

Lausunto Eduskunnan talousvaliokunnalle

Eduskunnan talousvaliokunta on pyytänyt allekirjoittaneelta kirjallista asiantuntijalausuntoa sekä saapumista kuultavaksi koskien hallituksen esitystä eduskunnalle valinnanvapauslaiksi (HE 16/2018 vp). kilpailun näkökulmasta.

1. Hallituksen esitys

Hallituksen esityksessä ehdotetaan säädettäväksi uusi laki asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa. Lain tavoitteena on edistää sosiaali- ja terveydenhuollon asiakkaiden mahdollisuuksia valita palvelun tuottaja ja parantaa palvelujen saatavuutta ja laatua. Laissa säädettäisiin asiakkaan valinnanvapauden sisällöstä, valinnanvapauden käyttämiseen liittyvästä neuvonnasta ja ohjauksesta sekä palvelujen yhteensovittamisesta, palvelujen tuottajien hyväksymis- ja sopimusmenettelyistä, palvelujen tuottamisesta ja tuottajia koskevista velvoitteista, palvelun tuottajille suoritettavista korvauksista, tiedonhallinnasta ja valvonnasta sekä valinnanvapausmallin käyttöönotosta. Yksityiskohdat ilmenevät hallituksen esityksestä.

Lausunnossa asiaa käsitellään kilpailun toimivuuden näkökulmasta. Totean lausuntonani kunnioittavasti seuraavaa.

2. Kilpailun toimivuuden yleiset edellytykset

SOTE-uudistusta koskevien linjausten mukaan järjestelmää on tarkoitus kehittää siten, että julkisen ja yksityisen sektorin palvelutuottajat tuottavat samoja palveluja kilpailutilanteessa. Tähän asti julkista ja yksityistä terveydenhoitoa on koskenut erilainen sääntely, esimerkiksi lupamenettelyt ja valvonta ovat poikenneet toisistaan.

Tarkasteltaessa kilpailun lisäämistä SOTE-markkinoilla on syytä kiinnittää huomiota siihen, millaista kilpailua sääntelykokonaisuudessa oikeastaan tarkoitetaan tai millaiseen sääntelyyn se johtaa. *Kilpailuprosessi* voidaan määritellä sarjaksi aloitteista ja vastareaktioista koostuvia toimenpiteitä, joilla yritykset pyrkivät parantamaan asemaansa markkinoilla suhteessa kilpailijoihinsa. Kilpailun prosessiluonnetta korostavia määritelmiä voidaan luonnehtia *dynaamisiksi määritelmiksi*. Kilpailua ei tarkastella valokuvamaisena otoksena tietyn hetken tilanteesta, vaan pidemmän aikavälin kehityskulkuna, jossa tilanteet vaihtelevat. Kilpailun lopputulos ei ole ennakolta selvillä. Täydelliseltä tuntuva voitto osoittautuu myöhemmin vain yhdeksi vaiheeksi kehityksen pyörässä, jossa valta-asemia saavutetaan, pidetään ja menetetään. Tässä mielessä kilpailuprosessi on perusluonteeltaan ikuinen ja markkinavoima aina väliaikainen. Kilpailuteoriassa aiemmin painottuneesta vallitsevien kilpailuolosuhteiden kuvaamisesta on enenevässä määrin siirrytty markkinoiden muutosta koskevan dynaamisen prosessin tutkimiseen. Kilpailuteoreettisessa kirjallisuudessa puhutaan *kilpailun funktioista*, joilla kuvataan taloudellisen kilpailun merkitystä ja tehtäviä hyödykkeiden tuotannossa ja yhteiskuntaelämän järjestämisessä. Vapaa suorituskilpailu mahdollistaa sen, että

- 1) markkinoilla syntyvä tarjonta vastaa kuluttajien preferenssejä (*ohjausfunktio*);
- 2) tuotantopanokset ohjautuvat tehokkaimpaan mahdolliseen käyttöönsä ja yritykset hyödyntävät tehokkaimpia mahdollisia tuotantomenetelmiä (*allokaatiofunktio*);
- 3) teknisen edistyksen seurauksena markkinoilla syntyy aiempaa edullisempia tuotantomenetelmiä ja kokonaan uusia hyödykevaihtoehtoja (*innovaatiofunktio*);

- 4) markkinat reagoivat nopeasti olosuhteissa tapahtuviin muutoksiin sopeuttamalla ja uudelleen ohjaamalla tuotantoaan (*sopeutumiskunktio*);
- 5) markkinoilla syntyvä tulonjako perustuu suoritukseen (*tulonjakofunktio*);
- 6) markkinat itse kontrolloivat ja purkavat valtokeskittymiä ja estävät siten markkina-voiman pysyväisluonteisen keskittymisen (*vallan hajauttamiskunktio*).¹

Taloudellisessa kilpailussa voidaan erottaa toisistaan vaihdanta- ja rinnakkaisprosessi. *Vaihdantaprosessissa* tarkastellaan kauppakumppanin valinnanvapautta ja sen rajoituksia. Tämä valinnanvapaus on sitä suurempi, mitä suurempi hyödykkeiden keskinäinen korvaavuus on ja mitä joustavammin yritykset voivat suunnata tuotantoaan uudelleen. *Rinnakkaisprosessilla* tarkoitetaan samoilla markkinoilla toimivien kilpailevien yritysten välistä kilpailua, mukaan lukien sillä hetkellä vielä markkinoiden ulkopuolella olevat potentiaaliset kilpailijat. Rinnakkaisprosessi voidaan jakaa *innovatiiviseen* ja *imitoivaan* kilpailuun, jolloin saadaan esille kilpailun syklinen luonne. Innovatiivinen käyttäytyminen, esimerkiksi entistä paremman tuotantomenetelmän kehittäminen, tuo innovaation tekijälle kilpailuedun, jonka turvin yritys saa hetkittäisesti markkinavoimaa. Toimivassa kilpailussa kauppakumppanin tai asiakkaan riippuvuus on kuitenkin luonteeltaan tilapäistä. Luova prosessi saa päätöksensä kilpailijoiden ryhtyessä jäljittelemään innovatiivista yritystä, jotta luovalle kilpailulle syntyisi uusia edellytyksiä.

Palvelujen saatavuuteen liittyvät ongelmat ovat olleet usein taustalla, kun kilpailullisia elementtejä on otettu eri maissa käyttöön julkisesti rahoitettujen terveystalvelujen tuotannossa. Näin on pyritty houkuttelemaan uusia tuottajia ja monipuolistamaan palveluita. Valinnanvapausjärjestelmässä, jossa potilaalla on mahdollisuus valita palveluiden tuottaja, pienten palveluntuottajien alalle pääsy saattaisi periaatteessa olla helpompaa kuin markkinoilla, jossa toimijat valitaan esimerkiksi hankintalain mukaisella tarjouskilpailulla.

Palveluiden saatavuuden parantaminen on ollut tärkeä tavoite monien maiden terveydenhuoltouudistuksessa. Kilpailua lisäävien uudistusten taustalla on ollut pyrkimys parantaa saatavuuden lisäksi laatua. Taloustieteen teoreettisen ja empiirisen kirjallisuuden perusteella terveystalveluiden tuottajien välinen kilpailu on johtanut laadun paranemiseen ja kustannusten laskemiseen kilpailullisilla alueilla. Kilpailun ja laadun välinen vuorovaikutus voi kuitenkin olla moniselitteisempää, ja kilpailun vaikutukset riippuvat muun muassa tuottajien taloudellisista tavoitteista ja ominaispiirteistä. Valinnanvapaus vaatii kuitenkin tuekseen asiakkaille tarjolla olevaa vertailukelpoista tietoa, jotta valinnanvapaus toimii toivotulla tavalla.

Kilpailun toimivuuden edellytyksenä on, että asiakkaalla on *valinnanvapaus* eli mahdollisuus hylätä huonolaatuiset tai kalliit talvelut. Näin markkinat toimivat siten, että parhaimmat ja tehokkaimmat palveluntarjoajat säilyvät ja tehottomat poistuvat markkinoilta. Kilpailu ei tällä hetkellä toimi parhaalla mahdollisella tavalla, ja uudistuksella tavoitellaan nykyistä tehokkaampaa järjestelmää. Alalla on palveluresursseja, jonka tuomat mahdollisuudet tulisi hyödyntää aiempaa paremmin. Potilaan valinnanvapaus mahdollistaa toimijoiden tasapuolisten kilpailuolosuhteiden syntymisen ja siten kilpailuhyötyjen saavuttamisen.

Jotta kilpailuprosessi (*toimiva valinnanvapaus*) voisi toimia ja tuottaa siltä odotettuja hyötyjä, valitun kompensatiomallin tulisi olla sellainen, että

- 1) eri palveluntuottajien laatu, innovatiivisuus ja kustannusedut pääsevät esille
- 2) palveluntuottajilla on kannustin pyrkiä mahdollisimman hyvään suoritukseen

¹ Ks.. Kuoppamäki, Petri Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa (2003) s. 115.

- 3) asiakastyytyväisyys ja siitä saatavat signaalit ohjaavat kysyntää hinta-laatusuhteeltaan parhaisiin toimijoihin
- 4) palveluntuottajilla on jatkuva kannustin kehittää palveluitaan.

Nykyisen alueellisen mallin mukaiseen kapitaatioon liittyy ongelmia. Riskinä on, jäykkä ja staattinen järjestelmä, jossa palveluntuottajilta puuttuvat kannustimet toimintansa kehittämiseen. Kiinteän kattohinnan piirteitä sisältävällä järjestelmällä saatetaan luoda negatiivisia kannustimia heikentää palvelun laatua, mikäli tämä maksimoisi palveluntuottajan saamaa katetta ja kyseisellä alueella ei ole riittävää kilpailupainetta. Tämä voi ilmetä mahdollisimman halpojen hoitokeinojen käyttämisenä niissäkin tilanteissa, joissa lääketieteelliset syyt puhuisivat muiden (kalliimpien) toimenpiteiden puolesta.

Toisena riskinä on palvelutarjonnan keskittymistä palveluntuottajalle hinta-kustannussuhteeltaan mahdollisimman ”edullisiin” asiakasryhmiin, eli siis sellaisiin, joilta saadaan kapitaatiomaksuja vähäisemmällä riskillä riskiä kalliista hoitotoimenpiteistä (ns. kermankuorinta). Lisäksi kapitaatio saattaa luoda kannustimen siirtää potilaita erikoissairaanhoidon aina kun kyseessä on rajatapaus. Näihin haasteisiin on hallituksen esityksessä pyritty vastaamaan rajoittamalla eri keinon palveluntuottajien mahdollisuuksia torjua asiakkaita.

Kolmanneksi, mikäli kapitaatio on liian alhainen, palveluntuottajilta puuttuisivat kannustimet hoidon laatua parantaviin uusinwestointeihin jos niihin liittyisi merkittävä investointiriski. Tähän on pyritty vastaamaan laatukannustimilla.

Tuottajille maksettavat korvaukset ja niiden määräytymisperusteet ovat olennaisen tärkeitä toivottujen tulosten saavuttamisen kannalta. Korvausten tulisi kannustaa vaikuttavaan ja laadukkaaseen tuotantoon sekä mahdollistaa järjestäjän tehokas ohjaus. SOTE-palveluiden laadun parantamisen kannalta erilaisia palvelusetelin käyttämiseen perustuvia ratkaisuja voidaan pitää osumatarkkoina vaihtoehtona. Samalla on mahdollista luoda kansalaisille kannustimia omaehtoiseen terveyteen panostamiseen. Voidaan myös olettaa, että käytettävissä olevat resurssit saadaan parempaan käyttöön, kun maksettavat korvaukset korreloivat kulloisenkin kysynnän eli vaadittujen hoitotoimenpiteiden kanssa. Sääntelymallin ei tulisi ohjata käyttämään mahdollisimman halpoja vaan mahdollisimman kustannustehokkaita hoitomalleja, kun huomioon otetaan potilaan tarve ja käytettävissä olevat resurssit.

Jotta valinnanvapaus tuottaisi tuottajille kannusteita toiminnan laadulliseen kehittämiseen, edellyttää tämä, että raha seuraa potilasta hänen valitsemalleen palveluntuottajalle. On lisäksi tärkeä varmistaa, että rahan seuraaminen on joustavaa ja oikeudenmukaista.

SOTEn onnistuminen edellyttää myös kilpailuneutraliteettia. Tämä tarkoittaa, että yksityisiä ja julkisia toimijoita kohdellaan samanarvoisesti ja vältetään kaikkia sellaisia lainsäädännöllisiä tai hallinnollisia ratkaisuja, jotka vääristäisivät kilpailua palveluntuottajien välillä. Tämä edellyttää ensinnäkin, että palveluntuottajilla on tasapuoliset oikeudet tarjota palveluita. Toiseksi, julkisen tuen tulee olla samalla tasolla sekä julkisilla että yksityisillä palveluntuottajilla. Elinkeinotoiminnan näkökulmasta kilpailuneutraliteetti tarkoittaa julkisen ja yksityisen elinkeinotoiminnan tasapuolisia toimintaedellytyksiä. Oikeudenmukaisesti, tasapuolisesti ja puolueettomasti toimivat markkinat ovat tärkeitä, jotta taloudellinen tehokkuus ja yhteiskunnan voimavarojen tarkoituksenmukainen kohdentaminen toteutuisi.

3. Lisääkö valinnanvapauslaki kilpailua?

Valinnanvapauslain yleisperusteluissa todetaan muun ohella seuraavaa:

”Lakiehdotuksen mukainen valinnanvapausjärjestelmä todennäköisesti lisää palveluntuottajien välistä kilpailua. Maakunnan tulee varmistaa, että palveluntuottajille asetetut kannusteet ovat linjassa asetettujen tavoitteiden kanssa ja maakunta käyttää laissa linjattuja ohjaus- ja puuttumiskeinoja tavoitteiden toteutumisen varmistamiseksi.”

”Ehdotuksessa esitetty valinnanvapausmalli lisää kilpailua sosiaali- ja terveystalouden tuottajien välillä. Kilpailuasetelma tulee vaihtelevaan eri alueiden, palvelujen ja yksittäisten tuottajien välillä. Sosiaali- ja terveydenhuollon alalla toimiville palveluntuottajille liittyminen mukaan maakunnan palveluntuottajaksi on helpompaa, jos maakunnan kautta rahoitettavat palvelut täydentävät nykyistä liiketoimintaa. Uusille palveluntuottajille ja niille, jotka pyrkivät luomaan maakunnan rahoittamasta toiminnasta pääsääntöisen liiketoiminnan, on kriittisintä saavuttaa riittävä toiminnan volyymi, jotta toiminnan kustannukset saadaan katettua. Maakunnan on asettamiensa ehtojen, sopimusohjauksen ja valvonnan keinoin pyrittävä ohjaamaan palveluntuottajia toimimaan toivomallaan tavalla ja edesauttamaan yhteisten tavoitteiden toteutumista. Maakunnan on huomioitava toimeenpanossaan tuottajien mahdolliset negatiiviset kannusteet, kuten asiakasvalikointi ja alihoito. Lakiehdotus antaa maakunnille erilaisia keinoja lisätä tuottajien kannusteita mm. laadun ja kustannusvaikuttavuuden parantamiseksi ja siten ohjata toimintaa haluttuun suuntaan. Pääallekkäisten vakuutusten ja palvelukäytön olemassaolo vaikeuttaa kilpailun laatuvaikutusten syntymistä.”

Edellä mainittu sitaatti kuvaa suurta epävarmuutta, jota mallin toteuttamiseen kilpailun toimivuuden näkökulmasta liittyy.

Uudistuksen onnistumisen näkökulmasta on keskeistä arvioida, kuinka kilpailu tulee toimimaan syntyvillä alueellisilla terveys- ja sosiaalipalveluiden markkinoilla. Lausunnonantajan näkökulman mukaan ei ole aivan selvää, miten ja kuinka intensiivisesti palveluntuottajat tulevat kilpailemaan asiakkaita. Epäilemättä tässä tulee esiintymään ala- ja aluekohtaista variaatiota. Hallituksen esityksessä korostetaan laatukilpailun merkitystä, jolloin keskeiseen rooliin nousee kysymys siitä, miten kannustetaan laadun parantamiseen. Kilpailukeinojen sääntely voi lisätä laatukilpailua, mutta uhkana on toimintatapojen jäykistyminen. Uudistuksen kilpailuvaikutusten arviointia vaikeuttaa merkittävästi, että sosiaali- ja terveydenhuollon koko toimintaympäristö muuttuu. Tällaisen kertarysäyksellä toteutettavan paradigmaattisen muutoksen kilpailuvaikutusten arviointi on erittäin haasteellista, eikä tarkkaa käsitystä liene mahdollista esittää.

Kyse on erittäin monimutkaisesta järjestelmästä ja erityisesti siitä, miten mallia tulevaisuudessa sovelletaan käytäntöön. Lisäksi SOTEn piirissä on hyvin suuri joukko täysin erilaisia palveluita, joiden toteuttamistapa, käytännöt, markkinaolosuhteet ja ansaintalogiikka poikkeavat toisistaan. Tarkempi kilpailuvaikutusten arviointi edellyttäisi SOTEn liittyvien lukuisten hyödyke- ja maantieteellisten markkinoiden tarkastelua kutakin erikseen. Lausunnonantaja esittää kuitenkin seuraavan arvion.

Todennäköisesti terveystalouden kilpailu tulee lisääntymään suurilla paikkakunnilla. Sen sijaan epätodennäköistä on, että kilpailu i merkittävästi pienillä paikkakunnilla. Kilpailluilla markkinoilla yritykset investoivat sinne, missä on paljon asiakkaita ja hyvät taloudellisen voiton mahdollisuudet, eivätkä sinne, missä voiton tekemisen mahdollisuudet ovat pienet. Tämä on markkinoiden peruslogiikka.

Asiaan vaikuttaa myös se, mikä vaikutus kapitaatiomallilla tulee olemaan vaadittuun yrityskokoon. Kapitaatio vaatii suurta yrityskokoa ja suurta asiakaspoolia. Kapitaatio on eräänlainen ”vakuutusyhtiömalli”, jollainen aina perustuu suurten lukujen laille. Esimerkiksi PK-yritys ei pysty tarjoamaan asiakkaalle vakuutusta, jossa 100 euron vuorimaksulla yrittäjä ottaa riskin 100.000 euron vahingosta. Sen sijaan suuri vakuutusyhtiö, jolla on esimerkiksi 500.000 tai 1000.000 asiakasta, pystyy tämän riskin ottamaan. Kapitaatiota voidaankin luonnehtia eräänlaiseksi ”vakuutusmalliksi”, jossa terveystalouden yritys ottaa kapitaatiokorvausta vastaan vastataksaan kaikkien sen pooliin kuuluvien asiakkaiden perusterveydenhuollon riskeistä.

Jotta palvelun tarjontaa syntyisi, tulee SOTE-keskusta operoivan tahon pystyä kattamaan toiminnan muuttuvat ja kiinteät kustannukset. Yksityisten yritysten tulee tuottaa näiden lisäksi vielä sijoitetulle pääomalle kohtuullinen tuotto. Tästä seuraa, että palvelun tarjontaa tietyllä korvaustasolla syntyy sinne, missä on riittävästi väestöä eli toiminnan volyymia on tarpeeksi kattamaan toiminnasta aiheutuvat kulut. Mikäli hinta asetetaan koko maakunnassa niin, että tarjontaa syntyy myös pienille paikkakunnille, tarkoittaa se käytännössä suuria voittoja väestökeskittymissä toimiville SOTE-keskuksille ja vastaavasti kokonaiskustannusten kasvua. Lainsäädännössä mainittu mahdollisuus maksaa erillistä korvausta palvelun tuottajille mm. väestötiheyden perusteella auttaa tämän haasteen hallinnassa, mikäli säännöstä osataan soveltaa. Väestömääriltään pienille paikoille palveluiden tarjontaa ei helposti synny ja sen järjestäminen tulee joka tapauksessa maksamaan keskimääräistä enemmän. Syntyy haasteellinen

Kapitaatiomallissa *yritykset eivät kilpaile hinnalla*, mistä syystä yritysten tehokkuusedut eivät välity asiakkaille alhaisempina hintoina. Kapitaatiossa oletuksena on, että asettaessa kattohinta yritykset kilpailevat hinnan sijasta laadulla. Tämä taloustieteen oletus pätee kuitenkin *vain ja ainoastaan siinä tapauksessa, että kilpailu kyseisillä markkinoilla on tehokasta ja toimivaa*. Mikäli tietyillä hyödyke- ja alueellisilla markkinoilla on vain yksi toimija tai tiukka oligopoli, terveyspalvelun tuottajalla/tuottajilla ei ole riittävää kannustinta laatukilpailuun, sillä ne säilyttävät asemansa muutenkin. Tällöin kilpailumalliksi tulee voiton maksimointi kustannuksia karsimalla. Vaihtoehtoisesti laadun parantaminen edellyttää maksajalta lisäpanostusta. Edellinen vaihtoehto merkitsisi hoidon laadun laskemista, jälkimmäinen julkisen vallan tarvetta laittaa järjestelmään suunniteltua enemmän verorahoja.

Kapitaation vaatima yrityskoko tulee olemaan varsin suuri. Tästä johtuen on todennäköistä, että Suomen kokoisille markkinoille mahtuu vain muutama isompi toimija. Valittu malli tulee keskittämään markkinoita. Todennäköinen SOTE-markkinarakenne tulee olemaan harvainkilpailu eli oligopoli. Paikallismonopoleja tullee syntymään, koska paikallisten palveluiden tarjoaminen tulee olemaan kannattavaa yhdelle yritykselle kerrallaan.

Lisääkö SOTE kilpailua? Vastaus kysymykseen on monitahoinen. SOTE kyllä lisää kilpailua niissä tilanteissa, joissa nyt asiakkaalla on jatkossa käytettävissään sekä oman lähialueensa liikelaitoksen ylläpitämä terveyskeskus että yksi tai useampi yksityinen terveyspalveluyritys.

Valinnanvapaus edellyttää, että käytännössä lähistöllä (esim. kaupunginosa) kuluttajalla on useampi realistinen vaihtoehto. Toimiessaan malli parantaa tilannetta niissä tilanteissa, joissa puretaan ongelma, jossa kunnallisen terveyskeskuksen asiakas nykyään joutuu odottamaan pääsyä lääkärille jopa viikkojen ajan.

Kuluttajan näkökulmasta olennaista tässä arvioinnissa on se, että valinnanvapauden piirissä olevat lähiterveyspalvelut ovat maantieteelliseltä ulottuvuudeltaan paikallisia markkinoita. Yksittäisen kansalaisen kannalta olennaista on siten, se, miten juuri hänen lähialueellaan palveluja on saatavilla. Suurissakin kaupungeissa voi syntyä paikallisia taskuja, joilla on vain yksi palveluntuottaja.

Oletettavaa on, että alkuvaiheessa markkinoille tulee paljon uusia toimijoita, mutta myöhemmin markkinat keskittyvät.

4. Mahdollisuudet torjua keskittymistä SOTE-kilpailulainsäädännöllä

Valmisteilla on myös erityiset SOTE-kilpailusäännöt, joilla pyritään estämään haitallista markkinakäyttäytymistä ja SOTE-markkinoiden liiallista keskittymistä yrityskauppojen avulla.

Olen aiemmin 14.6.2017 talousvaliokunnalle toimittamassani lausunnossa perustellut, miksei hallituksen esittämä SOTE-yrityskauppojen valvontaa koskeva esitys tule estämään markkinoiden keskittymistä. Esityksessä on asetettu erittäin alhaiset liikevaihtorajat, mistä syystä testi kyllä tuo terveysalan yritysten yrityskaupat ilmoitusvelvolliseen piiriin. Kun kuitenkin noudatetaan samaa

SIEC-testiä kuin muutoinkin, aineellisoikeudellisesti markkinoiden keskittymistä ei pystytä estämään. Nyt esitetyillä yrityskauppasäännöillä kauppoihin päästään kansallisella tasolla kiinni ehkä vasta siinä vaiheessa, kun SOTE-markkinoilla siirryttäisiin kolmesta valtakunnallisesta ketjusta kahteen. Toki esitetyillä säännöillä voidaan tehdä paikallismarkkinoita koskevaa hienosäätöä, mutta valtakunnalliseen ”isoon kuvaan” niillä ei liene sanottavaa tehoa.

Selvää ei myöskään ole, miten KKV voisi suunnitelluilla markkinavoiman väärinkäyttöä tai kilpailuneutraliteettia koskevilla SOTE-säännöksillä torjua keskittymiskehitystä.

Kuten edeltä jaksosta 4. käy ilmi, kyse tulee olemaan pitkälti valitun SOTE-mallin rakenteesta johtuvasta keskittymisestä, johon on vaikea puuttua kilpailuoikeuden keinoin.

5. Kilpailuneutraliteetti ja EU:n valtioneuvoston sääntöjen soveltaminen

Nyt ehdotetussa korjatussa valinnanvapauslaissa on luovuttu maakunnan velvollisuudesta yhtiöittää valinnanvapauden piirissä olevien palveluiden tuotanto. Samalla asiakassetelin käyttöalaa on laajennettu, mikä merkinnee yksityisen palvelutuotannon lisääntymistä.

Maakuntien liikelaitokset voisivat liikelaitosmuodossa tuottaa valinnanvapauden piirissä olevia palveluita yksityisen SOTE-keskusten rinnalla. Myös maakunnat voisivat perustaa valinnanvapauspalveluita tuottavia yrityksiä. Lakiluonnoksen mukaan maakunnan tuottaessa valinnanvapauspalveluita liikelaitoksessaan *kilpailuneutraliteetin turvaamiseksi* sen tulee noudattaa seuraavia periaatteita:

- a) Palvelut tulee eriyttää kirjanpidollisesti ja valinnanvapauspalveluille tulee tehdä oma tilinpäätös (tuloslaskelma, tase ja rahoituslaskelma) sekä laatia toimintakertomus (56 §)
- b) Maakunnan tulee rahoittaa omia valinnanvapauspalveluitaan samoilla perusteilla kuin yksityisiä valinnanvapauspalveluita tuottavia yrityksiä (64 §)
- c) Maakunnan on hinnoiteltava valinnanvapauspalveluita tuottavalle taseyksikölleen tarjoamansa tuki- ym. palvelut markkinaperusteisesti (61 §)
- d) Kilpailu- ja kuluttajavirasto valvoo julkisten ja yksityisen palveluiden tasapuolisten toimintaedellytysten turvaamista maakunnan tuottamien valinnanvapauspalveluiden osalta (62 §)
- e) Maakunta on velvollinen maksamaan veroa valtiolle ja kunnalle suoran valinnan palveluiden maakunnalle tuottamasta tulosta yhteisön tuloveroprosentin mukaan (tuloverolain 21 d §).

SOTE:n piirissä on hyvin erilaisia palveluita, joista osaa voidaan pitää taloudellisena toimintana ja osaa ei. Voidaan todeta, että esimerkiksi potilaan hoitaminen erikoissairaalassa pientä maksua vastaan on solidaarisuuteen perustuvaa toimintaa, jota ei voida pitää elinkeinotoimintana. Toisaalta esimerkiksi lääkärikeskuksen pyörittäminen, josta tarjotaan palveluita kuntalaisille maksua vastaan, on elinkeinotoimintaa. Näiden helppojen tapausten välimaastosta löytyy rajatapauksia, joista jokaista on tarkasteltava erikseen ja vasta kokonaisarviointilla voidaan määritellä se, onko kyse elinkeinotoiminnasta vai ei.

Toisaalta asiassa on merkityksellistä se, että tietyn toiminnan pitäminen elinkeinotoimintana (taloudellisena toimintana) ei edellytä sitä, että toimintaa harjoitetaan yhtiömuodossa. Näin ollen yhtiöittäminen ei merkitse sitä, että muuten solidaarisesta toiminnasta tulee elinkeinotoimintaa. Toisaalta ”pakkoyhtiöittämisestä” luopuminen ei merkitse sitä, että toiminta, joka kilpailuoikeudelliselta luonteeltaan on taloudellista toimintaa, ei olisikaan sitä sen vuoksi, että toimintaa harjoitetaan jossain muussa muodossa, esimerkiksi viranomaisessa.

Esimerkiksi tunnetussa oikeustapauksessa *Höfner ja Elsner*² Saksan työvoimahallinto oli yritys, ei

² Asia C-41/90, Höfner ja Elsner, Kok., s. I-1979.

yleisen työnvälityksen osalta, mitä pidettiin viranomaistoimintana, mutta kylläkin siltä osin kuin se harjoitti (samassa organisaatiossa) headhunting-toimintaa. Tässä mielessä yrityksen käsite on EU:n kilpailuoikeudessa *funktionaalinen*. On tapauskohtaisesti harkittava kunkin toiminnon osalta erikseen, täytyvätkö taloudellisen toiminnan kriteerit vaiko eivät.

EU:n kilpailusäännöt, mukaan lukien valtiontukisäännöt, soveltuvat taloudellista toimintaa harjoittavaan yksikköön. Taloudellisen toiminnan käsitettä ei määritellä unionin lainsäädännössä, vaan käsitteen sisältö on kehittynyt oikeuskäytännössä. EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan taloudellisesta toiminnasta on kyse, jos hyödykkeitä tarjotaan markkinoilla.³ Taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan rajanvetoon vaikuttavat oleellisesti tapauksen erityispiirteet. Julkisen vallan käyttäminen⁴ on selkeästi muuta kuin taloudellista toimintaa. Sosiaaliturvan järjestäminen määrätyin edellytyksin⁵, solidaarisuuden periaatteeseen nojautuva terveydenhuolto⁶ ja esimerkiksi julkisen varoin rahoitettu kansallinen koulutusjärjestelmä⁷ jäävät yleensä taloudellisen toiminnan käsitteen ulkopuolelle. Taloudellisen toiminnan käsite on muotoutunut unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä laajaksi. Taloudellinen toiminta kattaa unionin tuomioistuimen käytännön mukaan hyödykkeiden, eli tavaroiden ja palveluiden tarjoamisen markkinoilla missä tahansa organisaatio- tai rahoitusmuodossa. Ratkaisukäytännössä julkisen toimijan harjoittaman toiminnan luonnetta myös kiinnittämällä huomiota siihen, kilpaileeko toiminta yksityisten yritysten toiminnan kanssa.⁸ Toisaalta taloudellisen toiminnan käsite ei välttämättä edellytä tosiasiallista kilpailutilannetta yksityisten yritysten kanssa. Näin ollen julkisyhteisön toiminta voidaan katsoa taloudelliseksi toiminnaksi, vaikka sen kanssa samoilla markkinoilla ei olisikaan yksityisiä kilpailijoita, vaan merkitsevää on, voisivatko myös yksityiset harjoittaa toimintaa.

EU-kilpailusääntöjen soveltuvuus maan terveydenhuoltojärjestelmään riippuu kunkin EU-jäsenvaltion tekemistä poliittisista valinnoista. Tarkoitetaan *markkinaehtoistamisella* sitä, että nyt valmistellun SOTEn seurauksena terveystalouden tuottamisessa toteutetaan siirtymä viranomaisten tuottamista terveystalouksista toimintamalliin, jossa valinnanvapauden piiriin kuuluvia palveluja tuottavat yritykset ja muut toimijat markkinaehtoisesti. On vaikeaa kuvitella taloudellisen kilpailun lisäämistä ilman että taloudellinen kilpailu lisääntyisi ja sitä kautta viranomaistoiminta tai yleishyödyllinen (solidaarinen) toiminta muuttuisi enenevässä määrin elinkeinotoiminnaksi.

Kilpailuneuraalisuuteen liittyvillä kysymyksillä, joita edellisessä valinnanvapausmallissa pyrittiin ratkaisemaan yhtiöittämisvelvollisuudella, on valtiontukipotentiaalia jatkossa siltä osin, kuin kyse on elinkeinotoiminnasta. Jotta näin ei olisi, edellyttäisi tämä myös esim. konkurssisuojaan liittyvien kysymysten ratkaisemista.⁹ Valtiontukeen liittyvät kysymykset ovat toisaalta relevantteja vain siltä osin kuin kyse on taloudellisesta toiminnasta. Kuten edellä on todettu, toiminnan taloudellista luonnetta koskevan kysymyksen ratkaiseminen vaatii tapauskohtaista analyysia. Kun lähtökohdaksi otetaan EU-tuomioistuimen aiempi oikeuskäytäntö, mukaan lukien tuore *Slovakian terveydenhuoltojärjestelmä* EU:n yleisen tuomioistuimen ratkaisu¹⁰, on todennäköistä, että malliin tulee liittymään valtiontukielementtejä. Oikeusvarmuus ei ole nyt esitetyn mallin osalta erityisen hyvä. Mallin muuttaminen myöhemmin voi aiheuttaa merkittäviä kustannuksia ja muita haasteita.¹¹

³ Ks. esimerkiksi asia komissio vs. Italia, 118/85 kohta 7, asia Pavlov, 180-184/98 kohdat 74 ja 75.

⁴ Ks. esim. Eurocontrol, C-364/92 kohdat 29-30.

⁵ Asia Pouset ja Pistre C-159/91 ja C-160/91 kohta 13 ja asia AOK Bundesverband C-264/01.

⁶ Asia Fenin T-319/99 kohdat 39 ja 40.

⁷ Asia komissio vs. Saksa C-318/05, kohta 68.

⁸ Ks. tältä osin esim. Fédération Française des Sociétés d'Assurance, C-244/94, Kok. 1995 s. I-4013 sekä Spanish International Courier Services, Euroopan komission päätös 90/456/EY.

⁹ EU-tuomioistuin käsitteli asiassa La Poste C-559/12 antamassaan päätöksessä 3.4.2014 konkurssisuojaan valtiontukisääntöjen näkökulmasta.

¹⁰ Asia T-216/15, tuomio 5.2.2018.

¹¹ KHO on ehdottanut 13.12.2017, että lainsäädäntöhankkeen valtiontukielementteihin liittyvien on ehdottanut, että

Useaan kertaan korjatussa valtioneuvoston päätöksessä HE:n loppuarviossa tunnustetaan nyt, että valtioneuvostokirjelmä on olemassa.¹²

Hallituksen esityksen yleisperusteluissa todetaan muun ohella:

”Esityksellä tavoitellaan kustannusten hillinnän lisäksi parempaa palvelujen saatavuutta perustasolla. Näin ollen esityksen tavoitteet ovat kunnianhimoiset mutta myös moniulotteiset. Ehdotetussa valinnanvapausjärjestelmässä raha seuraa asiakkaan valintoja ja siksi valinnanvapausjärjestelmän avaaminen kannustaa kaikkia toimijoita panostamaan laadullisiin tekijöihin, mutta samalla tehostamaan toimintaansa. Kilpailusta saavutettavat tehokkuushyödyt voivat ilmetä käytännössä matalampien kustannusten lisäksi palvelujen parantuneena saatavuutena. Tehokkuushyötyjen saavuttamiseen kilpailun kautta sisältyy kuitenkin epävarmuustekijöitä. Vaikka esityksessä on pitkälti pyritty turvaamaan erilaisten toimijoiden tasapuoliset toimintamahdollisuudet suhteessa toisiinsa, tällaisia olosuhteita on käytännössä hyvin haastavaa saavuttaa esimerkiksi toimijoita koskevien erilaisten lakisääteisten velvoitteiden takia. Julkisirahoitteisessa sosiaali- ja terveydenhuollon toimintaympäristössä lakisääteisten palvelujen yhdenvertainen saatavuus on ihmisten perustuslaillinen oikeus, mikä vaikuttaa erityisesti maakunnan liikelaitoksen oman palvelutuotannon joustavuuteen. Maakunnan liikelaitoksen on turvattava toimintaan huoltovarmuus kaikissa tilanteissa.”

Kilpailuneutraliteettia koskeva ongelma syntyy edellä olevan sitaatin perusteella siitä, että *maakuntien liikelaitoksilla on velvollisuus tarjota palveluja paljon kustannuksia aiheuttaville asiakkaille*. Tämän toteutuessa maakuntien kustannukset tulevat olemaan korkeammat, koska niillä on velvollisuus ottaa vaativammat potilaat, joista aiheutuu enemmän kustannuksia.

Kuitenkin malli on rakennettu siten, että kapitaation suuruus on sama maakunnille ja yksityisille toimijoille. Asia voitaisiin ratkaista siten, että maakunnille myönnetään suurempi kapitaatiokorvaus, mutta tällöin kyse saattaa olla kielletystä valtioneuvostosta. Toiseksi kapitaatiokorvausta voidaan nostaa yleisesti siten, että se kattaa myös maakuntien liikelaitosten (yhtiöiden) kustannukset. Tällöin kuitenkin tehtäisiin perusteeton tulonsiirto yksityisille terveystaluyrityksille, joiden kustannukset ovat alhaisemmat. Kolmantena vaihtoehtona on erityisten korvauserusteiden miettiminen, mutta tällöin ”rikotaan” kapitaatiomalli ainakin jossa määrin.

Omat haasteensa tulee aiheuttamaan myös se, miten turvataan kapitaatiokorvauksen *kustannusvastaavuus*. On odotettua, että erilaiset *digitaaliset* palvelut tulevat lisääntymään lääkäripalvelujen tarjoamisessa. Tämä saattaakin olla kustannustehokasta tilanteissa, joissa lääkärin vastaanotolla käyminen ei ole tarpeellista. Kuitenkin todelliset kustannukset aiheutuvat terveystaluyritysten tuottamisesta paikallisesti, eli että lääkäri ja muu hoitohenkilöstö on fyysisesti läsnä kunnassa tai sen osassa palvelua suorittaessaan. Aivan selvää ei ole, miten tällaiset kustannuserot pystytään ottamaan huomioon korvausmalleissa.

Suuri haaste tulee liittymään myös siihen, että maakuntien pitää pystyä määrittämään kapitaatiokorvauksen suuruus etukäteen. Maksettavaa korvausta varioidaan tarvetekijöiden pohjalta. Tämä tulee olemaan haastava tehtävä, eikä tällainen korvausten oikean tason arvioiminen etukäteen onnistu helposti. Yleensä markkinaehtoinen hinnoittelu tuottaa etukätestä ”keskussuunnittelua” paremman lopputuloksen.

Kilpailun toimivuuden ja hoitotyön kustannus-laatusuhteen näkökulmasta suoriteperusteisuus olisi kilpailumekanismien näkökulmasta osumatarkempi vaihtoehto. Tällöin voitaisiin harkita vaihtoehtoja, joissa yksityiset palvelut tuodaan julkisten rinnalle vaiheittain. Malleina on esitetty esimerkiksi perhelääkärijärjestelmää ja alueellista kilpailuttamista, jossa tarjouskilpailun perusteella valitaan määrääjäksi kokonaispalvelun tuottaja. Tällaisiin malleihin ei kuitenkaan nyt ole päädytty.

lainsäädäntökokonaisuus ilmoitetaan Euroopan komissiolle SEUT 107 artiklan 3 kohdan nojalla mahdollisesti valtioneuvoston sisältyvänä järjestelmänä. Allekirjoittanut on pitänyt mainittua KHO:n kannanottoa kilpailuoikeudellisesti perusteltuna. Todetisin asian Kuntaliitolle laatimaussani 16.1.2018 julkistetussa selvityksessä. Näin suuressa muutoksessa oikeusvarmuudelle tulisi antaa sille kuuluva sija, joskin asian ratkaiseminen ei ole uudistuksen keskeneräisyydestä johtuen ole helposti toteutettavissa.

¹² Ks. HE 18/2018 vp. s. 110.

6. Kokoavia näkökohtia

Valinnanvapaus edellyttää toimivaa kilpailua. Yhdeksi uudistuksen ydinkysymykseksi muodostuu, miten kilpailu tulee toimimaan uudistuksen myötä syntyvillä alueellisilla terveys- ja sosiaalipalveluiden markkinoilla ja millaisia vaikutuksia syntyvillä olosuhteilla on SOTE-palveluiden sisältöön ja hinta-laatusuhteeseen pidemmällä aikavälillä. Ensinnäkin, yksi keskeinen edellytys toimivalle kilpailulle on se, että eri alueilla on ja niillä säilyy riittävä määrä palveluntuottajia, jotka kilpailevat asiakkaista riittävän tasavertaisista lähtökohdista. Toiseksi, kilpailuedellytysten pitää olla riittävän tasapuoliset eri toimijoille. Kolmanneksi, asiakkaiden palvelusta saamiensa kokemusten tulee välittyä nopeasti ja tehokkaasti kilpailevien yritysten toimintaan siten, että mahdollisuus sopimuskumppanien vaihtamiseen kannustaa kilpailevia yrityksiä tehostamaan toimintaansa ja investoimaan uusien, entistä laadukkaampien palvelumuotojen kehittämiseen. Neljänneksi, järjestelmältä odotetut tehokkuushyödyt lepäävät pitkälti sen varassa, että saataisiin aikaiseksi nykyistä tehokkaampi hoitoketju. Tämä edellyttää muun ohella suoraviivaisia hallinnollisia toimintatapoja jossa päätökset tehdään mahdollisimman suoraviivaisesti ilman ylimääräistä siirtelyä paikasta toiseen, transaktiokustannusten minimointia sekä potilastietojärjestelmien ja muiden digitaalisten palvelualustojen saumatonta ja modulaarista yhteistoimintaa. Kuten tunnettua, näihin seikkoihin liittyy suuria haasteita, mutta suunnitellun kaltaisessa järjestelmässä näissä seikoissa onnistuminen on erityisen tärkeää.

SOTE-uudistus mahdollistaa teoriassa leveämmät hartiat ja kustannusten kurissa pitämisen. Tämä onkin tarpeen. Mutta hyötyjä kuluttajille ja järjestelmän maksajille saadaan vain, jos malli saadaan kilpailullisesti toimivaksi ja sellaiseksi, että se parantaa hinta-laatusuhdetta. Pelkästään suoriteperusteisiin korvauksiin liittyy riski ylihoidosta ja kustannusten käsistä karkaamisesta. Toisaalta valittu malli ei välttämättä ohjaa palveluntuottajia tarkoituksenmukaiseen hoitotyöhön. Se todennäköisesti ohjaa kehitystä suuriin yrityksiin ja keskittyneisiin markkinoihin, sillä pienten toimijoiden on vaikeaa ottaa kapitaatioon liittyvää taloudellista riskiä, joilla toimii suurten lukujen logiikka riskin hajauttamisessa. Todennäköisesti SOTE-uudistus keskittää markkinoita kilpailun toimivuutta heikentävällä tavalla. Seurauksena tästä *markkinavoiman lisääntymisestä* saattaa olla terveydenhuollon kustannustason nouseminen nykyisestä, ellei sitten palvelujen laatua ja saatavuutta heikennetä.

Markkinaehtoistamisella tarkoitetaan tässä yhteydessä sitä, että nyt valmistellun SOTE-uudistuksen seurauksena terveyspalvelujen tuottamisessa toteutetaan siirtymä viranomaisten tuottamista terveyspalveluista toimintamalliin, jossa valinnanvapauden piiriin kuuluvia palveluja tuotetaan markkinaehtoisesti. Kun tarkoitus on, että myös maakunnat kilpailevat valinnanvapauspalveluissa markkinaehtoisesti yksityisten yritysten kanssa, seuraa tästä EU:n kilpailusääntöjen käyttöalan laajentuminen.

Malliin liittyy kilpailuneutraliteettiin liittyviä haasteita, jotka voivat vääristää kilpailua ja laukaista EU:n valtioneuvoston sääntöjen soveltamisen.

Espoossa 3. päivänä huhtikuuta 2018

Petri Kuoppamäki
Yritysjuridiikan professori, OTT