

19 marca 2021 r.

Komunikat UKNF dotyczący formy umowy o świadczenie usług maklerskich¹

Wykorzystywanie kanałów komunikacji elektronicznej jest powszechnie stosowaną praktyką w relacjach z klientami i również coraz powszechniejszą metodą zawierania umów. Celem komunikatu jest wyjaśnienie wymogów Rozporządzenia 2017/565² i Ustawy o obrocie³, które określają zasady dotyczące formy umów o świadczenie usług maklerskich.

Zgodnie z art. 58 Rozporządzenia 2017/565 umowa o świadczenie usług inwestycyjnych oraz usług dodatkowych⁴, której stroną jest klient detaliczny lub profesjonalny musi być zawarta w formie pisemnej.

Zgodnie z Rozporządzeniem 2017/565 umowa taka powinna być zawarta na papierze lub innym trwałym nośniku. Ponieważ Rozporządzenie nie określa dodatkowych wymogów w zakresie formy pisemnej to w tym zakresie należy stosować przepisy prawa krajowego. Jeżeli przewidują one inną formę zawarcia umowy, której skutki są zrównane z formą pisemną, to taka forma będzie spełniać wymóg art. 58 Rozporządzenia 2017/565. Dodatkowym warunkiem jest konieczność utrwalenia oświadczenia woli na papierze lub innym trwałym nośniku⁵. Wymóg utrwalenia oświadczenia woli na trwałym nośniku został również określony w art. 13 ust. 2 Ustawy o obrocie.

Zgodnie z art. 78¹ § 1 kodeksu cywilnego umowa zawarta w formie elektronicznej, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jest równoważna formie pisemnej i tym samym spełnia wymóg art. 58 Rozporządzenia 2017/565, o ile została utrwalona na trwałym nośniku.

¹ Wymogi określone w komunikacie mają zastosowanie także do banków, o których mowa w art. 70 ust. 2 Ustawy o obrocie. Do banków powierniczych mają zastosowanie wymogi w zakresie art. 13 Ustawy o obrocie. Bank powierniczy nie jest firmą inwestycyjną i konsekwentnie nie mają do niego zastosowania obowiązki określone w art. 58 Rozporządzenia 565.

² Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/565 z dnia 25 kwietnia 2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do wymogów organizacyjnych i warunków prowadzenia działalności przez firmy inwestycyjne („**Rozporządzenie 2017/565**”, „**Rozporządzenie**”)

³ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (t.j. Dz. U. 2021 poz. 328) („**Ustawa o obrocie**”)

⁴ Wskazanych w Sekcji B pkt 1 Załącznika I do dyrektywy 2004/65/UE

⁵ Zgodnie z art. 3 pkt 54 Ustawy o obrocie trwały nośnik to nośnik umożliwiający użytkownikowi przechowywanie adresowanych do niego informacji w sposób umożliwiający dostęp do nich przez okres odpowiedni do celów, którym te informacje służą, i pozwalający na odtworzenie przechowywanych informacji w niezminionej postaci.

Wymóg formy pisemnej jest także spełniony w przypadku zawarcia umowy z wykorzystaniem profilu zaufanego, opatrzonej podpisem zaufanym⁶. Również w tym przypadku umowa musi zostać utrwalona na trwałym nośniku.

Ponadto oświadczenie woli składane w postaci elektronicznej może być równoważne formie pisemnej, o ile wcześniej strony przewidziały taką formę czynności prawnej zawierając tzw. *pactum de forma* (art. 13 ust. 1 Ustawy o obrocie). Możliwość ta (tj. *pactum de forma*) ma zastosowanie zarówno do umów zawieranych z klientami detalicznymi jak i profesjonalnymi.

Pactum de forma jest to umowa, w której strony porozumiewają się, że do zawarcia przyszłej umowy dojdzie poprzez złożenie oświadczeń woli w określonej, umówionej pomiędzy nimi formie (porozumienie się przyszłych kontrahentów co do formy, jaką posłużą się składając sobie oświadczenia woli).

Przepisy nie wymagają dochowania szczególnej formy dla tej umowy. Może ona zatem zostać zawarta w dowolnej formie, a na jej podstawie oświadczenia woli składane w formie umówionej np. w postaci elektronicznej, dotyczące obrotu instrumentami finansowymi, będą równoważne oświadczeniom składanym w formie pisemnej, nawet wówczas, gdy forma pisemna została zastrzeżona pod rygorem nieważności. Umowa przewidująca możliwość składania oświadczeń w postaci elektronicznej powinna zostać zawarta przed zawarciem umowy o świadczenie usług maklerskich.

Uzgodnienie między firmą inwestycyjną, a klientem samego sposobu zawarcia w przyszłości umowy w postaci elektronicznej, stanowi czynność prawną, o której mowa w art. 76 kodeksu cywilnego, ale swoistego rodzaju. Łącznie z przepisami prawnymi – „współkonstruuje przyszłą czynność prawną, określając, jakim wymaganiom ma ona pod względem formy odpowiadać⁷”.

Konsekwentnie, zawarcie pomiędzy firmą inwestycyjną a klientem *pactum de forma* uprawnia firmę inwestycyjną do posłużenia się w kontaktach z klientem elektronicznymi środkami komunikacji, umożliwiającymi przekazywanie treści oświadczeń w postaci elektronicznej. Wybór środka komunikacji elektronicznej nie jest nieograniczony, gdyż niezbędne jest zapewnienie możliwości identyfikacji tożsamości osoby, która dane oświadczenie składa, tak by jej tożsamość nie budziła wątpliwości.

Wykorzystanie możliwości składania oświadczenia woli w postaci elektronicznej musi uwzględniać techniczne ograniczenia możliwości przekazywania rozbudowanej treści przy posługiwaniu się danego rodzaju środkiem komunikacji elektronicznej, co jest szczególnie istotne w przypadku komunikacji z klientem detalicznym.

⁶ art. 20ae ust. 2 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2020 r. poz. 346, ze zm.

⁷ – por. Z. Radwański (red.), Prawo cywilne. System prawa prywatnego, t. 2, Warszawa 2009 r., s. 144).