Jukka Snell

11.4.2018

Eduskunnan talousvaliokunnalle

Hallituksen esitys HE 16/2018 vp

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

Kysymyksenasettelu:

Keskityn tässä lausunnossani ainoastaan valinnanvapauslain ja EU:n valtiontukisääntöjen suhteeseen. Olen aiemmin lausunut samasta asiasta perustuslakivaliokunnassa 6.4.2018.

Oikeudellinen lähtökohta

Oikeudellinen peruslähtökohta on seuraava: EU-oikeudesta ei johdu velvollisuutta saattaa sosiaali- ja terveyspalveluja kilpailun piiriin. Union oikeudellisessa järjestelmässä kukin jäsenvaltio voi itse päättää, miten se haluaa näiden palvelujen tuotannon järjestää. Jos jäsenvaltio kuitenkin päättää avata markkinat näiden palvelujen osalta siten, että siitä muodostuu yritystoimintaa eli taloudellista toimintaa, niin EU:n markkinasäännöt soveltuvat – mukaan lukien erityisesti valtiontuen kielto.

Yksinkertaistaen: jos Suomi päättää avata markkinat, niin EU:n markkinasääntöjä pitää noudattaa.

Oikeudellinen analyysi: valtiontukisääntely

EU:n valtiontukisääntöjen vaikutusta pohdittaessa on kiinnitettävä huomiota erityisesti kolmeen seikkaan: Onko kyseessä yritystoiminta, myönnetäänkö tukea ja soveltuuko SGEI-poikkeus?

Yritystoiminta eli taloudellinen toiminta

Kritisoin kesäkuussa 2017 perustuslakivaliokunnalle antamassani asiantuntijalausunnossa hallituksen silloista esitystä 47/2017 vp EU-oikeuden vaatimusten pinnallisesta ja epämääräisestä analyysistä. Yritystoiminnan arvioinnin osalta nyt käsiteltävänä oleva esitys 16/2018 vp on paljon

parempaa työtä. Lainvalmistelussa on pyritty käsittelemään valtiontukisääntöjen sovellutusedellytyksiä huolellisesti ja uusimmat kehityslinjat huomioiden.

EU:n kilpailusääntöjen keskeinen sovellutusedellytys on, että kyseessä on yritystoiminta. Yritystoiminnan käsitettä ei ole määritelty perussopimuksissa, vaan se on muotoiltu EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Peruslähtökohta on, että käsite ei riipu organisaation oikeudellisesta muodosta tai rahoituksesta vaan toiminnan luonteesta.[1] Niinpä verovaroilla rahoitettu julkisyhteisön osa voi olla yritys EU-oikeuden merkityksessä, jos se harjoittaa taloudellista toimintaa. Taloudellisen toiminnan käsite puolestaan on määritelty oikeuskäytännössä kaikeksi toiminnaksi, jossa tavaroita tai palveluja tarjotaan markkinoilla.[2]

Rajanveto taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan välillä on osoittautunut erityisen hankalaksi juuri sosiaali- ja terveyspalvelujen osalta. Viime kädessä se riippuu siitä, miten jäsenvaltio on päättänyt järjestää nämä palvelut.[3] Toisin sanoen jäsenvaltioilla on alueella harkintavalta, ja EU-oikeuden soveltuvuus riippuu niiden tekemistä poliittisista päätöksistä.

Sosiaaliturvaa koskevassa oikeuskäytännössä keskeinen rajanveto on tehty solidaarisuuteen perustuvien järjestelmien ja taloudellisten järjestelmien välillä. Solidaarisuuden kannalta relevantteja piirteitä ovat esimerkiksi onko järjestelmän ainoana tavoitteena sosiaalisen tehtävän täyttäminen, onko se voittoa tavoittelematon ja onko se valtion valvonnassa.[4] Jos järjestelmässä on sekä taloudellisia että solidaarisuuteen perustuvia piirteitä, täytyy suorittaa kokonaisarvo.[5]

Terveydenhuoltoa koskevassa oikeuskäytännössä solidaarisuuden käsite on myös ollut keskeisessä asemassa. Niinpä esimerkiksi valtion varoilla rahoitetut julkiset sairaalat, jotka tarjoavat ilmaiseksi yleisesti kattavia palveluja, eivät harjoita yritystoimintaa.[6]

Oikeustila on vuoden 2018 aikana kehittynyt tiukempaan suuntaan. EU:n komissio oli päätöksessä *Spoločná zdravotná poisťovňa, a.s (SZP) and Všeobecná zdravotná poisťovňa, a.s (VZP)* C (2014) 7277 final tarkastellut Slovakian vakuutusperusteisen terveydenhuoltojärjestelmän yksityiskohtia ja punninnut, seuraako niistä valtiontukisääntöjen soveltuvuus. Ratkaisussa komissio totesi, että huolimatta kilpailullisista ja voittoa tavoittelevista elementeistä järjestelmän pääasialliset piirteet ovat sosiaaliset ja perustuivat yhteisvastuuseen ja sääntelyyn. Niinpä kyseessä ei ollut taloudellinen toiminta ja valtiontukisääntöjä ei sovellettu. Helmikuussa 2018 EU:n yleinen tuomioistuin kumosi tämän päätöksen *Dovera*-tuomiossa.[7] Tuomioistuin kiinnitti erityisesti huomiota siihen, että vaikka Slovakian järjestelmää hallitsivat sosiaaliset, solidaariset ja sääntelyominaisuudet, se kuitenkin mahdollisti voittoa tavoittelevien yritysten osallistumisen

[1] Ks. esim. yhdistetyt asiat C-180/98–C-184/98 *Pavlov* EU:C:2000:428.
[2] Ks. esim. asia 118/85 *komissio v. Italia* EU:C:1987:283.
[3] Ks. esim., yhdistetyt asiat C-159/91 ja C-160/91 *Poucet ja Pistre* EU:C:1993:63.
[4] Ks. esim., yhdistetyt asiat C-264/01, C-306/01, C-354/01 ja C-355/01 *AOK Bundesverband* EU:C:2004:150 ja siinä viitattu oikeuskäytäntö.
[5] Ks. esim. asia C‑350/07 *Kattner Stahlbau* EU:C:2009:127, kohdat 33-68.
[6] Ks. esim. asia T-319/99 *FENIN* EU:T:2003:50 ja asia C-205/03 P *FENIN* EU:C:2006:453.
[7] Case T‑216/15 *Dôvera* EU:T:2018:64.

järjestelmään ja ne tosiasiassa kilpailivat erityisesti laadun ja palveluvalikoiman osalta. Kyseessä oli taloudellinen toiminta.

Nyt ehdotetussa sote-mallissa on sekä piirteitä, jotka puhuvat taloudellisen toiminnan puolesta että sitä vastaan. Viime kädessä nämä kysymykset voidaan ratkaista ainoastaan ehdotetun järjestelmän perusteellisen ja yksityiskohtaisen kokonaisarvioinnin kautta.[8] Eri osatekijät pitää systemaattisesti erotella ja niiden tärkeys punnita. Hallituksen esityksessä tehdään tällainen kokonaisarvio, jossa luetellaan ja punnitaan sekä taloudelliseen toimintaan viittaavia että sitä vastaan puhuvia seikkoja. Siinä myös huomioidaan oikein, että suoran valinnan palvelut, asiakassetelipalvelut ja henkilökohtainen budjetti eroavat toisistaan. Sekä asiakassetelipalveluiden että henkilökohtaisen budjetin osalta palveluntuottajat voivat valikoida asiakkaitaan ja henkilökohtaisen budjetin kohdalla myös hintakilpailu on mahdollista; nämä seikat viittaavat hyvin vahvasti taloudelliseen toimintaan.

Hallituksen esitys myös huomauttaa oikein, että uusi *Dovera*-tuomio lisää merkittävästi riskiä siihen, että järjestelmä katsotaan taloudelliseksi. Erityisesti unionin yleinen tuomioistuin kiinnitti huomiota siihen, että voittoa tavoittelevat yhtiöt kilpailevat palvelujen laadulla ja valikoimalla. Tästä johdettiin päätelmä, että toiminta oli taloudellista ja näin valtiontukisääntöjen piirissä. Samat tekijät ovat myös olennainen osa Suomen mallia.

Näillä perusteilla katson todennäköiseksi, että nyt ehdotettu valinnanvapausjärjestelmä muuttaa Suomen järjestelmän ainakin joiltakin osin taloudelliseksi EU-oikeuden mielessä ja näin tuo sen valtiontukisääntelyn piiriin.

Valtiontuki

Mikäli nyt ehdotetun järjestelmän seurauksena liikelaitokset katsotaan taloudellista toimintaa harjoittaviksi yrityksiksi, valtiontukia koskeva SEUT 107 artikla soveltuu. Tällöin täytyy tarkastella, antaako ehdotettu järjestelmä niille valtion varoista selektiivistä etua, joka voi vääristää kilpailua ja vaikuttaa valtioiden väliseen kauppaan.

Tämän osalta hallituksen esitys ei sisällä juurikaan tarkastelua. Sen perusteella on mahdotonta saada tarkkaa käsitystä siitä, millaisia tukielementtejä valinnanvapauslaki mahdollisesti sisältää.

Hallitus kuitenkin muistuttaa yleisesti kahdesta vaarasta. Ensinnäkin julkisen liikelaitoksen muodossa toimiva palveluntuottaja voi saada veroetua. Toiseksi se ei voi mennä konkurssiin. Hallituksen huolet ovat perusteltuja, mikäli julkiset palveluntarjoajat katsotaan yrityksiksi. Oikeuskäytäntö on vahvistanut, että sekä veroedut[9] että konkurssisuojaan liittyvä implisiittinen takaus voivat olla valtiontukea.[10] On kuitenkin huomattava, että hallituksen esityksessä pyritään

[8] Ks. esim. asia C‑350/07 *Kattner Stahlbau* EU:C:2009:127, kohdat 33-68.
[9] Ks. esim. asia C-387/92 *Banco Exterior de España* EU:C:1994:100.
[10] Asia C-559/12 P *Ranska v. komissio* EU:C:2014:217, erityisesti kohta 98.

neutralisoimaan veroetu suoran valinnan palvelujen osalta, joten ongelmaksi näyttäisi jäävän erityisesti konkurssisuojaan liittyvä implisiittinen rajoittamaton takaus.

Yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja koskeva poikkeus

SEUT 106(2) artikla sisältää poikkeuksen EU-säännöistä. Se soveltuu, kun on kyse yrityksestä, joka tuottaa yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja, joista usein käytetään lyhennettä SGEI (services of general economic interest). EU:n toiminnasta annetun sopimuksen määräyksiä sovelletaan vain siltä osin, kun ne eivät oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estä tällaisia yrityksiä hoitamasta niille uskottuja erityistehtäviä. Kaupan kehitykseen ei kuitenkaan saa vaikuttaa tavalla, joka olisi ristiriidassa unionin etujen kanssa.

SEUT 106(2) artiklan seurauksena on, että mikäli yleishyödyllisiä palveluja tuottava liikelaitos on yritys, valtiontukisäännökset eivät ulotu siihen, jos ne estävät sille annettujen tehtävien hoidon. Hallituksen esityksessä tätä ei ole juurikaan käsitelty.

SEUT 106(2) artiklan soveltamisedellytyksenä on, että on kyse yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvistä palveluista. EU:n toimielimet ovat hyväksyneet jäsenvaltioiden laajan harkintavallan niiden määrittelemiseksi.[11] Sosiaali- ja terveyspalvelut ovat epäilyksittä pääsääntöisesti käsitteen piirissä,[12] mikäli ne edes ovat taloudellisia palveluja. Niinpä Suomi voi halutessaan uskoa tämän artiklan puitteissa erityistehtäviä julkisille sote-palvelujen tuottajille. Sen tulisi kyllä kunnioittaa valtiontukisääntöjä, mutta vain siltä osin, kun ne eivät estäisi erityistehtävien hoitamista.[13] Tämän määräyksen perusteella komissio on esimerkiksi katsonut, että vaikka Brysselin alueella toimivat julkiset sairaalat olivat yrityksiä, niille annettu valtiontuki ei ollut EU-oikeuden vastaista.[14]

Edellä lausutusta seuraa, että Suomella on halutessaan mahdollisuus uskoa sote-palveluihin liittyviä tehtäviä liikelaitoksille valtiontukisääntelystä huolimatta, mikäli sääntelyn soveltaminen estäisi näiden tehtävien hoitoa. Ei olisi poissuljettua, että konkurssisuojaa voitaisiin yrittää perustella sillä, että liikelaitoksilla on velvollisuus vastata tietyistä sote-palveluista kaikissa olosuhteissa. Hallituksen esityksessä ei kuitenkaan tehdä tällaista analyysiä.

Ennakkoilmoitusvelvollisuus

Vaikka osittain jaan hallituksen esityksessä tehdyn analyysin yritystoiminnan osalta, en voi lainkaan ymmärtää siitä vedettyä johtopäätöstä. Hallitus tunnistaa, että Suomen järjestelmä voi olla ainakin osittain taloudellinen ja niin valtiontukisääntelyn piirissä. Se huomauttaa oikein, että

[11] Ks. myös Lissabonin sopimukseen liitetty pöytäkirja 26.
[12] Ks. oikeuskäytännöstä erityisesti asia T-289/03 *BUPA ym. v. komissio* EU:T:2008:29.
[13] Ks. yleisesti komission tiedonanto Euroopan unionin valtiontukisääntöjen soveltamisesta yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen tuottamisesta myönnettävään korvaukseen 2012/C 8/02.
[14] *Public financing of Brussels public IRIS hospitals* C(2016) 4051 final.

systeemin rakenteeseen kuuluvien julkisten liikelaitosten konkurssisuojasta seuraava implisiittinen takaus voi olla valtiontukea. Se huomioi, että jäsenvaltioilla on velvollisuus ilmoittaa ennakolta Euroopan komissiolle tuet, joita annetaan taloudelliseen toimintaan. Tästä huolimatta se päätyy kantaan, että notifioiminen ei ole perusteltua.

Hallitus väittää sivulla 110: ”[N]otifiointi EU- komissiolle johtaisi sellaisiin lisäkysymyksiin, joihin Suomella ei ole vastauksia ainakaan ennen kapitaatiomaksuja ja muita korvauksia koskevien maakuntien päätöksien valmistumista sekä ilman toiminnan vaikutuksien arviointia. Valinnanvapauslain notifioiminen merkitsisi siten käytännössä lainsäädäntökehikon notifioimista, joka ei määrittele vielä tosiasiallista toimintaa tai maakuntien toimeenpanoa, joka olisi keskeistä taloudellisen toiminnan luonteen sekä EU-valtiontukitarkastelun osalta. Täten ei voitaisi vastata keskeisiin komission kysymyksiin.”

En ymmärrä, miten tämä vapauttaisi Suomen ennakkoilmoitusvelvollisuudesta. On nähtävissä, että järjestelmä on mahdollista ainakin joiltakin osilta tulkita taloudelliseksi ja että jo sen rakenteeseen sisältyy elementtejä, jotka saattavat olla kiellettyä valtiontukea. SEUT 108(3) artiklan mukaan:

> *Komissiolle on annettava tieto tuen myöntämistä tai muuttamista koskevasta suunnitelmasta niin ajoissa, että se voi esittää huomautuksensa. Jos komissio katsoo, että tällainen suunnitelma ei 107 artiklan mukaan sovellu sisämarkkinoille, se aloittaa 2 kohdassa tarkoitetun menettelyn viipymättä. Jäsenvaltio, jota asia koskee, ei saa toteuttaa ehdottamiaan toimenpiteitä, ennen kuin menettelyssä on annettu lopullinen päätös.*

On tärkeää huomata, että tiedonantovelvollisuus ei siis koske myönnettyjä tukia vaan erityisesti jo *tuen myöntämistä koskevia suunnitelmia*. Artiklan mukaan komissio ottaa suunnitelmiin kantaa ennen kuin ne toteutetaan. Samansisältöiset säännöt on löydettävissä Neuvoston asetuksen (EU) 2015/1589 artikloista 2 ja 3,[15] joissa määrätään, että ilmoitus suunnitelmasta tulee tehdä ”riittävän ajoissa”. Tarkoituksena on varmistaa valtiontukikiellon tehokkuus. Jäsenvaltioille on asetettu ”selviä velvollisuuksia, joiden tarkoituksena on helpottaa komission valvontatehtävää ja välttää se, että asia tulisi komission käsiteltäväksi vasta tilanteessa, jossa kieltoa on jo rikottu.”[16]

Hallitus ei näytä olevan toimimassa näiden määräysten mukaisesti. Esityksen sivulla 110 kirjoitetun perusteella aikomuksena on kenties tulevaisuudessa notifioida järjestelmä, mutta vasta toiminnan ja toimeenpanon jo alettua, kun sen vaikutuksia voidaan arvioida. Tämä ei ole EU-oikeuden mukainen suunnitelman riittävän aikainen ennakkoilmoitus.

Lisäksi Suomea sitoo SEU 4(3) artiklan mukainen vilpittömän yhteistyön periaate. Tämä EU-oikeuden keskeinen perusperiaate vaatii:

> *Vilpittömän yhteistyön periaatteen mukaisesti unioni ja jäsenvaltiot kunnioittavat ja avustavat toisiaan perussopimuksista johtuvia tehtäviä täyttäessään.*

---

[15] NEUVOSTON ASETUS (EU) 2015/1589, annettu 13 päivänä heinäkuuta 2015, Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 108 artiklan soveltamista koskevista yksityiskohtaisista säännöistä (kodifikaatio) [2015] EUVL L248/9.
[16] Asia C-143/99 *Adria-Wien Pipeline* EU:C:2001:598, perustelukappale 23.

Jäsenvaltiot toteuttavat kaikki yleis- tai erityistoimenpiteet, joilla voidaan varmistaa perussopimuksista tai unionin toimielinten säädöksistä johtuvien velvoitteiden täyttäminen.

Jäsenvaltiot tukevat unionia sen täyttäessä tehtäviään ja pidättäytyvät kaikista toimenpiteistä, jotka voisivat vaarantaa unionin tavoitteiden toteutumisen.

On mielestäni vaikea nähdä, miten tietoinen ilmoittamatta jättäminen mahdollisista lisäkysymyksistä johtuen olisi vilpittömän yhteistyön periaatteen mukaista toimintaa. Ainoa oikeudellisesti mahdollinen ratkaisu on riittävän aikainen ennakkoilmoitus.

Puhtaasti oikeudellisten syiden lisäksi myös tarkoituksenmukaisuussyyt puhuvat aikaisen ilmoittamisen puolesta. On nähdäkseni selvää, että valinnanvapausjärjestelmä päätyy EU:n arviointiin ennemmin tai myöhemmin. Näin voi tapahtua joko kansallisen tuomioistuimen tekemän ennakkoratkaisupyynnön kautta tai komission alkaessa tutkia järjestelmää esimerkiksi kantelun seurauksena. On tärkeä huomata, että yksityiset voivat vedota SEUT 108(3) artiklaan kansallisissa tuomioistuimissa.[17] Lisäksi KHO on omassa lausunnossaan 13.12.2017 todennut, että se joutuisi pyytämään ennakkoratkaisua EU:n tuomioistuimelta valinnanvapausjärjestelmän luonnetta koskevassa asiassa. Jos EU:n toimielimet jälkikäteen toteavat, että Suomi on laittomasti maksanut valtiontukea osana valinnanvapausjärjestelmää, on keskeisenä seuraamuksena tuen takaisinperintä korkoineen. On helppo kuvitella, minkälaisen kriisin tämä saattaisi synnyttää: sosiaali- ja terveyspalveluja tuottavat julkiset liikelaitokset joutuisivat maksamaan takaisin mahdollisesti useilta vuosilta kertyneitä etuja ja niille karttuneita korkoja. Lisäksi jo luotua järjestelmää jouduttaisiin muuttamaan tai purkamaan arvaamattomin seurauksin. Nähdäkseni asianmukainen notifiointi on sekä Suomen laillinen velvollisuus että tarkoituksenmukainen menettely oikeudellisten riskien välttämiseksi.

On myös huomattava, että Neuvoston asetuksen (EU) 2015/1589 4 artikla asettaa komissiolle aikarajat. Jos komissio ennakkoilmoituksen alustavan tutkinnan jälkeen toteaa, että ilmoitettu toimenpide ei ole tukea, sen tulee tehdä tämä päätös kahden kuukauden kuluessa, joskin lisätietojen hankkiminen voi käytännössä pidentää tätä määräaikaa. Jos valinnanvapauslaki ei selvästi muuta Suomen järjestelmää taloudelliseksi, vahvistus tälle siis voidaan saada varsin nopeasti. On kuitenkin huomattava, että jos komissiolla on epäilyjä tämän suhteen ja se aloittaa muodollisen tutkintamenettelyn, prosessi voi kestää huomattavasti kauemmin. Joka tapauksessa komissio itse suosittelee käytännön kokemuksen perusteella, että jäsenvaltion on hyödyllistä olla siihen yhteydessä mahdollisimman aikaisessa vaiheessa jo ennen varsinaisen notifikaation tekemistä.[18]

Yhteenveto

[17] Esim. asia C-143/99 *Adria-Wien Pipeline* EU:C:2001:598.
[18] Komission tiedonanto valtiontuen tarkastusmenettelyissä sovellettavista käytännesäännöistä [2009} EUVL C136/04.

EU-oikeus ei pakota Suomea muuttamaan sosiaali- ja terveyspalvelujen tuotantosysteemiään. Jos Suomi päättää avata nämä palvelut markkinoille, EU:n valtiontukisäännöt soveltuvat. Keskeinen kysymys on, tekisikö uudistus näitä palveluita tuottavista liikelaitoksista yrityksiä. Koska ehdotetussa järjestelmässä on sekä solidaarisuuteen että taloudelliseen toimintaan liittyviä elementtejä, tähän kysymykseen vastaamiseksi vaaditaan perinpohjainen kokonaistarkastelu. Erityisesti hiljattain annettu *Dovera*-tuomio viittaa siihen, että ainakin osa uudesta järjestelmästä on taloudellisen toiminnan piirissä eli yritystoimintaa. Jos kyseessä näin on yritystoiminta, konkurssisuojaan liittyvä implisiittinen rajoittamaton takaus on valtiontukea. Suomella on oikeudellinen velvollisuus notifioida jo tuen myöntämistä koskeva suunnitelma riittävän ajoissa ennen tuen täytäntöön panemista.

Turussa 11. huhtikuuta 2018,

Jukka Snell

Eurooppaoikeuden professori, Turun yliopisto