Jukka Snell

10.12.2018

Eduskunnan perustuslakivaliokunnalle

Hallituksen esitys HE 16/2018 vp

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

1. Kysymyksenasettelu

Perustuslakivaliokunta on pyytänyt arviotani sosiaali- ja terveysvaliokunnan 6.11.2018 päivätystä mietintöluonnoksesta siltä osin, kun siinä esitetyt perustelut tai ehdotetut säännökset ovat valtiosääntöoikeudellisesti merkityksellisiä valtiontukea koskevan EU-sääntelyn johdosta. Pyynnön taustalla on perustuslakivaliokunnan kesäkuussa 2018 antamassa lausunnossa tekemät huomiot, jotka koskivat EU:n valtiontukisääntöjä. Huomiot koskivat erityisesti oikeusvarmuutta ja vilpittömän yhteistyön periaatetta. Arvioin alla, onko sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintöluonnoksessa onnistuttu vastaamaan näihin huomioihin. Olen lausunut perustuslakivaliokunnalle samasta hallituksen esityksestä huhtikuussa 2018. Käsittelin silloin varsin seikkaperäisesti EU:n säädöskehikkoa. En nyt toista tätä, vaan viittaan siltä osin aikaisempaan lausuntooni.

2. Oikeusvarmuus

Perustuslakivaliokunta kiinnitti huomiota erityisesti valtiontukisääntöjen sisältämään notifiointivelvollisuuteen. Se viittasi oikeudelliseen epävarmuuteen eräiden valinnanvapausmalliin ehdotettujen järjestelyiden suhteesta EU-oikeuden valtiontukisääntelyihin ja edellytti, että sosiaali- ja terveysvaliokunnan oli painavista valtiosääntöoikeudellisista syistä tarkkaan selvitettävä, voidaanko ehdotettua valinnanvapausjärjestelmää pitää sisällöltään notifiointia edellyttävänä ja tarvittaessa muutettava valinnanvapausjärjestelmää siten, että oikeudellinen epävarmuus valtiontukisääntelyn soveltuvuudesta poistuu.

Perustuslakivaliokunnan huolien taustalla on perustavanlaatuinen kysymys valtiontukisääntöjen soveltuvuudesta. Mikäli ehdotettu SOTE-malli tekee toiminnasta taloudellista eli yritystoimintaa, se tulee EU:n valtiontukisääntöjen piiriin. Tällöin erityisesti maakuntien liikelaitosten nauttima konkurssisuoja näyttäytyy valtiontukena,[1] sillä niiden kanssa kilpailevat yksityiset toimijat eivät saa samanlaista etua. Tällainen suunniteltu valtiontuki pitää ilmoittaa komissiolle ennen sen käyttöönottoa. Mikäli ilmoitusta ei tehdä, tuki on sääntöjenvastaista ja se voidaan periä takaisin.

A. Valinnanvapausjärjestelmän luonne taloudellisena tai ei-taloudellisena toimintana

SOTE:n ehdotettu valinnanvapausmalli kiistatta siirtää Suomen järjestelmää kohti taloudellista eli yritystoimintaa. Siinä 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. Eri osatekijät pitää systemaattisesti erotella ja niiden tärkeys punnita.[2] Hallitus itsekin tunnistaa esityksessään, että ehdotettu järjestelmä voi olla ainakin osittain taloudellinen ja näin valtiontukisääntelyn piirissä.[3] Hallituksen esitys myös huomauttaa oikein, että helmikuussa 2018 annettu *Dovera*-tuomio[4] lisää merkittävästi riskiä siitä, 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.

Onko sosiaali- ja terveysvaliokunta onnistunut selvittämään riittävällä varmuudella toiminnan luonteen siten, että epävarmuus poistuu? Valiokunta itse toteaa mietintöluonnoksen sivulla 111, käsitellessään saamaansa selvitystä, että ”*komission käytännön perusteella ei voida tehdä varmoja johtopäätöksiä sen suhteen, miten se arvioisi suoran valinnan palveluja tuottavien maakuntien liikelaitosten asemaa*”. Tästä huolimatta valiokunta johtopäätöksissään mietintöluonnoksen sivulla 113 varsin yllättävästi, asiaa sen paremmin perustelematta, toteaa että se ”*yhtyy hallituksen arvioon siitä, että valtiotukisääntelyn näkökulmasta maakunnan liikelaitoksen suoran valinnan palvelut eivät ole taloudellista toimintaa eikä liikelaitosta tule pitää suoran valinnan palvelujen osalta yrityksenä*”. En ymmärrä tätä sisäistä ristiriitaa.

Epävarmuus on joka tapauksessa vieläkin suurempaa kuin valiokunta on mietintöluonnoksen sivulla 111 todennut. Valiokunta osittain nojautuu komission *Lazion* sairaaloita koskevaan päätökseen vuodelta 2017,[5] johon valtioneuvosto oli vedonnut, sen mahdollisuuden tueksi, että valinnanvapausmalli on ei-taloudellinen. Tämä on vaarallista. Komission päätös annettiin ennen

[1] Asia C-559/12 P *Ranska v. komissio* EU:C:2014:217, erityisesti kohta 98.
[2] Asia C‑350/07 *Kattner Stahlbau* EU:C:2009:127, kohdat 33-68.
[3] Esityksessä todetaan: ”Täysin varmaa vastausta siitä, millainen on esitettävän valinnanvapausjärjestelmän EU-valtiontukioikeudellinen luonne, on mahdotonta antaa”.
[4] Case T‑216/15 *Dôvera* EU:T:2018:64.
[5] Brussels, 4.12.2017 C(2017)7973 final, State Aid SA.39913 (2017/NN) – Italy: Alleged compensation of public hospitals in Lazio.

Dovera-tuomiota vuodelta 2018, joten ei ole lainkaan varmaa, että komissio enää omaksuisi samaa tulkintalinjaa. Lisäksi sekä *Doverasta* että *Lazio*-päätöksestä on valitettu. On vaikea kuvitella epävarmempaa oikeustilaa.

B. Yritykselle myönnetty etu

Sosiaali- ja terveysvaliokunta esittää johtopäätöksissään myös, että vaikka kyseessä olisikin taloudellinen toiminta, maakuntien liikelaitosten nauttiman konkurssisuojan vastapainona ovat niille asetetut velvollisuudet ja rajoitteet. Se luettelee näitä mietintöluonnoksen sivuilla 113-114. Se myös toteaa, että konkurssisuoja on sosiaali- ja terveyspalvelujen toteuttamista turvaava elementti. Näillä perusteilla se katsoo mietintöluonnoksen sivulla 114, että vaikka toiminta olisi taloudellista, ”*ei maakunnan liikelaitoksen konkurssisuojasta koituisi liikelaitoksen suoran valinnan palveluita tuottaville yksiköille sellaista etua, joka asettaisi ne yksityisiä toimijoita parempaan asemaan ja jota voitaisiin pitää EU:n valtiontukisääntöjen vastaisena.*”

Valiokunnan lausuman taustalla on EU-tuomioistuimen *Altmark*-oikeuskäytäntö.[6] Tässä tapauksessa todettiin, että ”*siltä osin kuin valtion toimenpidettä on pidettävä korvauksena, joka on vastike edunsaajayritysten suorittamista sellaisista palveluista, jotka johtuvat julkisen palvelun velvoitteiden täyttämisestä, siten, että kyseiset yritykset eivät todellisuudessa saa taloudellista etua ja että kyseinen toimenpide ei näin ollen aseta kyseisiä yrityksiä edullisempaan kilpailutilanteeseen suhteessa niiden kilpailijayrityksiin, tällaiseen toimenpiteeseen ei sovelleta [SEUT 107(1) artiklaa]*”.[7] Toisin sanoen kyseessä ei ole valtiontuki, jos yritykselle vain ja ainoastaan korvataan sen tuottamat julkiset palvelut.

On kuitenkin huomattava, että tuomioistuin asetti *Altmarkin* soveltamiselle neljä edellytystä, joihin valiokunta itsekin viittaa käsitellessään saamaansa selvitystä mietintöluonnoksen sivuilla 111-112 . Näiden kaikkien on täytyttävä, jotta valtiontukisäännöt eivät soveltuisi. Nämä ovat:

> *Ensinnäkin edunsaajayrityksen tehtäväksi on tosiasiassa annettava julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen ja nämä velvoitteet on määriteltävä selvästi.*
>
> *Toiseksi ne parametrit, joiden perusteella korvaus lasketaan, on etukäteen vahvistettava objektiivisesti ja läpinäkyvästi, jotta vältettäisiin sellaisen taloudellisen edun sisältyminen korvaukseen, joka olisi omiaan suosimaan edunsaajayritystä suhteessa sen kilpailijayrityksiin.*
>
> *Perustamissopimuksen [107(1) artiklan] tarkoitetun valtiontuen käsitteen alaan kuuluu myös rahoituksellinen toimenpide, jolla jäsenvaltio korvaa yrityksen kärsimiä tappioita ilman, että tällaisen korvauksen parametrit on vahvistettu etukäteen, silloin kun jälkikäteen ilmenee, että tiettyjen palvelujen toteuttaminen julkisen palvelun velvoitteiden täytäntöönpanemiseksi ei ole ollut taloudellisesti kannattavaa.*
>
> *Kolmanneksi korvaus ei saa ylittää sitä, mikä on tarpeen, jotta voidaan kattaa kaikki ne kustannukset tai osa niistä kustannuksista, joita julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen aiheuttaa, kun otetaan huomioon kyseisestä toiminnasta saadut tulot ja kyseisten velvoitteiden täyttämisestä saatava kohtuullinen voitto.*

[6] Asia C-280/00 *Altmark Trans ja Regierungspräsidium Magdeburg* EU:C:2003:415.
[7] Perustelukappale 87.

Tällaisen edellytyksen noudattaminen on välttämätöntä sen takaamiseksi, ettei edunsaajayritykselle myönnetä sellaista etua, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua vahvistamalla kyseisen yrityksen kilpailuasemaa.

Neljänneksi silloin, kun julkisen palvelun velvoitteiden täyttämisestä vastaavaa yritystä ei tietyssä konkreettisessa tapauksessa valita sellaisessa julkisia hankintoja koskevassa menettelyssä, jossa on mahdollista valita se ehdokas, joka kykenee tuottamaan kyseiset palvelut julkisyhteisön kannalta vähäisimmin kustannuksin, tarvittavan korvauksen taso on määritettävä tarkastelemalla sellaisia kustannuksia, joita hyvin johdetulle ja asetettujen julkisen palvelun velvoitteiden täyttämisen kannalta riittävillä kuljetusvälineillä varustetulle keskivertoyritykselle aiheutuisi kyseisten velvoitteiden täyttämisestä, kun otetaan huomioon toiminnasta saadut tulot ja kyseisten velvoitteiden täyttämisestä saatava kohtuullinen voitto.

On selvää, että nämä kriteerit eivät täyty. Erityisesti, kuten valiokunta oikein huomauttaa mietintöluonnoksen sivulla 114, ”*hallitus ei ole esittänyt edellä todetun Unionin tuomioistuimen korvausteorian mukaisia laskelmia siitä, mikä on konkurssisuojan ja toisaalta liikelaitoksen erityisten velvoitteiden taloudellinen arvo*”. Tämän johdosta *Altmarkia* ei yksinkertaisesti voida soveltaa. Kuten EU-tuomioistuin itse totesi, ”*sellaista valtion toimenpidettä, joka ei vastaa yhtä tai useampaa mainituista edellytyksistä, on pidettävä [SEUT 107(1) artiklassa] tarkoitettuna valtiontukena*.”[8] Tällöin se on notifioitava komissiolle, kuten valiokunta toteaa ennen johtopäätöksiään mietintöluonnoksen sivulla 112.[9]

C. Kilpailun vääristyminen

Sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintöluonnoksen johtopäätöksissä tuodaan esille myös argumentti, että vaikka konkurssisuojasta syntyisi etua, kilpailu ei kuitenkaan vääristyisi. Valiokunta lausuu johtopäätöksissään mietintöluonnoksen sivulla 115: ”*Huomioiden valinnanvapauslain useat muut kilpailuneutraliteetin takaavat tekijät, maakunnan liikelaitoksen liikelaitosmuodossa harjoittamalle suoranvalinnan palvelutuotannolle esimerkiksi ns. konkurssisuojan muodossa mahdollisesti syntyvä taloudellinen etu ei vääristäisi kilpailua maakunnan liikelaitoksen ja muiden suoran valinnan palveluiden tuottajien välillä eikä maakunnan liikelaitokselle näin ollen voisi muodostua EU:n valtiontukisääntöjen vastaista valtiontukea*.”

Tältäkin osalta johtopäätökset ovat jännitteessä aiemmin selvitetyn oikeustilan kanssa. Valiokunta itse totesi oikein mietintöluonnoksen sivulla 111, että ”*selvityksen mukaan on lisäksi huomattava, että EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä kilpailun vääristymisen kriteerin on katsottu täyttyvän erittäin helposti. Tämä johtuu siitä, että SEUT 107(1) artiklan sanamuodon mukaan riittää, että kilpailu uhkaa vääristyä. Ei siis tarvita tosiasiallista vääristymistä, vaan pelkkä potentiaalinen vääristyminen riittää. EU-tuomioistuimen mukaan ’ei ole velvollisuutta osoittaa, että… kilpailu*

[8] Perustelukappale 94.

[9] Ks. myös 2012/21/EU: Komission päätös, annettu 20 päivänä joulukuuta 2011 , Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 106 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta tietyille yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille korvauksena julkisista palveluista myönnettävään valtiontukeen OJ L 7, 11.1.2012, p. 3–10.

tosiaankin vääristyy, vaan… on ainoastaan tutkittava, ovatko… tuet omiaan… vääristämään kilpailua'" (alaviitteet poistettu). Oikeuskäytännön valossa[10] on nähdäkseni mahdotonta väittää, että konkurssisuoja ei potentiaalisesti vääristäisi kilpailua. Se on selkeästi *omiaan* johtamaan kilpailun vääristymiseen.

3. Vilpittömän yhteistyön periaate

Perustuslakivaliokunta katsoi myös, että sosiaali- ja terveysvaliokunnan on syytä tarkoin selvittää ja harkita vilpittömän yhteistyön periaatteen merkitystä asiassa. En löytänyt sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintöluonnoksesta mitään, missä tätä periaatetta olisi käsitelty tai se edes mainittu. Pyrin kuitenkin nyt analysoimaan mietintöluonnosta tämän periaatteen valossa.

Vilpittömän yhteistyön periaate eli lojaliteettiperiaate on EU-oikeuden keskeinen perusperiaate. Se sisältyy SEU 4(3) artiklaan:

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

Nähdäkseni mietintöluonnos on ongelmallinen tämän periaatteen kannalta. Ensinnäkin siihen itseensä sisältyy voimakkaita sisäisiä jännitteitä tai jopa ristiriitoja, joita olen tuonut esiin yllä. EU-oikeuden vaatimukset on kuvattu oikein, kun valiokunta käsittelee saamaansa selvitystä, mutta siitä vedetään johtopäätöksiä, jotka eivät näitä vaatimuksia kunnioita.

Toiseksi sen johtopäätöstä notifikaatiomenettelyn tarpeettomuudesta on vaikea ymmärtää vilpittömän yhteistyön periaatteen kannalta. Jo se seikka, että hallitus on esityksessään katsonut, että "*varmaa vastausta siitä, millainen on esitettävän valinnanvapausjärjestelmän EU-valtiontukioikeudellinen luonne, on mahdotonta antaa*", puhuu sen puolesta, että vilpittömän yhteistyön periaate edellyttää notifiointia. Näin on erityisesti, kun Suomen korkein hallinto-oikeus on lausunnossaan joulukuussa 2017 pitänyt notifiointia "*oikeusvarmuuden turvaamiseksi ainoana oikeudellisesti kestävänä menettelytapana*"[11] ja kun sosiaali- ja terveysvaliokunta itse toteaa, että "*komission käytännön perusteella ei voida tehdä varmoja johtopäätöksiä sen suhteen, miten se arvioisi suoran valinnan palveluja tuottavien maakuntien liikelaitosten asemaa*".

Mietintöluonnoksessa tehdään lopulta seuraava johtopäätös: "*Valiokunnan saaman selvityksen mukaan hallitus katsoo, että Suomella ei ole notifikaatiovelvollisuutta eikä*

[10] Ks. esim. asia C-559/12 P *Ranska v. komissio* EU:C:2014:217 ja asia 438/16 P *komissio v. Ranska ja IFP Énergies nouvelles* EU:C:2018:737.
[11] H 567/17, s. 3.

oikeusvarmuusilmoituksen tekeminen ole muutoinkaan perusteltua… Hallitus perustaa näkemyksensä siihen, että täyttä oikeudellista varmuutta EU:n valtiontukisääntöjen soveltuvuudesta valinnanvapausjärjestelmään ei pystytä etukäteen saavuttamaan ja että järjestelmä on kuitenkin laadittu siten, että vaikka valtiontukisäännöt soveltuisivat järjestelmään, olisi se valtiontukinäkökulmasta hyväksyttävissä. Sosiaali- ja terveysvaliokunta viittaa valinnanvapausjärjestelmän taloudellisen tai ei-taloudellisen toiminnan luonteesta edellä mietinnössä esitettyyn katsoen sen olevan ei-taloudellinen ja pitää ensisijaisen tärkeänä, että Suomen sosiaali- ja terveyspalveluja koskeva päätöksenteko pidetään kansallisena niin pitkälle kuin EU-lainsäädännöstä ei muuta johdu."

On mahdotonta ymmärtää, miten täyden oikeudellisen varmuuden saavuttamisen vaikeus tai tuen mahdollinen hyväksyttävyys poistaisivat SEUT 108(3) artiklan mukaisen velvollisuuden ilmoittaa riittävän ajoissa tuen myöntämistä koskevat suunnitelmat. Halu pitää päätöksenteko kansallisena ei myöskään ole oikeudellisesti hyväksyttävä syy jättää notifikaatio tekemättä. Myöskään ministeriöiden ilmaisema huoli siitä, että "*notifioinnin arvioidaan kestävän pitkään*" (mietintöluonnos, sivu 103), ei ole oikeudellisesti relevantti. Harkittu ilmoittamatta jättäminen epävarmuustilanteessa ei ole vilpittömän yhteistyön periaatteen mukaista toimintaa. Kuten perustuslakivaliokunta totesi: "*Perustuslakivaliokunnan käsityksen mukaan Euroopan unionista tehdyn sopimuksen (SEU) 4(3) artiklaan kirjatusta vilpittömän yhteistyön periaatteesta seuraa, että jos jäsenvaltio katsoo maksavansa valtiontukea tai sillä on vahvoja epäilyksiä siitä, että kyseessä on valtiontuki, asia tulee notifioida komissiolle. Notifiointivelvollisuus kattaa siis myös tulkinnanvaraiset tilanteet*" (PeVL 15/2018, s. 49).

4. Yhteenveto

Nähdäkseni sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintöluonnos ei poista valtiontukielementteihin liittyvää oikeudellista epävarmuutta. Valiokunnan saama selvitys kuvaa oikeudellisen epävarmuuden luonnetta ja siihen liittyviä tekijöitä, vaikka valiokunta johtopäätöksissään tuleekin toiseen lopputulokseen. Valiokunta ei myöskään ole huomioinut tai edes maininnut vilpittömän yhteistyön periaatteen merkitystä.

Turussa 10. joulukuuta 2018,

Jukka Snell

Eurooppaoikeuden professori, Turun yliopisto