bull, droit et banque, 1998, n°27, p.85.
Cité in : A.Shmitt & E.Omes, op.cit , p.90.

C.A Montpellier, 2ème Ch.A, 12 nov.1998, Banque Paribas C/ SA Boyé Paul : Banque et droit Juil.août 1999, p.28.

C.A Paris, 15 sept 1999, D .1999, Act jurisp.64, obs . CR

C.A paris ,15 Sept. 1999, société sovac C /MME savoie,JCP n,2000,n° 43/44, p.1549.

C.A paris, 11 mais 2001, Mme hugues c/CRC AM de paris –Ile- de France : Juris – data ,N° 2001, publié in : Jurisclasseur , contrats-concurrence, consommation, 12 année , N° 4, avril , 2002 , chronique 7 à 9,p.41.

C.A paris ,15e ch, secB,18 nov.2005,Géoclin c /crédit du nord.

C.A Paris, 1ère, Chambre, section A n° 05/10504 en date du 6 décembre 2005, publié in www.clauses-abusives.fr/puis/cop061017.pdf

C.A Paris, 1re Ch. A, 27 févr.2007, L.B. c/A : JurisData, n° 342827.

C.A Rouen, 18 décembre 2008, RG 02/03781, Société WHBL7 C/ époux Blanchon, publié in : Banque & Droit, n°124, mars –avril 2009, P.32.

- C.A. Bourges, 19 Nov.2009, Juris.Data, n°2009-021589, J.C.P, 2010, n°25,708, par 4, Obs. Ph. Simler & Ph.Delebecque.

C.A Rennes, 1ere Ch., 22 Janv.2010, J.C.P , G 2010, n°25, 708, par 2, Obs.Ph.Simler & Ph.Delbecque, J.C.P, E, 2010, n° 1189, note P.Bouteiller, Banque et droit, 2010, n° 130, p.64, Obs. N.Rotchevsky.

C.A Toulouse ,ch.2, 5oct 2011, n°09/06281 association cautionnement Mutuel Habitat C/M.P.corbi et autres.

C.A. Grenoble , chambre civile, 12 décembre 2011 , n°9/03879.

قرارات محكمة النقض

Cass.Com., 7 févr.1962, D.1962, p.306.

Cass. Com., 5 octobre 1965, Bull. IV, no 481.

Cass.com, 25Avr.1968 : Bull.Civ.1968, IV, n°132.

Cass.Civ I,20 nov 1974 , Bull, n° 311, p.267, JCP, 175 II, 18109, note Calais Auloy, C.A Aix

Cass. Com., 3 juin 1982, Jurisp. auto. 1983, p. 60.

Cass.com.28 juin 1983, bull.cin.IV n°189

Cass. civ. 1re, 20 décembre 1983, Bull. I, no 308.

Cass.Com., 20 mai 1989, Bull. Civ., I, 187 , p.124.

Cass. Civ. 2, 26 avril 1990.

Cass.Civ. I, n° 348, D.1990, Jur., p.177, note Mouly Ch., J.C.P, G, 1990, II, n° 21422, note D.Legeais.

C.Cass , 1 er Ch.Civ, 10 févr.1993 , D.1993.IR .60.

Cass., 1re civ ,16 mars 1994, n° 92-12 .239, Bull.Civ., I, n°100.

Cass.1re Civ., 20 juill 1994, Bull,civ., I , n° 262, JCP, E, 1995 , II, n°694, note A.Gourio.

Cass. 1re Civ.,13juin 1995, n°93-14 .087, Gaz.pal., 1995, 2pan , p.201.

Cass,1re Civ., 10 décembre 1996, D. 1997, p.17.

Cass. 1re civ., 10 juin 1997 : Contrats, conc. consom. 1997, comm. 157. -

Cass. 1re civ., 23 mars 1999 : Contrats, conc. consom. 1999, comm. 166 ;

D. 2000, somm. p. 41, obs. Pizzio ; RD bancaire et bourse 1999, p. 71, obs.

Crédot et Gérard ; Dr. soc. 1999, n° 109, note Bonneau ; Bull. Joly, 1999,

p. 796, obs. Alfandari ; LPA 4 mai 2000, p. 9, obs. Amlon.

Cass. Civ., 1ère , 8 juillet 1997, Bull.n° 240 .

Cass.Com. 3 juin 1998, n° 95-20.850 cité in : Bénédicte Bury, la bonne loi

dans la relation contractuelle du banquier avec son client, Gaz.Pal, 17 mars

2001, n°76, p.11.

Cass.1re civ., 26 Janv. 1999, n°96-17.290, Revue Lamyline.fr .aff 1999,

n°15, n°947.

C. Cass, Ch. Civ, I, 19 juin 2001, n°99-13395 publié sur www.clauses-abusives.fr/puisccass010619html

Cass. Com., 9 juillet 2002, Caixabank C/ CIO et sté Terra Alleu, arrêt n° 1420 FS-p, RTD.Com.2002, p.710, Obs. Cabrillac.

C.Cass, Civ., I, en date du 25 novembre 2003, n° 01-18021 publié in:

www.clauses-abusives.fr/puis/ccass031125/htm

Cass.1ere.Civ., 9 Nov.2004., n°1-17.431.

Cour de cassation de Tunis, n° 291, en date du 3 octobre 2005, Bull. des arrêts de la C.Cass. : 2006, p.173.

Cass.1re Civ., 22 mai 2008 ; Note Sonia.Ben.Hady.Yahia, Gaz.Pal., 13 Janvier 2009, n° 13, p.26.

Cass.Civ,1,19 juin 2008, arrêt n°709 FS-P+B+I, Hirskowitz C. Caisse d'épargne des Alpes, Banque & Droit, N° 121, Septembre-Octobre 2008, p.31, Note, T.Bonneau.

Cass.Com., 28 avr.2009, n° 8.11.616, Bull.Civ. IV, n°56, D. 2009, p.1351, Obs.Avena-Robardetv, RTD.Com.2009, p.796, Obs.Legeais D., J.C.P G 2009, n°25, 14, note S.Piedelièvre.

Cass.Com., 7 juillet 2009, n°08-18.251 F-P+b, Laboratoires Jolly Jtel C/BNP Parisbas, n°049115 : Jurisdata n°049115 JCP.2009.359, note Lasser-Capdeville.

Cass.Com., 16 mars 2010, 09-11.734 D-D, crédit du nord C/Sté Dolphi : jurisdata n° 002216.

Cass.1re civ .9 déc.2010 ,n°09-14-977 JurisData n°2010-023220.

Cass .com , 5avr .2011 ,n°10-16426 :Bull.civ IV,54, Droit et patrimoine, 2011,n°205, p.107 obs.layues & P. Dupichot , Banque et droit ,juill.Aout ,2011,p 34,note F.Jacob.

Cass.1re civ, 12 juill 2012, n°10 ,10-25 .737, Lamyline ; Cass.1re civ.8 nov .2007, n°04-18.668, Bull.cin I20349 .

Cass.com, 20 octobre 2012 ,n°11-24460.

Cass.com, 4 nov 2014 ,n° 13-23130, ECLI FR CC ASS 2014 COOO937,caisse de crédit agricole mutuel de languedoc c/M Y D (C.A Montpellier, 18 juin 2013 ,Mme Mouillard , prés ; SCP Capron.

قرارات محكمة العدل للمجموعات الأوروبية

CJCE, arrêt du 26 octobre 2006, AFF, C168/05 publié in : www.clauses-abusives.fr

CJCE 22 nov. 2001, aff. jointes C-541/99 et C-542/99, Contr.Conc.Consom. 2002, n° 18, obs. G. Raymond ; JCP 2002.éd.G.II.10047, note G. Paisant ; Civ. 1re, 5 mars 2002, n° 00-18.202, Commune de Bayonne c/ SAADEG, à paraître au Bulletin ; Paris, 5e ch. A, 7 nov. 2001, SA Locam c/ Association Akoona, inédit , RTD Civ. 2002 p. 293.

لائحة المراجع

المراجع العامة:

* أبو العلا علي أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، 1998.

* أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية، الجزء الثاني، آليات وأدوات الوفاء، الشيك ووسائل الأداء الأخرى، دار نشر المعرفة، الرباط، الطبعة الأولى، 1998.

* أحمد كويسي ومحمد الهيني، تأملات في اجتهادات القضاء التجاري في مادة الاوراق التجارية، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دار القلم، الطبعة الاولى، 2008.

* إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

* العربي مياد، عقود الإذعان، دراسة مقارنة، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2004.

* الطيب الفصايلي، الوجيز في القانون القضائي الخاص، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، 1992.

* بحار عبد الرحيم، الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية ، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 8، فبراير 2009، مطبعة إليت، سلا، 2009.

- * بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المتعاقد و المستهلك، المطبعة والوراقة الوطنية زنفة أبو عبيدة، الطبعة الأولى ، ماي، 2008.
- * عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني المقارن، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.
- * عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2001.
- * عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السادس، الإثبات- آثار الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، لبنان بيروت، 2000.
- * عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر و الأخير في التأمينات الشخصية والعينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة، 2000.
- * عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاول و الوكالة و الوديعة و الحراسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة، 2000.
- * عبد الرزاق احمد السنهاوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الثالث، مؤسسة التاريخ العربي و دار إحياء التراث العربي، بيروت ، الطبعة الأولى، 1997.
- * عبد الرزاق احمد السنهاوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الرابع، مؤسسة التاريخ العربي ودار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1997.
- * عبد العزيز الحضري، استئناف الأحكام المدنية في التشريع المغربي، الجزء الأول، حق الاستئناف، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009.
- * عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، مطبوعات المعرفة، مراكش، الطبعة الخامسة، مارس 2008.
- * عبد الواحد العلمي، شروح القانون الجديد المتعلق بالمسطرة الجنائية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى ، 2009.
- * عبد الحكم فودة، ضوابط الاختصاص القضائي في المواد المدنية والجنائية والإدارية والشرعية على ضوء الفقه وأحكام القضاء ، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1995.
- * عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الثانية، 2008.
- * فوزي رشيد، الشرائع العراقية القديمة، الطبعة الثالثة، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1987.
- * محمد السيد عمران، حماية المستهلك، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ذكر السنة.

- * محمد بفقير، *مدونة التجارة والعمل القضائي المغربي*، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2007.
- * محمد بفقير، *قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي*، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2009.
- * مليكة الصروخ، *القانون الإداري، دراسة مقارنة، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الدار البيضاء، الطبعة السادسة، نونبر 2006.*
- * حسن عبد الباسط جميعي، *حماية المستهلك*، أبحاث مركز الدراسات القانونية والفنية لنظم الاستهلاك وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دون ذكر السنة.
- * حسين وعبد الرحيم عامر، *المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية*، دار المعارف، القاهرة، الطبعة الثانية، 1979.
- * نبيل إبراهيم سعد، *التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزام*، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005.
- * نصيف محمد حسين، *النظرية العامة في الحماية الجنائية للمستهلك*، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- المراجع الخاصة:**
- * إبراهيم وليد عودة، *النظام القانوني للبطاقات البنكية*، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2008.
- * احمد أيت الطالب، *التنظيم القانوني للسوق المالي المغربي (البنيات والفاعلون)*، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 2006.
- * احمد شوقي محمد عبد الرحمن، *المسؤولية العقدية للمدين المحترف*، توزيع منشأة المعارف بالاسكندرية، 2003.
- * أمينة ناعمي، *أحكام الشرط في القانون المدني المغربي على ضوء الفقه والاجتهاد القضائي*، دراسة مقارنة، دار الأفق المغربية للنشر والتوزيع، فبراير 2009.
- * امحمد برادة غزيول، *عقد الائتمان الايجاري على المنقولات بين الفقه والقضاء*، سلسلة المعارف التجارية، دار النشر المعرفة، الرباط، الطبعة الأولى، 1998.
- * ثروت عبد الحميد، *اتفاق التمويل العقاري دراسة في أحكام قانون التمويل العقاري والتشريعات المقارنة*، دار الجامعة الجديدة، 2007.
- * حمد الله محمد حمد الله، *حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك*، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997.

- * رمضان محمد أبو السعود وهمام محمد محمود زهران، التأمينات الشخصية والعينية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- * زينب سالم، المسؤولية الجنائية عن الأعمال البنكية، دراسة مقارنة بين التشريع المصري و التشريع الجزائري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2010.
- * سميحة القليوبي: الأسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس، القاهرة 1992.
- * صلاح الدين طيوي ورشيد مليتي، النزاعات المتعلقة بالبطائق البنكية في المغرب، دار السلام ، الرباط، 2008.
- * عائشة الشرفاوي المالقي، الوجيز في القانون البنكي، دار أبي رقرق، الرباط، الطبعة الأولى، 2004.
- * علي العبيدي، الأوراق التجارية في التشريع المغربي، مطبعة الامنية، الرباط، الطبعة الاولى، 1970.
- * عبد العلي العضاوي، تدقيق المسؤولية المدنية عن أخطاء البنوك بالمغرب وأثرها على المهنة والاقتصاد، دراسة ميدانية، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2007.
- * عبد الله ولد، قانون الصرف مع اجتهاد القضاء المغربي و المقارن، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2007.
- * عبد السلام زوير، الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية، مكتبة دار السلام، الرباط، 2004.
- * علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
- * قدوي عبد الفتاح الشهاوي، موسوعة التمويل العقاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 2005.
- * محمد الفروجي، الفوائد البنكية بين السعر القانوني والسعر الاتفاقي للفوائد في الميدانين المدني والتجاري، سلسلة القانون والممارسة القضائية، العدد 1، 2003، منشورات المجلة المغربية لقانون العمال والمقاولات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003.
- * محمد الفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مجموعة قانون التجارة والأعمال، سلسلة الدراسات القانونية 2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1998.
- * امحمد الفروجي، الإثبات أمام المحاكم من خلال قضاء المجلس الأعلى لسنوات 2005/2000 ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2005، ص. 103 و 104.
- * محمد الشافعي، بطاقات الأداء والالتزام بالمغرب، سلسلة البحوث القانونية ، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2002.

- * محمد حسين منصور، *النظرية العامة للائتمان*، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال حزي وشركاه، 2005.
- * محمد جنكل، *العمليات البنكية، الجزء الأول*، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى، 2003.
- * محمد رشيد رضا، *الربا و المعاملات في الإسلام*، دار ابن زيدون للطباعة و النشر، بيروت ، الطبعة الأولى، 1986.
- * محمد صبري، *الأخطاء البنكية، أساس مسؤولية البنك عن عدم ملائمة الائتمان مع مصلحة الزبون*، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى، 2007.
- * محمد بودالي، *حماية المستهلك*، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، دون ذكر السنة.
- * محمد حسن العامري، *الإعلان وحماية المستهلك*، العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، دون ذكر السنة.
- * معادي اسعد صوالحة، *بطاقات الائتمان، النظام القانوني وآليات الحماية الجنائية والأمنية*، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2008.
- * نبيل ابراهيم سعد، *ملاحح حماية المستهلك في مجال الائتمان (في القانون الفرنسي)*، دراسة للقواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

الرسائل و البحوث :

- * ابراهيم وجعيدان، *حماية المستهلك في القروض العقارية*، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القنون الخاص، وحدة قانون الأعمال والمقاولات، جامعة محمد الخامس السويسي، أكتوبر 2010.
- * احمد أبران، *حماية رضا المستهلك في ضوء القواعد العامة و الخاصة*، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية، وحدة قانون الأعمال، وجدة، نوقشت بتاريخ 7 أكتوبر 2000.
- * انس أبو العون، *المسؤولية المدنية للأبنك عن ودائعها النقدية*، جامعة محمد الأول ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2004/2005.
- * الراضي عثمانى، *الأسس القانونية لحماية المستهلك في العقود التقليدية والالكترونية*، المدرسة الوطنية للإدارة، 2008/2010.
- * العربي الغرمول، *حماية الدائن المرتهن في الأصل التجاري*، أطروحة لنيل الدكتوراة في الدكتوراة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، أكдал، كلية الحقوق، الرباط، 2000-2001،

* العربي مياد، إشكالية التراضي في عقود الإذعان، الجزء الأول، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، اكدال، الرباط، 2001/2000.

* المفضل الوالي، عقد الإيداع البنكي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، شعبة القانون الخاص، نوقشت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالدار البيضاء، جامعة الحسن الثاني عين الشق، السنة الجامعية 2000-2001.

* إسماعيل صلاح الدين، الودائع النقدية وإشكالية حماية المودعين، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون التجاري المقارن، 2006/2007.

* بن لحرش نوال، جمعيات حماية المستهلكين، دور وفعالية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، السنة الجامعية، 2012/2013.

* بوعبيد جمال، المسؤولية المدنية للبنك تجاه الزبناء والأغيار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2002.

* بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المتعاقد والمستهلك، المطبعة والوراقة الوطنية زنقة أبو عبيدة، الطبعة الأولى، ماي 2008.

* حسن طه، التحويل البنكي في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، ماستر قانون الأعمال، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، 2008/2009.

* حسنة الرحمني، حماية المستهلك ضد مخاطر القروض الاستهلاكية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس اكدال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 1998/1999.

حمداوي صوراية ومسعودان فتيحة، الكفالة كتأمين شخصي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، شعبة القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة/ بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، نوقشت بتاريخ 2013/6/22.

* خالد الفكاني، نظرة الميسرة، بحث في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، اكدال، الرباط، 2006/2007.

* ربيع الشركي، الممارسات المنافسة للمنافسة، دراسة تحليلية لأشكال الممارسات المحظورة ووسائل مكافحتها، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، عين الشق، الدار البيضاء، 2006/2007.

* رشيد الشائب، *شركات القروض للاستهلاك*، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، وحدة قانون المقاولات، 2004/2003.

* سهيلة المريني، *التنظيم القانوني للقرض العقاري*، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، شعبة المدني والأعمال، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2011-2012.

* سمية كريم، *مظاهر حماية المستهلك في القروض السكنية*، رسالة لنيل دبلوم الماستر، قانون العقود والعقار شعبة القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2011/2012.

* سيد محمد ولد عدي، *حماية الزبون في العمليات البنكية في القانونين المغربي والموريتاني*، (الوفاء بالشيك، الائتمان البنكي)، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2006/2007.

* سيدي عبد العزيز كيان، *حماية المستهلك في بيع العقار في طور الانجاز، قراءة في مضامين قانون 44.00*، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، شعبة القانون الخاص، فاس، 22 دجنبر 2005.

* عائشة الشرفاوي المالقي، *تجربة البنوك الإسلامية، النظرية و التطبيق*، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة محمد الخامس، أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال الرباط، السنة الجامعية، 1997/1998.

* عبد المهيم حمزة، *النظام القانوني لقروض الاستهلاك، دراسة تأصيلية*، رسالة لنيل الماستر في القانون المدني والأعمال، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، 2008/2009.

* عبد الرحيم المودن، *النظام القانوني لعقد الحساب الجاري البنكي*، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 2003/2004.

* عمرو قريوح، *الحماية القانونية للمستهلك، القرض الاستهلاكي نموذجا*، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، وجدة، 2006/2007.

* فاتحة براني، *الائتمان البنكي، نماذج القرض، فتح الاعتماد البسيط، الاعتماد المستندي*، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، 2006-2007.

* فتيحة التوزاني، المسؤولية المدنية للبنك عن فتح الاعتماد البسيط، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون الأعمال، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وحدة التكوين والبحث، الضمانات التشريعية في قانون الاعمال المغربي، وجدة ، 2001/2000.

* محمد الطاهري، الدفع بالتجريد، بحث تأهيلي في إطار دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط ، اكدال، 2007/2006.

* محمد الناجي، المسؤولية عن إفشاء السر المهني البنكي، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، وحدة التكوين والبحث في القانون التجاري المقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، السنة الجامعية 2006 / 2007.

* محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التامين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، 2006/2005.

* محمد كبوري، حماية مستهلك العقار- خدمة التوثيق نموذجا - ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2011 / 2012.

* محمود محمد إبراهيم أبو فروة، مسؤولية البنك المدنية عن عمليات التحويل الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث قانون العقود والعقار، السنة الجامعية، 2011/2012.

* نجاة السعيد، حماية المستهلك في عقد القرض العقاري الاستهلاكي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، 2011/2012.

* نزهة الخالدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية- عقد البيع نموذجا-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس اكدال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، 2004/2005.

المقالات:

* أبو بكر مهم، قراءة في مقتضيات المتعلقة بالبيع عن بعد، مجلة الدفاع، هيئة المحامين لدى محكمة الاستئناف بسطات، العدد السادس، أكتوبر 2011.

* أحمد كويس، الكفالة العينية، مجلة القانون والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، العدد 23، دجنبر 2007، ص.32.

- * أحمد كويسبي، الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية في العقود المختلطة في ضوء قرار المجلس الأعلى بتاريخ 25 فبراير 2009، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد 4، 2011.
- * الرافة وتاب، الفاتورة ودورها في محاربة التهرب الضريبي، مجلة الملف، العدد 5، يناير 2005.
- * الحسين بلحساني، التجديدات الأساسية في مسودة المشروع المغربي لقانون حماية المستهلك آليات تدعيم رضا المستهلك، مجلة المحاكم المغربية، العدد 84.
- * بوعبيد عباسي، مفهوم المستهلك على ضوء العمل التمهيدي لمشروع قانون حماية المستهلك، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، عدد خاص بتكريم الدكتور محمد الكشور، العدد 37، 2002.
- * جديع فهد الفيله الرشيد، مدى استحقاق البنوك التجارية فوائد قروض الأعمال المدنية في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الأول، السنة الحادية و الثلاثون، إصدارات مجلس النشر العلمي، مارس 2008.
- * حسني حسن المصري، الفوائد في النظم القانونية المقارنة وموقف المشرع الكويتي منها، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ملحق العدد الأول، السنة 27، مارس 2003.
- * عبد الحق ايت مومن، تحرير العقود باللغة العربية بين الأصل والإستثناء، جريدة الأخبار، العدد 457، الجمعة 9 ماي 2014.
- * عبد العزيز الحضري، الردع البنكي في مجال الشيك، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، العدد 26، سنة 2001.
- * عز الدين الماحي، الوديعة البنكية النقدية أية حماية؟ مجلة المحامي، العدد 40 سنة 2002.
- * عز الدين بنستي، حماية مستهلكي الخدمات المالية، مجلة الدفاع، هيئة المحامين لدى محكمة الاستئناف بسطات، العدد السادس، أكتوبر 2011.
- * فاتح كمال، سعر القرض البنكي: أية حماية للمستهلك، مجلة الملف، عدد 10، مطبعة فضالة، ابريل 2007.
- * نور الدين الناصري، الالتزام بالإعلام في المجال الإلكتروني، مجلة الدفاع، هيئة المحامين لدى محكمة الاستئناف بسطات، العدد السادس، أكتوبر 2011.
- * نور الدين زحاف، المسؤولية المدنية للأبنك إزاء الزبناء وإزاء الأغيار، الندوة الثالثة للعمل القضائي وتطورات القطاع البنكي بالمغرب، المعهد الوطني للدراسات القضائية والمجموعة المغربية لبنوك المغرب، الرباط، 19 و 20 يونيو 1993.
- المراجع بالفرنسية:**

Ouvrages généraux :

- * A.Bendraoui, *la protection du consommateur au Maroc*, REMALD, collection manuels et travaux universitaires, édition maghrébines, Casablanca, première édition, 2002.
- * A. Boudahrain, *le droit de la consommation au Maroc*, société d'édition et de diffusion AL Madariss, Casablanca, 1 ère édition, 1999.
- * A.Karimi, *les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, L.G.D.J, année 2001.
- * Abraham.Weingort, *intérêt et crédit dans le droit Talmudique*, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1979.
- * C.Bourrier, *la faiblesse d'une partie au contrat*, collection des thèses des sciences humaines n°12, Bruylant-Académia S.A, Louvain la neuve, 2003.
- * Cathy.Pomart, *La magistrature familiale : Vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille*, Editions L'Harmattan, 2004, Collection Logiques Juridiques.
- * François.Collard.Dutilleul & Phillipe.Delebecque, *contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 1993, 2 ème édition.
- * G.Biardeaud & P. Flores, *le contentieux du droit de la consommation*, école nationale de magistrature, documents pratiques, Novembre 1997.
- * G.Cas, *la défense du consommateur*, éditions que sais-je ? Presses universitaires de France, Vendôme, 1975.
- * Guy.Raymond, *droit de la consommation*, Litec, 2ème édition, 2011.
- * Georges. Ripert & René.Roblot, *traité de droit commercial*, L.G.D.J, 1996.
- * H & L& J.Mazeaud & F.Chabas, *leçons de droit civil*, obligations, théorie générale, tome 2, premier volume, Montchrestien/ Delta, Liban, 9 ème édition, 2000.
- * J.Calais-Auloy & Steinmetz, *droit de la consommation*, Dalloz, 7 édition, 2006.

- * J.Calais.Auloy & H.Temple, *droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 8ème édition, 2010.
- * J.Carbonnier, *droit civil, tome 4, Les Obligations*, PUF, 22 e éd., 2000.
- * Montesquieu, *l'esprit des lois*, Garnier frères & librairie éditeurs, paris, 1927.
- * Mohamed.Jalal.Essaid, *introduction à l'étude du droit* , collection connaissances ,3ème édition, 2000.
- * Muriel.Fabre.Magnan, *de l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, paris, 1992.
- * Rabih.Chendeb, *le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative, droit français, libanais et égyptien*, édition Alpha & L.G.D.J, 2009.
- * Y.Picod & H.Davo, *droit de la consommation*, Armond Colin, 2005.
- * Y.Picod & H.Davo, *droit de la consommation*, Sirey, 2ème édition, 2010.
- * Y. Guyon, *Droit des affaires*, Tome 1, Droit commercial général et sociétés, Editions Economica, 9^{ème}édition, 1996.

Ouvrages spéciaux :

- * A.Shmitt & E.Omes, *la responsabilité du banquier en droit bancaire privé luxembourgeois*, Larcier, Bruxelles, 2006.
- * B.Moschetto & A.Plagnol, *le crédit à la consommation, que sais-je ?* , presses universitaires de France, paris, 1973.
- * C.Biquet-Mathieu, *le sort des intérêts dans le droit du crédit, actualité ou désuétude du code civil ?*, édition collection scientifique de la faculté de droit de liège, 1998.
- *C.Biquet.Matthieu, *Biquet, Le crédit à la consommation*, Larcier, 2004.
- * C.D'Hoir-Lauprêtre, *droit du crédit*, Ellipses, paris ,1999.
- * C.Gavalda & J.stoufflet, *droit de la banque*, Thémis, presses universitaires de France, paris, 1^{ère} édition, 1974.

- * C.Gavalda & J.Stoufflet, *droit bancaire, institutions, comptes, opérations, services*, LexisNexis/Litec, Paris , 2010.
- * C.Lobry & M.Ritaine, *les relations juridiques de l'entreprise avec ses partenaires*, BTS droit, tome 2, Techniplus, 1996.
- * Commission université-palais, *le crédit à la consommation*, éditions Larcier, Bruxelles, 2004.
- * Dominique.Legeais, *sûretés et garanties du crédit*, L.G.D.J, 6ème édition, 2008
- * Didier.Ferrier, *la protection des consommateurs*, connaissance du droit, droit privé, Dalloz, 1997.
- * D.Martin, *Droit commercial et bancaire marocain*, 4ème édition, Société d'édition et de diffusion Al Madariss, Casablanca, 2013.
- *E.Balate & F.Domont-Naert, *l'endettement des consommateurs*, Tome 2, Analyse juridique, Université Catholique de Louvain, centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve, 1989.
- * Elise.Poillot, *droit européen de la consommation et iniformisation et uniformisation du droit des contrats*, LGDJ, paris, 2006.
- * G.Petit-Dutaillis, *le risque du crédit bancaire*, C.L.E.T Edition Banque, paris, 1981.
- * Guy.Raymond, *droit de la consommation*, Litec, 2ème édition, 2011.
- * J.Rivoire, *les banques dans le monde*, que sais- je ?, presses universitaires de France, paris, 2 ème édition, 1980.
- * K.Lyazidi, *la responsabilité du banquier au Maroc*, Mithaq-Almaghrib, Rabat, 1985.
- * K.M'Hammed, *le système bancaire marocain et son environnement*, imprimerie élite, Rabat, avril 2008.
- * L'observatoire du crédit et de l'endettement, *la consommation et le crédit aux particuliers*, rapport général, 2002.
- * L'observatoire du crédit et de l'endettement, *le crédit accessible aux personnes à revenus modestes*, octobre 2001.

- * M.F.Magnan, *de l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie générale*, L.G.D.J, 1992.
- * N.Toujgani, *introduction à l'étude de l'ordre juridique et des institutions communautaires*, Université Sidi Mohamed Benabdellah, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, UFR droit de la concurrence et de la consommation, Fés , 2003/2004.
- * Pierre.Claude.Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, les éditions Thémis, 1996.
- *P.Bouteiller & F-J.Crédot, *l'exploitant de banque et le droit*, la Revue Banque éditeur, paris,1993.
- * P.Neau-Leduc, *droit bancaire*, Dalloz, 2003.
- * P.Neau-Leduc, *droit bancaire*, Dalloz, 5e édition, 2015.
- * R.Routier, *obligations et responsabilités du banquier*, Dalloz, Paris, deuxième édition, 2008.
- * R.Zouaïmia, *les autorités de régulation indépendantes dans le secteur financier en Algérie*, éditions distribution Houma, Alger, 2005.
- * T.Bonneau, *droit Bancaire*, L.G.D.J, Montchrestien, 5^{ème} édition, 2003.
- * * T.Ben.Nasr, *droit bancaire tunisien*, la maghrébine pour l'impression et la publicité, Tunis, 2009.
- * véronique.Legrand, *le crédit en clair*, éditions ellipses, 2010.

Colloques et séminaires :

- * Le centre de la documentation en droit de la consommation (CEDOC) avec le soutien du centre d'études juridiques européennes (CEJE) Genève, *Actes du colloque sur la protection des consommateurs acheteurs à distance*, édité par Shulthess Polygraphischer verlag, Zurich & Bruylant , Bruxelles ,1999.
- * Le ministère des affaires économiques et générales, *séminaire sur le droit de la concurrence et le secteur bancaire*, organisé à Rabat, hôtel Hilton, mercredi 5 mars 2008, actes non publiés.

* L'observatoire du crédit et de l'endettement, *colloque sur le règlement des dettes : les conditions de mise en œuvre*, organisé le 15 novembre 1996, Bruxelles.

* 81 congrès des notaires de France, *le consommateur*, tome 2, Maury imprimeur S.A, 1985, Malesherbes, 1985.

Mémoires et thèses :

* A.Benausse, le taux d'intérêt chez les jeunes saint-simoniens (1825-1832), université Lyon 2, UFR des sciences économiques et de gestion, centre Walras, école doctorale, thèse de doctorat , 14 novembre 2003.

* A.Bendraoui, *la publicité mensongère et la protection du consommateur en droit marocain*, mémoire pour le diplôme d'études supérieures de droit privé, université Mohamed 5, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, Rabat, janvier 1980.

* Ch.Slimani, *surendettement de la famille : prévention et traitement en droit marocain et en droit européen*, thèse de doctorat en droit privé, université sidi Mohamed ben Abdellah, faculté des sciences juridiques économiques et sociales, Fés, 2006/2007.

*C.Rithy, *L'arbitrage et le contrat de consommation :le point sur l'état de droit*, Université de Lumière Lyon 2, Faculté de Droit et Science politique, Mémoire Soutenu le 25 septembre 2006.

*D.Bosco, *le droit de rétractation, d'un aspect des rapports du droit de la consommation et du droit commun des contrats*, mémoire de DEA de droit privé , faculté de droit de de science politique d'Aix-Marseille, 1999.

* D.Dutalloy, *comportement du débiteur et procédure de surendettement*, mémoire de DEA droit privé, Lille 2, 1999/2000.

* F.Aude, *le devoir de conseil du banquier*, université Lille II, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, mémoire de DEA de droit privé, 2000/2001.

- * F.Leplat, *la transmission conventionnelle des créances*, thèse pour le doctorat en droit, Université Paris X, Nanterre, UFR des sciences juridiques, administratives et politiques, 26 septembre 2001.
- * Ibtissam.Belhaddad, *la protection du consommateur, situation actuelle et perspectives d'avenir, le crédit à la consommation comme modèle*, mémoire de master, faculté des sciences juridiques de Settat, année 2009/2010.
- * J.Elmahlouf, *le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la doctrine catholique, du droit positif et du droit musulman*, thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon Assas, (Paris II), septembre, 1994.
- * G.Daladier.Abi-Rizk, *l'internet au service des opérations bancaires et financières*, Université Pantheon-Assas (Paris II), Thèse pour le Doctorat en Droit présentée et soutenue publiquement le 17 mars 2006.
- * L.H.Hamza, *le crédit à la consommation et le développement au Maroc*, thèse pour le doctorat d'état en sciences économiques, Université Hassan II, faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Casablanca, juin, 1988.
- * Nicolas.Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Université Robert Schuman, Strasbourg III, Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion, Thèse pour le doctorat en droit, Présentée et soutenue publiquement le 26 juin 2003.
- * Nicolas.Vallet, *Les techniques de protection du client de la banque*, Université De Reims Champagne-Ardenne,Ufr droit et sciences politiques, Thèse pour le doctorat en droit, soutenue le 11 décembre 2009.
- * Oussmane batt, *la gestion du risque du crédit : un enjeu majeur pour les banques, maitrise en banque, assurance, finance*, 2008, université de Dakar Bourguiba, publié sur www.memoireonline.com
- * S.Akrawati.Adjita, *Contribution à la protection juridique du consommateur dans les pays en voie de développement*, thèse de doctorat

en droit des affaires, Université d'Auvergne – Clermont –Ferrand 1, Faculté de droit et de science politique , thèse soutenue le 29 mai 1996.

* S.Valory, *la potestativité dans les relations contractuelles*, thèse, presses universitaires, Aix Marseille, 1999.

* Youssef.Shandi, *la formation du contrat à distance par voie électronique*, université Robert Schuman Strasbourg III, faculté de droit, des sciences politiques et de gestion, soutenue le 28 juin 2005.

Rapports :

* Conseil de la concurrence, *Rapport de réalisation d'une étude sur la concurrentiabilité du secteur Volet II : Analyse des mécanismes concurrentiels*, rapport non publié, version février 2013.

* Laurent.Béteille & Richard.Yung, *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur l'action de groupe*, session ordinaire du sénat 2009-2010, 26 mai 2010.

* Luc.Chatel, *de la conso méfiance à la conso confiance*, rapport au premier ministre de la mission parlementaire auprès du Secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises, au commerce, à l'artisanat, aux professions libérales et à la consommation sur « l'information, la représentation et la protection du consommateur », 9 juillet 2003.

* Conseil de la concurrence, *rapport de synthèse d'une étude sur la concurrentiabilité du secteur bancaire*, volet II, février 2013, p.7, non publié.

Articles :

Anthony.Astaix, *le crédit, objet de toutes les attentions*, Recueil.Dalloz, 2009.

A.Boujeka, *L'avenir juridique de la protection communautaire de la clientèle bancaire : pour une communautarisation des fonds de garantie*

des dépôts et de la responsabilité des organes de surveillance bancaire, LPA, 29 mai 2006, n° 106.

Anne.Cathelineau, *la notion de consommateur en droit interne, à propos d'une dérive*, Contr.Conc.Conso., Chr., N° 13, décembre1999,

A.Cinay-Cytermman, *les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, la protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J, 1996.

A.Couret, *la distribution du crédit immobilier*, in : Ibrahim.Fadllallah, *le droit du crédit au consommateur*, Litec Droit, Paris, 1982.

Alexandre.Dumery, *Cautionnement et code de la consommation : ambition protectrice à un éclatement progressif*, revue Lamy, Droit civil, Document Wolters Kluwer France.

Alain.Durance, *Location-accession à la propriété immobilière*, Rép.Civ.Dalloz, septembre 2004.

A.Gourio, *Les règles françaises de protection de l'emprunteur immobilier à l'épreuve de la concurrence européenne*, LPA, 29 avril 1998.

Alain Gourio, *L'information du consommateur dans le domaine du crédit immobilier : questions d'actualité*, LPA, 29 juin 1999 n° 128.

A.Guineret-Brobbeldorsman, *Un exemple de codification à droit constant : le code de la consommation peu protecteur pour le consommateur surendetté*, LPA, 05 juillet 2007 n° 134.

Agathe.Lepage, *les paradoxes du formalisme informatif*, in : Liber Amircrum, Dalloz, 2004.

Alain.Seban, *les formes institutionnelles impliquées par le droit de la régulation*, LPA, n°110, 3 juin 2002.

Alain.sériaux, *la distribution du crédit mobilier*, in : Ibrahim.Fadllallah, *le droit du crédit au consommateur*, Litec Droit, Paris, 1982.

Anne .laure.vincent & horteuse de Roux, *les actions de groupe : une réforme nécessaire au regard des procédures alternatives prévues par le droit francais*, LPA, 25 mars 2014, n°60.

Anne.Sophie.Barthez, *formalisme du contrat de cautionnement*, revue des contrats, 1 juillet 2013, n° 3.

A.Sinay-Cyterman, *Protection ou surprotection du consommateur*, J.C.P, Ed.G, 30 Nov.1994,n°.48.

B.Auberger, *La banque virtuelle*, LPA, 20 janvier 1999, n° 14.

Bernard.Bouloc, *consommateurs et non professionnels : notions voisines et distinctes*, RTD Com., 2006.

Bernard .Bouloc, *la perte du droit aux intérêts*, Liber Amicorum & Jean.Calais-Auloy, *étude de droit de droit de la consommation*, Dalloz, 2004.

B.Bury, *la bonne foi dans la relation contractuelle du banquier avec son client*, Gaz.Pal, 17 mars 2009, n°76.

B.Dondero, *Le nouveau régime du démarchage bancaire et financier*, LPA, 14 novembre 2003 n° 228.

B.Dondero, *Les apports de la loi MURCEF en matière de droit bancaire, (Articles 13 et 16 de la loi du 11 décembre 2001) (1ère partie)*, LPA, 17 janvier 2002, n° 13.

B.Petit, *la formation successive du contrat de crédit*, in : *le droit du crédit au consommateur*, Litec, Paris, 1982.

B.Roman, *Le banquier demeure débiteur d'une obligation de conseil à l'égard de la caution*, LPA, 08 juillet 2003 n° 135.

Bertrand.Saint-Alary, *Aspects juridiques et pratiques de la tarification bancaire*, Revue Lamy Droit des Affaires, 2008, n°30.

C.Boismain, *La faible protection des souscripteurs de contrats d'assurance groupe, en particulier étrangers (Cass. civ. 2e, 22 novembre 2007) : Une banque n'a pas l'obligation de fournir à un étranger un contrat rédigé dans sa langue natale*, LPA, 05 mars 2008, n° 47.

Ch.Giaume, *le non professionnel est-il un consommateur ? Ou des problèmes de la redondance en droit de la consommation*, LPA, 23 juillet 1990.

C.Kuhn, *Le droit commun du gage*, LPA, 27 mars 2008 n° 63.

Christine.Lassalas, *Escompte*, JurisClasseur Banque -Crédit –Bourse, Cote : 11,2001, Date de fraîcheur 27 juillet 2001, Fasc.550.

C.Maury, *Observations sur les récentes évolutions du principe de proportionnalité dans le cautionnement*, LPA, 28 juillet 2006, n° 150.

C.Perot-Reboul, *commercialisation des services financiers : champ d'application de la directive*, Revue Lamy droit des affaires, chroniques, en date du 1/6/2003.

Christophe.Pecuard & Marine.Nossereau , *la France et l'europe des langues* , LPA, 15 juillet 2002, n ° 140.

Cathelineau-Rolland, *banque et surendettement*, étude 6, Contrats-concurrence- consommation, n°4, avril 2001.

D.Arlie, *La négligence du prêteur, la règle de l'accessoire attachée au cautionnement et la libération de la caution*, LPA, 03 octobre 2001, n° 197.

D.A.Machichi, *régulation de l'économie par le droit*, Revue marocaine de droit et d'économie de gestion, N° 52, 2006.

D.Carmalli, *La loi pour l'initiative économique et le déplaçonnement des taux d'intérêt : une nouvelle étape dans l'histoire de l'usure*, LPA, , n° 169, 25 août 2003.

D.Chemin, *la tarification des services bancaires*, Revue Lamy droit des affaires, chr., Juin 2003.

D.Chemin, 2007 : *un an de jurisprudence bancaire et financière*, revue Lamy droit des affaires, Actualités droit du financement, en date du 7/2/2008.

Dominique.Fenouillet, *démarchage et crédit : la cour de cassation refuse un cumul des formes coûteux et inutile* , Revue des contrats, n°4, 1octobre 2007.

D.Khayat & C.Fiori-Khayat, *Prévention et fichier relatif à l'endettement*, LPA, n° 72, 10 avril 2003.

D.Mazeaud, *La révision du contrat*, LPA, n° 129, 30 juin 2005.

D.Mazeaud, *Le consommateur du crédit immobilier surendetté*, LPA, n° 128, 29 juin 1999.

D.Mazeaud, *Le désendettement de l'emprunteur immobilier*, LPA, n° 51, 29 avril 1998 .

D.Robine, *La personne du professionnel*, LPA, n° 60, 25 mars 2003.

Didier.R.Martin, *Pour une meilleure information des investisseurs*, LPA, n° 71, 15 juin 1994.

D.Roubette, *droit de la consommation et théorie générale du contrat* , in : études offertes à René Rondière, n°12, 1981.

D.Touchent, *La protection du consommateur contre les pratiques commerciales déloyales*, L.P.A., n° 153, 20 août 2006.

D.Voinot, *Effectivité et efficacité de la réserve de propriété après la réforme du droit des sûretés*, LPA, n° 63, 27 mars 2008.

E.Bazin, *de la protection du mineur en matière de démarchage bancaire*, Revue Lamy droit des affaires, actualités droit économique, en date du 3/1/2007.

Eric.Bazin, *De la nullité virtuelle d'un contrat de consommation*, (Cass. civ. 1re, 7 décembre 2004), LPA, n° 178, 07 septembre 2005.

E. Bazin, *de l'abus de faiblesse en droit de la consommation*, Revue Lamy droit des affaires, études perspectives, en date du 6/1/2007.

Éric.Carpano, *Droits fondamentaux et libertés communautaires de circulation*, in : brèves remarques sur le développement du système communautaire de protection des droits fondamentaux, LPA, n° 120, 17 juin 2005.

El.Hadi.Chaibainou, *les utilisations malveillantes des cartes bancaires*, Revue banque et entreprise, n°6, juin, juillet, août, 1986.

E.Kurek, *Les procédures d'insolvabilité en Allemagne*, n° 58, LPA, 23 mars 2005.

Etienne.Pataut, *clauses abusives de juridiction et clauses abusives*, in :

Jean.Calais.Auloy, *études de droit de la consommation* , D., 2004.

E.Scholastique, *Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur. A propos d'un arrêt de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation*, Defrénois, 1996.

François.Coupez & Thibault.Verbiest, *Commercialisation à distance des services financiers : bilan d'un nouveau cadre juridique*, Recueil.Dalloz, 2006, N° 44.

Fançoise.Domont-Naert, *les relations entre professionnels et consommateurs en droit Belge, la protection de la partie faible, la protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J, 1996.

Florence.Chaltiel, *Actualité de la protection du consommateur en Europe*, LPA, 25 mars 2011, n° 60.

Fabienne.Jault, *Chronique de droit de l'activité professionnelle*, n° V (1re partie), LPA, 24 avril 2002, n° 82.

F.Pasqualini, *L'imparfait nouveau droit du cautionnement*, LPA, 03 février 2004, n° 24.

Frédéric.Durand, *le droit du crédit à travers la jurisprudence de la cour d'appel de Colmar*, revue Lamy droit des affaires , octobre 2008, n°31.

Frédéric.Pollaud-Dulian, *A propos de la sécurité juridique*, RTD civ), n° 3, juillet - septembre 2001.

François.Sage, *le droit français au regard de la directive 93/13 du conseil des communautés européennes du 5 avril 1993*, Gaz.pal, doctrine, p.1191.

G.Berlioz, *droit de la consommation et droit des contrats*, J.C.P, éd. G, I, 1979, 2954.

F.Xavier.Testu, *qualité du consentement*, D., 2010.

G.Canivet, *Droit, économie et justice dans le secteur bancaire*, LPA, 31 mai 2005, n° 107.

G.Canivet, *les effets économiques de la jurisprudence bancaire* , les

banques entre droit et économie, ouvrage collectif, L.G.D.J, paris, 2006.

G.Damy, *Une nécessaire protection renforcée du consommateur face au rapprochement des secteurs de la banque et de l'assurance*, LPA, 17 novembre 2006.

G.Gardella, *le devoir de conseil du banquier*, Gaz.Pal, dimanche 3 au mardi 5 décembre 2000.

Gilles.Paisant, *essai sur la notion de consommateur en droit positif (réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la cour de cassation)*, La semaine juridique, Edition Générale, n°9, 10 Mars 1993, I 3655.

G.Paisant, *Prêt à la consommation Crédit mobilier à la consommation : à propos de la destination contractuelle du prêt comme critère d'application ou d'exclusion du régime de protection*, Cass. civ. 1re, 21 octobre 2003, LPA, 11 octobre 2004 n° 203.

G.Paisant, *Proposition de directive relative aux droits des consommateurs, avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ?*, la semaine juridique, édition générale, n° 9, 25 février 2009.

G.Paisant, *La question de la responsabilité de la banque pour octroi de crédits excessifs & La question du caractère abusif de la clause d'indemnité de résiliation du prêt*, LPA, 12 décembre 2006, n° 247.

G.Paisant, *les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives*, D.S., 1988, Chron.

G.Paisant, *Prévention du surendettement et responsabilité dans l'octroi du crédit*, LPA, 10 avril 2003 n° 72.

G.Raymond, *contrats de consommation*, Jurisclasseur Concurrence Consommation, cote 03.2009, date de fraîcheur 15 mai 2009.

G.Raymond, *crédit à la consommation*, Jurisclasseur Banque - Crédit – Bourse, Cote : 01,2012, Date de fraîcheur: 01 Mai 2011.

G.Raymond, *crédit à la consommation, régime de la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010*, Jurisclasseur concurrence-consommation, cote/ 04, 2011, date de fraîcheur 1 mai 2011.

G.Raymond, *crédit immobilier*, Jurisclasseur concurrence- consommation, Fasc.1110, cote 03, 2011,

G.Raymond, *la protection du consommateur dans les opérations de crédit*, Gaz.Pal, 1978.

Guy.Raymond, *la langue de l'étiquetage*, Jurisclasseur, contrats-concurrence, consommation, 12 année, n°10 octobre 2002, chroniques 18 et 19.

G.Raymond, *santé et sécurité des consommateurs*, Jurisc.Conc.Cons, Fasc. 950, 13 févr. 2012.

H.Claret, *Crédit à la consommation*, LPA, 12 décembre 2006, n° 247.

Hervé.Jacquevin, *le formalisme contractuel mécanisme de protection de la parties faible*, Larcier, Bruxelles, 2010.

H.Lecuyer, *Crédit immobilier et droit patrimonial de la famille*, LPA, 29 avril 1998 n° 51.

H.H.Darraspen & J.Salvandy, *incidences sur le crédit immobilier de la loi du 1^{er} juillet 2010 relative à la réforme du crédit à la consommation*, Revue de du droit immobilier, n°4, avril 2011.

Henri.Hengas.Darraspen, *incidences sur crédit à la consommation*, revue de droit immobilier, 2011.

H.Synvet, *les relations de dépendance entre le contrat principal et le contrat de crédit dans leur formation*, in : Ibrahim.Fadllallah, *le droit du crédit au consommateur*, Litec Droit, Paris, 1982

I.Corpart, *Le renforcement de la protection des comptes bancaires contre les saisies et la mise en place du solde bancaire insaisissable*, L.P.A, 13 mai 2003 n° 95.

I.Tchotourian, *Nouvel apport quant à la notion d'«obtention de prêt» de*

l'article L. 312-16 du Code de la consommation, LPA, 08 septembre 2004 n° 180.

Ivan.Tchoutourian, *Taux d'intérêts débiteurs : actualités jurisprudentielles*, LPA, 18 décembre 2002, n°252.

J.Amar, *une cause perdue, la protection des personnes morales par le droit de la consommation ?*, Contrats.Conc.Consom., Chron.5.

J.Attard, *Contrat de construction d'une maison individuelle : caractère formel du contrôle imposé au prêteur professionnel*, LPA, 01 février 2007, n° 24.

J.Attard, *Crédits à la consommation : du devoir du prêteur de contrôler les informations fournies par l'emprunteur lors de la conclusion du contrat*, LPA, 21 décembre 2007, n° 255.

J.Baptiste Seube, *La genèse de la réforme*, LPA, 27 mars 2008, n° 63.

J.Bossan, *La considération de la personne du créancier*, LPA, 03 mars 2008, n° 45.

J.Boulaire, *Le renforcement de la sécurité des titulaires de cartes bancaires (Cass. com., 2 octobre 2007)*, LPA, 14 mars 2008 n° 54.

J.Coelho, *À propos des nouvelles prescriptions destinées à conforter la confiance et la protection du consommateur*, LPA, 06 septembre 2005, n° 177.

Jean.Claude.vechiato , *les vicissitudes de l'utilisation de la langue française dans l'appel public à l'épargne en France*, Gaz.Pal, 2 juin 2001, n°153.

Jean-Christophe.Grall & Marie.Rigal, *Une nouvelle définition du consommateur ?*, 9 Mai 2014 , publié sur : http://www.droitdesmarches.com/Une-nouvelle-definition-du-consommateur_a87.html

J.Daniel, *Le devoir de mise en garde du banquier*, LPA, 18 février 2008, n° 35.

Jean.Daniel.Bretzner & Augustin.Aynes, *droit de la preuve*, Recueil.Dalloz, 2014.

J.F.Etheve, *L'hypothèque*, LPA, 27 mars 2008, n° 63.

J.hagmann, *Le secret économique et bancaire en Suisse et l'accès aux archives historiques des banques*, Intervention lors du 3ème colloque des archivistes de l'arc alpin, Lyon 24 sept 1999.

Jean-François Riffard, *Contrat de coffre-fort*, Jurisclasseur Banque - Crédit – Bourse, Cote : 01,2007, Date de fraîcheur : 25 Septembre 2006, Fasc. 920.

Jean-François.Riffard, *virement*, Jurisclasseur Banque-Crédit–Bourse, Cote:01, 2009, date de fraîcheur : 03Février 2009.

J.L.Courtier, *Sanction du non-respect de l'article L. 318-8 du code de la consommation: Nullité ou déchéance des intérêts?* , (Cass. civ. 1ère, 23 novembre 1999), LPA, 24 août 2000 n° 169.

Jacques.Léauté, *les contrats types*, R.T.D.Civ., 1953.

Jacques.Lecalvez, *mirages et maléfices de la protection*, in : Ibrahim.Fadllallah, *le droit du crédit au consommateur*, Litec Droit, Paris, 1982.

J.Ghestin, *le créancier d'une personne peut'il se voir opposer la mauvaise gestion de ses biens ?*, Droit et patrimoine, juin 1993.

J.L.Gracia, *La nature du virement : la qualification juridique d'un procédé extralégal*, LPA, 18 avril 2008, n° 79.

J.L.Guillot, *Pratiques bancaires*, Source du droit des affaires, LPA, 27 novembre 2003 n° 237.

J.Mel, *La notion de consommateur européen*, LPA, 31 janvier 2006, n° 22.

Jacques.Mestre, *L'attitude des juges face aux recommandations de la Commission des clauses abusives : entre considération et indépendance*, RTD. Civ., 1999.

J.Mestre, *Un bel exemple d'obligation de renseignement dans l'exécution du contrat*, RTD. Civ, 1996.

Jacques Mestre & Bertrand Fages, *Clauses abusives et personnes morales* (CJCE 22 nov. 2001, Aff. jointes C-541/99 et C-542/99, Con.Conc.Consom. 2002, n° 18.

J.M.Olivier, *La formation du contrat de crédit immobilier*, LPA, 29 avril 1998 n° 51.

J.P.Chazal, *le consommateur existe-il ?*, Recueil. Dalloz, 1997.

Jean.Pascal.Chazal, *vulnérabilité et droit de la consommation*, in F. Cohet-Cordey (dir.), *Vulnérabilité et droit, le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000.

J.Passa, *Les règles générales du commerce électronique et leur application dans les rapports avec les consommateurs*, LPA, 06 février 2004, n° 27.

J.Pierre.Pizzio, *droit du marché et droit commun des obligations*, RTD.Com., 1998.

J.P.Pizzio, *l'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs*, dossier protection du consommateur dans l'espace européen, Revue droit et patrimoine, en date 8/10/2002,

Jacques.Mestre, *L'attitude des juges face aux recommandations de la Commission des clauses abusives : entre considération et indépendance*, RTD Civ. 1999.

Jacques.Ravanas, *de l'interdépendance dans l'exécution des contrats*, in : Ibrahim.Fadlallah, *le droit du crédit au consommateur*, Litec, Droit, Paris, 1982.

Judith.Rochfeld, *les listes de clauses abusives seront- elles efficaces ?* , RTD. Civ., 2009.

J.Thraerd, *l'article premier de la loi Doubin du 31 décembre 1989 et les contrats de concession et de franchise*, Gaz.Pal, 1991, II, 609.

J.Yves.Rodiere, *Du délai de deux ans dans la consommation de crédit*, LPA, 25 mai 1998, n° 62.

kami.Haeri & Benoit.Javaux, *l'action de groupe à la française, une curiosité*, la semaine Juridique, édition générale, n°13, 31 mars 2014.

Laurent.Aynes, *Formalisme et prévention*, in : Ibrahim.Fadllallah, le droit du crédit au consommateur, Litec Droit, Paris, 1982.

L.Comanges, *Point de départ du délai de forclusion biennal dans les crédits permanents : le revirement*, (Cass. Ass. plén., 6 juin 2003), LPA, 03 octobre 2003, n° 198.

kami.Haeri & Benoit.Javaux, *l'action de groupe à la française, une curiosité*, la semaine Juridique, édition générale, n°13, 31 mars 2014.

L.Gaudin, *L'introduction d'une action de groupe en droit français: Présentation du projet de loi en faveur des consommateurs*, LPA, 17 janvier 2007, n° 13.

Laurent Mercie, *du vice caché automobile*, LPA, 4 novembre 1996 .

L.Nicolas-Vullierme, *Le «délai raisonnable» ou la mesure du temps*, LPA, 03 janvier 2005, n° 1.

M.A.Frison-Roche, *Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice*, La Semaine Juridique, Edition Générale, n° 40, 1er Octobre 1997, I 4051.

M.Beaubrun, *la notion de consommateur de crédit*, in : le droit du crédit au consommateur, Litec, Paris, 1982.

M.Boizard, *La réception de la notion de violence économique en droit*, LPA, 16 juin 2004, n° 120.

Marc.Bruschi, *démarchage*, Revue des contrats, 1 avril 2004, n° 2.

M.Brushi, *l'amélioration de la protection contractuelle du consommateur*, Revue Lamy droit des affaires, chr., en date du 5/4/2002.

M.Bruship, *la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 et l'amélioration de la protection des consommateurs*, Revue Lamy droit des affaires, actualités

droit économique, en date du 4/2/2008.

M.Cabrillac, *la responsabilité civile des banques dans le placement, et l'émission des titres*, RTD Com. 1931.

M.Cohen-Branche, *Dans quelle mesure une ouverture de crédit donne-t-elle naissance à un prêt*, LPA, 09 février 2004 n° 28.

Michel.Degoffe, *Actualité de la sanction non pénale*, LPA, 06 mars 2003, n° 47.

Marie.Elisabeth.Mathieu, *cautionnement disproportionné et charge de la preuve*, Gaz.Pal, 19 juin 2014 , n°170.

=

Maurizio.Fusi, *“Impact” de la publicité, expertises enquêtes consommateurs, L'exemple récent de la marque “Parmacotto”*, Gaz.Pal, vendredi 18, samedi 19 Mai 2001.

M.Lamoureux, *Le juge de l'exécution et les clauses abusives (TGI Bobigny, 26 septembre 2007)*, LPA.

Monique.Luby, *la notion de consommateur en droit communautaire : une commodité inconstance*, Contr-Conc-Cons., Janv.2000, Chron., n°1.

Maria.José.Azard-Band, *l'introduction d'une action de groupe en droit de la consommation*, Gaz.Pal, 3 septembre2013, n° 246.

Mustapha.Mekki, *le formalisme électronique : la neutralité technique n'emporte pas neutralité axiologique*, Revue des contrats ,1 juillet 2007, n°3, p.681.

Mustapha.Mekki, *réflexions sur le risque de la preuve en droit des contrats, 1ère partie*, Revue des contrats, 1 juillet 2008, n°3.

Mustapha.Mekki, *la gestion contractuelle du risque de la preuve (2 ème partie)*, Revue des contrats, 1avril 2009, n°3.

M.Storck, *l'activité de gestion de portefeuille*, Revue Droit bancaire et bourse, n°21, septembre/octobre 1990, spéc. n °7.

N.Patureau, *sécurité juridique et commercialisation à distance des*

services financiers auprès des consommateurs : ordonnance n° 2005-648, revue Lamy droit des affaires, février 2006, actualités droit du financement.

P.Bouteiller, *Cartes de paiement. Cartes de crédit*, Jurisclasseur, Banque-crédit-Bourse, cote 01, 2011, date de fraîcheur 2 novembre 2010.

P.Bouteiller, *le nouveau cadre juridique des relations entre les banques et leurs clients*, Revue contr.Conc.Conso., éditions du Jurisclasseur, mars 2002.

P.Bouteiller, *les mesures régissant les relations entre les établissements de crédit et leurs clients*, Revue droit des affaires, actualités droit du financement, en date du 4/2/2008.

P.Dupichot, *Le nantissement, un an après*, LPA, 27 mars 2008 , n° 63.

P.Lemaître, *La sanction de l'offre irrégulière de crédit*, LPA, 27 juillet 1999, n° 148.

P.L.Tourneau, *Les critères de la qualité de professionnel*, LPA, 12 septembre 2005, n° 181.

P.Rodolphe, *Prescription et responsabilité bancaire en matière d'octroi de crédit à long terme*, LPA, 05 novembre 2004, n° 222.

P.Simler, *Prévention et dispositif de protection de la caution*, LPA, 10 avril 2003, n° 72.

P.Trisson-Collard, *La question du surendettement*, LPA, 10 avril 2003, n° 72.

R.Crone, *Credit immobilier et droit international privé*, LPA, 19 mai 2000, n° 100.

Roberto.Grassi.Neto, *la politique de protection du consommateur dans le système d'intégration régional du Mercosur* publié in : *le droit de la consommation sous influences*, sous la direction de pierre Claude Lafond, éditions Yvon Blais, Québec, 2007.

R.Martin, *le consommateur abusif*, Dalloz, 1987, Chron. .

Rose.Noelle.Schutz, location-vente, Rép.Civ, Dalloz, février, 1999.

Sabine.Bertolaso, *l'utilisation de la langue française, protection réelle ou illusoire du consommateur*, Petites.Affiches, 19 février 1997, n°22.

Susan.Emmernegger, *le devoir d'information du banquier*, in : Christine.Chappuis & Bénédicte Winiger, *la responsabilité pour l'information fournie à titre professionnel*, Genf/Zurich/Basel, 2009.

Sylvie.Euzen, *Le cautionnement mutuel à l'épreuve du droit de l'immobilier*, AJDI, 1998.

S.Durox, *la constitution d'un réseau externalisé de démarcheurs et d'intermédiaires dédiés à la commercialisation de produits et services bancaires ou financiers*, revue Lamy droit des affaires, supplément études, en date du 3/5/2002.

S.Gautier, *Crédit permanent : martyr des juges du fond*, LPA, 17 octobre 2005, n° 206.

Serge.Guinchard, *l'action de groupe en procédure civile française*, revue internationale de droit comparé, 2 ,1990.

S.Piedelievre, *Les garanties du crédit immobilier*, LPA, 29 avril 1998, n° 51.

Stéphane.Pièdeliévre, *publicité des produits financiers et responsabilité de l'intermédiaire*, des promesses au mensonge, Revue Lamy, Droit des affaires, n°30, septembre, 2008.

Stéphane.Pièdeliévre & Marie –Elisabeth.Mathieu, *chronique de jurisprudence de droit de la consommation*, Gaz.Pal, 19 juillet 2014, n°1.

S.Pons, *Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties*, LPA, 08 avril 2008, n° 71.

Sylvie.Pierre.Maurice, *tribunal de commerce organisation et compétence*, la base données juridique de éditions Dalloz.

S.Vallée, *le chaînon manquant, dossier sur les nouveaux modes de consommation*, revue conjoncture, n°861, juin, 2005.

T.Lasne, *La responsabilité civile*, LPA, 13 février 2008, n° 32.

Valérie.Avena-Robardet, *en décidant que l'inobservation du délai de réflexion est sanctionnée par la nullité la cour opère-t-elle un revirement de jurisprudence ?*, Recueil Dalloz, 2001.

Vanessa.Barbé, *La protection du consommateur de services ouverts à la concurrence : approche comparée*, LPA, 06 juillet 2006, n° 134.

Vassili.Christianos, *Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs*, Recueil.Dalloz, 1993.

Vincent.Forray, *Contrat de prêt d'argent ; le consensualisme l'emporte...*, Cass. civ. 1^{re}, 28 octobre 2003, LPA, 11 octobre 2004, n° 203.

Victoire.Lasbordes, *Le contenu de l'offre de crédit à la consommation proposée au candidat emprunteur, (Cass. civ. 1ère, 17 juillet 2001)*, LPA, 16 janvier 2002, n° 12.

Viviane.Stulz, *Polémique autour de l'usage de l'anglais dans les entreprises*, LPA, 31 octobre 2005, n° 216.

V.Tellier, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation : la Cour de cassation récidive, (Cass. civ. 1re, 16 mars 2004)*, LPA, 30 juin 2004, n° 130.

Vincent.Vigneau, *le financement à crédit du contrat de consommation*, Contrats Concurrence Consommation, Octobre 2006.

V.Vigneau, *trente ans sur la notion du consommateur*, G.P, vendredi 30 août au mardi 3 septembre 2002, année 122, n°,242 à 246.

Yves.Picod, *proportionnalité et cautionnement, le mythe de sisyphe*, in : « études de droit de la consommation », Liber Amicorum, Dalloz, 2004.

	مقدمة
1ص	أولاً: مفهوم حماية المستهلك
3ص	ثانياً: مجالات حماية المستهلك
3ص	أ - حماية المصالح الاقتصادية للمستهلك
5ص	ب - حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك
6ص	ثالثاً: أساليب الحماية القانونية للمستهلك
6ص	أ - الحماية التشريعية
6ص	ب - الحماية التطبيقية
6ص	1 -المظهر التطبيقي
7 ص	2 -المظهر القضائي
7ص	رابعاً: السياق التاريخي لحماية مستهلكي الخدمات البنكية
الموضوع	خامساً: إشكاليته
	18ص
18ص	أ- ماهو نطاق تلك الحماية ؟
19ص	ب- ما هي أليات تلك الحماية؟
22ص	القسم الأول :نطاق الحماية

26ص	الباب الأول: مستهلكي الخدمات البنكية
27ص	الفصل الأول: المفهوم المشترك لمستهلكي الخدمات البنكية
28ص	الفرع الأول: تعريف المستهلك في النظام القانوني المغربي
30ص	المبحث الأول: المستهلك البنكي شخص طبيعي أو معنوي
31ص	المطلب الأول : المستهلك البنكي شخص طبيعي
32ص	الفقرة الأولى: مفهوم الشخص الطبيعي
32ص	الفقرة الثانية : آثار تكييف الشخص الطبيعي على المستهلك البنكي
34ص	المطلب الثاني: المستهلك البنكي شخص معنوي
35ص	الفقرة الأولى: الأشخاص المعنوية الخاصة
37ص	الفقرة الثانية : الأشخاص المعنوية العامة
	المبحث الثاني: مدى ملائمة اعتبار المهني أو التاجر مستهلك بنكي و إثبات صفة المستهلك
38ص	
38ص	المطلب الأول: مدى ملائمة اعتبار المهني أو التاجر مستهلك بنكي؟
39ص	الفقرة الأولى : الاتجاه المؤيد لاعتبار المهني أو التاجر مستهلك بنكي
40 ص	الفقرة الثانية : الاتجاه المعارض لإعتبار المهني أو التاجر مستهلك بنكي
42ص	المطلب الثاني: إثبات صفة المستهلك
43ص	الفقرة الأولى: عبء إثبات صفة المستهلك
44ص	الفقرة الثانية: طرق إثبات صفة المستهلك
48ص	الفرع الثاني:تعريف المستهلك في بعض الأنظمة الأوروبية المقارنة
49 ص	المبحث الأول: تعريف المستهلك وفقا للتوجيهات الأوروبية
50ص	المطلب الأول: تعريف المستهلك في القانون الأوروبي المشترك
50ص	الفقرة الأولى : تعريفات المستهلك عبر القواعد التوجيهية العامة
52 ص	الفقرة الثانية: تعريفات المستهلك عبر القواعد التوجيهية الخاصة
54ص	المطلب الثاني: تصنيفات المستهلك في نصوص القانون الأوروبي المشترك
55ص	الفقرة الأولى: المستهلك المتوسط
55 ص	الفقرة الثانية: المستهلك المواطن
55ص	المبحث الثاني: تعريف المستهلك الأوروبي وفق بعض القوانين الأوروبية الوطنية
56 ص	المطلب الأول: موقف المشرع البلجيكي
56ص	الفقرة الأولى: المفهوم الواسع للمستهلك

الفقرة	الثانية:	المفهوم	الضيق	للمستهلك
ص57				
ص58	المطلب الثاني : موقف المشرع الفرنسي			
ص59	الفقرة الأولى : تعريف المستهلك ما قبل قانون هامون			
ص61	الفقرة الثانية: تعريف المستهلك	إثر	قانون	هامون
ص62	الفقرة الثالثة : تعريف المستهلك إثر الأمر الصادر بتاريخ 14 مارس 2016 المعدل لقانون الاستهلاك			
ص62	الفصل الثاني: مقارنة المفاهيم المرتبطة بالمماثلة والمخالفة لمفهوم المستهلك البنكي			
ص63	الفرع الأول: المفاهيم المماثلة			
ص63	المبحث الأول : المفاهيم المشتركة مع جل مستهلكي الخدمات البنكية			
ص64	المطلب الأول: مفهوم الطرف الضعيف في العقد			
ص64	الفقرة الأولى : عرض مفهوم الطرف الضعيف			
ص66	الفقرة الثانية: آثار مفهوم الطرف الضعيف على المستهلك البنكي			
ص66	المطلب الثاني: مفهوم الزبون			
ص67	الفقرة الأولى : الزبون شخص طبيعي			
ص68	أولاً: مرحلة المفهوم الضيق			
ص68	ثانياً: مرحلة المفهوم الواسع			
ص69	الفقرة الثانية : الزبون شخص معنوي			
ص70	المبحث الثاني: المفاهيم الخاصة بالخدمات البنكية			
ص71	المطلب الأول: المفاهيم الخاصة بالخدمات ذات الطابع الائتماني			
ص71	الفقرة الأولى : المقترض			
ص72	الفقرة الثانية : الكفيل			
ص74	الفقرة الثالثة : المقتني أو المشتري			
ص76	المطلب الثاني: المفاهيم الخاصة بالخدمات ذات الطابع غير الائتماني			
ص76	الفقرة الأولى : المدخر			
ص77	الفقرة الثانية : المودع			
ص79	الفقرة الثالثة : المستعمل			
ص80	الفرع الثاني: المفاهيم المخالفة			

80ص	المبحث الأول: المفاهيم المخالفة المرتبطة بالأشخاص المعنوية
81ص	المطلب الأول: الأبنك
81ص	الفقرة الأولى : عناصر تعريف المؤسسة البنكية
82ص	أولا: العمليات البنكية المنجزة من قبل مهني الأبنك
82ص	1- العمليات المنجزة لغرض مهني
83ص	2- العمليات المنجزة لأجل مصلحة مادية
83ص	ثانيا: العمليات البنكية التي تستهدف مستهلكي الخدمات البنكية
83ص	1- الأموال المتلقاة من العموم
84ص	2 - عمليات الائتمان
84ص	3- تدبير وسائل الأداء ووضعها رهن الاشارة
85 ص	الفقرة الثانية: مفهوم البنك
88ص	الفقرة الثالثة: أنواع المؤسسات البنكية
89ص	أولا: أبنك الأعمال
89ص	ثانيا: البنك الشامل
90 ص	المطلب الثاني: شركات التمويل
91ص	الفقرة الأولى: في المغرب
92ص	الفقرة الثانية: في فرنسا
92 ص	المبحث الثاني: المفاهيم المخالفة ذات الطابع العام
93 ص	المطلب الأول: المهني
95 ص	الفقرة الأولى: المهني هو شخص كفء
97ص	الفقرة الثانية: المهني غير البنكي رئيس المقولة
97ص	الفقرة الثالثة: عناصر تعريف المهني
97ص	أولا: صفة رئيس المقولة
97ص	ثانيا: هدف العملية
97ص	الفقرة الرابعة: أنواع المهنيين
97ص	المطلب الثاني: المورد
99ص	المطلب الثالث: المقرض
101 ص	الباب الثاني: الخدمات البنكية
104ص	الفصل الأول: الخدمات البنكية الائتمانية

105ص	الفرع الأول: القروض الاستهلاكية
106ص	المبحث الأول: ماهية القروض الاستهلاكية
108 ص	المطلب الأول: تحديد مفهوم القروض الاستهلاكية
109ص	المطلب الثاني: ما يخرج من مفهوم القروض الاستهلاكية
110ص	الفقرة الأولى: الاستثناءات بسبب شخص المقرض
110ص	الفقرة الثانية: الاستثناءات بسبب الغاية من العقد
112ص	الفقرة الثالثة: الاستثناءات بسبب قصر مدة العقد
112ص	الفقرة الرابعة: استثناء القروض العقارية
113ص	المبحث الثاني: أصناف القروض الاستهلاكية
115ص	المطلب الأول: عقود القروض الإستهلاكية غير المخصصة
115ص	الفقرة الأولى: القرض الشخصي Le prêt personnel
117 ص	الفقرة الثانية: السحب على المكشوف Le découvert en compte
118 ص	الفقرة الثالثة: فتح الاعتماد الدائم Ouverture de crédit permanent
121 ص	الفقرة الرابعة: بطاقات الائتمان
122ص	المطلب الثاني: عقود القروض الاستهلاكية المخصصة
123 ص	الفقرة الأولى: البيع أو تقديم الخدمات التي يكون محل أدائها محل جدولة أو تأجيل أو تقسيط
123 ص	أولاً: البيع أو تقديم الخدمات التي يكن محل ادائها محل جدولة او تأجيل
124ص	ثانياً: البيع او تقديم الخدمات بالتقسيط
125 ص	الفقرة الثانية : عمليات الإيجار المفضي إلى البيع و الإيجار مع خيار الشراء و الإيجار المقرون بوعد البيع
125ص	أولاً: عمليات الإيجار المفضي للبيع
126 ص	ثانياً: عمليات الإيجار مع خيار الشراء
127ص	ثالثاً: الإيجار المقرون بوعد البيع
127ص	الفقرة الثالثة: القرض المجاني
129 ص	الفقرة الرابعة: عقد الكفالة
130ص	الفرع الثاني: القرض العقاري
131 ص	المبحث الأول: مفهوم القرض العقاري
ص	المطلب الأول: تعريفات القرض العقاري

- المطلب الثاني: تكييف القرض العقاري ص 132
- المبحث الثاني: نطاق القرض العقاري ص 134
- المطلب الأول: العمليات ضمن نطاق التطبيق ص 134
- الفقرة الأولى: العقارات المشمولة ص 135
- الفقرة الثانية: العملية الممولة ص 136
- أولاً: القرض العقاري كآلية لتمويل شراء العقار ص 136
- أ : العقارات المعدة للسكن أو لنشاط مهني و للسكن ص 136
- 1- العقارات التي تم إقتنائها من أجل تملكها أو الانتفاع بها ص 137
- 2- الإكتتاب في حصص أو أسهم شركات أو شراؤها إذا كان الغرض منها إمتلاك العقارات ص 137
- المعدة للسكن أو المعدة لنشاط مهني وللسكن أو الانتفاع بها ص 139

- 3- النفقات المتعلقة ببناء العقارات المعدة للسكنى أو إصلاحها أو تحسينها أو صيانتها ص 140
- ب: القرض المخصص لشراء القطع الأرضية المتعلقة ببناء العقارات ص 142
- ثانيا : القرض العقاري كآلية لتمويل كراء العقار ص 143
- 1- عقد الإيجار المفضي للبيع ص 144
- 2- الإيجار المقرون بوعده البيع ص 145
- 3- الإيجار مع خيار الشراء ص 146
- المطلب الثاني: العمليات المستثناة من نطاق التطبيق ص 146
- الفقرة الأولى: الإستثناءات بسبب شخصية الأطراف ص 147
- الفقرة الثانية: الاستثناءات بسبب طبيعة العملية الممولة ص 147
- الفقرة الثالثة: الإستثناءات ذات الطابع المهني ص 148
- أولاً: بالنسبة للاقتناء لأغراض مهنية ص 148
- ثانيا: النشاط المهني ص 149
- ثالثاً: النشاط التجاري ص 150
- رابعاً: العقارات ذات الطبيعة المختلطة ص 150
- الفصل الثاني: الخدمات البنكية غير الائتمانية ص 151
- الفرع الأول: خدمات الأداء ص 152
- المبحث الأول : البطاقات البنكية ذات الوظيفة غير الائتمانية ص 154

154ص	المطلب الأول: بطاقة الأداء
156ص	المطلب الثاني: بطاقة السحب الآلي
159ص	المبحث الثاني: التحويل والإشعار بالإقسطاع
160ص	المطلب الأول: التحويل
161ص	الفقرة الأولى: التحويل البنكي التقليدي
166ص	الفقرة الثانية: التحويل البنكي الإلكتروني
168ص	المطلب الثاني: الإشعار بالاقسطاع
169ص	الفقرة الأولى : علاقة الدائن ببنكه
170ص	الفقرة الثانية: علاقة المدين ببنكه
170ص	الفقرة الثالثة: علاقة المدين بالدائن
171ص	الفرع الثاني: خدمات تحصيل و أداء الشيكات و الأوراق التجارية
172ص	المبحث الأول: فيما يخص تحصيل الشيكات
173ص	المطلب الأول: أداء الشيكات من طرف البنك المسحوب عليه
175ص	المطلب الثاني: البنك وكيل في تحصيل الشيكات
177ص	المبحث الثاني: تحصيل و خصم الأوراق التجارية
177ص	المطلب الأول: تحصيل الأوراق التجارية
179ص	المطلب الثاني: خصم الأوراق التجارية
181ص	الفرع الثالث: خدمات إيجار الخزائن الحديدية
182ص	المبحث الأول: طبيعة التعاقد بخصوص إيجار خزانة البنك
182ص	المطلب الأول: تكييف العقد على أنه وديعة
183ص	المطلب الثاني: تكييف العقد على أنه عقد إجارة الأشياء
183ص	المطلب الثالث: تكييف العقد على أنه إجارة الخدمة
184ص	المطلب الرابع: اعتبار العقد على أنه عقد متميز
185ص	المبحث الثاني: حقوق مستأجري الخزائن الحديدية
185ص	المطلب الأول: على مستوى قيام وتنفيذ العقد
185ص	الفقرة الأولى: حقوق المستهلكين عند قيام عقد إيجار الخزائن الحديدية
186ص	الفقرة الثانية: حقوق المستهلكين خلال تنفيذ عقد إيجار الخزائن الحديدية
187ص	المطلب الثاني: على مستوى إنهائه و إنتهائه
187ص	الفقرة الأولى: حقوق المستهلكين عند إنهاء عقد إيجار الخزائن الحديدية

188ص	الفقرة الثانية: حقوق المستهلكين عند انتهاء عقد إيجار الخزائن الحديدية
188ص	الفرع الرابع: إعطاء المعلومات المالية و التجارية
189ص	المبحث الأول: تقديم المعلومات للزبناء أو للأغيار
190ص	المطلب الأول: نطاق المعلومات المقدمة من البنك إلى زبائنه
190ص	الفقرة الأولى: المعلومات المقدمة من قبل البنك إلى زبونه بخصوص عملياته الشخصية
191ص	الفقرة الثانية : المعلومات المقدمة من البنك إلى زبونه بخصوص الاغيار
191ص	المطلب الثاني: نطاق المعلومات المقدمة من البنك إلى الأغيار
192ص	الفقرة الأولى: تقديم المعلومات للغير حول زبون البنك
193ص	الفقرة الثانية : تقديم المعلومات للغير حول الغير
193ص	المبحث الثاني: مسؤولية البنك
193ص	المطلب الأول: المسؤولية المدنية للبنك عن تقديم المعلومات
194ص	الفقرة الاولى : المسؤولية العقدية
194ص	الفقرة الثانية : المسؤولية التقصيرية
195ص	المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية للبنك عن تقديم المعلومات
197ص	الفقرة الأولى: مسؤولية البنك الشخص المعنوي
198ص	الفقرة الثانية: مسؤولية البنك عن تابعيه
199ص	الفرع الخامس: خدمات الصرف
201ص	المبحث الأول: أنواع الصرف
201ص	المطلب الأول: الصرف اليدوي أو العادي
202ص	المطلب الثاني: الصرف الكتابي
203ص	المطلب الثالث: الصرف التظهيري
205ص	المبحث الثاني: تغطية مخاطر الصرف
	المطلب الأول: وسيلة التحوط من مخاطر سعر مقايضة العمل SWAP de taux en devises

205 ص

المطلب الثاني : خيار ضمان حد أقصى معدل CAP

206ص

المطلب الثالث:اتفاق معدل إلى الأمام FRA : forward rate agreement

207ص

القسم	الثاني	:	وسائل	الحماية
ص209				
الباب	الأول:		القواعد	الموضوعية
ص211				
الفصل	الأول:		وسائل	حماية
ص212			رضى	المستهلكين
الفرع	الأول:		الالتزام	بالإعلام
ص212				
	المبحث الأول:		الإلتزام العام للبنك بالإعلام	
ص214				
	المطلب الأول:		مبدأ الإلتزام العام للبنك بالإعلام	
ص214				
	الفقرة الأولى :		إلتزام البنك بالإعلام	قبل إنعقاد عقود الخدمة البنكية
ص215				
	الفقرة الثانية:		إلزام البنك بالإعلام	في مراحل ما بعد إنعقاد عقود الخدمة البنكية
ص217				
	المطلب الثاني :		أساس الإلتزام العام للبنك بالإعلام، إثباته و جزاءه	ص217
الفقرة	الأولى:		أساس	التزام
ص218			البنك	بالإعلام
	أولاً:		ظهير	الالتزامات
ص219				والعقود
	1- حسن النية أساس للالتزام بالإعلام			ص220
2	-		عيوب	الرضى
ص221			أساس	للتزام
	أ-		الغلط	
ص221				
	ب-التدليس			
ص222				
3-	مفهوم		الرجل	المتبصر
	في		الوكالة	أساس
	للتزام		بالإعلام	

ص223

4- المسؤولية المبنية على الخطأ التقصيري أساس للإلتزام بالإعلام

ص223

ثانيا: الأساس القانوني لالتزام البنك بالإعلام من خلال قانون تدابير حماية المستهلك

ص225

الفقرة الثانية: إثبات تنفيذ الإلتزام بالإعلام و جزؤه

ص226

أولا: إثبات تنفيذ الإلتزام بالإعلام

ثانيا: جزاء إخلال البنك بواجب الإلتزام بالإعلام

ص227

1-: الجزاء القانوني

2-: الجزاء القضائي

المبحث الثاني: الإلتزام الخاص بالإعلام

المطلب الأول: مبدأ الإلتزام الخاص بالإعلام

ص231

الفقرة الأولى: الإعلام بخصائص الخدمة البنكية

ص232

1- في القانون المغربي

ص232

2- في القانون الأوروبي

الفقرة الثانية: الإعلام بمواعيد تسليم الخدمة البنكية

ص233

الفقرة الثالثة: الإعلام بتعريف وشروط تقديم الخدمة البنكية

ص234

المطلب الثاني: شكليات الإلتزام الخاص بالإعلام

ص236

أولا- إلتزام البنك بتسليم نسخة من العقد باللغة العربية

ص236

1- في القانون المغربي

ص237	2-	في	القانون	المقارن
ص241	ثانيا-	تنظيم	البيانات	الإلزامية
ص242	1-	تنظيم	محتوى	العرض
ص244	-	بخصوص	القروض	الاستهلاكية
ص244	-	بخصوص	القرض	العقاري
ص247	2-	وضعية	الكفيل	
ص252				
				الفقرة الثانية: شكايات واجب الإعلام في بعض الخدمات البنكية المبرمة خارج المحلات التجارية للبنك
ص258				أولا-
ص259				في
				ثانيا-
ص261				الفرع
ص263				المبحث
ص264				المطلب
ص265				الفقرة
ص266				أولا:
ص266				

ثانيا:	في	مجال	القرض	العقاري
ص267				
الفقرة الثانية:	في	مجال	بعض الخدمات البنكية المبرمة خارج المحلات التجارية	
ص268				
أولا:	غياب	أجل	التفكير المتعلق بالعقود البنكية المبرمة عن بعد	
ص268				
ثانيا:	غياب	أجل	التفكير المتعلق ببيع الخدمات البنكية خارج المحلات التجارية	
ص270				
المطلب الثاني:	جزاء	عدم إلتزام البنك	بمنح مهلة التفكير	ص271
الفقرة الأولى :	في القانون المغربي			ص272
أولا:	الجزاءات	بخصوص	القروض	الاستهلاكية
ص272				
ثانيا:	الجزاءات	بخصوص	القرض العقاري	ص272
الفقرة الثانية :	في القانون الفرنسي			ص273
المبحث الثاني :	حق التراجع	كآلية تفكير	لاحقة على التعاقد	ص275
المطلب الأول:	نطاق	إلتزام	البنك	بمنح
ص276				أجل التراجع
الفقرة الأولى :	حق التراجع	في مجال	الاستدانة	ص277
الفقرة الثانية:	حق التراجع	في مجال	البيع خارج محلات البنك وفي مجال البيع عن بعد	ص278
أولا	حق التراجع	في مجال	البيع خارج المحلات التجارية	ص278
ثانيا	حق:	التراجع	في	مجال البيع عن بعد
ص280				
المطلب الثاني:	جزاءات	إخلال	البنك	بالإلتزام بالتراجع
ص280				
الفقرة الأولى :	الجزاءات المدنية			
ص281				
الفقرة	الثانية:	الجزاءات	الزجرية	
ص281				
الفصل الثاني:	وسائل	حماية	التوازن	العقدي

ص283

الفرع الأول: آليات مكافحة الشروط التعسفية في مجال عقود الخدمات البنكية

ص284

المبحث الأول: الوسائل القانونية العامة لمكافحة الشروط التعسفية في مجال عقود الخدمات البنكية

ص286

المطلب الأول: حماية التوازن العقدي من خلال المقتضيات العامة

ص286

الفقرة الأولى: الإثراء بلا سبب والغبن

ص286

أولاً: الإثراء بلا سبب

ص287

ثانياً: الغبن

ص290

الفقرة الثانية: التعسف في استعمال الحق ونظرية السبب

ص291

أولاً: التعسف في استعمال الحق

ص291

ثانياً: نظرية السبب

ص292

المطلب الثاني: حماية التوازن العقدي من خلال أعمال آليتي شرط التحكيم وبعض الشروط

الأخرى

ص293

الفقرة الأولى: شرط التحكيم

ص293

الفقرة الثانية: الشروط غير القانونية

ص295

المبحث الثاني: الوسائل القانونية الخاصة لمكافحة الشروط التعسفية

ص299

المطلب الأول: الشروط المفترض أنها تعسفية	ص 300
المطلب الثاني: الشروط التعسفية الموسعة لنطاق الحماية	ص 306
الفقرة الأولى: الشروط غير المفترض أنها تعسفية	ص 307
الفقرة الثانية: مدى صوابية حماية الأشخاص المعنوية من الشروط التعسفية بقانون الاستهلاك	
	ص 308
الفرع الثاني: ربط بعض عقود الخدمة البنكية بالعقد الأصلي	
	ص 309
المبحث الأول: الترابط بين العقد الأصلي وعقد القرض في مرحلة التكوين	
	ص 310
المطلب الأول: الترابط المرغوب من الأطراف	ص 311
الفقرة الأولى: الترابط المتفاوض بشأنه من طرف الأطراف	ص 311
الفقرة الثانية: الترابط الممنوح للمستهلك	ص 312
أولا: نطاق الترابط	ص 313
ثانيا: الشروط الشكلية للترابط	ص 313
المطلب الثاني: الترابط الموضوعي	
	ص 314
الفقرة الأولى : حالة سبقية عقد القرض على العقد الرئيسي	ص
	315
أولا: شروط ارتباط العقد الرئيسي بعقد القرض	
	ص 315
ثانيا: آثار سبقية عقد القرض على العقد الرئيسي	ص 316
الفقرة الثانية: حالة تبعية عقد القرض للعقد الرئيسي	
	ص 317
أولا: تمام تكوين عقد القرض معلق على تمام تكوين العقد الرئيسي	ص 318
ثانيا: بطلان العقد الأصلي وأثره على عقد القرض	
	ص 319
المبحث الثاني: الترابط في مرحلة تنفيذ العقد الأصلي وعقد القرض	ص 320
المطلب الأول: إقرار الترابط بموجب مقتضيات خاصة	

ص321

الفقرة الأولى : أثر عقد القرض على تنفيذ العقد الرئيسي

ص321

أولاً: الثمن

ص321

ثانياً: التسليم

ص321

الفقرة الثانية : ارتباط عقد القرض بتنفيذ العقد الرئيسي

ص322

أولاً: تأخير حلول التزامات المقترض

ص322

1- تأخير تنفيذ إلتزامات المقترض

ص322

2- تعليق تنفيذ إلتزامات المقترض

ص323

ثانياً: انقضاء إلتزامات المقترض

ص324

شروط انقضاء التزامات المقترض

ص325

2- آثار انقضاء التزامات المقترض

ص326

المطلب الثاني: مآل الارتباط في غياب مقتضيات الخاصة

ص326

الباب الثاني: القواعد الإجرائية

ص328

الفصل الأول: قواعد الاختصاص

ص329

الفرع الأول: الاختصاص النوعي

ص330

المبحث الأول: عدم ملائمة اختصاص المحاكم التجارية

ص330

المطلب الأول: تبرير الاختصاص بمدونة التجارة وقانون إحداث المحاكم التجارية

ص331

الفقرة الأولى: اختصاص المحاكم التجارية للبت في نزاعات عقود الخدمات البنكية

ص331

الفقرة الثانية: عدم اختصاص المحاكم التجارية للبت في النزاعات التي يكون طرفها مستهلكاً

ص333

المطلب الثاني: عدم تناسب اختصاص المحاكم التجارية مع مصالح المستهلك

ص334

الفقرة الأولى: إختصاص المحاكم التجارية هو على سبيل الحصر

ص334

الفقرة الثانية: حرية الإثبات أمام المحاكم التجارية في غير صالح المستهلك

ص336

الفقرة الثالثة: محدودية الولوج المكاني للمحاكم التجارية

ص338

الفقرة الرابعة: الأجل وصعوبات التنفيذ

ص339

الفقرة الخامسة: عدم توفر المحاكم التجارية على أقسام خاصة للمساعدة القضائية

ص339

- المبحث الثاني: عدم تحديد قانون تدابير حماية المستهلك للمحكمة المختصة نوعيا ص341
- المطلب الأول: سكوت قانون 31.08 عن تحديد الاختصاص النوعي ص341
- المطلب الثاني: موقف بعض المحاكم التجارية ص342
- الفقرة الأولى: الموقف التقليدي من الاختصاص ص343
- الفقرة الثانية: موقف المحاكم التجارية بعد دخول قانون 31.08 حيز التنفيذ ص344
- الفرع الثاني: الاختصاص المحلي ص347
- المبحث الأول: المبدأ العام للإختصاص المحلي في قانون تدابير حماية المستهلك ص348
- المطلب الأول: إختصاص محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك البنكي ص348
- الفقرة الأولى: موطن المستهلك الشخص الذاتي ص349
- أولاً: الموطن الحقيقي ص350
- ثانياً: الموطن المختار ص353
- الفقرة الثانية : موطن المستهلك الشخص المعنوي ص353
- أولاً: المقر الرئيسي ص353
- ثانياً: مقر الفرع ص354
- المطلب الثاني : إختصاص محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر ص355
- الفقرة الأولى: المادة 28 من قانون المسطرة المدنية ص356
- الفقرة الثانية: المادة 202 من قانون تدابير حماية المستهلك ص356

المبحث الثاني: بخصوص الإستثناءات في مجال الاختصاص المحلي

ص357

المطلب الأول : بخصوص خدمات الاستدانة

ص357

الفقرة الأولى: بخصوص دعوى إيقاف إلتزامات المدين

ص357

الفقرة الثانية : بخصوص دعوى المطالبة بالأداء

ص359

المطلب الثاني: بخصوص بعض جمعيات حماية المستهلك ص 360

الفقرة الأولى: فيما يتعلق بالدعوى المدنية

ص361

الفقرة الثانية: فيما يتعلق بالدعوى المدنية التابعة أمام المحكمة الزجرية

ص362

الفصل الثاني: القواعد الإجرائية المتعلقة بالجمعيات

ص363

الفرع الأول: دور جمعيات حماية مستهلكي الخدمات البنكية في المغرب

ص364

المبحث الأول : دعاوى جماعية عوض المستهلكين

ص365

المطلب الأول : الدعوى المدنية

ص365

الفقرة الأولى: بخصوص صفة المنفعة العامة

ص366

الفقرة الثانية : الدفاع عن مصالح المستهلكين

ص368

الفقرة الثالثة: ممارسة الحقوق المخولة للطرف المدني

ص371

الفقرة الرابعة : إثبات الضرر الذي يلحق بالمصلحة الجماعية للمستهلكين

ص372

الفقرة الخامسة : التدخل لإيقاف تصرفات غير مشروعة او لحذف شروط في نماذج عقود بنكية
لفائدة المستهلكين

ص375

المطلب الثاني : دعوى التمثيل المشترك
الفقرة الأولى: فيما يتعلق بالمصلحة

ص 377

ص

378

الفقرة الثانية : فيما يتعلق بالصفة

ص378

المبحث الثاني: دعاوى الإنضمام لتدعيم المستهلكين

ص380

المطلب الأول: التدخل الاختياري لجمعيات حماية المستهلكين

ص381

الفقرة الأولى: التدخل التبعية

ص381

الفقرة الثانية: التدخل الأصلي

ص381

المطلب الثاني: التدخل الجبري لجمعيات حماية المستهلكين

ص382

الفقرة الأولى: التدخل الجبري بناء على طلب أحد أطراف الدعوى

ص382

الفقرة الثانية: التدخل الجبري لجمعية حماية المستهلكين بأمر تصدره المحكمة من نفسها

ص382

الفرع الثاني: فعالية الحماية الجماعية رهينة بتبني دعوى الفوج

ص383

المبحث الأول: مزايا وسلبيات تبني دعوى الفوج

ص385

المطلب الأول: مزايا تبني دعوى الفوج

ص385

الفقرة الأولى: دعوى الفوج ترفع من فعالية العدالة

ص385

الفقرة الثانية: إشكالية التعويضات الزهيدة

ص385

الفقرة الثالثة: إشكالية عدم ملاءة ذمة البنك المحكوم عليه

ص385

الفقرة الرابعة: دعوى الفوج تسمح بتجنب صدور احكام قضائية متضاربة

ص386

المطلب الثاني: مساوئ دعوى الفوج

ص386

ص386

الفقرة الأولى: دعوى الفوج تدفع المحامين للادعاء التعسفي باسم ضحايا الممارسات البنكية "غير المشروعة"

ص386

الفقرة الثانية: دعوى الفوج تشكل نوع من الضريبة المفروضة على المقاولات البنكية التي تمنعها من الإبتكار

ص386

المبحث الثاني : أصناف دعوى الفوج

ص387

المطلب الأول: دعوى الفوج الممارسة من شخص طبيعي

ص387

المطلب الثاني : دعوى الفوج الممارسة من قبل جمعية حماية المستهلكين

ص389

خاتمة

ص391

لائحة الاحكام والقرارات القضائية

ص403

القضاء المغربي

ص403

أحكام المحاكم الابتدائية و التجارية

ص403

احكام المحاكم الابتدائية

ص403

أحكام المحاكم التجارية

ص 403

قرارات محاكم الاستئناف ومحاكم الاستئناف التجارية

ص408

قرارات محاكم الاستئناف

ص408

قرارات محاكم الاستئناف التجارية

ص

408

قرارات محكمة النقض

ص 410

القضاء المقارن

ص411

الاحكام الابتدائية

ص 411

قرارات محاكم

الاستئناف

ص411

قرارات محكمة النقض

ص 413

قرارات محكمة العدل للمجموعات الأوروبية

ص 415

لائحة المراجع

ص416

ص416	المراجع العامة
ص 418	المراجع الخاصة
ص420	الرسائل و البحوث
ص423	المقالات
ص424	Ouvrages généraux
ص 426	Ouvrages spéciaux
ص428	Colloques et séminaires
ص428	Mémoires et thèses
ص430	Rapports
ص431	Articles
ص 447	التصميم