

## COMENTÁRIOS DA ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE BANCOS AO ISSUES PAPER DA AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA SOBRE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E CONCORRÊNCIA NO SECTOR FINANCEIRO EM PORTUGAL

### I. Apreciação geral

No sumário executivo, e difusamente ao longo do documento, a Autoridade da Concorrência (AdC) afirma que “*identificou barreiras à inovação e à entrada associadas ao enquadramento regulatório dos prestadores de serviços financeiros assentes em novas tecnologias*”, não identificando, contudo, elementos concretos que permitam consubstanciar o risco de um comportamento dos bancos “*de encerramento do acesso (...) de novos entrantes FinTech a inputs necessários à sua atividade*”. Continuando a citar, “*Os novos operadores dependem dos bancos para ter acesso à informação e infraestruturas necessárias à prestação de serviços de pagamento* [circunstância que, admitindo-se poder ter algum fundamento, resulta apenas do modelo de negócio que foi livremente escolhido por esses entrantes], *sendo alguns desses serviços concorrentes dos oferecidos pelos bancos incumbentes, pelo que os bancos não terão incentivos a conceder o acesso a esses inputs*”.

Não obstante admitirmos que a intenção subjacente a tais afirmações tenha sido tão só a de enunciar riscos potenciais, o documento de um modo geral faz sobressair a ideia de que, não só haveria o risco de os bancos criarem obstáculos à entrada de novos prestadores de serviços financeiros FinTech, como o potencial de inovação e de expansão do leque de serviços à disposição dos consumidores e empresas residiria em larga medida, ou apenas, nestes novos *players*. Deve, em primeiro lugar, referir-se que esta presunção muito genérica e pouco fundamentada não releva adequadamente a indiscutível realidade do papel fundamental dos bancos, quer a nível global, quer no caso português, na modernização, expansão e, sobretudo, na melhoria da experiência do utilizador dos serviços financeiros, com especial ênfase para os serviços de pagamento. Meramente a título de exemplo, poderá mencionar-se a ligação eletrónica entre os bancos a nível interno e a nível internacional, a introdução de caixas automáticos, de terminais de ponto de venda nos comerciantes, a possibilidade de utilização de cartões em compras na *internet*, a introdução da moeda eletrónica e da tecnologia *contactless*, o *e-banking* e, mais recentemente, a introdução dos pagamentos imediatos. Em todas estas iniciativas, os bancos sempre tiveram uma posição proativa e de fomento da inovação, tendo ao mesmo tempo investido na segurança e procurado formas de colaboração

com outros prestadores de serviços, nomeadamente alguns dos referidos operadores FinTech. Não tendo sido, no entanto, possível estabelecer colaboração com determinado conjunto de *players* pela via contratual, decidiu o legislador europeu adotar a via legal e regulamentar, que culminou na aprovação da Segunda Diretiva dos Serviços de Pagamento (DSP2).

No que se refere concretamente aos serviços de pagamento, a questão central não é, salvo melhor opinião, a de saber se os bancos têm ou não incentivo para dar acesso aos novos entrantes às contas bancárias, mas a da aplicação da legislação e regulamentação que veio disciplinar precisamente esta matéria – a DSP2 e os *regulatory technical standards* (RTS) relativos à autenticação forte do cliente e às normas abertas de comunicação comuns e seguras –, que a própria AdC menciona e considera “*crucial para alterar o status quo atual*”.

Parece ser preocupação da AdC que possa existir um risco de que os bancos não cumpram o disposto nesta regulamentação ou que, de algum modo, adotem comportamentos ou expedientes que frustrem o objetivo da mesma, originando o encerramento do mercado. Não sendo fornecidos elementos que nos permitam compreender o fundamento desta afirmação, o que a Associação Portuguesa de Bancos (APB) a este propósito pode referir é que, segundo toda a informação de que dispõe, os bancos estão a trabalhar afincadamente na resolução de todos os problemas operacionais e tecnológicos associados à implementação da legislação aplicável a esta matéria, conforme aliás é normal em qualquer sector e para qualquer operador que pauta a sua atividade pelo estrito cumprimento da lei.

Indo um pouco mais ao concreto, devemos referir que nos suscita algumas reservas a recomendação de “*que nos aspetos em que a Diretiva confere graus de liberdade, sejam eles normativos ou de implementação, as opções do legislador e do regulador acautelem o acesso dos novos prestadores de serviços FinTech aos inputs necessários à sua atividade*”. Na verdade a DSP2 e os RTS já asseguram esse acesso de forma adequada e minuciosa, consagrando drásticas restrições à liberdade de empresa e de gestão dos bancos, aspetos por estes assinalados nos trabalhos preparatórios da Diretiva, nomeadamente por terem praticamente vedado por completo a via contratual, mais flexível e ajustável à realidade, e que tão bons frutos deu no passado no desenvolvimento dos sistemas de pagamento. Acresce que estamos perante normas de fonte e âmbito europeu, que se integram no esforço de instituição do mercado de pagamentos da UE e que deverão, na medida do possível, ser aplicadas uniformemente em todos os Estados-Membros, assegurando o sempre desejável *level playing field* para todos os agentes do mercado.

Mas esse momento de legislar e de procurar soluções normativas equilibradas e razoáveis teve já lugar, estando-se agora perante o compromisso, espelhado na DSP2 e nos RTS, que foi possível alcançar entre a necessidade de assegurar o acesso dos novos prestadores de serviços às contas bancárias (gratuitamente, o que lhes concede uma clara vantagem – de fonte regulatória – sobre o sector bancário em geral, suportando os bancos os respetivos custos com as infraestruturas) e os imperativos, dignos da mesma tutela legal, de garantir a segurança dos pagamentos, em especial dos realizados à distância por meios eletrónicos e a proteção dos dados pessoais dos utilizadores. É na realização deste objetivo decorrente do novo quadro jurídico que os bancos estão empenhados, procurando superar as dificuldades de interpretação e aplicação das novas regras e os desafios tecnológicos inerentes, em estreita colaboração com as autoridades competentes.

Devemos ainda referir que, sem prejuízo das competências da AdC em matéria de defesa da concorrência, não nos parece desejável, em termos de eficácia e certeza jurídica na aplicação da lei e considerando a especial complexidade desta, que na sua implementação possam ser sustentadas interpretações potencialmente conflituantes entre as autoridades sectoriais (Banco de Portugal e Autoridade Bancária Europeia) e a AdC.

Tema muito diverso desta problemática em torno dos serviços de pagamento é o que respeita ao serviço de informação de contas (AIS, na sigla inglesa), que é muitas vezes tratado indistintamente com o, também novo, serviço de iniciação de pagamentos.

Na prestação do serviço de informação de contas não está, com efeito, em causa qualquer operação de pagamento, mas permitir determinado tratamento, pelo prestador do serviço, de dados pessoais do utilizador, pelo que esta matéria teria um enquadramento sistemático muito mais adequado no Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD). Não querendo comentar a afirmação de que existe um direito de propriedade, em sentido técnico, do titular dos dados sobre os mesmos, o que importa sublinhar é que do que se trata no RGPD é fundamentalmente do tema, de cada vez maior relevância e atualidade, do tratamento desses dados pessoais por terceiros, conferindo ao titular diversos direitos, a começar pelo princípio da necessidade do seu consentimento explícito para o tratamento e incluindo, agora, o direito à portabilidade dos dados a que alude o documento da AdC.

Ao contrário do que acontece com o serviço de iniciação de pagamentos, a questão do acesso, pelo prestador do serviço de informação de contas, a dados pessoais do utilizador objeto de

tratamento e de custódia pelo banco, está no centro da regulação do AIS. Sendo certo que existem aqui algumas dificuldades resultantes do laconismo da DSP2 nesta matéria, na nem sempre fácil articulação com o RGPD, acentuada naturalmente pela juventude dos dois diplomas, não nos parece, mais uma vez, haver fundamento para qualquer preocupação relativamente à atuação dos bancos, interessados naturalmente na clarificação deste tema. Note-se, aliás, que os próprios bancos poderão ter interesse em atuar como agregadores de informação (possibilidade não excluída nas novas regras), o que reforça a nossa discordância face à ideia de que os bancos terão conveniência em obstaculizar o acesso aos dados.

Quanto à referência que é feita à SIBS, tanto em termos do papel que assume enquanto gestora da rede Multibanco como na prestação de serviços no âmbito do SICOI, e ao facto de a mesma ser dominada na sua composição acionista pelos principais bancos com sede em Portugal, não sendo identificadas quaisquer práticas restritivas da concorrência, nem apresentados quaisquer elementos (para além de referências sumárias à estrutura dos mercados em causa) que ilustrem o alegado risco de encerramento do mercado, não resulta clara qual a posição da AdC relativa a tais factos.

No que respeita às restantes matérias abordadas no *Issues Paper*, nomeadamente o financiamento colaborativo e o *robo-advisory*, tratando-se de temas relativamente recentes, que os bancos estão, naturalmente, a acompanhar com muito interesse, entendemos, nesta fase em que não se encontra ainda perfeitamente estabilizado o respetivo enquadramento regulatório a nível europeu, não emitir comentários específicos sobre as recomendações constantes do documento.

Por último, importa notar que a APB subscreve inteiramente as recomendações constantes do documento que vão no sentido de que a regulação do sector deve promover a inovação, ao invés de a obstaculizar, e de que devem ser levadas a cabo iniciativas promotoras da inovação e das oportunidades associadas à FinTech, designadamente a introdução de *sandboxes* regulatórias e *hubs* de inovação. Mas, tal como existe a preocupação de que a regulação não seja um entrave à entrada de novos *players*, é igualmente imperativo garantir que o quadro regulatório aplicável aos bancos não dificulta nem atrasa o processo de inovação e digitalização em que estes estão profundamente empenhados.

Julgamos que não será certamente intenção da AdC suportar uma perspetiva de favorecimento de potencial arbitragem regulatória ao dispor dos novos entrantes para

aumentar o universo de produtos e serviços por estes disponibilizados aos clientes, em detrimento dos demais operadores e em contracírculo com o princípio da não discriminação subjacente às regras sectoriais aplicáveis. Todavia, diversas passagens do documento poderão ser interpretadas, erroneamente, nesse sentido. Tais são os casos de: (i) na pág. 9, a referência ao espaço para uma abordagem regulatória menos exigente; (ii) na pág. 10, aos custos regulatórios locais; (iii) na pág. 28, quando se menciona o protelamento de condições regulamentares; (iv) na pág. 38, quando se sugere as restrições regulatórias na concessão de crédito a PME como entrave ao financiamento a estas empresas, entre outras. Podemos discordar do racional de algumas dessas regras e restrições, mas, existindo, (e existem porque o regulador as definiu como fundamentais) devem ser cumpridas por todos quanto executam atividades similares.

Mais, atendendo à crescente penetração dos serviços financeiros por via remota, entendemos ser cada vez mais importante que se defina que o quadro regulatório a aplicar seja o quadro vigente aplicável no Estado-Membro onde está localizado o beneficiário dos serviços, única forma de ultrapassar distorções competitivas que possam emanar da prestação de serviços por via remota, assegurando um *level playing field* entre as entidades domésticas e entidades não residentes e, também, que as condições dos serviços prestados cumprem as regras definidas localmente.

## **II. As recomendações da AdC para os serviços de pagamento de retalho**

Alguns aspectos das recomendações afiguram-se, no quadro atual, ultrapassados, na medida em que dispõem sobre o conteúdo de regulamentação que já se encontra publicada, caso dos RTS relativos à autenticação do cliente e às normas abertas de comunicação que integram agora o Regulamento Delegado da Comissão Europeia (UE) 2018/389, publicado no Jornal Oficial de 13 de março de 2018.

Neste momento, todo o esforço dos diferentes intervenientes deverá ser dirigido à interpretação dos novos instrumentos normativos e à aplicação dos mesmos, incluindo a adequada articulação com outros diplomas, tais como o RGPD, e a resolução de problemas práticos de procedimentos e desenvolvimentos tecnológicos.

Em particular, deverá ter-se em conta, nesse trabalho de interpretação e aplicação da legislação, que o acesso às contas bancárias por terceiros prestadores de serviços (TPP, na sigla

inglesa), sendo o objetivo declaradamente prosseguido pelo legislador, não é o único a ter em conta na regulamentação publicada sobre esta matéria, nem é indiferente para esta o modo como esse acesso deve ser assegurado, merecendo também destaque a questão da segurança das transações, incluindo aquelas que sejam iniciadas por esses TPP, a proteção dos dados pessoais dos clientes e, apesar de com sérias restrições na economia da Diretiva, o interesse dos bancos que gerem as contas a movimentar.

Não se afigura legítimo, nem se vislumbra fundamento para o efeito, sustentar que a segurança nos pagamentos eletrónicos remotos, nomeadamente através da *internet* (fundamental para o incremento da confiança dos consumidores e o desenvolvimento do comércio eletrónico) está subordinada ou colocada, pela DSP2, num plano inferior relativamente a uma maior facilidade de acesso às contas pelos TPP, com preterição dos padrões de segurança definidos na mesma Diretiva. O mesmo se deverá concluir relativamente à aplicação do RGPD, que em nenhuma medida é objeto de derrogação expressa na DSP2 (a única disposição deste diploma sobre proteção de dados remete para o disposto na regulamentação respetiva em matéria de informação do titular e reafirma os princípios na mesma contidos de minimização e necessidade de consentimento do cliente), e cuja estrita observância não é, de nenhum modo, incompatível com o exercício da atividade dos TPP, tal como a mesma é desenhada na Diretiva.

Foi o compromisso para a realização conjunta destes objetivos – todos eles prosseguidos pela lei – que se conseguiu alcançar através de um intenso debate, iniciado nos trabalhos preparatórios da DSP2, mas depois muito aprofundado na elaboração dos RTS hoje contidos no citado Regulamento Delegado 2018/389, cabendo nesta fase proceder à interpretação e implementação dessas regras, com cada ator – bancos, TPP e autoridades de supervisão competentes – a assumir o seu posicionamento próprio, sem prejuízo da cooperação adequada com aquelas autoridades de supervisão.

Deve sublinhar-se que o legislador europeu restringiu já muito acentuadamente a liberdade dos bancos – designadamente ao excluir de modo expresso a possibilidade de as relações dos diversos intervenientes nestas transações serem reguladas por via contratual, muito mais flexível e ajustada à realidade do que a via estritamente regulamentar adotada – encontrando-se os pontos mencionados na Recomendação 4 da AdC minuciosamente regulados (por vezes com o uso dos mesmos termos e expressões) na DSP2 e, sobretudo, no Regulamento Delegado.

O trabalho que permanece por fazer é, como se referiu, o de interpretação e aplicação destas regras, pelos bancos e TPP, sob orientação e supervisão das autoridades nacionais competentes e coordenação da Autoridade Bancária Europeia.

Na nossa perspetiva de representantes dos destinatários destas normas, o que deve ficar claro para todos os intervenientes é o entendimento de que o cumprimento rigoroso da regulamentação não pode, em nenhuma circunstância, originar qualquer violação das regras de concorrência por alegado “encerramento do mercado”, tanto mais que as disposições em causa visam, justamente, garantir o acesso de terceiros ao mercado dos serviços de pagamento baseados na movimentação de contas bancárias.

O que ficou dito aplica-se quase integralmente ao conteúdo da Recomendação 5 relativa ao período transitório que medeia entre a entrada em vigor da DSP2 – após, portanto, a sua transposição para o direito interno – e a efetiva aplicação dos RTS. Na verdade, este parágrafo do documento está muito alinhado com o expressamente estabelecido na DSP2 – e que foi, entretanto, reforçado com o entendimento (“opinion”) oportunamente divulgado pela Autoridade Bancária Europeia sobre o assunto – exceto no que toca à habitual recomendação ao Banco de Portugal para que cumpra as obrigações de fiscalização do cumprimento da lei pelas instituições sob sua supervisão.

Sobre este ponto resta apenas acrescentar um comentário à ideia do risco de “bloqueio” dos novos serviços pelos bancos: não se deve ignorar que a questão específica do período de transição com que os bancos se defrontam reside na dificuldade em facultar o acesso às contas pelos TPP em condições mínimas de segurança, numa fase em que não dispõem dos interfaces dedicados expressamente admitidos pelos RTS e que a generalidade dos bancos europeus está empenhada em operacionalizar o mais rapidamente possível. Como nota à margem, poderá ainda referir-se que, na hipótese alternativa de o TPP utilizar para efeito o interface disponibilizado pelo banco ao cliente, esta instituição não terá sequer, em regra, a possibilidade de bloquear tais transações em virtude de, na aparência, estar a receber a ordem do seu próprio cliente (por quem o TPP se está, de facto, a fazer passar), situação a que a aplicação da DSP2, uma vez implementados os seus requisitos tecnológicos, irá pôr termo.

### **III. Nota final**

Como nota final, impõe-se uma clarificação sobre a referência à audição da Associação Portuguesa de Bancos no contexto da preparação do documento (4º parágrafo e nota de

rodapé 1). Cumpre referir que a reunião a que alude a citada nota de rodapé se realizou a nível técnico, com dois elementos do *staff* da Associação, sem agenda prévia e poucos dias antes da divulgação do documento. O conteúdo e a finalidade deste não foram, em nenhum momento, focados na reunião, não podendo, assim, inferir-se que as referências a motivações e comportamentos dos bancos invocados no *Issues Paper* seriam baseadas em informações ou dados fornecidos pela APB.