



« مشروع مداخلة حول الوساطة الإلكترونية »

إعداد الدكتور/ طارق البكوش
أستاذ مساعد في القانون الخاص
كلية الإمام مالك للشريعة والقانون في دبي

المقدمة

لقد استأثرت البورصة في الآونة الأخيرة باهتمام الأفراد والجماعات من متعاملين وأصحاب قرار. ولا يعود هذا الاهتمام المفاجئ للدور الذي ما انفكت تقوم به منذ إنشائها بل أيضاً لطبيعتها كسوق منظمة تخضع لقوانين ولوائح وأنظمة وقرارات خاصة بها.

وتستمد البورصة خصوصتها من المال والسلع المتداولة بها، ومن صور التبادل وآلياته. ولعل الوساطة في مادة البورصة تعدّ من أهم سمات القانون البورصي إذ جعلها المشرع واجبة لجملة العمليات وعقود التداول^(١). وفي الحقيقة، تتعدى الوساطة مجرد عملية عادية مثلما هو الشأن في المادة المدنية، إذ أوجبها المشرع في مادة البورصة كآلية وحيدة وحصريّة لإبرام عمليات التداول التي تبطل بدونها^(٢).

(١) انظر المادة ٢٥ من القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ في شأن هيئة و سوق الإمارات للأوراق المالية و السلع.

(٢) نصت المادة ٢٤ ق. إ. رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ على أنه: "يقع باطلا كل تعامل في الأوراق المالية المدرجة في السوق و لم يسجل وفقا لأحكام هذا القانون و الأنظمة و القرارات الصادرة له".





د. طارق البكوش

وتعرف المادة الأولى من القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن النظام الخاص بالوسطاء بكونها " العمل على إنجاز أوامر البيع أو الشراء التي يتلقاها الوسيط من العملاء " في حين عرفتها المادة (٤) من نفس القرار بجملة أعمال استمالة عملاء للتعامل في الأوراق المالية والسلع وأضافت شارحة " ويعد مستميلاً للعملاء كل من يسعى لمقابلة الأشخاص في الأماكن العامة أو في أماكن عملهم أو إقامتهم من وسائل الاتصال عارضاً شراءً أو بيعاً أوراق أو سلع أو تقديم خدمات في هذا الشأن"

ولاشك أن عناية المشرع في سنة ٢٠٠٠ عند تعريفه للوساطة لم تتجه تحديداً للوساطة الالكترونية وأن لم تستثنها صراحةً بدليل ما ورد في كون أن الوساطة يمكن أن تكون بأية وسيلة من وسائل الاتصال. ولا شك بأن الاتصال الالكتروني أصبح وسيقي أحد أهم الوسائل الحديثة للاتصال، ولا شك أيضاً أنه معني بنطاق مجال الوساطة كما حددته وعرفته المادة (٤) من قرار الهيئة رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه.

وشمول تعريف الوساطة على الوساطة الالكترونية تفترضه طبيعة الوسائل المعتمدة في سوق البورصة التي أوجب المشرع أن تكون وسائل الكترونية، هذا بالإضافة إلى تأكيد المادة الرابعة من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية على حياد الوسيلة الالكترونية إذ نصت أنه " لا تفقد الرسالة الالكترونية أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجر أنها جاءت في شكل الكتروني ". كما أكدت المادة ٢/١١ من نفس القانون، أن





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

العقد^(٣) " لا يفقد صحته أن قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة الكترونية واحدة أو أكثر ". بل وأجازت المادة ١/١٢ أن يتم التعاقد، مثلما هو الحال في عمليات البورصة، عبر " وسائط الكترونية مؤتمتة... وحتى في حالة عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية أبرام العقد".

ولئن استثنت المادة ٢-٢-٢ (ج) من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ المشار إليه " السندات القابلة للتداول " من مجال قانون المعاملات الإلكترونية فإن هذا الاستثناء لم يعمر طويلاً، إذ صدر القرار رقم (٦٧/ر) لسنة ٢٠٠٧، بتاريخ ٢٠/٩/٢٠٠٧ عن رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع بشأن نظام التداول عبر الانترنت يشير فيه صراحة في مستنداته إلى القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٦.

وفي الحقيقة، يبدو أن "السندات القابلة للتداول" المشار إليها في المادة ٢-٢ ج المذكورة هي جملة الأوراق التجارية التي تكون قابلة للتداول بطريق التظهير (Effets de commerce)، وبالتالي لا يعني هذا الاستثناء القيم المنقولة mobilières Valeurs أي الأسهم والسندات والصكوك المتداولة في سوق الأوراق المالية.

ومهما يكن من أمر، فإن القرار رقم (٦٧/ر) تجاوز هذه العقبة وأقر إمكانية التداول مباشرة عبر الانترنت، أي إمكانية أن تمارس الوساطة عن طريق الكتروني وعبر الانترنت مما يستدعي وجوب دراسة هذا الشكل المستحدث

(٣) يجب سحب عبارة العقد لتشمل التصرفات الانفرادية.





د. طارق البكوش

للساطة وبيان خصوصاتها ووضعها القانوني (الجزء الثاني) بعد أن نكون قد أتينا على مستلزماتها أي على جملة معطياتها القانونية.

الجزء الأول : المعطي القانوني : LE DONNE JURIDIQUE

يمكن مبدئياً دراسة الوساطة الإلكترونية عبر جملة الالتزامات المتقابلة التي توجبها على الأطراف المعنية حسب طبيعتها. و يتجه بالتالي التمييز بين الالتزامات العامة (فقرة أولى) والالتزامات الخاصة (فقرة ثانية) فقرة أولى : الالتزامات العامة.

أوجب قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم ٦٧/ر لسنة ٢٠٠٧ بشأن نظام التداول عبر الانترنت على الوسيط الإلكتروني جملة من الالتزامات والواجبات التي يمكن تقسيمها إلى التزامات فنية (أ) والتزام عام بالإعلام (ب).
أ- الالتزامات الفنية :

يتحمل الوسيط جملة من الالتزامات متأتية من الطبيعة الخاصة للوساطة الإلكترونية فرضتها تارة المتطلبات الفنية والإدارية للعمل وتارة أخرى طبيعة عمل الوسيط كمتعامل داخل السوق.

ألزمت المادة ٣- أولاً -١ من القرار عدد ٦٧/ر لسنة ٢٠٠٧ أن: " يتوافر لدى الوسيط القدرات والإمكانات الفنية والإدارية لتقديم خدمة التداول عبر





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

الإنترنت"، وأضافت الفقرة ٢ من نفس المادة على وجوب توفر الكوادر البشرية المؤهلة لتشغيل نظم المعلومات وقواعد البيانات وحمايتها (٤).

وفي الحقيقة فإن القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع، الذي أُلزم في مادته ٢٠، الأسواق بـ : " الربط الإلكتروني المتبادل... على مستوى الدولة" (٥) والذي أجاز في مادته ٣٥، الإثبات في الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات

(٤) أنظر أيضاً المادة ١٩-٥ من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن النظام الخاص بالوسطاء.

(٥) أنظر أيضاً المادة ٣-٢ و ٣-٣ من قرار مجلس الوزراء رقم ١١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن النظام الخاص بترخيص السوق والرقابة عليه التي أوجبت الربط الإلكتروني لأسواق الدولة (٣-٣) وتجهيز لسوق بالأجهزة الإلكترونية اللازمة لمباشرة نشاطها إلكترونياً .
أنظر أيضاً المواد :

٦- من القرار رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ بشأن النظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية الذي أوجب التداول في الأوراق المالية من خلال " نظام التداول الإلكتروني".

١٣- من نفس القرار بخصوص القيود الإلكترونية المدونة في سجلات السوق
٢٤- من نفس القرار التي توجب على الشركة المدرجة في السوق بتحديث سجل أسهم مساهميها وفقاً لنموذج إلكتروني متخصص لحفظ البيانات .

٣٢- من القرار رقم ٣ لهيئة الأوراق المالية والسلع لسنة ٢٠٠١ بشأن النظام الخاص بعمل السوق الذي أُلزم السوق بتوفير نظام إلكتروني للتداول ، أنظر أيضاً المادة ٣٣-١ من نفس القرار الذي أوجب التداول في السوق " من خلال نظام تداول إلكتروني الذي توفره السوق وفقاً لأحكام التداول المنصوص عليها في القانون والأنظمة والتعليمات الصادرة تنفيذاً له .

المادة ٢ من القرار رقم ٧٠ لسنة ٢٠٠٣ بشأن فتح قاعات التداول والذي أوجب ربط القاعة - قاعة التداول - بنظام ربط إلكتروني.





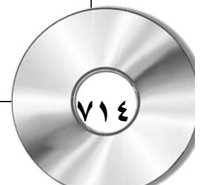
د. طارق البكوش

الإلكترونية الصادرة عن الحاسوب، لم يتعرض صراحة لمسألة الوساطة الإلكترونية. ويبدو أن أول تلميح للوساطة الإلكترونية، عن طريق الإيحاء، جاء صلب المادة الرابعة من القرار رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه، الذي اعتبر أن كل من يستخدم الهاتف أو أية وسيلة من وسائل الاتصال (لاستمالة العملاء) يُعدّ ضرباً من ضروب الوساطة^(٦). فعدم تقييد الوساطة بوسيلة معينة لاستمالة العملاء فتح الباب على مصراعيه أمام ظهور الوساطة الإلكترونية. ولكن لم تقبل الوساطة الإلكترونية في مفهومها الضيق إلا بعد القانون الاتحادي عدد (١) لسنة ٢٠٠٦ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، وتحديداً بعد قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم ٦٧/ر لسنة ٢٠٠٧^(٧). وعدم توفّر الشروط الفنية للوساطة يؤدي إلى رفض ترخيص الهيئة أو سحبه^(٨)، وتبقي المادة ٣ - أولاً - ٢ من نفس القرار للهيئة الحق في إضافة " أي شروط أو ضوابط أخرى وفقاً لمعطيات العمل في السوق أو مقتضيات المصلحة العامة".

(٦) تنص المادة الرابعة من القرار رقم ١ لسنة ٢٠٠١، المشار إليه: "يعتبر عملاً من أعمال الوساطة إستمالة عملاء للتعامل في الأوراق و السلع. و يعد مستميلاً للعملاء كل من يسعى لمقابلة الأشخاص في الأماكن العامة أو في أماكن عملهم أو إقامتهم ، وكل من يستخدم الهاتف أو أية وسيلة من وسائل الاتصال عارضاً شراء أو بيع أوراق أو سلع أو تقديم خدمات في هذا الشأن".

(٧) تجدر الملاحظة إلى أن القرار رقم ٦٧/ر لسنة ٢٠٠٧ بشأن نظام التداول عبر الانترنت أشار في أسانيده صراحة إلى القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ وإلى القانون الاتحادي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٦ في شأن مكافحة الجرائم الإلكترونية.

(٨) المادة ٨ من القرار رقم ٦٧/ر المشار إليه : " للهيئة أن تلزم الوسيط بالتوقف عن تقديم خدمة التداول عبر الانترنت وذلك إذا خالف أياً من شروط أو متطلبات الترخيص أو الضوابط الفنية المنصوص عليها في هذا القرار"





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

وفي الحقيقة، فإن المتأمل في الواجبات المحمولة على الوسيط الإلكتروني يحدها تتراوح بين التزامات ببذل عناية وأخري بتحقيق نتيجة.

- فوجب أن يوفر الوسيط القدرات والإمكانيات الفنية لتقديم خدمة التداول عبر الانترنت هو، بلا ريب، التزام بتحقيق نتيجة، لا يكفي مجرد بذل العناية للتوصل منه. فالوسيط ملزم بتوفير كل مستلزمات التداول عبر الانترنت وكل ما توصلت إليه التقنية الحديثة من إمكانيات.

ويبقى الوسيط الإلكتروني مسؤولاً^(٩) عن الأضرار التي تلحق بالعميل إذا ما ثبت أن أوامر العميل لم تنفذ في الوقت المناسب أو المعقول^(١٠) أو بالطريقة أو بالكمية أو بالسعر الذي حدده العميل، ولا يمكن للوسيط أن يدفع بما أتفق عليه مع العميل في اتفاقية التداول عبر الانترنت بتعلة أن عدم تنفيذ أوامر العميل أو تأخرها راجع إلى أسباب فنية تجيزها مقتضيات المادة ٣-٣-أولاً-ز من القرار رقم ٦٧/ر المشار إليه. فالأسباب التي تخلي مسؤولية الوسيط الإلكتروني، هي أسباب كلها خارجة عن السلطة المباشرة للوسيط. وبالتالي لا يكون الوسيط مسؤولاً عن توقف النظام الإلكتروني للسوق عن استقبال الأوامر أو عن تعطب نظام غرفة المقاصة الإلكترونية أو تعرض نظامها إلى هجوم فيروسي أو

(٩) في الحقيقة الوسيط الإلكتروني هو ذات اعتبارية، أنظر المادة ٧ من القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ الذي حدد ممارسة الوساطة في " أحد الإشكال المنصوص عليها في القانون الاتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٤ بشأن الشركات التجارية "، وتحديداً شركة تجارية تكون مسؤولة طبقاً لمسؤولية الشركات التجارية.

(١٠) مع الأخذ في الاعتبار إمكانية حدوث طوارئ فنية، قارن مع المادة ٣-٣-أولاً-ز من القرار رقم ٦٧/ر المشار إليه.





د. طارق البكوش

تشويش الكتروني^(١١) أو غيرها من الأسباب التي تكون بالنسبة له، في حكم القوة القاهرة^(١٢).

وفي المقابل يكون الوسيط الالكتروني مسؤولاً عن أي عطب أو توقف أو اضطراب في نظم معلوماته أو قواعد بياناته التي تدخل في حفظه مباشرة، أي التي تكون تحت تصرفه وسلطته المباشرة على معني المادة ٣١٦ من قانون المعاملات المدنية (قانون إتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥). وبالتالي يكون الوسيط الالكتروني ضامناً للأضرار الواقعة للعميل نتيجة لسوء استخدام الآلات التي تحت تصرفه والتي " تتطلب منه عناية خاصة للوقاية من ضررها " على معني المادة ٣١٦ من قانون المعاملات المدنية.

(١١) أنظر المادة (٧) للقرار رقم ٦٧/ر المشار إليه التي تنص " على السوق توفير البنية الأساسية الخاصة بالربط بين نظام التداول الالكتروني ونظام الوسيط لتقديم خدمة التداول عبر الانترنت ".

(١٢) كما في صورة غلق السوق من طرف السلطة الإدارية أو وقف التعامل في صك أو سند بعينه كما في حالة المادة ٣٢ من القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠ التي تجيز " وقف التعامل مؤقتاً في سوق الأوراق المالية أو في سهم أية شركة حال حدوث ظروف استثنائية أو حدوث ما يهدد حسن سير العمل وانتظامه في تلك السوق " أو صورة المادة ١٨ من قرار مجلس الوزراء رقم ١١ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه، أو صورة المادة ١٩ من قرار مجلس الوزراء المشار إليه (حالة تجميد أو تعليق العمل للاتحة أو نظام يتعلق بالسوق أو بأي علمياته) والمادة ١٩ مكرر في نفس القرار (حالة إيقاف عمل السوق مؤقتاً لعدم دفعه للهيئة المبالغ المالية المستحقة) أو في حالة المادة ٢٠ من قرار مجلس الوزراء رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٠ بشأن النظام الخاص بإدراج الأوراق المالية والسلع (تعليق إدراج الأوراق المالية) والمادة ٢٢ من نفس القرار بخصوص إلغاء إدراج الأوراق المالية ، أنظر أيضاً المادة ٢٢ للقرار رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ المشار إليه ، أنظر أيضاً المواد ٢٧ من القرار الإداري رقم ٩٣/ر لسنة ٢٠٠٥ بشأن نظام إدراج الصكوك الإسلامية (تعليق تداول الصكوك الإسلامية) ٢٨ (إلغاء إدراج الصكوك الإسلامية) ، ٣٠ (تعليق التداول مؤقتاً) والمواد ٣٣ وما يليها.



مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

ولا يمكن للوسيط الإلكتروني التصل من ضمانه إلا في حالات الإعفاء المنصوص عليها في المادة ٢٨٧ من قانون المعاملات المدنية. و حتى في هذه الحالة يمكن للعميل أن يقوم عليه على أساس المسؤولية عن فعله الشخصي متى أثبت أن عيب الآلات المستخدمة أو أنظمة المعلومات وقواعد البيانات يعود، في الحقيقة، إلى سوء إستعمالها من طرف الفنيين أو ممثل الوسيط. وفي هذه الحالة أيضاً يكون الوسيط الإلكتروني مسؤولاً عن سوء إختياره، بمعنى عن خطئه الشخصي المتمثل في سوء اختيار مستخدميه (١٣).

فعلي غرار الوسيط العادي، بل و حتى أكثر منه، يكون الوسيط الإلكتروني ملزماً " ببذل عناية الرجل الحريص، وفقاً لأحكام القانون والأنظمة الصادرة تنفيذاً له وللشروط والضوابط التي صدر على أساسها الترخيص" (مادة ١٨ من القرار رقم ١/ لسنة ٢٠٠٠، المشار إليه) وبالتالي يكون لزاماً عليه حسن اختيار ممثليه ومستخدميه.

وفي مطلق الأحوال، يقع على الوسيط الإلكتروني واجب توفير المستلزمات المادية للعمل، من الآت وأنظمة تشغيل وحماية قواعد بيانات. وعدم توفير متطلبات العمل يكون خطأ في حد ذاته يوجب مساءلة الوسيط تأديبياً وسحب الترخيص منه بقطع النظر عن تحقيق الضرر لعملائه من عدمه (أنظر المادة ٨ من القرار رقم ٦٧/ر).

(١٣) يبقى الخطأ شخصياً حتي إن مورست الوساطة الإلكترونية عبر ذات اعتبارية عملاً بالمادة ٣ من القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠





د. طارق البكوش

أما بالنسبة لتوفير الكوادر الفنية، فلم توجب المادة ٣-٣- أولاً - ٢ من القرار رقم ٦٧/ر أن تكون على مستوى رفيع من الكفاءة، بل أكتفت بأن تكون الكوادر " مؤهلة "، مما يوحي بأن تكون متحصلة على شهادات علمية تسمح لها القيام ومتابعة عمليات التداول^(١٤). ويبقى مع ذلك الوسيط ضامناً ومسؤولاً عن اختياره. ولا يجوز له أن يدفع بالمسؤولية الشخصية للفني للتفصي من تعويض الضرر الناشئ عن خطئه في الاختيار. وهذه المسؤولية مختلفة في أساسها عن تلك الناشئة عن ضمان فعل مخدومة والمؤسسة عن المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

ولا تقف مسؤولية الوسيط الإلكتروني عند هذا الحد، فواجب حسن الاختيار يبقى التزاماً مستمراً إلى ما بعد فترة التعاقد، ويمتد إلى مرحلة تنفيذ اتفاقية التداول عبر الانترنت. من ذلك أن المادة ١٨-٢ من القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ السالف الذكر نصت على وجوب " وضع نظام داخلي يكفل سلامة اختيار ممثليهم (يعني ممثلي الوسيط) وتوعيتهم بأصول وآداب المهنة ". و يجب فهم عبارة "ممثليهم" على إطلاقها، لأنها وردت مطلقه، وبالتالي تشمل

(١٤) خلافاً لممثل الوسيط الذي يجب أن يكون " حاصلاً على مؤهل جامعي مع خبرة عملية لا تقل عن ٥ سنوات " مادة ١٢-٥ من القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه (أنظر أيضاً للمادة ١٢-٦ من نفس القرار) في حين يجب أن يكون مدير عمليات الوسيط حاصلاً على مؤهل جامعي في تخصص مناسب مع خبرة عملية لا تقل عن خمسة سنوات في مجال الخدمات المالية ، الوساطة أو الاستثمار (مادة ٧-٧ من نفس القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه . أنظر أيضاً المادة ٢٢ من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (٣) لسنة ٢٠٠١ بشأن نظام السوق " تضع السوق الضوابط المتعلقة باعتماد ممثلي الوسطاء وبخطط تأهيلهم فنياً واجتيازهم الامتحان الذي تُعده السوق وتعتمده الهيئة " .





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

المستخدم والفني لأن كليهما يمثل مؤجره في شأن العمل الذي أنتدب من أجله. وعليه يكون الوسيط الإلكتروني، أسوة بالوسيط العادي، ملزماً بحسن اختيار طاقمه وكوارده، متحملاً تبعه سوء اختياره لعدم بذل العناية الكافية للرجل الحريص في اختياره ومراقبته (مادة ١٨-١٠ من القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠).

كما أوجبت المادة ١٩-٣ من القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ السالف الذكر، على الوسيط " التأكد من صحة الأوامر الواردة عن طريق الفاكس أو البريد الإلكتروني والاحتفاظ بنسخ من مثل هذه الأوامر".

وتحمل هذه المادة الوسيط الإلكتروني واجبين:

أولاً : التأكد من صحة الأوامر الواردة له عن طريق البريد الإلكتروني، طبقاً لمقتضيات المادة ١٣ من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ المشار إليه، المتعلقة بإسناد الرسالة الإلكترونية. فالأصل هنا أن يُسند الأمر الإلكتروني للمنشئ متى كان هو الذي أصدره بنفسه (مادة ١٣-١ ق. إ. رقم ١ لسنة ٢٠٠٦) أو من نائبه المخول بذلك (مادة ١٣-٢-أ) أو، وهو الغالب (١٥)، " من نظام معلومات مؤتمت ومبرمج تلقائياً من قبل المنشئ أو نيابة عنه" (١٦). بالتالي يكون المرسل إليه، أي الوسيط الإلكتروني، معفي من واجب التأكد إذا تسلم

(١٥) أنظر تعريف نظام التداول عبر الانترنت كما حددته المادة الأولى من القرار رقم ٦٧/ لسنة ٢٠٠٧.

(١٦) مادة ١٣-٢-ب. ق. إ. رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ سالف الذكر، بشرط أن يكون العميل " يعلم أو من المفترض أن يعلم " ، إن النظام يستولي " إبرام العقد أو تنفيذه تلقائياً " (مادة ١٢-٢- من نفس القانون).





د. طارق البكوش

أمر العميل من قبل منظومة الكترونية مؤتمته أي " برنامج أو نظام الكتروني... يعمل تلقائياً بشكل مستقل، كلياً أو جزئياً، دون إشراف من أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه العمل أو الاستجابة له " (المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦، أنظر أيضاً المادة ١٢-١ من نفس القانون). ففي هذه الحالة، يعفي الوسيط من التأكد من صحة الأمر المرسل إليه، ويكتفي فقط بالتحقق بأن الأمر صدر فعلاً من منظومة الكترونية مؤتمته. فتُختزلُ صحة الأمر الإلكتروني الذي صدر عن منظومة مؤتمته في صحته الشكلية الظاهرة دون صحة مضمونه Régularité formelle ويستثنى من ذلك " إذا ما علم (الوسيط الإلكتروني) أو كان عليه أن يعلم إذا بذل عناية معقولة أو استخدم إجراء متفقاً عليه بأن البث قد أسفر عن أي خطأ في الرسالة الإلكترونية كما استلمها " (المادة ١٣-٧ ق.١. رقم (١) لسنة ٢٠٠٦). ففي حالة عطب المنظومة أو انقطاع البث^(١٧) وجب على الوسيط الإلكتروني بذل عناية معقولة أو أن ينفذ الإجراء المتفق عليه مع العميل عند حدوث مثل هذا الطارئ.

فإذا علم الوسيط بأن البث أسفر عن تعييب أو تحريف أو تغيير في الأمر الذي تلقاه، وجب عليه في الإبان الاتصال مباشرة بعملية للتأكد من صحة الأمر وفحواه. و لا يعفيه مجرد تلقي الأمر المعيب من واجب التأكد مباشرة من عميله. فإن لم يفعل يكون للعميل الحق في الرجوع على الوسيط عن جملة

(١٧) يبدو أن المادة (١٣-٧) من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ عنت فقط انقطاع البث دون الإعطاب الأخرى للمنظومة.





مشروع مداخلة حول الوساطة الإلكترونية

الأضرار التي لحقته بفعل سوء نيته. ويمكن إثبات واقعة العلم بأية وسيلة إثبات وحتى بالقرائن المتضافرة.

أما في حالة جهل الوسيط بعيوب البث، فإنه يكون مسؤولاً عن الأضرار اللاحقة لعمله إذا كان عليه أن يعلم إذا بذل عناية معقولة (مادة ١٣-٧ ق.إ. رقم ١ لسنة ٢٠٠٦) بعيوب البث^(١٨)، ويجب فهم معيار العناية المعقولة على ضوء المادة ١٨-١٠ من القرار رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، التي اعتمدت معيار الرجل الحريص. فمعيار المادة ١٣-٧ من القانون الاتحادي رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ غير منطبق في واقع الحال، لأنه معيار عام، ينظم جملة المعاملات الإلكترونية دون تخصيص، ودون اعتبار لخصوصية الوساطة الإلكترونية، في حين يكون معيار المادة ١٨ السالفة الذكر هو المعيار المناسب لكونه معتمد من طرف نص خاص. وتأسيساً عليه، وعملاً بقاعدة تقديم الخاص على العام، وجب اعتبار معيار عناية الرجل الحريص. وبالتالي، يكون التزام الوسيط الإلكتروني في هذه الحالة مختلفاً عن مجرد بذل "العناية المعقولة المتوقعة" من رب الأسرة الصالح (معيار العناية المعتادة لرب الأسرة الصالح *Bonus pater familias*) ليصبح التزاماً ببذل عناية مؤكدة *Obligation de moyens renforcée*. وهذا الالتزام هو بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة، يلزم المحمول عليه أن يثبت أنه قام بكل ما في وسعه لتنفيذ التزامه، ومتى فشل في ذلك كان

(١٨) يكون البث معيماً متى اشتمل أمر التداول مثلاً عن بيانات متناقضة أو ناقصة أو غير معقولة أو غير متعارف عليها أو غير مألوفة أو مشبوهة...





د. طارق البكوش

عليه تحمل الضمان. فعبد الإثبات في هذه الحالة يكون على الوسيط دون العميل.

كما يكون الوسيط الالكتروني مسؤولاً عن الأضرار الواقعة لعملية إذا أغفل عن استخدام إجراء متفق عليه للتأكد من صحة إصدار الأمر بالتنفيذ. وفي هذه الحالة، يكون الوسيط ملزماً بتحقيق نتيجة، لأن عدم تنفيذ الإجراء المتفق عليه يُعدُّ إخلالاً بالتزامه التعاقدية الذي ارتضاه لنفسه، ولا يكون دفعه بالعطب في البتّ مدعاة لإعفائه من المسؤولية التعاقدية.

ثانياً : يجب على الوسيط الاحتفاظ بنسخة من الأوامر الموجهة إليه عملاً بأحكام المادة ١٩-٣ من القرار رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والمادة الخامسة من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦. ويكون الحفظ متوفراً متى حفظت الأوامر بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت منه أو استلمت به أو " بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت في الأصل " (مادة ٥-١-أ، ق. إ. رقم ١ لسنة ٢٠٠٦) " على نحو يتيح استخدامها أو الرجوع إليها فيما بعد " (مادة ٥-١-ب، ق. إ. رقم ١ لسنة ٢٠٠٦).

ويُقصد بالمعلومات، الأوامر الصادرة للوسيط دون البيانات التقنية الأخرى التي تنشأ بصورة ضرورية وتلقائية بغاية إرسال أو إستلام الأمر.

والالتزام بالحفظ يجب فهمه بالمعنى الواسع (*lato sensu*). فالحفظ يشمل تسجيل الأوامر وأرشفتها وتخزينها (أنظر المادة ١٩-٣ من القرار ١ لسنة ٢٠٠٠ التي أوجبت التسجيل والأرشفة بالنسبة للأوامر المتلقاة بالهاتف، ولكن نفس الواجب ينسحب أيضاً على الوسائل الأخرى للاتصال، ومن بينها الانترنت). إلا أن





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

تنفيذ الالتزام بالحفظ من شأنه أن يثير بعض الصعوبات فيما يتعلق الأمر بالوساطة الإلكترونية. فالفقرة الثالثة من المادة الخامسة من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ بشأن المعاملات الإلكترونية تجيز الاستعاضة بخدمات " أي شخص آخر " للقيام بواجب الحفظ، متى وفرّ مستلزمات الحفظ. فهل يجوز للوسيط الإلكتروني ان يعهد التزامه بالحفظ إلى شخص آخر ؟

إن خصوصية العمل البورصي، وطبيعة الوساطة الإلكترونية نفسها ومتطلباتها، تفرض عدم إجازة ممثل هذه الاستعاضة. فالمادة ١٨-٦ من القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، والذي يقدّم باعتباره نصا خاصا على قانون ٢٠٠٦^(١٩) يلزم الوسيط بعدم الإفصاح " للوسطاء أو المتعاملين عن أسماء عملائهم أو الإدلاء بأية بيانات أو معلومات عن أوامرهم ". هذا النص قاعدة أمرّة تتعلق بالنظام العام لأنه يهدف لحماية السر المهني، وحماية السر المهني لا تُعني بحماية بيانات شخصية بقدر ما تهدف حماية قيم مهنية وأخلاقيات المهنة.

وبالنتيجة، لا يجوز للوسيط بأي حال من الأحوال، التخلي عن واجب الحفظ لطرف أجنبي حتى وإن أجازته العميل. فلإجازة تكون باطلة، بطلانا مطلقاً لتعلقها بأمر مخالف للنظام العام الاقتصادي للسوق ومصالحته.

فواجب الحفظ يجب أن يتولاه الوسيط نفسه ناهيك وان قانون البورصة يوجب عليه الاستظهار، حال قيام إجراءات تفتيش ضده^(٢٠)، بالبيانات الخاصة بأوامر

(١٩) أنظر المادة الثانية ٢-ج، وخاصة الفقرة (و) من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦.

(٢٠) المادة ١٢/ من قرار مجلس الوزراء رقم ١١ لسنة ٢٠٠٠، المشار إليه : " لفريق التفتيش المعين من الهيئة أن يدخل السوق ومكاتب الوسطاء خلال ساعات العمل ، وأن يطلع على السجلات والوثائق ، وأن يطلب تزويده بأي مستند أو معلومات يعتبرها ضرورية لأداء مهمته ."





د. طارق البكوش

التداول، عملاً بأحكام المادة ١٢ من قرار مجلس الوزراء رقم ١١ لسنة ٢٠٠٠، السالف الذكر، مما يحتم على الوسيط الإلكتروني أن تكون هذه البيانات في حفظه شخصياً.

ويفرض واجب الحفظ على الوسيط ضمان سلامة منظومته المعلوماتية من كل اختراق خارجي يجبر عنه " إلغاء أو حذف أو تدمير أو إنشاء أو إتلاف أو تغيير أو إعادة نشر بيانات أو معلومات " (مادة ٢/ من القانون الاتحادي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٦، في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات) أو " إيقافها عن العمل أو تعطيلها أو تدمير أو مسح أو حذف أو إتلاف أو تعديل البرامج أو البيانات أو المعلومات فيها " (مادة ٦ من ق. إ. رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦، سالف الذكر) متي كان فعل الاختراق يستهدف منظومة الوسيط وبرمجياته التي هي في حفظه وبالتالي التي تكون تحت سلطته المباشرة وليس منظومة السوق الخارجية عن رقابته (٢١).

كما يضمن الوسيط مدنياً الأضرار اللاحقة لعميله نتيجة تعرض موقعه للتغيير أو الإلغاء أو الإتلاف أو التعديل (مادة ١٤ ق. إ. رقم (٢) لسنة ٢٠٠٦)، وعليه أن يقوم تالياً بالحق الشخصي على الجاني.

(٢١) وبالتالي لا يضمن الوسيط الإلكتروني كل أعاقه أو تعطيل للوصول إلي خدمة الوساطة أو الدخول إلي منظومته الإعلامية لأن ذلك يكون خارجاً عن إرادته.





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

ب- الواجب العام بالإعلام L'obligation générale d'information :

ككل وسيط، يتحمل الوسيط الإلكتروني واجب إطلاع الهيئة على كافة أوامر التداول التي قام بها، بالإضافة إلي واجب الإبلاغ عن المخالفات والعمليات المشبوهة .

١. واجب إطلاع الهيئة على كافة أوامر التداول :

إلي جانب التزاماته المعتادة المحمولة عليه كوسيط (أنظر المادة ١٨ من قرار الهيئة رقم (١) لسنة ٢٠٠٠) تحمل المادة السادسة من القرار رقم ٦٧/ر لسنة ٢٠٠٧ الوسيط الإلكتروني التزامين :

أولاً : إطلاع الهيئة والسوق على كافة البيانات والمستندات المتعلقة بأوامر التداول (مادة ٦-٢ قرار رقم ٦٧/ر) (٢٢).

ثانياً: تزويد السوق والهيئة بتقرير من قبل مدقق خارجي يفيد تحرّيه على أمن المعلومات والبرامج لدي الوسيط (مادة ٦-٣- قرار رقم ٦٧/ر المذكور).

١-١- تجب الإشارة هنا، بدءاً، إلي أن عبارة البيانات والمستندات تتسحب، سواء بسواء، على المستند أو البيانات الورقية أو الإلكترونية عملاً بقاعدة موازاة المحرر العرفي بالمحرر الإلكتروني متى إستوفى هذا الأخير شروط صحته (أنظر المواد ٤-١ والمواد ٧، ٩، ١٠ و١١-٢ من ق.إ. رقم (١) لسنة

(٢٢) يجب فهم عبارة أوامر التداول بالمعنى الواسع بحيث تشمل، عملاً بأحكام المادة العاشرة من نفس القرار عمليات المقاصة و التسويات و نقل الملكية و حفظ الأوراق المالية المنظمة بقرار الهيئة رقم ٢ لسنة ٢٠٠١.





د. طارق البكوش

٢٠٠٦ (٢٣). ويكون إطلاع الهيئة على هذه الأوامر الكترونياً باعتبار أن الوسيط مرتبط الكترونياً بالهيئة والسوق (٢٤)، بالإضافة إلى أنه يتعامل مع نظام معلوماتي مؤتمت، بحيث يقع إبلاغ الهيئة بالأوامر بطريقة مباشرة وفورية. ويجدر هنا التنبيه إلي وجوب أن يحتفظ الوسيط بالبيانات الشخصية المتعلقة بهوية عميله، لأن هذه البيانات مشمولة بالسرية المهنية، ولأن نظام السوق نفسه يفرض على الوسيط، حتى وإن كانت الوساطة الكترونية - حتى وإن اعتمد نظام برمجة مؤتمتة لا تستدعي تدخل الإنسان للتعامل مع البيانات (عدم الإفصاح عن هوية عميله عند تنفيذ أوامر التداول) -، فعلي الوسيط الإلكتروني ضمان سرية البيانات الخاصة بشخص العميل وأن ينفذ أوامر التداول باسمه الشخصي حتى وإن كان في حق عميله.

١-٢- كما يلتزم الوسيط بضمان أمن المعلومات والبرامج التي يعتمدها وذلك بتمكين السوق والهيئة من الاطلاع عن تقرير مدقق أجنبي، أنتدب للتحري عن سلامة وأمن المعلومات والبرامج المعتمدة من طرف الوسيط الإلكتروني (٢٥).

(٢٣) المادة السابعة من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ : " إذا إشتراط القانون في أي بيان أو مستند أو سجل أو معاملة أو بيئة أن يكون مكتوباً ، أو نص على ترتيب نتائج معينة على عدم الكتابة ، فإن المستند أو السجل الإلكتروني هذا الشرط إذا تم الالتزام بأحكام الفقرة ١ من المادة (٥) من هذا القانون " تفيد هذه المادة موازاة المحرر الإلكتروني بالمحرر الورقي (العرفي) متي أستوفى الشروط القانونية لذلك.

(٢٤) أنظر المادة ٤٠-أ من القرار رقم ٦٧/ر.

(٢٥) أنظر المادة ٤-١/ أ +ب+ج+د التي توجب على الوسيط أن يقدم تقارير للهيئة بغية الحصول على الترخيص. وهذه التقارير هي تقارير توضح النظام الفني المستخدم (أ) ونظام تلقي وتسجيل





مشروع مداخلة حول الوساطة الإلكترونية

وهنا أيضاً يقع على الوسيط واجب توخي الحذر من إمكانية تسرب بيانات تتعلق بأوامر التداول نفسها أو البيانات الشخصية للعملاء أثناء التدقيق في منظومة البيانات والبرامج.

ويكون الوسيط متحملاً للإلتزام بتحقيق نتيجة فيما يخص حفظ البيانات الشخصية لعملائه من أي تسرب، ولا يشفع له عدم إلمامه بخبايا البرامج المعلوماتية أو استحالة مراقبة أعمال المدقق الخارجي من واجب المحافظة على سرية هذه البيانات المحمول عليه.

٢- واجب الإبلاغ :

تحمل المادة ١٨ (قرار رقم ١/ لسنة ٢٠٠٠) الوسيط التزاماً عاماً يفرض عليه " الإسراع في التبليغ عن مخالفات ممثليهم للجهات المعنية تمهيداً لتوقيع الجزاءات التأديبية بحقهم ". ويتأكد هذا الواجب إذا كان موضوع البلاغ جريمة كما هو الحال إذا امتنع ممثل الوسيط عن إبلاغ " وحدة المعلومات المالية " عن " فعل وقع في منشأتهم وكان متصلاً بجريمة غسل الأموال " (مادة ١٥ ق.إ. رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ في شأن تجريم غسل الأموال). وتكفي مجرد الشبهة حتى يقوم على الوسيط واجب إبلاغ " وحدة المعلومات المالية "

أوامر العملاء المدخلة (ب) وتقرير يوضح نظم حماية المعلومات من الاختراق (ج) وتقرير يعدد الأجهزة التقنية ونظم الاتصال المعتمدة (د) وكل هذه التقارير هي تقارير شخصية يقوم بها الوسيط تحت مسؤوليته. ولكن هذا بالطبع لا ينفي المسؤولية الجزائية للمدقق متي كان مرتكباً للجنحة المنصوص عليها بالمادة ١١ من القانون الاتحادي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٦ ، المشار إليه ، إذا ما عمد أثناء تحقيقه ألي " الوصول دون وجه حق إلي أرقام أو بيانات بطاقة ائتمانية أو غيرها في البطاقات الالكترونية".





د. طارق البكوش

بدليل أن المادة ١٥ المشار إليها تعرضت " لأي فعل... كان متصلاً بجريمة غسل الأموال ". فقد لا يكون الفعل في ذاته جرمًا يُؤخذُ عنه جنائياً، ومع ذلك يبقى الوسيط الالكتروني ملزماً بتبليغ الوحدة التي تتعهد بالتحري حول " غسل الأموال والحالات المشبوهة "(٢٦).

وبالتالي، يكفي مجرد الشبهة أو المعلومات المرعبة لوجوب إبلاغ الوحدة. و لا يكون السر المهني حائلاً دون القيام بالتبليغ إذ أعفت المادة ٢٠ (من ق.أ. رقم ٤/ لسنة ٢٠٠٢) الوسيط المبلغ من " المسؤولية الجنائية أو المدنية أو الإدارية التي يمكن أن تترتب عن تقديم المعلومات المطلوبة أو عن الخروج عن أي قيد مفروض لضمان سرية المعلومات بنص تشريعي أو عقدي أو نظامي أو إداري، ذلك ما لم يثبت أن البلاغ قد تم بسوء نية بقصد الإضرار بصاحب المعاملة ". وبالتالي، يكون الوسيط المبلغ في حل من واجب السرية المحمول عليه بمقتضى المادة ١٨- (٦) من القرار رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ عندما يتعلق الأمر بمعلومات أو بيانات على صلة بغسل الأموال أو معاملات صورية (٢٧).

ويجب حسب رأينا اعتبار المعاملات الصورية التي " لا تؤدي إلى انتقال حقيقي للأوراق أو الأموال محل الصفقة " على معنى المادة ٢٦-٢ من القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه، من قبيل " الحالات المشبوهة " التي تستدعي أخطار وحدة المعلومات المالية، وذلك بغض النظر عن الهدف

(٢٦) أنظر نص المادة ٧ من قانون رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢.

(٢٧) انظر أيضاً المادة ١٦ (المتعلقة بالعمليات الوهمية) والمادة ١٧ (تثبيت سعر ورقة مالية بصورة مفتعلة) من قرار هيئة الأوراق المالية و السلع رقم ٢ لسنة ٢٠٠١، المشار إليه.





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

الحقيقي وراء المعاملة الصورية (وعلى الوحدة إيقاف التتبعات إذا ما كانت العملية لا تهدف غسل أموال، وإحالتها إلى الجهات المختصة للتحقيق في الأمر). كما تحمل المادة ١٨- ب - ٣ من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في تاريخ ٩ ديسمبر ١٩٩٩ [١٠٩/٥٤] والتي إنضمت إليها دولة الإمارات العربية المتحدة بالمرسوم الاتحادي رقم ٩٨ لسنة ٢٠٠٥ " المؤسسات المالية التزاما بالإبلاغ الفوري للسلطات المختصة لكل المعاملات الكبيرة المعقدة غير العادية والأنماط غير العادية للمعاملات التي ليس لها غرض إقتصادي ظاهر أو هدف قانوني واضح دون إن تخشى تحمل المسؤولية الجنائية أو المدنية عن انتهاك أي قيد يلزم بعدم الكشف عن المعلومات، إذا بلغت عن شكوكها بحسن نية".

وتأسيسا عليه، يكون الوسيط الإلكتروني مطالبا بالتبليغ عن الأموال (٢٨) التي " يُحصل عليها بأي وسيلة كانت، والوثائق أو الصكوك القانونية أيا كان شكلها، بما في ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي" (المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب بغاية ارتكاب جريمة " بأية وسيلة كانت، مباشرة أو غير مباشرة " على معني المادة الثانية من الاتفاقية المذكورة)(٢٩).

(٢٨) تعرف المادة الأولى من الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب المال كالتالي : " يقصد بتغيير " الأموال " أي نوع من الأموال المادية أو غير المادية ، المنقولة أو غير المنقولة.

(٢٩) كما تلزم المادة ١٨- ب - ٢ من الاتفاقية المذكورة الدول الأطراف في الاتفاقية باتخاذ التدابير التي تلزم المؤسسات المالية والمهن الأخرى التي لها صلة بالمعاملات المالية باستخدام أكفأ التدابير المتاحة للتحقق من هويات عملائها المعتادين أو العابرين ، وكذا من هويات العملاء الذين تفتح حسابات لصالحهم وإيلاء اهتمام خاص بالمعاملات غير العادية أو المشبوهة والتبليغ عن المعاملات التي يشتبه في أنها من نشاط إجرامي . كما تلزم المادة ١٦- ب - ٤ المؤسسات





د. طارق البكوش

ويتحلل الوسيط الالكتروني للقيام بواجب الإبلاغ عن جرائم غسل الأموال والمعاملات الصورية وجرائم الإرهاب من السر المهني متي قام بالتبليغ عن حسن نية، دون قصد الإضرار بمصالح عميله أو ممثله أو حتى زميله.

فقرة ثانية : الالتزامات الخاصة :

إن خصوصية الوساطة الالكترونية أوجبت على الوسيط الالكتروني رزمة من الالتزامات الخاصة التي ينفرد بها إذا ما قورن بالوسيط العادي. ويمكن إجمالاً وللتبسيط تقسيم هذه الالتزامات إلى التزامات تجاه العميل، أي جملة الالتزامات التي يتحملها الوسيط الالكتروني تجاه عميله، والتي تكون في نفس الوقت حقوقاً ينتفع بها هذا الأخير (أ)، و التزامات موظفة على ذات العميل والتي يكون ملزماً بتنفيذها (ب).

(أ) التزامات الوسيط الالكتروني تجاه عميله، حقوق العميل :

تكمن جملة التزامات الوسيط الالكتروني في إبرام اتفاقية التداول عبر الانترنت التي أوجبتها المادة ٣-٣ من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم ٦٧/ر، المشار إليه .

وتلزم المادة المذكورة الوسيط تقديم نموذج من الاتفاقية للحصول على موافقة الهيئة قبل عرضها على العميل. ويجب أن يحتوي نموذج الاتفاقية على حد أدنى من البيانات والتنصيصات الوجوبية على الوسيط الالتزام بها وتهدف كلها

المالية بالاحتفاظ لمدة خمسة سنوات على الأقل بجميع السجلات اللازمة المتعلقة بالمعاملات المحلية و الدولية ، هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة.





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

لتنبيه العميل لخطورة التداول عبر الانترنت وإعلامه بالطبيعة الخاصة لعمليات التداول وما تقتضيه من وجوب توخي الحيطة والحذر عند إرسال أوامر التداول.

i. ومن ناحية الشكل، لم يشير قرار رئيس الهيئة صراحة الى جزاء تخلف المعلومات والبيانات الوجوبية في اتفاقية التداول، ولكن يمكن للهيئة ان تلزم الوسيط " بالتوقف عن خدمة التداول عبر الانترنت وذلك اذا خالف أيًا من شروط أو متطلبات الترخيص "(٣٠). وتضمن البيانات والمعلومات المنصوص عليها في المادة ٣-٣ من القرار رقم ٦٧/ر في اتفاقية التداول هو بلا ريب من متطلبات الترخيص، إلا أنه لا يمكن مبدئياً الجزم ببطان الاتفاقية التي لا تتضمن كل البيانات الوجوبية لغياب النص، عملاً بالقاعدة " لا بطلان بدون نص ".

وفي الحقيقة، فإن المتأمل في المادة ٣-٣ المذكورة، يستشف من طبيعة البيانات الوجوبية المحمولة على الوسيط صيغة الوجوب التي تميز النصوص الأمرة مما يبعث على الاعتقاد بوجوب اعتبار هذه المادة قاعدة تهم النظام العام، ناهيك وان صيغة الوجوب صبغت جملة الفقرات المكونة للمادة ٣-٣ من القرار المشار اليه.

(٣٠) مادة ٨ - قرار ٦٧/ر أنظر أيضاً المادة الثانية من نفس القرار التي تشترط الترخيص للحصول على خدمة التداول عبر الانترنت ولا تنص على جزاء تخلف أحد البيانات أو المعلومات في اتفاقية التداول.





د. طارق البكوش

وفي الواقع، يبدو أن صيغة الوجوب جاءت لتضمن للعميل حداً أدنى من الحقوق الواجب حمايتها في اتفاقية التداول، دون أن يكون لطبيعة هذه الحقوق أدنى تأثير على صحة الاتفاقية من عدمها، لأنه لا يمكن مطلقاً تصور بطلان ما اتفق عليه الأطراف بمفعول نص لآحي لا يرقى حتى إلى مرتبة القانون العادي ولا ينص صراحة على بطلان الاتفاقية.

ومهما يكن من أمر وفي مطلق الأحوال، يجب على الوسيط ضمان حد أدنى من الحقوق للعميل متى ارتأى هذا الأخير استعمال الانترنت في توجيه أوامر التداول. وهذا لا يحول طبعاً، دون تضمين حقوق أخرى للعميل في اتفاقية التداول غير التي أوجبها المادة ٣-٣ من قرار رئيس الهيئة رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٧.

وتبقي اتفاقية التداول بلا شك الإطار التعاقدية الذي يضمن حقوق كلا الطرفين، الوسيط والعميل ويحدد التزاماتهم المتقابلة. وعلى الرغم من أهميتها، لم يفرض القرار رقم ٦٧/ر شكلاً معيناً لهذه الاتفاقية مما يحملنا مبدئياً على الاعتقاد بأنه يمكن أن تتخذ شكلاً الكترونياً، عملاً بقاعدة الموازنة بين المحرر الكتابي والمحرر الإلكتروني الواردة في المادة السابعة من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.

ومع ذلك يراودنا الشك حول امكانية إبرام اتفاقية التداول الكترونياً على اعتبار أن الالتزامات المحمولة على الوسيط تستوجب الحضور الفعلي للعميل مما يفرض إبرامها بين حاضرين. فطبيعة التزامات الوسيط كالتزامه ببيان ماهية المخاطر والخسائر التي قد تلحق استثمارات العميل (٣-٣ أولاً.ز.و) أو التأكيد





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

لمعاقده، على تحمله وحده كافة النتائج المترتبة على استثمارات (٣- أولاً ٣.ح) تفرض مخاطبة العميل مباشرة وتقديم النصح إليه وإرشاده مما يحتم حضوره. ومما يؤكد اعتقادنا، هو ما أقرت به المواد (٣-٣ أولاً أ. و) نفسها من وجوب " بيان معرفته (أي العميل) في مجال التداول بالأوراق المالية " (مادة ٣-٣-٣- و) وما تفرضه خدمة التداول عبر الانترنت من " معرفة عالية لدى العميل في مجال التداول بالأوراق المالية " (مادة ٣-٣-٣- أولاً أ، القرار المذكور).

وتقدير ذلك كله لا يكون إلا بالتواصل المباشر والمادي مع العميل حتى يتمكن الوسيط حقيقة من تقييم درجة معرفة العميل وقدرته على إدراك حجم المخاطر التي تحق به وتقديم النصح اللازم له خاصة وان كان التعاقد عبر الانترنت (قارن مع المادتين ١١ و ١٥ ق. إ. رقم (١) لسنة ٢٠٠٦).

وفي المحصلة، يصعب حقيقة على الوسيط تنفيذ التزاماته على الوجه الأفضل متى رغب العميل في توقيع اتفاقية التداول الكترونياً عملاً بأحكام المادتين ٨ و ١٨ من قانون المعاملات التجارية والالكترونية دون أن يري ضرورة في لقاء الوسيط والتحدث إليه.

ii. ومن ناحية المضمون، يمكن تقسيم التزامات الوسيط الالكتروني إلى التزامات تهدف لإرشاد العميل ونصحه (أ) والالتزامات تعني بإعلامه (ب) :

أ- واجب النصح والإرشاد :

Le devoir de conseil et l'obligation de renseignement

واجب النصح هو التزام الوسيط الالكتروني بتقديم العون للعميل على اختيار القرار الملائم لحاجياته وإتباع السلوك الأنسب لمصالحه. ويميز الالتزام بالنصح طبيعته ونسبيته و زمن تنفيذه.





د. طارق البكوش

أ- ١- طبيعة الالتزام بالنصح و الإرشاد :

ان الالتزام بالنصح يفرض علاقة مباشرة بين الوسيط والعميل حتي يتمكن الوسيط من حسن تقدير ملائمة آلية التعامل الالكتروني مع الحاجات الحقيقية للعميل. فالحضور الفعلي للعميل وتواصله المباشر والمادي مع الوسيط يمكن هذا الأخير من تقييم مدى ادراك العميل للمخاطر المنجزة من استعماله الانترنت في إصدار أوامره. وقد نصت المادة ٣-٣-أولا من القرار المذكور، بوضوح على وجوب أن تتضمن اتفاقية التداول " بيان معرفة العميل في مجال التداول " (٣-٣ أولا و) وبيان ما تطلبه خدمة التداول عبر الانترنت من " معرفة عالية " (٣-٣ أولا أ) إلى جانب تنبيهه إلى الطبيعة الخاصة للمخاطر والخسائر التي قد تلحق باستثماراته (٣-٣ أولا - ز) والتأكيد على تحمله وحده كافة المسؤولية لمنجزة عن استثماراته نتيجة اختياره التداول عبر الانترنت (٣-٣-أولا-ح). فمجملة هذه الالتزامات المحمولة على الوسيط الالكتروني تستوجب الحضور الفعلي للعميل مما يجعل إمكانية تنفيذ واجب النصح والإرشاد عبر الانترنت صعبة المنال (أنظر ما تقدم).

أ- ٢- نسبية واجب النصح والإرشاد :

ان التمتع في أحكام المادة ٣-٣-أولا - المذكورة يؤكد أن واجب النصح والإرشاد نسبي، أي أن مضمونه المادي يختلف بحسب شخصية العميل. وبيان ذلك أن القرار اعتمد معياراً ذاتياً في تقدير إلمام العميل بمتطلبات خدمة التداول ومخاطرها والمسؤوليات المترتبة عنها. فالمادة ٣-٣-أ المشار إليها، أكدت على وجوب " المعرفة العالية " لدى العميل للاستفادة من خدمة الانترنت مما





مشروع مداخلة حول الوساطة الإلكترونية

يفرض - في العميل - حدا أدنى من المؤهلات الفنية والعلمية للتعامل مع هذه الآلية. كما تابعت المادة (٣-٣-أولا- و) وجوب تضمين اتفاقية التداول " طبيعة عمل العميل والجهة التي يعمل لديها " مع " بيان معرفته في مجال التداول بالأوراق المالية " (٣-٣-أولا- ز) في حين أكدت الفقرة الأخيرة من المادة (٣-٣-أولا) على تحمل العميل " وحده " كافة المسؤولية المترتبة على استعماله فكان التداول عبر الانترنت (٣-٣-أولا-ح). فكل هذه الإشارات التي تحيل على معرفة العميل وتحمله مسؤوليته تجعلنا نميل إلى الاعتقاد بأن تقديم النصح للعميل يجب أن يتناسب مع جملة من المعايير المعتمدة التي تختلف من عميل إلى آخر، حسب معرفة كل منهم بالتداول عبر الانترنت ومهنتهم وقدرتهم على تحمل مسؤولية أوامرهم. فكلما كانت معرفة العميل بالخدمات الإلكترونية محدودة أو حرفته بعيدة عنها، كلما كانت حاجته للنصح والإرشاد أوكد، وكلما كان النصح في حقه مسايرا *Obligation personnalisée* لمتطلباته واحتياجاته الشخصية. وتقدير ذلك كله يختلف بحسب حال كل عميل، وبحسب إمكانياته ومؤهلاته الشخصية (*appreciation in concreto*). وعليه، لا يجوز، حسب رأينا، للوسيط تقديم واجب النصح والإرشاد عبر وسائط الكترونية أو برمجيات جاهزة تعمل تلقائياً أو مؤتمتة لا تراعي خصوصية وحاجة كل عميل. فتقديم النصح والإرشاد يجب أن يحافظ على طابعه الانساني- الذاتي (*Ad humnitem*)، وأن يسدى لكل عميل على حده .





د. طارق البكوش

أ- ٣- زمن تنفيذ واجب النصح والإرشاد :

خلافًا لواجب الاعلام، يسدي الوسيط النصح قبل إصدار العميل أوامر التداول إذ لامعني للنصيحة متي قام العميل بالفعل بإصدار أوامره. فلفت إنتباه العميل والتأكيد عليه بأن اوامره قد لا تنفذ أو يتأخر تنفيذها (مادة ٣-٣-أولا-

ز-٣) أو أن معالجتها قد تتطلب وقتا (مادة ٣-٣-أولا-ز-١) يكون، بحكم الضرورة وطبيعة الأشياء، قبل إصدار العميل لأوامره. ولا يتصور واقعا وقانونا ان يُرجأ التنبيه على العميل لحين صدور الأمر بالتداول. ومن العبث أيضاً أن لا يُنبه العميل إلى خطورة معالجة الأوامر عبر الانترنت للتغيير السريع والمطرد في الأسعار (٣-٣-أولا-ز-٢ + أنظر أيضاً ٣-٣-أولا-ز-٤). فالوسيط ملزم في كل هذه الأحوال بالتنبيه على العميل ولفت انتباهه ونصحه والتأكيد عليه بإمكانية حدوث كل هذه الطوارئ الملازمة لطبيعة التداول عبر الانترنت عند ابرام اتفاقية التداول.

ويكون الوسيط الالكتروني ملزماً ببذل أقصى ما في استطاعته من عناية في تحسيس العميل بمخاطر قد تحدث من جراء التعامل بالانترنت بحسب تقدير درجة التزامه بالنصح و حسب مؤهلات العميل وخبرته بميدان البورصة مما يفرض على الوسيط التزاماً مؤكداً ببذل عناية لا يتحلل منه إلا متى أثبت بأنه قام بكل ما في وسعه لتنبيه العميل للمخاطر التي تحيط بعملية التداول عبر الانترنت. ويكون الوسيط الالكتروني مسؤولاً بنصيحته طبقاً للقواعد العامة للقانون، أي أنه يكون مسؤولاً متي أسدى مشورة خاطئة أو بسوء نية.





مشروع مداخلة حول الوساطة الإلكترونية

ب- الواجب الخاص بالإعلام: L'obligation spéciale d'information:

يتحمل الوسيط واجب إعلام العميل عند إبرام اتفاقية التداول وعند تنفيذها. I. فعند إبرام اتفاقية التداول، يلتزم الوسيط الإلكتروني بتضمين بيانا تفصيليا بجملته حقوق والتزامات العميل (مادة ٣-٣-أولا-ح). ولا يفوتنا هنا التأكيد على وجوب صياغة هذه الواجبات والحقوق بدقة متناهية وبوضوح كامل وبعبارات مألوفة استبعاداً للشبهة وحتى يتمكن العميل من ادراك ما له وما عليه بحيث لا تكون التزاماته وحقوقه مبهمه أو فضفاضة.

كما يجب أيضاً أن يمنح العميل مهلة من الزمن كافية لتدبر أمره قبل قبول اتفاقية التداول وأن تضمن الاتفاقية ذلك وأن يتمكن الوسيط من إثبات ذلك متى نشأ نزاع بين المتعاقدين.

ومن بين البنود التي يجب قانوناً أن تتضمنها اتفاقية التداول البند المتعلق بقيمة الرسوم على العميل مقبل خدمة التداول عبر الانترنت (مادة ٣-٣-أولا-ب، القرار المشار إليه) حتى يكون العميل على بينه من أمره. وعلى حد علمنا تبقى نسبة العمولة ومقدارها خاضعاً لأحكام المادة (١٥) من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن النظام الخاص بالوسطاء^(٣١). وعلى الوسيط الإلكتروني إثبات كل ذلك متى نشأ نزاع بين المتعاقدين. ولا تثريب

(٣١) أنظر أيضاً المادة الثالثة للقرار رقم ١٥٨/ر لسنة ٢٠٠٥ بشأن الرسوم المستحقة للهيئة والمقررة على بورصة دبي للذهب والسلع.





د. طارق البكوش

عليه أن يثبت تنفيذه لجملة التزاماته الكترونياً كأن يستلم إقرار من العميل بإمامه وإدراكه جملة التوصيات والبيانات المضمنة في اتفاقية التداول (٣٢). وبالتالي، فإن غياب قيمة العمولة أو مقدار الرسوم الموظفة على الخدمة ليس من شأنه مبدئياً أن يبطل اتفاقية التداول. لأن هذه الرسوم والعمولة قابلة للتعيين حتى وإن لم تكن معينة عند إبرام اتفاقية التداول، بل إنها في الأصل معلومة باعتبارها مسعرة ومحددة مسبقاً.

ولكي يبقى للعميل الحق في المطالبة ببطلان الاتفاقية متى أثبت في غياب التصييص على قيمة العمولة عملاً بالمادة (٣-٣-أولاً-ب، القرار المذكور) أنه ما كان ليرضي بالاتفاقية لو علم بالرسوم الموظفة على أوامره أو قيمة العمولة المستحقة.

II . أما تنفيذ اتفاقية التداول ، فنفرض على الوسيط التواصل مع عميله، أي إمكانية إخطاره بمآل أوامره. وهذا ما ذهب إليه المادة (٣-٣-أولاً-أ) من القرار عندما أشارت إلى لزوم " تحديد وسيلة الاتصال مع العميل "، فالوسيط مطالب بإخبار العميل بوضعيته المالية الجديدة وما عليه من استحقاقات وما له من حقوق تجاه الغير. وواجب الإخطار هذا يمكن تنفيذه الكترونياً وبشكل

(٣٢) ومن بين البنود التي تستأثر بالاهتمام البند (٣-٣-أولاً-ب) المتعلق بقيمة الرسوم المحمولة على العميل مقابل خدمة التداول عبر الانترنت . فقد ألزمت هذه المادة بيان الرسوم وقيمة العملة الموظفة على خدمة التداول حتى يكون العميل على بينة من أمره وعلى حد علمنا ، تبقى نسبة العمولة ومقدارها خاضعاً لأحكام المادة (١٥) من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بشأن النظام الخاص بالوسطاء. أنظر أيضاً المادة ٣/ للقرار رقم ١٥٦/ لسنة ٢٠٠٥ بشأن الرسوم المستحقة للهيئة والمقررة على بورصة دبي للذهب والسلع.





مشروع مداخلت حول الوساطة الإلكترونية

فوري وآلي عن طريق برنامج أو نظام الكتروني مؤتمت (أنظر المادة ١٢-٢ ق.أ. رقم ١/ لسنة ٢٠٠٦). كما يمكن للوسيط الالكتروني أيضاً - حتى يضمن علم العميل بمآل أوامره - أن يتفق معه على توجيه إقرار الكتروني باستلام الإخطار الذي وجّهه له، وفقاً لأحكام المادة ١٤/ من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦. وأخيراً يجب التنكير بأن المادة ٦/ من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم ٦٧/ر يلزم الوسيط بتزويد العميل بكشف حساب شهري تفصيلي لعمليات التداول والرصيد النقدي للعميل في الحساب. ويمكن له أيضاً إرسال هذا الكشف إلكترونياً.

ب- التزامات العميل :

أوجبت المادة (٣-٣-أولاً-د) من قرار رئيس مجلس إدارة الهيئة رقم ٦٧/ر على العميل المحافظة على رقم المستخدم الشخصي ورقمه السري. وفي الحقيقة، يتحمل العميل باعتباره، مَوْعاً إلكترونياً، جملة من الالتزامات طبقاً لأحكام المادة ١٩ من القانون الاتحادي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية.

من ذلك أنه يقع على العميل واجب الحيطة والحذر " لتفادي استخدام أداة توقيعه استخداماً غير مصرح به " (مادة ١٩ أولاً-٢. ق.أ. رقم ١/ لسنة ٢٠٠٦)، كما يلتزم بممارسة " عناية معقولة " لضمان صحة ودقة واكتمال بياناته المتعلقة بشهادة المصادقة الإلكترونية في الحالات التي تكون لازمة للتوقيع (مادة ١٩-أولاً-٤- ق.أ. رقم ١/ لسنة ٢٠٠٦).





د. طارق البكوش

والتقصير في واجب الحيطة المحمول على العميل تتجر عنه مسؤوليته الشخصية إذا ما أحدث أضراراً للوسيط أو لغيره. وتكون مسؤولية تعاقدية تجاه الوسيط وتقصيره تجاه الغير لغياب العلاقة التعاقدية المباشرة بين العميل والمتعاملين والمتدخلين الآخرين في السوق.

وتوجب المادة ١٩ أولاً-٣ (ق. ا. رقم ١ لسنة ٢٠٠٦) على العميل إخطار الوسيط وبدون تأخير إذا اشتبه في أمانة توقيعه (مادة ١٩-أولاً-٣-أ) أو إذا ما تبين من الظروف ما يحمله على الاعتقاد بأن توقيعه تعرض لما يثير الشبهة (مادة ١٩-أولاً-٣-ب) (٣٣)، ويمكن أن يكون الإخطار في شكل الكتروني. والأصل أن تكون عناية العميل معقولة (مادة ١٩-أولاً-٤) إلا أن هذا المعيار يبقى غامضاً لعدم تحديد المقصود بالعناية المعقولة، فهل العناية المعقولة هي العناية المعتادة، أي عناية رب الأسرة الصالح؟ أم عناية الرجل الحريص مثلما هو الشأن بالنسبة للوسيط؟ أم، وبكل بساطة، عناية المستثمر لأمواله؟

الغالب على الظن أن تكون عناية العميل عناية المستثمر لأمواله، بمعنى أن يكون حذراً متيقظاً عند إرسال أوامر التداول وتسلم الإخطارات والكشوفات

(٣٣) أنظر المادة (٢١ - أولاً - د) من القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ التي أوجبت على مزود خدمات التصديق " أن يوفر وسيلة للموقعين تمكنهم من تقديم إخطار بأن أداة التوقيع قد تعرضت لما يثير الشبهة وأن يضمن توافر خدمة إلغاء للتوقيع يمكن استخدامها في الوقت المناسب " ، كما أكدت نفس المادة في الفقرة ج-٥ على ضرورة ضمان " ما إذا كانت أداة التوقيع صحيحة ولم تتعرض لما يثير الشبهة " (مادة ١٢-أولاً-ج-٥) و " ما إذا كان للموقع وسيلة لإعطاء إخطار بموجب هذا القانون " (مادة ٢١-أولاً-ج-٦).





مشروع مداخلتة حول الوساطة الإلكترونية

بمآلها، دون أن تبلغ هذه العناية درجة العناية المحمولة على الوسيط، أي عناية الرجل الحريص.

ويرجع هذا التفاوت في معيار العناية إلى درجة الحرفية التي يتمتع بها الوسيط إذا ما قورن مع بالعميل. فكان لابد من اعتبار ذلك عند تقدير عناية العميل (مادة ٣-٣-أولاً، من القرار المذكور).

وما لزوم نصح وإرشاد العميل إلا لأنه من المفترض أن تكون عناية العميل أقل درجة من عناية الوسيط كما يلتزم العميل بالمحافظة على وسيلة الاتصال التي وقع تحديدها مع الوسيط في اتفاقية التداول.

فتغيير وسيلة الاتصال تُعدُّ، حس رأينا، تغييراً أحادي الجانب في أحد الالتزامات الجوهرية للعقد، يجيز طلب فسخ اتفاقية التداول ومطالبة العميل بالتعويض عن الأضرار التي تسبب فيها للوسيط أو لمتعامل آخر^(٣٤).

ويجب أخيراً على العميل أن يدفع الرسوم الموظفة على الخدمة وقيمة العمولة للوسيط - ويكون الوسيط محقا في استخلاص هذه المبالغ من مال العميل الذي

(٣٤) و تكون بالطبع مطالبة التعويض على اساس المسؤولية التعاقدية في علاقة العميل بالوسيط، و على اساس المسؤولية التقصيرية في علاقة العميل بمسئتمر آخر.





د. طارق البكوش

تحت يده - فله حبس السندات والأسهم والصكوك حتى استيفاء الرسوم والعمولة^(٣٥).

الجزء الثاني : التكيف القانوني للوساطة الالكترونية :

LE CONSTRUIT JURIDIQUE

إن عملية التكيف توصيف قانوني، فهي تفترض عملية إسناد لمعطي واقعي لقاعدة أو مجموعة قواعد قانونية. وعملية الإسناد هذه تتطلب مقارنة المعطي الواقعي عبر مفاهيم وآليات ومؤسسات قانونية سابقة الوضع محددة ومعروفة. وتهدف عملية التكيف، من وراء توصيف الواقع أو المعطي، إلى تحديد الطبيعة القانونية والنظام القانوني للمعطي الذي هو موضوع عملية التكيف أو التوصيف.

ولمّا قمنا سابقاً بدراسة المعطي القانوني، أي جملة التزامات وحقوق كل من العميل والوسيط، كان علينا الآن توصيف الإطار - التعاقدية - الذي تنشأ فيه

(٣٥) أقرت المادة ٢١٣ من قانون المعاملات التجارية (ق.إ. رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣) بأن "للوكيل الحق في حبس البضائع وغيرها من الأشياء التي يرسلها إليه الموكل أو يودعها لديه أو يسلمها له وذلك ضماناً لما يستحقه من اجر ومصروفات لدى الموكل ". كما نصت المادة ٢٣٨-١ من نفس القانون أن "للوكيل - فضلاً عن حقه في الحبس - امتياز على البضائع وغيرها من الأشياء النير يرسلها الموكل أو يودعها لديه أو يسلمها له. كما أجازت المادة ١٦ من قرار رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٦ للوسيط " التصرف في الأوراق المالية محل الصفقة التي توسط في إبرامها إذا لم يتم العميل الذي وسطه بتنفيذ التزاماته الناشئة عن تلك الصفقة " وذلك بعد أخذ موافقة مدير عام السوق .أنظر أيضاً حقوق الوسيط ، خالد على صالح الجنبي " الحماية الخاصة لسوق الأوراق المالية لدولة الإمارات العربية المتحدة وفقاً للقانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، "الطبعة الأولى"، بيروت ، لبنان . ٢٠٠٧ .





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

هذه الالتزامات والحقوق، أي محاولة إلحاق المعطى أو إسناده إلى مفهوم أو مؤسسة قانونية معروفة ومحددة. إن دراسة المعطى القانوني سيساعدنا في تحديد الطبيعة القانونية للوساطة الإلكترونية (فقرة ثانية) بعد أن تكون قد بينا قصور المقاربات التقليدية على الاحاطة بخصائص الوساطة الإلكترونية (فقرة أولى).

فقرة أولى : قصور المقاربات التقليدية على الاحاطة بخصائص الوساطة الإلكترونية

إن المتأمل في آلية الوساطة الإلكترونية لا يسعه إلا أن يستنتج قصور الأوصاف التقليدية التي أقرها الفقه تارة وفقه القضاء تارة أخرى في تكيف الوساطة في ميدان البورصة. فلا عقود الوكالة (أ) ولا عقد السمسرة (ب) يمكن لها أن تنظم كل حقوق والتزامات الأطراف. وللسبب نفسه يجب استبعاد كل من آلية التعهد عن الغير Promesse de porte-fort (ج) والإسم المستتر - Prête nom (د) اللتان تبقيان ناقصتان لتكثيف جامع ومانع للوساطة الإلكترونية.

أ- قصور عقود الوكالة على تكثيف الوساطة الإلكترونية.

تعرف المادة الأولى من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ السالف الذكر، الوساطة على أنها " العمل على إنجاز أوامر البيع أو الشراء التي يتلقاها الوسيط من العملاء " وظيف المادة الرابعة من نفس القرار " يعتبر عملاً من أعمال الوساطة استمالة عملاء للتعامل في الأوراق المالية والسلع " .





د. طارق البكوش

و"إستمالة" العميل غير "إنجاز" أوامره بالبيع والشراء. فالاستمالة تقوم على تقريب العملاء بعضهم البعض، وتكون بالتالي عملية سابقة عن إصدار الأوامر. بل أن الوساطة على هذا المعنى قد تكون عملية سابقة حتى عن إبرام اتفاقية التبادل، في حين تعرفها المادة الرابعة على أنها إنجاز الأوامر بالبيع والشراء، وعلى هذا المعنى تكون الوساطة مجرد عملية تنفيذ ما تلقاه الوسيط من أوامر من قبل العميل.

وفي كلا الحالتين، سواء كانت عملية "إستمالة" أو عملية "إنجاز" مادي لأوامر العميل، لا تُعنى الوساطة بإبرام التصرفات القانونية. فموضوع الوساطة أما أن يكون مقتصرًا على استمالة العملاء دون أن ينصرف إلي تمثيل أحدهما في إبرام العقود^(٣٦)، أو أن ينحصر في مجال تنفيذ أوامر العميل. وفي كلا الحالتين لا يمكن إعتبار الوسيط وكيلًا، ولا حتي وكيلًا بعمولة - فالوكالة سواء كانت مجردة أو بعمولة ينصرف موضوعها إلي التصرفات القانونية أي "الأعمال التجارية" دون الوقائع القانونية (أنظر المادتين ١٩٧ و ٢٠٠ من قانون المعاملات التجارية)، خلافاً لما اجازته المادة الأولى من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع الذي أوكل للوسيط، وبالتالي للوسيط الالكتروني، العمل على "إنجاز" أوامر البيع والشراء في حق العميل.

(٣٦) إبرام العقد يمكن فقط الوسيط من استحقاق العمولة " بمجرد تحقق ذلك الإبرام حتي لو لم ينفذ العقد كله أو بعضه " (المادة ١٣ قرار رقم ١/ لسنة ٢٠٠٠) .





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

و لا يمكن، حسب رأينا، الاعتماد بالمادة ٢١٧ من قانون المعاملات التجارية لاعتبار اتفاقية التداول ضرباً من ضروب وكالة العقود. لأنه وإن أجاز المشرع في هذا النوع من الوكالة " الحض والتفاوض على إبرام الصفقات " (أي استمالة العملاء على معني المادة الرابعة لقرار هيئة الأوراق المالية والسلع، السالف الذكر)، بالإضافة إلي مهمة " تنفيذ الصفقات " (أي تنفيذ أوامر التداول على معني المادة الأولى، من نفس القرار، السالف الذكر) فإنه لا ريب في أن هذا النوع من الوكالة يتعارض صراحة مع مقتضيات المادة ١٨-٦ من القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، السالف الذكر، الذي يوجب على الوسيط عدم الإفصاح للوسطاء أو المتعاملين الآخرين عن أسماء عملائهم".

فالوسيط في مادة البورصة، يتعاقد في حق عمليه ولكن باسمه الشخصي في حين توجب المادة ٢١٧ المذكورة أن " تشمل مهمته إبرام الصفقات وتنفيذها باسم الموكل ولحسابه " - فالوكالة التجارية العادية تفرض أن يكون الوكيل نائباً للعميل وهذا ما لا تجيزه نظام التداول في الأسواق المالية. فالوسيط الإلكتروني، أسوة بالوسيط العادي، يتعاقد باسمه الشخصي، أي أنه لا ينوب عميله قبالة المتعاملين الآخرين.

وبالتالي، وخلافاً للوكالة التجارية العادية، لا يمكن للغير المتعامل مساءلة العميل على أساس المسؤولية التعاقدية، لأنه لا يوجد أي رابط عقدي مباشر بينهما حتى وإن علم عن حسن نية بهوية العميل المصدر لأمر التداول. فالعلم





د. طارق البكوش

بشخص العميل وهويته لا يكفي لإنشاء حقوقاً والتزامات تعاقدية بين المستثمر والعميل.

و مع ذلك، يبدو أن عقد الوكالة بالعمولة يمكن أن يحيط بالوساطة الإلكترونية لأسباب ثلاثة :

أولاً : كما في الوساطة الالكترونية، الوكالة بالعمولة تفرض على الوكيل " أن يجري باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل (المادة ٢٢٩، قانون المعاملات التجارية، أنظر أيضاً المادة ٢٣٦-١ من نفس القانون).

ثانياً : أن كلاً من الوكيل بعمولة الوسيط الالكتروني يتقاضي عمولة من الموكل أو العميل.

ثالثاً : وأخيراً، كما في الوساطة الالكترونية، يلتزم " الوكيل مباشرة قبل الغير الذي تعاقد معه " (مادة ٢٣٧-١، قانون المعاملات التجارية) وليس للغير الحق في الرجوع على الموكل، والعكس بالعكس: فليس للموكل الرجوع على الغير مباشرة، إذ لا علاقة تعاقدية تربط بينهما (مادة ٢٣٧-٢ من نفس القانون).

لجملة هذه الأسباب، نميل مبدئياً لقول بوجوب اعتبار الوساطة الالكترونية عقد وكالة بعمولة إسوة بقرار محكمة التمييز بدبي رقم/٣٧/ بتاريخ ٣/٥/٢٠٠٣^(٣٧) الذي اعتبر الوكالة بعمولة عقد يجريه الوكيل باسمه الشخصي مع الغير في

(٣٧)(٣٧) محكمة التمييز بدبي ، حكم رقم ٣٧ ، بتاريخ ٣/٥/٢٠٠٥ ، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية ، عام ٢-٣ ، ج ١ العدد ١٤ ص ٥٣٩ ، أنظر في نفس السياق ، خالد على صالح الجنيني ، مرجع سابق ، ص ٩٢ .





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

حق موكله بناءً على طلبه، مقابل عمولة، ويكون بمقتضاه الوكيل بالعمولة مسؤولاً مباشرة قبل الغير، وليس لهذا الأخير أن يرجع على الموكل الذي يبقى أجنبياً عن العقد، فلا تنشأ بينه وبين الموكل أية علاقة قانونية. ومما يعضد هذا الاعتقاد أنه يجوز للوكيل بالعمولة أن يضمن تنفيذ الموكل لالتزاماته^(٣٨). إلا أن تكييف الوساطة الإلكترونية على أنها عقد وكالة بعمولة يتجاهل معطين قانونيين على غاية من الأهمية.

أولاً : أن الوكيل بالعمولة يحلُّ بإرادته الشخصية عند تعاقد مع الغير المتعاقد^(٣٩)، خلافاً للوسيط الذي ينحسر دوره في تنفيذ أوامر التداول التي يتلقاها - فعيوب الرضاء ينظر إليها وتُقَدَّر في إرادة الوكيل بالعمولة دون إرادة الموكل في حين لا تبقى اتفاقية التداول عبر الإنترنت أي هامش للوسيط الإلكتروني للتعبير عن إرادته في عملية التداول إذ تقتصر مهمته على نقل إرادة العميل الي السوق ومحاولة انفاذها. فدور الوسيط الإلكتروني، كما نظمته القرار رقم ٦٧/ر المذكور، يجعله في الحقيقة أقرب الي الرسول (Messenger) منه إلي الوكيل إذ أكدت كلتا الفقرتين (ز) و (ح) على تحمل العميل وحده كافة المسؤوليات

(٣٨) خلافاً للممثل التجاري الذي لا يضمن مبدئياً تنفيذ الصفقات التي تتم عن طريقه. أنظر المادة ٢٤٦ من قانون المعاملات التجارية، في حين تنص المادة ٢٤٢-٢ من قانون المعاملات التجارية على : " ويستحق الوكيل بالعمولة الضامن لوفاء المتعاقد بالتزاماته أجراً إضافياً تحدده المحكمة عند عدم وجود اتفاق أو عرف في شأنه "، أسوة بالوسيط الإلكتروني الذي يقع عليه واجب " تسوية التزاماته مع السوق وفقاً لنظامه وبغض النظر عما إذا كان قد حصل على تسوية من عملاته أو لم يحصل، (مادة ١٨-١١ من القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه ، قارن مع المادة ٧-٤ من نفس القرار).

(٣٩) قارن مع المادة ١٥٢-١ من قانون المعاملات المدنية.





د. طارق البكوش

المرتبة عن استثماره من خلال نظام التداول عبر الانترنت. ويرجع هذا الدور إلى طبيعة الوساطة الالكترونية نفسها. إذ أن الوسيط يقوم فقط بإرسال أوامر العميل، بعد التثبت من هويته وملكيته للأسهم (مادة ١٨-١٤)، قرار (١) لسنة ٢٠٠٠ المذكور) وأهليته (مادة ١٨-١٢ من نفس القرار) أو ملاءته وأمانته (مادة ١٨-٩ نفس القرار) دون أن تكون لإرادته في اختيار الأسهم أو السندات أو الصكوك موضوع التداول، أو عددها أو القيمة الجمالية لعملية التداول أي تأثير. فأمر التداول يضبط جملة هذه العناصر الأساسية ولا تترك لإرادة الوسيط أي فرصة أو هامش للتدخل أو الاشتراك في إبرام صفقة التداول.

وبالنتيجة، لما كانت اراة العميل هي الإرادة التي قادت عملية التداول وهيمنت عليها إلى درجة أن الوسيط الالكتروني حُدّد دوره في إيصال وتبليغ هذه الإرادة للسوق، كان لازماً على العميل أن يتحمل وحده تبعه اختياره. فالتأمل في جملة أعمال الوسيط الالكترونية يستنتج إنها أعمال مادية لا ترقى الي مرتبة التصرفات القانونية. فمعالجة الأوامر المدخلة عبر الانترنت مثلاً هي عمل فني بحت، قد يقوم به برنامج الكتروني مُعد للغرض أو حتى منظومة الكترونية مؤتمتة دون أن يكون للوسيط، أو ممثليه أو مستخدميه أي دور حاسم. وتنفيذ أوامر التداول " وفقاً لأسبعية ورودها " على الوسيط الالكتروني (مادة ١٨-١٠ قرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ المذكور) هي مجرد عمليات تنفيذ لا ترقى إلى مستوي العمل أو التصرف القانوني بالمعني الضيق للكلمة. وتنسحب نفس الملاحظة على عملية ملائمة أوامر التداول مع آلية العرض





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

والطلب. فهذه الملائمة تحدث بصفة آلية، أي الكترونياً دون أن يكون للوسيط أي دور محدد ناهيك وأنها هي أيضاً عملية مادية بحتة، ولا يمكن بأي حال اعتبارها تصرف قانونياً

ثانياً: ان الذي يحول دون اعتبار الوساطة الإلكترونية عقد وكالة بالعمولة يتمثل في التزام الوكيل بالعمولة بنقل ملكية الشيء الذي كُلف بشرائه أو بيعه أو معاوضته إلي ومن عميله عبر إبرام عقد جديد مع ذات العميل.

ويُردّ ذلك إلي أن الوكيل بعمولة لا ينوب موكله إذ يتعاقد باسمه الشخصي فكان لازماً عليه حينئذ أن ينقل ما آلت إليه ملكيته إلي موكله بعقد جديد (٤٠).

وهذا ما يفنّده الواقع والقانون وظروف التعامل في البورصة، إذ لا يمكن اعتبار تسوية الوسيط الإلكتروني لعمليات التداول الحاصلة عقوداً جديدة. فهذه التصرفات محمولة قانوناً علي الوسيط ولا تستلزم رضاء العميل الي جانب كونها لا تعد تصرفات منفصلة عن أوامر العميل وبالتالي وجب إلحاقها بها، عملاً بقاعدة الفرع يتبع الأصل. ومتي كانت الأوامر أعمالاً انفرادية، وجب اعتبار عمليات التسوية إعمالاً من ذات الصفة لتعلقها بها.

(٤٠) كل المراجع الفقهية مُجمعة على وجوب إبرام عقد جديد بين الوكيل بعمولة والموكل انظر مثلاً: عبد لرزاق السنهوري ، تحقيق مصطفى محمد الفقي ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٧ ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ١٩٧٩ ص ٤٧٩ عدد ٢١٣-٢ والحكم المشار إليه في الهامش رقم (٢).





د. طارق البكوش

ب- إستبعاد وصف السمسرة عن الوساطة الإلكترونية.

تعرف المادة ٢٥٤ من قانون المعاملات التجارية السمسرة بكونها " عقد يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين وبالوساطة في مفاوضات التعاقد وذلك مقابل أجر "

ويقترّب هذا التوصيف كثيراً من تعريف الوساطة في مادة البورصة، إذ يركّز على عملية البحث عن طرف ثان لإبرام العقد، الشيء الذي يحيل على مفهوم " الإستمالة " على معني المادة الرابعة من القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه. ومما يدفع لاعتبار الوساطة الإلكترونية عقد سمسرة ما جاءت به المادتين ٢٦٦ و ٢٧١ من قانون المعاملات التجارية. فقد منعت المادة الأولى على السمسار التوسط لأشخاص إشتهروا بعدم ملاءتهم (مادة ٢٦٦، المشار إليها) وهو ما يتطابق مع مقتضيات المادة (١٨-٩) من القرار رقم (١ لسنة ٢٠٠٠) في حين نُبّهت المادة الثانية (٢٧١) من قانون المعاملات التجارية) إلي أنه " تسري على السمسرة في أسواق الأوراق المالية والبضائع أحكام القوانين والنظم الخاصة بذلك " وبالتالي تكون قد أقرت صراحة بوجود ضرب من السمسرة في أسواق البورصة.

إلا أنه وبالتمعن في أحكام قانون المعاملات التجارية نفسه ومقتضيات القرار رقم ٦٧/ر المشار إليه يظهر جلياً عدم ملائمة وصف عقد السمسرة للوساطة الإلكترونية.

فمن ناحية، وخلافاً للنظام الخاص بالوسطاء المنطبق قانوناً على الوساطة الإلكترونية، " لا يجوز للسمسار أن يقيم نفسه طرفاً ثانياً في العقد الذي توسط





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

في إبرامه " (مادة ٢٦٣ من قانون المعاملات التجارية)، مما ينزع السرية عن شخص العميل وهويته. فالأصل أن يُدلي السمسار باسم الشخص أو الأشخاص الذين يتوسط لهم.

هذا طبعاً بالإضافة إلي أن السمسار لا يتعاقد باسمه الشخصي في حق العميل مثلما يفعل الوسيط الإلكتروني بل لا يكون أصلاً طرفاً في العقد الذي يتوسط فيه. وحتى وان أجازته الأطراف وأقام نفسه طرفاً ثانياً في الاتفاقية التي توسط فيها ^(٤١)، كأن يكون له " فضلاً عن أجره مصلحة فيها " ^(٤٢)، فإنه مع ذلك يبقى غير ملزم بالتعاقد في حق العميل.

ومهما يكن من أمر، وفي مطلق الأحوال، ليس من طبيعة السمسرة ولا من ماهيتها أن يتعاقد السمسار باسمه الشخصي في حق موكله و إن كان يمكن نظرياً تمثل العكس. وتبقي مع ذلك الحالة استثنائية، لا يجوز القياس عليها أو تعميمها.

ومن ناحية أخرى، لا يضمن السمسار حسن تنفيذ الاتفاق المبرم بين الأطراف، إلا إذا كان ضامناً بموجب الاتفاق أو القانون ملاءة الأطراف وحسن تنفيذها. الأصل إذاً، أن لا يكون السمسار ضامناً لحسن تنفيذ الأطراف لالتزاماتهم أو ملاءتهم، لأنه ليس من طبيعة السمسرة ضمان التنفيذ. وبالتالي تختلف السمسرة جوهرياً مع الوساطة الإلكترونية لأن الوسيط يكون بداءة ضامناً لتنفيذ عملية التداول، وحتى لو ضمن السمسار، استثناءً، أحد طرفي العقد

(٤١) مكنت المادة ٢٦٣ العاقد من اجازة السمسار بأن يكون طرفاً ثانياً في العقد الذي توسط فيه.

(٤٢) وهي الحالة المنصوص عليها بالمادة ٢٦٧-٢ من قانون المعاملات التجارية.





د. طارق البكوش

فإن ذلك يختلف كلية مع التزام الوسيط بتغطية عميله (المادة ١٨-١١ من القرار رقم ١/ لسنة ٢٠٠٠).

فالسماح له، في هذه الحالة، الخيار في عدم ضمان معاقده خلافاً للوسيط الذي يتحمل وجوباً التزاماً بتغطية العميل ولا يستطيع الاتفاق على استبعاده.

ج - إقصاء آلية التعهد لمصلحة الغير عن الوساطة الإلكترونية

إن الاشتراط لمصلحة الغير، أو التعهد لمصلحة الغير، تبدو آلية ملائمة للإحاطة بالوساطة الإلكترونية. فالوسيط الإلكتروني يُنفذ أوامر التداول، يشتري، يبيع أو يبادل لمصلحة عميله^(٤٣). ومما يدعونا إلي التوقف على هذه الآلية واعتمادها في توصيف الوساطة الإلكترونية، أمرين :

أولاً : يتعاقد المشتري - أي الوسيط الإلكتروني - بإسمه الشخصي لا باسم الغير، الذي هو في الحالة التي تعيننا، العميل. هذه الخاصية تمكن الوسيط من احترام التزامه بعدم البوح باسم العميل وبالتالي من احترام مقتضيات المادة ١٨-٦ من القرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ المشار إليه.

ثانياً : يفترض التعهد لمصلحة الغير، أو الاشتراط لمصلحة الغير، أن يكون للمشتري مصلحة شخصية، وهو ما تؤكد طبيعة العلاقة بين الوسيط الإلكتروني والعميل باعتبار أن الأول يتقاضى من الثاني عمولة عن إسداء خدمة الوساطة.

إلا أن الدراسة المتأنية للاشتراط لمصلحة الغير تُظهر أن هذه الآلية تبقى ناقصة على الإيفاء بمتطلبات الوساطة الإلكترونية. فمن جهة، يؤدي

(٤٣) أنظر المادة ٢٥٤ من قانون المعاملات المدنية.





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

الاشتراط لمصلحة الغير إلي نشأة الالتزامات مباشرة بين المنتفع والمتعهد، بمعنى - إذا ما عملنا ذلك على الوساطة الإلكترونية - بين العميل والمستثمر (أو ممثله) فلا يقوم الاشتراط إذا لم تنشأ علاقة مباشرة بين المتعهد والمنتفع، إذ نصت المادة ٢٥٤-٢ من قانون المعاملات المدنية صراحة على أنه " و يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك ". فطبيعة الاشتراط لمصلحة الغير تفترض علاقة مباشرة بين كل من المتعهد والمنتفع، أي مع فارق التشبيه، بين كل من العميل والمستثمر.

فلو أخذنا بهذا التوصيف، لأمكن للعميل الرجوع على المستثمر بدعوي مباشرة دون وجوب إدخال الوسيط الإلكتروني (والعكس صحيح) والحال أن لا حق للعميل في الرجوع على المستثمر حتى وإن علم هذا الأخير هويته. ولا يبقى للعميل حينئذ إلا الرجوع على الوسيط الذي تربطه به اتفاقية تداول.

ومن جهة أخرى، لا يجوز تكييف الوساطة الإلكترونية على أنها من صور الاشتراط لمصلحة الغير لأنه في حقيقة الأمر لا يمكن اعتبار المستثمر بمثابة المنتفع. فالوسيط الإلكتروني، هو في واقع الحال، وسيط العميل " يمثله " ويحمي مصالحه ولا يعقل أن تكون نية الأطراف قد اتجهت عند إبرام اتفاقية التبادل إلى إكساب المستثمر حقوقاً. فأقصى ما يمكن تصوره هو أن يكون الوسيط متعهداً عن المستثمر في حق عميله الذي يأخذ مكان المنتفع، ولكن هذا التوصيف لا يستقيم، هو أيضاً، لغياب علاقة تعاقدية مباشرة بين الوسيط الإلكتروني والمستثمر تجيز العميل أن يحتل مكانة المنتفع.





د. طارق البكوش

وبناءً عليه، تكون آلية التعهد عن الغير قاصرة على الإيفاء بمتطلبات الوساطة الإلكترونية مما يفرض وجوباً استبعادها.

د- اختلاف الوساطة الإلكترونية عن الوكالة المستترة

تكون الوكالة مستترة متى أعار الوكيل اسمه وتعاقد في حق موكله باسمه الشخصي، فتنشأ الحقوق والالتزامات في ذمة الوكيل بداءة، ثم ينقلها هذا الأخير للموكل، فتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل، ولا تنفذ في حق الغير المتعاقد^(٤٤).

وعليه، يُنظر إلي عيوب الرضاء في إرادة المُسَخَّرِ prôte-nom دون إرادة الأصيل، وهو ما يخالف مقتضيات الوساطة الإلكترونية على اعتبار أن العميل هو الذي يعبر عن إرادته - ويكتفي الوسيط الإلكتروني بإيصال هذه الإرادة ونقلها إلي السوق - (أنظر ما سبق بشأن الوكيل والوكيل بالعمولة). ويقوم التزام المُسَخَّرِ prôte-nom بإبرام عقد جديد موضوعه نقل حقوقه إلي الموكل حائلاً دون توصيف الوسيط الإلكتروني بالمُسَخَّرِ. لأن الوسيط يكتفي فقط بإيصال أمر التداول وتسوية وضعية عميله في غرفة المقاصة. وفي المحصلة، لا يجوز واقعاً وقانوناً أن تختزل اتفاقية التبادل عبر الإنترنت في مجرد اتفاق يستعير مقتضاه العميل اسم الوسيط لتباين نظام كلا الاتفاقين واختلاف طبيعتهما.

(٤٤) أنظر في الفقه مثلاً: السنهوري، مرجع سابق، ج ٧ المجلد الأول، عدد ٢١٣ ص ٤٧٩، نفس المؤلف ج ١، المجلد ١ عدد ٩٠، ص ٢٥٠.



مشروع مداخلت حول الوساطة الإلكترونية

فقرة ثانية: التكيف المقترح: الوساطة الإلكترونية، عملية خدمية مركبة إن عملية التكيف القانوني، أي عملية الإسناد أو الإلحاق لمؤسسة قانونية معروفة، عملية محفوفة بالمخاطر، لذلك وجب التذكير ببعض القواعد المنهجية المتبعة.

أولاً : إن التكيف القانوني لعملية الوساطة الإلكترونية يفترض تكيف اتفاقية التبادل نفسها : فجملة الحقوق والتزامات الأطراف تنشأ في إطار هذه الاتفاقية، وكان بالتالي لزاماً أن نقوم ببدءً بتكليف الإطار التعاقدى للتبادل عبر الانترنت. ثانياً : أن إبرام الاتفاقية في شكل الكتروني أو إرسال أوامر التداول عبر الانترنت لا يجب أن يغير في وصف تكيف اتفاقية التداول نفسها أو الأمر المرسل (٤٥).

فطبيعة كليهما تبقى ثابتة ولا تتأثر بالشكل الإلكتروني الذي قد تتخذه (٤٦)، فإعتماد الوسائل الإلكترونية جاء، في الأصل، وبداءةً، لتقريب الأطراف ولتيسير اثبات وحفظ المعاملات الإلكترونية. وليس في القانون الاتحادي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ ما يفهم على أن طبيعة المعاملات تتغير بتغير شكلها. فعقد البيع مثلاً يبقى محافظاً على طبيعته (عقد بيع) حتى وإن اتخذ شكلاً إلكترونياً.

(٤٥) قارن مع المادة ٤-١ من ق.إ. رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ الذي يكرس مبدأ حياد الشكل الإلكتروني ولكن بالنسبة للتنفيذ (لا تفقد الرسالة الإلكترونية أثرها القانوني أو قابليتها لمجرد أنها جاءت في شكل الكتروني).

(٤٦) أن اللجوء الي الشكل الإلكتروني يبقى مجرد إمكانية للأطراف التي يمكن لها رفضه (أنظر المادة ٦/ من ق.إ. رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ ، السالف الذكر).





د. طارق البكوش

فالشكل الإلكتروني تحديداً لا يمس بالمضمون، أي - في واقع الحال - بطبيعة العملية ذاتها. وهذا معنى حياد الوسيلة الإلكترونية. و عليه، فإن التوصيف، أي تكييف الوساطة الإلكترونية، ينسحب حتماً، عملاً بمبدأ حياد الوسيلة الإلكترونية، على الوساطة العادية. فالطبيعة القانونية لكليهما لا تتأثر بالشكل الذي ظهرت فيه.

ثالثاً وأخيراً : إن عملية التكييف القانوني تفرض علينا ان يكون التوصيف عند نشأة العمل أو التصرف القانوني لا عند تنفيذه. لأن العبرة في تحديد ماهية العمل أو التصرف القانوني تكون عند إنشائه لا عند تنفيذه. فالأطراف يكونون ملزمون بالاتفاق على طبيعة العمل أو التصرف عند نشأته وإلا كان باطلاً في حقهم لعدم النقاء إرادتهم حول طبيعة العمل^(٤٧)، فمتي كان توصيف التصرف القانوني مختلف في مرحلة تنفيذه عما هو عليه عند إبرامه قُدم هذا الأخير لأن طبيعة التصرف وماهيته تطرح عند الأطراف وتقبل عندهم في مرحلة الإبرام وليس في مرحلة التنفيذ. إن وضع هذه القواعد والالتزام بها تالياً، سيمكننا من وصف الوساطة الإلكترونية على أنها عملية قانونية مركبة (أ) تهدف إسداء خدمة (ب).

(٤٧) لأن طبيعة العمل من ماهيته وجوهره بالنسبة للأطراف وعدم الاتفاق على ماهيته العمل أو التصرف يبطله في حقهم، كأن يعتقد شخص أنه باع في حين يذهب معاهد إلي الاعتقاد أنه إستأجر . فلا يقوم هنا - لاختلاف الأطراف حول تحديد طبيعة التصرف القانوني ، لا عقد بيع ولا عقد إيجار.



مشروع مداخلة حول الوساطة الإلكترونية

أ- الوساطة الإلكترونية، عملية قانونية مركبة

إن الدّارس للوساطة الإلكترونية ومتطلباتها، لابد له أن يتمتّعها على أنها عملية قانونية Operation juridique ، تفترض مجموعة من التصرفات القانونية (Ensemble d'actes juridiques) فهي بهذا المعنى ليست عقداً فقط، إذ لا يمكن إختزالها في اتفاقية التداول عبر الانترنت لأن آثار هذه الاتفاقية تتعدى الأطراف المتعاقدة (الوسيط - العميل) لتمتد إلى أطراف أخرى (المتعاملين والسوق).

وبالتالي يكون ناقصاً التكييف الذي يعتمد عنصراً في عملية الوساطة دون العناصر الأخرى. فاتفاقية التداول وان كانت عنصراً أساسياً ومحدداً في عملية التداول، وبالتالي في عملية التكييف، فإنها لا تستوعب كامل العملية، أي كامل المجموعة (Ensemble).

وكون الوساطة الإلكترونية عملية قانونية فهذا معناه أنها تجمع بين تصرفات قانونية تهدف كلها تحقيق غاية واحدة وان اختلفت طبيعة هذه التصرفات. فاتفاقية التداول عبر الانترنت هي عقد يجمع بين طرفين : الوسيط والعميل، يوجب على الوسيط، مقابل عمولة محمولة على العميل، إن يقدم خدمة التداول عبر الانترنت ويضمنها وان يتعهد بإيصال أوامر العميل للسوق ويضمن تنفيذ أوامر عميله. أما أمر التداول فهو تصرف قانوني ملزم لجانب واحد : العميل، قبل السوق والمتعاملين معه. وعلى هذا المعنى، يكون أمر التداول التزاماً بإرادة منفردة على خلاف الوساطة التي هي عقد ملزم للجانبين. وفي واقع الأمر، تتكوّن عملية الوساطة من العقد، عقد الوساطة أي اتفاقية التداول ومن





د. طارق البكوش

التصرف الملزم لجانب واحد، الأمر بالتداول. فلا غني للأول عن الثاني، ولا معني للثاني بدون الأول.

فالأمر بالتداول يمثل في الحقيقة، وسيلة لتنفيذ اتفاقية التداول عبر الانترنت، إلا أنه خلافاً لاتفاقية التداول، يكون تصرفاً ملزماً لجانب واحد (العميل) بضمان الوسيط. ولا يكون التزام الوسيط الملزم بالضمان موجباً لإعادة تكييف أمر التداول واعتباره تصرفاً ملزماً للجانبين، لأن الالتزام بالضمان والتغطية هو التزام احتياطي لا يقوم متى نفذ العميل التزاماته، وبالتالي لا يقوم في مقابلة التزام العميل بنقل الملكية أو دفع الثمن أو مبادلة السندات.

وفي حقيقة الأمر، يُعبر أمر التداول عن إرادة العميل إذ يستأثر هذا الأخير بجانب من أرادته عند أبرام اتفاقية التداول لحين مرحلة التنفيذ، فأمر التداول هو تعبير عن إرادة العميل، في وقت معين، من شأنه أن يفعل ما كان انفق عليه مع الوسيط في اتفاقية التداول.

وبالتالي يساهم أمر التداول في إتمام إرادة العميل وجعلها مكتملة. وبهذا المعني، لا يهدف أمر التداول إلي تنفيذ اتفاقية التبادل فحسب، بل يعني أيضاً بإكمال وإتمام إرادة العميل. فانقسام إرادة العميل وانقسامها بين اتفاق التداول وأمر التداول هي الميزة الأساسية لعملية الوساطة الالكترونية وهي التي تُعطي وحدة قانونية لجملة العملية و يجعل منها مجموعة قانونية (Ensemble d'actes juridiques).





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

هذه الخاصية تجعلنا نري في اتفاقية التبادل عبر الانترنت اتفاقاً إطارياً -cadre Convention يستلزم لإتمامه وتنفيذه أوامر بالتداول تهدف، في الحقيقة إلي تفعيل الاتفاق الإطاري.

فالتبيعة المزدوجة لأوامر التداول (وسيلة تنفيذ وتعبير تكميلي و لكن أساسي عن إرادة العميل) هي التي أربكت الفقه في توصيف الوساطة في مادة البورصة. كما ساهمت أيضاً الطبيعة المختلفة لكل من اتفاقية التبادل، والأمر بالتداول في تفرّد عملية الوساطة الإلكترونية عن النماذج المعروفة من العمليات القانونية و المجموعات القانونية التي تفرض تصرفات قانونية من نفس الطبيعة (عقود ملزمة للجانبين). هذه الميزة تجعل من الوساطة الإلكترونية عملية مركبة تجمع بين عقد وساطة، يليه الأمر بالتداول، تليه عملية تسوية. وكل هذه العمليات القانونية ليست لها نفس الطبيعة القانونية ولا تلزم نفس الأطراف. ومنها ما يدخل في دائرة التكوين (اتفاقية التبادل) ومنها ما يدخل في دائرة التنفيذ (عملية التسوية) ومنها ما يكون حلقة وصل بين التكوين والتنفيذ (أوامر التداول). وتفرّد عملية الوساطة في مادة البورصة يجعل منها، علي حد علمنا، نموذجاً خاصاً لا مثيل له وتطبيقاً فريداً ومميزاً لآلية الاتفاقات الإطارية التي تستوجب عادة عقوداً تنفيذية contrats d'application ولا نفترض، كما هو حال في مادة الوساطة الإلكترونية، تصرفات تنفيذية ملزمة لجانب واحد.





د. طارق البكوش

ب- الوساطة الإلكترونية، عملية خدمية

إن دراسة الوساطة الإلكترونية عن كثب بينت وجود مجموعة من التصرفات القانونية تراوحت بين العقد (اتفاقية التداول عبر الإنترنت) والتصرف الإرادي المنفرد الذي يمثل عرضاً للتعاقد (الأمر بالتداول) والتصرف الملزم بحكم القانون (التسوية)^(٤٨).

وبالتالي يكون من الصعب اختزال الوساطة الإلكترونية في إحدى هذه التصرفات المترابطة والمتلازمة والمتتالية.

فجملة هذه التصرفات تتحدد في السبب و تقارب في الموضوع.

فموضوع اتفاقية التداول هو بلا شك إسداء خدمة التداول عبر الإنترنت مثلما عرفته المادة الأولى من القرار ٦٧/ر السالف الذكر والمادة ٤-١ من نفس القرار. فالوسيط الإلكتروني يتعهد بتوفير نظام إلكتروني لمعالجة أوامر تداول العميل والنظر في إمكانية تنفيذها والتحقق من ذلك ومن ثمة إرسالها بشكل آلي وحينئذ إلى نظام التداول الإلكتروني المستخدم بالسوق باسمه الشخصي. فموضوع اتفاقية التداول هو تلقي أوامر التداول ومعالجتها في مرحلة أولى ثم إرسالها إلى النظام الإلكتروني للسوق. وبهذا المعنى تكون اتفاقية التداول عقد خدمة (Contrat de service) لأنه لا يتدخل في أمر التداول نفسه بل يقوم فقط لمعالجته وإيصاله بغية تنفيذه في السوق، لذلك ذهبت المادة ٣-أولاً-٣-أ من القرار رقم ٦٧/ر إلى إلزام الوسيط الإلكتروني " بتحديد مفهوم خدمة التداول

(٤٨) التسوية هي عملية محمولة قانوناً على الوسيط الإلكتروني، أنظر المواد ٣١، ٣٢، ٣٣ من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (٢) لسنة ٢٠٠١ بشأن النظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية.



مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

عبر الانترنت " في اتفاقية التداول، أي بيان مضمونها وحدودها (٤٩). كما يوجب القرار المذكور على الوسيط الإلكتروني بيان ما تتطلبه خدمة التداول من معرفة عالية لدى العميل (مادة ٣-٣-٣-أولاً-١، القرار المذكور).

فاتفاقية التداول لا تنتج حقوقاً مادية (عينية أو شخصية) بل التزاماً لا مادياً بتوفير خدمة، مقابل العمولة التي يتلقاها الوسيط. ويجب النظر الي هذه الخدمة على ضوء ما أوجبه القانون الاتحادي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٠ في مادته (٢٥) من حصر التعامل في الأوراق المالية على الوسطاء المرخص لهم (٥٠). فالعميل ملزم قانوناً بالإلتجاء للوسيط حتى يتمكن من التعامل في السوق (٥١)، وإلا عدّ تعامله باطلاً، إذ أن الوساطة مفروضة عليه بحكم القانون، بل إن الوساطة الإلكترونية ما كانت لتوجد أصلاً لو لم يجعلها المشرع حكراً على الوسطاء المرخص لهم وجازى بالبطان الأوامر التي لا تمر عبرهم. ليس هذا فحسب، بل أن خدمة الوساطة الإلكترونية تحديداً تقف عند الحد الأدنى، إذ لا يقوم الوسيط الإلكتروني باستمالة العملاء على معني المادة الرابعة للقرار رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، بل يكتفي فقط بالمعالجة الفنية

(٤٩) أنظر أيضاً المواد ٢، ٣/١ و ٤/١ من نفس القرار الذي يقر صراحة بالطابع الخدمي لاتفاقية التداول.

(٥٠) أنظر أيضاً المواد : ٣ من قرار مجلس الوزراء رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٠ بشأن النظام الخاص بإدراج الأوراق المالية والسلع ، ٣ من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ بشأن النظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية.

(٥١) أنظر مع ذلك الاستثناءات الواردة بالمادة ٣ من القرار رقم (٢) لسنة ٢٠٠١ المشار إليه.





د. طارق البكوش

لأوامر العميل والتحقق من إمكانية تنفيذها وإرسالها إلى السوق باسم الوسيط الإلكتروني.

أما أمر التداول فموضوعه التعبير، في لحظة زمنية معينة، عن إرادة بيع أو شراء أو مبادلة أوراق من فئة معينة، بسعر معين وبكمية معينة. فأمر التداول يُفَعَّلُ اتفاقية التداول ويخرجها من طور الممكن إلى طور الوجود الفعلي والفعّال. وهو في نفس الوقت إيجاباً ملزماً لجانب واحد يمثل عرضاً للتعاقد *offre de contracter* يحمله الوسيط باسمه إلى السوق. ويجب أن يحتوى هذا العرض على جملة البيانات والعناصر اللازمة حتى إذا ما صادفت قبولاً كانت عملية البيع والشراء أو المبادلة، وبالتالي يعتبر الأمر بالتداول عن رغبة وإرادة العميل في اقتناء وبيع أو مبادلة أوراق مالية تحت شروط معينة وفي أجل محدد.

تمثل عملية التسوية تصرفاً يوجبه القانون على الوسيط الإلكتروني. فهذا الأخير ملزم بحكم القانون بتصفية المعاملة مالياً وتصفية حساباته مع المقاصة ومع عميله وتغطية العميل، أن يلزم الأمر بدفع الضمان^(٥٢). فهي إذن إجراء تنفيذي لاحق لعملية الوساطة موضوعه إجراء تسوية بين مختلف الحسابات.

(٥٢) أنظر المادتين ٣١ و٣٢ من قرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (٢) لسنة ٢٠٠١ بشأن النظام الخاص بالتداول والمقاصة والتسويات ونقل الملكية وحفظ الأوراق المالية.





مشروع مداخلته حول الوساطة الإلكترونية

وهذه العملية هي ثانوية بامتياز إذا ما قورنت باتفاقية التداول أو أوامر التداول على اعتبار أن القانون والأنظمة واللوائح هي التي تنظمها بدقة، فيكون دور الوسيط هنا مجرد أداة تنفيذية لعمليات قانونية سابقة. ومما تقدم يمكن القول بأن عملية الوساطة تنقسم إلي عمليتين أساسيتين : خدمة التداول يضاف إليها أمر التداول، وكلا العمليتين له نظامه ومتطلباته الخاصة. فعملية التداول عملية مركبة على النحو التالي :

إتفاقية تبادل (عقد خدمة) + أمر تداول (عرض للتعاقد) + عملية تسوية (تصرف ملزم بحكم القانون).

وهذه السلسلة من العمليات يغلب عليها، في الحقيقة، الطابع الخدمي لاعتبارين أساسيين :

١- إن إتفاقية التداول، التي تمثل عقد خدمة، يمكن أن تقوم قانوناً بذاتها و لذاتها، بمعنى أن يضل العميل والوسيط الإلكتروني ملزمين - بفعل الإتفاقية نفسها - بعدة التزامات^(٥٣) في غياب صدور الأمر بالتداول. وبالتالي تكون، مبدئياً، إتفاقية التداول كافية قانوناً لأحداث التزامات في ذمة الطرفين المتقابلين، خلافاً لأمر التداول الذي لا يمكن أن يقوم بذاته لتعذر تنفيذه قانوناً في غياب إتفاقية إطارية للتداول عبر الانترنت، هذا من ناحية.

(٥٣) كالالتزام بالمحافظة على المفتاح الرقمي بالنسبة للعميل ، والالتزام بتمكين العميل من الدخول على منظومة الوسيط ، ومن إرسال أوامره متي رغب في ذلك وضمن إمكان ذلك له ...





د. طارق البكوش

٢- ومن ناحية أخرى، فإن إعتبار الوساطة الإلكترونية حكراً على الوسطاء المرخص لهم تجعل من اتفاقية التداول لازمة قانوناً، خلافاً للأمر بالتداول. وبالتالي يبطل الأمر بالتداول إذا ما تخلف شرط صحة عن اتفاقية التداول، والعكس غير صحيح : فبطلان أمر التداول لسبب من الأسباب لا يمتد وجوباً إلي اتفاقية التداول .

وفي المحصلة، يتجه اعتبار خدمة التداول التي تحدثها اتفاقية التداول الالتزام الرئيسي والمحدّد Obligation Caractéristique نظراً للزومها قانوناً وواقعاً . فهي الالتزام الذي تتمحور حوله جملة الالتزامات الأخرى من وجوب تحمّل العميل كافة المخاطر الناتجة عن أوامر التداول، ووجوب تسوية المعاملة الإلكترونية والالتزام - احتياطياً - بتغطية العميل ونقل ملكية السندات... فكل هذه الالتزامات هي التزامات ثانوية إذا ما قورنت طبعاً مع الالتزام الرئيسي والمحدد المتمثل في توفير خدمة التداول عبر الانترنت وضمانها.