

Euroopa Liidu finantsjärelevalve: kas ühtne ebaühtlus?^{*1}

1. Sissejuhatus

Ühtne finantsjärelevalve kui akuutsete probleemide lahendaja võib olla mõjus loosung, mida on nii poliitikutel kui ka järelevalvajatel mugav kasutada aastate 2007–2009 finantskriisist taastuvas Euroopas loodud mikrotasandi ehk konkreetsete järelevalvesubjektide finantsjärelevalve raamistiku kohta. Kuid individuaalsete turuosaliste seisukohast ei pruugi tegelik õiguskeskkond ega finantsjärelevalve olla kuigi ühtne ega võrdne. Pigem võib näha kehtestatud süsteemi sisse kirjutatud järelevalvesubjektide ebavõrdset kohtlemist ning nõuete ja järelevalvepraktika ebaühtlust. Mingil määral võib see olla näiteks pragmaatiline valik tänuväärsetest proportsionaalsuse või subsidiaarsuse põhimõtetest^{*2}, mille vastu on keeruline argumenteerida. Teisalt on sõnademängus kerge jääma mulje ühetaolise ning kogu finantssektorit hõlmava tsentraliseeritud finantsjärelevalve olemasolust Euroopa Liidus. Lähemal uurimisel ei pruugi aga kogu Euroopa Liidu tasandil õiguskeskkond kuigi ühtlane ja finantsjärelevalve kuigi ühtne olla. Kui subsidiaarsuse põhimõtte efektiivne rakendamine tähendaks eelkõige nii turuosalise kui ka ühiskonna seisukohast ühtseid mängeureglid kogu Euroopa Majanduspiirkonnas (EMP) koos ühtset järelevalvepraktikat teostavate kohalike järelevalvetega, siis praktikas võib pigem märgata vastupidist suundumust: olulise mõjuga õigusaktide ja õiguskeskkonna killustatust ning järelevalve tsentraliseerimise survet koos samas skisofreenilise järelevalveasutuste paljususe säilitamise ja topeltmenetluste loomisega. Käesoleva artikli eesmärk ei ole anda hinnangut tsentraliseeritud järelevalve kasuks või kahjuks, vaid panustada EMP finantsjärelevalve struktuuri diskussiooni vähem tähelepanu saanud tahkude uurimisega ehk kui ühtne ja ühtlane paistab Euroopa Liidu finantsjärelevalve subjektide võrdse kohtlemise aspektist ning mis on ühtse järelevalve alt välja jäänud.

2. Ebaühtlus Euroopa Majanduspiirkonna mittekrediidiasutuste finantsjärelevalves

2.1. Finantsjärelevalve üldine ülesehitus

Euroopa Liidu finantssektori järelevalve struktuurist ja põhilistest asjassepuutuvatest asutustest on hiljuti Juridica artiklis üldisel tasemel hea ülevaate andnud Siim Tammer.^{*3} Tuleb märkida, et finantssektori järelevalve põhimõtted ja struktuur jagunevad selgelt kaheks: krediidiasutuste (edaspidi pankade) järelevalve

¹ Artikkel põhineb 08.–09.10.2020 toimunud 36. Eesti õigusteadlaste päevaldel peetud ettekandel.

² Nt K. af Jochnick. Striking a balance: proportionality in European banking regulation and supervision. Speech. Brussels, 12.11.2019. Arvutivõrgus: https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2019/html/ssm.sp191112_2~7c13940c3b.en.html (05.01.2021). Subsidiaarsusele ja proportsionaalsusele on viidatud muu hulgas allpool käsitletavas SSM määruses, vt Nõukogu määrus (EL) nr 1024/2013, 15. oktoober 2013, millega antakse Euroopa Keskpangale eriuülesanded seoses krediidiasutuste usaldatavusnõuete täitmise järelevalve poliitikaga, preambuli p 87. – ELT L 287, 29.10.2013, lk 63–89.

³ S. Tammer. Finantssektori järelevalemehhanismi struktuur ja selle riigisisene areng: kes mida ja miks teeb? – Juridica 2020/8, lk 603–613.

ning ülejäänud finantssektori ehk mittepankade järelevalve. Alustades mittepankade järelevalvest, on EMP-s kehtestatud subjektitüüpidele kohalduvad põhinõuded – eelkõige tegevuslubade eeldused, põhilised organisatsiooni- ja usaldatavusnõuete erinormid ning piiriülese tegevuse õigus – direktiivide ja direktiive üle võtvate riigisiseste õigusaktidega, teatud osas on spetsiifilisi nõudeid kehtestatud Euroopa Liidu määrustena ning tegelikuks vahetuks järelevalve teostajaks on kohalik riigi pädev asutus. Kindlat tüüpi subjekti järelevalve piiriüleseks koordineerimiseks võivad olla loodud ka piiriülesed kolleegiumid sama subjekti või grupi tegutsemise korral eri liikmesriikides.⁴ Vaatamata põhireeglite ühtsele päritolule tegutseb iga riigi järelevalveasutus lõpuks oma riigi õiguskeskkonnas oma äranägemise järgi. Mõningat järelevalvepraktikat ühtlustavat rolli mängivad Euroopa järelevalveasutused Euroopa Pangandusjärelevalve⁵ (EBA), Euroopa Kindlustus- ja Tööandjapensionide Järelevalve⁶ (EIOPA) ja Euroopa Väärtpaberiturujärelevalve⁷ (ESMA). Nimetatud Euroopa järelevalveasutuste põhiliseks väljundiks on soovitusel, suunised, arvamused ja teised nii järelevalve subjektidele kui ka liikmesriikide järelevalveasutustele suunatud nn pehme õiguse aktid, mis on sageli ebaselge õigusliku tähendusega.⁸ Teatavates spetsiifilistes valdkondades on Euroopa järelevalveasutustel ka laiem või kitsam otsene roll. Eelkõige omab ESMA otsepädevust krediidiireitingute⁹, kauplemisteabehoidlate¹⁰ ja finantstoodete järelevalves¹¹ ning lühikeseks müügiga seoses¹² ning EIOPA-l on sekkumisõigused kindlustuspõhiste investeerimistoodete valdkonnas.¹³ Vaatamata aga eksitavatele nimetustele Euroopa järelevalveasutused finantsjärelevalve subjektide finantsjärelevalvega otseselt ei tegele ning eespool nimetatud pehme õiguse aktide rakendamise otsustamine ja rakendamisviis jäävad iga riigisisese järelevalveasutuse enda otsustada.

Näiteks Eestis asutatud makseasutuse näitel tulenevad organisatsiooni ja teenuse sisu ning muud alusnõuded makseteenuste teisest direktiivist¹⁴ (PSD2) ja maksekontode direktiivist¹⁵ (PAD) ning on spetsiifilisemalt sätestatud makseasutuste ja e-raha asutuste seaduses¹⁶ (MERAS) ja võlaõigusseaduse¹⁷ (VÕS) 40. peatükis. Lisaks kehtib terve hulk spetsiifilisi nõudeid nii Euroopa Liidu vahetult kohaldatavate määruste kui ka paljude riigiomaste riigisiseste kohustuste ja piirangutena, mille maht võib olenevalt subjekti tüübist olla isegi hoomamatu.¹⁸ Nii Euroopa Liidu määruste kui ka riigisiseste normide täitmise üle

⁴ Vt nt finantsinspektsiooni seaduse (RT I 2001, 48, 267; RT I, 21.11.2020, 4) § 47⁵ ning kindlustustegevuse seaduse (RT I, 07.07.2015, 1; RT I, 04.12.2019, 8) § 126 lg 3 ja 12. ptk 2. jao asjakohased sätted.

⁵ Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EL) nr 1093/2010, 24. november 2010, millega asutatakse Euroopa Järelevalveasutus (Euroopa Pangandusjärelevalve). – ELT L 331, 15.12.2010, lk 12–47.

⁶ Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EL) nr 1094/2010, 24. november 2010, millega asutatakse Euroopa Järelevalveasutus (Euroopa Kindlustus- ja Tööandjapensionide Järelevalve), muudetakse otsust nr 716/2009/EÜ ning tunnistatakse kehtetuks komisjoni otsus 2009/79/EÜ. – ELT L 331, 15.12.2010, lk 48–83.

⁷ Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EL) nr 1095/2010, 24. november 2010, millega asutatakse Euroopa Järelevalveasutus (Euroopa Väärtpaberiturujärelevalve). – ELT L 331, 15.12.2010, lk 84–119.

⁸ Vt nt S. Capiello. The EBA and the Banking Union. – *European Business Organization Law Review* 2015 (16), lk 430–431.

⁹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EL) nr 648/2012, 4. juuli 2012, börsiväliste tuletisinstrumentide, kesksete vastaspoolte ja kauplemisteabehoidlate kohta. – ELT L 201, 27.07.2012, lk 1–59 (EMIR).

¹⁰ Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EÜ) nr 1060/2009, 16. september 2009, reitinguagentuuride kohta. – ELT L 302, 17.11.2009, lk 1–31.

¹¹ Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EL) nr 600/2014, 15. mai 2014, finantsinstrumentide turgude kohta ning millega muudetakse määrust (EL) nr 648/2012. – ELT L 173, 12.06.2014, lk 84–148 (MiFIR).

¹² Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EL) nr 236/2012, 14. märts 2012, lühikeseks müügi ja krediidiriski vahetustehingute teatavate aspektide kohta. – ELT L 86, 24.03.2012, lk 1–24; ESMA rolli kohta vt ka E. Grossule. Risks and Benefits of the Increasing Role of ESMA: A Perspective from the OTC Derivatives Regulation in the Brexit Period. – *European Business Organization Law Review* 2020 (21), lk 393–414.

¹³ Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EL) nr 1286/2014, 26. november 2014, mis käsitleb kombineeritud jae- ja kindlustuspõhiste investeerimistoodete (PRIIPid) põhiteabedokumente. – ELT L 352, 09.12.2014, lk 1–23; lisaks vt ka C. V. Gortsos, K. Lagaria. The European Supervisory Authorities (ESAs) as “Direct” Supervisors in the EU Financial System. *European Banking Institute Working Paper Series* 2020, No. 57.

¹⁴ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2015/2366, 25. november 2015, makseteenuste kohta siseturul, direktiivide 2002/65/EÜ, 2009/110/EÜ ning 2013/36/EL ja määruse (EL) nr 1093/2010 muutmise ning direktiivi 2007/64/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta. – ELT L 337, 23.12.2015, lk 35–127.

¹⁵ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/92/EL, 23. juuli 2014, maksekontoga seotud tasude võrreldavuse, maksekonto vahetamise ja põhimaksekontole juurdepääsu kohta. – ELT L 257, 28.08.2014, lk 214–246.

¹⁶ RT I 2010, 2, 3; RT I, 10.07.2020, 21.

¹⁷ RT I 2001, 81, 487; RT I, 08.01.2020, 10.

¹⁸ Massiivse üleregulatsiooni kehvast mõttes heaks näiteks on Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/65/EL, 15. mai 2014, finantsinstrumentide turgude kohta ning millega muudetakse direktiive 2002/92/EÜ ja 2011/61/EL (ELT L 173,

teostab finantsjärelevalvet Finantsinspeksioon^{*19} vastavalt Eesti õiguskeskkonnale ja väljakujunenud tava-
dele. Piiriüleste teenuste osutamisel või filiaali asutamisel teise liikmesriiki tuleb aga arvestada, et sihtriigi
järelevalveasutuste õigused teise liikmesriigi subjekti järelevalves on ebaselged ning et praktikas tõlgendavad
liikmesriikide pädevad asutused oma õiguste ulatust oluliselt erinevalt.^{*20} Õiguslik ebaselgus ja üleregulee-
rimine Euroopa Liidu tasemel loovad olukorra, kus nii materiaalõigus kui ka järelevalveasutuste praktika ja
õiguse tõlgendamine sõltuvad sellest, millises kombinatsioonis esinevad finantsasutuse päritolu- ja sihtriik.
Euroopa Liidu direktiivid võivad olla nii miinimum- kui ka maksimumharmoneeritavad ning nõuded, mis
on jäetud liikmesriigi enda määrata, võivad olla eri riikides vastukäivad. Hoolimata finantsasutuste esita-
tavate põhiliste nõuete eeldatavast samasusest tingib järelevalve teostamise erinev korraldus, mis sõltub iga
riigi oma spetsiifilisest õiguskeskkonnast, ilmselgeid erisusi järelevalve tegelikus praktikas. Kui siia lisada ka
direktiivide ülevõtmisega paratamatult kaasnevad riigisisese materiaalõiguse erisused^{*21} ning olulistest vald-
kondades riikidele vabade käte jätmise lisanõuete kehtestamiseks (nt rahapesu tõkestamise 4. direktiivi^{*22}
art-s 5 sätestatud liikmesriigi õigus direktiiviga reguleeritud valdkonnas rahapesu ja terrorismi rahastamise
tõkestamiseks võtta vastu või jätta kehtima direktiivi sätetest rangemad sätted, kui seda tehakse liidu õiguse
piires, jäi kehtima ka pärast 5. direktiiviga^{*23} tehtud muudatusi), saab rääkida pigem killustunud kui ühtsest
järelevalvest. Näiteks peaks samasuguse makseteenuse osutamisel Eestis ja Hispaanias Eesti õiguse koha-
selt kliendi andmed ära kustutama viis aastat pärast kliendisuhete lõppemist^{*24}, samas kui Hispaania õiguse
kohaselt on samade andmete kustutamine keelatud enne kümne aasta möödumist.^{*25} Kui konkreetset juhul
võib selgelt aimata regulatsiooni eesmärki – andmete uurimisorganitele esitamise valmisolekut – ning saab
lähtuda eesmärki arvestades konservatiivsemast ehk pikemast perioodist, ei pruugi kaugelgtki kogu päritolu- ja
sihtriikides sätestatud kohustuste ja järelevalveasutuste ootuste kollisioon olla lihtsasti lahendatav.
Olemuslike alusreeglite ühise allikaga ning teatud määral kaudset ühtlustavat mõju omavate Euroopa järele-
valveasutustega mittepankadest subjektide jaoks üldiselt järelevalve ühtsus ka piirdub.

Lisaks riigispetsiifilistele reeglitele ning järelevalve käigus kohalike järelevalveasutuste poolt normide
erinevale tõlgendamisele on subjekti vaatest olulised ka oma huvide kaitsmise võimalused. Juba mõnda
aega on diskuteeritud Euroopa Liidu järelevalveasutuste vastutuse ebaühtluse ja erinevate režiimide üle^{*26},
kuid õiguskaitsevahendite kättesaadavuse ja õiguskaitsemenetluste ühtlustamine tähendaks riikide poolt
vaidlustamise reguleerimise monopoli vähenemist ning seda ei ole reaalsuses finantssektori üleselt uni-
versaalselt ka saavutatud. Valdavas osas on ühtlustamata ka karistusõigus, välja arvatud teatud minimaal-
sed karistusmäärad, mis on Eestiski „halduskaristuse“ termini all elavat diskussiooni tekitanud^{*27} ning

12.06.2014, lk 349–496 (MiFID II)) ning selle satelliitaktid, mille maht ja sisu käivad üle jõu ka liikmesriikidele endale.
Vt nt P. Yeoh. MiFID II Key Concerns. – Journal of Financial Regulation and Compliance 2019 (27), lk 110–123.

¹⁹ Finantsinspeksiooni seaduse § 2 ja 4.

²⁰ EBA report on potential impediments to the cross-border provision of banking and payment services, 29.10.2019, lk 22–23.
Arvutivõrgus: <https://eba.europa.eu/file/178124/download?token=7fFsD9og> (06.01.2021).

²¹ Direktiivide ülevõtmisega seoses vt R. Thomson, R. Torenvlied, J. Arregui. The Paradox of Compliance: Infringements and
Delays in Transposing European Union Directives. – British Journal of Political Science 2007 (37) 4, lk 685–709. Viimane
kättesaadav komisjoni aastaraport rikkumismenetluste kohta: Monitoring the Application of European Union Law. 2019
Annual Report. European Commission. Arvutivõrgus: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/report-2019-annual-report-monitoring-application-eu-law_en.pdf (08.01.2021).

²² Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2015/849, 20. mai 2015, mis käsitleb finantsüsteemi rahapesu või terro-
rismi rahastamise eesmärgil kasutamise tõkestamist ning millega muudetakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrust
(EL) nr 648/2012 ja tunnistatakse kehtetuks Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2005/60/EÜ ja komisjoni direktiiv
2006/70/EÜ. – ELT L 141, 05.06.2015, lk 73–117.

²³ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2018/843, 30. mai 2018, millega muudetakse direktiivi (EL) 2015/849, mis
käsitleb finantsüsteemi rahapesu või terrorismi rahastamise eesmärgil kasutamise tõkestamist, ning millega muudetakse
direktiivi 2009/138/EÜ ja 2013/36/EL. – ELT L 156, 19.06.2018, lk 43–74. Siinkohal tuleb märkida, et 22 liikmesriigi,
sh Eesti suhtes on pooleli üle aasta tagasi jõustunud rahapesu tõkestamise 5. direktiivi ülevõtmise rikkumise menetlus
(25.11.2020 andmed). Arvutivõrgus: https://ec.europa.eu/info/publications/anti-money-laundering-directive-5-transposition-status_en (09.01.2021).

²⁴ Rahapesu ja terrorismi rahastamise tõkestamise seadus, § 47 lg 1, 3, 6 ja 7. – RT I, 17.11.2017, 2; RT I, 21.11.2020, 13.

²⁵ Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, art 28.

²⁶ R. J. Dijkstra. Liability of Financial Supervisory Authorities in the European Union. – Journal of European Tort Law 2012
(3), lk 346–377; D. Nolan. The Liability of Financial Supervisory Authorities. – Journal of European Tort Law 2013 (4),
lk 190–222. R. J. Dijkstra. Is Limiting Financial Supervisory Liability a Way to Prevent Defensive Conduct? The outcome of
a European survey. – European Journal of Law and Economics 2017 (43), lk 59–81.

²⁷ I. Koolmeister. Krestomaatiline käsitus haldussunnist ja haldustrahvid. – Juridica 2020/4, lk 231–241; A. Soo, A. Lott,
A. Kangur. Võimalused Euroopa Liidu halduskaristuste ülevõtmiseks Eestis. – Juridica 2020/4, lk 242–261. Vt ka samade

mis tundub kulmineeruvat eraldiseisva menetlusliigi loomisega.^{*28} Eespool kirjeldatu tähendab praktikas seda, et kui ka sama tüüpi makseasutusele kehtivad täpselt samad normid ning subjektid täidavad neid täpselt ühte moodi, siis võimalused nõuda järelevalveasutuse poolt õigusvastase haldusakti või karistuse tühistamist ning kahju hüvitamist sõltuvad riigisisest haldus-, karistus- ja kohtumenetlusõigusest. Konkureerivate järelevalvesubjektide erinevad õiguskeskkonnad oma õiguste kaitsmiseks finantsjärelevalve ebaseadusliku tegevuse eest muudavad järelevalve ühtluse ja ühtsuse subjektide võrdse kohtlemise seisukohast veelgi küsitavamaks.

2.2. Euroopa järelevalveasutuste piiratud ühtlustav mõju

Nagu eespool mainitud, saab järelevalvepraktika teatavast ühtlustavast mõjust rääkida Euroopa järelevalveasutuste EBA, EIOPA ja ESMA tegevuses. Lisaks nimetatud asutuste erinevat liiki aktide ebaselgele õiguslikule tähendusele ja järelevalve mitteteostamisele nende poolt, on need asutused subjektidest ja tegelikult turust niivõrd kaugel, et nende aktid võivad omada segadust tekitavat mõju ning välistatud ei ole ka teenuste toimimise fundamentaalse loogikaga mitteametlik regulatsioon. Viimase värvikaks näiteks makseteenuste valdkonnas on fopaa EBA ettepanekul^{*29} kehtestatud kliendi tugeva autentimise (SCA) määrusega^{*30} seoses. SCA määrusega kehtestatud tugeva autentimise nõuete kohaselt kehtestati näiteks maksekaardiga internetis maksmiseks maksja makseteenuse pakkujale ülimalt suure mõjuga ranged autentimisnõuded, jättes arvestamata, et kogu maailmas levinumate maksekaardisüsteemide alusloogika kohaselt on selliste maksete alustamise ning autentimise viis tegelikult teise poole ehk kaupmehe ja selle makseasutuse kontrolli all.^{*31} Määrusega kehtestati seega tegelikult kaudsed nõuded hoopis kaupmehele müüdüd kauba eest makse kättesaamiseks, keelates maksja makseteenuse pakkujal makse lubamise, kui kaupmees ei tea või ei oska kliendil paluda kindlal viisil autentimist. Kuigi maksete turvalisus on oluline, asuti võimalikku probleemi lahendama maksesüsteemide toimimise põhiprintsiipe arvestades vales otsast, mistõttu oli ka eesmärkide efektiivne saavutamine kaheldav. Risk realiseeruski ning vaatamata kaheaastasele üleminekuperioodile ei suutnud valdav osa Euroopa makseteenuste turust teenuste suhtes ebaloogilisi nõudeid rakendada ning SCA määruse jõustumisel sattus enamik kõnealuseid makseid rikkumisse või jäi toimumata. Seetõttu lükati juba jõustunud nõuete rakendamine enamiku liikmesriikide palvel ning EBA arvamusel alusel enam kui aasta võrra edasi.^{*32} Kuigi probleemi allikas oli eelkõige EBA ise, siis paradoksaalselt on ühest küljest tegemist näitega Euroopa järelevalveasutuse finantsjärelevalve positiivse ühtlustava mõju kohta, mis aitas vältida olulise osa Euroopa internetikaubanduse seismapanekut ja valdava osa maksekaarte väljastanud makseteenuste pakkujate ebamõistlikku mass-sanksioneerimist. Teisalt õiguslikult hinnates oli äärmiselt kaheldav EBA arvamusel soovitada Euroopa Liidu vahetult kohaldatavat kehtivat määrust mitte rakendada ning ka sellisel juhul oli vastava soovitusel järgimine iga liikmesriigi järelevalveasutuse otsustada.^{*33}

autorite aruannet: Euroopa Liidu õiguses sätestatud halduskaristuste kohaldamine Eesti õiguses. Tartu Ülikool 2020. Arvutivõrgus: https://skytte.ut.ee/sites/default/files/skytte/halduskaristuste_lopparuanne_31.01.2020.pdf (08.01.2021); S. Tammer. Finantssektori karistused järelevalvaja pilgu läbi. – *Juridica* 2019/7, lk 510–517; M. Kairjak. Karistus- ja haldusõiguse piiride hägustumine Euroopa Liidu finantsturgude õiguse uues sanktsioonisüsteemis. – *Juridica* 2015/5, lk 351–359.

²⁸ Haldustrahvimenetluse seaduse eelnõu ja kooskõlastusringi dokumendid eelnõude infosüsteemis: <https://eelvoud.valitsus.ee/main/mount/docList/e0350345-d819-4adc-bc56-37594d5f815f> (08.01.2021).

²⁹ Final Report, Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2). EBA/RTS/2017/02, 23.02.2017.

³⁰ Komisjoni delegeeritud määrus (EL) 2018/389, 27. november 2017, millega täiendatakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi (EL) 2015/2366 regulatiivsete tehniliste standarditega, mis käsitlevad kliendi tugevat autentimist ning ühiseid ja turvalisi teabevahetuse avatud standardeid. – *ELT L* 69, 13.03.2018, lk 23–43.

³¹ Mastercardi näitel vt Transaction Processing Rules, 11.12.2020. Arvutivõrgus: <https://www.mastercard.us/content/dam/mccom/global/documents/transaction-processing-rules.pdf> (08.01.2021). Maksja ja saaja makseteenuse pakkujate (ingl issuer ja acquirer) rollide jaotuse kohta tugeva autentimise nõuete kontekstis vt Mastercard Authentication Guide for Europe. Version 1.2, 12.09.2019. Arvutivõrgus: https://www.mastercard.de/content/dam/mccom/de-de/PDF/ATNGE_Manual_v1_2.pdf (08.01.2021). Lihtsustatud selgitust kaardimakse protsessi kohta vt How the payment process works. Arvutivõrgus: <https://www.mastercard.com.sg/en-sg/business/merchants/start-accepting/payment-process.html> (06.01.2021).

³² Opinion of the European Banking Authority on the elements of strong customer authentication under PSD2. EBA-Op-2019-06, 21.06.2019; Opinion of the European Banking Authority on the deadline for the migration to SCA for e-commerce cardbased payment transactions. EBA-Op-2019-11, 16.10.2019.

³³ Enamik riike järgis EBA soovitusi, lükates nõuete kohaldamise viimse hetkeni edasi, mõned üksikud alustasid nõuete osalist rakendamist varem (nt Prantsusmaa, Belgia ja Holland) ning mitu riiki (nt Saksamaa, Prantsusmaa ja Itaalia) ei asunud ka

Samas valdkonnas leidub ka vastupidine näide EBA tegevuse positiivse ühtlustava mõju kohta olukorras, mis ei olnud EBA enda tekitatud. Tugeva autentimise nõuete kehtestamisel tekkis ka teine potentsiaalselt ülimalt suure mõjuga ebaselge õiguslik olukord seoses maksetega, mille korral maksja või makse saaja makseteenuse pakkujatest üks asub kolmandas riigis, eelkõige kui EMP makseteenuse pakkuja klient sooritab ostu kolmandas riigis. Kuigi PSD2 artikli 2 lõike 4 kohaselt peab tugeva autentimise nõuded justkui täitma seoses maksetehingu nende osadega, mis sooritatakse EMP-s (ehk esmapilgul ka väljamineva makse lubamine, mille jaoks autentimisnõuded ongi kehtestatud), siis ei saa ilmselgelt oodata kogu maailma kolmandate riikide kaardimakseid vastu võtvatelt kaupmeestelt nende suhtes mitte kehtivate EMP õigusaktide järgimist, mistõttu Euroopast pärit kliendid ei saakski väljaspool Euroopat kaardimaksetehinguid teha. Segasele olukorrale vaatamata on EBA leidnud mõistliku tõlgenduse, et kui tehingus asub teine makseteenuse pakkuja väljaspool EMP-d, siis tugeva autentimise nõuded ei kehti³⁴, mis annab pädevatele asutustele aluse mitte asetada oma riigi makseteenuse pakkujaid ja tarbijaid ebasoodsasse seisu.

Seega kuigi regulatsiooni ning otsese finantsjärelevalve vahel asuvad Euroopa järelevalveasutused võivad teatavat ühtlustavat rolli mängida, on nii materiaalõiguse kui ka menetlusõiguse normid ja ka järelevalvepraktika riigiti sageli tuntuvalt erinevad. Kuna mittepankade tegelik järelevalve toimub riigisiseste asutuste poolt suure osas ühtlustamata menetlus- ja karistusõiguse normide keskkonnas, ei saa mittepankade järelevalvet ülemäära ühtlaseks ega ühtseks nimetada. Õigusteaduses on esitatud ka üleskutseid teatavate mittepankadest subjektide järelevalve tsentraliseerimiseks³⁵, kuid finantssektorile ja tarbijatele oleks ilmselt hoopis positiivsem, kui finantstooted oleksid kättesaadavamad, odavamad ja stabiilsemad, mida saab soodustada mängureeglite ühtlustamisesse panustamisega.

3. Ebaühtlus Euroopa Majanduspiirkonna krediidasutuste finantsjärelevalves

Pangandussektori massiivse regulatiivse keskkonna olulisima baasi moodustavad tegevuse ja organisatsiooni alustalad kehtestavad kapitalinõuete direktiiv³⁶ (CRD IV) koos seda üle võtvate riigisiseste õigusaktidega (Eestis eelkõige krediidasutuste seadus³⁷ ehk KAS) ja kapitalinõuete määrus³⁸ (CRR). Kuni 4. novembrini 2014, kui jõustus pankade jaoks ühtse järelevalvemehhanismi (SSM) kehtestanud SSM määrus, toimis pankade järelevalve eespool käsitletud ülejäänud finantssektoriga samadel põhimõtetel.³⁹ SSM määrusega anti Euroopa Keskpangale (EKP) teatavates küsimustes otsepädevus pankade mikrojärevalve teostamiseks, astudes teatud menetlustes ja otsustes riikide järelevalveasutuste asemele. SSM määruse artikliga 4 on konkreetselt piiratud EKP pädevusvaldkonnad, mille saab kokku võtta järgmiselt: pankade tegevuslubade andmine ja kehtetuks tunnistamine, teises liikmesriigis filiaali asutamise lubamine, olulise osaluse omandamise lubamine, kapitalinõuete (kapital, likviidsus) järelevalve, usaldatavusnõuete (juhtimiskord, juhtide sobivus, sisekontroll, riskijuhtimine) järelevalve, finantsseisundi taastamisega seonduvad õigused ning mõningad spetsiifilised konsolideeritud järelevalvega seonduvad õigused. Ülejäänud valdkondades teostavad järelevalvet endiselt kohalikud järelevalveasutused. See tähendab, et EKP pädevus hõlmab eelkõige turule lubamist ja turult eemaldamist ning finantsstabiilsusega tegelemist, samas kui näiteks panga tegevus kui selline ehk teenuste järelevalve ei ole EKP pädevusega hõlmatud.

pikendatud tähtajal täielikult nõudeid kohaldama. Arvutivõrgus: <https://support.stripe.com/questions/strong-customer-authentication-sca-enforcement-date> (06.01.2021).

³⁴ Arvutivõrgus: https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2018_4233 (08.01.2021).

³⁵ D. Busch, M. B. J. van Rijn. Towards Single Supervision and Resolution of Systemically Important Non-Bank Financial Institutions in the European Union. – European Business Organization Law Review 2018 (19), lk 301–363.

³⁶ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2013/36/EL, 26. juuni 2013, mis käsitleb krediidasutuste tegevuse alustamise tingimusi ning krediidasutuste ja investeerimisühingute usaldatavusnõuete täitmise järelevalvet, millega muudetakse direktiivi 2002/87/EÜ ning millega tunnistatakse kehtetuks direktiivid 2006/48/EÜ ja 2006/49/EÜ. – ELT L 176, 27.06.2013, lk 338–436.

³⁷ RT I 1999, 23, 349; RT I, 04.01.2021, 33.

³⁸ Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EL) nr 575/2013, 26. juuni 2013, krediidasutuste ja investeerimisühingute suhtes kohaldatavate usaldatavusnõuete kohta ja määruse (EL) nr 648/2012 muutmise kohta. – ELT L 176, 27.06.2013, lk 1–337.

³⁹ Nõukogu määrus (EL) nr 1024/2013.

Kui uurida ühtse järelevalvemehhanismi kohaldavust, siis on esiteks oluline tähelepanu pöörata, et SSM ja EKP asjaomased järelevalvepädevused kehtivad SSM määruse artikli 2 punkti 1 ning artikli 4 lõike 1 kohaselt vaid euroalal ning SSM-ga vabatahtlikult liitunud riikides. Ainsateks vabatahtlikeks liitujateks on olnud Horvaatia^{*40} ja Bulgaaria^{*41} 2020. aasta oktoobris ühe sammuna euro kasutuselevõtmise protsessis. See tähendab, et kõige olulisem pankade finantsjärelevalve ühtsuse element katab 21 riiki EMP 30-st, jättes ligikaudu kolmandiku riike sealsete pankadega ühtse järelevalve alt välja. Teiseks oluliseks aspektiks on pankade segregatsioon SSM määruse artikliga 6 ning sihilik järelevalve ebaühtlus olenevalt grupist. Nimelt on SSM määruse artikli 6 lõike 4 alusel pangad suuruse, olulisuse järgi liikmesriigi majandusele ja piiriüleste tegevuse olulisuse alusel jaotatud kaheks grupiks, mille üle toimub järelevalve eri alustel: vastavalt olulised ja vähem olulised pangad. Esimeste üle teostab EKP oma pädevusvaldkondades otseselt järelevalvet, samas kui vähem oluliste pankade finantsjärelevalvet teostab endiselt kohalik pädev asutus. Ehk ühtne on küll järelevalvemehhanism kui selline, kuid mitte järelevalve iga individuaalse panga üle. Täpsemalt omavad EKP otsese järelevalve all olevad pangad ligikaudu 82% vastavate riikide pankade varade mahust^{*42}, mis võib tagada küll makrojärelevalvelised finantsstabiilsuse tagamise eesmärgid, kuid arvuliselt on tegemist 115 pangaga (grupid loetakse loogiliselt üheks)^{*43}, samas kui ülejäänud enam kui 2400^{*44} panga finantsjärelevalve toimub valdavas osas endiselt igas riigis kohalikul tasandil. Erandina on tegevuslubade andmise ja kehtetuks tunnistamise ning olulise osaluse omandamise küsimused ehk turule lubamine ja turult eemaldamine alati EKP pädevuses. SSM määruse artikli 6 lõike 4 kohaselt on EKP-l õigus ka vähem olulise panga järelevalve soovi korral erandkorras üle võtta. Kuna muus osas jäi materiaal- ja menetlusõigus suuresti endiseks, on tulemuseks omapärane õiguslik kurioosum, kus kehtiva riigisisese õigusega sõnaselgelt riigiasutusele antud volitused ei kehti kas üldse või nende kehtimine sõltub EKP otsustest. Eesti näitel on EKP otsepädevuse all AS SEB Panga, Luminor Bank AS ja Swedbank AS järelevalve, ülejäänud kuue panga^{*45} üle teostab järelevalvet aga Finantsinspeksioon.

SSM määrusest leiab ka teisi õiguslikult intrigeerivaid lahendusi. Näiteks tegevuslubade andmiseks on artikli 6 lõikega 4 ning artikliga 14 kehtestatud haldusmenetluse ning järelevalveorganite vastutuse jaotuse seisukohast olulisi küsimusi tekitav konstruktsioon, kus tegevusloa andmise positiivse otsuse teeb kohaliku järelevalve ettepanekul EKP, kuid samas negatiivse otsuse peab tegema kohalik järelevalveasutus. Samuti on pädevuse ja vastutuse jaotuse, aga ka suveräänsuse seisukohast küsimusi tekitanud SSM määrusega loodud komposiitmenetlused, kus ühe otsustuse raames toimub subjektidel topeltmenetlus EKP ja liikmesriigi järelevalveasutusega.^{*46} Samad küsimused tekivad ka liikmesriikide järelevalveasutuste rakendamisel EKP käepikenduse rolli artikli 6 lõikega 3 ja artikli 9 lõikega 1, samuti EKP-le artikli 6 lõigetega 1 ja 4 antud õigus sekkuda otseselt liikmesriigi pädeva asutuse tegevusse ning nõuda subjektide suhtes spetsiifiliste meetmete võtmist. Seega on ka ühtse järelevalve korralduses ja sisus olulisel määral õiguslikku ebamäärasust.

Panganduses on ühtse järelevalve elemendid vaieldamatult olemas. Samas ühtne järelevalve hõlmab pangandusliidu 30st riigist vaid 21 riiki, millest omakorda 115 pangagruppi ligikaudu kahest ja poolest tuhandest. Nimetatud riikides ja otsepädevusele alluvates pankades ei ole mitte kogu finantsjärelevalvet antud kohalikul järelevalveasutuselt üle tsentraalsele EKP-le, vaid tegemist on pädevustega eelkõige panga

⁴⁰ ECB establishes close cooperation with Croatia's central bank. European Central Bank, 10.07.2020. Arvutivõrgus: https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ssm.pr200710_1~ead3942902.en.html.

⁴¹ ECB establishes close cooperation with Bulgaria's central bank. European Central Bank, 10.07.2020. Arvutivõrgus: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/pr/date/2020/html/ssm.pr200710~ae2abe1f23.en.html>.

⁴² Single Supervisory Mechanism. European Central Bank. Arvutivõrgus: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/about/thessm/html/index.en.html> (08.01.2021).

⁴³ List of supervised entities. European Central Bank. Arvutivõrgus: <https://www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.listofsupervisedentities202012.en.pdf?941236080795464f45e14ca975e7fb4b> (08.01.2021).

⁴⁴ Vähem oluliste pankade arvu dünaamikast vt Risk report on less significant institutions. European Central Bank 2020. Arvutivõrgus: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2d3a0a9b-18ce-11eb-b57e-01aa75ed71a1/prodSystemCellar/language-en/format-PDF> (10.01.2021).

⁴⁵ Turuosaliste register. Finantsinspeksioon. Arvutivõrgus: <https://www.fi.ee/et/pangandus-ja-krediit-0/pangandus-ja-krediit/krediidiasutused/eesti-krediidiasutused> (12.01.2021).

⁴⁶ Täpsemalt vt F. B. Bastos. Judicial Review of Composite Administrative Procedures in the Single Supervisory Mechanism: Berlusconi. – Common Market Law Review 2019 (56) 5, lk 1355–1378; S. Demkova. The Grand Chamber's Take on Composite Procedures under the Single Supervisory Mechanism. – Review of European Administrative Law 2019 (12) 1, lk 209–221; L. Wissink. Challenges to an Efficient European Centralised Banking Supervision (SSM): Single Rulebook, Joint Supervisory Teams and Split Supervisory Tasks. – European Business Organization Law Review 2017 (18) 4, lk 431–456; L. Wissink, T. Duijkersloot, R. Widdershoven. Shifts in Competences between Member States and the EU in the New Supervisory System for Credit Institutions and their Consequences for Judicial Protection. – Utrecht Law Review 2014 (10) 5, lk 92–115.

olemust ja kapitali puudutavates valdkondades. Panga ülejäänud tegevust puudutavates valdkondades toimub järelevalve teostamine üldjuhul endiselt eelmises peatükis käsitletud killustunud viisil.

4. Pilguheit finantskriisi ennetamise ja kriisilahenduse ühtlusele

Kui pankade finantsjärelevalve ei suuda siiski panga probleeme ennetada ja ära hoida, võib olla mõistlik finantsstabiilsuse huvides panga soovimatu pankroti vältimiseks või korrapäraseks lõpetamiseks sekkuda teist tüüpi meetmetega, mida finantsjärelevalve loomuliku jätkuna on kohane ka käesoleva teema puhul lühidalt käsitleda. Finantsjärelevalve ehk eelkõige probleemide ennetamisega tegeleva SSM kõrval asub pangandusliidu teise sambana finantsseisundi taastamise ja kriisilahenduse direktiiv⁴⁷ (BRRD), millega loodi EMP-s ühtsed finantsseisundi taastamise ja kriisilahenduse instituudid, ning tsentraliseeritud kriisilahenduse loonud ühtse kriisilahendusmehhanismi (SRM) määrus.⁴⁸ SRM-määruse artikli 2 lõike 1 kohaselt kohaldatakse ka SRM-i vaid nendes samades riikides, kus rakendatakse SSM-i, ehk hetkel 21 riigis pangandusliidu 30-st. Tavapärase finantsjärelevalve ning kriisilahenduse vahel asuvas finantsseisundi taastamise menetluses⁴⁹ omab käsitletud EKP volituste kohaselt EKP pädevust ka SRM-s 115 otsejärelevalve alla kuuluva panga suhtes, samas kui ülejäänute suhtes omavad pädevust kohalikud järelevalveasutused ehk finantsseisundi taastamise puhul on loodud SSM-ga sarnane segregatsioon.

Kuigi edutust finantsseisundi taastamisest järgmiseks sammuks olev kriisilahendus toimib juba finantsjärelevalvest oluliselt erinevatel alustel, jätkub sarnane erinev kohtlemine ka seal: SRM määruse artikli 7 kohaselt on pädevus olulisemate ja ülejäänud pankade suhtes jaotatud analoogselt SSM-ga vastavalt BRRD artikliga 42 loodud Ühtse Kriisilahendusnõukogu (SRB) ja liikmesriikide kriisilahendusasutuste vahel. SRB ja liikmesriikide kriisilahendusasutuste vastutuse ja kohtualluvuse jaotus on SRM-menetlustes küll SSM-ga loodud menetlustest veidi selgemini defineeritud⁵⁰, kuid ka finantsseisundi taastamise ja kriisilahenduse menetlustes leidub panga poolt vaadates mitu õiguslikku küsitavust. Eelkõige BRRD-ga loodud mitmed meetmed – näiteks panga iseseisvuse täielik äravõtmine artikli 27 lõike 1 punkti d, artikli 28 või artikli 29 alusel järelevalveasutuse poolt või artikli 35 või artikli 63 lõike 1 punktide b või l kohaselt kriisilahendusasutuse poolt koostoides artikli 85 lõikes 4 ette nähtud meetme kohese jõustamise võimalusega – võivad likvideerida igasuguse krediitiasutuse võime meetmete vastu apelleerida isegi juhul, kui meetme kehtestamine toimus asutuse poolt seadusvastaselt.

Finantsseisundi taastamise menetlustes jätkub täpselt samasugune pädevuste jaotus ja seega menetluste ebaühtlus EKP ja liikmesriikide järelevalveasutuste vahel. Ka ühtne kriisilahenduse mehhanismi väljundid ei ole kuigi ühtlased, peegeldades analoogseid erinevusi suurte ja väiksemate pankade menetlustes.

5. Kokkuvõte

Nii pankadele ka kui teistele finantsjärelevalve alla kuuluvatele subjektidele on loodud pangandusliidus ühtsed alusreeglid, kuid kogu Euroopa Liidu hõlmavast, kogu finantssektorit hõlmavast ega ühetaolisest järelevalvest rääkida ei saa. Ühtse ja võrdse kohtlemise seisukohalt esinevad olulised probleemid nii liikmesriikide materiaaõiguse ja menetlusõiguse erisuste kui ka nende erineva praktikas rakendamise tõttu.

⁴⁷ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/59/EL, 15. mai 2014, millega luuakse krediitiasutuste ja investeerimisühingute finantsseisundi taastamise ja kriisilahenduse õigusraamistik ning muudetakse nõukogu direktiivi 82/891/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiive 2001/24/EÜ, 2002/47/EÜ, 2004/25/EÜ, 2005/56/EÜ, 2007/36/EÜ, 2011/35/EL, 2012/30/EL ja 2013/36/EL ning määruseid (EL) nr 1093/2010 ja (EL) nr 648/2012. – ELT L 173, 12.06.2014, lk 190–348.

⁴⁸ Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EL) nr 806/2014, 15. juuli 2014, millega kehtestatakse ühtsed eeskirjad ja ühtne menetlus krediitiasutuste ja teatavate investeerimisühingute kriisilahenduseks ühtse kriisilahenduskorra ja ühtse kriisilahendusfondi raames ning millega muudetakse määrust (EL) nr 1093/2010. – ELT L 225, 30.07.2014, lk 1–90.

⁴⁹ Finantsseisundi taastamise kui eraldiseisva instituudi kohta vt M. Maarand. The Concept of Recovery of Credit Institutions in the Bank Recovery and Resolution Directive. – *Juridica International* 2019 (28), lk 103–111.

⁵⁰ Vt ka M. Maarand. The Impact of the Judgement in Case C-219/17, *Berlusconi and Fininvest*, on Court Jurisdiction Regarding Legality of Acts by Institutions of Single Resolution Mechanism. – *International Comparative Jurisprudence* 2019 (5) 2, lk 142–154.

Mittepankadest finantsturuosaliste seisukohast ühtset ega ühtlast finantsjärelevalvet ei eksisteeri. Mittepankade üle teostab finantsjärelevalvet igas riigis vastava riigi iseseisev finantsjärelevalveasutus kohalikku õiguskeskkonda arvestades omal äranägemisel. Finantsõiguse spetsiifiliste normide kõrval mängivad olulist rolli ka riikide haldusmenetlus- ja karistusõiguse erisused, erinev õiguskaitsevahendite kättesaadavus ja erinevad vaidlustamisvõimalused, samuti erinevused kahju hüvitamise regulatsioonis. Enamiku subjektide suhtes on teatav piiratud järelevalvet ühtlustav mõju Euroopa järelevalveasutustel nende poolt välja antavate pehme õiguse aktidega, millel aga tegelikult finantsturul toimuvaga ei pruugi liiga olulist seost olla.

Pankade jaoks on loodud lisaks ühetaoliste alusreeglitele ka ühtne järelevalvemehhanism ja on võimalik rääkida piiratud ulatuses tõelisest ühtsest finantsjärelevalvest. Kuigi mehhanism on ühtne, on finantsjärelevalve tegelik ühtsus piiratud eelkõige turule lubamise ja turult eemaldamisega ning panga olemust ja riskide juhtimist puudutavate konkreetsete valdkondadega ega kata ka ligikaudu kolmandikku pangandusliidu riikidest. Valdkondades ja riikides, kus reaalselt ühtne finantsjärelevalve toimib, on ometi sihilikult loodud sisemine ebaühtlus: pangad on olulisuse alusel jaotatud kahte gruppi, kus suurema 115 pangandusgrupi üle teostab tegelikku otsest ühtset finantsjärelevalvet EKP ning ülejäänud ligikaudu 2400 panga suhtes toimub ühtne finantsjärelevalve eelkõige teoreetiliselt ning reaalselt vaid juhul, kui EKP selliselt otsustab. Kõigis EMP riikides toimub EKP pädevusest välja jäävates valdkondades finantsjärelevalve killustatult nii nagu ülejäänud sektoris ning üheksas riigis toimib see selliselt killustatuna endiselt kõigis valdkondades. Ka finantskriisi ennetamise ja kriisilahenduse valdkonnas, mis rakenduvad juhul, kui pankade finantsjärelevalve alt veab, esineb samasugune ebavõrdsus.

Otsese tsentraliseeritud järelevalve puudumine või piiratus ei ole iseenesest järelevalvesubjektide poolt vaadates tingimata halb, vastupidi: vastavalt subsidiaarsuse põhimõttele on eelistatud allumine lähedal asuvale kohalikule järelevalvele. Samas õiguskeskkonna ning järelevalvepraktika ebaühtlus asetab subjektid liikmesriikide lõikes selgelt ebaühtlasesse järelevalvekeskkonda, mis võib väljenduda ka sarnastel tingimustel samas kohas sama teenust osutada soovijate ebavõrdses kohtlemises. Ühtsest ja ühtlasest kogu finantssektorit hõlmavast finantsjärelevalvest rääkida on olulisel määral eksitav, kuid see ei peaks olema ka eesmärk omaette. Tuntavalt rohkem kasu nii finantssektorile, tarbijatele kui ka ühiskonnale tervikuna tooks ilmselt nii materiaaõiguse kui ka laiema menetlusõiguse jätkuv ühtlustamine.

Autorist: Märt Maarand on Tartu Ülikooli doktorant. Ta on AS Pocopay riski- ja vastavuskontrolli juht.