

PORTUGAL

A NOVA DIRETIVA DE SERVIÇOS DE PAGAMENTO

A nova Diretiva de Serviços de Pagamento

Este artigo pretende apresentar, de forma sumária, as principais alterações introduzidas pela Diretiva 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2015, no quadro jurídico dos serviços de pagamento, em consequência da revogação, com efeitos a 13 de janeiro de 2018, da Diretiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007, juntamente com algumas observações críticas sobre as mesmas, em face do regime jurídico vigente em Portugal.

PALAVRAS CHAVE

Serviços de pagamento, Instituições de Pagamento, Diretiva 2015/2366, Diretiva 2007/64/CE, Decreto-Lei 317/2009.

The new Payment Services Directive

This article intends to briefly present the main amendments introduced by the Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council, of 25 November 2015, within the framework of the payment services, further to the repeal, with effect from 13 January 2018, of Directive 2007/64/EC, of 13 November, together with some remarks on these amendments, in light of the applicable Portuguese legal regime.

KEY WORDS

Payments services, Payment institutions, Directive 2015/2366, Directive 2007/64/CE, Decree-Law 317/2009.

Fecha de recepción: 15-4-2017

Fecha de aceptación: 29-5-2017

INTRODUÇÃO

A Diretiva 2015/2366 do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos serviços de pagamento no mercado interno, de 25 de novembro de 2015 («DSP2» ou a «Diretiva») irá revogar, com efeitos a partir do próximo dia 13 de janeiro de 2018, a Diretiva 2007/64/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de novembro de 2007 («DSP1»). Até à referida data, os Estados-Membros deverão, por isso, transpor esta Diretiva.

A DSP2 faz parte de um pacote legislativo que também inclui o Regulamento (UE) 2015/751 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2015 (o «Regulamento (UE) 2015/751»), relativo às taxas de intercâmbio aplicáveis a operações de pagamento baseadas em cartões. Este Regulamento veio estabelecer taxas máximas de intercâmbio aplicáveis às operações de pagamento baseadas em cartões de débito e de crédito na União e proibir a cobrança adicional de encargos pelos comerciantes pela utilização deste tipo de cartões (sendo diretamente aplicável em todos os Estados-Membros desde o dia 9 de Junho de 2016).

Este novo regime, aplicável aos serviços de pagamento no mercado interno, procura responder a quatro objetivos principais: à maior complexidade e volume de pagamentos eletrónicos e através de dispositivos móveis, ao aumento dos riscos de segurança com estes relacionados, às inovações técnicas no mercado de pagamentos de pequeno montante e, por último, à emergência de novos tipos de serviços de pagamento.

As principais alterações estabelecidas pela DSP2 podem ser enquadradas nas seguintes matérias (as quais iremos desenvolver *infra*): (i) o alargamento do seu âmbito de aplicação, de modo a cobrir novos tipos de serviços de pagamento e novos tipos de prestadores de serviços de pagamento, relacionados com dispositivos móveis ou através da Internet (que passam, agora, a estar expressamente regulados); (ii) a revisão da exclusão de «telecoms», a qual passa a estar limitada a micro pagamentos de serviços digitais; (iii) a inclusão de operações de pagamento com países terceiros, desde que um dos prestadores de serviços de pagamento se encontre situado na União (as denominadas «one leg transactions»); (iv) uma maior cooperação e troca de informação entre as autoridades nacionais, no contexto da autorização e da supervisão de instituições de pagamento, e um incremento do papel da Autoridade Bancária Europeia («EBA») na coordenação das autoridades de supervisão nacionais e na produção de normas técnicas de execução; e (v) a introdução de medidas de segurança reforçadas no âmbito dos pagamentos através da Internet, sobretudo em matéria de fraude ou irregularidades.

ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Novos serviços de pagamento

Dentro do conceito de «serviços de pagamento» (tal como definido no Anexo I), passam agora a estar incluídos dois novos tipos de serviços no

domínio dos pagamentos através da Internet: os denominados «serviços de iniciação de pagamentos» e os «serviços de informação sobre contas».

Os serviços de iniciação de pagamentos, ao estabelecerem uma ponte telemática entre o sítio de Internet do comerciante e a plataforma bancária *online* do prestador de serviços de pagamento que gere as contas do ordenante, permitem iniciar pagamentos através da Internet com base numa transferência a crédito. Estes serviços desempenham, atualmente, um papel importante nos pagamentos efetuados no âmbito do comércio eletrónico, podendo constituir uma alternativa real aos cartões de crédito.

Por sua vez, os serviços de informação sobre contas proporcionam ao utilizador de serviços de pagamento informação agregada sobre as suas contas em distintas entidades, através de interfaces *online* do prestador de serviços de pagamento que gere as contas, dando-lhe uma visão global sobre a sua situação financeira.

A Diretiva estabelece que os utilizadores de serviços de pagamento podem recorrer a um «terceiro prestador de serviços» («TPP») para obter os referidos serviços de iniciação ou informação, e que as instituições de crédito não podem recusar o acesso dos TPP às contas de pagamento por si geridas, desde que se verifiquem as condições estabelecidas na Diretiva (cfr. artigos 65.º a 68.º).

Além disso, estabelece condições para o acesso e o exercício da atividade destes novos prestadores de serviços, sujeitando-os a regras harmonizadas de supervisão (incluindo a necessidade de autorização como instituição de pagamento).

Exclusões

A DSP2 vem matizar ou limitar algumas exclusões (já existentes no âmbito da DSP1) ao seu âmbito de aplicação:

(i) A exclusão relativa a operações de pagamento através de um agente comercial, a qual passa a ser aplicável apenas quando o agente atue exclusivamente em nome do ordenante ou do beneficiário. Consequentemente, caso os agentes atuem tanto em nome do ordenante como do beneficiário (como, por exemplo, determinadas plataformas de comércio eletrónico) só deverão ser excluídos se não entrarem, em

momento algum, na posse ou controlo de fundos de clientes;

(ii) Os instrumentos de pagamento abrangidos pela «exclusão da rede restrita», a qual passa a ser expressamente aplicável a instrumentos sujeitos a um quadro jurídico específico em matéria fiscal ou laboral, destinado a promover a utilização destes instrumentos, de modo a cumprir os objetivos estabelecidos na legislação social (como, por exemplo, os passes de transportes públicos, os talões de estacionamento ou os títulos de refeição). Esta exclusão deverá ser lida em conjunto com o requisito de os prestadores de serviços de pagamento devem notificar as autoridades competentes das atividades que prestam no quadro de uma rede restrita, com base nos critérios definidos na Diretiva, caso o valor das operações de pagamento exceda um determinado limiar (cfr. Artigo 37.º);

(iii) A exclusão relativa a determinadas operações de pagamento realizadas através de dispositivos informáticos ou de comunicações eletrónicas, a qual passa a referir-se, especificamente, à aquisição de conteúdos digitais e serviços de voz e à aquisição de bilhetes e desde que o valor de cada operação deste tipo não exceda 50 euros ou 300 euros por mês, de valor acumulado, por assinante. Em qualquer caso, os prestadores de serviços que exerçam esta atividade devem enviar uma notificação às autoridades competentes e apresentar um parecer anual de auditoria que ateste que a referida atividade cumpre com os acima referidos limites (cfr. Artigo 37.º).

Geográfico

O âmbito de aplicação geográfico de algumas das disposições da DSP2 é agora alargado a operações de pagamento dentro da União Europeia, numa moeda que não seja a moeda de um Estado-Membro e, por outro lado, a operações de pagamento internacionais (ou seja, caso só um dos prestadores de serviços de pagamento esteja situado na União) efetuadas em qualquer moeda.

Prevemos que a sua aplicação possa, ainda, vir a ser alargada aos países do Espaço Económico Europeu (Islândia, Liechtenstein e Noruega), caso a DSP2 venha a ser incorporada no Acordo do Espaço Económico Europeu relativo ao mercado interno (à semelhança da DSP1).

AUTORIZAÇÃO DE INSTITUIÇÕES DE PAGAMENTO

A Diretiva não altera substancialmente as condições para a concessão e manutenção da autorização enquanto instituições de pagamento.

Destacamos, apenas que o pedido de autorização se torna mais oneroso, ao dever ser acompanhado de um conjunto de elementos adicionais, relacionados com o aumento de medidas de segurança dos utilizadores, dos quais destacamos: (i) uma descrição do procedimento criado para tratar incidentes e reclamações relacionados com a segurança, (ii) uma descrição do procedimento criado para classificar, rastrear e restringir o acesso a dados de pagamento sensíveis, (iii) uma descrição dos princípios aplicados e das definições adotadas para a recolha dos dados estatísticos relativos ao desempenho, às operações e à fraude e, por fim, (iv) um documento relativo à sua política de segurança.

Por outro lado, a EBA deverá passar a elaborar e a gerir um registo central, acessível ao público, da lista de firmas de todas as entidades que prestem serviços de pagamento na União.

DIREITO DE ESTABELECIMENTO E LIVRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Relativamente às disposições aplicáveis ao direito de estabelecimento e livre prestação de serviços, salientamos, apenas, duas alterações:

(i) *Prazos*: a DSP2 vem estabelecer, quer no caso de um pedido de exercício de direito de estabelecimento, quer de um pedido de livre prestação de serviços, que: (a) o Estado-Membro de origem deverá, no prazo de um mês a contar da receção de todas as informações requeridas pela Diretiva, transmiti-las às autoridades competentes do Estado-Membro de acolhimento; (b) no prazo de um mês a contar da receção daquelas informações pelas autoridades competentes do Estado-Membro de acolhimento, deve ser feita uma avaliação por estas autoridades; e (c) no prazo de três meses a contar da receção das referidas informações, as autoridades competentes do Estado-Membro de origem deverão comunicar a sua decisão às autoridades competentes do Estado-Membro de acolhimento e à instituição de pagamento.

(ii) *Relatórios Periódicos e Ponto de Contacto*: as autoridades competentes dos Estados-Membros

de acolhimento podem passar a exigir que as instituições de pagamento que tenham agentes ou sucursais no seu território (a) lhes apresentem relatórios periódicos sobre as atividades realizadas nesse território e que (b) nomeiem um ponto de contacto central no seu território para efeitos de facilitação de documentos e informações que estas possam vir a solicitar.

REQUISITOS DE INFORMAÇÃO

No âmbito das operações de pagamento abrangidas por um contrato-quadro e no que diz respeito às informações e condições pré-contratuais que devem ser fornecidas aos utilizadores de serviços de pagamento (as quais, tipicamente, são cumpridas através da entrega de uma cópia do projeto de contrato-quadro) destacamos dois novos aspetos do regime: (i) quanto à utilização do serviço de pagamento e no caso de instrumentos de pagamento multimarca baseados em cartões, deve ser prestada informação quanto aos direitos do utilizador de serviços de pagamento, nos termos do artigo 8.º do Regulamento (UE) 2015/751; e (ii) relativamente às salvaguardas e medidas corretivas, deve ser prestada informação acerca do procedimento seguro de notificação do utilizador de serviços de pagamento pelo prestador de serviços de pagamento, em caso de fraude suspeitada ou comprovada ou de ameaças para a segurança.

Do ponto de vista do direito português e na ausência de disposição expressa pelo legislador, antevemos que podem continuar a verificar-se algumas dificuldades de compatibilização entre os requisitos de informação aplicáveis no âmbito da DSP2, com outros regimes jurídicos existentes (tais como o do crédito ao consumo ou o das cláusulas contratuais gerais).

ALTERAÇÃO E RESOLUÇÃO DE CONTRATOS-QUADRO

É de assinalar que a DSP2 apenas introduz pequenas modificações de redação ao artigo relativo às alterações das condições do contrato-quadro (cfr. Artigo 54.º).

Continuam por resolver, de forma expressa: o direito do utilizador de serviços de pagamento de cancelar um determinado serviço, em vez de resolver o contrato-quadro, caso se oponha a uma alteração proposta pelo prestador de serviços de pagamento; bem como o direito do prestador de serviços de

pagamento resolver o contrato-quadro, caso o utilizador se oponha a uma alteração proposta pelo referido prestador.

Destacamos, ainda, que a resolução de contratos-quadro deverá passar a ser isenta de encargos para o utilizador, salvo se a vigência do contrato tiver sido inferior a seis meses (a DPS1 proibia a cobrança de encargos em contratos-quadro celebrados por um prazo superior a 12 meses).

DIREITOS E OBRIGAÇÕES RELATIVAMENTE À PRESTAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS DE PAGAMENTO

Encargos

Em matéria de encargos, a DSP2 passa a estabelecer que os Estados-Membros devem exigir que, para as operações de pagamento efetuadas na União (independentemente da moeda), o ordenante e o beneficiário paguem, apenas, os encargos efetivamente faturados pelos respetivos prestadores de serviços de pagamento (enquanto que a DPS1 se referia a operações de pagamento que não envolvam conversões monetárias).

É também relevante a proibição de cobrança de encargos adicionais pelos beneficiários pela utilização de determinado instrumento de pagamento (a regra passa a ser a de que os encargos eventualmente aplicados não podem exceder os custos diretos suportados pelo beneficiário para a utilização do instrumento de pagamento específico).

No entanto e, em qualquer caso, o beneficiário não poderá imputar encargos pela utilização de instrumentos de pagamento cujas taxas de intercâmbio sejam reguladas pelo capítulo II do Regulamento (UE) 2015/751, nem pelos serviços de pagamento a que se aplica o Regulamento (UE) n.º 260/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de março de 2012, que estabelece requisitos técnicos e de negócio para as transferências a crédito e os débitos diretos em euros («Regulamento SEPA»).

Responsabilidade por operações de pagamento não autorizadas

Prova de autenticação

Em matéria de prova de autenticação e execução de operações de pagamento, a DSP1 já previa que caso

um utilizador de serviços de pagamento negue ter autorizado uma operação de pagamento executada, a utilização do instrumento de pagamento registada pelo prestador de serviços de pagamento não é necessariamente suficiente, por si só, para provar que a operação de pagamento foi autorizada pelo ordenante ou que este agiu de forma fraudulenta ou não cumpriu, com dolo ou por negligência grosseira, uma ou mais obrigações relativas à utilização de instrumentos de pagamento e às credenciais de segurança.

Todavia, a DPS2 vem agora acrescentar, no Artigo 72.º, que o prestador de serviços de pagamento deverá, neste caso, apresentar elementos que demonstrem a existência de fraude ou de negligência grosseira da parte do utilizador de serviços de pagamento.

A EBA deverá emitir, nesta matéria, orientações respeitantes à definição, à aplicação e à monitorização das medidas de segurança e normas técnicas de regulamentação sobre autenticação e comunicação.

Responsabilidade do prestador de serviços

No caso de uma operação de pagamento não autorizada, o prestador de serviços de pagamento deve reembolsar imediatamente o ordenante (a DSP2 vem precisar, em acréscimo à DSP1, «o mais tardar até ao final do primeiro dia útil seguinte»), exceto se o prestador de serviços tiver motivos razoáveis para suspeitar de fraude e comunicar por escrito esses motivos à autoridade nacional relevante (de acordo com o artigo 73.º).

Responsabilidade do ordenante

De acordo com a DSP2, o ordenante pode ser obrigado a suportar, até ao montante máximo de 50 euros (ao invés dos 150 euros previstos na DSP1), as perdas relativas às operações de pagamento não autorizadas resultantes da utilização de um instrumento de pagamento perdido ou furtado ou da apropriação abusiva de um instrumento de pagamento, salvo se: (i) a perda, o furto ou a apropriação abusiva de um instrumento de pagamento não pudesse ser detetada pelo ordenante antes da realização de um pagamento (exceto se o ordenante tiver atuado fraudulentamente); ou (ii) a perda tiver sido causada por atos ou omissões de um trabalhador, de um agente ou de uma sucursal do prestador

de serviços de pagamento ou de uma entidade à qual as suas atividades tenham sido externalizadas.

No entanto, caso o prestador de serviços de pagamento do ordenante não exija a «autenticação forte do cliente» (tal como definido no Artigo 4.º), o ordenante só suporta as eventuais perdas financeiras se tiver atuado fraudulentamente. Caso o beneficiário ou o seu prestador de serviços de pagamento não aceite a autenticação forte do cliente, deve reembolsar os prejuízos financeiros causados ao prestador de serviços de pagamento do ordenante.

Antecipamos que, em face deste regime, beneficiários e prestadores de serviços de pagamento passem a exigir, em qualquer caso, a autenticação forte do cliente.

OPERAÇÕES DE PAGAMENTO EM QUE O MONTANTE DA OPERAÇÃO NÃO SEJA PREVIAMENTE CONHECIDO

É de registar que, nos termos do artigo 75.º, no contexto de operações de pagamento baseadas em cartões e em que o montante exato não seja conhecido no momento em que o ordenante der o consentimento para que a operação de pagamento seja executada (por exemplo, estações de serviço em regime de autoabastecimento, contratos de aluguer de automóveis ou reservas de hotel), o prestador de serviços de pagamento do ordenante passa a bloquear fundos na conta de pagamento do ordenante apenas e quando este tiver dado consentimento quanto ao montante exato dos fundos a bloquear.

REEMBOLSO DE OPERAÇÕES DE PAGAMENTO INICIADAS PELO BENEFICIÁRIO

A DSP2 vem introduzir algumas alterações relativamente ao reembolso de operações de pagamento iniciadas pelo beneficiário (ou através deste), destacando-se a coordenação das suas disposições com as relativas aos débitos diretos regulados pelo Regulamento SEPA.

RISCOS OPERACIONAIS, RISCOS DE SEGURANÇA E AUTENTICAÇÃO

A DSP2 introduz um novo capítulo relativo à gestão dos riscos operacionais e de segurança.

Os prestadores de serviços de pagamento passam a estar obrigados a fornecer às autoridades competentes (anualmente ou com menor periodicidade) uma avaliação exaustiva e atualizada dos riscos operacionais e de segurança relacionados com serviços de pagamento por si prestados, a adequação das medidas de mitigação dos riscos e dos mecanismos de controlo aplicados em resposta a esses riscos, bem como dados estatísticos sobre fraudes relacionadas com diferentes meios de pagamento.

Passa, igualmente, a ser obrigatória para os prestadores de serviços de pagamento, a aplicação de procedimentos de autenticação forte do cliente, caso o ordenante (i) aceda em linha à sua conta de pagamentos, (ii) inicie uma operação de pagamento eletrónico ou realize uma operação, através de um canal remoto, que possa envolver um risco *phishing* ou de outras atividades fraudulentas.

REFLEXÕES FINAIS

A DSP2 deverá ser transposta em Portugal até ao próximo dia 13 de janeiro de 2018 apesar de, na presente data, ainda não se encontrar em consulta pública qualquer projeto de diploma de transposição.

Atendendo ao seu conteúdo, antecipamos que, para além do Decreto-Lei n.º 317/209 de 30 de Outubro (o Regime Jurídico dos Serviços de Pagamento e da Moeda Eletrónica), também deverão ser alterados o Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras), o Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de junho (o Regime de Crédito ao Consumo) e o Decreto-Lei n.º 95/2006, de 29 de maio (o Regime Jurídico aplicável aos Contratos à Distância relativos a Serviços Financeiros).

Apesar de a DSP2 revogar e substituir a DSP1, uma vez analisado o seu conteúdo, verifica-se que o regime anterior é mantido, na sua substância, ainda que sejam introduzidas alterações com alguma materialidade.

Para além desta alteração, a qual irá implicar a necessidade de revisão das condições gerais das instituições de pagamento aplicáveis aos serviços e instrumentos de pagamento, algumas instituições de pagamento terão ainda que contar com alterações adicionais resultantes da transposição do pacote «DMIF II e RMIF», bem como do novo Regulamento Geral de Proteção de Dados.

Durante o período transitório em que a DSP1 se mantém em vigor, as «Orientações Definitivas sobre a Segurança dos Pagamentos efetuados através da Internet», publicadas pela EBA a 19 de dezembro de 2014 (e aplicáveis desde 1 de agosto de 2015), em conjunto com a Carta-Circular n.º 55/2015/DSP

do Banco de Portugal, de 10 de julho, podem servir de solução intermédia a ser utilizada pelos prestadores de serviços de pagamento em matéria de pagamentos através da Internet.

INÉS CARIA PINTO BASTO*

* Abogada del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez Proença de Carvalho (Lisboa).