OCENA WYBRANEGO ZAKRESU IMPLEMENTACJI PSD2 W POLSCE I KIERUNKI ZMIAN

Sygn. PAB/WIB 14/2023

Raport przygotowany na zlecenie
Programu Analityczno-Badawczego
Fundacji Warszawski Instytut Bankowości

PROGRAM ANALITYCZNO BADAWCZY

O raporcie

Raport **Ocena wybranego zakresu implementacji PSD2 w Polsce i kierunki zmian** został opracowany na zlecenie Programu Analityczno-Badawczego Fundacji Warszawski Instytut Bankowości

Autorzy

Raport został opracowany przez zespół w składzie:


Fot. Arch. prywatne

Dr Dominik Sadłakowski – ekspert branży FinTech, specjalizujący się w obszarze usług płatniczych i bankowości elektronicznej. Manager łączący podejście naukowo-badawcze z biznesowym i technologicznym. Zarządzał licznymi projektami w obszarze innowacji technologicznych w sektorze bankowym i branży płatniczej. Doświadczony badacz branży FinTech w stopniu doktora nauk ekonomicznych (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), prowadził badania i doradzał podmiotom z sektora finansowego, firmom technologicznym oraz jednostkom badawczym. Autor licznych publikacji naukowych z zakresu innowacji FinTech, otwartej bankowości i systemu płatniczego. Zawodowo związany ze Związkiem Banków Polskich jako Doradca Zarządu ZBP oraz z Centrum Gospodarki i Finansów Cyfrowych UMK, gdzie kieruje zespołem badawczym ds. Bankowości Cyfrowej.


Fot. Arch. prywatne

Dr Mateusz Blocher – Senior Associate; adwokat. Z kancelarią SK&S współpracuje od 2009 r. Specjalizuje się w prawie bankowym publicznym i prywatnym, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki usług płatniczych i AML/CFT. Zajmuje się doradztwem dla banków i innych instytucji sektora finansowego w zakresie przede wszystkim regulacyjnym. Prowadził wiele procesów wdrożeniowych, w tym z zakresu PSD2, PAD, EMD2, CCD oraz AMLD 3, 4 oraz 5. Doradza w procesach zapewniania zgodności (compliance). Regularnie wspiera sektor bankowy w przygotowaniach do wdrażania różnych rozwiązań prawa europejskiego w obszarze regulacji rynku finansowego. Jest autorem ogólnopolskich publikacji naukowych dotyczących zmian regulacyjnych w bankowości. Certyfikowany Oficer ds. AML; doktor prawa cywilnego (Uniwersytet Warszawski). Indywidualnie rekomendowany w rankingu Chambers FinTech.


Fot. Arch. prywatne

Dr Wojciech Iwański – Partner, adwokat. Z kancelarią SK&S współpracuje od 2006 r. Specjalizuje się w regulacji usług finansowych, przede wszystkim bankowych i płatniczych. Zajmuje się zagadnieniami dotyczącymi podejmowania i prowadzenia działalności przez polskie i zagraniczne podmioty w sektorze usług bankowych, płatniczych oraz maklerskich. Uczestniczył w wielu projektach outsourcingu regulowanego oraz wdrażania nowych technologii w bankowości i usługach płatniczych, w tym korzystania z cloud computing, innowacyjnych płatności oraz wirtualnych walut. Od 2020 r. indywidualnie rekomendowany w rankingu Chambers FinTech (Band 1), Chambers Europe Banking & Finance: Regulatory (Band 3) oraz Legal500 (Recommended Lawyer).


Fot. Arch. prywatne

Marta Stanisławska – Counsel w praktyce finansowań i regulacji finansowych kancelarii Bird & Bird, radca prawny. Specjalizuje się w obsłudze prawnej instytucji finansowych w zakresie corporate governance, jak i oferowanych produktów i usług. Wspiera podmioty z sektora finansowego w dostosowaniu ich działalności do zmieniających się wymogów regulacyjnych. W szczególności doradza bankom i innym podmiotom sektora finansowego w zakresie wdrożenia wymogów PSD2, AMLD i MiFID2 oraz wymogów dotyczących outsourcingu bankowego i outsourcingu płatniczego. Doradza w projekcie PolishAPI. Wspiera także zagraniczne instytucje sektora finansowego w rozpoczęciu działalności w Polsce. Posiada szerokie doświadczenie w obsłudze instytucji finansowych w sporach sądowych zarówno przed sądami powszechnymi, jak i w postępowaniach arbitrażowych.

O programie

Program Analityczno-Badawczy przy Fundacji WIB powstał w 2019 roku jako odpowiedź na potrzeby sektora bankowego w zakresie analizy zjawisk, tworzenia opracowań i porządkowania wiedzy w obszarach cyberbezpieczeństwa i nowych technologii, a także szeroko rozumianego otoczenia sektora bankowego, kształtującego warunki działania banków w Polsce. Prace analityczno-badawcze w ramach programu realizowane są pod kątem możliwości praktycznego wykorzystania ich wyników w celu rozwoju sektora bankowego, podnoszenia poziomu bezpieczeństwa usług oraz kreowania wartości dla klientów bankowości. PAB WIB kładzie duży nacisk na rozwój współpracy ze środowiskami akademickimi i eksperckimi, poszukując synergii w zakresie zainteresowań badawczych autorów oraz potrzeb rozwojowych sektora bankowego.

W ramach programu realizowane są analizy i badania w następujących obszarach:

- **Nowe technologie w sektorze bankowym, cyberbezpieczeństwo banków i systemy płatnicze**
- **Ekonomiczna analiza rozwoju sektora bankowego, stabilności banków, otoczenia makroekonomicznego**
- **Prawno-regulacyjne i legislacyjne uwarunkowania działalności sektora bankowego oraz wyzwania wynikające z orzecznictwa sądów krajowych i europejskich**
- **ESG i sustainable finance**
- **Prace analityczno-badawcze w zakresie poszczególnych obszarów funkcjonowania banków oraz w zakresie funkcjonowania wskaźników referencyjnych**

Więcej na temat działalności programu na stronie www.pabwib.pl

Kontakt

dr Andrzej Banasiak
Koordynator Programu
m: 696 405 104
e: abanasiak@wib.org.pl

Agnieszka Nierodka
m: 607 484 391
e: anierodka@wib.org.pl

dr Tomasz Pawlonka
m: 505 917 778
e: tpawlonka@wib.org.pl

Warszawski Instytut Bankowości
00-380 Warszawa, ul. Kruczkowskiego 8
t: (22) 182 31 70
www.pabwib.pl

Spis treści

PROGRAM ANALITYCZNO BADAWCZY

Wprowadzenie

Druga dyrektywa w sprawie usług płatniczych (**PSD2**)[1] weszła w życie 12 stycznia 2016 r. Prawodawca europejski przewidział jednak dodatkowy okres dostosowawczy. Państwa członkowskie zostały zobowiązane do przyjęcia i stosowania środków niezbędnych do wykonania tej dyrektywy najpóźniej od dnia **13 stycznia 2018 r.** Od tej ogólnej zasady w niewielkim zakresie przewidziano wyjątki, a państwa członkowskie zostały zobowiązane zapewnić stosowanie niektórych przepisów maksymalnie do 18 miesięcy od daty wejścia w życie regulacyjnych standardów technicznych wydanych na podstawie PSD2.

Jeżeli chodzi o infrastrukturę prawną usług płatniczych, to PSD2 stanowiła absolutny przełom w stosunku do stanu pierwotnie ukształtowanego przez pierwszą dyrektywę w sprawie usług płatniczych z 2007 r. (**PSD1**)[2]. Nie tylko dokonano głębokich przeobrażeń w podstawowych zasadach świadczenia usług płatniczych (takich jak zakres i sposób realizacji obowiązków informacyjnych, zasady wykonywania transakcji płatniczych, odpowiedzialność, czy dopuszczalność i wysokość określonych opłat), ale także całościowo, od podstaw uregulowano obszar tzw. otwartej bankowości (ang. *open banking*), w tym zasady świadczenia zupełnie nowych usług płatniczych: dostępu do informacji o rachunku (ang. *account information service*; **AIS**) oraz inicjowania transakcji płatniczej (ang. *payment initation service*; **PIS**).

Po niełatwym procesie legislacyjnym – w ramach procesu konsultacji publicznych i opiniowania zgłoszono (formalnie) ponad 250 uwag – PSD2 została wdrożona do polskiego porządku prawnego. Transpozycja została dokonana w drodze *ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o zmianie ustawy o usługach płatniczych oraz niektórych innych ustaw*. Ustawa zmieniająca wprowadziła liczne zmiany w ustawie z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (**UUP**). Nawiasem warto wspomnieć, że nie wszystkie zmiany związane z transpozycją PSD2 zostały wprowadzone ww. ustawą zmieniającą. Przykładowo, szczególne zasady związane z rozpatrywaniem zgłoszeń dotyczących transakcji wykonanych z użyciem nieprawidłowego unikatowego identyfikatora zostały dodane w drodze ustawy z dnia 22 marca 2018 r. o zmianie ustawy o usługach płatniczych (potocznie zwaną w branży „ustawą prezydencką"). Nowelizacja UUP związana z wdrożeniem nowej dyrektywy weszła w życie co do zasady w dniu **20 czerwca 2018 r.** W praktyce jednak wiele przepisów zostało objętych dodatkowymi okresami przejściowymi.

1 *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniająca dyrektywy 2002/65/WE, 2009/110/WE, 2013/36/UE i rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 oraz uchylająca dyrektywę 2007/64/WE, Dz.U.UE.L.2015.337.35 z dnia 23 grudnia 2015 r.,* Komisja Europejska 2015.

2 *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/64/WE z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniająca dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylająca dyrektywę 97/5/WE, Dz.U.UE.L.2007.319.1 z dnia 5 grudnia 2007 r,* Komisja Europejska 2007.

PROGRAM ANALITYCZNO BADAWCZY

Sposób implementacji i skutki

Proces wprowadzenia dyrektywy do porządku krajowego państwa członkowskiego określany jest implementacją. W tym miejscu należy jednak zasygnalizować, że choć pojęcia „transpozycji" i „implementacji" często stosowane są zamiennie, to w gruncie rzeczy mają częściowo różne znaczenie. **Transpozycja** dyrektyw to całokształt działań prawodawczych, które podejmuje określone państwo członkowskie w celu przyjęcia (recepcji) przepisów prawa pochodnego UE do krajowego porządku prawnego. **Implementacja** jest pojęciem szerszym i oznacza nie tylko przyjęcie przepisów prawa europejskiego (transpozycję), ale także zapewnienie właściwego stosowania transponowanych przepisów przez organy administracji i sądy[3]. W celu uproszczenia wywodu, w ramach niniejszego opracowania pojęcia te będą stosowane jednak czasem zamiennie

Co do zasady każde państwo członkowskie dysponuje swobodą w zakresie wyboru środków dokonania implementacji – zgodnie z krajowym prawem określającym proces prawodawczy, dotychczasową praktyką i zastaną strukturą regulacji. Co jednak istotne, dokonanie prawidłowej implementacji jest kluczowe dla rozliczenia państwa członkowskiego z realizacji nałożonych na nie obowiązków. Dyrektywy wiążą państwa członkowskie w zakresie skutków – celu, który powinien być osiągnięty przez przyjęcie i stosowanie przepisów lokalnych pozwalających na wykonanie dyrektywy. Weryfikowana jest przy tym nie tylko „treść" samej transpozycji, ale także poprawność stosowania prawa krajowego przez organy i sądy krajowe.

Z uwagi na daleko idące trudności praktyczne, które wiążą się z prawidłową implementacją dyrektywy harmonizacji pełnej, zdarza się, że prawodawca europejski decyduje się na przyjęcie środka jeszcze dalej idącego (ale i prostszego do realizacji) – rozporządzenia, które nie wymaga implementacji do porządków krajowych. Wszystko wskazuje na to, że w przyszłości, aby osiągnąć dalszą integrację europejskiego rynku płatności, taka sytuacja dotknie także regulację usług płatniczych. Środek dyrektywy zostanie natomiast utrzymany dla obszaru licencjonowania i nadzoru nad instytucjami płatniczymi[4].

3 J. Maśnicki, *Metody transpozycji dyrektyw*, Europejski Przegląd Sądowy 2017, nr 8, s. 4.

4 Zob. *Directive of The European Parliament and of The Council on payment services and electronic money services in the Internal Market amending Directive 98/26/EC, and repealing Directives 2015/2366/EU and 2009/110/EC, Komisja Europejska 2023; Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on payment services in the internal market and amending Regulation (EU) No 1093/2010*, Komisja Europejska 2023.

PROGRAM ANALITYCZNO BADAWCZY

PSD2 jako dyrektywa harmonizacji pełnej

PSD2 została ukształtowana przez prawodawcę europejskiego jako **dyrektywa harmonizacji pełnej** (zupełnej, maksymalnej, całościowej, totalnej). Zgodnie z art. 107 PSD2, z zastrzeżeniem wyraźnie przewidzianych odstępstw – opcji narodowych – państwa członkowskie **nie mogą** utrzymywać ani ustanawiać, w zakresie w jakim dyrektywa PSD2 zawiera zharmonizowane przepisy, przepisów innych niż te ustanowione przez prawodawcę w tej dyrektywie.

Jednocześnie państwa członkowskie zostały zobowiązane, aby zapewnić, że dostawcy usług płatniczych nie będą stosować, ze szkodą dla użytkowników usług płatniczych, odstępstw od przepisów prawa krajowego transponujących PSD2, chyba że taka możliwość została wyraźnie przewidziana w dyrektywie.

Metoda harmonizacji pełnej jest instrumentem zapewniającym bardzo daleko idące ujednolicenie standardów normatywnych w Unii. Może zastanawiać, dlaczego prawodawca europejski zdecydował się na przyjęcie w ramach PSD2 takiego właśnie modelu. Odpowiedź wydaje się prosta. Problematyka usług płatniczych jest ściśle związana z efektywnym funkcjonowaniem rynku wewnętrznego Unii na wielu płaszczyznach, w tym m.in. swobody przepływu towarów i usług. Utrzymywanie się odmienności w regułach świadczenia usług płatniczych w poszczególnych państwach członkowskich, w dłuższej perspektywie, byłoby w związku z tym niepożądane. Konieczne było zatem zastosowanie takiego mechanizmu, który pozwoliłby na niemal pełną integrację porządków prawnych państw członkowskich.

Mechanizm harmonizacji pełnej czyni z dyrektywy (w ujęciu skutków praktycznych) *de facto* rozporządzenie, ponieważ – choć dyrektywa wciąż wymaga implementacji do krajowych porządków prawnych – to państwom członkowskim w zasadzie nie pozostawia się żadnej swobody co do sposobu implementacji. Dyrektywy pełne w bardzo dalekim stopniu ograniczają swobodę implementacyjną państw członkowskich. Prawodawca krajowy nie może przyjąć bowiem żadnych rozwiązań odbiegających od tych, które są objęte określoną dyrektywą, chyba że dyrektywa wyraźnie stanowi inaczej i dopuszcza takie odstępstwa.

Transpozycja dyrektywy ukształtowanej w modelu harmonizacji pełnej sprowadza się zatem (w pewnym uproszczeniu) do przetłumaczenia dyrektywy na język danego kraju i uchwalenia jej w postaci ustawy[5]. Taka metoda bywa określana mianem transpozycji dosłownej (*copy out*). W nauce prawa wskazuje się, że „stopień ingerencji dyrektywy pełnej w prawo krajowe jest tak duży, że następuje tu praktyczne ograniczenie swobody prawodawców krajowych w wyborze formy i środków jej wdrożenia do prawa krajowego" oraz że „instrumenty harmonizacji pełnej niejako wypierają koncepcję ustawodawcy krajowego poprzez uregulowanie danej materii w sposób wyczerpujący (teoria zajętego pola; ang. *pre-emption*)[6].

Zadanie, które stawia prawodawcy krajowemu dyrektywa harmonizacji pełnej jest w teorii dosyć proste. Powinien on dokładnie ustalić zakres normatywny, który reguluje dyrektywa, a następnie dokonać wiernego przełożenia norm wyrażonych w dyrektywie do przepisów krajowych. Pewnym wyzwaniem pozostaje tutaj jednak pogodzenie regulacji europejskich z zakorzenionymi w kulturze prawnej danego państwa członkowskiego konstrukcjami, koncepcjami czy zwyczajami prawnymi. Choć zatem faktycznie, jak wskazano wyżej, transpozycja dyrektywy harmonizacji pełnej często sprowadzać się będzie (i powinna) do wiernego powtórzenia przepisu europejskiego w prawie krajowym (tzw. metoda *copy out*), to nie zawsze tak będzie (i być powinno). Niekiedy ingerencja semantyczna czy konstrukcyjna jest konieczna, aby odpowiednio zakorzenić nowe przepisy w zastanym systemie prawnym danego państwa (model ten określany jest niekiedy jako „faktyczne wdrożenie" dyrektywy lub „przerobienie"; *elaboration*)7. Takie przypadki powinny stanowić jednak wyjątek, a przyjmowane w ten sposób przepisy powinny być tworzone ostrożnie i z zamiarem zapewnienia jak najdalej idącej zgodności z prawem europejskim.

5 Zob. K. Osajda, E. Łętowska [w:] K. Osajda (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna*. Warszawa 2020, t. 5, s. 52. Więcej o harmonizacji pełnej zob. w: M. Stürner, *Vollharmonisierung im europäischen Verbraucherrecht*, Frankfurt 2010; J. Smits, *Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Right*. European Review of Private Law 2010, t. 18, s. 5. Z polskiej literatury: A. Kunkiel-Kryńska, *Implementacja dyrektyw opartych na zasadzie harmonizacji pełnej na przykładzie dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych*, Monitor Prawniczy 2007, nr. 18, s. 989–994; M. Mazurek, *Wpływ maksymalnych dyrektyw konsumenckich na funkcjonowanie skodyfikowanego systemu prawa cywilnego*, Transformacja Prawa Prywatnego 2008, nr. 2, s. 23–48.

6 A. Kunkiel-Kryńska, op. cit.

7 Por. szerzej J. Maśnicki, *Metody transpozycji dyrektyw*, op.cit.

PROGRAM ANALITYCZNO BADAWCZY

Zakres i cel opracowania

Celem tego opracowania nie jest pełna i wyczerpująca ocena polskiej implementacji PSD2. Dokonano w niej selekcji pewnych obszarów zagadnień, które w ocenie autorów warto poddać analizie w kontekście zasad transpozycji i stosowania dyrektyw unijnych. Zagadnienia te zostały dobrane przekrojowo i dotyczą różnego przedmiotu regulacji usług płatniczych, począwszy od zakresu przedmiotowego ustawy, przez wyłączenia, a kończąc na szczegółowej regulacji niektórych usług płatniczych.

Ze względu na mnogość zagadnień, które stanowią przedmiot dyrektywy PSD2 oraz ich oddziaływanie na szerokie grono interesariuszy na rynku usług płatniczych, na etapie analizy przyjęto, aby osią doboru tych zagadnień był ich związek z działalnością dostawców bankowych na rynku polskim. Nie bez powodu w niniejszym opracowaniu większość miejsca poświęcono przepisom mającym bezpośredni wpływ na banki (czy instytucje kredytowe i ich oddziały), ale już niekoniecznie na niebankowych dostawców usług płatniczych.

Jeżeli chodzi zaś o cel tego opracowania, to jest nim ocena sposobu, w jaki polski prawodawca dokonał implementacji PSD2. Szczególną uwagę przyłożono tutaj do charakteru PSD2 jako dyrektywy harmonizacji pełnej. Okoliczność ta niejednokrotnie miała wpływ na konieczność sformułowania krytycznych wniosków pod adresem polskiego prawodawcy, który mimo braku takiej kompetencji, zdecydował się wprowadzić rozwiązania odbiegające od rozwiązań europejskich. Już w tym miejscu warto jednak zasygnalizować, że wiele przepisów zostało implementowanych w pełni – lub co do zasady – prawidłowo.

Nie jest natomiast celem tego opracowania dokonanie kompleksowej ewaluacji dyrektywy PSD2 jako takiej. Opracowanie to należy więc traktować nieco inaczej niż wiele powstających w ostatnim czasie publikacji, które ukierunkowane są na formułowanie postulatów *de lege ferenda* pod adresem prawodawcy europejskiego, a docelowo (wobec konieczności następczej implementacji przepisów unijnych) – także prawodawcy krajowego. Choć w niniejszym opracowaniu zdecydowano się sformułować uwagi odnośnie pożądanych zmian prawnych i potencjalnej rewizji PSD2, to jednak uwagi te wiążą się z oceną dokonanej przez ustawodawcę krajowego implementacji obecnej dyrektywy.

PROGRAM ANALITYCZNO BADAWCZY

1. Zasada niedyskryminacji

Dyrektywa PSD2 wprowadziła obowiązek zapewnienia niebankowym dostawcom usług płatniczych dostępu do rachunków płatniczych prowadzonych przez instytucje kredytowe. Jest to jedno z podstawowych założeń dla stymulowania rozwoju usług oferowanych przez dostawców niebankowych na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG). Zgodnie z art. 36 PSD2, państwa członkowskie zapewniają, by instytucje płatnicze miały dostęp do świadczonych przez instytucje kredytowe usług w zakresie rachunków płatniczych w oparciu o obiektywne, niedyskryminujące i proporcjonalne zasady. Taki dostęp powinien być wystarczająco szeroki, aby umożliwić instytucjom płatniczym świadczenie usług płatniczych w sposób wolny od przeszkód i efektywny. Przepis ten stanowi dalej, że instytucja kredytowa ma obowiązek przekazywać właściwemu organowi należycie umotywowane uzasadnienie każdej odmowy.

Celem omawianej regulacji było „wyrównanie szans" między bankowymi i niebankowymi dostawcami usług płatniczych. Dostawcy niebankowi (np. instytucje płatnicze) często nie posiadają dostępu do systemów rozrachunkowych lub systemów płatności funkcjonujących w państwach członkowskich. Taki dostęp przyznawany jest głównie dostawcom sektora bankowego – choć m.in. ze względu na koszty płynności nie wszystkie podmioty bankowe są bezpośrednimi uczestnikami tychże systemów. Przykładowo, zgodnie z zasadami uczestnictwa w systemie SORBNET2, podmiotami uprawnionymi do uczestnictwa w nim są – poza bankami centralnymi i Bankowym Funduszem Gwarancyjnym – banki inne niż NBP, podmiot zarządzający systemem zewnętrznym oraz Krajowa Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa[8]. Dostawcy niebankowi nie mogą uzyskać statusu uczestnika. Ponadto, dostawcy niebankowi zobowiązani są posiadać rachunki bankowe nie tylko jako przedsiębiorcy, ale także np. ze względu na obowiązujące zasady ochrony środków pieniężnych przyjętych od użytkowników (zob. np. art. 78 ust. 1 pkt 2 lit. a UUP). W efekcie, dostawcy niebankowi potencjalnie narażeni są na różne zachowania o charakterze dyskryminacyjnym, które bezpośrednio lub pośrednio mogłyby prowadzić do uniemożliwienia tym dostawcom świadczenia niektórych usług płatniczych. To z kolei mogłoby prowadzić do naruszenia zasad konkurencji na rynku usług płatniczych.

Instrumentem chroniącym przed takim ryzykiem dyskryminacyjnym ma być właśnie wprowadzenie normy publicznoprawnej, która nakazuje zapewnić niebankowym dostawcom usług płatniczych dostęp do rachunków prowadzonych przez instytucje kredytowe (banki). Zgodnie z motywem (39) PSD2, aby dostawcy usług płatniczych byli w stanie świadczyć usługi płatnicze, powinni bezwzględnie mieć możliwość otwierania i utrzymywania rachunków w instytucjach kredytowych. Państwa członkowskie powinny zapewnić, by dostępu do takich rachunków udzielano w sposób niedyskryminacyjny i współmierny do uzasadnionego celu, dla którego został udzielony. O ile zakres tego dostępu może być podstawowy, to powinien zawsze być wystarczająco rozległy, by instytucja płatnicza była w stanie świadczyć swoje usługi w niezakłócony i efektywny sposób.

Artykuł 36 PSD2 został transponowany w ramach art. 4 ust. 8 UUP. Zgodnie z tym przepisem, dostawcy, o których mowa w art. 4 ust. 2 pkt 1–3 UUP (tj. banki krajowe, oddziały banków zagranicznych, instytucje kredytowe oraz ich oddziały), zapewniają instytucjom płatniczym, instytucjom pieniądza elektronicznego, małym instytucjom płatniczym oraz biurom usług płatniczych, na ich żądanie, dostęp do świadczonych przez siebie usług w zakresie prowadzenia rachunków płatniczych na obiektywnych, niedyskryminujących i proporcjonalnych zasadach. Dostęp ten umożliwia świadczenie usług płatniczych przez te podmioty bez przeszkód i w sposób efektywny. Dostawcy ci mają obowiązek zawiadomić Komisję Nadzoru Finansowego (**KNF**) o odmowie dostępu tym podmiotom do świadczonych przez siebie usług w terminie 7 dni od dnia odmowy dostępu z podaniem przyczyn takiej odmowy.

Zarówno pod kątem zakresowym, jak i językowym, transpozycję należy ocenić pozytywnie. Po pierwsze, ochroną zostały objęte wszelkie kategorie niebankowych dostawców usług płatniczych, których działalność związana jest (lub może być) z wykonywaniem transakcji płatniczych. Ochrony tej nie przyznano dostawcom świadczącym wyłącznie usługę dostępu do informacji o rachunku (AISP). Taka ochrona nie wydaje się jednak absolutnie konieczna, jako że działalność tego typu dostawcy zakłada brak wchodzenia w posiadanie środków użytkownika[9].

8 *Informacja na temat podstawowych zasad uczestnictwa w systemie SORBNET2*, Departament Systemu Płatniczego NBP, Warszawa 2022.

9 Choć bywa to złudne, gdyż w praktyce w Polsce każdy przedsiębiorca jest zobowiązany posiadać rachunek płatniczy (por. np. art. 19 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców, który wprowadza obowiązek rozliczeń za pośrednictwem rachunku płatniczego dla wielu realizowanych płatności).

Po drugie, odpowiednio szeroko został także określony katalog podmiotów obowiązanych do zapewnienia dostępu do rachunku bankowego. Są to nie tylko banki krajowe, ale także „podmioty zagraniczne" (np. instytucje kredytowe, działające zarówno transgranicznie, jak i poprzez oddział). Obowiązkiem tym nie zostały jednak objęte spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe. Wydaje się, że nie było to konieczne z uwagi na cel omawianej tutaj regulacji. Zasadniczy ciężar dostępu do systemów płatności spoczywa bowiem na bankach (instytucjach kredytowych). Prawidłowo został także określony przedmiot obowiązku – jest to zapewnienie dostępu do usług w zakresie rachunków płatniczych prowadzonych przez dostawców bankowych. Polski prawodawca w ślad za prawodawcą europejskim określił także zasady, na jakich taki dostęp ma być zapewniony – mają one być obiektywne, niedyskryminujące i proporcjonalne. Sam zaś dostęp ma być na tyle szeroki, aby dostawcy niebankowi mogli świadczyć swoje usługi płatnicze bez przeszkód i w sposób efektywny. Polska regulacja zawiera także stosowny obowiązek o charakterze raportowym. Dostawca bankowy, który odmówi dostępu do świadczonych przez niego usług podmiotowi chronionemu, ma obowiązek w terminie 7 dni od dnia odmowy zawiadomić o tym KNF, wraz z podaniem przyczyny odmowy. Co więcej, obowiązek ten został w Polsce doprecyzowany w zakresie terminu jego realizacji, co należy ocenić pozytywnie.

Pewne wątpliwości rynkowe związane były (i częściowo nadal są) ze stosowaniem wydanego przez Urząd KNF w 2020 r. *Stanowiska dotyczącego stosowania kwestionariusza ankietowego przez banki wobec instytucji sektora usług płatniczych*[10]. Stanowisko to wyznacza zakres informacji, które banki powinny pozyskać od klienta będącego instytucją sektora usług płatniczych w celu zwiększenia bezpieczeństwa obsługiwanych transakcji i wypracowania podobnych praktyk przy zawieraniu przez banki relacji z instytucjami płatniczymi. W ocenie Urzędu KNF, rozwiązanie to ma służyć ograniczeniu ryzyka związanego z praniem pieniędzy oraz finansowaniem terroryzmu. W środowisku niebankowych dostawców usług płatniczych ww. stanowisko było poddane pewnej krytyce. Wskazywano m.in. na zbyt szeroki zakres informacji, które powinny podlegać badaniu w stosunku do takich dostawców. To z kolei mogłoby prowadzić do ryzyka nadużywania przez dostawców bankowych prawa do odmowy dostępu do usługi rachunku bankowego. We wrześniu 2022 r. Urząd KNF wystosował informację uzupełniającą do ww. stanowiska. W informacji tej Urząd wskazał, że „[w] większości przypadków, uzyskanie dodatkowych informacji od klienta, będącego niebankowym dostawcą usług płatniczych, choć obciąża procesy zakładania i prowadzenia rachunków, spotkało się ze zrozumieniem i akceptacją[11]". Z drugiej jednak strony, Urząd zwrócił uwagę, że „obok wielu pozytywnych skutków Stanowiska, zostały również zaobserwowane przypadki **zbyt restrykcyjnego** wykorzystywania przykładowego kwestionariusza i niedostosowania go do rodzaju i charakteru działalności klienta[12]". Pewne aspekty stosowania omawianej tu regulacji w praktyce mogą więc budzić kontrowersje. Jednak z perspektywy zasad dokonywania transpozycji prawa europejskiego polskie rozwiązanie należy ocenić pozytywnie.

Pewnym niepożądanym zjawiskiem na rynku bywa także nadużywanie omawianej tutaj zasady przez podmioty objęte ochroną niedyskryminacyjną. W szczególności można wskazać przypadki, gdzie niebankowi dostawcy usług płatniczych doszukują się takiej ochrony nie dla potrzeb świadczenia przez nich konkretnych usług płatniczych, a w celu budowy określonych modeli biznesowych[13]. Należy w szczególności zaznaczyć, że wprowadzenie przewidzianej tutaj ochrony dostawców niebankowych nie oznacza konieczności oferowania usług bankowych na nierynkowych zasadach, np. bez pobierania opłat[14].

Jeszcze inną kwestią pozostaje ewentualna potrzeba dalszych zmian obowiązującej już zasady niedyskryminacji. W szczególności pewne wątpliwości związane z omawianą tu zasadą powstają w praktyce obrotu. Obecny kształt przepisów sprzyja nadinterpretacjom – zarówno przez podmioty objęte ochroną, jak i przez podmioty sektora bankowego. Wynika to z posłużenia się przez prawodawcę kilkoma klauzulami generalnymi i pojęciami niedo-

10 *Stanowisko Urzędu KNF dotyczące stosowania kwestionariusza ankietowego przez banki wobec instytucji sektora usług płatniczych*, Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Warszawa 2020.

11 *Informacja uzupełniająca do Stanowiska UKNF z 2 czerwca 2020 r.*, Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Warszawa 2022.

12 Ibid.

13 Zob. M. Blocher, *Granice ochrony prawnej dostawców świadczących usługę inicjowania transakcji płatniczej*, Monitor Prawniczy – dodatek 2022, nr.15, s. 26–31.

14 Por. W. Iwański, [w:] K. Osajda (red. serii), J. Dybiński (red. tomu), *Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz*, Legalis 2022 r., wyd. 2, kom. do art. 4, nb 17.

określonymi (np. odniesienie do zasad „obiektywnych" czy „proporcjonalnych"[15]. Z jednej strony, takie rozwiązanie należy ocenić pozytywnie. Zapewnia ono elastyczność w stosowaniu prawa i pozwala zapewnić odpowiednią proporcjonalność nakładanych tutaj obowiązków względem celów, którym mają służyć. Z drugiej jednak strony, pozostawia uczestnikom obrotu dość dużą dowolność decyzyjną. Opublikowany pierwszy projekt pakietu regulacji PSR/PSD3 zakłada zmiany w tym obszarze. Nie tylko przewiduje się ograniczenie podstaw odmowy otwarcia rachunku (lub jego zamknięcia) i ujęcie ich w katalogu zamkniętym, ale także rozszerza się zakres przysługującej ochrony na agentów (w zakresie usług płatniczych) i dystrybutorów (w zakresie pieniądza elektronicznego) instytucji płatniczych oraz na podmioty dopiero ubiegające się o stosowne zezwolenia lub rejestracje na gruncie usług płatniczych. Wśród przyczyn odmowy dostępu do rachunku wymienia się zaś m.in. uzasadnioną obawę instytucji kredytowej co do uchybień w procesach AML/CFT po stronie ubiegającego się o otwarcie rachunku, naruszenie umowy, otrzymanie niedostatecznych informacji i dokumentów od podmiotu ubiegającego się o otwarcie rachunku lub nieproporcjonalnie wysokie koszty compliance, które związane byłyby z otwarciem lub dalszym prowadzeniem takiego rachunku przez instytucję kredytową[16].

Warto przy tym jednak zwrócić uwagę, że polska regulacja już w obecnym kształcie pozbawiona jest niektórych wad, na które wskazuje EBA na gruncie art. 36 PSD2[17]. EBA wskazuje chociażby, że PSD2 wymaga doprecyzowania odnośnie tego, co należy rozumieć przez „należycie umotywowane uzasadnienie" (ang. *duly justified reasons*) odmowy dostępu do rachunku płatniczego. Po drugie, EBA postuluje wprowadzenie terminu dla raportowania przez instytucje kredytowe do organu nadzoru przypadku odmowy dostępu do takich usług. Artykuł 4 ust. 8 UUP realizuje te postulaty. Zawiadomienie KNF dotyczy każdej odmowy dostępu do rachunku płatniczego, a obowiązek ten powinien być zrealizowany w maksymalnym terminie 7 dni. Dokonując zawiadomienia należy podać „przyczyny takiej odmowy", a nie – jak w przypadku PSD2 – należycie umotywowane uzasadnienie odmowy. Przychylić należy się jednak do sugestii EBA, aby w ramach omawianej regulacji doprecyzować katalog przypadków, które uzasadniają odmowę dostępu do bankowego rachunku płatniczego. Jak wskazano powyżej, w tym kierunku zmierzają zresztą prace nad PSR/PSD3. Wystarczające wydaje się jednak, aby taki katalog miał charakter otwarty. Rodzajowo określi on bowiem charakter podstaw, które należy brać pod uwagę stawiając granicę dla zapewnionej ochrony. Trafny jest także postulat EBA, aby na szczeblu unijnym (np. w drodze standardów technicznych) wypracować wspólne ramy wykonywania obowiązków raportowych na gruncie art. 36 PSD2[18]. Pakiet PSR/PSD3 przewiduje w tym zakresie dla EBA normę kompetencyjną do wydania regulacyjnych standardów technicznych.

15 Zob. *Opinion of the European Banking Authority on de-risking*, EBA/Op/2022/01, pkt 16), EBA 2022.

16 *Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on payment services (…)*, Komisja Europejska 2023, op. cit.

17 *Zob. Opinion of the European Banking Authority on its technical advice on the review of Directive (EU) 2015/2366 on payment services in the internal market (PSD2)*, EBA/Op/2022/06, pkt 36), 2022.

18 Ibid., pkt 422.

2. Zasada terytorialności i walutowości

Zasada terytorialności odnosi się do kwestii podlegania pod określony reżim prawny w zakresie świadczenia usług płatniczych. Przedmiotowy zakres zastosowania przepisów UUP określa art. 5 tej ustawy, wdrażający art. 2 PSD2. Generalną zasadą jest, że przepisy UUP mają zastosowanie do usług płatniczych świadczonych na terytorium Polski oraz w obrocie z państwami członkowskimi Unii Europejskiej i państwami należącymi do EOG. W ograniczonym zakresie przepisy UUP stosuje się do trzech innych wariantów świadczenia usług płatniczych: (i) transakcji płatniczych wykonywanych w walucie państwa EOG, gdy dostawca usług płatniczych płatnika i odbiorcy lub jedyny dostawca znajdują się na terytorium państwa EOG (art. 5 ust. 2 UUP), (ii) transakcji płatniczych wykonywanych w walucie państwa nienależącego do EOG, gdy dostawca usług płatniczych płatnika i odbiorcy lub jedyny dostawca znajdują się na terytorium państwa EOG (art. 5 ust. 3 UUP), a także (iii) transakcji płatniczych wykonywanych w dowolnej walucie, gdy tylko jeden z dostawców usług płatniczych znajduje się na terytorium państwa EOG (art. 5 ust. 3a UUP) – wówczas przepisy UUP stosuje się tylko do tej części transakcji płatniczej, która jest realizowana na terytorium państwa EOG (tzw. transakcje *one-leg*).

Zasadniczo, zakres zastosowania regulacji w zakresie usług płatniczych wynikający z art. 5 ust. 2–3b UUP precyzyjnie wdraża do polskiego systemu prawnego art. 2 ust. 2–4 PSD2, wskazując różny zakres zastosowania UUP do różnych rodzajów transakcji płatniczych wymienionych powyżej. W tym zakresie transpozycję dyrektywy należy ocenić pozytywnie. Zarzut wadliwej transpozycji można natomiast podnieść w stosunku do art. 5 ust. 3 UUP, który wymaga modyfikacji w odniesieniu do katalogu przepisów ustawy mających zastosowanie do transakcji płatniczych wykonywanych w walucie państwa nienależącego do EOG, gdy dostawca usług płatniczych płatnika i odbiorcy lub jedyny dostawca znajdują się na terytorium państwa EOG. Odrębnym zagadnieniem jest natomiast to, że zarówno na gruncie PSD2, jak i UUP konieczna jest – w ramach prac nad rewizją PSD2 – modyfikacja i doprecyzowanie zakresu zastosowania regulacji usług płatniczych do transakcji *one-leg*. Konieczne jest wskazanie metody określenia części transakcji płatniczej, która jest wykonywana na terytorium państwa EOG oraz zasad zastosowania wymogów SCA do takiej części transakcji.

Opublikowany pierwszy projekt pakietu regulacji PSR/PSD3 reguluje zasadę walutowości i terytorialności w art. 2 ust. 3–5 PSR[19]. Przepisy te co do zasady powielają rozwiązania zastosowane w PSD2 i wdrożone następnie w UUP – zachowany został podział na trzy kategorie transakcji płatniczych: transakcje w walucie państwa EOG, transakcje w walucie państwa spoza EOG oraz transakcje w dowolnej walucie, gdzie tylko jeden dostawca znajduje się na terytorium państwa EOG. W projekcie PSR nie znalazły się jednakże postanowienia wskazujące sposób wyróżnienia części transakcji płatniczej, która jest realizowana na terytorium państwa EOG.

2.1. Transakcje w walucie spoza EOG

W odniesieniu do transakcji płatniczych wykonywanych w walucie państwa nienależącego do EOG, gdy dostawca usług płatniczych płatnika i odbiorcy lub jedyny dostawca znajdują się na terytorium państwa EOG (art. 5 ust. 3 UUP), doprecyzowania wymaga katalog przepisów UUP, które w takim przypadku mają zastosowanie. Art. 2 ust. 3 PSD2 wśród przepisów mających w takiej sytuacji zastosowanie wymienia przepisy tytułu IV (z wyjątkiem art. 81–86 PSD2), w tym art. 89 określający zasady odpowiedzialności za niewykonane i nienależycie wykonane transakcje płatnicze. Natomiast art. 5 ust. 3 UUP nie wymienia przepisów UUP dotyczących zasad tej odpowiedzialności (dział IX) jako mających zastosowanie do tego typu transakcji płatniczych. Nie jest jasne z jakich względów polski ustawodawca zdecydował się na pominięcie tych przepisów w odniesieniu do transakcji płatniczych, o których mowa w art. 5 ust. 3 UUP, w szczególności, że przepisy działu IX mają zastosowanie do transakcji, o których mowa w art. 5 ust. 2 i z wyjątkami do transakcji, o których mowa w art. 5 ust. 3a UUP. Niezgodność UUP z PSD2 w tym zakresie należy ocenić krytycznie – polski ustawodawca powinien doprowadzić do pełnej zgodności art. 5 ust. 3 UUP z art. 2 ust. 3 PSD2 i wskazać przepisy działu IX jako mające zastosowanie do transakcji, o których mowa w art. 5 ust. 3 UUP.

2.2. Transakcje *one-leg*

W zakresie tzw. transakcji *one-leg*, czyli transakcji płatniczych wykonywanych w dowolnej walucie,

19 *Directive of The European Parliament and of The Council on payment services (…), op. cit.; Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on payment services (…)*, op. cit.

gdy tylko jeden z dostawców usług płatniczych znajduje się na terytorium Polski lub innego państwa EOG, przepisy UUP stosuje się jedynie do tej części danej transakcji, która jest realizowana na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa członkowskiego EOG.

Art. 5 ust. 3a UUP wskazujący zakres zastosowania przepisów UUP do tych transakcji stanowi dokładną transpozycję art. 2 ust. 4 PSD2. Wiele wątpliwości interpretacyjnych wzbudza natomiast kwestia wyodrębnienia tej części transakcji płatniczej, która jest realizowana na terytorium Polski lub innego państwa EOG. Nie jest w szczególności jasne jaka część transakcji jest realizowana w Polsce w przypadku transakcji wykonywanej przez dostawcę płatnika spoza terytorium EOG, który w celu wykonania transakcji na rzecz odbiorcy obsługiwanego przez dostawcę z terytorium Polski korzysta z usług polskiego banku-korespondenta. Kwestia ta nie jest dostatecznie uregulowana w przepisach PSD2, a w związku z tym winna zostać doprecyzowana w ramach rewizji PSD2, a następnie – jeżeli transpozycja przepisów dyrektywy będzie konieczna – zostać wdrożona do krajowego systemu prawnego w drodze nowelizacji UUP.

Uregulowania wymaga także kwestia zasad przeprowadzania SCA w odniesieniu do transakcji kartowych wykonywanych poza terytorium EOG przy użyciu karty płatniczej wydanej na terytorium EOG. Unormować należy czy dostawca płatnika – wydawca karty płatniczej – ma prawo, a jeżeli tak to na jakiej podstawie, wymagać od agenta rozliczeniowego działającego poza terytorium EOG lub innego dostawcy odbiorcy przyjmującego płatność kartą poza terytorium EOG, zastosowania SCA zgodnie z wymogami PSD2/UUP. Wątpliwości tej natury dotyczą zarówno brzmienia PSD2, jak i UUP, a zatem powinny być przedmiotem prac w ramach rewizji PSD2, jak i w toku prac legislacyjnych nad nowelizacją UUP.

Inną kwestią, która powinna zostać doprecyzowana w ramach rewizji PSD2, jest wskazanie czy, a jeżeli tak to w jakim zakresie wymogi regulacyjne wynikające z tej dyrektywy będą miały zastosowanie do podmiotów trzecich działających w imieniu dostawcy usług płatniczych z państwa EOG na terytorium państwa trzeciego, np. w odniesieniu do świadczenia usługi przekazu pieniężnego inicjowanego w państwie trzecim (w placówce podmiotu trzeciego realizującego przekazy pieniężne w imieniu dostawcy z państwa EOG) do odbiorcy w państwie EOG. W aktualnym stanie prawnym nie jest jasne, czy dostawca może wymagać od podmiotu trzeciego działającego w jego imieniu stosowania wymogów regulacyjnych wynikających z PSD2, w tym w szczególności w odniesieniu do uwierzytelniania użytkownika i autoryzacji transakcji.

3. Nowe i zmienione wyłączenia spod UUP

3.1. Zakres zmian wynikających z implementacji PSD2

W związku z koniecznością przeprowadzenia implementacji PSD2 do krajowego porządku prawnego istotnym modyfikacjom poddany został art. 6 UUP. Przepis ten określa zamknięty katalog wyłączeń spod regulacji usług płatniczych. Wprowadzone zmiany obejmowały m.in.:

1. zmianę przesłanek dla stosowania tzw. wyłączenia agenta handlowego (art. 6 pkt 2 UUP);

2. doprecyzowanie tzw. wyłączenia dostawcy usług technicznych (art. 6 pkt 10 UUP);

3. kompleksowe przemodelowanie wyłączenia instrumentów ograniczonego zastosowania (art. 6 pkt 11 UUP);

4. kompleksowe przemodelowanie wyłączenia dla transakcji przeprowadzanych przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego (art. 6 pkt 12 UUP)[20];

5. zmianę przesłanek dla stosowania wyłączenia między podmiotami powiązanymi (art. 6 pkt 14 UUP); oraz

6. wprowadzenie drobnych korekt w zakresie wyłączenia dla usług wypłaty gotówki u tzw. niezależnych operatorów bankomatów (art. 6 pkt 15 UUP).

Część dokonanej transpozycji należy ocenić pozytywnie. Część pozostawia jednak duży niedosyt – o czym niżej.

3.1.1. Wyłączenie agenta handlowego

Zgodnie z art. 6 pkt 2 UUP, ustawy tej nie stosuje się do transakcji płatniczych między płatnikiem a odbiorcą, dokonywanych za pośrednictwem umocowanej osoby wykonującej czynności zmierzające do zawarcia przez płatnika i odbiorcę oznaczonej umowy lub zawierającej taką umowę, w imieniu lub na rzecz wyłącznie płatnika albo wyłącznie odbiorcy.

Przepis ten implementuje art. 3 lit. b) PSD2, zgodnie z którym dyrektywa nie ma zastosowania do transakcji płatniczych od płatnika do odbiorcy za pośrednictwem agenta handlowego upoważnionego – na podstawie umowy – do prowadzenia negocjacji lub zawierania transakcji sprzedaży lub zakupu towarów lub usług w imieniu wyłącznie płatnika lub wyłącznie odbiorcy.

Już pobieżna analiza przepisów pozwala zidentyfikować daleko idące różnice językowe między PSD2 a jej polską transpozycją. Różnice te przedstawiono w tabeli 1.

Po pierwsze, nie jest jasne, dlaczego UUP w ogóle nie posługuje się pojęciem „agenta handlowego" (ang. *commercial agent*), podczas gdy pojęciem tym wyraźnie operuje prawodawca europejski (por. art. 3 lit. b oraz motyw 11 PSD2). Z jednej strony takie rozwiązanie należy ocenić pozytywnie. Pojęcie „agenta handlowego" zasadniczo obce jest prawu polskiemu. Pojęcie to mylnie mogłoby być utożsamiane z „agentem" w rozumieniu przepisów o umowie agencyjnej (art. 758–764 KC) – co jednak nie było celem prawodawcy europejskiego. Bardziej intuicyjne wydaje się obecne brzmienie UUP, które ogólnie odnosi się do „umocowanej osoby". Biorąc jednak pod uwagę, że mowa tutaj o regulacji wyjątków od pewnej zasady oraz zważywszy, iż PSD2 jest dyrektywą harmonizacji zupełnej (art. 107 PSD2), wszelkie językowe odstępstwa od przepisów europejskich należy mimo wszystko ocenić krytycznie – przynajmniej tak dalece, jak odstępstwa te nie są absolutnie konieczne do zapewnienia prawidłowej implementacji. Odstępstwa w warstwie semantycznej mogą w szczególności prowadzić do zaburzenia zasady, w myśl której PSD2 i wyłączenia od niej powinny być jednolicie stosowane we wszystkich państwach członkowskich.

Po drugie, nie jest jasne, dlaczego UUP ogólnie odnosi się do „umocowania" pośrednika, podczas gdy PSD2 wyraźnie wskazuje, że upoważnienie to ma wynikać „z umowy". Wydaje się jednak, że polska regulacja prawidłowo uwzględnia dorobek polskiego prawa prywatnego, gdzie stosowne „umocowanie" wynika z reguły ze stosunku pełnomocnictwa, a nie umowy jako takiej (choć konstrukcja przedstawicielstwa opartego na „umowie pełnomocnictwa", a nie na czynności jednostronnej, również budzi pewne spory w doktrynie prawniczej)[21]. Wskazana rozbież-

20 Ze względu na specyfikę tego wyłączenia i stosunkowo niewielki praktyczny związek z sektorem bankowym, wyłączenie to nie jest omawiane w ramach niniejszego opracowania.

21 Por. art. 734 §2 KC w zakresie umowy zlecenia, zgodnie z którym w braku odmiennej umowy zlecenie obejmuje umocowanie do wykonania czynności w imieniu dającego zlecenie.

Tabela 1. Porównanie różnic między PSD2 a UUP w zakresie przepisów dotyczących wyłączenia agenta handlowego

PSD2	UUP
transakcji płatniczych **od** płatnika **do** odbiorcy	transakcji płatniczych **między** płatnikiem a odbiorcą
za pośrednictwem **agenta handlowego** upoważnionego – **na podstawie umowy** -	dokonywanych za pośrednictwem **umocowanej osoby**
do prowadzenia negocjacji lub zawierania transakcji **sprzedaży lub zakupu towarów lub usług**	wykonującej czynności zmierzające do zawarcia przez płatnika i odbiorcę **oznaczonej umowy** lub zawierającej taką umowę
w imieniu wyłącznie płatnika **lub** wyłącznie odbiorcy	w imieniu lub na rzecz wyłącznie płatnika **albo** wyłącznie odbiorcy

Źródło: opracowanie własne.

ność nie powoduje jednak większych problemów interpretacyjnych i raczej nie wpływa niekorzystnie na jednolite stosowanie omawianego tu wyłączenia na rynku europejskim. Często zresztą takie „umocowanie" faktycznie będzie wynikać z zawarcia przez strony określonej umowy (np. umowy zlecenia, umowy agencyjnej, umowy współpracy, innej umowy o świadczenie usług etc.).

Po trzecie, daleko idące różnice widać co do oczekiwanego zakresu działań pośrednika. O ile PSD2 wskazuje na prowadzenie negocjacji lub zawieranie transakcji **sprzedaży lub zakupu towarów lub usług**, o tyle UUP odnosi się – zdecydowanie szerzej – do wykonywania czynności zmierzających do zawarcia **oznaczonej umowy** lub zawierania takiej umowy. Nie budzi raczej wątpliwości, że omawiany wyjątek na gruncie PSD2 ogranicza się do umów o charakterze sprzedażowym i usługowym. W przypadku polskiego porządku prawnego chodziłoby zapewne o umowę sprzedaży w rozumieniu art. 535 KC (względnie o inne umowy zbliżone gospodarczo, np. umowę zamiany w rozumieniu art. 603 KC), umowę zlecenia (art. 734 KC) albo o umowę o świadczenie usług (art. 750 KC). Tymczasem – w sposób nieuzasadniony – polski prawodawca pozostawił ten obszar na gruncie art. 6 pkt 2 UUP niedookreślonym. Oznacza to w praktyce, że na gruncie krajowej regulacji wyłączenie to może mieć zastosowanie do pośrednictwa we wszelkiego typu umowach (np. do umowy pożyczki; w myśl zasady *lege non distinguente*). Taki stan rzeczy należy ocenić jako niepożądany. Prawodawca europejski krytycznie odniósł się do sytuacji, gdzie państwa członkowskie stosują omawiane wyłączenie w dalece zróżnicowany sposób. Taka praktyka może prowadzić do zakłócenia konkurencji na rynku płatności (motyw 11 PSD2). Należy jednak zaznaczyć, że pewne zmiany w tym zakresie przewiduje procedowany obecnie projekt ustawy z dnia 13 lipca 2023 r. o zmianie niektórych ustaw w związku z zapewnieniem rozwoju rynku finansowego oraz ochrony inwestorów na tym rynku22. Zgodnie z art. 23 pkt 4) lit. b) tej ustawy, przewiduje się zastąpienie w art. 6 pkt 2 UUP odniesienia do „oznaczonej umowy" odniesieniem do „umowy sprzedaży lub umowy o odpłatne świadczenie usług". Zmiana ta – jeżeli zostanie w tym kształcie przyjęta – zniweluje przynajmniej cześć omówionych wyżej nieprawidłowości transpozycyjnych.

Pozytywnie natomiast należy ocenić to, w jaki sposób polska regulacja odnosi się do relacji pośrednika z mocodawcą. Zmianom wprowadzanym w ramach PSD2 przyświecał jasny cel, tj. aby umocowany pośrednik (agent handlowy) działał na rzecz tylko jednej ze stron transakcji – albo płatnika albo odbiorcy (por. motyw 11 PSD2, w szczególności w angielskiej wersji językowej). Postulat ten nie do końca został jednak odzwierciedlony w treści samego przepisu dyrektywy, przynajmniej w polskiej wersji językowej. Dyrektywa PSD2 posługuje się bowiem w tym zakresie alternatywą nierozłączną (lub), a nie alternatywą wykluczającą (albo). Błąd ten został zniwelowany na gruncie regulacji krajowej.

Niezależnie od oceny jakości dokonanej transpozycji należy zasygnalizować, że stosowanie omawiane-

22 Druk sejmowy nr 3381, Sejm RP IX kadencji, 12 czerwca 2023 r.

go tu wyłączenia często budzi wątpliwości praktyczne (w szczególności w ramach handlu elektronicznego – *e-commerce*). Nie jest to jednak wniosek zaskakujący – problemy interpretacyjne na gruncie stosowania wyjątków od ogólnych zasad należą do zjawisk typowych. Prawidłowo zatem EBA postuluje, aby na gruncie przepisów europejskich tzw. wyłączenie agenta handlowego zostało dalej doprecyzowane, w tym pod kątem (i) uwzględnienia krajowych konstrukcji dla umów agencyjnych, (ii) przesądzenia czy element „sprzedaży" jest kluczowy dla korzystania z omawianego wyłączenia oraz czy (iii) wyłączenie to może być stosowane do podmiotu (pośrednika) jedynie dostarczającego towar do odbiorcy23. Kierunek zmian przewidziany we wstępnym projekcie pakietu PSR/PSD3 jedynie częściowo wydaje się odpowiadać postulatom EBA. Niewątpliwie jednak szykuje się zasadnicza reforma zasad stosowania omawianego tutaj wyłączenia. Do najważniejszych zmian należą zdefiniowanie agenta handlowego (ang. *commercial agent*) przez odesłanie do definicji zawartej w art. 1 ust. 2 dyrektywy Rady z dnia 18 grudnia 1986 r. w sprawie koordynacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do przedstawicieli handlowych działających na własny rachunek (86/653/EWG) oraz wprowadzenie wymogu, aby agent posiadał realną swobodę negocjowania umowy z odpowiednio odbiorcą lub płatnikiem.

3.1.2. Wyłączenie dostawcy usług technicznych

Zgodnie z art. 6 pkt 10 UUP, ustawy tej nie stosuje się do usług świadczonych przez dostawców usług technicznych, wspierających świadczenie usług płatniczych, jeżeli nie wchodzą oni w posiadanie środków pieniężnych będących przedmiotem transakcji płatniczej, w szczególności usług przetwarzania i przechowywania danych, usług powierniczych i ochrony prywatności, usług przekazywania między płatnikiem a odbiorcą informacji o transakcji płatniczej, uwierzytelniania danych i podmiotów, dostarczania technologii informatycznych (IT) i sieci komunikacyjnych, dostarczania i utrzymania terminali i urządzeń wykorzystywanych do świadczenia usług płatniczych, z wyjątkiem usług inicjowania transakcji płatniczej i usług dostępu do informacji o rachunku. Przepis ten transponuje art. 3 lit. j) PSD2 i dotyczy tzw. wyłączenia dostawców usług technicznych (ang. *technical service providers*).

Zmiany jakie zaszły między regulacją PSD1 a PSD2 w tym zakresie mają charakter w zasadzie kosmetyczny. Kluczową różnicą jest wskazanie, że usługa inicjowania transakcji płatniczej (PIS) oraz usługa dostępu do informacji o rachunku (AIS) nie stanowią przykładów usług technicznych i – tym samym – nie korzystają z omawianego tu wyłączenia. Siłą rzeczy, odniesienia do tych usług brakowało w czasie obowiązywania PSD1, gdyż usługi te nie były wówczas poddane regulacji. Jeżeli zaś porównać polskie wersje językowe PSD1 i PSD2, to zauważyć można kilka dodatkowych zmian. Mają one jednak charakter czysto semantyczny i prawdopodobnie wynikają z korekty tłumaczenia. Nie mają jednak istotnego znaczenia dla wykładni.

Krajową transpozycję art. 3 lit. j) PSD2 należy ocenić co do zasady pozytywnie. Polska regulacja wiernie oddaje zakres przewidziany w przepisach europejskich. Choć można dostrzec pewne różnice w przyjętych konstrukcjach językowych, to zmiany te nie wydają się mieć istotnego wpływu na wykładnię norm.

Jedyną widoczną różnicą jest katalog przykładowych usług technicznych. Polska ustawa odnosi się m.in. do *„usług przekazywania między płatnikiem a odbiorcą informacji o transakcji płatniczej"*. Analogicznego przykładu brakuje w regulacji europejskiej. W ujęciu zasad dokonywania transpozycji stan ten należy ocenić krytycznie – brak jest bowiem pola dla polskiego prawodawcy, aby odstępował od wyraźnego brzmienia przepisów dyrektywy. W praktyce jednak przykład ten wydaje się trafiony – w istocie, tego typu usługa nie będzie stanowić usługi płatniczej i ma charakter czysto wspierający i techniczny dla usług płatniczych. Co więcej, mowa tutaj o katalogu usług technicznych, który ma charakter otwarty. Co za tym idzie, trudno byłoby wskazać na jakiekolwiek negatywne konsekwencje normatywne wynikające ze wskazanej tutaj różnicy. W świetle zasady pewności prawa trudno byłoby zatem postulować na tym etapie zmianę obecnego brzmienia art. 6 pkt 10 UUP tak, aby przykład tej usługi został usunięty z katalogu.

Jednocześnie, obserwacja rynku usług płatniczych nie wskazuje na to, aby wraz z rewizją PSD2 potrzebne były dalsze zmiany omawianego tutaj wyłączenia. Z zastrzeżeniem uregulowania kwestii odpowiedzialności dostawców usług technicznych za szkody spowodowane brakiem wsparcia w stosowaniu silnego uwierzytelniania użytkownika, pakiet PSR/PSD3 – przynajmniej według wstępnego pro-

23 *EBA/Op/2022/06*, pkt 36), op. cit.

jektu – nie przewiduje zresztą dalszego doprecyzowania zasad stosowania omawianego wyłączenia.

3.1.3. Wyłączenie tzw. instrumentów ograniczonego zastosowania

Względem pierwszej dyrektywy w sprawie usług płatniczych PSD2 wprowadziła daleko idące zmiany w zakresie instrumentów ograniczonego zastosowania. Zgodnie z motywem (13) PSD2, informacje pochodzące z rynku wskazują na to, iż płatności objęte omawianym tutaj wyłączeniem często dotyczą znaczących wolumenów i wartości płatności. W efekcie prawodawca europejski podjął decyzję o dalszym doprecyzowaniu warunków korzystania z tego wyłączenia. Efektem tej decyzji było wprowadzenie daleko idących zmian w art. 3 lit. k) PSD2.

W ślad za zmianami w prawie europejskim, prawodawca krajowy dokonując implementacji PSD2 również zdecydował się na daleko idące przemodelowanie art. 6 pkt 11 UUP. Polską transpozycję należy co do zasady ocenić pozytywnie. Pomiędzy art. 6 pkt 11 UUP i art. 3 lit. k) PSD2 występują nieznaczne różnice semantyczne, które nie mają większego wpływu na zasady wykładni norm (np. użyto słowa „placówka" zamiast „pomieszczenie", określenia „sieć podmiotów" zamiast „sieć dostawców usług" albo określenia „zawodowy wydawca" zamiast „profesjonalny wydawca").

Kluczowym problemem pozostaje odmienne określenie zakresu przesłanek, które należy spełnić celem skorzystania z omawianego wyłączenia. Zgodnie z art. 6 pkt 11 UUP, wyłączenie to dotyczy instrumentów płatniczych, które można wykorzystywać w **co najmniej** jeden ze wskazanych w tym przepisie wariantów. Tymczasem, zgodnie z art. 3 lit. k) PSD2, wyłączenie to dotyczy instrumentów, które spełniają **jeden** (a nie co najmniej jeden) ze wskazanych warunków. Choć rozbieżność ta może wydawać się z pozoru nieistotna, to taką w istocie nie jest. Prowadzi bowiem do odmiennej kwalifikacji instrumentów ograniczonego zastosowania. O ile polskie prawo wprost dopuszcza sytuację, gdzie jeden i ten sam instrument będzie korzystał z kilku wariantów tego wyłączenia (np. jako instrument ograniczonej sieci oraz, jednocześnie, jako instrument ograniczonego zastosowania z uwagi na zakres towarów i usług), o tyle z przepisów PSD2 wynika konieczność zapewnienia, że jeden i ten sam instrument nie będzie jednocześnie korzystać z różnych wariantów wyłączenia[24]. Rozbieżność ta wymaga korekty w polskim porządku prawnym.

Zupełnie inną kwestią pozostaje natomiast zdecydowany niedosyt, jeżeli chodzi o uregulowanie omawianego tu wyłączenia na poziomie europejskim. Wyłączenie instrumentów ograniczonego zastosowania jest jednym z bardzo często stosowanych w praktyce wyłączeń spod regulacji usług płatniczych. Wyłączenie to pozwala „wyjąć" spod regulacji wiele instrumentów powszechnie wykorzystywanych w obrocie gospodarczym, zarówno w handlu internetowym, jak i tradycyjnym. Jednocześnie, wyłączenie to posługuje się wieloma pojęciami niedookreślonymi, które utrudniają jednoznaczną kwalifikację określonego instrumentu płatniczego jako spełniającego lub niespełniającego wyznaczone kryteria wyłączenia. Do najbardziej kontrowersyjnych zagadnień można zaliczyć m.in. następujące:

(i) nie jest jasne, dlaczego prawodawca zawęził wyłączenie ograniczonej sieci akceptacji wyłącznie do placówek (pomieszczeń) danego wydawcy, co wyklucza zastosowanie tego wyłączenia do handlu internetowego[25];

(ii) nie jest jasne co dokładnie należy rozumieć pod pojęciem „profesjonalnego" („zawodowego") wydawcy instrumentu i czym powinien charakteryzować się podmiot nieregulowany, którego działalność gospodarcza związana jest z wydawaniem tego typu (nieregulowanych) instrumentów;

(iii) budzi daleko idące wątpliwości praktyczne w jaki sposób można zastosować omawiane tutaj wyłączenie ograniczonej sieci akceptacji w sieciach franczyzowych, gdzie wielu przedsiębiorców prowadzi działalność pod tą samą marką (w kontekście placówek samych „wydawców");

(iv) Nie jest jasne co konkretnie należy rozumieć przez „ograniczoną sieć podmiotów" związanych umową handlową bezpośrednio z zawodowym wydawcą instrumentów;

(v) podobnie, nie jest jasne co należy rozumieć przez „bardzo ograniczony" zakres towarów lub usług.

24 Por. *Guidelines on the limited network exclusion under PSD2*, EBA/GL/2022/02, pkt 1.11, EBA 2022.

25 Por. Ibid., pkt 3.1

Tabela 2. Porównanie różnic między PSD1 a PSD2 w zakresie przepisów dotyczących wyłączeń dla transakcji między podmiotami powiązanymi

PSD1	PSD2
payment transactions between a parent undertaking and its subsidiary or between subsidiaries of the same parent undertaking, without any intermediary intervention by a payment service provider other than an undertaking belonging to the same group; or	payment transactions and related services between a parent undertaking and its subsidiary or between subsidiaries of the same parent undertaking, without any intermediary intervention by a payment service provider other than an undertaking belonging to the same group;

Źródło: opracowanie własne.

Są to tylko niektóre z wielu kontrowersji towarzyszących wykładni omawianego tutaj wyłączenia. Z jednej strony taki niedookreślony charakter przepisu może przynieść pewne korzyści. Pozwala bowiem zachować pewną neutralność technologiczną omawianej regulacji. Co więcej, taki kształt wyłączenia pozwala – w drodze praktyki nadzorczej – dalej doprecyzować pewne kwestie, charakterystyczne dla rynków poszczególnych państw członkowskich.

Z drugiej jednak strony, mowa tutaj o wyjątkach od zasady (zasady podporządkowania instrumentów płatniczych pod regulację ustawy). Skoro tak, to przepisy wprowadzające takie wyjątki powinny być maksymalnie precyzyjne, aby nie narażać uczestników obrotu na negatywne konsekwencje naruszenia zasad stosowania tych wyjątków (np. na odpowiedzialność karną – art. 150 UUP).

Niewątpliwie doniosłe znaczenie dla kształtowania praktyki stosowania wyłączenia instrumentów ograniczonego zastosowania mają Wytyczne EBA z 24 lutego 2022 r dotyczące wyłączenia z tytułu ograniczonej sieci zgodnego z drugą dyrektywą w sprawie usług płatniczych (PSD2). Wytyczne te dosyć szczegółowo omawiają konkretne zagadnienia związane z interpretacją pewnych niedookreślonych pojęć. Wyznaczają także ogólne kierunki nadzorcze, które mają chronić rynek i użytkowników przed zbyt szeroką interpretacją omawianego wyłączenia.

Wydaje się jednak, że pewność obrotu w zakresie stosowania wyłączenia instrumentów ograniczonego zastosowania nie może być zapewniona wyłącznie poprzez wydanie wytycznych na poziomie europejskim. W szczególności należy zwrócić uwagę, że Wytyczne EBA skierowane są do właściwych krajowych organów nadzoru, a nie bezpośrednio do uczestników rynku. Naturalnym dopełnieniem tych Wytycznych powinny być więc dalsze, bardziej szczegółowe wytyczne krajowe, które odpowiednio doprecyzują pewne aspekty regulacyjne – ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki rynku danego państwa członkowskiego. W przypadku Polski zabrakło jednak stosownych regulacji KNF. W szczególności za niewystarczające należy uznać oczekiwania nadzorcze wynikające z Komunikatu KNF z 1 czerwca 2022 r. Komunikat ten sprowadza się w znacznej mierze do powtórzenia treści przepisów ustawy lub sparafrazowania Wytycznych EBA. To, co z takiego komunikatu KNF powinno wynikać, to konkretne kryteria dla stosowania wyłączenia instrumentów ograniczonego zastosowania na rynku polskim oraz wskazanie konkretnego trybu administracyjnoprawnego, w którym uczestnicy rynku mogą zweryfikować – pod okiem regulatora – czy planowane lub stosowane przez nich rozwiązania spełnią kryteria przewidzianego wyłączenia (przy czym nie chodzi tutaj tylko o proces „notyfikacyjny" dla tych instrumentów, dla których przekroczono pewne wartości transakcji – art. 6c UUP). Obserwacja rynku pokazuje, że wiele podmiotów nie zdaje sobie obecnie sprawy z tego, iż wydawane przez nie instrumenty mogą przekraczać granice wyłączenia. Nagminną praktyką jest zaś sytuacja, gdy określony instrument raz zakwalifikowany jako zgodny z wyłączeniem (np. z uwagi na ograniczony zakres towarów), pozostaje nim „na stałe" bez względu na zmiany, jakim taki instrument jest poddawany. Taki stan rzeczy jest szkodliwy i prowadzi do osłabienia ochrony zapewnianej użytkownikom usług płatniczych.

Pomimo zatem zasadniczo prawidłowej transpozycji PSD2, w zakresie wyłączenia instrumentów ograniczonego zastosowania konieczne są zmiany. Zmiany te powinny być dwutorowe. Po pierwsze,

należy oczekiwać rewizji omawianego wyłączenia na poziomie europejskim wraz z pracami nad kolejną wersją dyrektywy lub rozporządzenia w sprawie usług płatniczych. Zmiany te powinny z jednej strony doprecyzować pewne pojęcia niedookreślone, a z drugiej powinny wyeliminować pewne bariery związane ze stosowaniem tego wyłączenia w rozwiniętym, zelektronizowanym obrocie gospodarczym. Wobec formułowanych tutaj postulatów może więc zaskakiwać, że wstępny projekt pakietu regulacji PSR/PSD3 nie przewiduje niemal żadnych zmian w zakresie zasad stosowania tego wyłączenia. Po drugie, należy oczekiwać dalszej, bardziej wzmożonej i świadomej aktywności nadzorczej. Efektem działań nadzorczych na rynku krajowym powinno być wypracowanie jasnych mechanizmów pozwalających uczestnikom rynku na regulacyjną ocenę planowanych lub stosowanych przez nich rozwiązań.

3.1.4. Wyłączenie dla transakcji między podmiotami powiązanymi

Zgodnie z art. 6 pkt 10 UUP, ustawy tej nie stosuje się do transakcji płatniczych i usług dodatkowych, o których mowa w art. 74 ust. 1 pkt 1, ściśle powiązanych ze świadczeniem usług płatniczych, przeprowadzanych między jednostką dominującą a jednostką zależną lub między jednostkami zależnymi od tej samej jednostki dominującej, z udziałem dostawcy należącego do tej samej grupy.

Przepis ten transponuje art. 3 lit. n) PSD2. Z zakresu PSD2 wyłączono transakcje płatnicze i powiązane usługi między jednostką dominującą a jej jednostką zależną lub między jednostkami zależnymi tej samej jednostki dominującej, przeprowadzane bez pośrednictwa dostawcy usług płatniczych innego niż jednostka należąca do tej samej grupy.

Różnice jakie występują między reżimem prawnym PSD1 i PSD2 sprowadzają się do doprecyzowania, że omawiane tutaj wyłączenie ma zastosowanie nie tylko do transakcji płatniczych między podmiotami powiązanymi, ale także do powiązanych usług między takimi podmiotami.

Podobnie jak w przypadku wyłączenia dostawcy usług technicznych, porównanie ze sobą polskich wersji językowych obu dyrektyw sugeruje większą liczbę zmian. Znów – zmiany te mają jednak charakter semantyczny i prawdopodobnie wynikają z korekty samego tłumaczenia. Lepszy obraz faktycznie wprowadzonych zmian legislacyjnych daje porównanie ze sobą angielskich wersji językowych PSD1 i PSD2 (patrz tabela 2).

W ramach implementacji PSD2 do krajowego porządku prawnego ustawodawca właściwe zidentyfikował zasadniczą zmianę normatywną, jaką wprowadzono w stosunku do poprzedniej dyrektywy. Obecny art. 6 pkt 14 UUP trafnie odnosi się nie tylko do transakcji płatniczych między podmiotami powiązanymi, ale także do usług dodatkowych. Nieco zaskakujące jest odesłanie w tym miejscu do art. 74 ust. 1 pkt 1 UUP, który wprowadza otwarty katalog usług dodatkowych ściśle powiązanych ze świadczeniem usług płatniczych (np. usługi wymiany walut czy usługi przechowywania i przetwarzania danych). Choć w ujęciu semantycznym polska regulacja odbiega od brzmienia PSD2, to zabieg ten wydaje się mimo wszystko nie naruszać ogólnego znaczenia przyjętego w dyrektywie. Przemawia za tym w szczególności otwarty katalog usług wskazanych w art. 74 ust. 1 pkt 1 UUP. Inaczej ocena ta mogłaby wyglądać, gdyby katalog ten miał charakter zamknięty.

Krytycznie należy natomiast ocenić końcową część omawianego przepisu. Polska regulacja wskazuje, że transakcje płatnicze między podmiotami powiązanymi przeprowadzane są „z udziałem dostawcy należącego do tej samej grupy". Tymczasem PSD2 bardziej precyzyjnie wskazuje, że w granicach tego wyłączenia transakcje płatnicze powinny być przeprowadzane „bez pośrednictwa dostawcy usług płatniczych innego niż jednostka należąca do tej samej grupy". Nie chodzi tu więc o jakiegokolwiek dostawcę (usług – *sensu largo*), a o dostawcę usług płatniczych. Innymi słowy, zastosowanie omawianego tutaj wyłączenia wymaga, aby transakcja między podmiotami powiązanymi odbywała się bez pośrednictwa jakiegokolwiek dostawcy usług płatniczych, chyba że jest to dostawca usług płatniczych należący do tej samej grupy. Warto tutaj przytoczyć motyw (17) PSD2, zgodnie z którym transakcje płatnicze pomiędzy jednostką dominującą a jej jednostką zależną lub pomiędzy jednostkami zależnymi tej samej jednostki dominującej **przeprowadzane przez dostawcę usług płatniczych należącego do tej samej grupy** należy wyłączyć z zakresu stosowania tej dyrektywy.

Choć zatem błąd w transpozycji nie powstał w związku z dostosowaniem do PSD2, to błąd ten niewątpliwie ma miejsce i zaistniał już wcześniej – tj. w ramach implementacji PSD1. Aby uniknąć wątpliwości interpretacyjnych, obecny kształt art. 6 pkt 14 UUP powinien zostać zmieniony i odpowiednio dostosowany do języka dyrektywy.

Nawiasem mówiąc, należy tutaj wspomnieć, że wstępny projekt pakietu PSR/PSD3 przewiduje dodatkowe rozszerzenie tego wyłączenia. Mianowicie, reżim regulacji usług płatniczych ma nie mieć zastosowania do sytuacji, w której podmiot z grupy zbiera zlecenia płatnicze w imieniu innych podmiotów z grupy i przekazuje je do dostawcy usług płatniczych.

3.1.5. Niezależni operatorzy bankomatów

Zmiany jakie zaszły między reżimem dyrektyw PSD1 i PSD2 w zakresie tzw. wyłączenia niezależnych operatorów bankomatów nie są istotne. Sprowadzają się one w zasadzie do drobnego, językowego przeredagowania wcześniej ustalonych już treści. Jedyną istotną zmianą było doprecyzowanie w art. 3 lit. o) *in fine* PSD2, że wyłączenie to nie wyklucza ciążących na takich operatorach obowiązków informacyjnych przewidzianych dyrektywą.

Co ciekawe, tej jedynej istotnej zmiany zabrakło w art. 6 pkt 15 UUP transponującym art. 3 lit. o) PSD2. Polska regulacja pomija doprecyzowanie, którym posłużył się prawodawca europejski. Należy jednak zwrócić uwagę, że obowiązek przekazywania stosownych informacji przez operatorów świadczących usługę wypłaty gotówki wynika z innej jednostki redakcyjnej – tj. art. 6b UUP. Takie rozwiązanie należy uznać za dopuszczalne i nie naruszające zasad transpozycji PSD2 do krajowego porządku prawnego.

Niezależnie od powyższego, polską transpozycję cechuje inna jeszcze odrębność, która istniała już na gruncie poprzedniej dyrektywy w sprawie usług płatniczych. Mianowicie, o ile PSD2 odnosi się do operatorów działających w imieniu co najmniej jednego „wydawcy kart" (ang. *card issuer*), o tyle regulacja krajowa posługuje się pojęciem „wydawcy instrumentu płatniczego". Instrument płatniczy to pojęcie o szerszym znaczeniu niż karta płatnicza. O ile prawdopodobnie każda karta płatnicza będzie instrumentem płatniczym w rozumieniu art. 2 pkt 10 UUP, o tyle na pewno nie każdy instrument płatniczy będzie „kartą płatniczą". Z jednej strony, wskazana tu rozbieżność ma swoje uzasadnienie funkcjonalne. W dobie nowoczesnego, zelektronizowanego obrotu płatniczego, bankomaty często wykorzystywane są do realizacji wypłaty gotówki za pomocą innych instrumentów i narzędzi niż karty płatnicze (np. system płatności BLIK). Z drugiej jednak strony, budzi wątpliwości, czy polski prawodawca dysponuje kompetencją do faktycznego rozszerzenia zakresu wyłączenia przewidzianego na gruncie PSD2. Należy w szczególności zaznaczyć, że PSD2 stanowi dyrektywę harmonizacji pełnej. Zakres przewidzianych zaś odstępstw (art. 107 ust. 1 PSD2) nie dopuszcza modyfikowania zakresu wyłączeń, o których mowa w art. 3 PSD2. Należy zatem postulować, aby polski prawodawca co najmniej rozważył poprawność dokonanej implementacji we wskazanym tutaj zakresie.

Co istotne, przejście przez prawodawcę europejskiego z formuły dyrektywy na formułę rozporządzenia ws. usług płatniczych może spowodować daleko idące konsekwencje dla rynku polskiego, na którym przez lata wyłączenie to funkcjonowało w nieco innym kształcie. Nie należy bowiem zapominać, że rozporządzenie będzie obowiązywać w Polsce bezpośrednio, w kształcie nadanym mu przez prawodawcę europejskiego, a więc z pominięciem pewnej lokalnej specyfiki tego wyłączenia (por. powyższe uwagi o dotychczasowych rozbieżnościach). Jednocześnie, jeżeli chodzi o wstępny projekt pakietu PSR/PSD3, to przewiduje się całkowite usunięcie tego wyłączenia z katalogu wyłączeń spod regulacji usług płatniczych, jak miało to miejsce do tej pory, i przeniesienie jego materii do art. 38 PSD3, który wprowadza obowiązek państw członkowskich do wyłączenia tego typu usług spod wymogów licencyjnych (choć dostawcy takich usług zostaną poddani obowiązkom rejestracyjnym).

3.1.6. Inne wyłączenia spod UUP

Powyżej omówiono te z wyłączeń przewidzianych na gruncie art. 6 UUP, które podlegały zmianom w związku z implementacją do krajowego porządku prawnego dyrektywy PSD2. Nie oznacza to jednak, że przewidziane tym przepisem inne wyłączenia są w pełni zgodne z europejskimi ramami prawnymi. Wręcz przeciwnie, już od czasu implementacji PSD1 polską regulację cechują pewne odstępstwa, nad którymi polski ustawodawca powinien się pochylić. Wśród nich można wskazać m.in. na następujące:

- nie jest jasne, dlaczego art. 6 pkt 3 UUP nie wskazuje, że fizyczny transport banknotów i monet powinien być wykonywany „zawodowo"[26];

26 Por. *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniająca dyrektywy 2002/65/WE, 2009/110/WE, 2013/36/UE i rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 oraz uchylająca dyrektywę 2007/64/WE*, art. 3 lit. c., Komisja Europejska 2015.

- choć art. 6 pkt 5 UUP, który dotyczy tzw. usługi cash back, zakresowo wydaje się odpowiadać normie wynikającej z art. 3 lit. 3 PSD2, to w ujęciu semantycznym dalece odbiega on od regulacji europejskiej; oraz

- nie jest jasne, dlaczego art. 6 pkt 6 UUP (który dotyczy wymiany walut) wskazuje na konieczność braku „pośrednictwa" rachunku płatniczego, podczas gdy art. 3 lit. G PSD2 (a wcześniej art. 3 lit. G PSD1) wskazywały raczej na brak przechowywania środków na rachunku płatniczym.

Należy postulować, aby katalog wyłączeń przewidzianych w art. 6 UUP poddany został pogłębionej analizie przez prawodawcę. Co istotne, na tym tle w pakiecie PSR/PSD3 przewiduje się daleko idące zmiany, w tym m.in. zupełne usunięcie z katalogu wyłączenia dotyczącego fizycznego transportu banknotów.

4. Zakres usługi *acquiringu*

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 5 UUP, usługa *acquiringu* polega na umożliwianiu akceptowania instrumentów płatniczych oraz wykonywania transakcji płatniczych, zainicjowanych instrumentem płatniczym płatnika przez akceptanta lub za jego pośrednictwem, polegających w szczególności na obsłudze autoryzacji, przesyłaniu do wydawcy instrumentu płatniczego lub systemów płatności zleceń płatniczych płatnika lub akceptanta, mających na celu przekazanie akceptantowi należnych mu środków, z wyłączeniem czynności polegających na rozliczaniu i rozrachunku tych transakcji w ramach systemu płatności w rozumieniu ustawy o ostateczności rozrachunku. Natomiast zgodnie z art. 4 pkt 44 PSD2, usługa *acquiringu* oznacza usługę płatniczą świadczoną przez dostawcę usług płatniczych, który zawiera z odbiorcą umowę o akceptowaniu i przetwarzaniu transakcji płatniczych, co skutkuje transferem środków pieniężnych do odbiorcy.

Te dwie definicje usługi *acquiringu* różnią dwie podstawowe kwestie. W obu przypadkach odmienne uregulowanie usługi *acquiringu* w UUP należy ocenić jednoznacznie negatywnie. Pierwsza różnica polega na tym, że według UUP usługa ta może być świadczona wyłącznie wobec akceptanta (rozumianego jako odbiorca inny niż konsument, na rzecz którego agent rozliczeniowy świadczy usługę płatniczą), podczas gdy według PSD2 usługa ta może być świadczona wobec każdego odbiorcy. W konsekwencji, według definicji zawartej w UUP, usługa *acquiringu* nie może być świadczona w stosunku do odbiorcy będącego konsumentem. W praktyce może to oznaczać, że usługa *acquiringu* świadczona wobec konsumenta nie jest w ogóle usługą płatniczą i jej świadczenie nie wymaga zezwolenia na prowadzenie działalności w charakterze dostawcy usług płatniczych albo, że zabronione jest w ogóle świadczenie przez dostawców usługi *acquiringu* na rzecz odbiorcy będącego konsumentem.

Kolejną istotną różnicą pomiędzy definicją usługi *acquiringu* w UUP i PSD2 jest ograniczenie zakresu tej usługi w UUP do umożliwiania akceptowania instrumentów płatniczych oraz wykonywania transakcji płatniczych, zainicjowanych instrumentem płatniczym płatnika. Jak przytoczono powyżej, PSD2 nie przewiduje takiego ograniczenia i obejmuje zakresem usługi *acquiringu* szeroko pojęte akceptowanie i przetwarzanie transakcji płatniczych skutkujące transferem środków pieniężnych. Również w tym zakresie definicja usługi *acquiringu* zawarta w art. 3 ust. 1 pkt 5 UUP stanowi wadliwą transpozycję art. 4 pkt 44 PSD2.

Opublikowany projekt PSR nie zawiera żadnych modyfikacji w zakresie definicji usługi *acquiringu* w stosunku do definicji zawartej w PSD2. W związku z zasadą bezpośredniego stosowania rozporządzeń, definicja usług *acquiringu* przewidziana w PSR będzie wiążąca także na polskim rynku. Istotną różnicą odnośnie do usługi *acquiringu*, którą zaproponowano w projekcie PSR jest wyszczególnienie jej jako odrębnej kategorii usług płatniczych, podczas gdy w PSD2 usługa ta była wskazana na liście usług płatniczych zawartej w Załączniku 1 łącznie z usługą wydawania instrumentów płatniczych. W tym zakresie zauważyć należy odrębne podejście przyjęte przez polskiego ustawodawcę, zgodnie z którym usługa *acquiringu* jest wymieniana w art. 3 ust. 1 UUP jako samodzielna (odrębna od innych) usługa płatnicza.

5. Nowe zasady rozpatrywania reklamacji

Kwestie rozpatrywania reklamacji użytkowników usług płatniczych określa art. 15a i n. UUP. W szczególności precyzyjnego uregulowania na gruncie UUP wymaga rozgraniczenie zastosowania reżimu rozpatrywania reklamacji przewidzianego przepisami UUP od reżimu reklamacji wynikającego z ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego, o Rzeczniku Finansowym i o Funduszu Edukacji Finansowej. Rozgraniczenie zawarte w art. 15b ust. 1 i 2 UUP nie jest w tym zakresie wystarczające.

W związku z brakiem precyzyjnego rozgraniczenia zasad zastosowania reżimów wynikających z tych dwóch ustaw, w obrocie występują różne interpretacje. Większość uczestników rynku w odniesieniu do użytkowników będących osobami fizycznymi (tj. konsumentami i osobami fizycznymi prowadzącymi działalność gospodarczą) do reklamacji dotyczących usług płatniczych stosuje reżim reklamacji wynikający z UUP, natomiast pozostałe reklamacje rozstrzygane są zgodnie z przepisami ustawy o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego, o Rzeczniku Finansowym i o Funduszu Edukacji Finansowej. Niektórzy uczestnicy rynku do takich reklamacji stosują wyłącznie przepisy ustawy o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego, o Rzeczniku Finansowym i o Funduszu Edukacji Finansowej. Dodatkowo, uczestnicy rynku stosują do reklamacji składanych przez użytkowników niebędących osobami fizycznymi wyłącznie przepisy UUP. Wątpliwości w tym zakresie przekładają się na istnienie w obrocie prawnym różnych terminów rozpatrywania reklamacji, to jest 30 i 60 dni w przypadku reklamacji składanych na podstawie ustawy o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego, o Rzeczniku Finansowym i o Funduszu Edukacji Finansowej oraz 15 i 35 dni roboczych w przypadku reklamacji składanych na podstawie UUP. Sygnalizowane niejasności powodują równoległe istnienie różnych zasad odnośnie do zachowywania terminów na udzielenie odpowiedzi na reklamację – zgodnie z art. 15a ust. 4 UUP dla zachowania terminu wystarczające jest wysłanie odpowiedzi przed jego upływem, a w przypadku odpowiedzi udzielonej na piśmie – nadanie w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu art. 3 pkt 13 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe (Dz.U. z 2022 r. poz. 896 i 1933), podczas gdy zgodnie z ustawą o rozpatrywaniu reklamacji przez podmioty rynku finansowego, o Rzeczniku Finansowym i o Funduszu Edukacji Finansowej, do zachowania terminu wystarczy wysłanie odpowiedzi przed jego upływem (art. 6 ustawy), a w przypadku niedotrzymania terminu, reklamację uważa się za rozpatrzoną zgodnie z wolą klienta (art. 8). Zagadnienie to wymaga zmiany jedynie na poziomie przepisów krajowych i nie jest objęte przepisami PSD2.

Nie jest także jasne jak w praktyce interpretować zawarte w art. 15a ust. 2 zd. 2 UUP stwierdzenie, że dostawca udziela odpowiedzi na reklamację w postaci papierowej lub, po uzgodnieniu z użytkownikiem, na innym trwałym nośniku informacji. Wyjaśnienia w szczególności wymaga forma i moment takiego uzgodnienia między użytkownikiem a dostawcą. W tym czy inicjatorem takiego uzgodnienia może być dostawca i objąć je treścią umowy o świadczenie usług płatniczych zawieranej między użytkownikiem a dostawcą, czy też uzgodnienie to powinno być dokonywane każdorazowo niezwłocznie po złożeniu przez użytkownika reklamacji. Kwestia ta wymaga zmiany zarówno na poziomie przepisów krajowych, jak i unijnych[27].

Kwestią wymagającą uregulowania jest także określenie czy przepisy UUP o reklamacjach użytkowników powinny mieć zastosowanie do zgłoszeń nieautoryzowanych transakcji płatniczych, o których mowa w art. 46 ust. 1 UUP, a w konsekwencji czy w przypadku takiego zgłoszenia dostawca usług płatniczych powinien zastosować terminy rozpatrywania reklamacji z art. 15a UUP czy termin zwrotu kwoty nieautoryzowanej transakcji płatniczej, o którym mowa w art. 46 ust. 1 UUP. Brak jasnych i precyzyjnych uregulowań ustawowych w tym zakresie powoduje, że dostawcy usług płatniczych stosują różnorodną praktykę.

Ogłoszony projekt PSR nie zawiera istotnych zmian w zakresie reklamacji w stosunku do regulacji zawartej w PSD2.

27 Zob. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. (...), art. 101 ust. 2 zd. 1.

6. Surcharge i modele kosztowe (OUR, SHA, BEN)

Artykuł 62 ust. 2–4 PSD2 został niemal dosłownie transponowany w artykule 37a UUP. Podobnie jak unijny pierwowzór, polski przepis obejmuje – choć w odwrotnej kolejności – kwestię modeli kosztowych dla transakcji płatniczych (ust. 1), jak też kwestię ponoszenia przez użytkownika usług płatniczych kosztów związanych z zastosowaniem instrumentu płatniczego (ust. 2), także w sytuacji, kiedy zastosowania nie znajdą przepisy rozporządzenia w sprawie opłat interchange lub transakcji SEPA (ust. 3).

W przypadku surcharge, z jednej strony wprowadza się domyślną możliwość stosowania opłat z tytułu użycia konkretnego instrumentu płatniczego, co potwierdza swobodę kontraktowania po stronie dostawcy usług płatniczych i jego klientów. Jednocześnie wprowadzone zostają jednak dwa istotne ograniczenia. Po pierwsze, wysokość opłat w przypadku skorzystania z określonego instrumentu płatniczego nie może przekroczyć kosztów bezpośrednich ponoszonych przez odbiorcę z tytułu umożliwienia płatnikowi skorzystania z określonego instrumentu płatniczego. Po drugie, swoboda kontraktowania w tym zakresie wyłączona została w sytuacji objęcia danej transakcji regulacją rozporządzenia w sprawie opłat *interchange* (czyli w odniesieniu do instrumentów kartowych wydawanych konsumentom) oraz transakcji SEPA.

W odniesieniu do modeli kosztowych wprowadzono domyślną opcję SHA. Mianowicie, zgodnie z art. 37a UUP, w przypadku transakcji płatniczych realizowanych na terytorium Polski lub w obrocie z państwami członkowskimi innymi niż Polska, płatnik i odbiorca ponoszą opłaty określone w umowie zawartej przez każdego z nich ze swoim dostawcą, jeżeli zarówno dostawca płatnika, jak i dostawca odbiorcy lub jedyny dostawca danej transakcji płatniczej wykonują działalność na terytorium Polski lub innego państwa członkowskiego.

Obie kwestie, choć dotyczące kosztów ponoszonych przez użytkowników usług płatniczych, mają zgoła odmienny przedmiot ochrony i ich łączenie może prowadzić do pewnych niejasności.

6.1. Dyspozytywny charakter przepisów

Przede wszystkim, wysoce dyskusyjna pozostaje możliwość odmiennego ukształtowania poruszanych w przepisie kwestii przez strony umowy o usługi płatnicze. Zagadnienie to należy rozważać oddzielnie dla każdego z tych obszarów, uwzględniając także charakter, w jakim działa użytkownik (konsument vs. nie-konsument).

Warto zauważyć, że podobnie jak w przepisach unijnych, przepis dotyczący modeli kosztowych i surcharge nie znalazł się w katalogu przepisów, które strony mogą wyłączyć zgodnie z art. 33 UUP w przypadku, gdy użytkownik nie jest konsumentem. Co więcej, wykładnia prounijna tych przepisów wspiera tezę o braku możliwości modyfikacji tych kwestii pomiędzy dostawcą usług płatniczych a użytkownikiem[28].

W przypadku surcharge, ochronny charakter przepisów wydaje się dość oczywisty. W związku z powyższym, bezwzględnie obowiązujący charakter ograniczeń i zakazów dotyczących surcharge, tj. ograniczenie wysokości opłat do wysokości kosztów bezpośrednio związanych z umożliwieniem korzystania z instrumentu oraz zakazu wprowadzania opłat dla kart konsumenckich oraz transakcji SEPA jest niekwestionowany na rynku. Sama natomiast możliwość wprowadzenia opłat w dozwolonym zakresie (art. 37a zd. 1 UUP) ma charakter semiimperatywny – strony mogą uzgodnić brak opłat z tego tytułu (art. 8 ust. 1 UUP).

Zdecydowanie bardziej problematyczna jest możliwość umownego wprowadzenia innej opcji kosztowej, np. stosowanej na rynku opcji OUR. Zgodnie z przywołanym wcześniej motywem PSD2, a także interpretacjami służb Komisji Europejskiej wy-

28 Por. *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r.* (...); Motyw 65: „Co się tyczy opłat, zebrane doświadczenia pokazują, że podział opłat między płatnikiem a odbiorcą jest najbardziej wydajnym systemem, jako że ułatwia on bezpośrednie przetwarzanie płatności. W związku z tym należy ustanowić przepis, zgodnie z którym opłaty będą pobierane, w zwykłych okolicznościach, bezpośrednio od płatnika i odbiorcy przez ich odnośnych dostawców usług płatniczych. (...)" Motyw 66: „Zróżnicowane praktyki krajowe w zakresie pobierania opłat z tytułu korzystania z danego instrumentu płatniczego (zwane dalej „pobieraniem dodatkowych opłat") doprowadziły do powstania krańcowej niejednorodności unijnego rynku płatności oraz stały się źródłem niepewności dla konsumentów, zwłaszcza w kontekście handlu elektronicznego i w kontekście transgranicznym. Akceptanci znajdujący się w państwach członkowskich, w których dozwolone jest pobieranie dodatkowych opłat, oferują produkty i usługi w państwach członkowskich, w których pobieranie dodatkowych opłat jest zakazane, a pobierają tam dodatkowe opłaty od konsumentów. Jest też wiele przykładów na to, że akceptanci nakładają na konsumentów opłaty dodatkowe znacznie wyższe niż koszt poniesiony przez akceptanta za korzystanie z określonego instrumentu płatniczego. (...) Pobieranie dodatkowych opłat jest praktyką służącą kierunkowaniu wyboru, stosowaną czasami przez akceptantów w celu zrekompensowania dodatkowych kosztów związanych z płatnościami realizowanymi w oparciu o kartę. (...)"

danymi jeszcze pod rządami PSD1[29], wydaje się przeważającą interpretacja, zgodnie z którą opcja kosztowa SHA została odgórnie narzucona przez prawodawcę europejskiego, a za nim przez ustawodawcę krajowego w zakresie transakcji określonych w art. 37a ust. 1 UUP. Dotyczy to także użytkowników niebędących konsumentami, z uwagi na brak możliwości wyłączenia zastosowania tego przepisu (przywołany wcześniej art. 33 UUP). Co za tym idzie, w przypadku transakcji wskazanych w art. 37a dostawca usług płatniczych nie mógłby zastosować innego modelu opłat niż opcja SHA – nawet w sytuacji, kiedy strony transakcji w sposób świadomy i intencjonalny tak by się umówiły.

Na możliwość umownego ukształtowania relacji pomiędzy płatnikiem i odbiorcą w ten sposób trafnie wskazuje[30], podkreślając przy tym, że umowa taka ma skutek jedynie między stronami (tj. płatnikiem i odbiorcą), a dostawcy usług płatniczych nie mogą pobrać opłat w uzgodnionej między stronami opcji kosztowej.

Rynkowe problemy z tym związane były szeroko dyskutowane w ramach prac grupy roboczej ds. implementacji PSD2 w ramach Związku Banków Polskich. Uczestnicy dyskusji wskazywali na brak uzasadnienia dla rozciągania ochrony w postaci wymuszonej opcji SHA na klientów profesjonalnych oraz niejednolitą praktykę instytucji kredytowych w rozliczeniach transgranicznych, skutkującą np. odmową przyjęcia przelewów przychodzących oznaczonych jako OUR – uniemożliwiając tym samym realizację zobowiązań umownych stron transakcji. Efektem tych dyskusji była propozycja alternatywnej interpretacji odwołującej się do semiimpeatywności przepisów PSD2 (art. 8 ust. 1 UUP), w świetle której co najmniej strony profesjonalne powinny móc ukształtować swoje rozliczenia w sposób, który uznają za korzystny dla siebie.

6.2. Bezpośrednie koszty

Kolejnym problemem jest ograniczenie opłat w ramach surcharge do poziomu kosztów bezpośrednio ponoszonych przez odbiorcę w związku z umożliwieniem płatności danym instrumentem płatniczym. „Bezpośredni" charakter kosztów nie został dookreślony w PSD2, a w konsekwencji także w UUP. W efekcie taka „bezpośredniość" może być interpretowana w różny sposób w różnych jurysdykcjach – uwzględniając także podejście lokalnej judykatury i organów ochrony konkurencji i konsumentów. Na rynku polskim efektem jest powszechna rezygnacja z tego typu opłat ze względu na obawy w zakresie podejścia Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który w przeszłości w kontekście opłat związanych z dochodzeniem roszczeń przez podmioty sektora finansowego prezentował skrajnie zawężającą interpretację, zgodnie z którą możliwe było obciążanie klientów jedynie kosztami zindywidualizowanymi i przypisywalnymi do danego klienta w związku z daną czynnością. Stosowanie takich rozwiązań w powszechnym obrocie płatniczym jest oczywiście niemożliwe do zastosowania.

6.3. Obrót gotówkowy

Obok przepisów implementujących PSD2 w zakresie surcharge, i wbrew zakresowi przedmiotowemu UUP (por. art. 6 pkt 1 UUP), polski ustawodawca wprowadził wtórnie dodatkowe przepisy dotyczące obowiązku akceptacji zapłaty w gotówce (art. 59ea ust. 1 UUP) oraz skorelowanego z nim zakazu surcharge w przypadku płatności gotówkowych (art. 59ea ust. 3 UUP)[31]. Przepisy te nie zostały skorelowane z implementowanymi przepisami PSD2 i w odniesieniu do płatności gotówkowych, niweczą ogólną zasadę akceptowalności surcharge – akceptant nie może bowiem stosować zachęt w odniesieniu do wybranego instrumentu płatniczego, jeżeli nie zastosuje identycznych zachęt w odniesieniu do płatności gotówkowych.

6.4. Płatności poza PSD2

W końcu, dynamiczny rozwój alternatywnych metod płatności, w szczególności tzw. płatności odroczonych (buy now – pay later; BNPL) prowadzi do sytuacji, kiedy pewne powszechne metody płatności

29 Por. odpowiedzi na pytania nr 121, 196 oraz 253 w dokumencie *Your questions on PSD, 2007/64/EC, Questions and answers*, aktualizacja z dnia 22 lutego 2011 r. .

30 Por. komentarz do art. 37a w: T. Czech [w:] K. Osajda (red. serii), J. Dybiński (red. tomu), *Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz*. Wyd. 2, Warszawa 2022.

31 Zgodnie z art. 59ea ust. 3 UUP: „Akceptant nie może nakładać ani pobierać opłat z tytułu przyjmowania zapłaty znakami pieniężnymi emitowanymi przez NBP ani różnicować ceny w zależności od formy zapłaty".

nie są objęte przepisami dotyczącymi surcharge – w tym przepisem wprost zezwalającym na stosowanie preferencji. W efekcie, korzystając z bardzo zbliżonych rozwiązań używanych w tym samym celu, klient w niektórych sytuacjach będzie objęty przepisami zakazującymi surcharge, a w innych będzie ponosić opłaty związane z płatnością. Zakres zastosowania przepisów wymaga więc analizy i ewentualnego dostosowania do zmieniającego się otoczenia rynkowego.

PROGRAM ANALITYCZNO BADAWCZY

7. Transakcje nieautoryzowane i obowiązek zwrotu w D+1

Przepisy PSD2 dotyczące transakcji nieautoryzowanych (art. 72–74 PSD2) zostały transponowane do polskiego prawa w art. 45 i art. 46 UUP. Transpozycja ta miała jednak charakter niepełny i, przynajmniej częściowo, niepoprawny, co w połączeniu z historycznymi nieprawidłowościami związanymi z implementacją PSD1 prowadzi do jednego z najistotniejszych obecnie problemów na rynku usług płatniczych w Polsce.

Dyskusja pomiędzy organem nadzoru, organami ochrony konsumentów i uczestnikami rynku koncentruje się na trzech głównych obszarach wynikających z nieprawidłowej transpozycji:

(a) Błędna transpozycja w zakresie obowiązków dowodowych (art. 72 ust. 1 PSD2)

W przeciwieństwie do PSD2, w myśl art. 45 ust. 1 UUP, jedną z przesłanek autoryzacji transakcji płatniczej jest jej „autoryzacja" (ang. *authorization,* niem. *Autorisierung,* franc. *autorisation*), a nie „uwierzytelnienie" (ang. *authentication*, niem. *Authentifizierung,* franc. *authentification*).

Do niedawna UUP w ogóle nie posługiwała się pojęciem „uwierzytelniania", choć zostało ono wprowadzone do europejskiego prawa usług płatniczych już na gruncie PSD1 (ang. *authentication*, niem. *Authentifizierung*). Był to wynik oczywistej pomyłki w tłumaczeniu, która znalazła się w polskiej wersji językowej dyrektywy PSD1[32].

Obecnie, pomimo wprowadzenia definicji uwierzytelniania do UUP, zgodnie z art. 45 ust. 1 UUP, na dostawcy użytkownika spoczywa ciężar udowodnienia, że transakcja płatnicza została autoryzowana i prawidłowo zapisana w systemie służącym do obsługi transakcji płatniczych dostawcy oraz że nie miała na nią wpływu awaria techniczna ani innego rodzaju usterka związana z usługą płatniczą świadczoną przez tego dostawcę, w tym dostawcę świadczącego usługę inicjowania transakcji płatniczej. W obecnym brzmieniu przepis art. 45 ust. 1 UUP jest więc skonstruowany w sposób wadliwy. Co więcej, wykładany w sposób literalny, prowadzi do błędu logicznego (aby wykazać autoryzację należy udowodnić autoryzację i dodatkowe jeszcze okoliczności przemawiające za autoryzacją).

(b) Błędna transpozycja w zakresie znaczenia użycia instrumentu (art. 72 ust. 2 PSD2)

Polski prawodawca przyjął w art. 45 ust. 2 UUP definitywnie (kategorycznie), że wykazanie przez dostawcę zarejestrowanego użycia instrumentu płatniczego nie jest (a nie, „niekoniecznie jest" – jak ujęte to zostało w art. 72 ust. 2 PSD2) wystarczające do udowodnienia, że transakcja płatnicza została przez użytkownika autoryzowana albo że płatnik umyślnie albo wskutek rażącego niedbalstwa doprowadził do nieautoryzowanej transakcji płatniczej albo umyślnie albo wskutek rażącego niedbalstwa dopuścił się naruszenia co najmniej jednego z obowiązków w zakresie korzystania z instrumentu płatniczego.

Poprzestanie na literalnym brzmieniu polskiej regulacji może prowadzić do daleko idących, negatywnych konsekwencji dla dostawców usług płatniczych. Oznaczałoby bowiem, że w żadnym przypadku fakt zarejestrowanego użycia instrumentu płatniczego nie mógłby stanowić okoliczności wystarczającej do wykazania, że transakcja była autoryzowana lub że płatnik doprowadził do nieautoryzowanej transakcji umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa.

(c) Brak wyraźnego związku pomiędzy zaprzeczeniem użytkownika, obowiązkami dowodowymi dostawcy i obowiązkiem zwrotu (tj. art. 45 i art. 46 ust. 1 UUP)

Tryb zwrotu kwoty nieautoryzowanej transakcji płatniczej został zasadniczo określony w art. 46 ust. 1 UUP. Dyspozycja art. 46 ust. 1 UUP – tj. obowiązek zwrotu przez dostawcę płatnikowi odpowiedniej kwoty – powinna mieć zastosowanie nie do przypadku wystąpienia transakcji „rzekomo" nieautoryzowanej (tj. takiej, w przypadku której użytkownik jedynie twierdzi, że jej nie autoryzował – pojęcia takiego użyto w pkt 70 preambuły PSD2), a jedynie do transakcji faktycznie nieautoryzowanej. Tak długo, jak transakcja nie może być uznana za nieautoryzowaną w świetle przesłanek dowodowych określonych w art. 45 ust. 1 UUP (a jedynie za taką, którą płatnik – w jego subiektywnym odczuciu – uważa za nieautoryzowaną), tak długo po stronie dostawcy nie zaktualizuje się obowiązek dokonania zwrotu kwoty transakcji zgodnie z art. 46 ust. 1 UUP. Hipoteza normy wynikają-

32 Por. M. Blocher, W. Iwański, *Nieautoryzowane transakcje płatnicze*, Monitor Prawniczy 2020, nr 9.

cej z tego przepisu odnosi się bowiem do „przypadku wystąpienia nieautoryzowanej transakcji płatniczej".

W art. 45 ust. 1 UUP pominięto jednak odniesienie do aspektu „zaprzeczenia" przez użytkownika, że autoryzował transakcję – który jest istotny z punktu widzenia rozróżnienia pomiędzy transakcją nieautoryzowaną i „rzekomo" nieautoryzowaną. Takie rozróżnienie jest zaś oczywiste na gruncie art. 72 ust. 1 i art. 73 ust. 1 PSD2: Brak podobnego rozróżnienia – i w efekcie logicznego „łącznika" pomiędzy art. 45 ust. 1 oraz art. 46 ust. 1 UUP – prowadzi do błędnych wniosków interpretacyjnych, że procedura zwrotu w trybie art. 46 ust. 1 UUP powinna mieć miejsce zawsze w przypadku, gdy użytkownik zażąda zwrotu – niezależnie od kwestii dowodowych uregulowanych w art. 45 UUP.

Powyższe kwestie zostały szeroko omówione w dwóch raportach przygotowanych dla Warszaw-

Tabela 3. Porównanie różnic między PSD2 a UUP w zakresie przepisów dotyczących autoryzacji transakcji płatniczej

PSD2	UUP
art. 72 ust. 1 1. Państwa członkowskie nakładają wymóg, zgodnie z którym **w przypadku gdy użytkownik usług płatniczych zaprzecza, że autoryzował wykonaną transakcję płatniczą**, lub twierdzi, że transakcja płatnicza została wykonana nieprawidłowo, do dostawcy usług płatniczych należy udowodnienie, że transakcja ta została uwierzytelniona, dokładnie zapisana, ujęta w księgach i że na transakcję nie miała wpływu awaria techniczna ani innego rodzaju usterka związana z usługą świadczoną przez danego dostawcę usług płatniczych.	art. 45 ust. 1 Na dostawcy użytkownika spoczywa ciężar udowodnienia, że transakcja płatnicza została autoryzowana i prawidłowo zapisana w systemie służącym do obsługi transakcji płatniczych dostawcy oraz że nie miała na nią wpływu awaria techniczna ani innego rodzaju usterka związana z usługą płatniczą świadczoną przez tego dostawcę, w tym dostawcę świadczącego usługę inicjowania transakcji płatniczej.
art. 73 ust. 1 Państwa członkowskie zapewniają, aby – bez uszczerbku dla art. 71 – **w przypadku nieautoryzowanej transakcji płatniczej** dostawca usług płatniczych płatnika dokonywał na rzecz płatnika zwrotu kwoty nieautoryzowanej transakcji płatniczej, bezzwłocznie, a w każdym razie nie później niż do końca następnego dnia roboczego, po odnotowaniu danej transakcji lub po otrzymaniu stosownego zgłoszenia, z wyjątkiem sytuacji gdy dostawca usług płatniczych płatnika ma uzasadnione podstawy, by podejrzewać oszustwo, i poinformuje na piśmie o tych podstawach odpowiedni organ krajowy. W stosownych przypadkach dostawca usług płatniczych płatnika przywraca obciążony rachunek płatniczy do stanu, jaki istniałby, gdyby nie miała miejsca nieautoryzowana transakcja płatnicza. Obejmuje to również zapewnienie, by data waluty w odniesieniu do uznania rachunku płatniczego płatnika nie była późniejsza od daty obciążenia tą kwotą.	art. 46 ust. 1 Z zastrzeżeniem art. 44 ust. 2, **w przypadku wystąpienia nieautoryzowanej transakcji płatniczej** dostawca płatnika niezwłocznie, nie później jednak niż do końca dnia roboczego następującego po dniu stwierdzenia wystąpienia nieautoryzowanej transakcji, którą został obciążony rachunek płatnika, lub po dniu otrzymania stosownego zgłoszenia, zwraca płatnikowi kwotę nieautoryzowanej transakcji płatniczej, z wyjątkiem przypadku, gdy dostawca płatnika ma uzasadnione i należycie udokumentowane podstawy, aby podejrzewać oszustwo, i poinformuje o tym w formie pisemnej organy powołane do ścigania przestępstw. W przypadku gdy płatnik korzysta z rachunku płatniczego, dostawca płatnika przywraca obciążony rachunek płatniczy do stanu, jaki istniałby, gdyby nie miała miejsca nieautoryzowana transakcja płatnicza. Data waluty w odniesieniu do uznania rachunku płatniczego płatnika nie może być późniejsza od daty obciążenia tą kwotą.

Źródło: opracowanie własne.

skiego Instytutu Bankowości przez zespół naukowy pod kierownictwem dr. Marcina Olechowskiego, tj.: *Analiza dotycząca implementacji dyrektywy PSD2 do polskiego porządku prawnego w zakresie udowodnienia autoryzacji transakcji przez dostawcę usług płatniczych* oraz *Obowiązki związane z korzystaniem z instrumentu płatniczego oraz rozkład odpowiedzialności między dostawcą a użytkownikiem w przypadku transakcji nieautoryzowanych*.

Pewna niepewność co do dalszego rozwoju regulacji w zakresie odpowiedzialności za nieautoryzowane transakcje płatnicze wiąże się z zakresem zmian przewidywanych w ramach pakietu PSR/PSD3. Wstępny projekt regulacji może zaskakiwać. Nie tylko zakłada się kategoryczne zmiany w brzmieniu dotychczasowego art. 72 ust. 1 PSD2 (projektowany art. 55 ust. 1 PSR), w tym zastąpienie słowa „uwierzytelniona" słowem „autoryzowana", ale także wprowadzenie wyjątkowo kazuistycznego podejścia do regulacji odpowiedzialności za poszczególne typy oszustw występujących w praktyce obrotu (np. projektowany art. 59 PSR i przewidziana tam odpowiedzialność za transakcje wykonane wskutek oszustwa *spoofingu*).

8. Silne uwierzytelnianie użytkownika

Przesłanki stosowania silnego uwierzytelniania użytkownika (ang. *strong customer authentication* – SCA) zostały uregulowane w art. 32i ust. 1 UUP, który wdraża do krajowego systemu prawnego art. 97 ust. 1 PSD2. Przywołany art. 32i ust. 1 UUP stanowi jego precyzyjną transpozycję, z dwoma wyjątkami.

Po pierwsze, art. 32i ust. 1 pkt 3 UUP nakazuje stosować SCA w przypadku, gdy płatnik przeprowadza za pomocą kanału zdalnego czynność, która może wiązać się z ryzykiem oszustwa związanego z wykonywanymi usługami płatniczymi lub innych nadużyć, podczas gdy art. 97 ust. 1 pkt 3 PSD2 posługuje się terminem „oszustwa płatniczego". Tę różnicę należy ocenić jako zabieg stylistyczny, nie modyfikację o charakterze merytorycznym – „oszustwo płatnicze" nie jest terminem prawnym, a jego znaczenie należy uznać za tożsame z zastosowanym w UUP określeniem „oszustwa związanego z wykonywanymi usługami płatniczymi".

Druga różnica pomiędzy art. 32i ust. 1 UUP a art. 97 ust. 1 PSD2 dotyczy pierwszej przesłanki zastosowania SCA. Zgodnie z art. 32i ust. 1 pkt 1 UUP (wdrażającym art. 97 ust. 1 lit. a) PSD2), dostawca stosuje silne uwierzytelnianie użytkownika w przypadku, gdy płatnik uzyskuje dostęp do swojego rachunku w trybie on-line. Natomiast przywołany przepis PSD2 nakazuje stosować SCA w przypadku uzyskiwania przez płatnika dostępu on-line wyłącznie do rachunku płatniczego. Ta różnica powoduje, że art. 32i ust. 1 pkt 1 UUP można interpretować jako wymagający stosowania SCA w każdym przypadku, gdy użytkownik uzyskuje dostęp on-line do dowolnego rodzaju rachunku (zarówno płatniczego, jak i niemającego takiego charakteru), podczas gdy PSD2 wprowadza ten obowiązek jedynie w przypadku uzyskiwania dostępu do rachunku płatniczego. Nie jest jednak jasne czy polski ustawodawca świadomie zdecydował o rozszerzeniu zakresu obowiązku stosowania SCA w tym zakresie czy też wskazana różnica jest wynikiem błędu w zakresie transpozycji przepisów PSD2. Niezależnie jednak od motywacji polskiego ustawodawcy, celowe jest doprowadzenie do zgodności art. 32i ust. 1 pkt 1 UUP z odpowiednimi przepisami PSD2. W pozostałym zakresie transpozycję art. 97 ust. 1 PSD2 należy ocenić pozytywnie.

Z kolei odrębności w redakcji art. 32i ust. 2 UUP i wdrażanego art. 97 ust. 2 PSD2 wynikają z zastosowanego przez polskiego ustawodawcę zabiegu redakcyjnego polegającego na wpleceniu w treść tego przepisu definicji zdalnej transakcji płatniczej zawartej w art. 4 pkt 6 PSD2, która oznacza transakcję płatniczą zainicjowaną za pośrednictwem Internetu lub **urządzenia**, które może być wykorzystywane do porozumiewania się na odległość. Definicja ta bez większych różnic została wdrożona w UUP i obejmuje „transakcję płatniczą zainicjowaną z wykorzystaniem połączenia z siecią Internet lub za pośrednictwem **środków**, które mogą być wykorzystywane do porozumiewania się na odległość[33]". Jedyna różnica pomiędzy tymi definicjami polega na użyciu określenia „urządzenie, które może być wykorzystywane do porozumiewania się na odległość" w PSD2, podczas gdy w UUP zamiast terminu „urządzenie" użyto określenia „środek". Tę różnicę należy ocenić pozytywnie jako zabieg służący dostosowaniu terminologii PSD2 do siatki pojęciowej znanej polskiemu prawu, to jest do instytucji środka porozumiewania się na odległość.

W pozostałym zakresie art. 32i UUP (tj. w zakresie art. 32i ust. 3–6 UUP) stanowi pełną transpozycję art. 97 ust. 3–5 PSD2. Dalsze uwagi w zakresie silnego uwierzytelniania użytkownika nie dotyczą prawidłowości transpozycji przepisów PSD2 do krajowego systemu prawnego, lecz odnoszą się do wyzwań praktycznych wynikających ze stosowania wymogów regulacyjnych dotyczących SCA i koncentrują się na obszarach wymagających zmian w ramach rewizji PSD2 i RTS PSD2, a następnie w toku nowelizacji UUP.

Projekt rozporządzenia PSR precyzuje, że dodatkową przesłanką zastosowania SCA będzie (zgodnie z projektowanym art. 85 ust. 1 lit. b PSR) przypadek, gdy płatnik uzyskuje dostęp do informacji o rachunku płatniczym. Zmiana ta ma charakter doprecyzowujący, nie merytoryczny, gdyż dodana podstawa stosowania SCA uprzednio mieściła się już w przesłance uzyskiwania dostępu online do rachunku płatniczego.

8.1. Definicja silnego uwierzytelniania

Definicja silnego uwierzytelniania zawarta w art. 4 pkt 30 PSD2 jest implementowana przez art. 2 pkt 26aa UUP. Porównanie obu definicji znajduje się w tabeli 4.

Przytoczona definicja SCA zawarta w UUP nie stanowi dokładnej transpozycji PSD2. Główne różnice polegają na użyciu w UUP stwierdzenia, zgodnie

33

Tabela 4. Porównanie różnic między PSD2 a UUP w zakresie przepisów dotyczących definicji silnego uwierzytelniania

PSD2	UUP
uwierzytelnianie w oparciu o zastosowanie co najmniej dwóch elementów należących do kategorii: wiedza (coś, co wie wyłącznie użytkownik), posiadanie (coś, co posiada wyłącznie użytkownik) i cechy klienta (coś, czym jest użytkownik), niezależnych w tym sensie, że naruszenie jednego z nich nie osłabia wiarygodności pozostałych, które to uwierzytelnianie jest zaprojektowane w sposób zapewniający ochronę poufności danych uwierzytelniających	uwierzytelnianie zapewniające ochronę poufności danych w oparciu o zastosowanie co najmniej dwóch elementów należących do kategorii: a) wiedza o czymś, o czym wie wyłącznie użytkownik, b) posiadanie czegoś, co posiada wyłącznie użytkownik, c) cechy charakterystyczne użytkownika będących integralną częścią tego uwierzytelniania oraz niezależnych w taki sposób, że naruszenie jednego z tych elementów nie osłabia wiarygodności pozostałych
uwierzytelnianie w oparciu o zastosowanie co najmniej dwóch elementów należących do kategorii: wiedza (coś, co wie wyłącznie użytkownik), posiadanie (coś, co posiada wyłącznie użytkownik) i cechy klienta (coś, czym jest użytkownik), niezależnych w tym sensie, że naruszenie jednego z nich nie osłabia wiarygodności pozostałych, które to uwierzytelnianie jest zaprojektowane w sposób zapewniający ochronę poufności danych uwierzytelniających	uwierzytelnianie zapewniające ochronę poufności danych w oparciu o zastosowanie co najmniej dwóch elementów należących do kategorii: a) wiedza o czymś, o czym wie wyłącznie użytkownik, b) posiadanie czegoś, co posiada wyłącznie użytkownik, c) cechy charakterystyczne użytkownika będących integralną częścią tego uwierzytelniania oraz niezależnych w taki sposób, że naruszenie jednego z tych elementów nie osłabia wiarygodności pozostałych

Źródło: opracowanie własne.

z którym zastosowane elementy uwierzytelniające mają stanowić „integralną część tego uwierzytelniania", którego brak w definicji SCA zawartej w PSD2, a także na wskazaniu w definicji ustawowej, że SCA stanowi uwierzytelnianie zapewniające ochronę poufności danych, gdy PSD2 odnosi się do zapewnienia ochrony poufności „danych uwierzytelniających". Ponadto, odnosząc się do jednego z elementów uwierzytelniania, PSD2 wskazuje, że chodzi o „cechy klienta" czyli „coś, czym jest użytkownik", a UUP – nieco enigmatycznie i zbyt szeroko – odnosi się do „cech charakterystycznych użytkownika", co niekoniecznie musi oznaczać cechy biometryczne tej osoby. We wszystkich ww. przypadkach różnice te są znaczące i należy je ocenić – w kontekście prawidłowości transpozycji – jednoznacznie negatywnie.

Dodatkowo definicja silnego uwierzytelniania wymaga także modyfikacji w ramach rewizji PSD2. Obecne brzmienie tej definicji zarówno w przepisach UUP, jak i PSD2, nie przesądza czy procedura ta powinna być oparta na zastosowaniu co najmniej dwóch elementów uwierzytelniających należących do tej samej kategorii czy też konieczne jest zastosowanie elementów przyporządkowanych do różnych kategorii. Aktualna definicja pozwala zarówno na przyjęcie interpretacji, że możliwe jest wykorzystanie dwóch elementów uwierzytelniających należących do tej samej kategorii, jak i że konieczne jest użycie elementów uwierzytelniających należących do różnych kategorii. Kwestia ta została rozstrzygnięta przez EBA w opinii z 21 czerwca 2019 r.[34], jednakże stanowisko to nie ma charakteru prawnie wiążącego i stanowi tzw. *soft law*. Z tego względu zasadnym wydaje się uregulowanie tej kwestii w przepisach bezwzględnie obowiązujących.

W projektowanym art. 85 ust. 12 PSR wprowadzono zmianę polegającą na przyjęciu, że dwa lub więcej elementów uwierzytelniających będących składnikiem SCA nie muszą należeć do różnych kategorii tak długo, jak ich niezależność jest w pełni zachowana.

8.2. Przesłanki zastosowania silnego uwierzytelniania

W odniesieniu do art. 32i ust. 1 UUP i transponowanego art. 97 ust. 1 PSD2 wątpliwości praktyczne wzbudza zakres znaczeniowy pojęcia „dostępu on-

34 *Opinion of the European Banking Authority on the elements of strong customer authentication under PSD2*, EBA-Op-2019-06, EBA 2019, pkt 37.

-line do rachunku". Szczególnie kontrowersyjne jest czy tzw. dostęp pasywny do rachunku, polegający na wyłącznie przeglądaniu historii transakcji na rachunku stanowi już dostęp on-line, czy też aby przyjąć, że użytkownik posiada dostęp on-line do rachunku, konieczne jest uzyskanie przez niego możliwości składania zleceń płatniczych on-line.

Inną kwestią, która nie jest dostatecznie wyraźnie uregulowana na poziomie przepisów PSD2 i UUP jest kwestia zastosowania SCA do transakcji inicjowanych przez odbiorcę (tzw. *merchant initiated transactions*, tj. transakcje MIT) i za pośrednictwem odbiorcy. Praktyka rynkowa w tym zakresie opiera się wyłącznie na interpretacji art. 97 ust. 1 lit. b PSD2 (art. 32i ust. 1 pkt 2 UUP), który nakazuje stosować SCA w przypadku, gdy płatnik inicjuje elektroniczną transakcję płatniczą oraz na opiniach wydawanych przez EBA w ramach bazy Single Rulebook Q&A (odpowiedź na pytanie nr 2018_4131 i 2018_4031)[35]. W związku z tym, że przywołany przepis PSD2 odwołuje się jedynie do przypadku inicjowania transakcji przez płatnika, a nie przez dowolnego użytkownika usług płatniczych (w tym odbiorcę), uznaje się powszechnie, że intencją europejskiego prawodawcy było odejście od wymogu stosowania SCA w przypadku, gdy elektroniczną transakcję płatniczą inicjuje odbiorca. Nie jest to jednak wyraźnie wyartykułowane w przepisach PSD2 i, odpowiednio, w przepisach UUP. Należy podkreślić, że z punktu widzenia zarządzania ryzykiem prawnym w instytucjach będących dostawcami usług płatniczych, zakres zastosowania SCA do takich transakcji winien wynikać przede wszystkim z przepisów prawa o charakterze powszechnie obowiązującym, a nie z niewiążących interpretacji organów. Z tego względu celowym jest, aby zasady stosowania SCA do transakcji inicjowanych przez odbiorcę, a także transakcji inicjowanych za pośrednictwem odbiorcy zostały wyraźnie uregulowane w przepisach prawa powszechnie obowiązującego, tj. w przepisach PSD2 i następnie UUP. Zagadnienie to zostało rozstrzygnięte w ramach rewizji PSD2 poprzez uwzględnienie w projekcie PSR postanowień wprost regulujących zasady stosowania SCA do transakcji inicjowanych przez odbiorcę bez interakcji lub zaangażowania użytkownika (w takim przypadku brak jest obowiązku stosowania SCA zgodnie z projektowanym art. 85 ust. 2 PSR) oraz do transakcji inicjowanych przez odbiorcę przy interakcji lub zaangażowaniu użytkownika.

Dodatkowo, niezbędnym wydaje się wyjaśnienie na poziomie ustawowym pojęcia „elektronicznej transakcji płatniczej". W szczególności definicja ta powinna wyjaśnić, jakie dokładnie rodzaje transakcji są nią objęte. Ponadto, przepisy PSD2 i UUP powinny wyraźnie rozstrzygnąć czy transakcje płatnicze wykonywane w oparciu o zlecenia płatnicze składane telefonicznie lub korespondencyjnie są objęte obowiązkiem uwierzytelniania w trybie SCA. Aktualnie przyjmuje się, w ślad za stanowiskiem EBA wyrażonym w toku prac nad Rozporządzeniem delegowanym Komisji (UE) 2018/389 z dnia 27 listopada 2017 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych dotyczących silnego uwierzytelniania klienta i wspólnych i bezpiecznych otwartych standardów komunikacji (**RTS PSD2**)[36], iż transakcje płatnicze inicjowane telefonicznie i korespondencyjnie (tzw. transakcje MOTO – *telephone and mail orders*) nie są objęte obowiązkiem zastosowania SCA[37], ze względu na okoliczność, że nie stanowią elektronicznych transakcji płatniczych. Definicja „elektronicznej transakcji płatniczej" powinna także wskazywać, czy termin ten jest tożsamy z pojęciem zdalnej transakcji płatniczej (które to pojęcie, zgodnie z art. 4 pkt 6 PSD2, oznacza transakcję płatniczą zainicjowaną za pośrednictwem internetu lub urządzenia, które może być wykorzystywane do porozumiewania się na odległość) czy też zakres znaczeniowy tych dwóch definicji jest różny. Co istotne, pojęcie „elektronicznej transakcji płatniczej", którym posługuje się art. 97 ust. 1 PSD2 i art. 32i ust. 1 UUP na potrzeby określenia przesłanek zastosowania SCA, nie zostało zdefiniowane zarówno w przepisach PSD2, jak i UUP. Natomiast termin „zdalnej transakcji płatniczej", którym posługuje się PSD2, nie został transponowany do UUP. W związku z tym, w ramach rewizji PSD2 konieczne jest wyjaśnienie zakresu znaczeniowego tych dwóch pojęć oraz następnie transponowanie stosownych przepisów do UUP. Dodatkowo w toku nowelizacji UUP należy wprowadzić do systemu prawa krajowego definicję pojęcia zdalnej transakcji płatniczej. Część tych zagadnień została zaadresowana w ramach rewizji PSD2. W szczególności w projek-

35 *EBA Single Rulebook Q&A*, https://www.eba.europa.eu [5.07.2023].

36 *Final Report – Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2)*, EBA/RTS/2017/02, EBA 2017.

37 EBA wskazała w dokumencie konsultacyjnym RTS PSD2, że: „In the EBA's view, mail and telephone orders are out of the scope of the principle of SCA under PSD2 and therefore not subject to the RTS requirements".

cie PSR przewidziano wprost wyłączenie od obowiązku stosowania SCA do transakcji MOTO oraz do transakcji płatniczych inicjowanych na papierze, niezależnie od tego czy transakcja płatnicza jest wykonywana elektronicznie czy też nie (przy założeniu jednakże, że dostawca usług płatniczych stosuje wymogi bezpieczeństwa i weryfikuje płatnika). Ponadto w projekcie tym dotychczasowe pojęcie „zdalnej transakcji płatniczej" zostało zastąpione pojęciem „zdalnego inicjowania transakcji płatniczej", definiowanym jako transakcja płatnicza, w odniesieniu do której zlecenie płatnicze jest składane przez Internet.

8.3. Czynności za pośrednictwem kanału zdalnego

Wprowadzenia zmian wymaga także art. 32i ust. 1 pkt 3 UUP i odpowiadający mu art. 97 ust. 1 lit. C PSD2, zgodnie z którym dostawca zobowiązany jest stosować SCA, gdy płatnik przeprowadza za pomocą kanału zdalnego czynność, która może wiązać się z ryzykiem oszustwa związanego z wykonywanymi usługami płatniczymi lub innych nadużyć. Przede wszystkim konieczne jest wprowadzenie do PSD2 i UUP definicji „kanału zdalnego", co pozwoliłoby na usunięcie wątpliwości interpretacyjnych co do zakresu zastosowania SCA w odniesieniu do czynności podejmowanych przez dostawcą usług płatniczych z użytkownikiem za pomocą zdalnych kanałów komunikacji. Poza tym niezbędne jest wyjaśnienie czy „kanałem zdalnym" jest każda forma kontaktu dostawcy z użytkownikiem poza placówką tego dostawcy za pomocą środków porozumiewania się na odległość, czy też tą definicją objęte są jedynie niektóre kanały takiego kontaktu. Definicji „kanału zdalnego" brak także w opublikowanym projekcie PSR.

Doprecyzowania wymaga także, czy dostawca ma obowiązek stosować SCA w odniesieniu do czynności podejmowanych w toku rozmów telefonicznych użytkownika z przedstawicielem dostawcy, a także czy obowiązek ten dotyczy rozmów przeprowadzanych z wykorzystaniem po stronie dostawcy technologii IVR (ang. *interactive voice response*). W praktyce rynkowej funkcjonują dwie interpretacje. Zgodnie z jedną z nich takie czynności jako przeprowadzane przez telefon są zwolnione z obowiązku stosowania SCA zgodnie z przywołanym powyżej stanowiskiem EBA, według którego transakcje MOTO wyłączone są z obowiązku stosowania SCA – przyjmuje się, że skoro do transakcji zlecanych telefonicznie nie stosuje się SCA, to tym bardziej nie ma takiego obowiązku w stosunku do innych czynności przeprowadzanych telefonicznie. Według drugiej interpretacji, do czynności podejmowanych z użyciem IVR nie znajduje zastosowania przywołane stanowisko EBA dotyczące transakcji MOTO, gdyż od strony funkcjonalnej system IVR jest w istocie systemem elektronicznym, a zatem połączenia z wykorzystaniem tego systemu nie stanowią standardowych rozmów telefonicznych. W konsekwencji dostawca usług płatniczych udostępniający użytkownikom taką formę kontaktu zobowiązany jest zapewnić stosowanie SCA wobec użytkowników podejmujących czynności z wykorzystaniem tej funkcjonalności. Dodatkowo w kontekście art. 32i ust. 1 pkt 3 UUP i odpowiadającego mu art. 97 ust. 1 lit. c PSD2 należy doprecyzować, o jakich rodzajach oszustw związanych z usługami płatniczymi lub nadużyciach mowa jest w tych przepisach, a mianowicie czy ta norma prawna dotyczy ryzyka popełnienia oszustwa lub nadużycia przez użytkownika usług płatniczych czy też wyłącznie przez osoby trzecie.

8.4. Silne uwierzytelnianie a technologie podmiotów trzecich

Niezwykle istotnym zagadnieniem dotyczącym SCA, które wymaga uregulowania na poziomie przepisów PSD2 i następnie przepisów UUP, jest określenie zasad wykorzystywania przez dostawców usług płatniczych i polegania przez nich na technologii podmiotów trzecich na potrzeby tej procedury. Wątpliwości praktyczne dotyczą przede wszystkim tego, na jakich zasadach dostawca usług płatniczych może polegać na weryfikacji biometrycznej (w szczególności odcisku palca lub zdjęcia biometrycznego twarzy) przeprowadzanej przez oprogramowanie urządzenia mobilnego dostarczanego przez podmiot trzeci. Istota tych wątpliwości sprowadza się do tego, czy poleganie przez dostawcę na technologii podmiotu trzeciego wymaga zastosowania przez dostawcę reżimu outsourcingu regulowanego (tj. outsourcingu bankowego w rozumieniu art. 6a–6d ustawy Prawo bankowe lub outsourcingu płatniczego w rozumieniu art. 86 UUP) czy też dopuszczalne jest przyjęcie, że w przypadku tego typu rozwiązań technologicznych nie mamy do czynienia w ogóle z outsourcingiem, lecz jedynie wiązką kilku umów zawartych pomiędzy dostawcą, użytkownikiem a podmiotem trzecim, na podstawie których wszystkie zainte-

resowane podmioty wyrażają zgodę na autoryzowanie transakcji i uwierzytelnianie użytkownika z wykorzystaniem elementu uwierzytelniającego weryfikowanego przez oprogramowanie podmiotu trzeciego.

Dodatkowo niezbędne jest uregulowanie zasad odpowiedzialności dostawcy i podmiotu trzeciego za nieautoryzowane, niewykonane lub nienależycie wykonane transakcje płatnicze, na potrzeby których została wykorzystana technologia podmiotu trzeciego. W obecnym stanie prawnym nie jest jasne, według jakich norm prawnych należy rozstrzygać ewentualne spory pomiędzy dostawcami usług płatniczych a podmiotami trzecimi dostarczającymi użytkownikom rozwiązania technologiczne wykorzystywane w celu uwierzytelniania użytkownika.

Dodatkowo, w ramach rewizji PSD2 konieczne jest wyjaśnienie czy odcisk palca (analogicznie, zdjęcie biometryczne) zastosowany w ramach procedury SCA i weryfikowany przez oprogramowanie podmiotu trzeciego stanowi element uwierzytelniający należący do kategorii „cecha" klienta czy raczej do kategorii „posiadanie". Za przyporządkowaniem go do kategorii „cecha" klienta przemawia okoliczność, że odcisk palca stanowi cechę biometryczną użytkownika. Wątpliwości co do prawidłowości takiej interpretacji wynikają natomiast z faktu, iż dostawca nie posiada w ogóle wzorca biometrycznego odcisku palca, którym posługuje się użytkownik, a podmiot trzeci nie dokonuje weryfikacji tego odcisku w imieniu dostawcy na podstawie umowy outsourcingowej, lecz jedynie potwierdza jego zgodność z wzorcem biometrycznym zapisanym w oprogramowaniu urządzenia mobilnego. Te okoliczności skłaniają niektórych uczestników rynku do przyjęcia, że w takim przypadku podmiot trzeci w istocie nie potwierdza tożsamości użytkownika na podstawie zgodności odcisku palca z zapisanym uprzednio wzorcem biometrycznym, lecz jedynie, że dane urządzenie mobilne jest używane przez konkretnego użytkownika, w związku z czym ze strony podmiotu trzeciego dochodzi jedynie do potwierdzenia posiadania urządzenia mobilnego. W rezultacie, uczestnicy rynku podzielający ten punkt widzenia przyjmują, że element uwierzytelniający potwierdzany za pośrednictwem technologii podmiotu trzeciego należy do kategorii „posiadanie".

W tym zakresie w projekcie PSR wprowadzono istotną zmianę polegającą na ustanowieniu obowiązku zawarcia przez dostawcę usług płatniczych, korzystającego z technologii podmiotu trzeciego na potrzeby dostarczenia i weryfikacji elementów SCA, umowy outsourcingowej z tym dostawcą[38].

8.5. Kategorie elementów uwierzytelniania

Przywołane powyżej zagadnienie praktyczne dotyka szerszego problemu, jakim jest brak (zarówno w przepisach PSD2, jak i UUP oraz aktów wykonawczych) jednoznacznych kryteriów prawnych pozwalających na przyporządkowanie poszczególnych elementów uwierzytelniających do jednej z trzech kategorii (wiedza, posiadanie, cecha klienta). Podobnie jak w przypadku wielu zagadnień wskazanych w tym opracowaniu, do tej pory szczegółowe kryteria pozwalające na przyporządkowanie elementów uwierzytelniania do jednej z trzech kategorii mogły być interpretowane przede wszystkim w oparciu o niewiążące stanowiska EBA[39]. Nie ma oczywiście potrzeby przenoszenia całości wytycznych interpretacyjnych zawartych w tych stanowiskach do wiążących aktów prawnych, takich jak dyrektywy czy rozporządzenia (w tym rozporządzenia delegowane). Wydaje się jednak, że uwzględnienie w wiążących aktach prawnych ogólnych kryteriów przyporządkowania elementów uwierzytelniania do poszczególnych kryteriów pozwoliłoby zharmonizować podejście rynku w tym zakresie we wszystkich państwach członkowskich.

8.6. Kod uwierzytelniający

Innym zagadnieniem wymagającym doprecyzowania w ramach rewizji PSD2 jest kwestia kodu uwierzytelniającego. Chodzi mianowicie o wskazanie czy kod uwierzytelniający jest konsekwencją skutecznej weryfikacji elementów uwierzytelniających podanych przez użytkownika (zgodnie z literalną wykładnią art. 4 ust. 1 RTS PSD2, na podstawie którego *„uwierzytelnianie opiera się na zastosowaniu co najmniej dwóch elementów należących do kategorii „wiedza", „posiadanie" i „cechy klienta" oraz* ***prowadzi do wygenerowania kodu uwierzytelniającego***") czy też może stanowić jeden z elementów uwierzytelniających, np. jako kod OTP przesłany w wiadomości SMS. Ak-

38 *Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on payment services (…)*, op. cit.

39 *Opinion of the European Banking Authority on the elements (…)*, op. cit.

Tabela 5. Składniki uwierzytelniania użytkownika wg EBA w podziale na kategorię czynników

Składniki uwierzytelniania zgodne z wymogami EBA		
Wiedza	**Posiadanie**	**Cecha użytkownika**
1. Hasło; 2. Kod PIN; 3. Pytanie bezpieczeństwa; 4. Passphrase – fraza zabezpieczająca; 5. Określona sekwencja wprowadzana przez użytkownika np. wzór na telefonie.	1. Token mobilny zainstalowany na urządzeniu; 2. Token sprzętowy; 3. Weryfikacja urządzenia przez wygenerowanie kodu QR i skanowanie go urządzeniem zewnętrznym; 4. Karta SIM (potwierdzenie przez jednorazowe hasło SMS); 5. Karta płatnicza w POS; 6. Aplikacja lub przeglądarka powiązana z urządzeniem; 7. Karta płatnicza ze zmiennymi danymi karty.	1. Skan odcisku palca; 2. Rozpoznawanie głosu; 3. Rozpoznawanie układu naczyń krwionośnych; 4. Biometria twarzy oraz dłoni; 5. Rozpoznanie tęczówki oraz siatkówki oka; 6. Weryfikacja sposobu pisania na klawiaturze (biometria behawioralna); 7. Biometria behawioralna.
Składniki uwierzytelniania nie spełniające wymogów EBA		
Wiedza	**Posiadanie**	**Cecha użytkownika**
1. Dane użytkownika tj. nazwa użytkownika, adres e-mail, adres itp.; 2. Jednorazowe hasło SMS otrzymywane na urządzenie; 3. Dane kart płatniczej tj. numer oraz CVV.	1. Karta z hasłami jednorazowymi; 2. Dane zawarte na karcie płatniczej tj. numer karty oraz CVV; 3. Aplikacja zainstalowana na urządzeniu.	1. Dane użytkownika przekazywane i przetwarzane przez protokoły bezpieczeństwa tj. 3D-Secure; 2. Sekwencja wprowadzana przez użytkownika np. wzór na telefonie.

Źródło: D. Sadłakowski, Innowacje w sektorze usług płatniczych w Unii Europejskiej w warunkach modelu otwartej bankowości, Toruń 2020.

tualna treść RTS PSD2 i dotychczasowe stanowiska EBA nie wyjaśniają dostatecznie praktycznych wątpliwości w tym zakresie i prowadzą do rozbieżności odnośnie do stosowania art. 4 RTS PSD2.

8.7. Wyłączenia od obowiązku stosowania silnego uwierzytelniania

Spośród wyłączeń od obowiązku stosowania SCA zaadresowanych w art. 10–18 RTS PSD2 dużo wątpliwości praktycznych wzbudza wyłączenie, o którym mowa w art. 18 RTS PSD2, pozwalające na odstąpienie od stosowania SCA w odniesieniu do transakcji charakteryzujących się niskim poziomem ryzyka. W szczególności liczne wątpliwości wzbudza zakres audytu dostawcy usług płatniczych w zakresie metodyki, modelu i zgłoszonych wskaźników oszustw, którego sporządzenie jest wymagane zgodnie z art. 3 ust. 2 RTS PSD2. Nie jest jasne, jaką metodykę badania powinien przyjąć podmiot sporządzający audyt.

Doprecyzowania wymagają także przesłanki skorzystania z wyłączenia, o którym mowa w art. 17 RTS PSD2. W szczególności należy wskazać, jakich konkretnie procesów i protokołów dotyczy to wyłączenie, a także wyszczególnić przesłanki uznania przez

właściwy organ, że procesy i protokoły udostępnione przez dostawcę w celu inicjowania elektronicznych transakcji płatniczych przez płatników niebędących konsumentami gwarantują poziom bezpieczeństwa co najmniej równoważny poziomowi wynikającemu z przepisów PSD2.

8.8. Generowanie danych uwierzytelniających dla nowych użytkowników

Wiele wątpliwości praktycznych rodzi obowiązek stosowania SCA w odniesieniu do powiązania tożsamości użytkownika z indywidualnymi danymi uwierzytelniającymi, urządzeniami uwierzytelniającymi lub oprogramowaniem uwierzytelniającym za pomocą kanału zdalnego, o którym mowa w art. 24 ust. 2 lit b RTS PSD2. Na podstawie aktualnego brzmienia tego przepisu nie jest jasne, w jaki sposób ten wymóg powinien zostać spełniony w przypadku, gdy użytkownik nawiązuje relację umowną z dostawcą przez Internet, to znaczy czy w takim przypadku dostawca w celu umożliwienia użytkownikowi posłużenia się danymi uwierzytelniającymi po raz pierwszy, powinien uprzednio powiązać te dane z użytkownikiem czy też nie ma takiej konieczności.

Dodatkowo, problemy praktyczne wzbudza stosowanie art. 25 RTS PSD2, a mianowicie czy dopuszczalne jest dostarczenie użytkownikowi jego pierwszych danych uwierzytelniających za pomocą elektronicznych kanałów komunikacji (np. w wiadomości e-mail), w wiadomości SMS lub w toku rozmowy telefonicznej czy też konieczne jest przekazanie tych danych w inny sposób.

8.9. Liability shift

Doprecyzowania wymaga kwestia zakresu i zasad ponoszenia odpowiedzialności w przypadku, gdy jedna ze stron swoim działaniem powoduje, że nie dochodzi do skutecznego zastosowania procedury SCA. Zgodnie z aktualnym brzmieniem art. 46 ust. 4a UUP (który wdraża art. 74 ust. 2 PSD2) w przypadku, gdy dostawca płatnika nie wymaga SCA, płatnik nie ponosi odpowiedzialności za nieautoryzowane transakcje płatnicze, chyba że działał umyślnie. Brzmienie art. 46 ust. 4a UUP odwołuje się do odpowiedzialności płatnika za nieautoryzowane transakcje płatnicze, podczas gdy stosowny przepis PSD2 wskazuje, że w takim przypadku płatnik nie ponosi szkód finansowych. Zakres wyłączenia odpowiedzialności płatnika według PSD2 poprzez odwołanie do szkód finansowych jest więc szerszy, niż to wynika z UUP.

Zmiany wymaga także drugie zdanie art. 46 ust. 4a UUP, zgodnie z którym odbiorca lub dostawca odbiorcy, który nie akceptuje SCA, odpowiada za szkody poniesione przez dostawcę płatnika. Natomiast transponowany przez ten przepis art. 74 ust. 2 PSD2 stanowi, że w takim przypadku odbiorca lub dostawca odbiorcy zwraca szkody finansowe poniesione przez dostawcę płatnika. Wydaje się, że określenie „zwraca szkody finansowe" pełniej oddaje intencje europejskiego prawodawcy niż zastosowane w UUP określenie „odpowiada za szkody" i należy rozważyć jego wdrożenie w art. 46 ust. 4a UUP.

9. Otwarta bankowość

9.1. Definicje legalne nowych usług płatniczych

Polska transpozycja definicji nowych usług tzw. otwartej bankowości, tj. usługi inicjowania płatności (art. 4 pkt 15 PSD2) oraz usługi dostępu do informacji o rachunku (art. 4 pkt 16 PSD2) jest niemal dosłowna, choć w pewnym zakresie została dodatkowo rozbudowana. W przeciwieństwie do unijnego pierwowzoru, usługi te nie zostały jednak zdefiniowane w słowniczku (art. 2 UUP), ale w przepisie określającym zakres przedmiotowy usług płatniczych (art. 3 UUP). Podejście takie jest konsekwentne w odniesieniu do wszystkich usług płatniczych, których definicje wprowadza UUP.

9.1.1. Usługa inicjowania płatności

Zgodnie z art. 3 ust. 5 UUP, usługa inicjowania transakcji płatniczej oznacza usługę polegającą na zainicjowaniu zlecenia płatniczego przez dostawcę świadczącego usługę inicjowania transakcji płatniczej na wniosek użytkownika z rachunku płatniczego użytkownika prowadzonego przez innego dostawcę.

Warto zwrócić uwagę na dwie kwestie związane z przywołaną definicją, które mogą mieć praktyczne implikacje.

Po pierwsze, pierwowzór unijny nie zawiera dookreślenia, że zainicjowanie transakcji ma być dokonane „przez dostawcę świadczącego usługę inicjowania transakcji płatniczej" (tzw. dostawcę PIS, inaczej PISP), a nie np. przez odbiorcę za pośrednictwem dostawcy PIS. Wniosek taki można natomiast wyprowadzić zarówno z motywów preambuły do PSD2 (por. w szczególności motyw 32 preambuły), jak i sformułowania art. 66 PSD2. Polskie odejście od dosłownego powtórzenia definicji z dyrektywy należy więc uznać za prawidłowe.

Po drugie, podobnie jak pierwowzór unijny, polska definicja nie wskazuje wprost, dla kogo świadczona jest usługa PIS – dla płatnika, dla odbiorcy, czy alternatywnie dla obu tych podmiotów. W definicji wskazano także, że zainicjowanie transakcji odbywa się „na wniosek użytkownika", a więc podmiotu będącego płatnikiem, odbiorcą albo płatnikiem i odbiorcą równocześnie. Jednocześnie jednak przepisy określające zasady świadczenia usługi PIS jasno wskazują, że to płatnik korzysta z usługi PIS (art. 59r ust. 1 oraz ust. 2 UUP). Analogicznych sformułowań brak w odniesieniu do korzystania z usługi PIS przez odbiorcę.

Kwestia ta ma potencjalnie istotne znaczenie dla ukształtowania stosunków umownych, np. w umowach acquiringowych, w przypadku których agent rozliczeniowy może oferować odbiorcy możliwość inicjowania płatności przez płatników. W takiej sytuacji istotnym jest, czy agent rozliczeniowy świadczy na rzecz odbiorcy jedynie usługę acquiringu, o której mowa w art. 3 ust. 5 UUP, czy także usługę PIS. Biorąc pod uwagę przywołane wcześniej argumenty, w obecnym stanie prawnym należałoby się opowiedzieć za rozumieniem usługi PIS jako świadczonej jedynie dla płatnika. Co za tym idzie usługą świadczoną dla odbiorcy byłaby w takim przypadku „jedynie" usługa acquiringu.

9.1.2. Usługa dostępu do informacji o rachunku

Zgodnie z art. 3 ust. 6 UUP, usługa dostępu do informacji o rachunku oznacza usługę on-line polegającą na dostarczaniu skonsolidowanych informacji dotyczących: 1) rachunku płatniczego użytkownika prowadzonego u innego dostawcy albo 2) rachunków płatniczych użytkownika prowadzonych u innego dostawcy albo u więcej niż jednego dostawcy.

W motywie 28 zd. 2 oraz 3 preambuły do PSD2 wskazano, że „usługi te zapewniają użytkownikowi usług płatniczych zagregowane informacje online o rachunku płatniczym lub rachunkach płatniczych posiadanych u dostawcy lub dostawców usług płatniczych, które to informacje udostępniane są w Internecie poprzez interfejs dostawcy usług płatniczych prowadzącego rachunek. W ten sposób użytkownik usług płatniczych ma możliwość uzyskania w danym momencie natychmiastowego ogólnego obrazu swojej sytuacji finansowej[40]". Wskazuje to wprost, że celem prawodawcy europejskiego było uchwycenie względnie prostych usług polegających na zagregowaniu informacji o stanie rachunków u różnych dostawców i ich zaprezentowanie użytkownikowi.

W praktyce jednak dość szybko pojawiła się cała paleta odmiennych zastosowań usług AIS, m.in. w zakresie oceny zdolności kredytowej użytkownika (zautomatyzowane badanie historii operacji na rachunku) czy weryfikacji tożsamości użytkownika dla potrzeb przeciwdziałania praniu pieniędzy. Takie odmienne cele mieszczą się w zakresie formalnej definicji usługi AIS. Często nie zakładają jednak

40 *Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych (…)*, op. cit.

prezentowania zagregowanych informacji samemu użytkownikowi. Stoi to w kontrze wobec dość kategorycznych sformułowań preambuły do PSD2, choć na gruncie prawnym można uzasadnić odejście od takiego standardowego schematu. Polska ustawa prawidłowo nie powiela przy tym sformułowań przywołanego motywu w preambule PSD2.

9.1.3. API Premium

Jeszcze w trakcie prac nad dostosowaniem rynku do wymogów PSD2 oraz towarzyszących RTS PSD2 pojawiła się istotna biznesowo kwestia możliwości świadczenia tzw. usług API Premium, czyli komercyjnego udostępniania szerszego katalogu danych niż wskazane w PSD2 oraz RTS PSD2. Dane takie mogłyby np. obejmować dłuższą historię rachunku czy informacje o kredytach udzielonych posiadaczowi rachunku, które mogłyby być wykorzystywane przez ich odbiorcę do świadczenia swoich usług albo prezentować posiadaczowi pełniejsze dane o jego sytuacji finansowej. W związku z koncepcją API Premium pojawiły się dwa zasadnicze problemy. Po pierwsze, spornym jest czy takie szersze udostępnianie danych mieściłoby się dalej w zakresie definicji usługi AIS. Zarówno definicja samej usługi, jak i przepisy precyzujące zasady jej wykonywania wprost odnoszą się do relatywnie wąskiego zakresu przekazywanych danych. Należałoby wiec uznać, że wyjście poza taki wąski katalog, oznaczałoby świadczenie innego rodzaju usługi, która wykraczałaby poza ustawowy katalog usług płatniczych. Po drugie, w kontekście regulacji działalności polskich banków, dyskusyjnym jest zakwalifikowanie takiej poszerzonej usługi jako jednej z czynności, o których mowa w art. 5 oraz art. 6 ustawy – Prawo bankowe tj. jako czynności bankowej lub okołobankowej. Prowadzi to jednocześnie do pytania o możliwość angażowania się banku krajowego w działalność pozabankową – co jest kwestią dyskusyjną[41]. Inną jeszcze kwestią jest istnienie podstawy prawnej do ujawniania przez bank podmiotowi trzeciemu takich danych wykraczających poza zakres usługi AIS jako danych objętych tajemnicą bankową – wydaje się, że wobec wąskiego ujęcia art. 105 ust. 1 pkt 1h) ustawy – Prawo bankowe, ujawnienie takich danych wymagałoby zgody użytkownika (upoważnienia, o którym mowa w art. 104 ust. 3 ustawy – Prawo bankowe).

Udostępnianie szerszego katalogu danych niż dane przekazywane w ramach usługi AIS zostało uregulowane w projekcie rozporządzenia FIDA, to jest rozporządzenia w sprawie dostępu do danych finansowych[42].

9.1.4. Potwierdzanie dostępności środków na rachunku płatniczym

Wprowadzone przez PSD2 zasady potwierdzania dostępności środków na rachunku płatniczym (usługa CAF – ang. *confirmation of the availability of funds* lub CoF – ang. c*onfirmation of funds*) miały służyć rozwojowi innowacyjnych usług wydawania instrumentów kartowych rozliczanych w oparciu o środki na rachunkach prowadzonych przez podmiot trzeci.

Ani prawodawca europejski, ani polski ustawodawca nie zdecydowali się na podniesienie takich rozwiązań do rangi odrębnej usługi płatniczej. Zgodnie z motywem 67 zd. 4 preambuły do PSD2, celem regulacji było umożliwienie wydawcom instrumentów płatniczych opartych na karcie ograniczenia ich ryzyka kredytowego poprzez potwierdzenie, że w momencie dokonywania transakcji użytkownik posiada wymagane środki[43]. Rozwiązanie to miało więc towarzyszyć usłudze wydawania instrumentu oraz ewentualnego wykonywania transakcji przy jego użyciu (przede wszystkim w ciężar udostępnionych środków).

W praktyce rozwiązania te nie znalazły szczególnego zastosowania w przywołanym zakresie. Jednocześnie, ku zdziwieniu podmiotów prowadzących rachunki, zapytania o dostępność środków pojawiły się jako oczekiwany element procesu inicjowania transakcji płatniczych (tj. usługi PIS), jako niejako przedpole zainicjowania transakcji. Zgodnie z opinią EBA, interfejs dostępowy dla TPP powinien umożliwiać świadczenie przez dostawcę prowadzącego rachunek usługi CAF nie tylko w stosunku do dostawców świadczących usługę CAF, ale także w stosunku

41 por. M. Blocher, *Niefinansowa działalność banku*, Monitor Prawa Handlowego 2021, nr 4

42 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for Financial Data Access and amending Regulations (EU) No 1093/2010, (EU) No 1094/2010, (EU) No 1095/2010 and (EU) 2022/2554, opublikowane 28 czerwca 2023 r.

43 Jeżeli chodzi o dostawcę usług płatniczych wydającego oparty na karcie instrument płatniczy, szczególnie karty debetowe, uzyskanie potwierdzenia o dostępności środków pieniężnych na rachunku klienta od dostawcy usług płatniczych prowadzącego rachunek pozwoliłoby temu wydawcy lepiej zarządzać jego ryzykiem kredytowym oraz je ograniczać. Jednocześnie potwierdzenie to nie powinno umożliwiać dostawcy usług płatniczych prowadzącemu rachunek zablokowania środków pieniężnych na rachunku płatniczym płatnika.

do dostawców świadczących usługę PIS[44]. W naszej ocenie stanowisko EBA może budzić uzasadnione wątpliwości na gruncie art. 36 ust. 1 lit. c) RTS PSD2. Zgodnie z przywołanym przepisem, dostawcy prowadzący rachunek „na wniosek bezzwłocznie przekazują [...] dostawcom usług płatniczych potwierdzenie dostępności na rachunku płatniczym płatnika kwoty koniecznej do przeprowadzenia transakcji płatniczej w prostym formacie tak lub nie". Literalna wykładnia ww. przepisu nie pozwala przesądzić, w stosunku, do którego „dostawcy usług płatniczych" dostawca prowadzący rachunek powinien świadczyć usługę CAF. Biorąc jednak pod uwagę wykładnię systemową należy przyjąć, że art. 36 ust. 1 lit. c) RTS PSD2 dotyczy wyłącznie dostawców CAF (a nie dostawców PISP, do których odnosi się art. 36 ust. 1 lit. b RTS PSD2, czy dostawców AISP, do których odnosi się art. 36 ust. 1 lit. a RTS PSD2).

W taki sposób został sformułowany także art. 49a ust. 1 UUP, który wyraźnie wskazuje, że usługa CAF powinna być realizowana w stosunku do dostawców usługi CAF.

Należy wskazać, że projekt PSR w ogóle nie zawiera regulacji dotyczących świadczenia usługi CAF, która w konsekwencji przestanie funkcjonować wraz z wejściem w życie PSR.

9.2. Zasady komunikacji na linii ASPSP-TPP

Zasady komunikacji pomiędzy ASPSP a TPP są uregulowane przede wszystkim w przepisach art. 30 –36 RTS PSD2.

Ustawa o usługach płatniczych, transponując do prawa krajowego stosowne przepisy PSD2, zawiera jedynie ogólne wytyczne w tym zakresie. Z tego względu, komentarz poniżej odnosi się do możliwego kierunku zmian przepisów RTS PSD2 dotyczących zasad komunikacji pomiędzy ASPSP a TPP.

W ramach rewizji PSD2 wskazane jest przeanalizowanie zasadności utrzymywania dwóch wariantów interfejsu dostępowego, tj. specjalnego interfejsu (API) i interfejsu klienckiego dostosowanego na potrzeby dostępu do rachunku przez TPP (tzw. zmodyfikowanego interfejsu dostępowego). Wydaje się, że wobec powszechności stosowania specjalnego API, interfejs ten mógłby zostać uznany w ramach rewizji PSD2 za jedyny dopuszczalny kanał komunikacji pomiędzy ASPSP a TPP, z możliwością posługiwania się tzw. zmodyfikowanym interfejsem klienckim jedynie jako mechanizmem awaryjnym. Aktualny projekt PSR przewiduje, iż API (dedykowany interfejs) będzie preferowanym kanałem komunikacji pomiędzy ASPSP a TPP. Poza tym w aktualnie obowiązujących przepisach prawa brak jest szczegółowych wytycznych wskazujących jak zmodyfikowany interfejs kliencki powinien funkcjonować jako kanał dostępu do rachunków płatniczych dla TPP. Z tego względu konieczne jest wskazanie w przepisach powszechnie obowiązujących precyzyjnych wymogów regulacyjnych dotyczących tego interfejsu, zarówno jako interfejsu podstawowego, jak i jako mechanizmu awaryjnego, o którym mowa w art. 33 ust. 4 RTS PSD2. W projekcie PSR również przewidziano stosowanie zmodyfikowanego interfejsu klienckiego jako kanału udostępnianego w przypadku niedostępności API.

W szczególności ze względu na specyfikę polskiego rynku w zakresie wypracowanego do tej pory modelu uwierzytelniania użytkownika w związku z komunikacją pomiędzy ASPSP a TPP, zasadnym jest, aby model *redirection* pozostał, obok modelu *decoupled* i *embedded*, dopuszczalnym modelem uwierzytelniania, z uwzględnieniem dotychczasowego zakazu stosowania przeszkód w dostępie użytkowników do usług płatniczych świadczonych przez TPP. Wartym rozważenia w toku rewizji PSD2 jest modyfikacja kryteriów uznania danego zdarzenia za przeszkodę w świadczeniu usług płatniczych (ang. *obstacle)*. Należy w szczególności zweryfikować czy nadal istnieją przesłanki do uznawania (jak to wynika z aktualnej redakcji art. 32 ust. 3 RTS PSD2), że przeszkodę w świadczeniu usług przez TPP stanowi uniemożliwianie TPP wykorzystywania danych uwierzytelniających wydanych przez ASPSP ich klientom, a także wymuszanie przekierowania do mechanizmu uwierzytelniania lub innych funkcji ASPSP. Wydaje się, że wszelkie odniesienia do modelu *redirection* powinny zostać usunięte z tego katalogu. Projekt PSR istotnie rozszerza katalog zdarzeń uznawanych za przeszkody w świadczeniu usług płatniczych o takie zachowania, jak na przykład wymaganie od użytkownika, aby ręcznie podawał numer rachunku płatniczego w celu korzystania z usług AIS/PIS czy ograniczanie możliwości inicjowania przez użytkownika transakcji płatniczych za pośrednictwem PISP do transakcji wykonywanych do odbiorców znajdujących się na liście zaufanych odbiorców.

44 Zob. pkt. 22 Opinii EBA ws. RTS PSD2.

W odniesieniu do wymogu dotyczącego komunikacji pomiędzy ASPSP a TPP doprecyzowania wymagają kryteria, według których ASPSP wylicza wskaźniki efektywności specjalnego interfejsu, o których mowa w art. 32 ust. 2 RTS PSD2. Aktualnie brak jest jednoznacznych i spójnych kryteriów w tym zakresie, które pozwoliłyby zapewnić wysoką efektywność specjalnych interfejsów.

9.3. Odmowa dostępu do rachunku płatniczego

Zasady odmówienia TPP przez dostawcę prowadzącego rachunek płatniczy (ASPSP) dostępu do rachunku płatniczego określają art. 41 ust. 5–7 UUP. Przepisy te stanowią wyraz transpozycji do krajowego porządku prawnego art. 68 ust. 5 i 6 PSD2. Siłą rzeczy, wobec braku regulacji usług otwartej bankowości na gruncie PSD1, wcześniejszej dyrektywie obce były regulacje w tym zakresie.

Polską regulację zasadniczo cechują niewielkie różnice językowe względem PSD2. Różnice te nie mają jednak doniosłego znaczenia normatywnego. Należą raczej do kwestii czysto stylistycznych.

Co do zasad samej odmowy, kluczową różnicą wydaje się dokonane przez krajowego prawodawcę doprecyzowanie maksymalnego terminu, w którym ASPSP powinien powiadomić płatnika o odmowie dostępu do rachunku płatniczego i jej przyczynach:

Formalnie rzecz biorąc art. 107 PSD2 nie dopuszcza wprowadzania w tym zakresie odstępstw przez prawodawców krajowych. Regulacje wynikające z art. 68 PSD2 objęte są więc w całości zasadą harmonizacji maksymalnej. Z perspektywy zasad dokonywania implementacji może więc zaskakiwać, w czym konkretnie polski ustawodawca dopatrzył się kompetencji do wprowadzenia ww. doszczegółowienia. Wydaje się, że zmiana ta jest nieuzasadniona – przynajmniej w świetle samej PSD2 i zasad jej implementacji – i powinna być oceniona krytycznie.

Niemniej, na przestrzeni ostatnich lat funkcjonowania nowych regulacji usług płatniczych, przepis ten nie budził w tym zakresie większych kontrowersji. Na tym tle brak jest także większych sporów interpretacyjnych wśród przedstawicieli doktryny prawniczej. Sam zaś termin – jeden dzień roboczy od dnia odmowy dostępu – wydaje się celowościowo uzasadniony w świetle, z jednej strony, ogólnych zasad ochrony TPP przed ryzykiem dyskryminacji, a z drugiej, w kontekście sposobu określenia tego terminu w samej dyrektywie („bezzwłocznie po takiej odmowie").

Pewne wątpliwości może budzić obecny kształt art. 41 ust. 7 UUP. Przepis ten implementuje art. 68 ust. 6 *in fine* PSD2:

Prawidłowość dokonanej w tym zakresie transpozycji trudno jest oceniać wyłącznie w warstwie semantycznej. Wydaje się bowiem, że celowo prawodawca europejski pozostawił ten obszar niedookreślonym,

Tabela 6. Porównanie różnic między PSD2 a UUP w zakresie przepisów dotyczących odmowy dostępu do rachunku płatniczego klienta

PSD2	UUP
W takich przypadkach dostawca usług płatniczych prowadzący rachunek w uzgodniony sposób informuje płatnika o odmowie dostępu do rachunku płatniczego i jej przyczynach. Informacja ta, o ile jest to możliwe, jest przekazywana płatnikowi przed odmową dostępu, a najpóźniej – bezzwłocznie po takiej odmowie, chyba że przekazanie takiej informacji byłoby niewskazane z obiektywnie uzasadnionych względów bezpieczeństwa lub jest zabronione na mocy innych odpowiednich przepisów prawa Unii lub prawa krajowego.	W takim przypadku dostawca prowadzący rachunek w uzgodniony sposób informuje płatnika o odmowie dostępu do rachunku płatniczego i jej przyczynach. Informacja ta, o ile jest to możliwe, jest przekazywana płatnikowi przed odmową dostępu, a najpóźniej bezzwłocznie po takiej odmowie, **nie później jednak niż w dniu roboczym następującym po dniu takiej odmowy**, chyba że jej przekazanie nie byłoby wskazane z obiektywnie uzasadnionych względów bezpieczeństwa lub jest sprzeczne z odrębnymi przepisami.

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 7. Porównanie różnic między PSD2 a UUP w zakresie przepisów dotyczących odmowy dostępu do rachunku płatniczego klienta – czynności organu

PSD2	UUP
Właściwy organ analizuje sprawę i – w razie potrzeby – podejmuje odpowiednie środki.	Jeżeli odmowa dostępu jest niezgodna z ust. 5, KNF lub inny właściwy organ nadzoru, w drodze decyzji, nakazuje, aby dostawca prowadzący rachunek bez zbędnej zwłoki przyznał dostawcy świadczącemu usługę dostępu do informacji o rachunku lub dostawcy świadczącemu usługę inicjowania transakcji płatniczej dostęp do danego rachunku płatniczego.

Źródło: opracowanie własne.

oczekując, iż prawodawcy krajowi odpowiednio odniosą się w tym miejscu do krajowej specyfiki sprawowania nadzoru nad dostawcami usług płatniczych.

O ile więc pozytywnie należy ocenić sam fakt doprecyzowania przez prawodawcę krajowego pożądanych działań KNF (lub innego właściwego organu nadzoru), o tyle sam kształt tej regulacji pozostawia pewien niedosyt.

Po pierwsze, nie jest jasne, dlaczego polska regulacja odnosi się tylko do przypadku, gdy to odmowa dostępu jest niezgodna z przepisami. Warto zwrócić uwagę, że art. 68 ust. 6 PSD2 ujmuje tę kwestię szerzej i wskazuje na konieczność podjęcia odpowiednich środków przez organ nadzoru – ogólnie – w związku ze zgłoszoną sprawą. Potencjalne nieprawidłowości i dalsze czynności wyjaśniające mogłyby więc dotyczyć nie tyle samej odmowy dostępu, co np. zdarzenia polegającego na nieuprawnionym dostępie do rachunku przez TPP. Kwestię tę należy doprecyzować w polskich przepisach.

Po drugie, art. 41 ust. 7 UUP stanowi, że jeżeli odmowa była niezgodna z przepisami, to KNF lub inny właściwy organ nadzoru, w drodze decyzji, powinny nakazać przywrócenie takiego dostępu. O ile przepis ten może być uznany za podstawę kompetencyjną dla KNF, o tyle już budzi wątpliwości czy może on stanowić taką podstawę dla „innego właściwego organu nadzoru". Nie wiadomo bowiem zarówno o jaki organ miałoby tutaj chodzić, jak również w jakim trybie taka decyzja miałby zostać wydana. Jeżeli zaś chodziło tutaj o właściwy organ państwa macierzystego danego dostawcy (organ państwa pochodzenia; np. w przypadku oddziałów instytucji kredytowych), to odrębną kwestią pozostaje skuteczność polskiego przepisu i jego wpływ na zasady funkcjonowania takiego organu. W tym zakresie przepis ten wymaga pogłębionej refleksji i rewizji.

Jeżeli chodzi zaś o postulaty co do zmiany obecnej regulacji w związku z ewaluacją PSD2, to jest ich co najmniej kilka. Pierwszym obszarem, który wymaga doprecyzowania w przyszłej dyrektywie (lub co bardziej prawdopodobne – rozporządzeniu), jest to, że problematyka odmowy dostępu do rachunku i zasad jej dokonywania dotyczy nie tylko dostawców usług AIS i PIS, ale także wydawców instrumentów płatniczych dokonujących zapytania w trybie art. 49a UUP (CAF). Obecnie podmioty te zostały całkowicie pominięte w omawianej regulacji. Inną zaś kwestią jest to, że wydawców kierujących zapytania w trybie art. 49a UUP w zasadzie nie ma. Nie powinno to jednak wpływać na logiczną poprawność i kompletność regulacji przewidzianej w art. 68 ust. 5 i 6 PSD2. Inną kwestią pozostaje jednak to, że we wstępnym projekcie pakietu PSR/PSD3 planuje się całkowite usunięcie regulacji usługi CAF. Trudno przewidzieć, czy zmiana ta utrzyma się w ostatecznych wersjach przyszłych aktów prawnych. Drugim obszarem potencjalnych zmian jest potrzeba doregulowania wariantu, w którym odmowa dostępu do rachunku następuje na wyraźne żądanie użytkownika. Takie żądanie może dotyczyć zarówno odmowy dostępu dla określonych TPP i w odniesieniu do konkretnych rachunków płatniczych użytkownika, jak również odmowy na zasadzie ogólnej (wobec wszystkich TPP i wobec wszystkich rachunków płatniczych, o ile w ogóle można uznać za dopuszczalne w świetle aktualnych przepisów odmawianie przez ASPSP dostępu do rachunku wskutek sformułowanego ogólnie i wobec wszelkich TPP żądania użytkownika – jest to zagadnienie dyskusyjne). Obserwacja rynku wskazuje na to, że pomimo upływu

kilku lat od wejścia w życie przepisów implementujących PSD2, świadomość użytkowników co do charakteru usług otwartej bankowości jest ciągle niska. Nierzadko spotyka się reklamacje i żądania użytkowników skierowane do banków, gdzie klienci oczekują zablokowania możliwości dostępu do ich rachunku przez podmioty trzecie[45]. Wydaje się, że naprzeciw tym postulatom wychodzi prawodawca europejski w projektowanym art. 43 PSR. Przepis ten przewiduje utworzenie przez dostawcę prowadzącego rachunek panelu (ang. *dashboard*), który pozwoli użytkownikowi zarządzać zgodami udzielonymi TPP. Po trzecie należałoby rozważyć, czy konieczne na gruncie omawianej regulacji jest dalsze doprecyzowanie przyczyn, które mogą uzasadniać odmowę dostępu do rachunku. Dotychczasowa praktyka rynkowa nie pozwala w naszej ocenie na wyciągnięcie konkretnych wniosków w tym zakresie. Z jednej bowiem strony, obecny kształt przepisów może sprzyjać nadużyciom, które mogłyby prowadzić do zbyt szerokiego stosowania przesłanek odmowych. To przemawiałoby za doregulowaniem stosownych podstaw dla odmowy dostępu. Z drugiej jednak strony, trudno jest oczekiwać, że prawodawca europejski w wyczerpujący i kompletny sposób przewidzi wszystkie uzasadnione przypadki – np. związane z bezpieczeństwem – które mogą uzasadniać odmowę dostępu (szczególnie w obliczu dynamicznie rozwijającego się rynku płatności). Należy raczej przyjąć, że obecny kształt przepisów jest odpowiednio dostosowany do aktualnych potrzeb rynku. Za takim wnioskiem przemawia przede wszystkim to, że sam proces odmowy, w tym podstawy jej dokonania, podlegają weryfikacji przez organ nadzoru. Wstępny projekt pakietu PSR/PSD3 nie wskazuje zresztą na to, aby jakiekolwiek zmiany w tym zakresie miałby zostać wprowadzone.

9.4. Zasady świadczenia usług przez TPP

Przepisy dyrektywy określające zasady świadczenia usług przez TPP, tj. art. 66 oraz art. 67 PSD2 zostały transponowane w, odpowiednio, art. 59r oraz art. 59s UUP.

W przeciwieństwie do przepisów unijnych, które wplatają zasady świadczenia usług przez TPP w ogólne zasady autoryzacji transakcji (Tytuł IV Rozdział 2 PSD2), polski ustawodawca zdecydował się na wyodrębnienie tych przepisów do osobnej jednostki redakcyjnej (Dział IIIB), obok, m.in., zasad działalności agentów rozliczeniowych czy wydawców pieniądza elektronicznego, podkreślając przez to specyficzny charakter tych usług, nie wpisujący się bezpośrednio w ogólne zasady wykonywania usług płatniczych. Zabieg taki należy ocenić jako prawidłowy.

Zasady świadczenia usług przez TPP zostały sformułowane w sposób niejednolity – dość swobodnie odnoszą się bądź do usługi jako takiej, bądź do obowiązków TPP, bądź do obowiązków ASPSP. Należy je więc czytać całościowo i np. z obowiązków jednego z podmiotów wyciągać konsekwencje dotyczące uprawnień innego podmiotu.

Ogólnie jednak należy uznać, że polska transpozycja PSD2 w tym zakresie pozostaje bardzo blisko unijnego pierwowzoru, choć z pewnymi wyjątkami:

W odniesieniu do usługi PIS:

(a) korzystanie z usługi PIS jako uprawnienie płatnika (art. 66 ust. 1 PSD2 oraz art. 59r ust. 1 UUP – patrz tabela 8)

Polska ustawa odnosi się do uprawnienia użytkownika do korzystania z usługi PIS, a nie do „korzystania z dostawcy". Pomijając kwestie stylistyczne, takie odejście od unijnego pierwowzoru jest jak najbardziej poprawne i celowe – funkcja, w jakiej działa dostawca, uzależniona jest od rodzaju usługi, którą w danym momencie świadczy. Istotą przepisu jest więc uprawnienie płatnika do korzystania z określonej usługi, a nie określonego dostawcy.

(b) obowiązek ASPSP wykonania dyspozycji (art. 66 ust. 2 PSD2 oraz art. 59r ust. 2 UUP – patrz tabela 9)

Polski ustawodawca nie odnosi się do „wyraźnej" zgody, jednak wystarczającym w tym zakresie jest odwołanie się do art. 40 UUP dot. autoryzacji transakcji płatniczej.

(c) obowiązki TPP (patrz tabela 10)

Większość różnic pomiędzy sformułowaniami UUP a PSD2 uzasadniona jest stylistycznie – polska ustawa zdecydowanie przeważa w tym względzie nad polską wersją dyrektywy. Warto jednak zwrócić uwagę na dwie różnice:

45 Por. *EBA Single Rulebook Q&A*, https://www.eba.europa.eu [5.07.2023]; Por. także M. Stanisławska (red.), *Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz*, Legalis 2022 r., wyd. 1, kom. do art. 41, nb 3).

Tabela 8. Porównanie różnic między PSD2 a UUP w zakresie przepisów dotyczących prawa do korzystania z usługi PIS

PSD2	UUP
Państwa członkowskie zapewniają, by płatnik miał prawo do korzystania z **dostawcy świadczącego usługę inicjowania płatności w celu otrzymania** usług płatniczych, o których mowa w pkt 7 załącznika I. Prawo do korzystania z dostawcy świadczącego usługę inicjowania płatności nie ma zastosowania, gdy rachunek płatniczy nie jest dostępny online.	Płatnik może korzystać z usługi inicjowania transakcji płatniczej, chyba że rachunek płatniczy nie jest dostępny on-line.

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 9. Porównanie różnic między PSD2 a UUP w zakresie przepisów dotyczących zgody użytkownika na wykonanie transakcji

PSD2	UUP
W przypadku gdy płatnik udziela **wyraźnej** zgody na wykonanie płatności zgodnie z art. 64, dostawca usług płatniczych prowadzący rachunek wykonuje czynności określone w ust. 4 niniejszego artykułu, aby zapewnić prawo płatnika do korzystania z usługi inicjowania płatności.	W przypadku gdy płatnik udziela zgody na wykonanie płatności zgodnie z art. 40, dostawca prowadzący rachunek wykonuje czynności określone w ust. 4 w celu zapewnienia płatnikowi korzystania z usługi inicjowania transakcji płatniczej.

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 10. Porównanie różnic między PSD2 a UUP w zakresie przepisów dotyczących zasad świadczenia usług PIS

PSD2	UUP
nie posiada w żadnym momencie środków pieniężnych płatnika w związku ze świadczeniem usługi inicjowania płatności	nie może wchodzić w posiadanie środków pieniężnych płatnika w związku ze świadczeniem usługi inicjowania transakcji płatniczej
zapewnia, by indywidualne dane uwierzytelniające użytkownika usług płatniczych nie były – z wyjątkiem użytkownika i **wydawcy takich indywidualnych danych uwierzytelniających** – dostępne dla innych stron oraz by były przekazywane przez dostawcę świadczącego usługę inicjowania płatności za pośrednictwem bezpiecznych i wydajnych kanałów	jest obowiązany zapewnić, aby indywidualne dane uwierzytelniające nie były dostępne dla podmiotów innych niż użytkownik i **dostawca prowadzący rachunek** oraz aby były one przekazywane za pośrednictwem bezpiecznych i wydajnych kanałów
zapewnia, by wszelkie inne informacje o użytkowniku usług płatniczych, uzyskane w trakcie świadczenia usług inicjowania płatności, były dostarczane tylko odbiorcy i wyłącznie za **wyraźną** zgodą użytkownika usług płatniczych	jest obowiązany zapewnić, aby informacje o użytkowniku, inne niż określone w pkt 2, uzyskane w trakcie świadczenia usług inicjowania transakcji płatniczej, były dostarczane tylko odbiorcy i wyłącznie za zgodą użytkownika

PSD2	UUP
każdorazowo, gdy inicjowana jest płatność – identyfikuje samego siebie wobec dostawcy usług płatniczych prowadzącego rachunek na rzecz płatnika i porozumiewa się z dostawcą usług płatniczych prowadzącym rachunek, płatnikiem i odbiorcą w sposób bezpieczny, zgodnie z art. 98 ust. 1 lit. d)	w przypadku inicjowania płatności – jest obowiązany identyfikować siebie wobec dostawcy prowadzącego rachunek i porozumiewać się z dostawcą prowadzącym rachunek, płatnikiem i odbiorcą w sposób bezpieczny, zgodnie z wymogami określonymi w przepisach rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 2018/389 z dnia 27 listopada 2017 r. uzupełniającego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych dotyczących silnego uwierzytelniania klienta i wspólnych i bezpiecznych otwartych standardów komunikacji
nie przechowuje szczególnie chronionych danych dotyczących płatności **użytkownika usług płatniczych**	nie może przechowywać szczególnie chronionych danych dotyczących płatności
nie żąda od użytkownika usług płatniczych **żadnych** danych innych niż dane niezbędne do wykonania usługi inicjowania płatności	nie może żądać od użytkownika danych innych niż niezbędne do wykonania usługi inicjowania transakcji płatniczej
nie używa, nie uzyskuje ani nie przechowuje **żadnych** danych do celów innych niż do wykonania usługi inicjowania płatności **wyraźnie zleconej przez płatnika**	nie może używać, uzyskiwać ani przechowywać danych do celów innych niż wykonanie usługi inicjowania transakcji płatniczej **świadczonej na podstawie umowy z użytkownikiem lub zgody użytkownika**
nie zmienia kwoty, odbiorcy ani żadnych innych cech transakcji.	nie może zmieniać kwoty, odbiorcy ani innych danych transakcji płatniczej.

Źródło: opracowanie własne.

- udostępnianie danych uwierzytelniających „wydawcy takich indywidualnych danych uwierzytelniających" (PSD2) zostało zastąpione udostępnianiem tych danych ASPSP (UUP). Dyrektywa jest w tym względzie bardziej elastyczna – nie można bowiem z góry wykluczyć sytuacji, kiedy uwierzytelnianie dokonywane jest przy pomocy instrumentu wydanego przez podmiot inny niż ASPSP. Transpozycja w tym zakresie jest więc błędna;

- polska ustawa w sposób mogący wprowadzić w błąd wyodrębnia usługi PIS świadczone „na podstawie umowy z użytkownikiem lub zgody użytkownika" w sytuacji, gdy dyrektywa odnosi się jedynie do wyraźnego zlecenia usługi przez płatnika. Takie rozróżnienie prowadzi część komentatorów do błędnego wniosku, że istnieją dwie alternatywne podstawy dla wykonywania usługi PIS dla płatnika – zgoda płatnika lub umowa z płatnikiem lub z odbiorcą Twierdzenie takie nie ma żadnego uzasadnienia w dyrektywie ani konstrukcji prawnej umowy o świadczenie usługi PIS. Ponadto, analogiczne rozróżnienie zostało zastosowane w odniesieniu do usługi AIS (por. art. 59s ust. 2 pkt 6 UUP), w przypadku której nie ma pola dla rozróżnienia na umowę z płatnikiem i odbiorcą (występuje w niej jeden użytkownik).

(d) obowiązki ASPSP (patrz tabela 11)

Jak wcześniej, różnice są stylistyczne – zdecydowanie na korzyść UUP.

(e) zakaz wymagania umowy (patrz tabela 12)

Tabela 11. Porównanie różnic między PSD2 a UUP w zakresie przepisów dotyczących zasad komunikacji na linii PISP – ASPSP

PSD2	UUP
porozumiewa się w sposób bezpieczny z dostawcami świadczącymi usługę inicjowania płatności zgodnie z art. 98 ust. 1 lit. d)	jest obowiązany porozumiewać się z dostawcami świadczącymi usługę inicjowania transakcji płatniczej w sposób bezpieczny, zgodnie z wymogami określonymi w przepisach rozporządzenia delegowanego Komisji (UE) 2018/389 z dnia 27 listopada 2017 r. uzupełniającego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych dotyczących silnego uwierzytelniania klienta i wspólnych i bezpiecznych otwartych standardów komunikacji
bezzwłocznie po otrzymaniu zlecenia płatniczego od dostawcy świadczącego usługę inicjowania płatności przekazuje lub udostępnia dostawcy świadczącemu usługę inicjowania płatności **wszystkie** informacje o zainicjowaniu transakcji płatniczej oraz **wszystkie** informacje dostępne dostawcy usług płatniczych prowadzącemu rachunek w odniesieniu do wykonania transakcji płatniczej	**niezwłocznie** po otrzymaniu zlecenia płatniczego od dostawcy świadczącego usługę inicjowania transakcji płatniczej jest obowiązany przekazać lub udostępnić temu dostawcy informacje o zainicjowaniu transakcji płatniczej oraz dostępne mu informacje dotyczące wykonania transakcji płatniczej
traktuje zlecenia płatnicze przekazane za pośrednictwem dostawcy świadczącego usługę inicjowania płatności w sposób niedyskryminujący – chyba że postępowanie dyskryminujące jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami – w szczególności pod względem czasu wykonania, priorytetowego charakteru lub opłat, w stosunku do zleceń płatniczych przekazanych bezpośrednio przez samego płatnika	jest obowiązany stosować wobec zleceń płatniczych przekazanych za pośrednictwem dostawcy świadczącego usługę inicjowania transakcji płatniczej niedyskryminujące zasady w stosunku do zleceń płatniczych przekazanych bezpośrednio przez samego płatnika, chyba że odstąpienie od obowiązku stosowania tych zasad jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami, w szczególności czasem wykonania, priorytetowym charakterem transakcji płatniczej lub wysokością opłat

Źródło: opracowanie własne.

Tabela 12. Porównanie różnic między PSD2 a UUP w zakresie przepisów dotyczących ochrony TPP

PSD2	UUP
Świadczenia usług inicjowania płatności nie można uzależniać od istnienia stosunku umownego pomiędzy dostawcami świadczącymi usługę inicjowania płatności a dostawcami usług płatniczych prowadzącymi rachunek do tego celu.	Korzystanie przez użytkownika z usług inicjowania transakcji płatniczej nie może być uzależnione od istnienia stosunku umownego między dostawcą świadczącym usługę inicjowania transakcji płatniczej a dostawcą prowadzącym rachunek.

Źródło: opracowanie własne.

Podobnie jak w przypadku początkowego ustępu, polska ustawa skupia się na uprawnieniu do korzystania z usługi PIS przez użytkownika, w przeciwieństwie do dyrektywy, która odnosi się do świadczenia usług przez dostawcę. Podejście polskiej ustawy wydaje się zdecydowanie bardziej poprawne.

Regulacja usługi AIS została sformułowana w sposób analogiczny do usługi PIS (por. art. 67 PSD2 oraz art. 59s UUP). Odpowiednie zastosowanie znajdą więc powyższe uwagi.

9.5. Zakres danych przekazywanych w ramach usług otwartej bankowości

Jedną z największych bolączek infrastruktury prawnej PSD2 jest niewątpliwie niedookreślony zakres informacji o rachunku płatniczym użytkownika, które ASPSP powinien przekazać do TPP świadczącym usługę AIS lub PIS. Jeżeli chodzi o ramy otwartej bankowości, to obszar ten budzi chyba najdalej idące kontrowersje w środowisku dostawców usług płatniczych.

Problem ten nie wynika jednak z błędnej transpozycji PSD2 do prawa krajowego. Trudno jest bowiem w zasadzie wskazać konkretny przepis – na poziomie europejskim lub krajowym – który ściśle odnosiłby się do zakresu danych wymagających przekazania na linii ASPSP-TPP. W szczególności za taki nie można uznać definicji „szczególnie chronionych danych dotyczących płatności" (art. 2 pkt 26c UUP), która stanowi, że takimi danymi (szczególnie chronionymi) nie są imię i nazwisko lub nazwa właściciela (właściwe, posiadacza) rachunku i numer rachunku – w przypadku działalności prowadzonej przez TPP. Z przepisu tego nie wynika bowiem żadna norma nakazująca, która wymagałaby, aby dane te były przekazywane TPP. Ewentualna norma wynikająca z tego przepisu co najwyżej pozwala na przekazanie tych danych (norma dozwalająca), o ile nie stoi to w sprzeczności z innymi normami prawnymi.

To właśnie brak odpowiedniej regulacji, która wprost przesądzałaby charakter i zakres danych podlegających wymianie pomiędzy ASPSP i TPP, stanowi podłoże toczących się dyskusji. Obecna regulacja prawna pozostawia zbyt wiele pola do interpretacji. Katalog danych wymagających przekazania musi być dekodowany w oparciu o wiele norm prawnych. Nakłada się tutaj wiele przepisów krajowych i europejskich. Można w uproszczeniu powiedzieć, że w obecnym stanie prawnym ASPSP powinien przekazywać TPP wyłącznie takie dane, które łącznie spełniają następujące kryteria:

- określona informacja stanowi odpowiednio *„informację o zainicjowaniu transakcji płatniczej"* lub *„informację dotyczącą wykonania transakcji płatniczej"* (w przypadku PISP – art. 59r ust. 4 pkt 2 UUP) albo *„informację dotyczącą wyznaczonego rachunku płatniczego i związanych z nim transakcji płatniczych"* (w przypadku AISP – art. 59s ust. 2 pkt 4 UUP);
- określona informacja jest udostępniana użytkownikowi w związku ze świadczeniem usług płatniczych (a nie innych usług bankowych, np. ubezpieczeń, prowadzenia rachunków innych niż płatnicze etc.);
- określona informacja jest udostępniania użytkownikowi przez ASPSP także w ramach kanału bezpośredniego dostępu do bankowości elektronicznej (zasada równego traktowania) – art. 32 ust. 1 RTS PSD2;
- określona informacja nie stanowi – według oceny ryzyka przeprowadzonej przez ASPSP – szczególnie chronionej danej dotyczącej płatności (z pewnymi szczególnymi zasadami w zakresie usługi PISP); oraz
- przekazanie takiej informacji jest niezbędne do świadczenia usług PIS lub AIS przez TPP (związanie tajemnicą zawodową/ bankową – odpowiednio art. 12 ust. 1 pkt 5 i 6 UUP oraz art. 105 ust. 1 pkt 1g i 1h Prawa bankowego).

To natomiast, jaki konkretnie zakres informacji określony ASPSP powinien przekazać określonemu TPP, będzie wymagało analizy *a casu ad casum*. W szczególności nie jest jasne, co w istocie oznacza, że określona informacja jest *„niezbędna"* do świadczenia usługi przez TPP oraz czym są *„informacje dotyczące wyznaczonego rachunku płatniczego"* i czy dane te obejmują także dane o samym posiadaczu tego rachunku (a nie tylko o samym „rachunku").

Pewną pomoc w tym zakresie przynoszą rynkowe standardy komunikacji w ramach otwartej bankowości. W przypadku Polski, kluczową rolę odgrywa standard PolishAPI. W ramach prac nad tym stan-

dardem wypracowana została lista pól obowiązkowych, które obejmują zakres informacji przekazywanych obligatoryjnie w ramach usługi AIS przez ASPSP do TPP oraz lista pól fakultatywnych, które mogą – według uznania ASPSP – zostać przekazane do TPP. Zakres tych pól został określony na podstawie ankiet przeprowadzonych w ramach prac grupy roboczej PolishAPI wśród ASPSP i stanowi zbiór danych wspólnych dla ASPSP biorących udział w pracach tej grupy roboczej. Wskazany w ten sposób zbiór informacji może stanowić wytyczną dla prawodawców unijnych i krajowych co do zakresu danych, jakie w nowym stanie prawnym obligatoryjnie powinny być przekazywane przez ASPSP do TPP w ramach usługi AIS.

Dalej, przedmiotem wątpliwości wśród przedstawicieli rynku (wynikających z przepisów RODO[46]) jest to czy w ramach danych przekazywanych przez ASPSP do TPP w celu świadczenia usługi AIS i PIS, ASPSP może ujawniać dane tzw. *silent party*, czyli drugiej strony transakcji płatniczej wychodzącej z rachunku płatniczego użytkownika lub przychodzącej na ten rachunek. Źródłem tych kontrowersji jest potrzeba ochrony danych osobowych drugiej strony transakcji, która nie jest świadoma, iż jej dane – jako strony transakcji płatniczej – są przekazywane do TPP. Wątpliwości te powinny niewątpliwe zostać rozstrzygnięte w ramach rewizji PSD2.

Kontrowersje wzbudza także zakres informacji przekazywanych przez ASPSP do TPP w związku ze świadczeniem usługi PIS. Główne problemy praktyczne dotyczą przekazywania przez ASPSP do TPP informacji zwrotnej odnośnie do tego, czy transakcja zainicjowana za pośrednictwem PISP była uwierzytelniona z wykorzystaniem SCA, czy też bez tej procedury.

Obserwacja rynku prowadzi do jednoznacznego wniosku. Niezależne od istniejących standardów rynkowych prawodawca europejski powinien dążyć do doprecyzowania zakresu danych podlegających wymianie między ASPSP i TPP. Trafnie postuluje EBA[47], aby w ramach prac nad kolejną wersją dyrektywy w sprawie usług płatniczych doprecyzować zakres informacji, którymi ASPSP powinny dzielić się z TPP w ramach otwartej bankowości – i w drugą stronę. Nie chcemy w tym miejscu przesądzać tego, jak konkretnie zakres ten powinien wyglądać. Wydaje się, że kluczowe słowo w tym wątku powinno należeć do praktyki rynkowej i faktycznych potrzeb dostawców. Dobrym kierunkiem zmian mogłoby być uregulowanie tego obszaru bezpośrednio na poziomie europejskim, np. w ramach regulacyjnych standardów technicznych lub implementacyjnych standardów technicznych.

Pewnym zaskoczeniem może być to, że – przynajmniej według wstępnego projektu – pakiet PSR/PSD3 nie przewiduje daleko idących zmian w tym zakresie. Mowa tutaj o przedmiocie i zakresie regulacji – istotne zmiany zachodzą bowiem w samej konstrukcji aktu prawnego, w tym jeżeli chodzi o przeniesienie pewnych rozwiązań z poziomu dotychczasowych RTS PSD2 bezpośrednio na poziom rozporządzenia PSR. Jeżeli chodzi o zakres danych podlegających wymianie między ASPSP-TPP, to w projektowanej regulacji pozostaje on ciągle niedookreślony i bazuje na licznych klauzulach generalnych. Wyjście naprzeciw kontrowersjom dotychczas pojawiającym się na rynku stanowi natomiast propozycja dookreślenia obowiązku ASPSP do przekazywania TPP informacji o nazwie (imieniu i nazwisku) posiadacza rachunku (por. projektowane art. 36 ust. 2 lit. d oraz art. 36 ust. 4 lit. g PSR) – choć nie w każdym przypadku. Wzajemna relacja między projektowanymi przepisami pozostaje jednak niejasna, w szczególności, jeżeli chodzi o zakres danych przekazywanych przez ASPSP do TPP świadczącym usługę AIS. Wydaje się bowiem, że o ile art. 36 ust. 4 lit. g PSR przyznaje TPP świadczącym usługę PIS prawo dostępu do nazwy (imienia i nazwiska) posiadacza rachunku w każdym przypadku, o tyle zgodnie z art. 36 ust. 2 lit. d PSR w przypadku dostawców AIS taka informacja będzie dostępna tylko na zasadzie równego traktowania, tj. gdy informacja o nazwie (imieniu i nazwisku) posiadacza rachunku dostępna jest także w interfejsie bezpośredniego dostępu do rachunku.

9.6. Raportowanie fraudów w kontekście AISP i PISP

Zgodnie z art. 32h ust. 1 UUP, dostawcy usług płatniczych są zobowiązani corocznie, w terminie do 31 stycznia następnego roku, przekazać KNF lub innemu właściwemu organowi dane dotyczące

46 *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)*, Komisja Europejska 2016.

47 *Opinion of the European Banking Authority on its technical advice (…)*, op. cit.

oszustw związanych z wykonywanymi usługami płatniczymi. Przekazywane dane dotyczą poprzedniego roku. Dostawcy zobowiązani są przekazywać te dane zgodnie z formatem i zakresem określonym w wytycznych EBA dotyczących zgłaszania nadużyć[48]. W zakresie raportowania oszustw art. 32h ust. 1 UUP bez odstępstw wdraża do polskiego systemu prawnego art. 96 ust. 6 PSD2. Warto w tym miejscu wskazać, że zarówno UUP, jak i PSD2, posługują się pojęciem „oszustwa", podczas gdy w polskim tłumaczeniu wytycznych EBA używane jest pojęcie „nadużycie" – oba te terminy są jednak tłumaczeniem angielskiego pojęcia „*fraud*" i mają tożsame znaczenie.

Przepisy UUP nakazują przekazywać dane dotyczące oszustw wszystkim podmiotom będącym dostawcami usług płatniczych w rozumieniu UUP, w tym AISP i PISP. Również art. 96 ust. 6 PSD2 wprowadza obowiązek zgłaszania oszustw właściwym organom nadzoru przez dostawców usług płatniczych, bez jakichkolwiek odstępstw. Natomiast wytyczne EBA dotyczące zgłaszania nadużyć wyraźnie wskazują, że obowiązek raportowania oszustw nie dotyczy dostawców świadczących usługę dostępu do informacji o rachunku (patrz pkt 12 wytycznych, str. 4; „[n]iniejsze wytyczne skierowane są do: (...) dostawców usług płatniczych w rozumieniu art. 4 ust. 11 dyrektywy (UE) 2015/2366 (PSD2) i objętych definicją „instytucji finansowych" w art. 4 ust. 1 rozporządzenia (UE) nr 1093/2010 z **wyjątkiem dostawców świadczących usługę dostępu do informacji o rachunku**"). Wydaje się, że odstąpienie w wytycznych EBA od obowiązku raportowania oszustw w stosunku do AISP jest w pełni uzasadnione. Ewentualnie stosowanie tego obowiązku do AISP byłoby uzasadnione, gdyby objąć zakresem pojęcia „oszustwa" także nadużycia związane z nieuprawnionym dostępem do rachunku płatniczego. Niezależnie od zasadności odmiennego podejścia do objęcia AISP obowiązkiem raportowania nadużyć, kwestia zastosowania ww. obowiązku do AISP wymaga rozważenia w toku rewizji PSD2. Aktualny projekt PSR nie rozstrzyga wątpliwości w tym zakresie – projektowany art. 82 nakłada obowiązek raportowania oszustw ogólnie na dostawców usług płatniczych, nie wyłączając z tej kategorii AISP.

Dodatkowo należy wskazać na kontrowersje praktyczne związane z raportowaniem oszustw przez PISP w oparciu o formularz H zawarty w wytycznych EBA. Zgodnie z tym formularzem PISP ma obowiązek podać dane dotyczące oszustw rozdzielając je na dane dotyczące transakcji uwierzytelnionych w trybie SCA i transakcji uwierzytelnionych w innym trybie niż SCA. Natomiast w przypadku komunikacji pomiędzy PISP a ASPSP przez API z uwierzytelnianiem użytkownika w modelu *redirection* (tj. uwierzytelnianiem przeprowadzanym po stronie ASPSP) nie jest możliwe zaraportowanie takich danych przez PISP. W przypadku zastosowania modelu *redirection*, to ASPSP podejmuje decyzję czy przeprowadzi uwierzytelnianie użytkownika z zastosowaniem SCA czy bez tej procedury i nie przekazuje do PISP informacji zwrotnej co do trybu przeprowadzonego uwierzytelniania. Co więcej, przekazanie takiej informacji przez ASPSP do PISP mogłoby stanowić naruszenie tajemnicy bankowej (w przypadku ASPSP będącego bankiem) lub tajemnicy płatniczej (w przypadku ASPSP będącego dostawcą usług płatniczych), gdyż art. 105 ust. 1 pkt 1g ustawy Prawo bankowe (analogiczną normę statuuje art. 12 ust. 1 pkt 5 UUP) pozwala ASPSP będącym bankami ujawnić PISP dane objęte tajemnicą bankową jedynie w zakresie niezbędnym do świadczenia usługi inicjowania transakcji płatniczej. Przekazanie przez ASPSP do PISP danych dotyczących zastosowanej procedury uwierzytelniania nie jest jednak niezbędne do wykonania usługi inicjowania transakcji płatniczej. Zasygnalizowana tu wątpliwość nie powstaje, gdy uwierzytelnianie na potrzeby usługi inicjowania transakcji płatniczej jest przeprowadzane po stronie PISP, czyli w metodzie *embedded* – w przypadku takiej metody uwierzytelniania użytkownika PISP jest w pełni świadomy czy procedura ta została przeprowadzona z zastosowaniem SCA czy w inny sposób i w konsekwencji, bez konieczności naruszenia tajemnicy przez ASPSP, może zaraportować oszustwa z podziałem na transakcje przeprowadzone z zastosowaniem SCA i bez tej procedury zgodnie z wymogami EBA. W celu rozstrzygnięcia wątpliwości w tym zakresie niezbędne jest wprowadzenie stosownych zmian w wytycznych EBA dotyczących oszustw lub – po wejściu w życie pakietu PSD3/PSR – w przepisach PSR.

Wytyczne EBA przewidują obowiązek raportowania oszustw co sześć miesięcy, podczas gdy art. 32h UUP transponując art. 96 ust. 6 PSD2, nakazuje raportowanie oszustw raz w roku. Zmianę w tym zakresie przewiduje projekt ustawy o zmianie

48 *Wytyczne w sprawie wymogów zgłaszania nadużyć finansowych na podstawie art. 96 ust. 6 drugiej dyrektywy w sprawie usług płatniczych (PSD2) z 18 lipca 2018 r., zmienione 22 stycznia 2020*, EBA/GL/2018/05, EBA 2020.

niektórych ustaw w związku z zapewnieniem rozwoju rynku finansowego oraz ochrony inwestorów na tym rynku (druk sejmowy nr 3381), który przewiduje obowiązek raportowania oszustw co pół roku, a także wyłącza z obowiązku raportowania oszustw takich dostawców usług płatniczych, jak biuro usług płatniczych, oddział podmiotu świadczącego w innym niż Rzeczpospolita Polska państwie członkowskim pocztowe usługi płatnicze, banki centralne i organy administracji publicznej. Pozostali dostawcy usług płatniczych, w tym AISP, zostali jednak objęci tym obowiązkiem.

PROGRAM ANALITYCZNO BADAWCZY

Podsumowanie

Opracowania, takie jak to mają za zadanie skłonić uczestników rynku do dialogu. Celem tego dialogu powinna być rzetelna analiza obecnego stanu prawnego i wynikających z niego skutków praktycznych. Od czasu wejścia w życie przepisów transponujących PSD2 do polskiego porządku prawnego minęło niemal pięć lat. Jest to okres na tyle długi, że pozwala w sposób krytyczny spojrzeć na funkcjonujące w praktyce rozwiązania.

Jednocześnie na szczeblu europejskim toczą się intensywne prace nad ewaluacją PSD2. Formułowane są liczne postulaty optujące za dalszymi zmianami europejskiej infrastruktury prawnej w zakresie usług płatniczych. Wśród planowanych rozwiązań wymienia się m.in. doprecyzowanie niektórych wyłączeń spod regulacji PSD2, doprecyzowanie niektórych niedookreślonych pojęć (np. dostępu online do rachunku) czy też doprecyzowanie przesłanek odmowy dostępu do rachunku płatniczego przez dostawcę trzeciego (TPP). Co więcej, 28 czerwca 2023 r. opublikowano wstępny projekt pakietu regulacji PSR/PSD3. Choć zasadniczy zręb regulacji pozostaje niezmieniony (np. w zakresie zasad wykonywania transakcji płatniczych), to jednak projektowane przepisy głęboko wnikają w niektóre dotychczasowe aspekty świadczenia usług płatniczych. Dotyczy to w szczególności takich obszarów, jak dostęp do rachunku bankowego przez niebankowych dostawców usług płatniczych, zasady stosowania silnego uwierzytelniania użytkownika (SCA), zasady komunikacji w ramach kanałów otwartej bankowości, czy też zasady odpowiedzialności za nieautoryzowane i autoryzowane transakcje płatnicze.

W przypadku rynku polskiego dyskusji tej powinna jednak towarzyszyć refleksja nad obecnym stanem regulacji usług płatniczych. Wiele przepisów ustawy o usługach płatniczych już teraz budzi daleko idące kontrowersje. Wśród uczestników rynku należy zatem zbudować świadomość co do tego, które przepisy ustawy wymagają naprawy lub odmiennej interpretacji. Należy także rozpocząć dyskusję nad możliwością zmiany obecnie funkcjonujących przepisów, tak aby dostosowanie polskich regulacji do przyszłej (trzeciej) dyrektywy oraz rozporządzenia w sprawie usług płatniczych było jak najbardziej efektywne. Szczególne znaczenie dla polskiego porządku prawnego będzie miało obranie odpowiedniego kierunku, jeżeli chodzi o dalszy żywot dotychczasowej ustawy o usługach płatniczych z 19 sierpnia 2011 r. Ustawa ta zawiera w sobie przepisy regulujące różne aspekty świadczenia usług płatniczych. Zasadniczy jej trzon wynika z implementacji dyrektywy PSD2. Część przepisów związana jest jednak z implementacją innych dyrektyw, w tym w szczególności PAD[49] i EMD2[50]. Jednocześnie ustawa zawiera w sobie niektóre rozwiązania prawne wynikające z nieobowiązującej już ustawy z dnia 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych oraz inne jeszcze rozwiązania z zakresu usług płatniczych specyficzne wyłącznie dla polskiego porządku prawnego (np. przepisy karne). Regulacja usług płatniczych na gruncie europejskim najprawdopodobniej poddana zostanie daleko idącym zmianom konstrukcyjnym. W szczególności, model dyrektywy harmonizacji pełnej zostanie zastąpiony modelem rozporządzenia. Jednocześnie jednak utrzymana zostanie dyrektywa ws. usług płatniczych (PSD3). Będzie ona regulować zasadniczo aspekty licencjonowania i nadzoru nad instytucjami płatniczymi. Wszelkie regulacje związane z zasadami świadczenia usług płatniczych zostaną natomiast przeniesione do rozporządzenia. Dodatkowo, część rozwiązań prawnych zawartych dotychczas w RTS PSD2 zostanie uregulowana bezpośrednio w PSR. Krajowy ustawodawca powinien więc postawić sobie pytanie jak dostosować polski porządek prawny do nowych europejskich ram prawnych. W szczególności należy rozważyć, czy dalsze utrzymanie w życiu ustawy o usługach płatniczych z 19 sierpnia 2011 r. jest rozwiązaniem celowym i pożytecznym. Alternatywnym wariantem może być przyjęcie zupełnie nowej ustawy, która skupi się na implementacji PSD3 oraz PAD, wdrożeniu ewentualnych opcji narodowych oraz uregulowaniu krajowych zasad odpowiedzialności administracyjnoprawnej i karnej. W pozostałym zakresie ustawa będzie jednak odsyłać do bezpośredniego stosowania PSR.

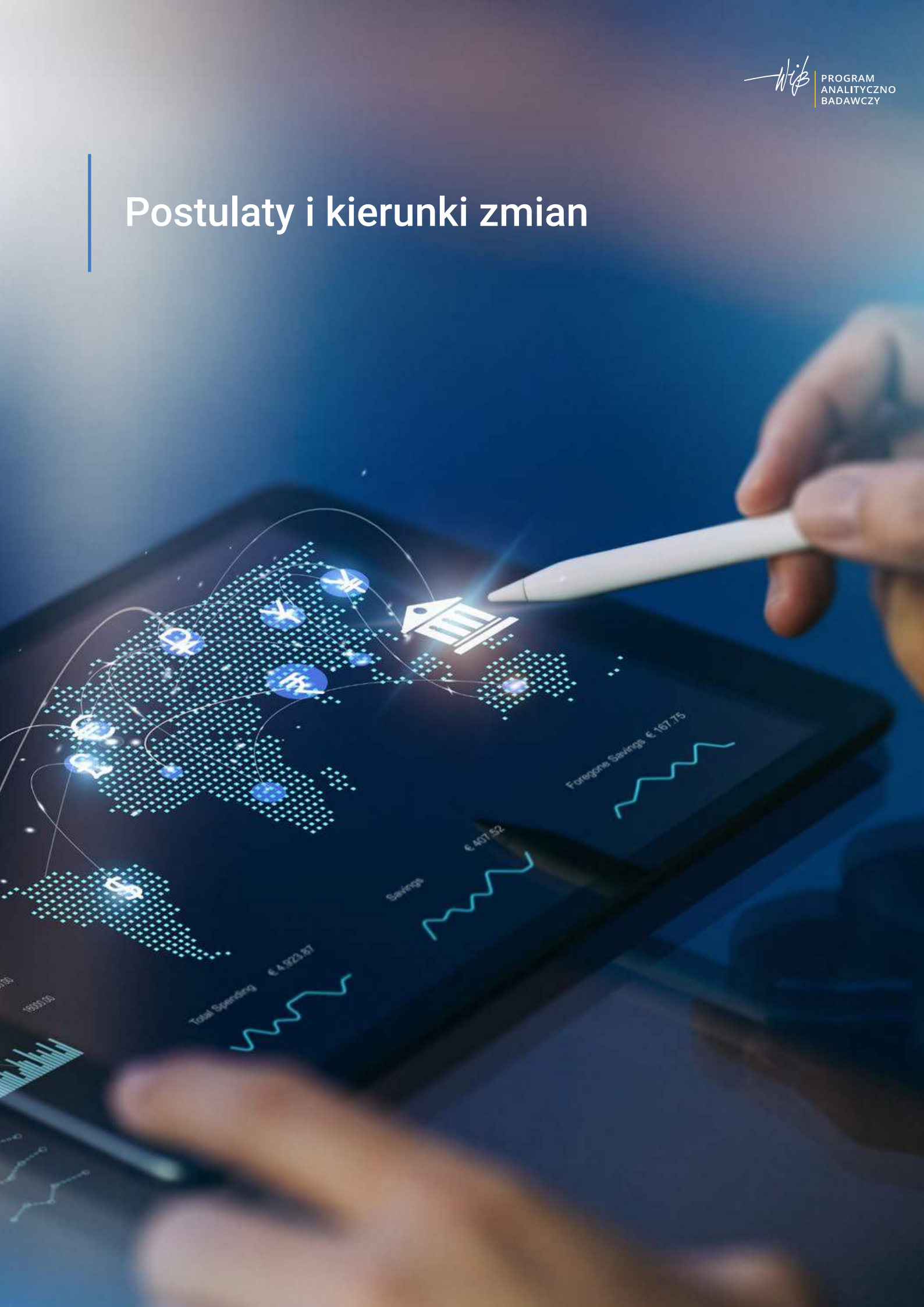
Należy wobec tego postulować, aby we współpracy z właściwymi organami państwowymi rozpoczęty został przegląd zastanych krajowych ram prawnych. Przeglądowi temu powinna towarzyszyć otwarta dyskusja nad stanem dokonanej wcześniej implementacji PSD2. Potrzeba tutaj dialogu merytorycznego, z jednej strony profesjonalnego, a z drugiej społecznego. W dialog ten powinny być zaangażowane różne środowiska – nie tylko dostawcy usług płatniczych i zrzeszające je związki, ale także przedstawiciele organów administracji, sądownictwa oraz doktryny prawniczej.

49 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/92/UE z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie porównywalności opłat związanych z rachunkami płatniczymi, przenoszenia rachunku płatniczego oraz dostępu do podstawowego rachunku płatniczego

50 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/110/WE z dnia 16 września 2009 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością, zmieniająca dyrektywy 2005/60/WE i 2006/48/WE oraz uchylająca dyrektywę 2000/46/WE

PROGRAM ANALITYCZNO BADAWCZY

Postulaty i kierunki zmian



Czy polska implementacja PSD2 jest prawidłowa? Czy konieczne są zmiany?

r. pr. Marta Stanisławska: Wydaje się, że ogólny rezultat transpozycji PSD2 do polskiego systemu prawnego jest pozytywny. Polski ustawodawca wprowadził do krajowych regulacji wymogi regulacyjne dotyczące świadczenia usług AIS i PIS oraz inne przepisy stanowiące ramy prawne prowadzenia działalności przez dostawców usług płatniczych. Niemniej w polskiej ustawie można zidentyfikować liczne przepisy będące wadliwą transpozycją przepisów unijnych – część z nich utrzymuje się w ustawie od jej uchwalenia, część została wadliwie wdrożona w toku transpozycji PSD2. Wszelkie takie odmienności w stosunku do brzmienia dyrektywy powinny zostać zniwelowane w procesie nowelizacji ustawy o usługach płatniczych. Dodatkowo pożądana jest większa aktywność polskiego organu nadzoru w wydawaniu wytycznych odnośnie do interpretacji poszczególnych wymogów ustawy.

dr Dominik Sadłakowski: Przeprowadzona w opracowaniu analiza pozwala stwierdzić, że najważniejsze założenia prawne ujęte w PSD2 zostały poprawne przeniesione na grunt polskiej ustawy o usługach płatniczych. Niestety nie udało się uniknąć pewnych błędów w procedurze implementacji, które w pewnym stopniu wypaczają intencję przepisów opracowanych przez europejskiego regulatora. Z perspektywy polskiego sektora bankowego kwestią kluczową, która wymaga dalszej dyskusji, są przepisy UUP dotyczące nieautoryzowanych transakcji płatniczych.

dr Wojciech Iwański: Polska implementacja jest przynajmniej częściowo nieprawidłowa. Wynika to zarówno z oczywistych i jednoznacznych różnic pomiędzy pierwowzorem w dyrektywie a brzmieniem polskich przepisów (przykładów jest wiele, a sztandarowym potknięciem było pomylenie uwierzytelnienia i autoryzacji transakcji), ale także bardzo restrykcyjnym i oderwanym od warstwy celowościowej i funkcjonalnej ich interpretowaniem przez organy ochrony konsumentów. Sporą bolączką jest także minimalne tylko wpasowanie UUP w zastany system prawny – zmiany w odpowiednich przepisach ustawy – Prawo bankowe oraz kodeksu cywilnego były niewielkie i niewystarczające. Prowadzi to do sporego chaosu interpretacyjnego.

dr Mateusz Blocher: Trudno jest jednoznacznie ocenić polską implementację PSD2 jako poprawną albo niepoprawną. Zasadnicza część regulacji europejskiej została prawidłowo transponowana do porządku krajowego. Część przepisów krajowych wymaga jednak niezwłocznej interwencji prawodawczej. Odrębną kwestią pozostaje zaś zapewnienie właściwego stosowania implementowanych przepisów. Przykładowo, niektóre stanowiska organów publicznych – np. w zakresie transakcji nieautoryzowanych czy zasad dostępu do rachunków bankowych (art. 4 ust. 8 UUP) – wymagają zmiany. Biorąc jednak pod uwagę wstępnie obrany kierunek europejskiego rozporządzenia ws. usług płatniczych, polską ustawę o usługach płatniczych i tak czekają głębokie przeobrażenia.

W jakim kierunku powinna zmierzać kolejna europejska regulacja usług płatniczych? Regulować czy deregulować?

dr Mateusz Blocher: Nie jest potrzebna ani dalsza regulacja, ani deregulacja. Powinniśmy się raczej kierować zasadą pewności prawa, która w ostatnim dorobku prawodawczym mocno wystawiana jest na szwank. Należy po prostu postulować regulację lepszej jakości i naprawiać to, co konieczne. Niestety jednak przyjęty wstępnie kierunek zmian w ramach pakietu PSR/PSD3 nie realizuje tych postulatów i dokonuje głębokich przeobrażeń w niespełna kilka lat od rozpoczęcia stosowania PSD2.

dr Wojciech Iwański: Potrzebna jest przede wszystkim dobra i zrównoważona regulacja. Stymulująca wypracowywanie funkcjonalnych rozwiązań rynkowych zamiast zbytniej kazuistyki, a jednocześnie określająca wspólny cel dla wszystkich rynków. Można to osiągnąć poprzez dobrze przygotowaną i przeprowadzoną implementację dyrektywy. Obawiam się natomiast, że przyjęcie wspólnego rozporządzenia, ingerującego np. w sferę prywatnoprawną, która jest odmiennie ukształtowana w poszczególnych państwach członkowskich, nie jest dobrym kierunkiem regulacji usług płatniczych.

dr Dominik Sadłakowski: Zróżnicowana specyfika europejskich systemów płatniczych m.in. w zakresie infrastruktury, zaawansowania technologicznego dostawców usług oraz zwyczajów płatniczych konsumentów, jednoznacznie wskazuje, że pełna standaryzacja usług płatniczych w ramach EOG jest celem niezwykle trudnym. Wydaje się, że aby proces

regulacji rynku był skuteczny konieczne byłoby precyzyjne określenie modelu funkcjonowania jednolitego europejskiego systemu płatniczego. Obecnie wizja ta jest na tyle ogólna, że regulacje powinny być tworzone w taki sposób, aby stymulować rozwój nowoczesnych rozwiązań płatniczych, dając poszczególnym krajom członkowskim swobodę w zakresie dostosowania nowopowstających innowacji do oczekiwań klientów i możliwości technicznych krajowej infrastruktury płatniczej.

r. pr. Marta Stanisławska: Nie sposób udzielić jednoznacznej odpowiedzi na tak postawione pytanie. W mojej ocenie kluczowe jest, aby przepisy prawa były wystarczająco jasne i precyzyjne, tak aby uczestnicy rynku mieli pewność co do zakresu i sposobu wykonywania nałożonych na nich wymogów regulacyjnych, w tym w szczególności co do zakresu zastosowania wyłączeń od obowiązku stosowania przepisów ustawy o usługach płatniczych.

Literatura

- Blocher M., Granice ochrony prawnej dostawców świadczących usługę inicjowania transakcji płatniczej, Monitor Prawny – dodatek 2022, nr.15.
- Blocher M., Iwański W., Nieautoryzowane transakcje płatnicze, Monitor Prawniczy 2020, nr 9.
- Czech T. [w:] Osajda K. (red. serii), Dybiński J. (red. tomu), Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz, Warszawa 2022.
- Directive of The European Parliament and of The Council on payment services and electronic money services in the Internal Market amending Directive 98/26/EC, and repealing Directives 2015/2366/EU and 2009/110/EC, Komisja Europejska 2023.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniająca dyrektywy 2002/65/WE, 2009/110/WE, 2013/36/UE i rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 oraz uchylająca dyrektywę 2007/64/WE, Dz.U.UE.L.2015.337.35 z dnia 23 grudnia 2015 r., Komisja Europejska 2015.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2366 z dnia 25 listopada 2015 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego, zmieniająca dyrektywy 2002/65/WE, 2009/110/WE, 2013/36/UE i rozporządzenie (UE) nr 1093/2010 oraz uchylająca dyrektywę 2007/64/WE, art. 3 lit. c., Komisja Europejska 2015.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/64/WE z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniająca dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylająca dyrektywę 97/5/WE, Dz.U.UE.L.2007.319.1 z dnia 5 grudnia 2007 r., Komisja Europejska 2007.
- EBA Single Rulebook Q&A, https://www.eba.europa.eu [5.07.2023].
- Final Report – Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2), EBA/RTS/2017/02, EBA 2017.
- Guidelines on the limited network exclusion under PSD2, EBA/GL/2022/02, pkt 1.11, EBA 2022.
- Informacja na temat podstawowych zasad uczestnictwa w systemie SORBNET2, Departament Systemu Płatniczego NBP, Warszawa 2022.
- Informacja uzupełniająca do Stanowiska UKNF z 2 czerwca 2020 r., Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Warszawa 2022.
- Iwański W., [w:] Osajda K. (red. serii), Dybiński J. (red. tomu), Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz, Legalis 2022 r.
- Kunkiel-Kryńska A., Implementacja dyrektyw opartych na zasadzie harmonizacji pełnej na przykładzie dyrektywy o nieuczciwych praktykach handlowych, Monitor Prawniczy 2007, nr. 18.
- Maśnicki J., Metody transpozycji dyrektyw, Europejski Przegląd Sądowy 2017.
- Mazurek M., Wpływ maksymalnych dyrektyw konsumenckich na funkcjonowanie skodyfikowanego systemu prawa cywilnego, Transformacja Prawa Prywatnego 2008, nr. 2.
- Opinion of the European Banking Authority on its technical advice on the review of Directive (EU) 2015/2366 on payment services in the internal market (PSD2), EBA/Op/2022/06, pkt 36), EBA 2022.
- Opinion of the European Banking Authority on the elements of strong customer authentication under PSD2, EBA-Op-2019-06, EBA 2019.
- Osajda K, Łętowska E. [w:] Osajda K. (red.), System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część ogólna. Warszawa 2020.
- Proposal for a Regulation of The European Parliament and of The Council on payment services in the internal market and amending Regulation (EU) No 1093/2010, Komisja Europejska 2023.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w spra-

wie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Komisja Europejska 2016.

- Sadłakowski D., Innowacje w sektorze usług płatniczych w Unii Europejskiej w warunkach modelu otwartej bankowości, Toruń 2020.
- Smits J., Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Right. European Review of Private Law 2010, t. 18.
- Stanisławska M. (red.), Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz, Legalis 2022 r.
- Stanowisko Urzędu KNF dotyczące stosowania kwestionariusza ankietowego przez banki wobec instytucji sektora usług płatniczych, Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Warszawa 2020.
- Stürner S., Vollharmonisierung im europäischen Verbraucherrecht, Frankfurt 2010.
- Wytyczne w sprawie wymogów zgłaszania nadużyć finansowych na podstawie art. 96 ust. 6 drugiej dyrektywy w sprawie usług płatniczych (PSD2) z 18 lipca 2018 r., zmienione 22 stycznia 2020 r., EBA/GL/2018/05, EBA 2020.

PROGRAM
ANALITYCZNO
BADAWCZY

Raport przygotowany na zlecenie
Programu Analityczno-Badawczego
Fundacji Warszawski Instytut Bankowości