

Warszawa, 19 maja 2016 r.

Polska Organizacja Niebankowych Instytucji Płatności
Związek Pracodawców
Al. Jerozolimskie 92
00-807 Warszawa
zarejestrowany pod numerem KRS 384136 przez Sąd Rejonowy
dla m.st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy
Krajowego Rejestru Sądowego

Rekomendacja PONIP w zakresie kwalifikacji Instytucji Płatniczych w rozumieniu umowy FATCA

Polska Organizacja Niebankowych Instytucji Płatności (dalej: **PONIP**), wypełniając swoje statutowe cele, ustosunkowuje się do Ustawy z dnia 9 października 2015 r. o wykonywaniu *Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki w sprawie poprawy wypełniania międzynarodowych obowiązków podatkowych oraz wdrożenia ustawodawstwa FATCA* (dalej: **Ustawa implementująca**), a także samej *Umowy między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki w sprawie poprawy wypełniania międzynarodowych obowiązków podatkowych oraz wdrożenia ustawodawstwa FATCA* (dalej: **Umowa FATCA**).

Po analizie postanowień ustawy o usługach płatniczych z dnia 19 sierpnia 2011 roku (dalej: **Ustawa**) oraz tekstu dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/64/WE w sprawie usług płatniczych w ramach rynku wewnętrznego (dalej: **Dyrektywa**) Polska Organizacja Niebankowych Instytucji Płatniczych PONIP rekomenduje, że instytucje płatnicze w rozumieniu Ustawy nie wypełniają co do zasady bezwarunkowych przesłanek definicji instytucji finansowych na gruncie Umowy FATCA, tym samym nie będąc zobowiązane do stosowania zapisów Ustawy implementującej.

Należy zauważyć, iż w przypadku instytucji płatniczych głównym celem działalności nie jest przyjmowanie aktywów, a przesyłanie środków pieniężnych od płatnika do odbiorcy. Podkreślić należy stanowczo, że także sam charakter usług płatniczych świadczonych przez instytucje płatnicze nie może kwalifikować ich jako działalności powierniczej, inwestycyjnej, ubezpieczeniowej czy depozytowej. Usługi płatnicze świadczone przez instytucje płatnicze stanowią bowiem każdorazowo zestaw sprecyzowanych i jasno określonych działań w celu wypełnienia konkretnego zlecenia płatniczego, nie służąc celom depozytowym, inwestycyjnym czy przechowywania środków użytkownika przez instytucję płatniczą jako zadaniu samemu w sobie.

W pierwszej kolejności należy odrzucić możliwość uznania instytucji płatniczej za instytucję powierniczą, podmiot inwestujący lub zakład ubezpieczeń. Instytucję powierniczą (ang.: custodial institutions) Umowa FATCA definiuje jako „każdy podmiot, dla którego istotną część działalności gospodarczej stanowi przyjmowanie aktywów finansowych na rachunek innych osób”. Instytucja powiernictwa nie jest precyzyjnie uregulowana na gruncie prawa polskiego, przy

czym przyjmuje się, że świadczenie tego typu usług jest możliwe na zasadzie swobody zawierania umów w zakresie, który jest przedmiotem dyskusji na gruncie doktryny prawa. Charakterystyczną cechą instytucji powiernictwa, wywodzącej się z prawa anglosaskiego, jest określenie sposobu i celu zarządzania przez powiernika przekazywanymi aktywami, podczas gdy istotą działania instytucji płatniczych jest transfer środków, realizowany w ustawowych ramach. Na stronie internetowej IRS (<https://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Information-for-Foreign-Financial-Institutions>) jako przykład instytucji powierniczej wskazuje się „mutual funds” co dobitnie pokazuje, że instytucje płatnicze nie powinny mieścić się w zakresie definicyjnym „instytucji powierniczej”.

Traktowanie instytucji płatniczej jako podmiotu inwestującego również nie znajduje uzasadnienia. Niezależnie bowiem od literalnego brzmienia art. 78 Ustawy, transponującego art. 9 Dyrektywy, gdzie mowa jest o inwestowaniu środków pieniężnych przyjętych w celu wykonania transakcji płatniczych, które nie zostały przekazane odbiorcy lub innemu dostawcy do końca dnia roboczego następującego po dniu otrzymania tych środków w bezpieczne, płynne aktywa o niskim ryzyku, deponowane na wyodrębnionym do tego celu rachunku, należy mieć na uwadze charakter i cel tego „inwestowania”. Powszechnie przyjmuje się, że powyższy wymóg stanowi wyłącznie element gwarantowania użytkownikom usług płatniczych nienaruszalności środków, w których posiadanie wchodzi instytucja płatnicza w celu realizacji transakcji płatniczej. Owo inwestowanie to tylko dopuszczalny sposób przechowywania tych środków w szczególnym czasie, incydentalnie, przed przekazaniem ich odbiorcy lub innemu dostawcy usług płatniczych. Nie bez znaczenia są bowiem również ustalone Ustawą terminy wykonania transakcji płatniczych, w szczególności termin jednego dnia roboczego, o którym mowa w art. 54 ust. 1 Ustawy. Takie przechowywania to stosowanie wobec środków wpłaconych przez płatników wymogów ochronnych wymaganych Ustawą (spełnianie *safeguarding requirements*, o których mowa w powołanym przepisie Dyrektywy). Inwestowanie w tym przypadku nie jest dokonywane na zlecenie płatników ani odbiorców i nie wiąże się dla nich z możliwością odnoszenia jakichkolwiek korzyści finansowych (poza wspomnianą funkcją ochronną), jak i z żadnym ryzykiem właściwym dla działalności inwestycyjnej. Nie jest też celem samym w sobie lub przedmiotem działalności instytucji płatniczej. Na stronie internetowej IRS (<https://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Information-for-Foreign-Financial-Institutions>) jako przykład podmiotu inwestującego podaje się „*hedge funds*” i „*private equity funds*” co wyraźnie wskazuje, że pojęcie instytucji płatniczej nie zawiera się w zakresie znaczeniowym „podmiotu inwestującego”. Nie bez znaczenia pozostaje także art. 7 ustęp 3 Ustawy stanowiący, że środki złożone w instytucji płatniczej nie mogą być oprocentowane ani nie mogą przynosić żadnych innych pożytków użytkownikowi.

Z oczywistych względów instytucje płatnicze nie mogą być zakwalifikowane jako zakład ubezpieczeń.

Należy także rozwiać wątpliwości mogące pojawić się na gruncie definicji instytucji depozytowej („*każdy podmiot, którego przedmiotem działalności jest przyjmowanie wkładów pieniężnych w ramach prowadzonej działalności bankowej lub podobnej*”). Pomimo, iż literalne brzmienie definicji odwołuje się do wkładów pieniężnych (ang. deposits), to jednak na podstawie art. 7 Ustawy należy odrzucić i te wątpliwości. Artykuł 7 Ustawy wyraźnie zaznacza, iż „*środki pieniężne otrzymywane przez instytucje płatnicze w związku ze świadczeniem usług płatniczych oraz w zamian za wydawany pieniądź elektroniczny nie stanowią depozytu ani innych środków pieniężnych podlegających zwrotowi w rozumieniu art. 726 ustawy – Kodeks cywilny*”, a instytucje płatnicze „*nie mogą prowadzić działalności polegającej na przyjmowaniu depozytów lub innych środków pieniężnych podlegających zwrotowi w rozumieniu ustawy - Prawo bankowe*”. Powyższa norma stanowi implementację art. 16 ust. 2 Dyrektywy, który odwołuje się do pojęcia depozytów lub innych środków podlegających zwrotowi w rozumieniu art. 5 dyrektywy 2006/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 14 czerwca 2006 roku w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (*Państwa Członkowskie wprowadzają zakaz dla osób lub przedsiębiorstw gospodarczych niebędących instytucjami kredytowymi prowadzenia działalności polegającej na przyjmowaniu od ludności depozytów i innych środków podlegających zwrotów*).

W ocenie PONIP o tym, że środki zgromadzone na rachunkach instytucji płatniczej nie są depozytami przesądza również odpowiedź Komisji Europejskiej na jedno z pytań (nr 17) dotyczących implementacji Dyrektywy. Komisja

wyjaśniła, że fakt przechowywania środków celem realizacji transakcji płatniczych nie przekształca rachunku płatniczego prowadzonego przez instytucję płatniczą we wkład pieniężny/depozyt (org. ang.: „The fact that the funds are maintained on a payment account for the sole purpose of making a payment transaction does not convert the payment account run by a payment institution into a deposit. In this context, handling of credit balances on card accounts by a non-bank card issuer [e.g., a payment institution under the PSD] should not be considered as constituting the business of taking deposits or other repayable funds in breach Article 16(4) PSD”). Na uwagę zasługuje fakt, iż pytanie to padło w kontekście tzw.: „nadwyżek” znajdujących się na rachunku płatniczym. Podobnie w odpowiedzi na inne pytanie (nr 400) zaznaczono, że wyłączne prawo do przyjmowania depozytów wciąż pozostaje w gestii banków (org. ang.: „Finally, the monopoly to accept deposits continues to belong in exclusivity to banks”). Link do dokumentu źródłowego: http://ec.europa.eu/finance/payments/docs/framework/transposition/faq_en.pdf. Pogląd ten znajduje także poparcie w art. 5 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 5 ust. 4 ustawy Prawo bankowe, który jako czynność bankową określa przyjmowanie wkładów pieniężnych płatnych na żądanie lub z nadejściem oznaczonego terminu oraz prowadzenie rachunków tych wkładów. Przyjmowanie depozytów jest zatem czynnością bankową sensu stricto, której prowadzenie jest zastrzeżone dla banków, a instytucje płatnicze nie są do tego prawnie umocowane. Traktowanie usług płatniczych jako działalności depozytowej wyklucza także art. 18 ust. 3 dyrektywy PSD II, zgodnie z którym wszelkie środki pieniężne otrzymywane przez instytucje płatnicze od użytkowników usług płatniczych w celu świadczenia usług płatniczych nie stanowią depozytu ani innych środków podlegających zwrotowi w rozumieniu art. 9 dyrektywy 2013/36/UE.

PONIP zwraca również uwagę, że ani Umowa FATCA, ani Ustawa implementująca nie posługują się pojęciem „instytucja płatnicza” przy określeniu zakresu podmiotowego stosowania Umowy FATCA, w związku z czym zakres należy określać wyłącznie w oparciu o ramy definicyjne „instytucji finansowej” w rozumieniu Umowy FATCA. Umowa FATCA określa instytucję finansową poprzez enumeratywne wyliczenie kategorii podmiotów mieszczących się w tej definicji, tj.: instytucję powierniczą, instytucję depozytową, podmiot inwestujący oraz zakład ubezpieczeń, a jak wykazaliśmy powyżej, instytucje płatnicze w rozumieniu Ustawy i Dyrektywy nie mieszczą się w tych kategoriach.

Polska Organizacja Niebankowych Instytucji Płatności PONIP zwraca uwagę, że w indywidualnych i uzasadnionych przypadkach kwalifikacja Krajowej Instytucji Płatniczej może stanowić podstawę do uznawania jej za instytucję zobowiązaną, jednak co do zasady rekomenduje jak na wstępie.

/-/

Andrzej Poniński
Prezes Zarządu