

ALGUMAS NOTAS SOBRE A TRANSPOSIÇÃO DA DIRECTIVA DE SERVIÇOS DE PAGAMENTO EM PORTUGAL

Algumas Notas Sobre a Transposição da Directiva de Serviços de Pagamento em Portugal

A Directiva n.º 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos serviços de pagamento no mercado interno foi transposta, para o ordenamento jurídico Português, através do Decreto-Lei n.º 317/2009 de 30 de Outubro de 2009, o qual entrou em vigor no dia 1 de Novembro de 2009.

Tendo colaborado no processo de consulta pública do Banco de Portugal, relativo ao anteprojecto de transposição da Directiva, iniciado em Fevereiro de 2009, e prestado assessoria jurídica a clientes nacionais e internacionais nomeadamente através da resposta a questionários e na revisão dos seus contratos, pretende-se nesta sede dar nota, de forma necessariamente breve e resumida, das novidades introduzidas e de algumas das questões colocadas na interpretação e aplicação deste diploma.

Introdução

A Directiva n.º 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos serviços de pagamento no mercado interno (a «Directiva») foi transposta, para o ordenamento jurídico Português, no limite do prazo previsto para o efeito, através do Decreto-Lei n.º 317/2009 de 30 de Outubro de 2009 (o «Decreto-Lei»), o qual entrou em vigor no dia 1 de Novembro de 2009.

O Decreto-Lei veio regular o acesso à actividade das «instituições de pagamento» e a prestação de «serviços de pagamento» (cfr. melhor explicitados *infra*) a utilizadores desses serviços.

Tendo colaborado no processo de consulta pública do Banco de Portugal, relativo ao anteprojecto de transposição da Directiva, iniciado em Fevereiro de 2009, e prestado assessoria jurídica a clientes nacionais e internacionais neste âmbito, nomeadamente através de resposta a questionários e da redacção e revisão de contratos de abertura de conta e de cartões de débito e de crédito, procuramos nesta sede dar nota, de forma necessariamente breve e resumida, das novidades introduzidas e de algumas das questões colocadas na interpretação e aplicação deste diploma.

Objecto

Serviços de Pagamento

Para efeitos de aplicação do Decreto-Lei, constituem serviços de pagamento, *inter alia*, os serviços

Some indications on the implementation of the Payment Services Directive in Portugal

Directive no. 2007/64/CE of the European Parliament and of the Council on payment services in the internal market has been implemented in Portugal by the Decree-Law no. 317/2009 of 30 October 2009, entered into force on 1 November 2009.

Having participated in the process of public consultation of the Bank of Portugal regarding the discussion of the draft legislation as of February 2009, and having provided legal advice to national and international clients namely by responding to questionnaires and in the review of their agreements in this field, the purpose of this work is to briefly highlight the main news and issues faced in the interpretation and application of this regime.

que permitem o depósito ou o levantamento de numerário numa conta de pagamento, a execução de operações de pagamento por débito directo, através de cartão de pagamento ou por transferência bancária, o envio de fundos ou as operações de pagamento (igualmente por débito directo, cartão ou transferência bancária) no âmbito das quais os fundos utilizados são cobertos por uma linha de crédito concedida ao utilizador dos serviços de pagamento (artigo 4.º).

Por seu turno, encontram-se excluídos do âmbito de aplicação do Decreto-Lei, entre outros, os cheques, as operações de pagamento realizadas exclusivamente em numerário, directamente do ordenante para o beneficiário, sem qualquer tipo de intermediação e as operações de pagamento relativas a serviços ligados a valores mobiliários (artigo 5.º).

Prestadores de Serviços de Pagamento

Procedendo a uma transposição quase literal do Título II da Directiva e alterando o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92 de 31 de Dezembro («RGIC»), o Decreto-Lei implementou uma nova categoria de prestadores de serviços de pagamento denominada de «instituições de pagamento», definindo-as como prestadores de um ou mais serviços de pagamento (artigo 8.º), podendo estes, sublinhe-se, conceder crédito apenas, *inter alia*, no caso de este ser acessório a determinados serviços de pagamento (nomeadamente através da

abertura de linhas de crédito ou da emissão de cartões de crédito).

Por outro lado, o Decreto-Lei veio determinar, no âmbito do «passaporte comunitário», que as instituições de pagamento autorizadas por outro Estado-Membro da União Europeia podem prestar serviços de pagamento em Portugal, desde que tais serviços se encontrem abrangidos pela autorização que lhes foi concedida, seja através da abertura de sucursais, seja pela contratação de agentes ou, ainda, em regime de livre prestação de serviços (artigo 26.º).

A este respeito, refira-se que o Decreto-Lei estabelece um regime transitório, até 30 de Abril de 2011, para as agências de câmbio e sociedades emitentes ou gestoras de cartões de crédito que, antes de 25 de Dezembro de 2007, estivessem autorizadas e registadas com vista a prestar em Portugal serviços de pagamento, findo o qual deixarão de poder ser consideradas sociedades financeiras, regidas pelo RGIC e demais legislação aplicável, para passarem a estar abrangidas, obrigatoriamente, pelo presente regime.

Em acréscimo, o Decreto-Lei estabeleceu, *grosso modo*, que as normas de contabilidade, auditoria e certificação legal aplicáveis às instituições de crédito e sociedades financeiras são extensíveis às instituições de pagamento.

Por último, considerando que as actividades desempenhadas são mais restritas, acarretando, por conseguinte, riscos mais limitados do que os inerentes, por exemplo, às instituições de crédito, as instituições de pagamento encontram-se sujeitas a uma supervisão prudencial menos intensa pelo Banco de Portugal.

Neste âmbito, foram já publicados o Aviso do Banco de Portugal n.º 10/2009, que veio definir o enquadramento regulamentar das matérias que ficam sujeitas à supervisão do Banco de Portugal e o Aviso do Banco de Portugal n.º 11/2009, que veio estabelecer as regras e os procedimentos mínimos necessários para assegurar o cumprimento, pelas instituições de pagamento, dos requisitos de separação de fundos, bem como as condições essenciais do contrato de seguro ou garantia equiparada, nos termos do artigo 32.º.

Principais Inovações

Apesar de o Decreto-Lei seguir de perto o texto da Directiva nalgumas matérias, não deixaram de ser feitas importantes opções, por vezes transversais às

práticas de mercado e à relação entre prestadores e utilizadores de serviços de pagamento.

Extensão da tutela dos consumidores às microempresas

Uma das relevantes opções feitas pelo legislador português consistiu na extensão da aplicação das regras sobre transparência e dos requisitos de informação aplicáveis aos serviços de pagamento e dos direitos e obrigações relativos à prestação e utilização de serviços de pagamento (cfr. artigo 40.º, n.º 2 e artigo 60.º, n.º 2, respectivamente) às microempresas (definidas nos termos do artigo 1.º e dos n.ºs 1 e 3 do artigo 2.º do anexo da Recomendação da Comissão n.º 2003/361/CE de 6 de Maio de 2003), atribuindo-lhes o mesmo nível de tutela que aos consumidores. Note-se que uma das dificuldades registadas pelos prestadores de serviços de pagamento tem sido a classificação dos seus clientes no âmbito dos contratos celebrados antes da entrada em vigor do Decreto-Lei.

Regras sobre transparência e requisitos de informação

(i) *Requisitos de Informação*. Um dos aspectos basilares do Decreto-Lei reside nos requisitos de informação aos utilizadores, agora implementados no Capítulo I do Título III do Decreto-Lei. O legislador Português optou por uma postura maximalista, conferindo aos utilizadores o mais elevado grau de informação previsto pela Directiva. Todavia, saliente-se, estas normas apenas são imperativas relativamente a consumidores, sendo supletivas quando o utilizador do serviço de pagamento não seja um consumidor, pelo que, neste último caso, foi atribuída às partes a possibilidade de afastarem em parte ou no todo o disposto no *supra* mencionado capítulo (artigo 40, n.º 2). Por outro lado, foi implementado um duplo regime quanto às informações que os prestadores de serviços de pagamento devem prestar, sendo que o nível de informação a fornecer no âmbito de operações de pagamento de carácter isolado é menor do que aquele a transmitir nos contratos quadro, mais comum e significativo do ponto de vista económico que o primeiro. Na execução de operações de pagamento de carácter isolado, o prestador do serviço de pagamento é obrigado a informar o ordenante sobre o tempo máximo de execução, as

comissões, os encargos e as as taxas aplicáveis. Por seu turno, nos contratos quadro, o prestador do serviço de pagamento é obrigado a prestar um conjunto de informações detalhadas, especificamente previstas no artigo 53.º, em suporte de papel ou em qualquer outro suporte duradouro, destacando-se as referentes (a) ao serviço de pagamento (nomeadamente a existência ou inexistência de possibilidade de celebração de um acordo sobre limites de despesas para a utilização de um instrumento de pagamento), (b) aos encargos, taxas de juro e de câmbio a aplicar (nomeadamente, caso acordado, a aplicação imediata de alterações da taxa de juro ou de câmbio de referência), (c) às medidas preventivas e rectificativas (sendo de referir, caso acordado, as condições nas quais o prestador de serviço de pagamento pode bloquear um instrumento de pagamento, a responsabilidade pela execução de uma operação de pagamento, as condições de notificação de uma operação não autorizada ou incorrectamente executada e as condições de reembolso), (d) às alterações e à denúncia do contrato-quadro e (e) à reparação (designadamente os procedimentos de reclamação e reparação extrajudicial de litígios). No exercício da opção conferida pela Directiva, o ónus da prova de que os requisitos de informação foram cumpridos impende sobre o prestador do serviço de pagamento. Adicionalmente, o Decreto-Lei prevê que os prestadores de serviços de pagamento não podem cobrar aos utilizadores pela prestação destas informações, podendo apenas ser acordado o pagamento relativamente à prestação de informações adicionais ou mais frequentes.

(ii) *Articulação com o regime do crédito ao consumo.* O artigo 40.º, n.º 4 e o artigo 62.º, n.º 3 do Decreto-Lei vieram estabelecer que as normas relativas à transparência das condições e dos requisitos de informação aplicáveis aos serviços de pagamento e os direitos e obrigações relativos à prestação e utilização de serviços de pagamento são aplicáveis «sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei n.º 133/2009 de 2 de Junho», o qual procedeu à transposição da Directiva n.º 2008/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Abril relativa a contratos de crédito aos consumidores («DL 133/2009»). Face à letra da lei, entendemos que o legislador português quis verter, neste artigo, o «princípio da especialidade», ou seja, as disposições gerais consagradas no Decreto-Lei serão desapplicadas

caso existam disposições especiais (específicas) no DL 133/2009, sobre a mesma matéria. Assim, consideramos que as matérias desapplicadas serão as relativas às taxas de juro e de câmbio e às taxas de juro e de câmbio de referência face às referentes à TAEG («taxa anual efectiva de encargos global»), as relativas à possibilidade de alteração das mesmas e a obrigatoriedade (e não a possibilidade) de ser fornecida informação relativa ao limite de crédito. Por sua vez, no n.º 5 e no n.º 4, respectivamente, prevê-se, ainda, que a demais legislação respeitante às condições de concessão de crédito ao consumo será aplicável «na medida em que contenha disposições não previstas neste capítulo».

(iii) *Regras sobre denúncia e alteração das condições dos contratos quadro.* Até à entrada em vigor do presente regime, os períodos de pré-aviso de denúncia e os prazos a respeitar para a vinculação a uma proposta de alteração a condições previamente acordadas não eram expressamente previstos. Assim, recorrendo-se à aplicação do regime das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de Outubro, apenas se exigia que tais prazos pudessem corresponder a um «prazo razoável». Diferentemente, o Decreto-Lei prevê agora um prazo de dois meses de pré-aviso para que os prestadores de serviços de pagamento executem alterações às condições previamente existentes ou denunciem os contratos celebrados. Neste âmbito, e usando a opção concedida pela Directiva, foram estabelecidas disposições mais favoráveis aos utilizadores de serviços de pagamento. Assim, quando o utilizador de serviços de pagamento for um consumidor ou uma microempresa, a denúncia é sempre isenta de encargos para o utilizador (artigo 56.º, n.º 2). Por outro lado, no caso de alteração do contrato quadro ou, em concreto, das informações e condições elencadas no *supra* referido artigo 53.º, o utilizador do serviço de pagamento tem o direito de denunciar o contrato quadro imediatamente e sem encargos antes da data proposta para a aplicação das alterações (artigo 56.º, n.º 5). Note-se que interpretações mais rígidas destas disposições tenderão a considerar que qualquer alteração à informação prestada ao utilizador do serviço, *maxime* a constante do preçário de encargos fornecido ao cliente na data de assinatura do contrato quadro e que, por necessidades da prática bancária, sofre alterações frequentes - terá que ser notificada ao utilizador com, pelo menos, dois meses de

antecedência antes da sua implementação. Por outro lado, a aplicação das novas regras a alterações relativas ao limite do crédito constitui, igualmente, uma área sensível para os prestadores de serviços.

Direitos e obrigações relativamente à prestação e utilização de serviços de pagamento

Na linha do previsto pela Directiva (ainda que com duas divergências de *gold plating* quanto ao artigo 87.º relativo à não execução ou execução deficiente de ordens de pagamento emitidas pelo beneficiário ou através deste e quanto ao artigo 92.º respeitante à resolução extrajudicial de litígios e procedimentos de reclamação), o Capítulo II do Título III do Decreto-Lei estatui que nalguns casos especificados (o n.º 3 do artigo 63.º, o n.º 3 do artigo 65.º, e nos artigos 69.º (apenas quanto ao prazo), 70.º, 72.º, 73.º, 74.º, 77.º e 86.º), o regime é imperativo relativamente a consumidores e supletivo quando o utilizador do serviço de pagamento não seja um consumidor, pelo que, neste último caso, foi também atribuída às partes a possibilidade de afastarem em parte ou no todo o disposto nas referidas disposições.

(i) *Encargos*. No exercício de uma opção conferida pela Directiva, o Decreto-Lei veio prever, no artigo 63.º, n.º 6, que, em regra, o beneficiário pode exigir ao ordenante um encargo ou oferecer uma redução pela utilização de um determinado instrumento de pagamento, salvo nos casos em que o beneficiário imponha ao ordenante a utilização de um instrumento de pagamento específico ou quando exista disposição legal que limite este direito no sentido de incentivar a concorrência ou promover a utilização de instrumentos de pagamento eficazes (recorde-se que à data da entrada em vigor do Decreto-Lei a disposição legal mencionada era inexistente). Em resposta à sociedade civil que veio pronunciar-se contra o que entendiam ser a faculdade reconhecida ao beneficiário de impor encargos pelo uso de instrumentos de pagamento, argumentando que, deste modo, se estaria a permitir aos beneficiários transferir para os ordenantes encargos que deviam impender exclusivamente sobre a sua esfera, foi publicado, no passado dia 5 de Janeiro, o Decreto-Lei n.º 3/2010 («DL 3/2010»), o qual veio pôr termo ao diferendo (pelo menos quanto à cobrança de encargos, ainda que não quanto à redução pela sua utilização). Por força do DL 3/2010, foi proibida a co-

brança de encargos pelas instituições de crédito nas operações realizadas em caixas automáticas, bem como a cobrança de encargos pelos beneficiários de serviços de pagamento nas operações de pagamento através dos terminais de pagamento automáticos, visando-se, nas palavras do legislador, não corrigir, mas «*acautelar, a título preventivo os direitos dos consumidores*».

(ii) *Regime de Execução de Operações de Pagamento*. Outra mudança introduzida respeita ao regime da execução de operações de pagamento. De acordo com o novo regime, os montantes transferidos devem ser creditados na conta do beneficiário: (a) no caso de operações de pagamento nacionais entre contas sediadas no mesmo prestador de serviços: no dia da recepção da ordem de pagamento («D») (fazendo uso da opção exercida pela Directiva de que, em relação às operações de pagamento nacionais, os Estados Membros podem prever prazos de execução máximos mais reduzidos) ou, caso acordado, D+1; (b) noutras operações de pagamento nacionais: D+1; (c) em operações de pagamento em euros, dentro da União Europeia («UE») e do Espaço Económico Europeu («EEA»): D+1 ou, caso acordado e somente até 1 de Janeiro de 2012, D+3; e (d) nas operações de pagamentos numa moeda de um dos estados membros da UE não pertencentes à zona Euro, dentro da UE ou da EEA: D+1 ou, caso acordado, até D+4. Refira-se que a estes prazos (com excepção da alínea (d)) poderá acrescer um dia útil quando a ordem de pagamento tenha sido emitida em suporte de papel. Finalmente, o Decreto-Lei veio estabelecer que o prestador de serviços de pagamento do beneficiário deve assegurar que o montante da operação de pagamento fique disponível ao beneficiário imediatamente após ter sido creditado na conta de pagamento deste, devendo a data-valor coincidir com o momento do crédito. Estas exigências têm suscitado diversas dúvidas entre os prestadores de serviços de pagamento a propósito das transacções que envolvam conversão de moeda, as quais se esperam venham a ser resolvidas pelos reguladores à escala europeia ou nacional.

(iii) *Responsabilidade*. O Decreto-Lei segue o regime da Directiva relativamente à responsabilidade de prestadores de serviços de pagamento, mas exercendo opções a favor do consumidor. Assim, o ónus da prova da correcta execução de uma operação de pagamento recai sobre o prestador de serviços de pagamento. No que diz

respeito ao direito de rectificação de operações de pagamento não autorizadas ou incorrectamente executadas, o artigo 69.º veio prever o direito de rectificação caso o utilizador comunique o facto ao respectivo prestador de serviço de pagamento *«sem atraso injustificado e dentro de um prazo nunca superior a 13 meses a contar da data do débito»*. Apesar de ambos os requisitos, sendo cumulativos, possam ser na aparência contraditórios, parece certo que terão que ser analisados casuisticamente. Relativamente ao direito de reembolso de operações de pagamento autorizadas, o artigo 73.º consagrou uma solução controversa, ao prever que o ordenante terá direito ao reembolso de uma operação de pagamento autorizada iniciada pelo beneficiário ou através deste que já tenha sido executada caso *«a autorização não especificar o montante exacto da operação de pagamento no momento em que a autorização foi concedida»* e *«o montante da operação de pagamento exceder o montante que o ordenante poderia razoavelmente esperar com base no seu perfil de despesas anterior, nos termos do seu contrato-quadro e nas circunstâncias específicas do caso»*, caso em que terá um prazo de oito semanas a contar da data em que os fundos tenham sido debitados para apresentar o pedido. Parece-nos que estes requisitos poderão colocar especiais questões de aplicação no caso de pagamentos efectuadas com cartão de crédito, tais como nos serviços de *rent-a-car* ou de hotelaria, em que é frequente ser autorizado o pagamento antes de ser ou poder ser conhecido o montante exacto. Acresce que o legislador previu algumas excepções a esta regra, de não menor dificuldade para o intérprete, dispondo que *«pode ser acordado no contrato-quadro entre o ordenante e o respectivo prestador de serviços de pagamento que o ordenante não tenha direito ao reembolso caso tenha comunicado directamente ao prestador do serviço do pagamento o seu consentimento à execução da operação de pagamento e, se for caso disso, que o referido prestador ou o beneficiário tenham prestado ou disponibilizado ao ordenante informações sobre a futura operação de pagamento pela forma acordada, pelo menos quatro semanas antes da data de execução»*. A questão de saber se ambos os requisitos são cumulativos ou alternativos e se terão ou não que ser previstos no contrato-quadro entre ordenante e prestador de serviços de pagamento terá um impacto decisivo na protecção do beneficiário (pense-se, a título de exemplo, nos pagamentos efectuados por débito directo).

Resolução Extrajudicial de Litígios e Procedimentos de Reclamação

O Decreto-Lei determina, no artigo 92.º, que os prestadores de serviços de pagamento devem oferecer aos utilizadores o acesso a meios extrajudiciais eficazes e adequados de reclamação e de reparação de litígios. Nessa esteira, para além da possibilidade de acesso aos meios judiciais competentes, os utilizadores de serviços de pagamento podem apresentar, directamente ao Banco de Portugal, reclamações fundadas no incumprimento de normas referentes à prestação e utilização de serviços de pagamento. Esta oferta é efectuada através da adesão a pelo menos duas entidades autorizadas a realizar arbitragens ao abrigo do Decreto-Lei n.º 459/86 de 27 de Dezembro ou a duas entidades registadas no sistema de registo voluntário de procedimentos de resolução extrajudicial de conflitos de consumo, instituído pelo Decreto-Lei n.º 146/99 de 4 de Maio, após a qual os prestadores dispõem de quinze dias para notificar o Banco de Portugal. Por sua vez, as entidades seleccionadas devem também observar os princípios aplicáveis aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de conflitos de consumo estabelecidos na Recomendação da Comissão n.º 98/257/CE de 30 de Março de 1998. Não fazendo uso da opção prevista pela Directiva quanto à não aplicação desta norma caso o utilizador do serviço de pagamento não seja um consumidor, os prestadores de serviços de pagamento serão obrigados a incluir, ou a alterar os seus contratos, neste sentido. Apesar de o projecto de Decreto-Lei prever que os prestadores de serviços tinham a possibilidade de, em alternativa ou em complemento à oferta dos meios anteriormente referidos, submeter os litígios *supra* mencionados, à intervenção de um provedor do cliente ou entidade análoga, designado de acordo com os princípios formulados na Recomendação n.º 98/257/CE de 30 de Março de 1998 - prática que já era corrente no mercado -, o Decreto-Lei veio eliminar esta possibilidade de opção. Refira-se que a existência de uma multiplicidade de centros de arbitragem, com competências territoriais específicas e competências funcionais próprias, alguns dos quais menos idóneos para dirimir conflitos na área de serviços de pagamento, e a dificuldade de compatibilização desta norma para quem não é consumidor, tem conduzido a alguma resistência na sua adopção por parte dos prestadores de serviços de pagamento, antes da obtenção de um entendimento do Banco de Portugal.

Considerações Finais

Encerrado o debate sobre o modo de implementação da Directiva, os prestadores de serviços de pagamento em Portugal estão agora concentrados na modificação dos contratos vigentes à data da entrada em vigor do Decreto-Lei. Com efeito, as regras mais favoráveis para os utilizadores dos serviços de pagamento entraram em vigor no dia 1 de Novembro, pelo que caso se pretenda proceder ao *corporate opt-out* de determinadas normas estabelecidas, os contratos terão que ser alterados nes-

se sentido. Apesar de a validade dos contratos de serviço de pagamento existentes não ter sido afectada, aos prestadores de serviços de pagamento cabe agora a tarefa de conformar os contratos vigentes com as regras implementadas pelo Decreto-Lei, num prazo de seis meses. Por fim, refira-se que foi cominado, no Título V do Decreto-Lei, um novo regime contra-ordenacional a que os prestadores de serviços de pagamento passam a estar sujeitos.

PEDRO FERREIRA MALAQUIAS e INÊS CARIA PINTO BASTO*

* Advogados do Departamento de Financeiro e Bancário da Uría Menéndez (Lisboa e Londres).