

# TILIPANKKIEN VELVOITE AVATA PÄÄSY ASIAKKAIDENSA PANKKITILIDATAAN PSD2:N NOJALLA SEKÄ SEN ULKOPUOLELLA – OPEN BANKING KILPAILUOIKEUDEN NÄKÖKULMASTA

## 1 Johdanto

Pääosin alkuvuodesta 2018 EU-jäsenmaiden kansallisiin lakeihin implementoitu toinen maksupalveludirektiivi (PSD2)<sup>1</sup> toi maksutilejä ylläpitäville maksupalvelun tarjoajille (kuten tilipankeille) uudenlaisia velvoitteita. Jatkossa tilipankkien täytyy avata pääsy asiakkaidensa tietoverkon välityksellä käytettävillä maksutileillä olevaan tilidataan kolmansille maksupalvelun tarjoajille (kuten ns. AISP (*account information service providers, tilitietopalvelun tarjoajat*) ja PISP (*payment initiation service providers, maksutoimeksiantopalvelun tarjoajat*))<sup>2</sup>. Pääsy tilidataan tulee antaa erityisten teknisten rajapintojen avulla, kun asiakas on antanut nimenomaisen suostumuksensa kyseiseen pääsyyn, jollei pääsystä kieltäytyminen ole oikeutettua

tietyin edellytyksin kuten jäljempänä on esitetty (ns. toimitusvelvoite).

PSD2-uudistuksen ja erityisesti tilipankkien toimitusvelvoitteiden voidaan katsoa olevan merkittävyyttä maksupalvelumarkkinoille, sillä ne velvoittavat tilipankkeja implementoimaan uusia liiketoimintamalleja toimiakseen PSD2:n asettamien vaatimusten mukaisesti. Toisaalta pankit ovat alkaneet tai aikovat soveltaa tätä ns. open banking -konseptiä myös PSD2:n ulkopuoliseen pankkidataan tai muuhun asiakasdataan, kuten varallisuudenhoitoa tai vakuutuksia koskevaan asiakasdataan, ja avaavat teknisiä rajapintojaan myös PSD2:n ulkopuolella.

Tilipankkien uudenlaiset toimitusvelvoitteet sekä maksupalvelumarkkinoiden avautuminen kolman-

---

<sup>1</sup> PSD2:n kansallinen implementointi maksupalvelulakiin (290/2010 muutoksineen) (**"MPL"**) sekä maksulaitoslakiin (297/2010 muutoksineen) (**"MLL"**) astui pääosin voimaan 13.1.2018. PSD2:n tuomia muutoksia tilirajapintoihin on alettu soveltaa vasta 14.9.2019, jolloin tilidataan pääsyn mahdollistavat teknisiä rajapintoja koskevat standardit astuivat voimaan. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EU) 2015/2366, annettu 25 päivänä marraskuuta 2015, maksupalveluista sisämarkkinoilla, direktiivien 2002/65/EY, 2009/110/EY ja 2013/36/EU ja asetuksen (EU) N:o 1093/2010 muuttamisesta sekä direktiivin 2007/64/EY kumoamisesta (**"PSD2"**). Komission delegoitu asetus (EU) 2018/389, annettu 27 päivänä marraskuuta 2017, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin (EU) 2015/2366 täydentämisestä asiakkaan vahvaa tunnistamista sekä yhteisiä ja turvallisia avoimia viestintästandardeja koskevilla teknisillä sääntelystandardeilla.

<sup>2</sup> Tilitietopalvelun tarjoaja tarkoittaa palveluntarjoajaa, joka tarjoaa *"palvelua, jossa palveluntarjoaja antaa tietoverkon välityksellä kootua tietoa toisen palveluntarjoajan tai useamman palveluntarjoajan pitämistä maksupalvelun käyttäjän maksutileistä"*. Maksutoimeksiantopalvelun tarjoaja tarkoittaa taas palveluntarjoajaa, joka tarjoaa *"palvelua, jossa palveluntarjoaja käynnistää toisen palveluntarjoajan pitämää maksutiliä koskevan maksutoimeksiannon maksupalvelun käyttäjän pyynnöstä"*. MPL 8 § ja MLL 5 §.

sille maksupalvelun tarjoajille PSD2:n nojalla tai sen ulkopuolella voivat kuitenkin edesauttaa tilipankkien mahdollisia väärinkäytöksiä kilpailuoikeuden näkökulmasta. Esimerkiksi jo ennen PSD2:n voimaantuloa Euroopan komissio on aloittanut tutkinnan koskien useiden tilipankkien kieltäytymistä antaa pääsy asiakkaidensa tilidataan Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 102 artiklan toimituksista kieltäytymisen (*refusal to supply*) nojalla<sup>3</sup>. SEUT 102 artikla kieltää määrävässä markkina-asemassa olevaa yritystä (esimerkiksi luottolaitosta tai maksulaitosta) väärinkäyttämästä määrävää markkina-asemaansa esimerkiksi kieltäytymällä toimituksista. Tässä artikkelissa tarkastellaan open banking -konseptia kilpailuoikeuden näkökulmasta, erityisesti SEUT 102 artiklan tarkoittaman toimituksista kieltäytymisen valossa.

## 2 Tilipankkien velvoite antaa pääsy tilidataan PSD2:n nojalla ja tästä kieltäytyminen

### 2.1 Velvoitteen sisältö sekä oikeutettu kieltäytyminen

PSD2:n nojalla maksutiliä pitävän palveluntarjoajan on sallittava kolmannelle palveluntarjoajalle pääsy asiakkaansa tilidataan, jos:

1. asiakas on antanut nimenomaisen suostumuksensa tilitietopalvelun tai maksutoimeksiantopalvelun käyttöön; ja
2. maksutiliä voidaan käyttää tietoverkon välityksellä.<sup>4</sup>

Suostumuksen nimenomaisuutta tulee arvioida esimerkiksi sen mukaan, ovatko tarjottavat palvelut ilmenneet selkeästi ja ymmärrettävästi ennakkotiedoista tai sopimusehdoista, joihin asiakas on

nimenomaisesti antanut suostumuksensa (kolmannelle maksupalvelun tarjoajalle). Suostumuksen nimenomaisuus tarkoittaa myös sitä, että kolmas maksupalvelun tarjoaja saa pääsyn vain siihen tilidataan, johon asiakas on antanut suostumuksensa (esimerkiksi vain tiettyihin maksutileihin).<sup>5</sup>

Pääsyvelvoite ei myöskään koske kaikkia maksutilejä, vaan ainoastaan tietoverkon välityksellä käytettäviä maksutilejä. Maksutilillä tarkoitetaan tiliä, jota voidaan käyttää maksutapahtumiin eli varojen siirtämiseen, nostamiseen tai asettamiseen käytettäväksi.<sup>6</sup> Näitä ovat esimerkiksi käyttötili, säästötili tai luottokorttitili kyseessä olevan maksutilin sopimusehdoista riippuen. Toisin sanoen, jos asiakas voi maksaa maksutililtä laskuja tai tehdä tilisiirtoja tietoverkon välityksellä, on kolmannelle maksupalvelun tarjoajalle annettava pääsy kyseiseen maksutiliin.<sup>7</sup>

PSD2:n nojalla tilipankki voi kuitenkin evätä kolmansilta maksupalvelun tarjoajilta poikkeuksellisesti pääsyn maksutilidataan. Kieltäytymisen edellytyksenä on kolmannen maksupalvelun tarjoajan kyseessä olevan maksutilin oikeudettomaan tai petolliseen käyttöön liittyvä perusteltu syy. Tämän lisäksi tilipankin tulee voida osoittaa kyseisen perusteltu syy kieltäytymiselle sekä ilmoittaa kieltäytymisestä toimivaltaiselle viranomaiselle (kuten Finanssivalvonnalle). Pääsy on kuitenkin sallittava, kun kieltäytymiseen oikeuttava syy on poistunut.<sup>8</sup>

Käytännössä poikkeuksen soveltuminen voi olla kuitenkin marginaalinen ja se vaatii tapauskohtaisia arviointia. Oikeus kieltäytyä voisi tulla kyseeseen esimerkiksi, jos kolmas maksupalvelun tarjoaja pyrkii samaan tietojen maksutilistä, johon pääsyyn asiakas ei ole antanut nimenomaista suostumustaan. Vaihtoehtoisesti tilipankilla voi olla syytä epäillä,

<sup>3</sup> Euroopan komissio. Antitrust: Commission confirms unannounced inspections concerning access to bank account information by competing services, MEMO/17/3761. Saatavilla osoitteessa: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_17\\_3761](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_17_3761).

<sup>4</sup> PSD2 artiklat 66 ja 67. MPL 38 §, 38 a §, 82 a § ja 82 b §.

<sup>5</sup> HE 132/2017 vp, s. 52.

<sup>6</sup> MPL 8 §, MLL 5 §.

<sup>7</sup> PSD2-seurantaryhmän kokousesitysmateriaalit 11.1.2018 sekä 27.2.2018. HE 169/2009, s. 36.

<sup>8</sup> PSD2 artikla 68. MPL 38 a § ja 82 c §.

että asiakkaan maksutilille pääsyä käytetään petollisin tarkoituksin, esimerkiksi oikeudettomien maksutapahtumien käynnistämiseen.

## 2.2 PSD2:n säännöksiin perustuvan kieltäytymisen kilpailuoikeudellinen arviointi määrävän markkina-aseman väärinkäyttönä

PSD2:n säännöksiin perustuva oikeutettu kieltäytyminen voi aiheuttaa kilpailuoikeudellisia seuraamuksia määrävän markkina-aseman väärinkäyttönä. Kyseinen toiminta voidaan katsoa väärinkäytöksi esimerkiksi toimituksista kieltäytymisenä. Kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa tulee kuitenkin ottaa huomioon PSD2:n ja kilpailuoikeuden yhteensovittamisen haasteet sekä maksupalvelumarkkinoiden erityispiirteet.

### 2.2.1 Määrävän markkina-aseman arviointi – pääsyvelvoitteen soveltuminen markkina-asemasta riippumatta

Kilpailuoikeudellisesta näkökulmasta huomionarvoista on, että PSD2:n pääsyvelvoite soveltuu markkina-asemasta riippumatta kaikkiin tietoverkon välityksellä käytettäviä maksutilejä tarjoaviin maksupalvelun tarjoajiin. Velvoite ei siis koske vain perinteisiä pankkeja, vaan myös muita kriteerit täyttäviä maksupalvelun tarjoajia. Tämä tarkoittaa myös sitä, että markkinaosuuksista huolimatta kai-

killä näillä maksupalvelun tarjoajilla on yhtäläinen velvoite antaa pääsy maksutileihin.

Määrävää markkina-asemaa arvioitaessa toisaalta taas perinteisesti huomioon otettavien seikkojen<sup>9</sup> lisäksi yleisesti maksupalvelumarkkinoiden tai muiden kapeampien relevanttien markkinoiden<sup>10</sup> erityispiirteet tulee huomioida.

Ensinnäkin kolmannet maksupalvelun tarjoajat (kuten tilitietopalvelun tarjoajat tai maksutoimeksiantopalvelun tarjoajat) tarvitsevat lähtökohtaisesti pääsyn maksutileille, jotta ne voivat laajentaa toimintaansa tilitieto- tai maksutoimeksiantopalvelujen markkinoille (pääsyn välttämättömyys<sup>11</sup>).

Toisekseen markkinaosuuksien merkitys on kaksijakoinen PSD2:n kontekstissa. Jotta kolmannet maksupalvelun tarjoajat voivat kilpailla tehokkaasti relevanteilla markkinoilla, tulee pääsy saada lähtökohtaisesti kaikkiin PSD2:n sääntelemiin maksutileihin liiketoimintamallista riippuen. Lähtökohteisesti kaikki tilidata on välttämätöntä näille kolmansille maksupalvelun tarjoajille, jolloin minkä tahansa maksutiliä pitävän maksupalvelutarjoajan kieltäytymisen voitaisiin katsoa heikentävän kilpailua.

Esimerkiksi tilitietopalvelun tarjoaja tarvitsee pääsyn kaikkien tilipankkien tilidataan, jotta tilitietopalvelulla voidaan tosiasiaassa antaa koottua tietoa toisen tai useamman palveluntarjoajan pitämistä *kyseisen* asiakkaan maksutileistä. Jotta tili-

<sup>9</sup> Määrävä markkina-asema koostuu seuraavista elementeistä: 1. yrityksen taloudellinen valta-asema, 2. kyseisen taloudellisen valta-aseman perusteella yritys voi toimia huomattavan itsenäisesti suhteessa kilpailijoihinsa, asiakkaihinsa ja lopulta kuluttajiin nähden, ja 3. näin ollen yritys voi estää todellisen kilpailun relevanteilla markkinoilla. Toisin sanoen, jotta yritys voidaan katsoa dominantiksi, tämä vaatii yrityksen tiettyä riippumattomuutta kilpailijoistaan ja näin ollen myös yleensä asiakkaistaan ja kuluttajista. Relevanttien markkinoiden kilpailun rakenne häiriintyy helpommin, kun dominantti yritys voi estää todellisen kilpailun taloudellisen voimansa vuoksi. Asia 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Euroopan yhteisöjen komissio* EU:C:1978:22, kohta 65.

<sup>10</sup> Relevanttien markkinoiden määrittely esikysymyksenä SEUT 102 artiklan arvioinnille. Asia 6/72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Euroopan yhteisöjen komissio* EU:C:1973:22, kohta 32. Katso myös esimerkiksi asia T-321/05 *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v Euroopan komissio* EU:T:2010:266, kohta 30.

<sup>11</sup> Laajentumisen tai markkinoille tulon esteitä voivat olla myös taloudelliset etuoikeudet, kuten pääsy olennaiseen tuotantoplaneetukseen. Komission tiedonanto — Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määrävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen (2009/C 45/02) [2009] OJ C 45/7 (**”Komission täytäntöönpano-ohjeet”**), kohta 17. *Whish Richard – Bailey David: Competition Law*, 9. painos, Oxford University Press 2018, s. 192. Komission päätös (04.07.2007) EY:n perustamissopimuksen 82 artiklan mukaisesta menettelystä (Asia COMP/38.784 – *Wanadoo España vs. Telefónica*) [2007] kohdat 224–226. Pidetty voimassa asialla T-336/07 *Telefónica and Telefónica de España v komissio* EU:T:2012:172, kohdat 151–167. Asia T-30/89 *Hilti AG v Euroopan yhteisöjen komissio* EU:T:1991:70, kohta 19.

tietopalvelu toimii tietyn asiakkaan kohdalla, asiakkaan tulee pystyä tarkastelemaan kaikkia maksutilejään samasta palvelusta. Sama koskee myös maksutoimeksiantopalveluja; asiakkaan tulee pystyä antamaan valtuutus käynnistää maksutapahtuma haluamaltaan maksutililtä.

Toisaalta huomattavien markkinaosuuksien<sup>12</sup> voidaan katsoa olevan indikaatio määräävästä markkina-asemasta ja markkinaosuuksien merkitys voi korostua ottaen huomioon tilipankkien yhtäläisen pääsyvelvoitteen.<sup>13</sup>

Kolmanneksi voidaan todeta, että relevantteja markkinoita määriteltäessä ja relevanttien markkinoiden kilpailun struktuuria arvioitaessa<sup>14</sup> tulee ottaa myös huomioon, että kaikki PSD2:n nojalla velvoitetut tilipankit eivät välttämättä nimenomaisesti kilpaile samoilla markkinoilla kuin kolmas maksupalvelun tarjoaja. Tilipankki ei esimerkiksi itse välttämättä tarjoa tilitietopalvelua, kun tilitietopalvelulla tarkoitetaan ”palvelua, jossa palveluntarjoaja antaa tietoverkon välityksellä koottua tietoa toisen palveluntarjoajan tai useamman palveluntarjoajan pitämistä maksupalvelun käyttäjän maksutileistä”<sup>15</sup>. Relevantteja markkinoita määriteltäessä tulee siis ottaa huomioon, millä markkinoilla tilipankki toimii ja mitkä kieltäytymisen vaikutukset ovat tuotantoketjun loppupään markkinoilla.

Ongelmaksi kokonaisarvioinnissa muodostuikin PSD2:n mukaisen yhtäläisen toimitusvelvoitteen suhteuttaminen vain määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen velvoitteeseen olla väärin-

käyttämättä kyseistä markkina-asemaansa. Yritys voi väärinkäyttää määräävää markkina-asemaansa SEUT 102 artiklan nojalla, mikäli kieltäytyy antamasta pääsyä maksutileihin (PSD2:n toimitusvelvoitteen mukaisesti). Sanktioiden osalta tulee myös huomioida, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys, joka kieltäytyy antamasta pääsyä maksutileihin voi saada hallinnollisia seuraamuksia molempien sekä kilpailuoikeuden että PSD2:n nojalla (määräävän markkina-aseman väärinkäytönä sekä PSD2:n toimitusvelvoitteen noudattamatta jättämisenä).

PSD2:n yhtäläisen toimitusvelvoitteen kontekstin huomioon ottaen määräävän markkina-aseman määrittelyn voidaankin katsoa korostuvan suhteessa muihin lakisääteisiin toimitusvelvoitteisiin, joissa velvoite koskee esimerkiksi vain tietyssä asemassa olevaan yritystä.

### 2.2.2 Lakisääteisestä toimitusvelvoitteesta johtuva kilpailuviranomaisen matalampi näyttökynnys

Arvioitaessa toimituksista kieltäytymistä PSD2:n kontekstissa tulee myös huomioida, että lakisääteisistä toimituksista (kuten PSD2:n toimitusvelvoite) kieltäytymisen näyttökynnys on kilpailuviranomaiselle kilpailuoikeudellisen rikkomuksen osalta matalampi. Euroopan komissio on katsonut, että jos kyseessä on EU-oikeudesta tuleva toimitusvelvoite (määräävässä markkina-asemassa olevalle) yritykselle, kyseisessä tilanteessa ei tarvita samalaista intressipunnintaa<sup>16</sup> kuin ”perinteisissä” toi-

<sup>12</sup> Yli 50 prosentin markkinaosuus voidaan katsoa itsessään todisteeksi määräävästä markkina-asemasta relevanteilla markkinoilla. Asia C-62/86 *AKZO Chemie BV v Euroopan yhteisöjen komissio* EU:C:1991:286, kohta 60. Asia T-228/97 *Irish Sugar plc vastaan Euroopan yhteisöjen komissio* EU:T:1999:246, kohta 70.

<sup>13</sup> Asia 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. v Euroopan yhteisöjen komissio* EU:C:1979:36, kohdat 39–41. Asia C-62/86 *AKZO Chemie BV v Euroopan yhteisöjen komissio* EU:C:1991:286, kohta 60. Asia T-30/89 *Hilti AG v Euroopan yhteisöjen komissio* EU:T:1991:70, kohdat 90–92. Asia T-340/03 *France Télécom v komissio* EU:T:2007:22, kohta 100. Komission täytäntöönpano-ohjeet, kohta 13.

<sup>14</sup> Yrityksen määräävä markkina-asema on perinteisesti määritelty ottaen huomioon markkinoiden kilpailurakenne sekä erityisesti seuraavat tekijät: määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen ja kilpailijoiden markkina-asema, laajentuminen ja markkinoille tulo sekä tasapainottava neuvotteluvoima. Komission täytäntöönpano-ohjeet, kohta 12.

<sup>15</sup> MPL 8 §, MLL 5 §.

<sup>16</sup> Yrityksen kannustimet investoida ja innovoida sekä vapaamatkustamiseen kannustaminen suhteessa kilpailuoikeudelliseen asioihin puuttumiseen. Komission täytäntöönpano-ohjeet, kohta 75.

mituksista kieltäytymisen tilanteissa.<sup>17</sup> Näissä tilanteissa intressipunninta on jo tehty relevanttien lain-säättäjien toimesta.<sup>18</sup>

Tämän seurauksena komissio ei sovelle erityistä toimituksista kieltäytymisen testiä<sup>19</sup> vaan ainoastaan komission yleistä täytäntöönpanolinjaa ja voi katsoa, että kilpailunvastainen markkinoiden sulkeminen on todennäköinen.<sup>20</sup> Näyttökynnys väärinkäytölle on tällöin matalampi, kun komission ei tarvitse arvioida väärinkäytöksen erityispiirteitä, kuten tuotantopanoksen välttämättömyyttä.<sup>21</sup> Esimerkiksi asiassa *Telefónica* komissio katsoi, että asiassa *Oscar Bronner* vahvistetut perinteiset toimituksista kieltäytymisen perusteet eivät sovellu lakisääteisiin toimitusvelvoitteisiin.<sup>22</sup>

Lisäksi puuttuvasta vaatimuksesta ottaa huomioon innovaatio- ja keksintökannustimet voidaan päätellä, että dynaamisen tehokkuuden<sup>23</sup> puolustus ei ole käytettävissä, kun yrityksellä on lakisääteinen

toimitusvelvoite.<sup>24</sup> Kuten komissio totesi *Telefónica*-tapauksessa, määräävässä asemassa olevan yrityksen vastuu pidättäytyä harjoittamasta syrjivää toimintaa ei voinut vaikuttaa investointikannustimiin *ex ante*, kun yrityksellä oli lakisääteinen velvoite tarjota pääsy verkkoon.<sup>25</sup> Toisin sanoen vetoaminen lisääntyneeseen innovointiin ei lähtökohtaisesti sovellu lakisääteisten toimitusvelvoitteiden osalta, kun nämä innovaatioiden ja keksintöjen kannustimet ovat jos tasapainossa.

### 2.2.3 PSD2:n oikeutettu kieltäytyminen oikeuttamisperusteena

Kilpailulainsäädännön kannalta komissio tarkastelee myös oikeuttamisperusteita määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen toiminnalle, jos yritys vetoaa tarvittaviin todisteisiin. Käyttäytyminen voidaan perustella joko välttämättömillä objektiivisilla syillä tai tehokkuuden parantamisella,

<sup>17</sup> Komission täytäntöönpano-ohjeet, kohta 82.

<sup>18</sup> *Ibid.* kohta 82.

<sup>19</sup> Toimituksista kieltäytymisen testi koostuu seuraavista elementeistä: "1. epäminen liittyy tuotteeseen tai palveluun, joka on objektiivisesti välttämätön, jotta yritys voisi kilpailla tehokkaasti tuotantoketjun loppupään markkinoilla, 2. epäminen johtaa todennäköisesti tehokkaan kilpailun loppumiseen tuotantoketjun loppupään markkinoilta, ja 3. epäminen aiheuttaa todennäköisesti haittaa kuluttajille." Komission täytäntöönpano-ohjeet, kohta 81.

<sup>20</sup> Toisin sanoen komissio ottaa huomioon dominantin yrityksen markkina-aseman, relevantin markkinan markkinaolosuhteet, muiden markkinoilla olevien yritysten (dominantin yrityksen kilpailijoiden) markkina-aseman, asiakkaiden tai tuotantopanoksia toimittavien aseman, väitetyt väärinkäytöksen laajuuden, mahdolliset todisteet tosiasiallisesta markkinoiden sulke- misesta sekä välittömät todisteet markkinoiden sulkemisen tähtäävästä strategiasta. Komission täytäntöönpano-ohjeet, kohdat 20–21, 82.

<sup>21</sup> Julkisasiames Ján Mazák on todennut asiassa *TeliaSonera* seuraavasti: "On kuitenkin niin, että välttämättömyyttä koskevaa ehtoa ei vaadita, jos määrävällä yrityksellä on unionin oikeuden mukainen lakisääteinen velvollisuus toimittaa tukutuotteita." Julkisasiamesien (Jan Mazák) ratkaisuehdotus asia C-52/09 *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB* EU:C:2011:83, kohta 58. Jones Alison – *Sufrin Brenda*: EU Competition Law: Text, Cases and Materials, 6. painos, Oxford University Press 2016, s. 536.

<sup>22</sup> Kannustimien ja intressien arviointia lakisääteisten toimitusvelvoitteiden osalta ei vaadita (Euroopan unionin tuomiois- tuimen vahvistama hintaruuvien osalta). Komission päätös (04.07.2007) EY:n perustamissopimuksen 82 artiklan mukaisesta menettelystä (Asia COMP/38.784 – *Wanadoo España vs. Telefónica*) [2007] kohdat 303–309. Asia C-295/12P *Telefónica SA and Telefónica de España SAU v Euroopan komissio* EU:C:2014:2062, kohta 128. Asia T-336/07 *Telefónica and Telefónica de España v komissio* EU:T:2012:172.

<sup>23</sup> Dynaaminen tehokkuus viittaa tehokkuusetiihin, jotka on luotu uusien tuotteiden ja tuotantoprosessien innovoinnista, kehittämisestä ja leviämisestä ja jotka kasvattavat sosiaalista hyvinvointia (*social welfare*). Van den Bergh Roger – *Camesasca Peter D.*: European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective, Sweet & Maxwell 2006, ss. 29–30.

<sup>24</sup> Komission päätös (04.07.2007) EY:n perustamissopimuksen 82 artiklan mukaisesta menettelystä (Asia COMP/38.784 – *Wanadoo España vs. Telefónica*) [2007] kohdat 634–635. Nazzini, Renato: The Foundations of European Union Competition Law: The Objectives and Principles of Article 102, Oxford University Press 2011, s. 314.

<sup>25</sup> *Ibid.*

jotka ovat välttämättömiä ja oikeasuhteisia tarkasteltuna määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen ulkoisten tekijöiden perusteella.<sup>26</sup>

PSD2:n kontekstissa, jos kyseessä on oikeudeton tai petollinen pääsy maksutilille tai sen yritys, pääsyn epäämisen ei tulisi johtaa SEUT 102 artiklan soveltumiseen esimerkiksi turvallisuuden takaamisen objektiivisen välttämättömyyden vuoksi. PSD2:n mukainen oikeutettu kieltäytyminen ei kuitenkaan poissulje SEUT 102 artiklan soveltumista, vaan kilpailuoikeudellinen arviointi voidaan tästä huolimatta suorittaa jälkikäteen.<sup>27</sup> Euroopan unionin tuomioistuimien on todennut esimerkiksi *AstraZeneca*-asiassa, että määräävän markkina-aseman väärinkäyttämisen kieltäminen SEUT 102 artiklan nojalla ei liity toiminnan lainmukaisuuteen tai lainvastaisuuteen muiden oikeusnormien puitteissa.<sup>28</sup>

PSD2:n voidaan myös katsoa rajoittavan tosiasiassa määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten mahdollisuuksia vedota SEUT 102 artiklan mukaisiin oikeuttamisperusteisiin, kun PSD2:n nojalla kieltäytyminen on mahdollista vain vilpillisen tai luvattoman pääsyn estämiseksi. Lähtökohteisesti tilipankin näyttökynnys yksittäisistä maksutapahtumista tai pääsyyppynöistä kieltäytymisel-

le on korkea. Oikeuttamisperuste ei esimerkiksi tarkoita sitä, että tiettyä maksupalvelun tarjoajaa voitaisiin syrjiä kokonaisuudessaan, vaan arviointi tulee tehdä maksutapahtumaperusteisesti.

### 3 PSD2:n ulkopuolisen pankkidatan jakamisen SEUT 102 artiklan nojalla

PSD2:n ulkopuolisen pankkidatan jakamisen (eli asiakasdataan pääsyn antamisen) osalta tilipankeilla ei ole samanlaista lakisääteistä velvoitetta jakaa muuta pankkidataa kuin maksutilidataa. Tällaiseen PSD2:n ulkopuoliseen pankkidataan ja sen jakamisesta kieltäytymiseen sovelletaan yleisiä kilpailuoikeuden säännöksiä.

Kun kyseessä ei ole lakisääteinen toimitusvelvoite, kilpailuviranomaisen tulee arvioida myös kilpailun todennäköisen sulkemisen lisäksi toimituksista kieltäytymisen testin kriteerien täyttymistä. Ensinnäkin pääsyn epäämisen tulee liittyä tuotteen tai palveluun, joka on objektiivisesti välttämätön, jotta yritys voisi kilpailla tehokkaasti tuotantoketjun loppupään markkinoilla. Toiseksi epäämisen tulee johtaa todennäköisesti tehokkaan kilpailun loppumiseen tuotantoketjun loppupään

<sup>26</sup> Komission täytäntöönpano-ohjeet, kohdat 28, 31. Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen ei pidä omasta aloitteestaan ryhtyä toimenpiteisiin sellaisten toisen yrityksen toimien estämiseksi, joita määräävässä markkina-asemassa oleva yritys pitää haitallisena esimerkiksi terveydelle ja turvallisuudelle. Tämäntyyppinen toiminta kuuluu pikemminkin viranomaisten harkintaan haitalliselle toiminnalle asetettavien normien säätämiseksi ja täytäntöönpanemiseksi. Katso esimerkiksi asia T-30/89 *Hilti AG v Euroopan yhteisöjen komissio* EU:T:1991:70, kohdat 118–119. Asia T-83/91 *Tetra Pak International v komissio (Tetra Pak II)* EU:T:1994:246, kohdat 83–84, 138.

<sup>27</sup> Koskien lakisääteisen velvoitteen noudattamista komissio on todennut, ettei velvoitteen noudattaminen tarkoita sitä, että kyseinen toiminta on SEUT 102 artiklan mukaista. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö sisältää yleensä toimintaa, joka muutoin olisi lainmukaista muiden lainalojen kuin kilpailuoikeuden puitteissa. Komissio on lisäksi nimenomaisesti todennut, että EU:n kilpailupolitiikka ei ole alistainen muille EU-oikeuden aloille, vaan täydentää niitä. Asia C-295/12P *Telefónica SA and Telefónica de España SAU v Euroopan komissio* EU:C:2014:2062, kohta 133. Patenttikontekstissa katso esimerkiksi asia 193/83 *Windsurfing International Inc. v Euroopan yhteisöjen komissio* EU:C:1986:75, kohta 1. Asia T-460/13 *Sun Pharmaceutical Industries Ltd, formerly Ranbaxy Laboratories Ltd and Ranbaxy (UK) Ltd v Euroopan komissio* EU:T:2016:453, kohta 141. EU-kilpailuoikeuden ensisijaisuudesta suhteessa kansalliseen lainsäädäntöön, kts. Euroopan komissio: Report from the Commission - Report on Competition Policy 2012, COM(2013) 257 final (2013), s. 15. Komission päätös (16.7.2003) EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan soveltamisesta (Asia COMP/38.369 *T-Mobile Deutschland/O2 Germany: Network Sharing Rahmenvertrag*) [2004] OJ L 75/32, kohta 22. *Tapia Javier – Mantzari Despoina*: The Regulation/Competition Interaction kirjassa Lianos Ioannis – Geradin Damien (ed): Handbook on European Competition Law – Substantive Aspects (Edward Elgar 2013), s. 604.

<sup>28</sup> Asia C-457/10 P *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v Euroopan komissio* EU:C:2012:770, kohta 132. Asia T-321/05 *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v Euroopan komissio* EU:T:2010:266, kohta 677.

markkinoilta, ja epäämisen tulee aiheuttaa todennäköisesti haittaa kuluttajille.<sup>29</sup>

Lähtökohtaisesti voidaan katsoa, että vain erittäin poikkeuksellisissa tilanteissa määräävässä markkina-asemassa<sup>30</sup> olevan yrityksen tulee antaa syrjimättömästi pääsy muuhun pankkidataan kuin asiakkaidensa maksutilidataan SEUT 102 artiklan nojalla. Vaikka markkinoille tulevat kolmannet maksupalvelun tarjoajat voisivatkin hyötyä muusta pankkidatasta palveluissaan, kuluttajien edun mukaista ei ole esimerkiksi se, että SEUT 102 artiklaa käytettäisiin perusteettomasti heikentäen määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen kannustimia investoida ja innovoida.<sup>31</sup> Tämän lisäksi tulee myös huomioida, että toimituksista kieltäytymisen tulee liittyä tuotteeseen tai palveluun. Tämä tarkoittaa sitä, että tilipankin on tullut lähtökohtaisesti tuotteistaa asiakasdatansa, jotta syrjimättömän pääsyn antamiseen voitaisiin velvoittaa. Tällöin tuotteistamattoman asiakasdatan voitaisiin katsoa olevan toimituksista kieltäytymisen testin ulkopuolella.

PSD2:n ulkopuolisen pankkidatan jakamisen tulisikin lähtökohtaisesti olla sopimusperusteista (pankin sekä kolmannen maksupalvelun tarjoajan että asiakkaan välillä) sekä noudattaa yleisen tie-

tosuoja-asetuksen (GDPR) vaatimuksia.<sup>32</sup> Tämä tarkoittaa sitä, että PSD2:n ulkopuolisen pankkidatan rekisterinpitäjänä toimivan pankin tulisi itse määrittellä ne parametrit, joiden perusteella pankki valitsee sopimuskumppaninsa antaen pääsyn asiakkaidensa pankkidataan ja tämän datan käsittelyyn asiakkaiden GDPR:n mukaisella suostumuksella<sup>33</sup> tai muulla käsittelyperusteella<sup>34</sup>.

#### 4 Lopuksi – Open bankingin tulevaisuus

PSD2:n toimitusvelvoitteet eivät yksiselitteisesti asetu kilpailuoikeudelliseen viitekehykseen. Kuten yllä on todettu, kilpailuoikeudellisten normien soveltaminen vaatii maksupalvelumarkkinoiden erityispiirteiden huomioon ottamista (erityisesti määräävää markkina-asemaa määriteltäessä). Kilpailuviranomaisen näyttökynnys väärinkäytöksen todistamiselle lakisääteisten toimitusvelvoitteiden, kuten PSD2:n toimitusvelvoitteiden, osalta voidaan katsoa olevan matalampi kuin ilman kyseistä velvoitetta. Oikeuttamisperusteiden osalta PSD2:n nojalla oikeutetun pääsystä kieltäytymisen soveltumisen voidaan käytännössä katsoa olevan vain marginaalinen. PSD2:n ulkopuolisen pankkidatan jakamisen osalta SEUT 102 artiklan arvioinnissa

<sup>29</sup> Komission täytäntöönpano-ohjeet, kohta 81.

<sup>30</sup> Tämän lisäksi määräävän markkina-aseman arvioinnin voidaan katsoa olevan yksinkertaisempaa, kun yhtäläistä lakisääteistä toimitusvelvoitetta ei ole kaikilla tilipankeilla.

<sup>31</sup> Komission täytäntöönpano-ohjeet, kohta 75. Tällöin myös esimerkiksi dynaamisen tehokkuuden puolustuksia voidaan käyttää.

<sup>32</sup> Katso muun muassa PSD2 seurantaryhmän kokouksen esitysmateriaalit 16.4.2019 ja 13.12.2018.

<sup>33</sup> Rekisteröidyn suostumuksella tarkoitetaan ”mitä tahansa vapaaehtoisista, yksilöityä, tietoista ja yksiselitteistä tahdonilmaisua, jolla rekisteröity hyväksyy henkilötietojensa käsittelyn antamalla suostumusta ilmaisevan lausuman tai toteuttamalla selkeästi suostumusta ilmaisevan toimen”. Euroopan parlamentin ja neuvoston asetusta (EU) 2016/679, annettu 27 päivänä huhtikuuta 2016, luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta (”**Yleinen tietosuoja-asetus**”), artikla 4(11) sekä artikla 7 suostumuksen edellytyksistä.

<sup>34</sup> Yleisen tietosuoja-asetuksen 6 artiklan mukaisia käsittelyperusteita ovat yleistäen 1. rekisteröidyn suostumus (mainittu yllä), 2. sopimus, 3. rekisterinpitäjän lakisääteinen velvoite, 4. elintärkeiden etujen suojaaminen, 5. yleistä etua koskeva tehtävä tai julkisen vallan käyttäminen tai 6. rekisterinpitäjän tai kolmannen osapuolen oikeutettu etu.

tulee huomioida muun muassa pankkidatan tuoteistamisen vaatimus sekä pankkidatan jakamisen välttämättömyys, jonka kynnyksen voidaan katsoa olevan korkea.

Toisaalta Suomessa PSD2:n myötä tilinpitäjäpankit aikovat jakaa vapaaehtoisesti myös muuta pankkidataa (tai muun tyyppistä asiakasdataa) kuin mitä pankit ovat PSD2:n nojalla velvoitettuja jakamaan. Tällaista PSD2:n ulkopuolista (pankki)dataa on muun muassa varallisuudenhoidoa, vakuutuksia tai asumista koskeva asiakasdata. Markkinakäytönä vaikuttaakin olevan PSD2:n vaatimusten ylittäminen eikä ainoastaan niiden noudattaminen vain avaamalla tilirajapinnat.

Lähtökohtaisesti määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tulee myös antaessaan

vapaaehtoisesti pääsyt PSD2:n ulkopuoliseen dataan huomioida toiminnan kilpailuoikeudelliset vaikutukset. Esimerkiksi pankkidatan eksklusiivinen tai syrjivä jakaminen tai asiakkaan tai kolmannen maksupalvelun tarjoajan sitominen pankkiin sopimusehdoin tai teknisin toteutuksin voivat aiheuttaa kilpailuoikeudellisia ongelmia.

On myös mahdollista, että EU-tason maksupalvelusäätelyllä tullaan luomaan uusia maksupalvelumarkkinoita esimerkiksi uusilla pankkidatan jakamista koskevilla velvoitteilla PSD3:n tai asetuksen muodossa riippuen EU:n maksupalvelumarkkinoiden kehityksestä nyt uuden sääntelyn tultua voimaan.

*Pauliina Sutinen*