

Warszawa, dnia 28 lutego 2013 r.

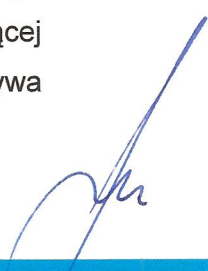
STANOWISKO

Fundacji Rozwoju Obrotu Bezgotówkowego

**w/s oceny zgodności z prawem Unii Europejskiej senackiego projektu
ustawy o zmianie ustawy o usługach płatniczych (druk senacki 191)**

Działając w imieniu Fundacji Rozwoju Obrotu Bezgotówkowego (dalej również jako „FROB”), mając na uwadze przedłożony przez Komisję Budżetu i Finansów Publicznych Senatu RP projekt nowelizacji ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (nr druku: 191; dalej jako „Projekt”), pragniemy niniejszym ustosunkować się do sporządzonej przez Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu opinii z dnia 28 stycznia 2013 r. w/s zgodności Projektu z prawem Unii Europejskiej (znak opinii: BAS-WAPEiM-3346/12; dalej jako: „BAS” oraz „Opinia”).

W przedstawionym poniżej stanowisku, odwołania do przepisów prawa Unii Europejskiej będą czynione względem Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej jako: „TFUE”) oraz Dyrektywy 2007/64/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego zmieniającej dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE i uchylającej dyrektywę 97/5/WE (Dz. Urz. UE L 319 z dnia 5 grudnia 2007 r.; dalej jako: „Dyrektywa PSD”).



• • •

W Opinii BAS przyjęło **tezę o potencjalnej niezgodności z TFUE oraz Dyrektywą PSD:**

- **projektowanego art. 38a ust. 1-3 z art. 49 i 56 TFUE**; w ocenie BAS **przyjęty środek** (tj. regulacja maksymalnej wysokości opłaty *interchange*) **jest nieadekwatny do osiągnięcia zakładanego celu regulacji**, gdyż poza zakresem regulacji znajdują się pozostałe opłaty akceptanta, na które składa się m.in. marża agenta rozliczeniowego oraz opłata *processingowa* oraz licencyjna; zdaniem BAS kreuje to ryzyko, że pomimo wprowadzenia zakładanej regulacji wysokość opłat, którymi finalnie obciążani są akceptanci (tzw. MSC), nie ulegnie obniżeniu, a jedynie zmieni się struktura ich wysokości (s. 10 Opinii);
- **projektowanego art. 34c z art. 52 ust. 3 Dyrektywy PSD**, a to uwagi na to, że **obowiązujący art. 33 u.u.p. pozwala na uchylenie zakazu wynikającego z art. 34-37, na co nie pozwala art. 52 ust. 3 Dyrektywy PSD** (s. 15 i 16 Opinii).

W odniesieniu do pozostałych projektowanych przepisów, BAS uznał, że nie naruszają one przepisów TFUE oraz Dyrektywy PSD. BAS w szczególności uznał, że projektowane przepisy wprowadzające zakaz pobierania opłaty *surcharge* od użytkowników karty debetowej oraz dopuszczające pobieranie opłaty *surcharge* w przypadku karty kredytowej nie naruszają przepisów TFUE oraz Dyrektywy PSD.

BAS uznał również, że założenie uregulowania wysokości opłat *interchange* jest **uzasadnione ważnym interesem publicznym** (w ocenie BAS - ochroną konsumentów), **nie prowadzi do dyskryminacji oraz naruszenia zasady proporcjonalności**, co oznacza, iż spełnione zostały trzy (z czterech) przyjmowanych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ograniczenia traktatowych swobód. **Podstawowy zarzut BAS w tym zakresie dotyczył braku realizacji przez projektowany przepis art. 38a ust. 1-3 wynikającego z powyższego orzecznictwa wymogu adekwatności.**

Zdaniem Fundacji Rozwoju Obrotu Bezgotówkowego Projekt jest w całości zgodny z przepisami TFUE oraz Dyrektywy PSD. Przede wszystkim, przyjęta w nim regulacja wysokości opłaty *interchange* nie narusza przepisów TFUE wprowadzających swobodę przedsiębiorczości oraz świadczenia usług, z tej przyczyny, że regulacja ta nie prowadzi w żadnym stopniu do ich ograniczenia. W konsekwencji, stanowisko BAS o potencjalnej niezgodności art. 38a ust. 1-3 Projektu z przepisami TFUE jest niezasadne.

UZASADNIENIE

[Zarzut niezgodności projektowanego art. 38a ust. 1-3 z TFUE]

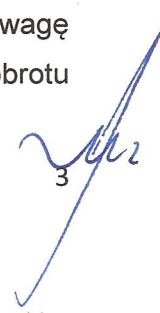
W ocenie BAS, wątpliwości budzi objęcie proponowaną regulacją jedynie opłaty *interchange* z pominięciem pozostałych składników opłaty MSC (to jest przede wszystkim marży agenta rozliczeniowego oraz opłat dodatkowych, takich jak opłaty licencyjne oraz *processingowe*). Zdaniem BAS, z tej przyczyny projektowane rozwiązanie nie zapewnia w sposób spójny i systematyczny ochrony **celu nadrzędnego w postaci ochrony konsumentów**, którą BAS uznało jako jedyną kategorię interesu publicznego, który stanowi uzasadnienie wprowadzenia regulacji wysokości opłat *interchange*, a jednocześnie – zdaniem BAS – uzasadnienie ograniczenia swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług. Z uwagi na tę okoliczność, BAS przyjęło tezę, iż projektowany art. 38a ust. 1-3 **nie spełnia przesłanki adekwatności środka do osiągnięcia celu regulacji**, a więc jednej z wynikających z orzecznictwa TSUE przesłanek dopuszczalności wprowadzenia ograniczenia swobody świadczenia usług (art. 56 i n. TFUE) oraz swobody przedsiębiorczości (art. 49 i n. TFUE).

Powyższe stanowisko BAS jest nieuzasadnione z następujących przyczyn.

Po pierwsze, w ocenie Fundacji Rozwoju Obrotu Bezgotówkowego, BAS nieprawidłowo – i niejako *a priori* – przyjęło tezę, zgodnie z którą proponowana regulacja wysokości opłaty *interchange* prowadzi do ograniczenia w/w traktatowych sposobów.

BAS w najmniejszy bowiem sposób **nie wykazało**, że regulacja wysokości opłaty *interchange*, poprzez przyjęcie wskazanej w Projekcie maksymalnej stawki tej opłaty (w poszczególnych latach) ma na celu, bądź też skutkuje ustanowieniem nierynkowych (tj. niekorzystnych ekonomicznie i gospodarczo – a więc dyskryminacyjnych) warunków prowadzenia działalności gospodarczej. W szczególności BAS nie przedstawiło w tym zakresie **żadnych ekonomicznych argumentów**, przyjmując *a priori*, że **jakakolwiek ingerencja ustawodawcy w sposób ustalania wysokości cen stanowi per se takie ograniczenie**.

Konieczne jest nadto stwierdzenie, że BAS oparło swoją tezę, jakoby proponowana regulacja opłaty *interchange* czyniła **mniej atrakcyjnym prowadzenie przez organizacje kartowe działalności na terytorium RP na błędnym twierdzeniu, zgodnie z którym regulacja ta spowoduje obniżenie ich wpływów** (s. 7 Opinii), nie biorąc pod uwagę w ogóle założenia, że obniżenie opłaty *interchange* spowoduje wzrost obrotu



bezgotówkowego i *de facto* podniesienie wpływów organizacji płatniczych i banków-wydawców. W konsekwencji, zdaniem BAS, regulacja wysokości opłat *interchange* stanowi ograniczenie swobód traktatowych (s. 7 Opinii).

Ze stanowiskiem tym BAS nie sposób się zgodzić.

Zawarta w proponowanym art. 38a ust. 1-3 regulacja **maksymalnej wysokości opłaty *interchange***, ma na celu przywrócenie warunków normalnej i skutecznej konkurencji na rynku płatności bezgotówkowych w Polsce (zob. szczegółowe uzasadnienie Projektu). Konieczność wprowadzenia regulacji opłaty *interchange* wynika z nieefektywności dotychczasowych działań organów ochrony konkurencji, jak i również z niepowodzenia przedsięwzięcia wprowadzenia mechanizmów samoregulacji tych stawek. Aktualnie nie ulega natomiast wątpliwości, że zahamowanie rozwoju obrotu bezgotówkowego jest powodowane nierównowagą konkurencyjną na tym rynku, którego z kolei przyczyną jest funkcjonowanie opłaty *interchange*, której wysokość ustalana jest na **nietransparentnych zasadach**, a jednocześnie w sposób sprzeczny z prawem konkurencji (na co wskazują m.in. wyniki dotychczasowych postępowań przed KE, potwierdzone wyrokiem Sądu Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2012 r.). Również sama **wysokość tych opłat** (a nie tylko sposób ich ustalania) budziła poważne wątpliwości organów konkurencji, jako że była ona (i jest nadal) **nieuzasadniona rynkowo** (por. w/w wyrok Sądu Unii Europejskiej; potwierdzają to również ustalenia raportu NBP „Analiza funkcjonowania opłaty *interchange* w transakcjach bezgotówkowych na rynku Polskim”, dalej jako: „Raport”, z którego jednoznacznie wynika, że obniżenie stawek opłaty *interchange* jest niezbędne dla zapewnienia ekonomicznej równowagi na rynku transakcji bezgotówkowych, a w dalszej perspektywie – dla zapewnienia rozwoju tego rynku w Polsce, który został zahamowany wskutek stosowania opłaty *interchange* o nieuzasadnionej ekonomicznie wysokości).

Należy dodatkowo zauważyć, że cel lub skutek w postaci ograniczenia swobody przedsiębiorczości lub świadczenia usług w konsekwencji regulacji opłaty *interchange* mógłby zostać stwierdzony, jedynie wówczas, jeżeli uczestnicy rynku transakcji bezgotówkowych zostaliby zobowiązani do kształtowania cen za swoje usługi – podobnie jak operatorzy dominujący na rynkach energetycznych lub telekomunikacyjnych – **w oparciu o koszty** (tj. bez możliwości uzyskania przychodu z tytułu prowadzonej działalności), **bądź też poniżej tych kosztów**, a co z pewnością należałoby uznać za ograniczenie w/w swobód. **Proponowana regulacja nie zakłada natomiast nałożenia na organizacje kartowe czy banki-wydawców takiego obowiązku, a jedynie zobowiązuje ich do stosowania rynkowo (ekonomicznie) uzasadnionych stawek.**

W kontekście powyższego, na szczególną uwagę zasługują również **wyniki** przeprowadzonej przez NBP **symulacji** przewidujące obniżkę opłaty *interchange* w Polsce (por. s. 102 i 103 Raportu), które dowodzą, że na obniżeniu wysokości opłaty *interchange* **skorzystają przede wszystkim banki-wydawcy oraz organizacje kartowe, gdyż wskutek tej obniżki nastąpi bardziej intensywny rozwój sieci akceptacji kart płatniczych w Polsce, co zapewni tym podmiotom dodatkowe wpływy** (por. s. 103 Raportu).

Zatem, tezę jakoby proponowana regulacja ograniczała możliwość lub czyniła mniej atrakcyjnym prowadzenie przez uczestników systemu kart płatniczych działalności na terytorium RP jest nie sposób zaakceptować.

Po drugie, należy dodatkowo wskazać, że proponowana regulacja ma na celu wyeliminowanie mechanizmów, które ograniczają konkurencję na rynku usług obsługi transakcji dokonywanych w ramach zapłaty za pomocą kart płatniczych oraz osiągnięcie równowagi ekonomicznej na polskim rynku transakcji bezgotówkowych. Celem regulacji jest rozwój obrotu bezgotówkowego, a tym samym zwiększenie dostępności nowoczesnych instrumentów płatniczych. Cel ten zmierza do uwzględnienia interesów wszystkich uczestników rynku płatniczego, a nie wyłącznie do poprawy kolektywnej sytuacji rynkowej akceptantów czy konsumentów, w rezultacie ograniczenia swobody przedsiębiorczości lub świadczenia usług innych jego uczestników. Przy takim określeniu celu regulacji – wynikającym *explicite* z uzasadnienia projektu, a nie celu, który „przypisał” regulacji BAS, tj. wyłącznie ochrony konsumentów – należy stwierdzić, że przyjęte założenie ustawowego regulowania jedynie opłaty *interchange* jest adekwatne i proporcjonalne do realizacji tego celu, ze względu na zasadę minimalnej, ale zapewniającej skuteczność dla zakładanych celów, ingerencji ustawodawcy krajowego. Regulowanie także innych opłat z MSC mogłoby zostać *de facto* uznane za wykraczające poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia przedstawionego celu. Inaczej mówiąc, nie byłoby to ograniczenie najmniejsze, a zarazem wystarczające dla osiągnięcia zamierzonego celu – którym jest „rozwój obrotu bezgotówkowego” – realizowane w projekcie za pomocą uregulowania tylko maksymalnej wysokości opłaty *interchange*.

Rozwój płatności bezgotówkowych w Polsce – choć wymaga dostosowania przez podmioty działające na jej terytorium do stawianych przez ustawodawcę wymogów, które aktualnie nie obowiązują w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej, w żadnej mierze nie może ona zostać uznana – w świetle najnowszego orzecznictwa TSUE – jako „ograniczenie” swobody przedsiębiorczości lub świadczenia usług.

Zwraca na to uwagę TSUE, który w wyroku z dnia 29 marca 2011 r., C-565/08 wskazał, że „uregulowania państwa członkowskiego nie stanowią ograniczenia w rozumieniu

traktatu WE tylko z tej przyczyny, że inne państwa członkowskie stosują w odniesieniu do podmiotów świadczących podobne usługi mających swe przedsiębiorstwa na ich terytorium zasady mniej rygorystyczne lub bardziej interesujące z gospodarczego punktu widzenia [...] (podkr. dodane – FROB). Istnienie ograniczenia w rozumieniu traktatu nie może zatem zostać wywiedzione z samego faktu, że adwokaci prowadzący działalność w państwach członkowskich innych niż Republika Włoska muszą, celem obliczania honorariów za usługi świadczone we Włoszech, dostosować się do zasad obowiązujących w tym państwie członkowskim. Ograniczenie takie istnieje natomiast między innymi, gdy adwokaci są pozbawieni możliwości przenikania do rynku przyjmującego państwa członkowskiego w warunkach normalnej i skutecznej konkurencji [...](podkr. dodane – FROB).”

Odwołując się do tego powyższego wyroku należy stwierdzić, że proponowana regulacja maksymalnej wysokości opłaty *interchange* nie ogranicza swobody działalności organizacji kartowych, banków-wydawców oraz agentów rozliczeniowych, **gdyż nie zostali oni pozbawieni możliwości działania na polskim rynku w warunkach normalnej i skutecznej konkurencji,** a jedynie zobowiązuje je do przestrzegania określonych standardów, które polski ustawodawca może w ramach swoich kompetencji nakładać. Na ocenę taką wpływa przede wszystkim wskazana powyżej okoliczność, iż proponowana regulacja nie zmierza do ustanowienia stawek opłaty *interchange* w sposób uniemożliwiający lub utrudniający im **prowadzenie efektywnej działalności gospodarczej** (tj. zapewniającej im zysk w poszczególnych latach). Wręcz przeciwnie ma ona na celu przywrócenie warunków normalnej i skutecznej konkurencji, poprzez ustanowienie wysokości opłaty *interchange* w oparciu o rynkowo uzasadnione czynniki, **z korzyścią dla wszystkich uczestników transakcji bezgotówkowych.**

Zdaniem Fundacji Rozwoju Obrotu Bezgotówkowego, powyższe dobitnie potwierdza, że proponowany art. 38a ust. 1-3 nie prowadzi w najmniejszym stopniu do ograniczenia traktatowej swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług.

Już zatem z tej przyczyny przyjętą przez BAS **tezę o nieadekwatności proponowanego środka należy ocenić jako całkowicie nieprawidłową.** Z uwagi bowiem na to, że oceniana regulacja w ogóle nie prowadzi do ograniczenia traktatowych swobód, nie było konieczne dokonanie oceny tej regulacji z punktu widzenia stawianych przez orzecznictwo sądów unijnych wymogów. Co więcej, dokonywanie takiej oceny w takim przypadku stanowiło istotny metodologiczny błąd BAS, podważający prawidłowość Opinii w tym zakresie.

Po trzecie, niezależnie od powyższego, należy wskazać, że przyjęty w Opinii pogląd o nieadekwatności środka, uzasadniony tym, że proponowana regulacja obejmuje wyłącznie

opłaty *interchange*, co powoduje ryzyko wzrostu innych opłat nakładanych na akceptanta, opiera się **jedynie na przypuszczeniu opiniującego, nieznajdującego poparcia na głębszych ekonomicznych argumentach i analizach**. BAS w szczególności nie wskazało, z jakich przyczyn, interwencja ustawodawcy powinna dotyczyć także tych opłat, których wysokość dotychczas ustalana była z uwzględnieniem mechanizmów rynkowych, co dotyczy w szczególności marży agenta rozliczeniowego (z uwagi na fakt działania w pełnej konkurencji na terenie Polski kilkunastu agentów rozliczeniowych).

Dodatkowo, należy zwrócić uwagę, że objęcie regulacją ustawową wszystkich opłat akceptanta (MSC), bez wykazania (w oparciu o ekonomiczne dane) ryzyka przenoszenia wysokości opłaty *interchange* na inne opłaty akceptanta, będzie powodowało *de facto* sprzeczność takiej regulacji z **wymogiem proporcjonalności środka**, zakładającym minimalną ingerencję ustawodawcy, a który ten wymóg wynika zarówno z przepisów **Konstytucji RP** (art. 31 ust. 3) **jak i również z orzeczniczych wymogów pozwalających na ingerencję w swobody traktatowej** (por. wyrok TSUE z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94).

W opinii Fundacji Rozwoju Obrotu Bezgotówkowego zgodne z ustawodawstwem unijnym jest uregulowanie jedynie stawek opłaty *interchange* i pozostawienie kształtowania wysokości pozostałej części opłaty akceptanta (opłaty dodatkowe, marża agenta rozliczeniowego) mechanizmom wolnorynkowym, gdyż odmiennie niż w przypadku opłaty *interchange* opłaty te są ustalane w oparciu o **uchwytnie mechanizmy rynkowe. Potwierdza to okoliczność, że **dotychczasowe postępowania** przed organami ochrony konkurencji (polskiego Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Komisji Europejskiej oraz organów antymonopolowych w Hiszpanii i na Węgrzech) **dotyczyły wyłącznie opłaty *interchange***.**

[Zarzut niezgodności art. 34 c Projektu z art. 52 ust. 3 Dyrektywy PSD]

W Opinii wskazano, że obowiązujący art. 33 u.u.p. pozwala na uchylenie wprowadzonego projektowanym art. 34c zakazu nakładania na akceptantów zobowiązań umownych uniemożliwiających mu promowanie określonych form płatności, w tym oferowanie zniżki, co jest niedopuszczalne z uwagi na brzmienie przepisu art. 52 ust. 3 Dyrektywy PSD, zgodnie z którym „dostawca usług płatniczych nie uniemożliwia odbiorcy *żądania od płatnika opłaty lub oferowania mu zniżki za korzystanie z danego instrumentu płatniczego*”.

W ocenie Fundacji Rozwoju Obrotu Bezgotówkowego, zarzut BAS o niezgodności w tym zakresie Projektu z Dyrektywą PSD jest całkowicie niezasadniony.

Z brzmienia projektowanego art. 34c jednoznacznie wynika bezwzględny (imperatywny) charakter wprowadzanego nim zakazu, a co oznacza, iż możliwość jego uchylecia na podstawie art. 33 u.u.p. została przez ustawodawcę jednoznacznie wyłączona. Należy bowiem zauważyć, że projektowany art. 34c wprost stanowi, że wszelkie **postanowienia umowne wyłączające** możliwość promowania przez akceptanta określonych form płatności, w tym **oferowania zniżki, są nieważne.**

Samo zatem brzmienie projektowanego art. 34c, przewidującego imperatywny zakaz wprowadzania do umów w/w ograniczeń wyłączyło możliwość stosowania art. 33 u.u.p. (co jest w pełni dopuszczalne w świetle reguły *lex posterior derogat legi priori*). Taka interpretacja projektowanego art. 34c oraz art. 33 u.u.p. jest również zgodna z założeniem **racjonalnego ustawodawcy** (w tym zakresie por. wyrok TK z dnia 16 września 2003 r., K 55/02). Nie sposób uznać, że jakkolwiek racjonalny ustawodawca przewidywałby zakaz wprowadzania określonych postanowień umownych, dopuszczając jednocześnie ich wyłączenie na mocy porozumienia (umowy) stron. Dodatkowo taka wykładnia art. 33 w zw. z art. 34c wynika właśnie z tzw. wykładni pronunijnej (prowspółnotowej) art. 52 ust. 3 Dyrektywy PSD.

Tym samym, projektowany art. 34c jako imperatywny nie narusza przepisów Dyrektywy PSD.

Pomimo powyższego, mając na względzie konieczność przestrzegania zasad prawidłowej techniki legislacyjnej, a w szczególności wymóg **precyzji** przepisów ustawowych, w ocenie Fundacji Rozwoju Obrotu Bezgotówkowego Projekt w istocie powinien przewidywać zmianę art. 33 u.u.p., **poprzez wyraźne wyłączenie jego obowiązywania w stosunku do projektowanych art. 34a–34c.** Taka zmiana nie jest jednak, co z całą stanowczością należy podkreślić, niezbędna dla zapewnienia zgodności Projektu z Dyrektywą PSD.

PREZES ZARZĄDU

Robert Laniowski