

MGR AGATA MAJCHROWSKA¹

ODPOWIEDZIALNOŚĆ ODSZKODOWAWCZA Z TYTUŁU ŚWIADCZENIA USŁUG ELEKTRONICZNYCH Z UŻYCIEM ELEKTRONICZNYCH INSTRUMENTÓW PŁATNICZYCH

KONFERENCJA PN. „PŁATNOŚCI BEZGOTÓWKOWE W POLSCE: PRAWO I TECHNOLOGIE” WROCŁAW, 29-30.10.2009 R.

W pierwszej kolejności należy postawić pytanie: czy „płatność elektroniczna” za usługę świadczoną może być źródłem odpowiedzialności odszkodowawczej i jak kształtuje się ta odpowiedzialność względem konsumentów w UE?

W dobie dostępu do usług świadczonych drogą elektroniczną zarówno usługodawcy jak i odbiorcy usług nie są zainteresowani stosowaniem rozwiązania o charakterze hybrydowym – tj. zapłaty „materialnym” pieniądzem z chwilą otrzymania świadczenia, bowiem sprzeciwia się temu cel transakcji internetowych, ich powszechny dostęp i szybkość realizacji. Stąd obecnie przyjętymi sposobami zapłaty za usługi świadczone drogą elektroniczną są przelewy z rachunku bankowego bankowości elektronicznej, płatność usługą SMS za pośrednictwem operatora sieci komórkowej, płatność kartą kredytową lub kartą płatniczą oraz wykorzystanie systemów typu Pay Pal. Kto jednak ponosi odpowiedzialność względem korzystającego z usługi płatniczej?

Z uwagi na klasyczny podział źródeł odpowiedzialności dostawcy usług można wskazać niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o świadczenie usług płatniczych, odpowiedzialność deliktową względem usługobiorcy oraz odpowiedzialność względem osoby trzeciej, innej niż usługobiorca. Ustawodawca europejski stanął zatem przed koniecznością wprowadzenia odpowiednich regulacji, możliwych do zastosowania względem wszystkich odbiorców usług, w tym konsumentów UE, z zachowaniem gwarancji swobody usług, ale i wypracowanych zasad odnoszących się do możliwych ograniczeń tej swobody. Regulacja została opracowana zgodnie z zasadą, iż ograniczenia swobody (zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETS) muszą być stosowane w sposób niedyskryminacyjny, muszą być uzasadnione imperatywnymi względami interesu publicznego, muszą zapewnić osiągnięcie celu, którego spełnieniu służą oraz nie powinny wykraczać poza to co niezbędne w celu osiągnięcia zamierzonego skutku.

De lege lata swobodę kontraktowania ogranicza szeroko rozumiana ochrona konsumenta, ochrona danych, dóbr osobistych, konkurencji, interesu publicznego. Egzemplifikacją tych dyrektyw są klauzule abuzywne (nieдозwolone postanowienia wzorców umownych w umowach z konsumentami), obowiązki informacyjne nałożone na świadczących usługi, wymóg zgody kontrahenta, powinność uzyskania zezwolenia/koncesji, powin-

ność zaniechania naruszeń, katalog niedozwolonych praktyk handlowych, czynów nieuczciwej konkurencji.

„Obecnie rynki usług płatniczych państw członkowskich działają w oderwaniu od siebie, ich organizacja ma wymiar krajowy, a na ramy prawne usług płatniczych składa się dwadzieścia siedem krajowych systemów prawnych”²

Zauważając powyższą swoistą niespójność legislacyjną, Parlament Europejski i Rada, Dyrektywą 2007/64/WE z dnia 13 listopada 2007 r., w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego (zmieniającą Dyrektywy 97/7/WE, 2002/65/WE, 2005/60/WE i 2006/48/WE oraz uchylającą Dyrektywę 97/5/WE – Dz. Urz. UE.L 2007 Nr 319, str. 1) nakazał harmonizację przepisów, wprowadzając jednolite uregulowania dla wszystkich krajów Unii. Powinność implementacji tej dyrektywy została oznaczona na dzień 1 listopada 2009 r. Polska nadal jednak nie dokonała jej implementacji. Na marginesie należy zaznaczyć, iż w tej sytuacji, w odniesieniu do usług transgranicznych, istnieje możliwość powoływania się wprost na przepisy o charakterze bezwzględny, zarówno w aspekcie wertykalnym jak i horyzontalnym, jednak należy przyznać, iż bankowość elektroniczna powyższe zmiany wprowadziła, poprzez zmiany obowiązujących regulaminów. Do czasu formalnej implementacji dyrektyw PSD dyskusyjną kwestią pozostanie jednak czy i w jakim zakresie przepisy dyrektywy będą stosowane przez krajowe sądy powszechne.

Dokonując harmonizacji, w pierwszej kolejności wprowadzono nakaz uzyskania zezwolenia na działalność w charakterze instytucji płatniczej (art. 10 Dyrektywy), jednocześnie zakazując świadczenia usług płatniczych tym osobom, które nie są dostawcami usług płatniczych, w rozumieniu Dyrektywy ani nie są jednoznacznie wyłączone z zakresu jej stosowania. Z powyższego, *expressis verbis* wyprowadzić należy konkluzję, iż każdorazowo podmiot nieposiadający właściwego zezwolenia ponosi względem użytkownika odpowiedzialność deliktową, wobec świadczenia usługi w sposób sprzeczny z ustawą, narażając się również na zarzut nieważności tak zawartej umowy.

Pierwszą innowacyjną zmianą jest wprowadzenie jednej definicji Usługi Płatniczej (załącznik, art. 4 definicja 3), przez którą należy rozumieć wszelką działalność wymienioną w załączniku do PSD, tj. wpłaty i wypłaty gotówkowe, wykonywanie transakcji płatniczych (np. realizacja poleceń zapłaty, realizacja transakcji płatniczych przy użyciu kart, realizacja przelewów bankowych), wydawanie instrumentów płatniczych i usługi przekazów pienię-

¹ mgr Agata Majchrowska - doktorant w Zakładzie Prawa Cywilnego i Międzynarodowego Prywatnego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, współpracownik Centrum badań Problemów Prawnych i Ekonomicznych Komunikacji Elektronicznej

² Pkt. 2 Preambuły Dyrektywy PSD

nych. Definicją objęte są również czynności operatorów polegające na wykonywaniu transakcji płatniczych, w ramach których zgoda płatnika na wykonywanie transakcji płatniczej udzielana jest przy użyciu urządzenia telekomunikacyjnego, cyfrowego lub informatycznego, a płatność przekazywana jest operatorowi systemu telekomunikacyjnego, informatycznego lub operatorowi sieci, działającemu jedynie jako pośrednik pomiędzy użytkownikiem usługi płatniczej a dostawcą towarów i usług.

Podkreślając znaczenie tego zapisu, należy wskazać, że podmiotem odpowiedzialnym z tytułu usług płatniczych będzie nie tylko instytucja płatnicza, ale i operator systemu telekomunikacyjnego, informatycznego lub operator sieci, który w obrębie swojej działalności nie będzie świadczył innych usług poza pośrednictwem między użytkownikiem usługi płatniczej a dostawcą towarów i usług bądź pozostała działalność będzie miała nieznaczący charakter, oraz gdy usługi lub towary są dostarczane do urządzenia telekomunikacyjnego, informatycznego lub sieciowego.

PSD wprowadza wymogi informacyjne wobec korzystającego z usług płatniczych, które odnoszą się do przekazywania informacji wymienionych w tytule III Dyrektywy, zaś odstępowanie od wykonania obowiązku odnosi się jedynie do płatności obejmujących niskie kwoty (mikropłatności – kwota 30 euro lub limit 150 euro na dany środek płatniczy) oraz w sytuacji, gdy zawarto umowę ramową (w rozumieniu PSD). Wprawdzie państwu członkowskiemu pozostawiono fakultatywną możliwość rozkładu ciężaru dowodu spełnienia obowiązków informacyjnych (art. 33), jednak można przyjąć, iż prezentowany w prawie UE prymat ochrony konsumenta zdecyduje o konieczności dowodzenia spełnienia tych obowiązków przez usługodawcę w każdym przypadku. Należy bowiem podkreślić, że niespełnienie obowiązków informacyjnych wymienionych w tytule III (gdy usługodawca nie dostarczył lub nie udostępnił informacji), w odniesieniu do konsumenta eliminuje granice czasowe zgłoszenia nieautoryzowanych lub nieprawidłowo wykonanych transakcji płatniczych. W razie prawidłowego spełnienia obowiązków informacyjnych, roszczenie z tytułu nieautoryzowanej transakcji może zostać zgłoszone w chwili stwierdzenia istnienia takiej transakcji, nie później niż 13 miesięcy od daty obciążenia rachunku, po upływie tego czasu możliwość zgłoszenia roszczenia wygasa (art. 58). Jeżeli użytkownik nie jest konsumentem, ograniczenia przewidziane dla ochrony konsumentów mogą zostać wyłączone lub zmienione przez strony w umowie o usługi płatnicze (art. 51).

Do dnia wejścia w życie dyrektywy PSD, nie było pełnej jasności, kto ponosi ryzyko nieautoryzowanych transakcji na bankowych e-kontach. Użytkownik dostawał zestaw porad dotyczących bezpiecznego dokonywania transakcji, jednak nawet ich zastosowanie powodowało odpowiedzialność za ryzyko nieuprawnionych transakcji. Wg przepisów dyrektywy, użytkownicy wszystkich usług płatniczych zostali objęci ochroną taką, jaka dotychczas była przewidziana w przepisach ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych dla użytkowników kart płatniczych (art. 28 ueip). Tym samym stosuje się tzw. repartycję ryzyka, co oznacza, że ryzyko nieautoryzowanych transakcji zostało podzielone pomiędzy bank a właściciela konta.

Najistotniejszym novum dla wszystkich usług płatniczych jest ujednolicenie zasady autoryzacji transakcji. Transakcję uznaje się za autoryzowaną tylko pod warunkiem udzielenia przez płatnika zgody na wykonanie transakcji płatniczej (przed wykonaniem usługi lub – jeśli tak uzgodniono – po jej wykonaniu). W przy-

padku braku zgody – transakcję uznaje się za nieautoryzowaną. Nawet w przypadku wyrażenia zgody, płatnik może ją wycofać do chwili, gdy zlecenie płatnicze staje się nieodwołalne – w rozumieniu art. 66 Dyrektywy, jasno określającej termin odwołania zgody. W przypadku polecenia zapłaty można odwołać zlecenie płatnicze nie później niż do końca dnia roboczego poprzedzającego uzgodniony dzień obciążenia rachunku.

Dyrektywa nie przenosi jednak ryzyka odpowiedzialności za nieautoryzowane transakcje na dostawcę usługi płatniczej w sposób bezkrytyczny. Nakłada bowiem na użytkownika powinność, a wręcz obowiązek korzystania z instrumentu płatniczego zgodnie z warunkami, zaś po stwierdzeniu utraty, kradzieży, sprzeniewierzenia lub nieuprawnionego użycia – wymóg poinformowania dostawcy usług lub uprawnionego podmiotu (art. 56).

Korekta następuje wyłącznie wtedy, gdy użytkownik bez zbędnej zwłoki powiadamia dostawcę o nieautoryzowanych lub nieprawidłowo wykonanych transakcjach, nie później niż 13 miesięcy po obciążeniu rachunku, chyba że dostawca nie dopełnił obowiązków informacyjnych o przeprowadzonej transakcji (art. 58).

Najistotniejszym wymogiem nałożonym przez dyrektywę jest domniemanie z art. 59 (przy czym przepis ten ma charakter bezwzględnie wiążącego) stanowiące, iż w przypadku, gdy użytkownik zaprzecza autoryzacji wykonanej transakcji płatniczej lub twierdzi, że została wykonana nieprawidłowo, na dostawcy usług płatniczych spoczywa obowiązek udowodnienia, że transakcja była autoryzowana, a także: odpowiednio zapisana, ujęta w księgach, i że na transakcję nie miała wpływu żadna awaria techniczna ani innego rodzaju usterka. Dostawca usług płatniczych nie może używać ani jako dowodu ani zarzutu nieprawdziwości oświadczenia użytkownika samego faktu, że instrument płatniczy został w rzeczywistości użyty. Samo użycie instrumentu płatniczego niekoniecznie jest wystarczające do udowodnienia, że transakcja płatnicza została przez płatnika usług płatniczych autoryzowana albo że płatnik działał w złej wierze lub dopuścił się rażącego niedbalstwa w wykonaniu swoich obowiązków wymienionych w art. 56 PSD (art. 60).

Przy tym, jeśli dostawca nie zapewnia odpowiednich środków umożliwiających w dowolnym momencie dokonanie zgłoszenia utraty, kradzieży lub sprzeniewierzenia, płatnik nie ponosi odpowiedzialności za konsekwencje finansowe będące skutkiem posłużenia się takim instrumentem płatniczym, chyba że działał w złej wierze (art. 61.5.)

Skutkiem uznania transakcji za nieautoryzowaną jest obowiązek niezwłocznego zwrotu przez dostawcę kwoty, na jaką opiewa nieautoryzowana transakcja, ewentualnie – obowiązek przywrócenia stanu poprzedniego rachunku. Ewentualna dalsza odpowiedzialność dostawcy kształtuje się w oparciu o przepisy właściwe do umowy o usługi płatnicze, zawartej pomiędzy dostawcą a płatnikiem.

Płatnik (użytkownik) odpowiada z tytułu nieautoryzowanych transakcji do kwoty 150 euro do chwili zgłoszenia, zgodnie z art. 56 pkt. 1 lit b, tj. za transakcje będące skutkiem posłużenia się utraconym lub skradzionym instrumentem płatniczym lub – gdy nie zdołał uchronić indywidualnych zabezpieczeń tego instrumentu – wykorzystania tego instrumentu w ramach przestępstwa skimmingu³.

³ Skimming jest przestępstwem polegającym na nielegalnym skopiowaniu zawartości paska magnetycznego karty płatniczej bez wiedzy jej posiadacza w celu wytworzenia kopii i wykonywania nieuprawnionych płatności za towary i usługi, lub wypłat z bankomatów. Ponieważ skopiowana karta w systemach elektronicznych-bankowych zachowuje się jak karta oryginalna, wszystkie operacje wykonane przy jej pomocy odbywają się kosztem posiadacza oryginalnej karty i obciążają jego rachunek. (<http://pl.wikipedia.org/wiki/Skimming>)

Determinantem odpowiedzialności w pełnej wysokości za dokonaną transakcję jest działanie w złej wierze (w złych zamiarach), zarówno przed jak i po zgłoszeniu oraz celowe i rażące zaniedbanie obowiązków wynikających z art. 56 PSD.

Ustawodawca przewidział możliwość ograniczenia odpowiedzialności płatnika poniżej 150 euro, w szczególności przez wzgląd na zasady słuszności, gdy płatnik działał w dobrej wierze, nie zaniedbał ciążących na nim obowiązków, a charakter indywidualnych zabezpieczeń instrumentu płatniczego oraz okoliczności jego utraty umożliwiają wniosek, że obciążenie użytkownika nie jest celowe.

Wymaga podkreślenia, iż usługodawca obowiązany jest do zwrotu kwoty autoryzowanej transakcji (zainicjowanej przez odbiorcę lub za jego pośrednictwem i już wykonanej), gdy w momencie autoryzacji nie została określona dokładna kwota transakcji płatniczej oraz kwota transakcji jest wyższa niż kwota, jakiej płatnik mógł racjonalnie się spodziewać, uwzględniając jego wcześniejszy schemat wydatków, warunki zawarte w jego umowie ramowej oraz istotnej dla sprawy okoliczności.

Powyższe zastrzeżenie odnosi się do modelu przeciętnego konsumenta, działającego indywidualnie, ale w ramach powtarzalnych zachowań i dokonującego płatności na podstawie zachowań nie wprowadzających w błąd. Rozwiązanie rodzi naturalne kontrowersję, co oznacza również, iż ocena zasadności żądania zwrotu kwoty zrealizowanej autoryzowanej transakcji będzie wymagała każdorazowej wnikliwej analizy, dokonywanej w granicach racjonalnego osądu. Stanowisko powyższe zostało wprowadzone na potrzeby tych sytuacji, gdzie użytkownik został wprowadzony w błąd co do prognozowanej ceny transakcji, która nie została jednoznacznie określona z góry, i której nie mógł zasadnie się spodziewać. Artykuł 62 Dyrektywy zdaje się przy tym mieć kategorię brzmienia, nakazujące zwrot całości kwoty objętej obciążeniem z tytułu skorzystania z usługi płatniczej, nie wprowadzając prawa do dokonania legalnego obciążenia do tej kwoty, której w ramach swego zachowania w części się spodziewał. Mówiąc obrazowo, gdy spodziewał się dokonać wydatku na kwotę 500 euro, a został obciążony na 5.000, czy będzie istniała legalna postawa obciążenia go co do kwoty spodziewanego wydatku, bez sprzeczności z przywołanym art. 62.

PSD wprowadza – w granicach ustalania pozostałych podstaw odpowiedzialności – regulacje dotyczące terminów i zasad realizacji usług płatniczych, w tym: ograniczonego prawa odmowy realizacji zlecenia (tylko wtedy, gdy zlecenie jest zabronione na mocy innych właściwych przepisów prawa wspólnotowego lub krajowego), zakazu dokonywania potrąceń przez pośredników (wyrażającego się powinnością przekazania oznaczonej kwoty) oraz sztywnego ustalania daty waluty. (art. 64-73). Podkreślono ponadto powinność niedyskryminacyjnego traktowania instytucji płatniczych, co ma na celu również podwyższenie konkurencyjności tych instytucji, zaś naruszenie tej normy skutkować będzie odpowiedzialnością z tytułu czynów niedozwolonych. Wprowadzono ujednoczone zasady odpowiedzialności za outsourcing – tj. określono, że instytucje ponoszą pełną odpowiedzialność za wszelkie działania ich pracowników, agentów lub podmiotów świadczących usługi w ramach outsourcingu (art. 18). W art. 22 – ochroną objęto prawa dobra osobiste i tajemnicę handlową, włączając je w zakres obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej (klauzula poufności pracowników oraz świadczących usługi outsourcingowe, w tym pośredników i agentów).

Określone powyższej zdarzenia powodujące odpowiedzialność w granicach przekraczania zakazu lub nakazu ustawowego są wyraźnie oznaczone – art. 86 *expressis verbis* statuuje obowiązek przyjęcia wprost zharmonizowanych przepisów, wprost określając wyjątki od ustanowionych reguł. Odstępstwa w prawie krajowym jednak nie mogą być stosowane na niekorzyść użytkowników usług, chyba że taka możliwość została wprost w Dyrektywie przewidziana.

W granicach reguł odpowiedzialności kontraktowej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy PSD w art. 75 stanowi, że dostawca usług płatniczych ponosi odpowiedzialność względem płatnika, chyba że wykaze, że dostawca usług płatniczych po stronie odbiorcy otrzymał kwotę transakcji – wtedy odpowiedzialność ponosi ów dostawca w stosunku do odbiorcy. Gdy odpowiedzialny dostawca płatnika niezwłocznie przekazuje kwotę transakcji lub (odpowiednio) przywraca stan poprzedni rachunku płatnika. Gdy odpowiedzialny dostawca odbiorcy niezwłocznie przekazuje odbiorcy do dyspozycji kwotę transakcji płatniczej bądź uznaje rachunek płatniczy odbiorcy odpowiednią kwotą. Gdy jednak zlecenie jest zainicjowane przez płatnika, jego dostawca ma obowiązek przedłożenia transakcji i powiadomienia płatnika o jej wyniku.

Ponadto w razie niewykonania umowy ponoszą odpowiedzialność za wszelkie opłaty, za które są odpowiedzialni oraz za wszelkie odsetki, którymi został obciążony użytkownik w rezultacie niewykonania lub nienależytego wykonania transakcji płatniczej.

Do dalej idących reguł odpowiedzialności odszkodowawczej Dyrektywa odsyła do przepisów krajowych właściwych dla umowy zawartej pomiędzy użytkownikiem a dostawcą.

Dyrektywa przewiduje również możliwość dochodzenia roszczeń regresowych, kreując tę odpowiedzialność w ten sposób, że ten dostawca albo pośrednik, któremu można przypisać odpowiedzialność, jest zobowiązany do wyrównania szkody pierwszemu dostawcy (obejmującej poniesioną szkodę lub zapłacone kwoty) – art. 77 PSD.

Należy również wskazać podstawy odpowiedzialności wyinterpretowane z przepisów Dyrektywy: pełną odpowiedzialności pośrednika w sytuacji, gdy ten powierzył wykonanie osobie trzeciej, za której działania odpowiedzialności nie ponosi, chyba że ponosi winę w wyborze (art. 18 i 76 PSD), kontrowersyjną odpowiedzialność za zaniechanie wykonania usługi, mimo wezwania do jej wykonania (art. 65 PSD) – w sytuacji, gdy brak jest reguł weryfikacji zachowań sprzecznych z przepisami prawa oraz realny udźwignie odpowiedzialności dostawcy, w sytuacji, gdy rozłożono odpowiedzialność lub zwolniono użytkownika z odpowiedzialności na zasadzie słuszności (art. 61 i 62).

Jak wspomniano Dyrektywa zakłada wysoki stopień harmonizacji, jednak do dalej idących roszczeń (na mocy art. 76 i 77) zastosowanie mają przepisy prawa krajowego. Transgraniczność usługi, w kontekście zróżnicowanych katalogów czynów niedozwolonych i rozbieżnych norm moralno-etycznych w poszczególnych krajach członkowskich, nadal nie ułatwia ustalenia wszystkich podstaw odpowiedzialności, co nakazuje odpowiedzialność z tytułu wyrządzenia szkody traktować jako swoiste „ryzyko gospodarcze”. Typowym przykładem jest zlecenie zapłaty za usługę nielegalną w kraju zlecenia płatności, jednak legalną w kraju zapłaty. Ustalenie istnienia odpowiedzialności za odmowę realizacji transakcji w tej sytuacji nie będzie jednoznaczne. Równie dyskusyjnym pozostanie zrealizowanie transakcji, której poszkodowanym będzie nie zlecający

a osoba trzecia, w sytuacji, gdy o możliwości naruszenia przepisów prawa dostawca posiadał wiedzę. Odpowiedzialność dostawcy wyłączona jest w każdym przypadku, w razie wystąpienia nienaturalnych i nieprzewidywalnych okoliczności niezależnych od strony powołującej się na takie okoliczności, których skutki byłyby nieuniknione mimo wszelkich starań w celu zapobieżenia im lub gdy dostawcą usług płatniczych wiążą inne zobowiązania podlegające przepisom krajowym lub wspólnotowym (art. 78).

Analizując wprowadzane Dyrektywą zmiany, należy wskazać, iż ujednoczenie przepisów wprowadza bezpieczeństwo obrotu, przewiduje rozkład odpowiedzialności, zdecydowanie ułatwi możliwość uchylecia się przez użytkowników od ponoszenia ciężarów nieautoryzowanego użycia karty czy też jej sprzeniewierzenia (tj. wykorzystania nielegalnej kopii w przestępstwie skimmingu). Wprowadzone przepisy służą zapewnieniu konkurencyjności i realnego przeciwdziałania praktykom monopolistycznym.

Trudność akceptacji zmian uzasadniona jest faktem, iż przeniesienie ciężaru dowodu autoryzacji transakcji będzie spoczywał na instytucji, zastrzone wymogi odpowiedzialności będą wymagały bardziej wnikliwego badania wszystkich reklamacji – wymagana będzie korelacja starannego działania użytkownika z wykonaniem obowiązków informacyjnych.

Dyrektywa nie dostarcza jednak, w granicach podstaw odpowiedzialności, jednoznacznej odpowiedzi, czy płatność SMS oferowana przez operatora może podlegać omawianej regulacji.

Przy założeniu, że w tej dedykowanej działalności może zostać uznany za podlegającego przepisom PSD, należy wskazać na trudność utrzymania wymogów ochronnych z art. 9, tj. powinności ochrony środków – zakaz łączenia ze środkami pieniężnymi jakiegokolwiek osoby fizycznej lub prawnej niebędącej użytkownikiem – są chronione zgodnie z prawem krajowym przed wierzycielami instytucji płatniczej; objęte są polisą ubezpieczeniową.

Analizując de lege lata nieuchyloną však ustawę o elektronicznych instrumentach płatniczych, najbliższe Dyrektywie rozwiązanie wprowadza art. 28 ustawy z dnia 12 września 2002 r., o elektronicznych instrumentach płatniczych (Dz. U. z 2002 r. nr 169 poz. 1385 z późn. zm.) [u.e.i.p.] w zw. z art. 2 pkt. 1 i 2 u.e.i.p. i art. 355 § 2 k.c. i 471 k.c. w zw. z art. 473 k.c. oraz art. 415 k.c. w zw. z art. 429 in fine k.c. oraz art. 443 k.c. oraz art. 405 i nast. k.c., a ponadto – art. 8 ust. 1 pkt. 2 u.e.i.p. w zw. z art. 473 § 1 k.c. i art. 353 [1] k.c. oraz art. 56 k.c., art. 60 i art. 65 k.c.

W granicach obecnie obowiązującej ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych, w razie nieautoryzowanego użycia karty, poszkodowany dochodzi zapłaty opierając swoje uprawnienie na materialnoprawnej podstawie określonej w art. 28 ust. 2 zd. 3 i 4 u.e.i.p. Nie przesądzając o ewentualnej korelacji tego zobowiązania z art. 471 k.c., art. 415 k.c., czy też art. 405 k.c. i nast. oraz dalej idącymi powiązaniem (co do art. 474 k.c., 355 § 2 k.c., art. 429 k.c., art. 443 k.c.), należy stwierdzić, iż zawiera ono de facto domniemanie prawne ustanowione na jego korzyść w postaci nałożenia na wydawcę lub akceptanta ciężaru dowodu prawidłowego użycia karty i prawidłowego wykonania przez nich ciążących na nich obowiązków. Warto przy tym podkreślić, iż o rozkładzie ciężaru dowodu nie przesądza bezpośrednio art. 6 k.c. ani art. 232 k.p.c. – w konkretnych sytuacjach o takiej powinności rozstrzyga bezpośrednio przepis prawa materialnego – co w niniejszej sytuacji ma miejsce.

Nawet gdyby przyjąć, iż wykładnia systemowa art. 28 ust. 2 u.e.i.p. (którego wprowadzenie jest konsekwencją implementacji dyrektywy poprzedzającej PSD) tak określona jest błędna, to należy zwrócić uwagę na fakt, że niewątpliwie poszkodowany winien jedynie wskazać, iż kto – na mocy umowy o akceptację kart płatniczych łączącej wydawcę karty z jego pośrednikami – ponosi odpowiedzialność w razie nieautoryzowanego użycia karty. Takie wskazanie uzasadnia wykazanie przez poszkodowanego istnienia przesłanek uzasadniających zarzut nienależytego wykonywania umowy, zaś ciężar dowodu przeciwnego spoczywa na świadczącym usługi, jego agencji lub pośredniku. Prawidłowe wnioskowanie z art. 28 ust. 2 zd. 2 u.e.i.p. wskazuje, iż dopiero ustalenie, że posiadacz nie wykonał swoich obowiązków, pozwałoby na uchylenie odpowiedzialności względem konsumenta. Podstawa prawna może opierać się nie tylko na art. 28, ale również na klasycznej odpowiedzialności kontraktowej, deliktowej, kondycyjnej – w zależności od okoliczności danej sprawy. Należy jednak podkreślić, iż samoistność art. 28 ust. 2 zd. 3 u.e.i.p. jako przesłanki dochodzenia zwrotu pobranej z rachunku posiadacza sumy potwierdza wyraźna konstrukcja przepisu art. 28 ust. 2 zd. 1 u.e.i.p., wskazująca na umowę łączącą posiadacza z wydawcą karty i wydawcę karty (agenta rozliczeniowego) z akceptantem, nie odsyłając w tym zakresie w bliższy sposób do przepisów k.c. ani nie ograniczając „umowy” do umowy pomiędzy posiadaczem a wydawcą karty. Co za tym idzie, nic nie stoi na przeszkodzie do stosowania powyższego przepisu do umowy łączącej wydawcę z akceptantem.

W drodze analogii można wskazać w praktyce na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2008 r., sygn. akt III CZP 55/08 wraz z uzasadnieniem i zawartych w niej odesłaniach do literatury i orzecznictwa, zakładającej możliwość wskazywania różnorodnych postaw odpowiedzialności, bowiem odpowiedzialność z art. 28 ust. 2 u.e.i.p. nie jest jednoznaczna – dotyczy relacji między użytkownikiem a akceptantem karty. Jednak w realiach spraw spornych zachodzić będzie konieczność dokonywania wyboru korelacji art. 28 z inną podstawą odpowiedzialności (czy to kontraktowej osoby trzeciej za wystawcę, czy deliktowej), jednak fakt ustalenia uchybienia obowiązkowi należytej staranności działania przedsiębiorcy na szkodę konsumenta daje podstawę do uznania zasadności roszczenia o zwrot kwoty nieautoryzowanej transakcji, w braku dowodu przeciwnego ze strony zobowiązanych do zapłaty – co znajduje również potwierdzenie w obowiązującej (choć jeszcze niezaimplementowanej Dyrektywie PSD).

Zaprezentowany sposób rozumowania podtykowany jest również celom Dyrektywy PSD, która już obecnie obowiązuje, bowiem jej cele są w istocie realizowane przez banki poprzez postanowienia regulaminów świadczenia usług. Dyrektywa wprost werbalizuje ciężar dowodowy po stronie dostawcy usług płatniczych, w każdym przypadku, gdy konsument zaprzecza wykonania transakcji. Powyższe tezy – w opinii krajowych komentatorów – wyraźnie wskazują, iż PDS przenosi zasady dotyczące uprzednio świadczenia usług bankowych przy użyciu kart płatniczych na pozostałe płatności elektroniczne.

W konkluzji należy uznać, iż prymat zapewnienia sprawiedliwych rozstrzygnięć w relacji dostawców usług płatniczych z indywidualnymi użytkownikami usług płatniczych, przesuwają w istocie zarówno ciężar odpowiedzialności jak i ciężar dowodu na podmiot silniejszy, co wymagać będzie podjęcia szczególnych kroków przez instytucje płatnicze, w szczególności zaawansowanego systemu za-

bezpieczeń i monitoringu i również – systemu ubezpieczeń transakcji, rozproszonego kosztem na ogół odbiorców usług.

Nie przesądzając o zasadności tak daleko idącej ochrony konsumenta, odbiorcy usługi, należy przyjąć, iż zaproponowane zaostrenie reguł odpowiedzialności dostawcy usług płatniczych wymaga zweryfikowania istniejących procedur realizacji umów o świadczenie usług płatniczych, celem zapewnienia ich legalności w przeszłości. Odrębnym bowiem zagadnieniem będzie jednoznaczne rozstrzygnięcie kolizji prawa krajowego z przepisami niezaimplementowanej na czas Dyrektywy PSD w zakresie niemających charakteru transgranicznego. Wszak zasady słuszności nakazywałyby stosowanie przez sądy orzekające jednolitych zasad dla sporów z tytułu usług o charakterze transgranicznym z usługami krajowymi, poprzez stosowanie bezwzględnie wiążących postanowień Dyrektywy, jednak fakt braku formalnej implementacji tych przepisów stawia w wątpliwość zakres realnych granic odpowiedzialności do stosowania w transakcjach krajowych.