

Bartosz Wyżykowski\*

## Odstępstwa dotyczące instrumentów płatniczych przeznaczonych do dokonywania płatności niskokwotowych

Glosa do wyroku TS z 11 listopada 2020 r. w sprawie C-287/19 *DenizBank AG* przeciwko *Verein für Konsumenteninformation*

### Spis treści

- I. Uwagi wprowadzające
- II. Test abuzywności postanowień umowy ramowej przewidujących milczącą zgodę użytkownika będącego konsumentem na zmiany w tej umowie
- III. Funkcjonalność *near field communication* (NFC) jako instrument płatniczy
- IV. Anonimowe używanie instrumentu płatniczego
- V. Ciężar dowodu, że cechy instrumentu płatniczego pozwalają na skorzystanie z odstępstw
- VI. Uwagi końcowe

### Streszczenie

Przedmiotem glosy jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (pierwsza izba) z 11 listopada 2020 r. w sprawie C-287/19 *DenizBank AG* przeciwko *Verein für Konsumenteninformation*, ECLI:EU:C:2020:897. Sąd ten wypowiedział się w przedmiocie zagadnień prawnych, które pojawiły się na gruncie przepisów PSD1 i PSD2 regulujących odstępstwa dla instrumentów płatniczych przeznaczonych do dokonywania płatności niskokwotowych. Po pierwsze, sąd przesądził, że funkcja NFC (*near field communication*) służąca inicjowaniu transakcji opiewających na niskie kwoty może być kwalifikowana jako odrębny instrument płatniczy, mimo że inkorporowana jest w ramach zindywidualizowanej karty płatniczej przypisanej do konkretnego użytkownika. Po drugie, sąd orzekł, że można w takim wypadku mówić o instrumencie używanym anonimowo. Przesądzenie, czy w danym wypadku mamy do czynienia z instrumentem przeznaczonym do dokonywania płatności niskokwotowych, czy jest on używany anonimowo, a także czy nie jest możliwe jego zablokowanie ani uniemożliwienie jego dalszego używania, jest kluczowe dla ustalenia, czy i ewentualnie w jakim zakresie dostawca może korzystać z poszczególnych odstępstw przewidzianych w PSD2. Wreszcie, sąd wyjaśnił, że postanowienia ogólnych warunków umownych, regulujących milczącą zgodę użytkownika będącego konsumentem, na zmiany w umowie ramowej proponowane przez dostawcę, mogą podlegać testowi abuzywności. Wyrok ma niemałe znaczenie dla sektora bankowego i płatniczego, wszak dotychczas TSUE rzadko wypowiadał się w przedmiocie wykładni przepisów PSD2.

\* Radca prawny w DLK Legal Korus sp.k.; artykuł prezentuje poglądy autora i nie powinien być traktowany jako stanowisko innych podmiotów, organów lub instytucji; e-mail: bartosz.wyzykowski@gmail.com.

**Słowa kluczowe:** instrument płatniczy; funkcja komunikacji bliskiego zasięgu (NFC); płatności niskokwotowe; zmiany w umowie ramowej o usługę płatniczą; nieuczciwe postanowienia umowne.

**JEL:** K12, K15, K23, K24, K41

## I. Uwagi wprowadzające

Przedmiotem glosy jest wyrok TS<sup>1</sup>, w którym sąd ten wypowiedział się w przedmiocie zagadnień prawnych, które pojawiły się na gruncie przepisów PSD2<sup>2</sup>, regulujących odstępstwa dla instrumentów płatniczych przeznaczonych do dokonywania płatności niskokwotowych<sup>3</sup>. Ściśle rzecz ujmując spór, na kanwie którego zapadło rozstrzygnięcie TS, zawisł przed austriackim sądem gospodarczym w Wiedniu (Handesgericht Wien) 9 sierpnia 2016 r.<sup>4</sup>, a więc w dacie, w której PSD2 co prawda była już uchwalona i weszła w życie<sup>5</sup>, jednak na długo przed datą uchylenia PSD1<sup>6</sup>, a zarazem terminem na implementację PSD2<sup>7</sup>, który wypadał 13 stycznia 2018 r. Niemniej na wniosek TS<sup>8</sup>, kierujący do tego sądu pytania prejudycjalne sąd najwyższy Austrii (Oberster Gerichtshof), wyjaśnił, że rozpoznając powództwo dotyczące nakazu niestosowania w przyszłości warunków umowy, będących przedmiotem sporu, obowiązany jest dokonać oceny zgodności z prawem tych warunków nie tylko przez pryzmat przepisów obowiązujących w chwili wytoczenia powództwa (czyli PSD1), ale również przepisów mających zastosowanie po jej uchyleniu<sup>9</sup>. W związku z tym, że w chwili ogłoszenia wyroku przez sąd odsyłający koniecznym będzie stosowanie PSD2<sup>10</sup>, zarówno opinia Rzecznika jak i komentowany wyrok TS, odnoszą się do przepisów tejeż dyrektywy.

Komentowane orzeczenie zapadło na kanwie sporu zainicjowanego przez austriackie stowarzyszenie ochrony konsumentów (Verein für Konsumenteninformation), które wniosło powództwo o zaniechanie naruszeń w celu uzyskania zakazu stosowania przez DenizBank AG wybranych postanowień ogólnych warunków umownych regulujących m.in. sposób (tryb) zmian tych warunków, ciężary dowodowe oraz zasady odpowiedzialności stron z tytułu nieautoryzowanych transakcji (płatności) niskokwotowych zainicjowanych z wykorzystaniem zindywidualizowanej karty bankowej (płatniczej), wyposażonej w funkcję komunikacji bliskiego zasięgu (ang. *near field communication*;

<sup>1</sup> Wyrok TS z 11.11.2020 r. w sprawie C-287/19 *DenizBank AG* przeciwko *Verein für Konsumenteninformation*, ECLI:EU:C:2020:897; dalej: wyrok TS.

<sup>2</sup> Dyrektywa PE i RUE 2015/2366 z 25.11.2015 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 337, 23.12.2015, s. 35-127; dalej: PSD2).

<sup>3</sup> Chodzi o instrumenty o których mowa w art. 42 i 63 PSD2, a także art. 19 i 39 ustawy z 19.08.2011 r. o usługach płatniczych (Dz.U. 2011 Nr 199, poz. 1175, ze zm.; dalej: uup). W niniejszym artykule, w tym w jego tytule, mowa jest o płatnościach niskokwotowych, w ślad za terminologią przyjętą w PSD2, którą posługuje się również TS. Na gruncie ustawy o usługach płatniczych mowa jest natomiast o transakcjach płatniczych nieprzekraczających kwot (limitów) określonych w tej ustawie.

<sup>4</sup> Wyrok TS, pkt 34 i 43.

<sup>5</sup> Na podstawie art. 116 PSD2 dyrektywa ta weszła w życie 12.01.2016 r.

<sup>6</sup> Dyrektywa 2007/64/WE PE i RUE z 13.11.2007 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 319, 5.12.2007, s. 1-36; dalej: PSD1). Zob. art. 114 ust. 1 PSD2 oraz wyrok TS, pkt 43.

<sup>7</sup> Art. 115 ust. 1 i 2 PSD2.

<sup>8</sup> Wyrok TS, pkt 43.

<sup>9</sup> Wyrok TS, pkt 44.

<sup>10</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Manuela Camposa Sáncheza-Bordony przedstawiona w dniu 30.04.2020 r. Sprawa C-287/19 *DenizBank AG* przeciwko *Verein für Konsumenteninformation*, ECLI:EU:C:2020:322; dalej: opinia Rzecznika, pkt 23.

NFC<sup>11</sup>)<sup>12</sup>. W przypadku karty wydawanej przez DenizBank AG funkcja NFC była automatycznie aktywowana przy pierwszym jej użyciu przez klienta, umożliwiała dokonywanie płatności do kwoty 25 EUR jednorazowo bez wkładania karty do terminala płatniczego i bez konieczności wprowadzenia osobistego numeru identyfikacyjnego (kod PIN) w kasach wyposażonych w odpowiednie urządzenie<sup>13</sup>. Natomiast zapłata wyższych kwot podlegała uwierzytelnieniu (ang. *authentication*, niem. *Authentifizierung*) za pomocą kodu PIN<sup>14</sup>. Z uwagi na to, że w ocenie DenizBank AG funkcja NFC wchodziła w zakres przepisów dotyczących instrumentów płatniczych przeznaczonych do dokonywania płatności niskokwotowych, ukształtował sporne postanowienia z uwzględnieniem dopuszczalnych odstępstw<sup>15</sup>. W szczególności zwolnił się z ciężarów dowodowych spoczywających na podstawie ogólnych przepisów PSD2<sup>16</sup>, a także z odpowiedzialności z tytułu nieautoryzowanych transakcji wykonanych z wykorzystaniem takiego instrumentu<sup>17</sup>, co było równoznaczne z przerzuceniem ryzyka niewłaściwego użycia karty płatniczej (funkcji NFC) na użytkownika<sup>18</sup>.

Istotą sporu było więc rozstrzygnięcie, czy funkcja NFC w zakresie, w jakim służy inicjowaniu transakcji opiewających na niskie kwoty, może być kwalifikowana jako odrębny instrument płatniczy, mimo że inkorporowana jest w ramach zindywidualizowanej karty płatniczej przypisanej do konkretnego użytkownika (odpowiedź TS w przedmiocie pytania drugiego lit. a<sup>19</sup>). W przypadku odpowiedzi twierdzącej ustalenia wymagało natomiast, czy można w takim wypadku mówić o instrumencie używanym anonimowo, jeżeli jednocześnie jest on powiązany z rachunkiem płatniczym przypisanym do zindywidualizowanego użytkownika (odpowiedź TS w przedmiocie pytania drugiego lit. b<sup>20</sup>). Wreszcie TS wyjaśnił, czy i w jaki sposób dostawca powinien wykazać, że dany instrument płatniczy nie pozwala na jego zablokowanie lub uniemożliwienie jego dalszego używania (odpowiedź TS w przedmiocie pytania trzeciego<sup>21</sup>). Przesądzenie, czy w danym wypadku mamy do czynienia z instrumentem przeznaczonym do dokonywania płatności niskokwotowych, czy jest on używany anonimowo, a także czy nie jest możliwe jego zablokowanie ani uniemożliwienie jego dalszego używania, jest kluczowe dla ustalenia, czy i ewentualnie w jakim zakresie dostawca może korzystać z poszczególnych odstępstw przewidzianych w PSD2.

Ponadto TS wypowiedział się w przedmiocie tego, czy postanowienia ogólnych warunków umownych, regulujących milczącą zgodę użytkownika będącego konsumentem, na zmiany w umowie proponowane przez dostawcę, podlegają testowi abuzywności (odpowiedź TS w przedmiocie pytania pierwszego<sup>22</sup>). Przepisy PSD2 regulujące obowiązki informacyjne dostawcy, który zamie-

<sup>11</sup> Przez NFC rozumie się krótkozasięgowy, wysokoczęstotliwościowy, radiowy standard komunikacji pozwalający na bezprzewodową wymianę danych na odległość do 20 centymetrów.

<sup>12</sup> Wyrok TS, pkt 2 oraz 31-34.

<sup>13</sup> Wyrok TS, pkt 32 zd. 3.

<sup>14</sup> Wyrok TS, pkt 32 zd. 4. Zarówno w polskiej, jak i w innych wersjach językowych wyroku TS, mowa jest o uwierzytelnieniu. Natomiast można się zastanawiać, czy w tym wypadku TS w istocie nie ma na myśli autoryzacji (ang. *authorisation*, niem. *Autorisierung*). Kwestia ta zależy również od treści umowy wiążącej dostawcę i użytkownika, wszak przepisy ustawy o usługach płatniczych i PSD2 nie przewidują konkretnego sposobu, w jaki użytkownik ma wyrażać zgodę na wykonanie transakcji (art. 40 uup). Dla porównania, w spornych postanowieniach stosowanych przez DenizBank AG mowa – zgodnie z różnymi wersjami językowymi wyroku TS oraz opinii Rzecznika – o autoryzacji a nie uwierzytelnieniu (wyrok TS, pkt 33, opinia Rzecznika, pkt 17).

<sup>15</sup> Wyrok TS, pkt 33 i 34 zd. 2; opinia Rzecznika, pkt 17.

<sup>16</sup> Wyrok TS, pkt 33 tiret 2.

<sup>17</sup> Wyrok TS, pkt 33 tiret 3 i 5.

<sup>18</sup> Wyrok TS, pkt 33 tiret 4.

<sup>19</sup> Wyrok TS, pkt 42 ppkt 2 lit. a.

<sup>20</sup> Wyrok TS, pkt 42 ppkt 2 lit. b.

<sup>21</sup> Wyrok TS, pkt 42 ppkt 3.

<sup>22</sup> Wyrok TS, pkt 42 ppkt 1.

rza wprowadzać zmiany w umowie ramowej przy milczącej zgodzie użytkownika, mają charakter ogólny<sup>23</sup>. Zakres przedmiotowy tych przepisów nie ogranicza się wyłącznie do umów regulujących instrumenty przeznaczone do dokonywania płatności niskokwotowych. Również zakres podmiotowy jest szeroki i obejmuje zarówno umowy z użytkownikami niemającymi, jak i mającymi status konsumenta<sup>24</sup>. Dostawca i użytkownik niebędący konsumentem mogą natomiast uzgodnić, że przepisów tych nie stosuje się w całości lub w części<sup>25</sup>. Z kolei przepisy o instrumentach przeznaczonych do dokonywania płatności niskokwotowych pozwalają na ich wyłączenie niezależnie od statusu użytkownika<sup>26</sup>. Niniejszą glosę opracowano uwzględniając kolejność, w jakiej TS udzielił odpowiedzi na poszczególne pytania prejudycjalne. W przypadku odwołań do polskich i unijnych regulacji z zakresu usług płatniczych, mowa jest odpowiednio o dostawcy i użytkowniku, natomiast w zakresie zmian w treści wzorca umownego mowa jest odpowiednio o preferencie i adherencie, nawiązując do tradycyjnych cywilistycznych pojęć polskiego języka prawniczego.

## II. Test abuzywności postanowień umowy ramowej przewidujących milcząca zgodę użytkownika będącego konsumentem na zmiany w umowie ramowej

Odpowiedź TS na pierwsze z pytań prejudycjalnych nie jest zaskakująca i wpisuje się w dotychczasową prokonsumencką linię orzecniczą tego sądu. TS słusznie wskazał, że w świetle motywu 55 PSD2, dyrektywa 93/13<sup>27</sup>, zmieniona dyrektywą 2011/83<sup>28</sup> znajduje zastosowanie, mimo że dana umowa, zawarta z konsumentem, regulowana jest na mocy PSD2<sup>29</sup>. W rezultacie wywiódł, że postanowienia umowy ramowej, regulujące milcząca zgodę użytkownika będącego konsumentem na zmiany w takiej umowie proponowane przez dostawcę, nie są wyłączone spod testu abuzywności<sup>30</sup>. Wynika z tego, że również postanowienia umowy ramowej zawieranej z konsumentem, odnoszące się do tzw. instrumentów przeznaczonych do płatności niskokwotowych, regulujące zasady zmiany takiej umowy, podlegają testowi abuzywności, choć TS nie stwierdza tego wprost. Na gruncie przepisów polskich należy dodatkowo pamiętać, że od 1 stycznia 2021 r. przepisy o klauzulach abuzywnych stosuje się nie tylko do umów zawieranych z konsumentami, ale również do osób fizycznych zawierających umowę bezpośrednio związaną z prowadzoną działalnością gospodarczą, gdy z treści tej umowy wynika, że nie posiada ona dla takiej osoby charakteru zawodowego, wynikającego w szczególności z przedmiotu wykonywanej przez nią działalności gospodarczej, udostępnionego na podstawie przepisów o CEIDG (dalej będzie mowa o umowach o niezawodowym charakterze)<sup>31</sup>.

<sup>23</sup> Art. 51 ust. 1, art. 52 pkt 6 lit. a oraz art. 54 ust. 1 PSD2; art. 26 ust. 1, art. 27 pkt 6 lit. a oraz art. 29 ust. 1–3 uup.

<sup>24</sup> Wyrok TS, pkt 48, 49, 56–58.

<sup>25</sup> Art. 38 ust. 1 PSD2; art. 16 uup.

<sup>26</sup> Art. 42 ust. 1 lit. b PSD2; art. 19 ust. 1 pkt 2 uup.

<sup>27</sup> Dyrektywa RUE 93/13/EWG z 5.04.1993 r. w sprawie nieuczciwych warunków w umowach konsumenckich (Dz.U. UE L 95, 21.4.1993, s. 29–34; dalej: dyrektywa 93/13).

<sup>28</sup> Dyrektywa PE i RUE 2011/83/UE z 25.10.2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę RUE 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE PE i RUE oraz uchylająca dyrektywę RUE 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE PE i RUE (Dz.U. UE L 304, 22.11.2011, s. 64–88; dalej: dyrektywa 2011/83).

<sup>29</sup> Wyrok TS, pkt 62.

<sup>30</sup> Wyrok TS, pkt 61, 63–66 i 111 ppkt 1. Implikuje to również wniosek, że postanowienia takie nie określają głównego przedmiotu umowy, ani też nie odzwierciedlają przepisów bezwzględnie obowiązujących. W przeciwnym razie wyłączone byłyby spod testu abuzywności, z tym zastrzeżeniem, że postanowienia określające główny przedmiotu umowy mogą zostać poddane takiemu testowi, jeżeli nie zostały wyrażone prostym i zrozumiałym językiem.

<sup>31</sup> Art. 385<sup>5</sup> k.c. w zw. z art. 86 pkt 5 ustawy z 31.07.2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych (Dz.U. 2019, poz. 1495, ze zm.) oraz w zw. z art. 62 ustawy z 31.03.2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem,

W związku z tym, że w swoim uzasadnieniu TS poruszył również inne, powiązane z wykładnią art. 52 pkt 6 lit. a w zw. z art. 54 ust. 1 PSD2 wątki problemowe, warto się do nich kolejno odnieść. Przepisy te stanowią, że dostawca, który zamierza skutecznie wprowadzić zmiany do umowy ramowej, przy milczącej zgodzie użytkownika (niezależnie od jego statusu<sup>32</sup>), obowiązany jest spełnić szereg wymogów (z zastrzeżeniem, że w przypadku umów z użytkownikami niemającymi statusu konsumenta, strony mogą wyłączyć stosowanie tych przepisów w całości lub w części<sup>33</sup>). Dostawca musi poinformować użytkownika przed zawarciem umowy o tym, że w przypadku proponowanych przez dostawcę zmian umowy, brak sprzeciwu użytkownika oznaczać będzie skuteczność takich zmian, o ile strony tak uzgodniły<sup>34</sup>. Następnie musi poinformować użytkownika, gdy proponuje konkretne zmiany umowy, o tym, że jeżeli przed proponowaną datą wejścia w życie tych zmian użytkownik nie zgłosi dostawcy sprzeciwu wobec tych zmian, to uznaje się, że wyraził na nie zgodę<sup>35</sup>, a także o tym, że jeżeli użytkownik odrzuci te zmiany, to ma prawo wypowiedzieć umowę ramową bezpłatnie i ze skutkiem od dowolnej daty aż do dnia, w którym dane zmiany zostałyby zastosowane<sup>36</sup>. Również art. 27 pkt 6 lit. a w zw. z art. 29 ust. 1–3 uup przewidują tożsamy obowiązek informacyjny na etapie przedkontraktowym<sup>37</sup> oraz obowiązek informacyjny w przypadku proponowania konkretnych zmian<sup>38</sup>. Z literalnego brzmienia art. 29 ust. 2 pkt 2 uup wynikałoby, że wypowiedzenie umowy może mieć moc wsteczną, tj. wywoływać skutek od momentu, w którym użytkownik poinformowany został o proponowanych zmianach, niezależnie od tego, kiedy jego oświadczenie o wypowiedzeniu rzeczywiście zostanie złożone. Taką wykładnię należy uznać za zbyt daleko idącą<sup>39</sup>. Ustawa o usługach płatniczych dodatkowo wymaga by użytkownika poinformować o tym, że w przypadku gdy ten zgłosi sprzeciw wobec proponowanych przez dostawcę zmian, ale nie dokona wypowiedzenia umowy ramowej, wygasa ona z dniem poprzedzającym dzień wejścia w życie proponowanych zmian, bez ponoszenia opłat<sup>40</sup>.

Nieco inaczej sprawa wygląda w przypadku niskokwotowych instrumentów płatniczych. Wynika to z przyjmowanego przez prawodawcę unijnego założenia, że instrumenty te powinny stanowić tańce i łatwe w użyciu rozwiązanie i nie powinny być obciążone nadmiernymi wymogami<sup>41</sup>. W związku

przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2020, poz. 568, ze zm.).

<sup>32</sup> Wyrok TS, pkt 48, 49, 56–58. Przy czym zwykle w przypadku użytkowników niebędących konsumentami zwykle na podstawie art. 16 uup (w ślad za art. 38 ust. 1 zd. 2 PSD2) umowa ramowa przewidywać będzie wyłączenie stosowania przepisów Działu II uup (Tytułu III PSD2), w tym art. 27 pkt 6 lit. a w zw. z art. 29 ust. 1–3 uup (art. 52 pkt 6 lit. a w zw. z art. 54 ust. 1 PSD2). W praktyce przepisy te mają zatem kluczowe znaczenie w przypadku umów z konsumentami.

<sup>33</sup> Art. 38 ust. 1 zd. 2 PSD2. W tym kontekście w Polsce szczególnie problem pojawia się w przypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą, dla których zawierana umowa ramowa nie ma charakteru zawodowego. Z jednej strony ustawa o usługach płatniczych pozwala na uzgodnienie przez strony, że dostawca zwolniony jest z obowiązków informacyjnych wynikających z uup, z drugiej postanowienia umowne w tym zakresie podlegają testowi abuzywności. Co do zasady brak jednak uzasadnienia, by postanowienia takie kwalifikować jako nieuczciwe, skoro odzwierciedlają wyłączenie wyraźnie dopuszczalne na gruncie obowiązujących przepisów.

<sup>34</sup> Art. 52 pkt 6 lit. a w zw. z art. 51 ust. 1 PSD2.

<sup>35</sup> Art. 54 ust. 1 zd. 3 PSD2.

<sup>36</sup> Art. 54 ust. 1 zd. 4 PSD2.

<sup>37</sup> Art. 27 ust. 6 lit. a uup.

<sup>38</sup> Art. 29 ust. 2 pkt 1 i 2 uup.

<sup>39</sup> W art. 29 ust. 2 pkt 2 uup mowa jest o prawie wypowiedzenia umowy ramowej bez ponoszenia opłat ze skutkiem od dnia poinformowania użytkownika o proponowanej zmianie, nie później jednak niż od dnia, w którym te zmiany zostałyby zastosowane. Z kolei w art. 54 ust. 1 zd. 4 PSD2 mowa jest o prawie wypowiedzenia umowy ramowej bezpłatnie i ze skutkiem od dowolnej daty aż do dnia, w którym dane zmiany zostałyby zastosowane. Można się zastanawiać, czy taki kształt przepisu ustawy o usługach płatniczych stanowi prawidłową implementację prawa unijnego. Istotnie przepis PSD2 stanowi, że użytkownik ma mieć możliwość wypowiedzenia umowy ze skutkiem od dowolnej daty, ale należałoby to interpretować w ten sposób, że chodzi o dowolną datę w okresie od otrzymania informacji przez użytkownika (a w istocie od otrzymania przez dostawcę oświadczenia o wypowiedzeniu) do dnia poprzedzającego datę wejścia w życie zmian, przy czym nie może to być data przed złożeniem przez użytkownika oświadczenia o wypowiedzeniu. Analogicznie należałoby interpretować art. 29 ust. 2 pkt 2 uup, aby wykluczyć wsteczny skutek wypowiedzenia.

<sup>40</sup> Art. 29 ust. 2 pkt 3 uup.

<sup>41</sup> Motyw 81 zd. 1 PSD2.



z tym wymogi informacyjne i przepisy dotyczące ich wykonywania powinny być ograniczone do podstawowych informacji<sup>42</sup>. W rezultacie zarówno prawodawca unijny<sup>43</sup>, jak i ustawodawca polski<sup>44</sup> przewidują, że strony takiej umowy ramowej (niezależnie od statusu użytkownika<sup>45</sup>), mogą uzgodnić, że dostawca nie będzie obowiązany poinformować użytkownika o proponowanych zmianach na zasadach określonych w art. 29 w zw. z 26 ust. 1 uup (art. 54 w zw. z art. 51 ust. 1 PSD2). W doktrynie wskazuje się, że nie oznacza to, że dostawca nie będzie zobowiązany do poinformowania użytkownika o proponowanych zmianach umowy, ale na podstawie porozumienia stron wyłączenie może dotyczyć wskazanego w art. 29 uup terminu przekazywania propozycji zmian (Bajor, 2017, komentarz do art. 19)<sup>46</sup>. Należałoby uznać, że konkluzja ta wynika z przyjęcia, że art. 19 uup nie wyłącza stosowania art. 384<sup>1</sup> k.c.<sup>47</sup> w przypadku jednostronnej zmiany wzorca, dokonywanej przez dostawcę.

TS stwierdził, że art. 52 pkt 6 lit. a w zw. z art. 54 ust. 1 PSD2 nie określają *per se* zobowiązań (praw i obowiązków) stron umowy ramowej, a jedynie nakładają na dostawcę ściśle określone obowiązki informacyjne<sup>48</sup>, przy czym, jak już wspomniano, w przypadku umów zawieranych z użytkownikami niebędącymi konsumentami, strony mogą uzgodnić wyłączenie stosowania tych przepisów. Na gruncie przepisów polskich oznacza to możliwość uzgodnienia całkowitego wyłączenia art. 27 pkt 6 lit. a w zw. z art. 29 ust. 1–3 uup. Nawet jeżeli uznać, że przepisy te nie określają wymogów co do umowy ramowej, w przypadku konsumentów, a także użytkowników niebędących konsumentami, wobec których nie wyłączono stosowania przepisów, należałoby przyjąć, że przynajmniej kształtują wskazówkę interpretacyjną stanowiącą, iż postanowienia umowy sprzeczne z wymogami wynikającymi z tych przepisów są niezgodne z intencjami prawodawcy unijnego wyrażonymi w PSD2. Przemawia za tym również fakt, że w typowym toku czynności informacje te przekazywane są przez dostawców w projekcie umowy (na co PSD2<sup>49</sup> i uup<sup>50</sup> wprost pozwalają), który zwykle przyjmuje postać wzorca umownego i wskutek jego inkorporacji staje się elementem zobowiązań stron<sup>51</sup>. Wreszcie, art. 52 ust. 6 lit. a PSD2 (i odpowiednio art. 27 pkt 6 lit. a uup) stanowi, że dorozumiana zgoda na zmianę warunków musi być przez strony uzgodniona<sup>52</sup> i należałoby przyjąć, że chodzi tu o uzgodnienie znajdujące odzwierciedlenie w treści umowy ramowej.

Kolejną istotną kwestią, na którą TS zwrócił uwagę jest zakres dopuszczalnych zmian w umowie ramowej w przypadku milczącej zgody użytkownika. TS wskazał, że domniemanie wyrażenia milczącej zgody przez użytkownika, które zostało uzgodnione z dostawcą tych usług, dotyczy jedynie zmian warunków umowy ramowej, co oznacza, że mogą one mieć wpływ na warunki tej

<sup>42</sup> Motyw 81 zd. 2 PSD2.

<sup>43</sup> Art. 42 ust. 1 lit. b PSD2.

<sup>44</sup> Art. 19 ust. 1 pkt 2 uup.

<sup>45</sup> Przy czym zwykle w przypadku użytkowników niebędących konsumentami na podstawie art. 16 uup (w ślad za art. 38 ust. 1 zd. 2 PSD2) umowa ramowa przewidywać będzie wyłączenie stosowania wszystkich przepisów Działu II uup (Tytułu III PSD2) w zakresie w jakim jest to dopuszczalne, w tym art. 19 uup (42 PSD2). W praktyce przepisy te mają zatem kluczowe znaczenie w przypadku umów ramowych zawieranych z konsumentami.

<sup>46</sup> Dalej Autorka wskazuje, że informacja o proponowanych zmianach umowy ramowej, wraz ze wskazaniem, w jaki sposób użytkownik może uzyskać dostęp do proponowanych zmian, powinna zostać dostarczona użytkownikowi w sposób uzgodniony przez strony – inny niż przewiduje to ustawa o usługach płatniczych.

<sup>47</sup> Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 1964, Nr 16, poz. 93, ze zm.; dalej: k.c.).

<sup>48</sup> Wyrok TS, pkt 50–55. Podobnie opinia Rzecznika, pkt 77.

<sup>49</sup> Art. 51 ust. 3 PSD2.

<sup>50</sup> Art. 26 ust. 4 uup.

<sup>51</sup> Nie wchodzę w tym miejscu w spory co do charakteru prawnego wzorca (tj. tego, czy ma on wobec umowy charakter wewnętrzny, czy też zewnętrzny), a także zasad, na podstawie których kształtuje on treść umowy (tj. czy wymagany jest konsens stron, czy też inkorporacja ma charakter automatyczny, gdy spełnione są odpowiednie przesłanki). Mimo odmiennych poglądów w tym zakresie (Bednarek i Mikłaszewicz, 2020, § 37, pkt II i IV), nie budzi wątpliwości, że wzorzec, który został inkorporowany zgodnie z art. 384 k.c., współkształtuje treść umowy, a zatem określa prawa i obowiązki jej stron.

<sup>52</sup> Opinia Rzecznika, pkt 78.

umowy w takim stopniu, iż propozycja dostawcy polegałaby w rzeczywistości na zawarciu nowej umowy<sup>53</sup>. Ocena, czy wymóg ten jest zachowany, należy każdorazowo do sądu krajowego rozpatrującego daną sprawę<sup>54</sup>. Warto zauważyć, że takie stanowisko TS stanowi dodatkowy argument za przyjęciem, że przepisy o obowiązkach informacyjnych nie pozostają bez znaczenia dla treści zobowiązań stron umowy ramowej. Z drugiej strony, skoro w przypadku umów zawieranych z użytkownikami niebędącymi konsumentami, stosowanie art. 52 pkt 6 lit. a w zw. z art. 54 ust. 1 PSD2 (art. 27 pkt 6 lit. a w zw. z art. 29 ust. 1–3 uup) w ogóle można wyłączyć, to pytanie na jakiej podstawie w takich wypadkach przyjmować – skądinąd racjonalne – ograniczenia co do zakresu zmian w takich umowach. Podobnie rzecznik generalny w swojej opinii wskazał, że możliwość dorozumianego przyjęcia zmiany warunków umownych powinna być interpretowana w sposób zawężający, jeżeli treść owych warunków jest niekorzystna dla klienta<sup>55</sup>. W ocenie rzecznika nie można jej rozszerzyć na wszystkie warunki umowy ramowej<sup>56</sup> i mogłaby dotyczyć jedynie innych niż istotne zmian warunków umowy ramowej, pod warunkiem przestrzegania gwarancji ustanowionych w PSD2<sup>57</sup>. Warto odnotować, że te wypowiedzi rzecznika nie ograniczają się *explicite* do umów konsumenckich. Powyższe rzecznik uzasadnił tym, że doświadczenie pokazuje, że większość konsumentów<sup>58</sup> nie dokonuje żadnej krytycznej analizy propozycji zmiany warunków ich umów, w szczególności jeśli cechują się one złożonością techniczną lub prawną<sup>59</sup>.

W odniesieniu do zakresu i trybu jednostronnych zmian postanowień umowy ramowej, pojawia się pytanie o relację przepisów ustawy o usługach płatniczych do ogólnych norm prawa cywilnego, regulujących jednostronne zmiany wzorców umów, w tym w szczególności art. 384<sup>1</sup> k.c. Przepis ten przewiduje, że wzorzec wydany w czasie trwania stosunku umownego o charakterze ciągłym wiąże drugą stronę, jeżeli zostały zachowane wymagania określone w art. 384 k.c., a strona nie wypowiedziała umowy w najbliższym terminie wypowiedzenia<sup>60</sup>. W istocie więc na gruncie polskiego systemu prawnego zasadą jest, że milczenie adhernetu oznacza zgodę na zaproponowane przez proferenta zmiany wzorca, pod warunkiem, że proferent doręczył lub udostępnił proponowane zmiany i adhernet nie wypowiedział umowy. Należałoby przyjąć, że strony na mocy umowy mają prawo uregulować zasady zmian umowy bardziej restrykcyjnie. W tym sensie, regulacje zawarte w art. 52 pkt 6 lit. a w zw. z art. 54 ust. 1 PSD2 (art. 27 pkt 6 lit. a w zw. z art. 29 ust. 1–3 uup) nie odbiegają od regulacji zawartej w art. 384<sup>1</sup> k.c. Warto jednak odnotować, że w ustawie o usługach

<sup>53</sup> Wyrok TS, pkt 47 zd. 1.

<sup>54</sup> Wyrok TS, pkt 47 zd. 2. W pkt 22 wyroku TS z 26.04.2012 r. w sprawie C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 (dalej: wyrok TS C-472/10), sąd ten wskazał, że właściwość tego sądu obejmuje dokonywanie wykładni pojęcia nieuczciwych postanowień umownych, o których mowa w art. 3 ust. 1 dyrektywy 93/13 oraz w jej załączniku, jak też wykładni kryteriów, jakie sąd krajowy może lub powinien stosować w toku badania postanowienia umownego w świetle przepisów tej dyrektywy, przy czym zadaniem sądu krajowego jest dokonanie skonkretyzowanej kwalifikacji danego postanowienia umownego w oparciu o wskazane kryteria oraz w świetle okoliczności danej sprawy. Wywiódł z tego, że TS powinien ograniczyć się w swej odpowiedzi do udzielenia sądowi krajowemu wskazówek, które ten ostatni powinien uwzględnić przy dokonywaniu oceny nieuczciwego charakteru rozpatrywanego postanowienia umownego.

<sup>55</sup> Opinia Rzecznika, pkt 82.

<sup>56</sup> Opinia Rzecznika, pkt 85 zd. 1.

<sup>57</sup> Opinia Rzecznika, pkt 87.

<sup>58</sup> Dopiero w pkt 85 zd. 2 Opinii Rzecznika, ten odwołuje się *stricte* do konsumentów.

<sup>59</sup> Opinia Rzecznika, pkt 85 zd. 2. Finalnie zaś stwierdził, że w jego ocenie, włączenie do zindywidualizowanej wielofunkcyjnej karty płatniczej funkcji NFC, odnoszącej się do niskokotowych płatności zbliżeniowych, wprowadza do tej karty nowy instrument płatniczy (opinia Rzecznika, pkt 88), a w rezultacie konsument powinien wyrazić jednoznaczną, wyraźną zgodę na taką zmianę (opinia Rzecznika, pkt 89). Stwierdzenie to jest o tyle zaskakujące, że z opisu stanu faktycznego nie wynika, aby dostawca będący stroną sporu zamierzał wprowadzić takie zmiany na podstawie spornych postanowień umownych (wyrok TS, pkt 31–44, opinia Rzecznika, pkt 14–24).

<sup>60</sup> Pomija się w tym miejscu art. 8 ustawy z 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. 2002 Nr 144, poz. 1204). Relacja tego przepisu do art. 384 k.c. budzi wątpliwości w doktrynie i orzecnictwie (zob. wyrok SA w Warszawie z 15.03.2013 r., VI ACa 1245/12, LEX nr 1314927 oraz Bednarek i Mikłaszewicz, 2020, § 37, pkt III ppkt 4).

płatniczych mowa jest o jednostronnej zmianie umowy<sup>61</sup> (postanowień umownych<sup>62</sup>), podczas gdy art. 384<sup>1</sup> k.c. stanowi o zmianie wzorca umowy. Uważam, że przepisy ustawy o usługach płatniczych nie uchylają stosowania art. 384<sup>1</sup> k.c., a jedynie nakładają na dostawców dodatkowe obowiązki (informacyjne), jeżeli jednostronna zmiana postanowień ma być skuteczna z uwagi na brak sprzeciwu użytkownika i jeżeli nie wyłączono ich stosowania<sup>63</sup>.

Co się tyczy zakresu dopuszczalnych jednostronnych zmian w postanowieniach umowy ramowej, w przypadku zmiany wzorca umownego w trybie art. 384<sup>1</sup> k.c. wiąże się to z kwestią dopuszczalnego zakresu treści wzorca. W związku z tym, że przepisy ustawy o usługach płatniczych ani PSD2 nie przewidują dla umowy ramowej żadnej szczególnej formy (Pacak, 2014, komentarz do art. 26, pkt 4), ani tym bardziej rygoru nieważności wskutek niezachowania takiej formy, należałoby przyjąć, że wzorzec może obejmować wszystkie elementy treści czynności prawnej (postanowienia składające się na treść oświadczenia woli), w tym postanowienia przedmiotowo istotne, tj. postanowienia konstytutywne<sup>64</sup>, z zastrzeżeniem, że przepisy szczególne mogą stanowić inaczej. Logiczną konsekwencją takiego stanowiska jest prawo proferenta do jednostronnej zmiany dowolnych postanowień wzorca, w tym tych regulujących opłaty. W praktyce nie budzi wątpliwości, że dostawcy mogą zmieniać wysokość opłat z tytułu umowy ramowej, co przecież z perspektywy użytkownika stanowi główne świadczenie umowne. W każdym wypadku ochronę użytkownika zapewnia jego prawo do wypowiedzenia umowy przed wejściem w życie zmian. Ponadto, nawet jeżeli użytkownik przeoczyłby termin do wypowiedzenia umowy ramowej, w przypadku umów zawartych na czas nieokreślony, prawo takie przysługiwać mu będzie na podstawie art. 365<sup>1</sup> k.c. Z wyroku TS płynie jednak wniosek, że zmiany nie mogą dotyczyć istotnych postanowień umownych, przy czym sąd nie wyjaśnia, o jakie konkretnie postanowienia chodzi. Na gruncie przepisów polskich można się w tym zakresie odwoływać do: 1) teorii minimalnego (koniecznego) zakresu konsensu – chodzi o treść, jaką umowa powinna zawierać (jaka musi być przez same strony wyznaczona), aby można było uznać, że została zawarta (istotne postanowienia umowy); 2) cech wyróżniających umowę/elementy przedmiotowo istotne (*essentialia negotii*)<sup>65</sup> lub 3) głównego przedmiotu umowy<sup>66</sup> (głównego świadczenia stron<sup>67</sup>).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że art. 384<sup>1</sup> k.c. nie stanowi samoistnej podstawy prawnej do dokonania przez proferenta jednostronnej modyfikacji istniejących stosunków obligacyjnych przez wydanie albo zmianę wzorca, a jedynie określa tryb takiej modyfikacji w razie, gdy

<sup>61</sup> Art. 27 pkt 6 *in principio* oraz lit. a uup.

<sup>62</sup> Art. 19 ust. 1 pkt 2 i art. 29 ust. 1 uup.

<sup>63</sup> W doktrynie wskazano, że art. 29 uup modyfikuje ogólną zasadę dopuszczalności jednostronnej zmiany stosunku umownego o charakterze ciągłym (art. 384<sup>1</sup> k.c.) (Pacak, 2014, komentarz do art. 29, pkt 1), zaś termin notyfikacyjny ma charakter *lex imperfecta*, gdyż nie wskazuje sankcji jego niedotrzymania (Pacak, 2014, komentarz do art. 29, pkt 2). Dla porównania na gruncie art. 384<sup>1</sup> w zw. z art. 384 k.c. słusznie się wskazuje, że sankcja za nieprawidłowe posługiwanie się wzorcem przez proponenta polega na tym, że wzorzec niewręczony w ogóle albo wprawdzie wręczony, lecz w niezYTELNEJ postaci, albo też wręczony zbyt późno lub w stanie niekompletnym, który wskutek tego nie spełnia przesłanki doręczenia, nie wiąże adherenta w całości (sankcja bezskuteczności) (Osajda, 2020, § 37 pkt III ppkt 2).

<sup>64</sup> W przypadku, gdy dla ważności umowy wymagana jest szczególna forma, pojawia się pytanie, czy wszystkie elementy treści czynności prawnej (postanowienia składające się na treść oświadczenia woli), muszą być wyrażone pod rygorem nieważności w przesianej formie, czy też niektóre mogą być podejmowane nieformalnie, a jeżeli tak, to które. Tak fundamentalna dla stosunków cywilnoprawnych kwestia jest przedmiotem sporów i reprezentowane są różne, a dodatkowo skrajne stanowiska, począwszy od poglądów rygorystycznych, zakładających, że praktycznie wszystkie elementy powinny zostać objęte wymaganą formą, po poglądy liberalne przyjmujące, że chodzi wyłącznie o postanowienia przedmiotowo istotne, tj. postanowienia konstytutywne (Radwański i Olejniczak, 2019, pkt III, § 10, III.4).

<sup>65</sup> Mimo pewnych podobieństw, w doktrynie wskazuje się, że istotne postanowienia umowy pełnią swoją funkcję przy procesie zawierania umów, podczas gdy *essentialia negotii* służą zakwalifikowaniu umowy z punktu widzenia wyróżnianych w ustawie typów i do określenia pełnej treści stosunku prawnego (Radwański i Olejniczak, 2005, s. 291, nb 645).

<sup>66</sup> Art. 385<sup>1</sup> § 1 zd. 2 k.c.

<sup>67</sup> Art. 4 ust. 2 dyrektywy 93/13.



uprawnienie do modyfikacji przewiduje ustawa albo w treści nawiązanego wcześniej stosunku prawnego o charakterze ciągłym zastrzeżono tzw. klauzulę modyfikacyjną przewidującą możliwość wydania nowego wzorca albo dokonania zmiany istniejącego (Osajda, 2020, § 37 pkt III ppkt 5; Trzaskowski, 2018, komentarz do art. 384<sup>1</sup>). Na gruncie umów, do których stosuje się przepisy o klauzulach abuzywnych, za takim stanowiskiem może dodatkowo przemawiać treść art. 385<sup>3</sup> pkt 10 k.c. Przewiduje on, że w razie wątpliwości uważa się, że niedozwolonym postanowieniem umownym jest m.in. takie, które uprawnia kontrahenta konsumenta do jednostronnej zmiany umowy bez ważnej przyczyny wskazanej w tej umowie. Potwierdza to również TS, odsyłając w glosowanym wyroku wprost do tzw. „szarej klauzuli” wskazanej w pkt 1 lit. j załącznika do dyrektywy 93/13 (umożliwienie sprzedawcy lub dostawcy według własnego uznania jednostronnej zmiany warunków bez uzasadnionego powodu wymienionego w umowie), który to przepis implementowany został we wspomnianym art. 385<sup>3</sup> pkt 10 k.c.<sup>68</sup>. Dalej TS odesłał do swojego dotychczasowego orzecznictwa wypracowanego na gruncie sporów dotyczących postanowień w umowach konsumenckich przewidujących jednostronne prawo do zmian w wysokości opłat<sup>69</sup>. Wynika z niego, że klauzula modyfikacyjna powinna wskazywać w sposób przejrzysty powody i sposób zmiany opłat, tak aby konsument mógł przewidzieć, w oparciu o jasne i zrozumiałe kryteria, ewentualne ich zmiany oraz aby miał prawo wypowiedzenia (rozwiązania) umowy<sup>70</sup>. Co istotne, brak informacji w tym zakresie przed zawarciem umowy w ocenie TS co do zasady nie może być zrekomensowany samą okolicznością, że w czasie wykonywania umowy konsumenci zostaną poinformowani o zmianie opłat z odpowiednim wyprzedzeniem oraz o ich prawie do rozwiązania umowy, jeżeli nie zamierzają zaakceptować tej zmiany<sup>71</sup>. Dodatkowo przyznane konsumentowi uprawnienie do rozwiązania umowy ma mieć nie tylko charakter formalny, ale musi być również skutecznie wykonalne<sup>72</sup>. Jak wspomniano, przytoczone orzeczenia odnosiły się do zmian w wysokości opłat. Niemniej przywołanie ich przez TS w glosowanym wyroku w kontekście art. 52 pkt 6 lit. a w zw. z art. 54 ust. 1 PSD2 i powołanie się na przykładowe postanowienie zawarte w pkt 1 lit. j załącznika do dyrektywy 93/13, które odnosi się ogólnie do zmian w umowie<sup>73</sup> sugeruje, że nie przekreśla to ich oddziaływania na wszelkie pozostałe zmiany w umowie.

Co również istotne, w orzeczeniach tych TS przywołuje wyjątek wynikający z pkt 2 lit. b tiret 2 załącznika do dyrektywy 93/13, który określa zakres zastosowania przykładowej „szarej” klauzuli określonej w pkt 1 lit. j tegoż załącznika<sup>74</sup>. Przewiduje on, że stosowanie domniemania abuzywności postanowień umożliwiających sprzedawcy lub dostawcy według własnego uznania jednostronnej zmiany warunków bez uzasadnionego powodu wymienionego w umowie nie stoi na przeszkodzie (ang. *is without hindrance*, niem. *steht nich entgegen*) takim postanowieniom, na mocy których sprzedawca lub dostawca może sobie zastrzec prawo do jednostronnego dokonywania zmian umowy zawartej na czas nieokreślony, pod warunkiem że będzie on zobowiązany do uprzedniego

<sup>68</sup> Wyrok TS, pkt 63. W pkt 26 wyroku TS C-472/10, sąd ten wskazał, że chociaż o nieuczciwym charakterze określonego postanowienia umownego nie przesądza w sposób automatyczny sama treść omawianego załącznika, to jednak załącznik ten stanowi istotną przesłankę, na jakiej właściwy sąd może oprzeć swą ocenę nieuczciwego charakteru takiego postanowienia.

<sup>69</sup> Wyrok TS, pkt 65. TS odesłał do wyroku TS z 21.03.2013 r. w sprawie C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 (dalej: wyrok TS C-92/11).

<sup>70</sup> Wyrok TS C-92/11, pkt 49, 54, 55, pkt 65. Podobnie wyrok TS C-472/10, pkt 24, 26-28, 30, 31, 45, ppkt 1.

<sup>71</sup> Wyrok TS C-92/11, 51, 55 tiret 1 i 2, pkt 65 ppkt 2 tiret 1.

<sup>72</sup> Wyrok TS C-92/11, pkt 54, 55 tiret 1 i 3, pkt 65 ppkt 2 tiret 2.

<sup>73</sup> Również wyrok TS C-472/10 oraz wyrok TS C-92/11, TS odwołuje się m.in. do pkt 1 lit. j załącznika do dyrektywy 93/13, aczkolwiek w orzeczeniach tych chodzi o jednostronne zmiany opłat pobieranych przez przedsiębiorcę.

<sup>74</sup> Wyrok TS C-92/11, pkt 40, 46, 49 i 52; wyrok TS C-472/10, pkt 24.

poinformowania konsumenta, który uzyska prawo rozwiązania umowy. Mimo to TS wywodzi, że konieczne jest wskazanie powodów lub sposobu zmiany<sup>75</sup>. Może to wynikać z faktu, że wyjątek przewidziany w pkt 2 załącznika do dyrektywy 93/13 niejako dookreśla zakres wspomnianego pkt 1 lit. j tego załącznika<sup>76</sup>. Nie przewiduje natomiast skutku uchylającego stosowanie szarych klauzul, jak czynią to wyjątki wskazane w pkt 3 tego załącznika. Mimo, że tzw. szare klauzule wskazane w pkt 1 załącznika do dyrektywy 93/13 i w art. 385<sup>3</sup> k.c. nie powinny być automatycznie kwalifikowane jako abuzywne, w szczególności mając na uwadze wyjątki określone w pkt 2 i 3 tego załącznika, TS wywiódł z nich określone wymogi, które powinny spełniać wszelkie klauzule modyfikacje stosowane przez przedsiębiorców w obrocie z konsumentami. Odnosząc się do polskiego porządku prawnego warto także pamiętać, że wyjątki wskazane w pkt 2 i 3 załącznika do dyrektywy 93/13 nie zostały *explicite* implementowane w kodeksie cywilnym ani żadnym innym akcie. *Prima facie* można by rozważać wywiedzenie analogicznych norm na gruncie przepisów kodeksu cywilnego, kierując się ich prounijną wykładnią. W przypadku dyrektywy 93/13 sprawa jest jednak bardziej skomplikowana, gdyż w świetle jej art. 8 wyznacza ona jedynie minimalny zakres ochrony konsumenta, w związku z czym ustawodawcy krajowi upoważnieni są do zapewnienia dalej idącej ochrony<sup>77</sup>. Brak implementacji przez polskiego ustawodawcę wyjątków określonych w omawianym załączniku może być więc rozpatrywany jako świadome zwiększenie poziomu ochrony konsumentów. Co prawda art. 8a dyrektywy 93/13 przewiduje obowiązek notyfikacji Komisji Europejskiej o przyjęciu lub utrzymaniu bardziej rygorystycznych przepisów (tj. zapewniających większy poziom konsumenta), jednak przepis ten wprowadzony został dopiero na mocy dyrektywy 2011/83<sup>78</sup>. Stosuje się ją dopiero od 12 grudnia 2011 r.<sup>79</sup>, zaś jej implementacja miała nastąpić do 13 grudnia 2013 r.<sup>80</sup>. Dyrektywa ta znajduje zastosowanie do umów zawartych po dniu 13 czerwca 2014 r.<sup>81</sup> i od tej samej daty należy stosować zaimplementowane przepisy krajowe<sup>82</sup>. Tymczasem w Polsce przepis ten nie został zaimplementowany, a dodatkowo w omawianej sytuacji zapewnienie większego poziomu ochrony konsumenta stanowi rezultat nie tyle przyjęcia nowych, czy też utrzymania dotychczasowych przepisów, ile niewprowadzania przepisów odpowiadających treści pkt 2 i 3 załącznika do dyrektywy 93/13.

Linię orzeczniczą TS należy uznać jako restrykcyjną, nawet kierując się postulatem zapewnienia wysokiego poziomu ochrony konsumenta. Istotnie, jak słusznie zwraca uwagę rzecznik, asymetria informacji często występuje zarówno w chwili wyrażenia pierwotnej zgody na zawarcie umowy ramowej, jak i w chwili przyjęcia jej późniejszych zmian<sup>83</sup>. Wynika to z faktu, że bardzo często użytkownicy (w tym konsumenci) zawierają umowy poprzez akceptację adhezyjnego wzorca umownego. W tym sensie samo uzgodnienie, o którym mowa w art. 52 ust. 6 lit. a PSD2 i art. 27 pkt 6 lit. a uup, może być rozpatrywane jako fikcyjne. Niemniej w umowach zawieranych na czas

<sup>75</sup> Wyrok TS C-92/11, pkt 49; wyrok TS C-472/10, pkt 24.

<sup>76</sup> Wyrok TS, pkt 7.

<sup>77</sup> Wyrok TS, pkt 63. Zob. też wyrok TS z 14.06.2012 r. w sprawie C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, pkt 70; wyrok TS z 30.05.2013 r. w sprawie C-397/11, ECLI:EU:C:2013:340, pkt 47 zd. 2.

<sup>78</sup> Art. 32 dyrektywy 2011/83.

<sup>79</sup> Art. 34 dyrektywy 2011/83.

<sup>80</sup> Art. 28 ust. 1 zd. 1 dyrektywy 2011/83.

<sup>81</sup> Art. 28 ust. 2 dyrektywy 2011/83.

<sup>82</sup> Art. 28 ust. 1 zd. 3 dyrektywy 2011/83.

<sup>83</sup> Opinia Rzecznika, pkt 84 zd. 2.

nieokreślony, które konsument rzeczywiście, a nie tylko formalnie może w każdym czasie wypowiedzieć<sup>84</sup>, a dodatkowo z uwagi na dużą konkurencyjność usług, w każdej chwili może się on związać z dowolnym innym usługodawcą działającym na rynku<sup>85</sup>, brak jest uzasadnienia dla tak zaostrzonych wymogów w przedmiocie jednostronnych zmian postanowień umowy<sup>86</sup>. Wydaje się, że do takiego rodzaju umów można zaliczyć występujące w praktyce obrotu umowy ramowe o świadczenie usług płatniczych, które zwykle zawierane są na czas nieokreślony. Inaczej należałoby traktować umowy zawierane na czas określony, w szczególności, gdy ich wypowiedzenie przez użytkownika jakkolwiek formalnie jest możliwe, w praktyce jest utrudnione (np. wypowiedzenie umowy o kredyt hipoteczny skutkujące koniecznością spłaty całego pozostałego kapitału kredytu w niezwykle – w porównaniu z treścią umowy – krótkim czasie). W pozostałych wypadkach oczekiwanie, że dostawcy (preferenci) będą stosowali rozbudowane klauzule modyfikacyjne, nie jest uzasadnione.

Taki wniosek jest tym bardziej uzasadniony w przypadku (postanowień) umów ramowych regulujących niskokwotowe instrumenty płatnicze. Skoro art. 19 ust. 1 pkt 2 uup w ślad za art. 42 ust. 1 lit. b PSD2 pozwala stronom (niezależnie od statusu użytkownika) uzgodnić, że dostawca zwolniony będzie z obowiązków informacyjnych, jakie na nim co do zasady spoczywają w przypadku proponowania zmian w umowie, to należałoby przyjąć, że w razie takiego uzgodnienia strony te w istocie całkowicie mogą pominąć wymogi wynikające z art. 27 pkt 6 lit. a w zw. z art. 29 ust. 1–3 w zw. z art. 26 ust. 1 uup. Będzie to więc analogiczna sytuacja jak w przypadku, w którym strony wyłączają stosowanie tych przepisów na podstawie art. 16 uup. Różnica polega jedynie na tym, że wyłączenie na podstawie art. 16 uup nie dotyczy konsumentów, podczas gdy na podstawie art. 19 uup stosowanie przepisów można wyłączyć wobec wszystkich użytkowników, w tym konsumentów. W rezultacie uzasadniony jest wniosek, że standard ochrony użytkownika, w tym konsumenta, może być niższy. Choć nie wyłącza to stosowania przepisów dyrektywy 93/13 jako takich, powinno mieć znaczenie przy dokonywaniu oceny postanowień pod kątem ich abuzywności. Tylko w razie braku wyłączenia na podstawie art. 19 uup lub braku wyłączenia stosowania przepisów na podstawie art. 16 uup (w przypadku użytkowników niebędących konsumentem) można by uznać, że przepisy określające obowiązki informacyjne w zakresie milczącej zgody użytkownika na proponowane w umowie zmiany, jakkolwiek nie określają wymogów co do treści umowy (zobowiązań stron)<sup>87</sup>, to kształtują wskazówkę interpretacyjną, stanowiącą, iż postanowienia umowy sprzeczne z wymogami wynikającymi z tych przepisów są niezgodne z intencjami prawodawcy unijnego wyrażonymi w PSD2. Wówczas można wywodzić podwyższony standard ochrony użytkownika (w tym konsumenta).

### III. Funkcjonalność *near field communication* (NFC) jako instrument płatniczy

W odpowiedzi na pytanie drugie lit. a, TS przesądził, że funkcja NFC zindywidualizowanej wielofunkcyjnej karty bankowej (choć w obecnych realiach należałoby mówić szerzej o karcie płatniczej), umożliwiająca dokonywanie płatności niskokwotowych obciążających powiązany z nią rachunek bankowy (analogicznie – rachunek płatniczy), stanowi „instrument płatniczy” w rozumieniu art. 4

<sup>84</sup> Wyrok TS C-92/11, pkt 54, 55 tiret 1 i 3, pkt 65 ppkt 2 tiret 2.

<sup>85</sup> Wyrok TS C-92/11, pkt 54.

<sup>86</sup> Inny wniosek wynika jednak z wyroku TS C-92/11, 51, 55 tiret 1 i 2, pkt 65 ppkt 2 tiret 1.

<sup>87</sup> Wyrok TS, pkt 53.

pkt 14 PSD2<sup>88</sup>. Kwestia tego, jak należy rozumieć pojęcie instrumentu płatniczego, budziła wątpliwości jeszcze na gruncie PSD1. W 2014 r. TS przesądził, że zarówno procedura oparta na podpisanym formularzu płatności, zmierzająca do wydania polecenia przelewu, jak i procedura wydania polecenia przelewu w bankowości internetowej, stanowią instrumenty płatnicze w rozumieniu art. 4 pkt 19 hipoteza 2 PSD1<sup>89</sup>. Niektórzy autorzy jako trafną uznali szeroką interpretację pojęcia instrumentu płatniczego przyjętą przez TS (Pacak, komentarz do art. 2, pkt 19). Inni natomiast krytycznie komentowali tak szerokie rozstrzygnięcie sądu (Grabowski, 2015, pkt 3). Autor ten wskazywał, że z systematyki PSD1 wynika, że istnieje rozróżnienie pomiędzy usługami płatniczymi, w których jest wykorzystywany instrument płatniczy oraz usługami płatniczymi świadczonymi bez wydawania tego instrumentu (Grabowski, 2015, pkt 3)<sup>90</sup>. Jego zdaniem podstawowym kryterium dla uznania danego przedmiotu materialnego/procedury za instrument płatniczy powinien być udział agenta rozliczeniowego w systemie rozliczenia (Grabowski, 2015, pkt 3)<sup>91</sup>. Zarazem dostrzegał, że w każdej usłudze płatniczej daje się wyodrębnić procedurę rozumianą jako zestaw czynności, których wykonanie prowadzi do zainicjowania zlecenia płatniczego (Grabowski, 2015, pkt 3). Zdaniem tego autora, instrumentem płatniczym będą jedynie urządzenia i zbiory procedur zindywidualizowane (Grabowski, 2020, komentarz do art. 2, pkt II, ppkt 18). TS dostrzegał co prawda rozbieżności między różnymi wersjami językowymi treści art. 4 pkt 23 PSD1, przez co nie było oczywiste, czy uzgodniony przez użytkownika usług płatniczych i dostawcę usług płatniczych zbiór procedur, z których korzysta użytkownik usług płatniczych w celu zainicjowania zlecenia płatniczego, musi być zindywidualizowany<sup>92</sup>. Z istnienia anonimowych instrumentów płatniczych uregulowanych w art. 53 ust. 1 lit. b PSD1<sup>93</sup> wywiódł jednak, że brak jest takiej konieczności<sup>94</sup>. Mimo że TS dopuścił możliwość funkcjonowania niezindywidualizowanych instrumentów płatniczych, w przypadku procedury opartej na podpisanym własnoręcznie przez płatnika formularzu płatności zmierzającym do wydania polecenia przelewu, jak i procedury wydania polecenia przelewu w bankowości internetowej przyjął jak sądzę, że mają one charakter zindywidualizowany. Wskazał bowiem, że aby instrument płatniczy mógł zostać uznany za zindywidualizowany, powinien pozwolić dostawcy na sprawdzenie, czy zlecenie płatnicze zostało zainicjowane przez uprawnionego do tego użytkownika<sup>95</sup>. Następnie dostrzegł, że dostawca (instytucja kredytowa) z uwagi na wykorzystanie odpowiednio własnoręcznego podpisu użytkownika (formularz płatności) oraz zindywidualizowanych kodów (bankowość elektroniczna) ma możliwość dokonania uwierzytelnienia zlecenia płatniczego w rozumieniu art. 4 pkt 19 PSD1<sup>96</sup>. Należy przy

<sup>88</sup> Wyrok TS, pkt 79, 111 ppkt 2.

<sup>89</sup> Wyrok TS z 9.04.2014 r. w sprawie C-616/11, ECLI:EU:C:2014:242, pkt 44 i 55 ppkt 2.

<sup>90</sup> Za takim stanowiskiem mógłby przemawiać fakt, że istnieją w Polsce dostawcy usług płatniczych, których zezwolenie/wpis nie obejmuje usługi wydawania instrumentu płatniczego. Z drugiej strony trudno z praktyki pojedynczych dostawców wyciągać wnioski dla całego rynku usług płatniczych.

<sup>91</sup> W tym kontekście warto jednak zwrócić uwagę, że zgodnie z obecnie obowiązującą definicją *acquiringu* jest to usługa płatnicza, przez którą rozumie się działalność polegającą 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.

<sup>92</sup> Wyrok TS z 9.04.2014 r. w sprawie C-616/11, ECLI:EU:C:2014:242, pkt 31. Przykładowo z wersji polskiej, angielskiej i francuskiej art. 4 pkt 23 PSD1 wynika, że urządzenia muszą mieć charakter zindywidualizowany, natomiast brak jest *explicite* takiego wymogu dla zbioru procedur. Tymczasem w niemieckiej wersji tego przepisu wskazano *explicite* zarówno na indywidualny charakter urządzeń, jak i zbioru procedur.

<sup>93</sup> Obecnie regulacje dotyczące anonimowych instrumentów płatniczych znajdują się w art. 42 ust. 1 lit. c pkt (ii) oraz art. 63 ust. 1 lit. b PSD2, a także w art. 19 ust. 1 lit. b oraz art. 39 ust. 1 lit. b uup.

<sup>94</sup> Wyrok TS z 9.04.2014 r. w sprawie C-616/11, ECLI:EU:C:2014:242, pkt 34 i 35; wyrok TS, pkt 70 i 71.

<sup>95</sup> Wyrok TS z 9.04.2014 r. w sprawie C-616/11, ECLI:EU:C:2014:242, pkt 33. Zob. też wyrok TS, pkt 70 zd. 3.

<sup>96</sup> Wyrok TS z 9.04.2014 r. w sprawie C-616/11, ECLI:EU:C:2014:242, pkt 39 i 42.



tym podkreślić, że w polskim tłumaczeniu pkt 34, 39 i 42 tego wyroku, w ślad za błędem w polskim tłumaczeniu art. 4 pkt 19 PSD1<sup>97</sup> (Wyżykowski, 2020), mylnie wskazano, że chodzi o dokonanie autoryzacji, podczas gdy w istocie TS miał na myśli dokonanie uwierzytelnienia.

W komentowanym wyroku TS sąd uznał, że analogicznie na gruncie definicji instrumentu płatniczego zawartej w art. 4 pkt 14 PSD2 należy wywieść możliwość funkcjonowania niezindywidualizowanych instrumentów płatniczych<sup>98</sup>. Problem w tym, że podobnie jak na gruncie PSD1, również wersje językowe art. 4 pkt 14 PSD2 są rozbieżne. Przykładowo z *definiens* definicji instrumentu płatniczego w wersji polskiej, niemieckiej i francuskiej wynika, że zarówno urządzenia jak i procedury powinny mieć charakter zindywidualizowany. Taką treść TS przywołał również w pkt 68 komentowanego wyroku TS w tychże wersjach językowych tego orzeczenia. Prowadzi to do wniosku, że TS wywiódł, że zbiory procedur nie muszą mieć charakteru zindywidualizowanego wbrew literalnemu brzmieniu przepisu we wskazanych wersjach językowych. Dla porównania, w wersji angielskiej art. 4 pkt 14 PSD2 i w ślad za tym w pkt 68 wyroku TS w wersji angielskiej tego orzeczenia, *definiens* definicji instrumentu płatniczego nie wskazuje *explicite*, że zbiór procedur musi być zindywidualizowany. Analogicznie przewiduje definicja zawarta w art. 2 pkt 10 uup<sup>99</sup>. Z komentowanego wyroku TS można wywieść, że w ocenie tego sądu definicja instrumentu płatniczego w sensie materialnym nie uległa zmianie na gruncie przepisów PSD2, w rezultacie czego TS odtworzył taką samą normę jak w przypadku definicji, którą przewidywała PSD1. Rzecznik w swojej opinii wprost stwierdził, że treść przepisów obu dyrektyw w odniesieniu do zagadnień będących przedmiotem sporu jest praktycznie jednakowa<sup>100</sup>. W konkluzji TS uznał, że wykorzystanie funkcji NFC karty bankowej związanej z indywidualnym rachunkiem bankowym stanowi zbiór niezindywidualizowanych procedur, a co za tym idzie instrument płatniczy w rozumieniu art. 4 pkt 14 hipoteza druga PSD2<sup>101</sup>. Zdaniem TS wynika to z tego, że użycie tej funkcji samo w sobie nie pozwala dostawcy na sprawdzenie, czy zlecenie płatnicze zostało zainicjowane przez uprawnionego do tego użytkownika, w odróżnieniu od innych funkcji owej karty, które wymagają wykorzystania indywidualnych danych uwierzytelniających, takich jak kod PIN lub podpis<sup>102</sup>. Ponadto na mocy umowy ramowej może być wykorzystywana do płatności niskokwotowych w ramach wyznaczonego limitu przez każdą osobę znajdującą się w jej posiadaniu i w tym zakresie nie jest wymagane uwierzytelnienie ani tym bardziej silne uwierzytelnianie użytkownika<sup>103</sup>. Wreszcie zdaniem TS, funkcjonalność NFC jest, ze względu na swoją specyfikę, odrębna pod względem prawnym od innych funkcji, jakie posiada karta bankowa będąca jej nośnikiem, które wymagają z kolei wykorzystania indywidualnych danych uwierzytelniających, w szczególności do płatności kwot o wartości przekraczającej ustalony dla używania funkcji NFC

<sup>97</sup> W polskiej wersji językowej art. 4 pkt 19 PSD1 błędnie oznaczono *definiendum* definicji jako „autoryzacja”, podczas gdy w innych wersjach językowych (np. w wersji angielskiej lub niemieckiej) w *definiendum* mowa była o „autentykacji”, a więc – inaczej mówiąc – o uwierzytelnieniu. Zob. też art. 59 ust. 1 PSD1, który w innych niż polska wersjach językowych (np. w wersji angielskiej lub niemieckiej) nakłada na dostawców obowiązek udowodnienia, że transakcja została autentykowana (uwierzytelniona). Aczkolwiek na gruncie PSD1 także brak było pełnej spójności przepisów, gdyż w art. 59 ust. 2 tej dyrektywy (również w innych niż polska wersjach językowych) mowa jest o udowodnieniu, że transakcja została autoryzowana, nie zaś uwierzytelniona.

<sup>98</sup> Wyrok TS, pkt 70–72, 75.

<sup>99</sup> Treść przepisu nie uległa więc zmianie wskutek implementacji PSD2, mimo, że w aktualnej treści polskiej wersji art. 4 pkt 14 PSD2, inaczej niż w polskiej wersji art. 4 pkt 23 PSD1, wskazano *explicite* zarówno na indywidualny charakter urządzeń, jak i zbioru procedur.

<sup>100</sup> Opinia Rzecznika, pkt 23 zd. 2.

<sup>101</sup> Wyrok TS, pkt 75. Co prawda nie we wszystkich punktach wyroku TS wyraźnie wskazał, że chodzi o art. 4 pkt 14 hipoteza 2 PSD2, niemniej treść pkt 73–75 wyroku TS prowadzi do takiego wniosku.

<sup>102</sup> Wyrok TS, pkt 73.

<sup>103</sup> Wyrok TS, pkt 76.

limit<sup>104</sup>. Sąd wydając takie rozstrzygnięcie kierował się intencją, aby sprzyjać rozwojowi tego rodzaju nowych metod płatności<sup>105</sup> oraz ochronie konsumentów<sup>106</sup>. Przyjęcie, że funkcjonalność NFC nie stanowi instrumentu płatniczego, wykluczałoby bowiem możliwość zastosowania przez dostawców licznych odstępstw jakiej PSD2<sup>107</sup>, a w przypadku Polski ustawa o usługach płatniczych<sup>108</sup>, przewidują dla niskokwotowych instrumentów płatniczych.

Z wyroku TS można wywieść, że wszelkie funkcjonalności (zarówno istniejące, jak i te, które dopiero zostaną wprowadzone wraz z rozwojem nowych technologii) w zakresie, w jakim faktycznie i prawnie przeznaczone będą do inicjowania transakcji bez konieczności uwierzytelniania użytkownika i cechują się odrębnością, można rozpatrywać jako niezindywidualizowane instrumenty płatnicze. Z kolei w sytuacji, w której dana funkcjonalność (w tym technologia NFC) przeznaczona byłaby do inicjowania transakcji na wyższe kwoty, co wymaga przeprowadzenia uwierzytelnienia, nie należałoby jej kwalifikować jako niezindywidualizowanego instrumentu płatniczego<sup>109</sup>. Prowadzi to do wniosku, że ta sama funkcjonalność może być kwalifikowana jako odrębny instrument płatniczy w zależności od kwoty inicjowanej transakcji<sup>110</sup>. Na gruncie przepisów PSD2 i dotychczasowego orzecznictwa TS można zatem wyróżnić dwa rodzaje instrumentów płatniczych. Po pierwsze, mające charakter materialnych zindywidualizowanych urządzeń (np. tradycyjna plastikowa karta płatnicza), a po drugie, zbiory procedur, z wykorzystaniem których użytkownik może złożyć zlecenie płatnicze/zainicjować transakcję płatniczą (np. bankowość elektroniczna)<sup>111</sup> (podobnie Bajor, Byrski, Zalcewicz, 2017, komentarz do art. 2<sup>112</sup>; Pacak, 2014, komentarz do art. 2, pkt 9<sup>113</sup>; Srokosz, 2010, pkt 2<sup>114</sup>). W doktrynie zaproponowano również podział instrumentów na takie służące wydawaniu zlecenia płatniczego bezpośrednio dostawcy oraz takie, które są przeznaczone do zainicjowania transakcji z jakąś formą udziału odbiorcy, który nie ma jednak charakteru bezwzględnie rozłącznego (Korus, 2012). Autor ten jako przykład instrumentu pierwszej kategorii wskazuje zarówno urządzenia, jak i systemy bankowości elektronicznej.

<sup>104</sup> Wyrok TS, pkt 77, zd. 2.

<sup>105</sup> Wyrok TS, pkt 78. Aczkolwiek należy pamiętać, że technologia ta wbrew pozorom nie jest taka nowa. Pierwsze karty pozwalające na płatności zbliżeniowe (ang. *contactless*) i telefony wyposażone w funkcję NFC pojawiły się w 2007 r.

<sup>106</sup> Wyrok TS, pkt 78. Aczkolwiek TS nie wyjaśnia, w jaki sposób większa powszechność funkcjonalności NFC przyczyni się do zwiększenia ochrony konsumenta. TS przywołuje motyw 6 PSD2, który jednak wskazuje na cele, jakimi są: większa oferta usług płatniczych, ich większa przejrzystość, przy jednoczesnym wzmocnieniu zaufania konsumentów do zharmonizowanego rynku płatności.

<sup>107</sup> Art. 42 i 63 PSD2.

<sup>108</sup> Art. 19 i art. 39 uup.

<sup>109</sup> Trzeba by ją potraktować jako zindywidualizowane urządzenie (art. 4 pkt 14 hipoteza 1 PSD2), jeżeli technologia inkorporowana jest w ramach karty płatniczej lub innego urządzenia, lub jako zbiór procedur (art. 4 pkt 14 hipoteza 2 PSD2).

<sup>110</sup> W sprawie rozstrzyganej przez TS, funkcjonalność NFC mogła być wykorzystywana zarówno do inicjowania transakcji niskokwotowych co nie wymagało uwierzytelnienia, jak i transakcji opiewających na wyższe kwoty, co wiązało się z koniecznością uwierzytelnienia (wyrok TS, pkt 32 zd. 3).

<sup>111</sup> W świetle wyroku TS, pkt 39, 71, 74 i 75 oraz wyroku TS z 9.04.2014 r. w sprawie C-616/11, ECLI:EU:C:2014:242, pkt 35 należałoby przyjąć, że zbiory procedur nie muszą mieć zindywidualizowanego charakteru.

<sup>112</sup> Autorzy wskazują, że terminem instrumentu płatniczego objęte zostały elektroniczne instrumenty płatnicze, czyli występujące powszechnie już karty płatnicze, karty wirtualne, instrumenty pieniądza elektronicznego (np. elektroniczna portmonetka czyli elektroniczna przedpłacona karta). Przez instrument płatniczy należy też rozumieć każdą inną procedurę, która pozwala na zrealizowanie transakcji płatniczej (np. w przypadku bankowości internetowej ustalony w tym celu numer klienta, zindywidualizowane hasło, kody dostępu).

<sup>113</sup> Autor wskazuje, że mianem instrumentu płatniczego określane są zarówno materialne nośniki treści cyfrowych w postaci kart płatniczych czy urządzeń do przechowywania pieniądza elektronicznego, ale także zbiory procedur, czyli określony tryb postępowania, który ma zmierzać do dokonania transakcji płatniczej.

<sup>114</sup> Autor wskazuje, że instrument płatniczy obejmuje tak fizyczne urządzenia (np. karty) lub telefony komórkowe, jak i procedury (takie jak kody PIN, TAN, *digipass*, hasło i login), które użytkownik może użyć, aby zlecić jego dostawcy wykonanie transakcji płatniczej.

## IV. Anonimowe używanie instrumentu płatniczego

Przesądzenie przez TS, że funkcja NFC zindywidualizowanej wielofunkcyjnej karty bankowej, umożliwiająca dokonywanie płatności niskokwotowych obciążających powiązany z nią rachunek bankowy, stanowi instrument płatniczy otworzyło sądowi drogę<sup>115</sup> do zbadania, czy w takim wypadku można mówić o anonimowym używaniu takiego instrumentu<sup>116</sup>. W przypadku odpowiedzi twierdzącej pozwala to dostawcy na stosowanie dalszych odstępstw, które przewiduje PSD2<sup>117</sup>, a w Polsce ustawa o usługach płatniczych<sup>118</sup>. W komentowanym wyroku TS<sup>119</sup>, sąd ten powołał się na wcześniej przywołany również w niniejszej glosie wyrok z 2014 r., w którym TS wskazał, że gdy instrumenty płatnicze są używane anonimowo, dostawcy nie są zobowiązani do przedstawienia dowodu uwierzytelniania transakcji płatniczej<sup>120</sup>. Dla wyjaśnienia należy tu podkreślić, że zarówno w polskim tłumaczeniu pkt 82 wyroku TS, jak i pkt 34 wyroku tego sądu z 2014 r.<sup>121</sup>, błędnie mowa jest o dowodzie autoryzacji, podczas gdy w istocie chodzi o dowód uwierzytelnienia. Z kolei w polskim tłumaczeniu pkt 83 wyroku TS prawidłowo mowa jest już o udowodnieniu uwierzytelnienia<sup>122</sup>. Również motyw 8 zd. 1 RTS stanowi, że płatności dokonywane za pomocą instrumentów płatniczych używanych anonimowo ze względu na swój charakter nie podlegają obowiązkowi silnego uwierzytelniania klienta. Na gruncie prawa unijnego odstępstwo przewidziane dla instrumentów używanych anonimowo polega więc na zwolnieniu dostawcy z obowiązku udowodnienia, że transakcja została uwierzytelniona<sup>123</sup>. Tymczasem art. 39 ust. 1 pkt 2 uup przewiduje, że dostawca i użytkownik mogą uzgodnić, że nie stosuje się m.in. art. 45 uup, który w ust. 1 stanowi o obowiązku dostawcy do udowodnienia, że transakcja została autoryzowana. Taki kształt polskich przepisów stanowi pochodną wspomnianego wcześniej błędnego tłumaczenia w polskiej wersji PSD1 i można mieć wątpliwości, czy stanowi prawidłową implementację tej dyrektywy, a obecnie PSD2 (Wyżykowski, 2020). W celu uniknięcia wątpliwości należy jednak wskazać, że samo odstępstwo przewidziane w art. 63 ust. 1 lit. b PSD2 oraz odpowiednio art. 39 ust. 1 pkt 2 uup znajdzie zastosowanie wówczas, gdy instrument płatniczy jest używany anonimowo lub dostawca z innych przyczyn nieodłącznie związanych z instrumentem płatniczym nie jest w stanie udowodnić, że transakcja była autoryzowana<sup>124</sup> (w świetle literalnego brzmienia przepisów nie chodzi tu zatem o uwierzytelnienie<sup>125</sup>). Podobnie sporne postanowienie stosowane przez DenizBank AG przewidywało, że dostawca ten nie musi udowodniać, że płatność niskokwotowa

<sup>115</sup> Wyrok TS, pkt 40.

<sup>116</sup> Wyrok TS, pkt 80.

<sup>117</sup> Art. 42 ust. 1 lit. c i 63 ust. 1 lit. b PSD2. Zob. też wyrok TS, pkt 81–84.

<sup>118</sup> Art. 19 ust. 1 pkt 3 lit. b i art. 39 ust. 1 pkt 2 uup.

<sup>119</sup> Wyrok TS, pkt 82.

<sup>120</sup> Wyrok TS z 9.04.2014 r. w sprawie C-616/11, ECLI:EU:C:2014:242, pkt 34 w wersjach językowych innych niż polska. Analogicznie wyrok TS, pkt 82 w wersjach językowych innych niż polska.

<sup>121</sup> Wyrok TS z 9.04.2014 r. w sprawie C-616/11, ECLI:EU:C:2014:242.

<sup>122</sup> Wynika to zapewne z tego, że w pkt 83 wyroku TS opierano się na brzmieniu art. 72 PSD2, w którym prawidłowo mowa jest o dowodzie uwierzytelnienia, podczas gdy w pkt 82 wyroku TS następuje odwołanie do pkt 34 wyroku TS z 9.04.2014 r. w sprawie C-616/11, ECLI:EU:C:2014:242, w którym oparto się na art. 59 PSD1, który w polskiej wersji tłumaczenia błędnie stanowił o dowodzie autoryzacji, nie zaś o dowodzie uwierzytelnienia. Aczkolwiek zarówno w art. 59 ust. 1 PSD1 oraz art. 72 ust. 1 PSD2 mowa jest o zaprzeczeniu przez użytkownika, że autoryzował transakcję.

<sup>123</sup> Zgodnie z art. 63 ust. 1 lit. b PSD2 dostawca i użytkownik mogą uzgodnić, że art. 72 i 73 oraz art. 74 ust. 1 i 3 PSD2 nie mają zastosowania (analogicznie przewidywał art. 53 ust. 1 lit. b PSD1). Przy czym sformułowanie „uwierzytelniania transakcji” należałoby traktować jako swego rodzaju skrót myślowy, wszak zgodnie z art. 4 pkt 29 PSD2, uwierzytelnianie oznacza procedurę umożliwiającą dostawcy usług płatniczych weryfikację tożsamości użytkownika usług płatniczych lub ważności stosowania konkretnego instrumentu płatniczego, łącznie ze stosowaniem indywidualnych danych uwierzytelniających tego użytkownika.

<sup>124</sup> Analogicznie przywidywał art. 53 ust. 1 lit. b PSD1.

<sup>125</sup> Na temat różnic pomiędzy uwierzytelnieniem a autoryzacją zob. Wyżykowski, 2020.

dokonana bez podania kodu osobistego z wykorzystaniem funkcji NFC została autoryzowana ani że nie nastąpiła w jej trakcie awaria techniczna lub inne zakłócenie<sup>126</sup>.

Istota problemu, który rozpatrywał TS polegała na tym, że jakkolwiek funkcjonalność NFC przeznaczona była m.in. do inicjowania transakcji bez konieczności uwierzytelnienia i autoryzacji<sup>127</sup>, to sama karta miała charakter zindywidualizowany w tym sensie, że przypisana była do rachunku konkretnego użytkownika, który zostaje obciążony również w przypadku transakcji inicjowanej z wykorzystaniem funkcji NFC<sup>128</sup>. TS odróżnił możliwość identyfikacji użytkownika rachunku, do którego przypisana jest karta, od możliwości identyfikacji osoby, która dokonała płatności, a mówiąc precyzyjniej, osoby, która zainicjowała transakcję z wykorzystaniem karty (funkcji NFC), w rezultacie czego dostawca nie jest w stanie ustalić, czy transakcja została autoryzowana przez posiadacza rachunku<sup>129</sup>. Przyjął więc, odpowiadając na pytanie drugie lit. b, że wówczas można mówić o anonimowym używaniu instrumentu płatniczego<sup>130</sup>. Koreluje to z literalnym brzmieniem przepisów, które stanowią o anonimowym używaniu instrumentu płatniczego, nie zaś o anonimowej transakcji płatniczej. Nie jest do końca jasne, dlaczego w tym wypadku TS posługuje się pojęciem „identyfikacji” odpowiednio posiadacza rachunku oraz posiadacza karty z funkcją NFC<sup>131</sup>, które w tym znaczeniu nie występuje w PSD2<sup>132</sup>. Tymczasem chodzi właśnie o brak możliwości uwierzytelnienia, czyli brak możliwości ustalenia, że komunikacja dostawcy odbywa się z uprawnionym użytkownikiem, a w rezultacie, że to właśnie uprawniony użytkownik inicjuje i wyraża zgodę na wykonanie transakcji, tj. autoryzuje transakcję. Z kolei posiadacz rachunku co do zasady powinien być zidentyfikowany przez dostawcę zgodnie z wymogami ustawy AML<sup>133</sup>.

## V. Ciężar dowodu, że cechy instrumentu płatniczego pozwalają na skorzystanie z odstępstw

W odpowiedzi na trzecie pytanie prejudycjalne TS wyjaśnił, że dla skorzystania przez dostawcę z odstępstw przewidzianych dla instrumentu, który nie pozwala na jego zablokowanie lub uniemożliwienie jego dalszego używania, nie jest wystarczające, aby ten poprzestał na wskazaniu tychże cech instrumentu w umowie ramowej<sup>134</sup>. W przypadku sporu to na dostawcy spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie<sup>135</sup> i jeżeli nie wywiąże się on z niego, to nie można stosować odstępstw przewidzianych w art. 63 ust. 1 lit. a PSD2 (art. 39 ust. 1 pkt 1 uup)<sup>136</sup>. Istota

<sup>126</sup> Wyrok TS, pkt 33 tiret 2. W różnych wersjach językowych tego wyroku mowa jest w tym miejscu o autoryzacji, nie zaś uwierzytelnieniu.

<sup>127</sup> Aczkolwiek samo użycie funkcji NFC w celu zainicjowania transakcji płatniczej (zlecenia płatniczego) można rozpatrywać jako zgodę na wykonanie transakcji (tj. jako autoryzację transakcji), przy czym, dostawca nigdy nie będzie miał pewności, czy zgoda składana jest przez uprawnionego użytkownika, z uwagi na brak jego uwierzytelnienia.

<sup>128</sup> Wyrok TS, pkt 87 zd. 1.

<sup>129</sup> Wyrok TS, pkt 88 i 89.

<sup>130</sup> Wyrok TS, pkt 93 i 111 ppkt 3.

<sup>131</sup> Wyrok TS, pkt 88 zd. 1, 89 zd. 2 oraz pkt 91.

<sup>132</sup> W PSD2 oraz w ustawie o usługach płatniczych mowa jest o identyfikacji transakcji, numerach identyfikacyjnych, unikatowym identyfikatorze czy identyfikacji dostawcy, natomiast akty te nie posługują się pojęciem identyfikacji w odniesieniu do posiadacza rachunku lub instrumentu płatniczego. Pojęciem identyfikacji operuje natomiast dyrektywa PE i RUE 2015/849 z 20.05.2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie PE i RUE nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę PE i RUE 2005/60/WE oraz dyrektywę KE 2006/70/WE (Dz.U. UE L 141, 5.6.2015, s. 73–117) oraz ustawa z 1.03.2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. 2018, poz. 723, ze zm.; dalej: ustawa AML).

<sup>133</sup> Nie wchodzi się w tym miejscu w szczegółową analizę wyjątku dla niskowatowych instrumentów płatniczych zasilanych pieniądzem elektronicznym zgodnie z art. 38 ustawy AML.

<sup>134</sup> Wyrok TS, pkt 98 zd. 1, 106 i 111 ppkt 4.

<sup>135</sup> Wyrok TS, pkt 98 zd. 2 i 101.

<sup>136</sup> Wyrok TS, pkt 98 zd. 3.



rozstrzygnięcia TS nie powinna budzić większych wątpliwości, stąd nie wymaga ona szerszego komentarza. Słusznie sąd dostrzegł, że przyjęcie odmiennego stanowiska dawałoby dostawcom zbyt dużą łatwość w przesądzaniu, że dany instrument nie pozwala na jego zablokowanie lub uniemożliwienie jego dalszego używania – wystarczyłoby bowiem samo twierdzenie dostawcy<sup>137</sup>, odzwierciedlone w treści postanowień umowy ramowej, która w większości zawierana jest jako umowa adhezyjna, a więc na której treść użytkownicy co do zasady nie mają żadnego realnego wpływu. W praktyce pojawia się natomiast problem, na który moment ustalać, czy dany instrument posiada wymagane prawem cechy, pozwalające na zastosowanie odstępstwa. Należałoby przyjąć, że w przypadku sporu zasadniczo chodzi o datę zawarcia umowy ramowej. Aczkolwiek wraz z postępowaniem technologicznym i zmianą stanu wiedzy technicznej może się pojawić konieczność wdrożenia nowych rozwiązań, a także aktualizacji (zmiany) postanowień umowy ramowej. Kończąc warto wskazać, że o ile rzecznik zasugerował, że w jego ocenie nie wydaje się, aby zastosowanie w karcie płatniczej funkcji NFC uniemożliwiało jej zablokowanie<sup>138</sup>, o tyle TS w ogóle nie wypowiedział się w tej kwestii, słusznie pozostawiając ocenę sądowi odsyłającemu. Jest to bowiem element subsumpcji, nie zaś wykładni prawa unijnego<sup>139</sup>.

## VI. Uwagi końcowe

Mając na uwadze rozstrzygnięcie TS, nie powinno budzić wątpliwości, że klauzule modyfikacyjne określające sposób, treść lub zakres jednostronnych zmian w postanowieniach umów zawieranych z konsumentami (a w Polsce dodatkowo z osobami fizycznymi, które zawierają umowę o niezawodowym charakterze) podlegają testowi abuzywności. Dotyczy to również postanowień umów ramowych regulujących instrumenty płatnicze przeznaczone do dokonywania płatności niskokwotowych. Aczkolwiek TS zarówno w tezach głównych i uzasadnieniu odnoszącym się do problematyki milczącej zgody użytkownika (konsumenta) na zmiany w umowie nie poświęca większej uwagi niskokwotowym instrumentom płatniczym i regulacji zawartej w art. 42 ust. 1 lit. b PSD2<sup>140</sup>, mimo że z dalszej części tego wyroku wynika, że umowa ramowa, będąca przedmiotem sporu, odnosi się do takiego właśnie instrumentu. Wydaje się, że wynika to z przyjętej przez TS logiki, iż przepis ten kształtuje obowiązki informacyjne dostawcy, co nie zmienia faktu, że ewentualne postanowienia umowne regulujące tryb zmiany umowy podlegają testowi abuzywności, niejako w oderwaniu od tego przepisu. Podobnie wszelkie postanowienia umowne kształtujące odstępstwa dla instrumentów płatniczych przeznaczonych do dokonywania płatności niskokwotowych, przewidziane w art. 39 uup (art. 63 PSD2), w przypadku umów z konsumentami i osobami fizycznymi zawierającymi umowę o niezawodowym charakterze podlegają testowi abuzywności. Zarazem, we wszystkich wypadkach, w których przepisy ustawy o usługach płatniczych, w ślad za PSD2 przewidują możliwość złagodzenia wymogów lub odstępstwa, należałoby przyjąć, że standard ochrony użytkowników jest niższy<sup>141</sup> i z ostrożnością podchodzić do uznawania postanowień odzwierciedlających takie wyłączenia jako abuzywnych. Pogląd przeciwny prowadziłby

<sup>137</sup> Wyrok TS, pkt 104.

<sup>138</sup> Opinia Rzecznika, pkt 62.

<sup>139</sup> Wyrok TS wydany został w trybie prejudycjalnym na podstawie art. 267 TFUE (Dz. Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47), w związku z czym przedmiotem samego rozstrzygnięcia (sentencji) jest wykładnia prawa unijnego.

<sup>140</sup> Jedyna wzmianka znajduje się w pkt 53 wyroku TS.

<sup>141</sup> Wyrok TS, pkt 91. Zob. też motyw 96 PSD2.

do wniosku, że w istocie w przypadku konsumentów, a w Polsce dodatkowo osób fizycznych zawierających umowę o niezawodowym charakterze, wielu odstępstw nie sposób zastosować w praktyce, a tymczasem przepisy PSD2 ani ustawy o usługach płatniczych nie dają podstaw do takiego wniosku, choć oczywiście nie wyłączają stosowania dyrektywy 93/13 jako takiej.

Odrębnym problemem, który się pojawia i mając na uwadze dynamiczny rozwój nowych technologii pojawiać się będzie, jest właściwa kwalifikacja funkcjonalności płatniczych jako odrębnych instrumentów płatniczych, co stanowi punkt wyjścia dla zastosowania poszczególnych odstępstw. Z orzecznictwa TS wynika, że sąd ten dąży do maksymalnie szerokiej wykładni pojęcia instrumentu płatniczego, aby umożliwić realizację celów ujawnionych przez unijnego prawodawcę w preambule do PSD2.

## Bibliografia

- Bajor, B. (2017). W: B. Bajor, J. Byrski i A. Zalcewicz, *Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz*, wyd. II. LEX, Wolters Kluwer.
- Bajor, B., Byrski, J. i Zalcewicz, A. (2017). W: B. Bajor, J. Byrski i A. Zalcewicz, *Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz*, wyd. II. LEX, Wolters Kluwer.
- Bednarek, M. i Mikłaszewicz, P. (2020). W: *Prawo zobowiązań – część ogólna. System Prawa Prywatnego*, tom 5, wyd. 3. Warszawa: C.H. Beck.
- Grabowski, M. (2015). Pojęcie instrumentów płatniczych. Glosa do wyroku TS z dnia 9 kwietnia 2014 r., C-616/11. *Europejski Przegląd Sądowy*, 8.
- Grabowski, M. (2020). *Ustawa o usługach płatniczych. Komentarz*, wyd. 2. Warszawa: C.H. Beck.
- Korus, K. (2012). Pojęcie usługi płatnicze w ustawie o usługach płatniczych. *Monitor Prawa Bankowego*, lipiec–sierpień, 7–8.
- Pacak, M. (2014). *Usługi płatnicze. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.
- Radwański, Z. i Olejniczak, A. (2019). *Prawo cywilne – część ogólna, System Prawa Prywatnego*, tom 2, wyd. 3. Warszawa: C.H. Beck.
- Radwański, Z. i Olejniczak, A. (2005). *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 8. Warszawa: C.H. Beck.
- Srokosz, W. (2010). Zakres stosowania Dyrektywy PSD (Payment Services Directive). *Prawo Mediów Elektronicznych*, 1.
- Trzaskowski, R. (2018). W: J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, wyd. II. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Wyżykowski, B. (2020). Przegląd aktualnego orzecznictwa w sprawach dotyczących nieautoryzowanych transakcji płatniczych. *Monitor Prawa Bankowego*, wrzesień, 9.