

Juha Raitio, OTT, VT
eurooppaoikeuden professori
Oikeustieteellinen tiedekunta
PL 4, 00014 Helsingin yliopisto
puh. t. 050-4482737
e-mail: juha.raitio@helsinki.fi

Eduskunta
Sosiaali- ja terveysvaliokunta

Helsinki 11.4.2018

Lausunto (HE 16/2018 vp., Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi)

Sosiaali- ja terveysvaliokunnassa on käsiteltävänä ns. valinnanvapauslakia koskeva HE 16/2018 vp. Tähän liittyen olen saanut kutsun saapua sosiaali- ja terveysvaliokunnan asiantuntijakuulemiseen perjantaina 13.4.2018 klo. 9.00. Lausuntopyynnön sisältö on täsmennetty niin, että minulta on pyydetty kommentteja valinnanvapauslakiesityksen EU-oikeudellisista ulottuvuuksista. Keskeisenä kysymyksenä pidän sitä, tulisiko valinnanvapauslakiesitykseen liittyvät valtiontukiasiat notifioida komissiolle ja mitä siitä voi seurata, jollei näin tehdä. Esitän lausuntonani kunnioittaen seuraavaa.

1. Notifioinnista ja sen puuttumisen seurauksista

1.1. Hallituksen esityksen perustelut notifioimatta jättämiselle

Keskityn lausunnossani siihen mielestäni ongelmalliseen kysymykseen, ettei käsillä olevaan hallituksen esitykseen liittyviä valtiontukikysymyksiä aiota notifioida komissiolle lainkaan. Tämä johtunee ainakin osin niistä aikataulupaineista, joita lakiesityksen hyväksymiselle on hallituksen toimesta asetettu. Notifioimatta jättäminen perustellaan hallituksen esityksessä varsin suppeasti. Notifioimattomuutta koskeva linjaus ilmaistaan hallituksen esityksen kohdassa 3.3.10 seuraavasti:

”Valtiontukia koskevassa valvonnassa ja arvioinnissa on kuitenkin ensisijaisesti siitä, miten järjestelmä toimii ja sisältyykö siihen joko tueksi katsottavia korvauksia tai tukeen rinnastuvia

rakenteellisia elementtejä. Valinnanvapauslaki määrittelee vain järjestelmän ja maakuntien päätöksillä määritellään varsinainen toiminta ja rahoitus. Siksi voidaan arvioida, että notifiointi EU-komissiolle johtaisi sellaisiin lisäkysymyksiin, joihin Suomella ei ole vastauksia ainakaan ennen kapitaatiomaksuja ja muita korvauksia koskevien maakuntien päätöskien valmistumista sekä ilman toiminnan vaikutuksien arviointia. Valinnanvapauslain notifiointi merkitsisi siten käytännössä lainsäädäntökehikon notifiointia, joka ei määrittele vielä tosiasiallista toimintaa tai maakuntien toimeenpanoa, joka olisi keskeistä taloudellisen toiminnan luonteen sekä EU-valtiontukitarkastelun osalta.”

Tästä voidaan siis lukea ajatus, että notifiointi olisi sekä tarpeetonta että ennenaikaista.

1.2. Notifiointivelvollisuus SEUT 108(3) artiklassa ja siihen liittyvät poikkeukset

Valtiontuki on ilmoitettava komissiolle, ellei siihen ole erikseen säädettyä poikkeusta. Valtiontuen notifiointivelvoite ilmenee SEUT 108(3) artiklasta, jossa todetaan seuraavaa:

”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.”

Lisäksi ns. menettelytapa-asetuksessa (EU) 2015/1589¹ säädetään tarkemmin valtiontukea koskevasta ilmoitusmenettelystä, joka koskee uutta tukea. Menettelytapa-asetuksessa uudella tuella tarkoitetaan 1 artiklan c-kohdan mukaan kaikkia tukia, eli tukiohjelmia (*aid scheme*) ja yksittäisiä tukia, jotka eivät ole voimassa olevaa tukea, mukaan lukien voimassa olevan tuen muutokset.

SEUT 109 artiklan perusteella voidaan antaa EU-lainsäädäntöä, jossa määritellään, millaisiin tukimuotoihin 108(3) artiklan notifiointivelvollisuus ei sovellu. Notifiointivelvollisuus ei sovellu, jos tuki on vähämerkityksistä tai jonkin ryhmäpoikkeuksen piirissä. Vuonna 1998 julkaistu neuvoston valtuusasetus (EY) 994/98 antoi komissiolle lainsäädäntöperustan sekä *de minimis* -säännön

¹ Ks. EUVL, N:o L 248, 24.9.2015, s. 9-29.

perustaville vähämerkityksistä tukea koskeville asetuksille² että ns. ryhmäpoikkeus-asetuksille, joilla tietyt tukimuodot määritellään yhteismarkkinoille soveltuviksi ja samalla vapautetaan nykyisessä SEUT 108(3) artiklassa tarkoitettu ilmoitusvelvollisuudesta.³ Valtuusasetuksessa kyseeseen tulevat vähämerkityksellisten tukien lisäksi pienille ja keskisuurille yrityksille myönnettävät tuet, tutkimukseen ja kehittämiseen tarkoitettut tuet, ympäristönsuojeluun liittyvät tuet, työllistämis- ja koulutustuet sekä komission kunkin jäsenvaltion osalta hyväksymät alueelliset tuet. Uudehkon valtuoasetuksen (EU) 2015/1588⁴ nojalla komissio voi sisällyttää ryhmäpoikkeusten piiriin aikaisempaa useampia tukimuotoja. Nykyisessä valtuoasetuksessa sallitaan aikaisemmassa asetuksessa mainittujen kohteiden lisäksi ryhmäpoikkeukset esimerkiksi kulttuurin ja kulttuuriperinnön edistämiseksi, luonnonmullistusten aiheuttamien vahinkojen korvaamiseksi sekä tietyin edellytyksin kalastukseen ja metsäalalle.

Komission kokemus valtiontukisäännösten soveltamisesta SGEI-palveluita tuottaviin yrityksiin on osoittanut, että *de minimis* -asetuksen yleinen vähämerkityksisen tuen enimmäismäärä ei välttämättä ole yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palveluiden eli SGEI-palveluiden osalta tarkoituksenmukaisella tasolla. Sen vuoksi yleisen *de minimis* -asetuksen (EU) N:o 1407/2013 rinnalla on käytössä asetus (EU) 360/2012⁵, joka koskee SEUT 107 ja 108 artiklan soveltamista SGEI-palveluja tuottaville yrityksille myönnettävään vähämerkityksiseen tukeen. Mainitun asetuksen 2 (2) artiklan mukaan SGEI-palveluja tuottavalle yritykselle myönnettävän vähämerkityksisen tuen kokonaismäärä ei saa olla enemmän kuin 500 000 euroa minkään kolmen verovuoden jakson aikana.

Tukitoimen vaikutusta kilpailuolosuhteisiin arvioitaessa on otettava huomioon ns. yleinen ryhmäpoikkeusasetus (EU) N:o 651/2014⁶. Asetuksen (EU) N:o 651/2014 soveltamisalaan listataan

² Vuosina 2007–2013 sovellettiin vähämerkityksisiin tukiin asetusta (EY) N:o 1998/2006, EUVL, N:o L 379, 28.12.2006, s. 5, joka korvasi aikaisemman, vuonna 2001 annetun asetuksen (EY) N:o 69/2001, EYVL, N:o L 10, 13.1.2001, s. 30. Olennainen ero mainittujen asetusten välillä on *de minimis* -kynnysarvon nostaminen. Lisäksi vuonna 2007 annettiin erilliset *de minimis* -asetukset valtion tuesta maataloustuotteiden tuotannon (asetus (EY) N:o 1535/2007, EUVL, N:o L 337, 21.12.2007, s. 35) ja kalastusalan (asetus (EY) N:o 875/2007, EUVL, N:o L 193, 25.7.2007, s. 6) osalta.

³ Ks. valtuoasetusta (EY) 994/98 koskevasta oikeuskäytännöstä esim. T-376/07 *Saksa v. komissio* (2009) ECR II-4293. Tätä vuonna 2015 kumottua valtuoasetusta muutettiin vielä vuonna 2013 asetuksella (EU) N:o 733/2013, EUVL, N:o L 204, 31.7.2013, s. 11, jolla jo laajennettiin ryhmäpoikkeukset koskemaan uusia tukimuotoja.

⁴ Ks. EUVL, N:o L 248, 24.9.2015, s. 1.

⁵ Ks. EUVL, N:o L 114, 26.4.2012, s. 8.

⁶ Ks. EUVL, N:o L 187, 26.6.2014, s. 1.

1 artiklassa samoja tukimuotoja, joita edellä valtuusasetuksen (EU) 2015/1588 yhteydessä on käsitelty.⁷ Tukiohjelmat, jotka täyttävät asetuksessa säädetty edellytykset, ovat SEUT 107 artiklan 2 tai 3 kohdan tarkoittamalla tavalla yhteismarkkinoille soveltuvia ja ne vapautetaan sen vuoksi SEUT 108(3) artiklan mukaisesta ilmoitusvaatimuksesta komissiolle. Tässä SOTE:een liittyvässä asiayhteydessä näitä ryhmäpoikkeuksia ei ole kuitenkaan perusteltua tarkastella tarkemmin eikä niitä ole käsitelty myöskään hallituksen esityksessä.

Vaikkei nyt käsillä olevassa hallituksen esityksessä notifiointia ole juurikaan käsitelty, niin aikaisemmassa kotimaisessa lainvalmistelussa niin on kuitenkin asianmukaisesti tehty. Esimerkiksi hallituksen esityksessä HE 22/2016 vp laiksi taloudelliseen toimintaan myönnettävän tuen yleisistä edellytyksistä notifiointivelvollisuus tiivistetään varsin selkeästi seuraavasti (s. 4):

” Jos ilmoitusvelvollisuutta koskevia poikkeuksia ei voida soveltaa ja tuesta on etukäteen ilmoitettava komissiolle, ilmoitusprosessiin sisältyy käytännössä ensin niin sanottu esi-ilmoitusmenettely, jossa komission kanssa käytävillä epävirallisilla keskusteluilla ja kirjeenvaihdolla täsmennetään po. tukijärjestelyn hyväksyttävyyteen vaikuttavat asiat sekä varmistetaan, että varsinainen komissiolle tehtävä valtiontuki-ilmoitus sisältää asian nopean käsittelyn kannalta kaiken tarpeellisen tiedon. Vasta, kun komissiolle on tehty virallisesti varsinainen valtiontuki-ilmoitus, komissiota sitoo kahden kuukauden käsittelyaika, joka katkeaa, jos komissio tekee virallisen lisätietopyynnön. Komissiolle voidaan tehdä tukijärjestelyn valmisteluvaiheessa myös ns. oikeusvarmuusilmoitus, jos viranomaiset ovat ylipäänsä epävarmoja siitä, täyttääkö tukijärjestelmä SEUT -sopimuksen 107 1 kohdan valtiontuen edellytykset.

*Tukea myöntävän viranomaisen vastuulla on arvioida, sisältääkö toimenpide EU:n valtiontukisääntöjen mukaista tukea. Jos kyse on valtiontuesta, viranomaisen on ennen tuen täytäntöönpanoa selvitettävä mihin valtiontukisääntöön tukijärjestelyn hyväksyttävyyks perustuu ja tarvittaessa noudatettava toimenpiteeseen soveltuvaa ilmoitusmenettelyä. **Käytännössä erityisesti monimutkaisten tukiohjelmien ja suurten yksittäisten tukien tapauksessa, viranomaisen on tehtävä tuesta ennakoilmoitus komissiolle.***

⁷ Kyseeseen tulevat esimerkiksi seuraavat tukimuodot: alueellinen tuki, pk-yrityksille myönnettävä investointi- ja työllisyystuki, ympäristönsuojeluun myönnettävä tuki, tutkimus- ja kehitystyöhön sekä innovaatiotoimintaan myönnettävä tuki, koulutustuki sekä epäedullisessa asemassa olevien tai alentuneesti työkykyisten työntekijöiden hyväksi myönnettävä tuki.

Huolimatta siitä, että tukea myöntävä viranomainen on velvollinen ottamaan huomioon EU:n valtiontukisäännöt, myös julkista tukea saavan yrityksen on syytä varmistaa, että tuki on valtiontukisääntöjen mukaista. Jos valtiontuki ei kuulu ryhmäpoikkeusten piiriin tai ole vähämerkityksistä, tuki voidaan ottaa käyttöön vasta, kun komissio on sen ennakkoilmoitusmenettelyssä hyväksynyt. Ilman komission hyväksyntää myönnetyt tuet ovat laittomia, ja ne voidaan joutua perimään korkoineen takaisin tukea saaneilta yrityksiltä.

Tukea saaneen yrityksen kilpailijat voivat kannalla laittomaksi oletetusta tuesta Euroopan komissiolle. Komission kilpailun pääosastolla on vireillä myös Suomea koskevia valtiontukikanteluja. Tutkintansa päätteeksi komissio voi todeta myönnetyn tuen sisämarkkinoilla hyväksyttäväksi tueksi tai jos hyväksyttävyyden periaatetta ei valtiontukisäännöistä löydy, vaatia Suomen viranomaisia perimään tuen takaisin yritykseltä korkoineen. Komissio voi myös ehdottaa tukiohjelmaa sääntelevän kansallisen lainsäädännön muuttamista.”

Komission roolia valtiontukiasioissa on vielä syytä täsmentää. Jos nimittäin valtiontukea ei ole notifioitu, komissio voi vaatia tuen takaisinperintää vain, jos se havaitsee, että notifioimaton valtiontuki ei sovellu sisämarkkinoille. Komissio ei myöskään voi vaatia takaisinperintää, jos se olisi vastoin EU-oikeuden yleisiä periaatteita, mikä käytännössä viittaa etenkin luottamuksensuojaan. Kansallisilla tuomioistuimilla on sen sijaan verrattain laaja toimivalta vaatia takaisinperintää notifioimattomasta valtiontuesta. Kansallinen tuomioistuin voi esimerkiksi vaatia perittäväksi takaisin valtion tuen, joka on myönnetty sinä aikana, kun komissio on notifioinnin aikana tarkastellut tuen soveltuvuutta sisämarkkinoille tai jos tuki on jätetty notifioimatta kokonaan.⁸ Ottaen huomioon KHO:n antaman lausunnon 13.12.2017 voidaan todeta, että SOTE-lainsäädäntöpakettiin liittyvistä valtiontukielementeistä voi seurata takaisinperintä kansallisten tuomioistuinten vaatimuksesta.

2. Mitä KHO on arvioinut valinnanvapauslainsäädännön valtiontukielementtien notifiointitarpeesta ja mitä KHO:n oikeuskäytännöstä voidaan päätellä?

KHO:n on antanut sosiaali- ja terveysministeriön pyynnöstä 13.12.2017 lausunnon hallituksen esitysluonnoksesta laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa (Dnrro H 567/17). KHO on todennut valinnanvapausjärjestelmän valtiontukiluonteisuuden selvittämisestä sen,

⁸ Ks. esim. Vesterdorf, Peter – Uhd Nielsen, Mogens: State Aid Law of the European Union, London, Sweet & Maxwell, 2008, s. 319-320.

että asia tulisi notifioida komissiolle. Ensiksi KHO toteaa, että lähtökohtaolettama on, että Suomen julkinen terveyden- ja sosiaalihuoltojärjestelmä on luonteeltaan ei-taloudellinen. Siteeraan seuraavassa KHO:n lausuntoa sanatarkasti.

”Ehdotetussa valinnanvapausjärjestelmässä EU-oikeudelliset kysymyksenasettelut liittyvät maakuntien liikelaitosten harjoittaman palvelutoiminnan luonteeseen ei-taloudellisena tai taloudellisena toimintana ja siitä seuraaviin jatkokysymyksiin niiden mahdollisesta luonnehdinnasta yrityksiksi unionin kilpailusääntöjen näkökulmasta, ja edelleen siihen, saavatko ne tuossa tapauksessa SEUT 106 artiklassa tarkoitettuina julkisina yrityksinä SEUT 107 artiklassa tarkoitettua kiellettyä valtiontukea niihin sovellettavan verokohtelun ja konkurssikelvottomuuden vuoksi. Nämä samat kysymykset voivat päätyä valitus- ja hallintoriita-asioina hallintotuomioistuinten, viime kädessä korkeimman hallinto-oikeuden, ratkaistaviksi.

*Kansallisten tuomioistuinten tehtävänä EU:n valtiontukijärjestelmässä on enimmäkseen tunnistaa järjestelyn mahdollinen valtiontukiluonne. Jos tämä seikka on todettu, tuomioistuinten tulee tapauksen mukaan estää sellaisen tuen maksaminen, jota ei ole ilmoitettu komissiolle SEUT 108(3) artiklan nojalla tai joka ei muulla perusteella ole laillista, sekä määrätä lainvastaisen tuen takaisinperinnästä ja muista seuraamuksista. **Kansallinen lainsäätäjä ei voi tehdä tätä arviointia oikeudellisesti sitovalla tavalla.***

Esitysluonnoksen perusteella on ilmeistä, että kansallinen tuomioistuin ei voisi vahvistaa valinnanvapausjärjestelmän luonnetta ei-valtiontukena pyytämättä asiassa unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisua. Periaatteessa asiasta voitaisiin pyytää myös komission lausunto, mutta se edellyttäisi, että asiaan ei liittyisi unionin oikeuden tulkintaa koskevia uusia kysymyksiä.

Järjestelyn ja sen elementtien oikeudellista luonnehdintaa koskevien epäselvyyksien vuoksi korkein hallinto-oikeus pitää oikeusvarmuuden turvaamiseksi ainoana oikeudellisesti kestäväenä menettelytapana sitä, että kaavailtu lainsäädäntökokonaisuus notifioidaan komissiolle SEUT 108(3) artiklan mukaisesti valtiontukielementtejä mahdollisesti sisältävänä järjestelmänä. Tämä on mahdollista toteuttaa ennen kaavaillun lainsäädännön voimaantuloa niin, että komission näkemyksestä mahdollisesti aiheutuvat muutostarpeet voidaan ottaa huomioon ennen sitä.”

Yhdyn tähän KHO:n arvioon notifiointitarpeesta. Ei ole esitetty, että jokin poikkeusperuste (ryhmäpoikkeus, de minimis) soveltuisi asiaan. Valinnanvapauslainsäädäntöön liittyy julkisten

palvelujen osittainen markkinaehtoistaminen, joka kytkee valtiontukiproblematiikan asiaan ja antaa perusteen soveltaa SEUT 107 ja 108 artiklaa.

On myös otettava huomioon, että KHO on myös aivan hiljattain oikeuskäytännössään osoittanut, että SOTE-asioissa jotkut kysymykset ovat ns. solidaarisuusperiaatteen piirissä ja kilpailujen markkinoiden ulkopuolella, kun taas jotkut kysymykset eivät ole. Tästä on havainnollinen esimerkki 16.2.2018 annettu vuosikirjaratkaisu KHO:2018:29, jossa potilaiden kiireettömät siirtokuljetukset olivat taloudellista toimintaa. Tapauksen olosuhteissa HUS Logistiikka oli tarjonnut potilaiden aikatilauspalveluita ulkopuolisille asiakkaille ja HUS:n jäsenkunnille, mikä voitiin katsoa taloudelliseksi toiminnaksi, kun kustannuksista vastasivat osin KELA ja potilaat itse. HUS:n Hyvinkään alueen kuntien aikatilauskuljetuksia ei voitu siirtää HUS Logistiikan tehtäväksi ilman, että päätöksenteossa otettiin huomioon EU:n valtiontukisäännöt.

Päätös osoittaa, että SOTE-palveluiden sisällä voi olla taloudelliseksi toiminnaksi luokiteltavaa toimintaa, joka tulee organisoida valtiontukisääntöjen edellyttämällä tavalla siten, ettei julkinen toimija pääse hyötymään esim. konkurssisuojusta tai veroeduista. Päätös osoittaa tarkastelun tapauskohtaisuuden, sillä KHO on tehnyt eron ensihoidon ja kiireettömien potilassiirtojen välillä. Valtiontuen kriteerien ei katsottu täyttyvän ensihoidon osalta vuosikirjaratkaisussa KHO:2018:28, joka on myös julkaistu 16.2.2018. **Potilassiirtoja koskeva päätös on konkreettinen osoitus siitä, että valinnanvapautta koskeva lainsäädäntö tulisi saattaa komission ennakolliseen tarkasteluun eli notifioida siltä osin, kun kyse on taloudellisesta toiminnasta.** Näitä vuosikirjaratkaisuja ei ehkä ajallisista syistä ole hallituksen esityksessä huomioitu.

3. Mitä ns. Slovakia-ratkaisusta voidaan päätellä?

Unionin yleinen tuomioistuin antoi 5.2.2018 ratkaisunsa asiassa T-216/15 Dôvera zvravotná poist'ovňa v. Euroopan komissio tukenaan Slovakian tasavalta, eli ns. Slovakia-tapauksessa. Tapaus koski pakollisia sairausvakuutuksia Slovakiassa ja sitä on käsitelty melko perusteellisesti myös käsillä olevassa hallituksen esityksessä (kohdat 2.3.6 ja 3.3.10). Sairausvakuutuksia tarjoaa Slovakiassa kolme yhtiötä, joista yksi on valtio-omisteinen. Vakuutuksen ehdot on säädetty laissa. Vakuutuksen hinta on kaikille sama ja yhtiöiden on tarjottava sitä kaikille samoin ehdoin. Kalliimpien asiakkaiden kustannuksia kompensoidaan yhtiöille kansallisesta rahastosta. Sairausvakuutusta tarjoavat yhtiöt eivät saa harjoittaa muuta liiketoimintaa. Vaikka vakuutuksen perussisältö on määritelty laissa, niin vakuutusyhtiöt voivat kuitenkin tarjota vakuutukseen maksuttomia

lisäpalveluja. Tämä mahdollistaa sen, että yhtiöt voivat kilpailla palvelun laadulla asiakkaista. Asiakkaat saavat nimittäin valita vakuutusyhtiönsä vuodeksi kerrallaan.

Valtio tukee vakuutusyhtiöitään pääomittamisella ja lainojen anteeksiannolla. Tämä on selkeästi valtiontuen ja siten SEUT 107 artiklan tulkinnan piirissä olevaa toimintaa. Komissio tutki kilpailutilannetta yksityisen vakuutusyhtiön valitettua kielletystä valtiontuesta ja päätteli, että kyse ei ole kielletystä valtiontuesta, koska järjestelmän tarkoituksena on lakisääteinen terveydenhuolto ja vakuutukset ovat pakollisia kaikille. Lisäksi niiden hinta ja sisältö ovat samat kaikille. Komissio katsoi, ettei vakuutusyhtiöiden toimintaa voitu pitää kaupallisena markkinoilla tapahtuvana toimintana ja siten SEUT 107 artikla ei tullut sovellettavaksi.

Unionin yleinen tuomioistuin kumosi komission tulkinnan ja katsoi, että koska osa sairausvakuutuksia tarjoavista yrityksistä on yksityisiä, tavoittelee voittoa ja kilpailee laadulla ja lisäpalveluilla, sairausvakuutusten tarjoamisessa on kyse taloudellisesta toiminnasta niin, että kilpailuoikeudellinen yritys-käsite ja SEUT 107 artikla soveltuvat. Vaikka suuri osa toiminnasta voitiin katsoa taloudellisen toiminnan ulkopuoliseksi toiminnaksi, valinnanvapauden ja vakuutusyhtiön vaihtomahdollisuuden katsottiin aiheuttavan tilanteen, jossa yhtiöt kilpailivat keskenään. Niinpä kyse on kilpailluilla markkinoilla toimimisesta ja siten valtiontukisäännökset soveltuvat. Kilpailu toteutuu ennen muuta laadulla. Yleinen tuomioistuin totesi asian seuraavasti:

”It follows that, in view of the profit pursued by health insurance companies and the existence of intense competition as to quality and the services offered, the activity of providing compulsory health insurance in Slovakia is economic in nature”.

Tämän vuoksi voidaan nähdä, että valinnanvapauslainsäädännön kontekstissa Slovakia-ratkaisu vain vahvistaa kantaa, jonka mukaan siihen sisältyvät mahdolliset SEUT 107 artiklan tarkoittamat valtiontuet tulee notifioida komissiolle.

HE 16/2018 vp käsittelee Slovakia-ratkaisua kohdassa 3.3.10 toteamalla, että Suomen valinnanvapausmalli vaikuttaisi ensisijaisesti ei-taloudelliselta, siis solidaarisuusperiaatteen kattamalta toiminnalta. Hallituksen esityksessä pohdintaa jatketaan seuraavasti:

”Kuitenkin EU-tuomioistuimen (huom. tarkemmin unionin yleisen tuomioistuimen) tuore, vakuutusperusteista järjestelmää (Slovakia) koskeva ratkaisu (T-216/15) nostaa hyvin vahvaan

tulkinta-asemaan voiton tavoittelun mahdollisuuden ja käytön, laatukilpailun olemassaolon sekä asiakkaan valinnanvapauden vaikutuksen järjestelmän luonteeseen. Näiden seikkojen olemassaolon on katsottu vakuutus pohjaisessa järjestelmässä merkitsevän sitä, että järjestelmä on taloudellinen, vaikka järjestelmä sinänsä pohjautuisikin vahvasti solidaarisuusperiaatteelle”.

Tämän jälkeen hallituksen esityksessä pohditaan, mitkä elementit valinnanvapauslaissa viittaavat taloudelliseen toimintaan ja mitkä ei-taloudelliseen toimintaan. **Korostan omassa tulkinnassani laatukilpailun merkitystä taloudellisen toiminnan arvioinnissa. Myös hallituksen esityksessä tämä laatua koskeva kilpailu tunnustetaan toteamalla, että palveluntuottajat tulevat kaikissa palvelumalleissa (suoran valinnan palvelut, asiakassetelipalvelut ja henkilökohtainen budjetti) kilpailemaan sillä, miten tehokkaasti ja toisaalta asiakasystävällisesti ne palveluja tuottavat.** Laatukilpailua ja taloudellista toimintaa ilmentää se, että asiakas todennäköisesti vaihtaa valinnanvapausmallissa palveluntuottajaa, jos hän ei syystä tai toisesta ole tyytyväinen saamaansa palveluun. Lisäksi korvausjärjestelmän todetaan sisältävän myös jossain määrin mahdollisuuksia maakunnan määrittelemiin taloudellisiin kannustimiin. Taloudellisia elementtejä sisältävä hanke sisältäisi siten myös mahdollisesti valtiontukielementtejä, jotka tulisi notifioida.

Tästä huolimatta tämän analyysin päätteeksi hallituksen esityksessä päädytään siihen, ettei notifiointiin ole perusteltua nyt ryhtyä, mitä omalta osaltani kummeksun. **Jos notifiomatta jättäminen tosiasiaassa perustuu siihen, ettei hallituksen tavoittelemalla aikataululla sitä ehditä tehdä, niin on perusteltua kritisoida liian tiukkaa aikataulua.** Olisi nimittäin kestävämpiä liittää lainvalmistelussa SEUT 108 artiklan mukainen notifiointivelvoite koskemaan vain tilanteita, joissa jokin valtiontukielementtejä sisältävä lainsäädäntöhanke ”ehditään” notifioida. Asia ilmaistaan niin, että valtiontukikysymyksiin on vastauksia vasta sitten, kun laki on voimassa ja järjestelmä toiminnassa. Suhtaudun tähän perusteluun varauksella.

4. Huomio SOTE-palveluiden luonteesta ja yhtiöittämisen merkityksestä

Perustuslakivaliokunta ei lausunnossaan 26/2017 vp hyväksynyt edellytystä, että SOTE-palvelut tulisi yhtiöittää hallituksen silloin esittämällä tavalla ja siksi nyt HE 16/2018 vp:ssä todetaan (kohta 3.3), että maakunnalla ei ole velvollisuutta yhtiöittää tuottamiaan palveluita. En sinänsä kiistä tätä perustuslakivaliokunnassa omaksuttua tulkintaa, jonka mukaan yhtiöittämistä ei tule edellyttää edellisen hallituksen esityksen kontekstissa, mikä omalta osaltaan ilmentää terveyspalveluiden erityistä asemaa, johon liittyy mm. solidaarisuusperiaate ja järjestelmän sosiaalinen tavoite (kohta

2.3.6). Yksityisten ja julkisten toimijoiden olemassaolo ei itsessään viittaa toiminnan taloudelliseen luonteeseen järjestelmässä, jossa sosiaaliset piirteet ja tavoitteet ovat vallitsevia ja jossa toiminta perustuu keskeisellä tavalla solidaarisuusperiaatteeseen. Tämän vuoksi mm. suomalaista liikennesektoria koskenut Destia-tapaus (komission päätös C7/2006) ei aivan suoraan ole sovellettavissa SOTE-kysymyksissä, joilla on yhteys EU:n perusoikeuskirjassa määriteltyihin sosiaalisiin oikeuksiin (artiklat 34 ja 35).

On kuitenkin huomattava, että mikäli julkista palvelutoimintaa tavalla tai toisella markkinaehtoistetaan, niin markkinaehtoistettu toiminta siirtyy lähtökohtaisesti kilpailulliseksi toiminnaksi ja siten SEUT 107 artiklan valtioneukisääntelyn piiriin. Kuten olen edellä osoittanut viittaamalla tapaukseen KHO:2018:28, niin osa SOTE-palveluista on selkeästi taloudellista toimintaa, johon solidariteettiperiaate ei sovellu. Sen vuoksi **SOTE-palveluita tulee käsitellä tapauskohtaisesti eikä niin, että ne ovat joko kokonaan ei-taloudellisia tai kokonaan taloudellisia palveluja**. Sama tuodaan asianmukaisesti esiin myös hallituksen esityksessä toteamalla, että ”hyvin harvoin jäsenvaltioiden järjestelmät ovat puhtasoppisesti täysin ei-taloudellisia tai täysin taloudellisia” (kohta 2.6.3). Siksi on luontevaa, että lakiesityksen 62 §:ssä erikseen korostetaan ns. kilpailuneutraliteettia julkisen ja yksityisen palvelutuotannon välillä.

Yhtiöittämisvelvoitteen osalta on otettava huomioon se, että yhtiöittämisvelvoitetta olennaisempaa on ottaa tarkastelun lähtökohdaksi kilpailuoikeudellinen yritys-käsite, kuten hallituksen esityksessä on meneteltykin. Tämä ilmenee seuraavasta sitaatista (kohta 2.3.6):

”Toimijoita, jotka harjoittavat taloudellista toimintaa, kutsutaan nimellä ”yritys”. Yrityksen käsite on laaja, sillä niitä ovat kaikki taloudellista toimintaa harjoittavat yksiköt riippumatta niiden oikeudellisesta muodosta, rahoitustavasta tai taloudellisen toiminnan tavoitteesta (esim. asia 41/90 Höfner ja Elser). Valtioneukisääntelyn kannalta ei ole merkitystä sillä, onko kyseessä yksityinen vai julkisomisteinen yritys”.

Asia on juuri näin. Tämä tarkoittaa siis esimerkiksi sitä, että perustuslakivaliokunnan lausunnon 26/2017 vp edellä mainittu SOTE-palveluiden yhtiöittämisen kieltävä tulkinta ei merkitse sitä, että kaikki SOTE-palvelut olisivat automaattisesti ei-taloudellista toimintaa ja solidariteettiperiaatteen piirissä, minkä vuoksi niillä ei myöskään olisi SEUT 107 artiklan tarkoittamaa valtioneukiulottuvuutta eikä niitä siten tarvitsisi myöskään notifioida. Kysymys, sisältääkö jokin tietty järjestely SEUT 107 artiklan kieltämää valtioneukea on arvioitava

tapauskohtaisesti ja huomioimalla kilpailuoikeudellisen yritys-käsitteen merkitys aivan kuten nyt käsillä olevassa hallituksen esityksessä on edellä siteeratussa kohdassa annettu ymmärtää.

Esimerkkinä käsillä olevassa hallituksen esityksessä mainitaan siis Höfner-tapaus⁹, jossa työnvälitystoimistolle oli myönnetty yksinoikeus välittää työpaikkoja. Kyseisessä tapauksessa yksityiset yritykset eivät lakisääteisen määräyksen vuoksi saaneet tarjota johtavien työntekijöiden työpaikkojen välityspalvelua siitä huolimatta, ettei työnvälitystoimisto kyennyt tätä palvelua toteuttamaan. Kun tällaisessa tilanteessa julkinen yritys, esimerkiksi taloudellista toimintaa harjoittava liikelaitos, sulkee kilpailijoilta markkinat esimerkiksi saamiensa yksin- tai erityisoikeuksien vuoksi, SEUT 106(1) artiklaa koskeva oikeuskäytäntö soveltuu. Tämä liittyy nyt käsiteltävässä SOTE-kokonaisuudessa kiistatta vähintäänkin niihin palveluihin, jotka on markkinaehtoisuutta. Tämä puolestaan merkitsee sitä, että SOTE-palveluihin liittyvän lainsäädäntökokonaisuuden valtiontukielementtien osalta ei ole ratkaisevan olennaista se, onko yhtiöittäminen kielletty SOTE-sektorilla vai ei, koska **kilpailuoikeudellinen yritys-käsite on funktionaalinen**, eli tarkasteltavan yksikön oikeudellisella muodolla ei ole merkitystä. Sen vuoksi voidaan katsoa, että hallituksen esityksessä aivan oikein tarkastelun päähuomio keskittyy siihen, onko jokin toiminta taloudellista vai ei-taloudellista luonteeltaan.

5. Esimerkki SOTE:en liittyvästä mahdollisesta valtiontukiongelmasta

Lopuksi kiinnitän lyhyesti huomiota erääseen julkisuudessa esitettyyn sekä maakuntauudistukseen että valinnanvapauslainsäädäntöön liittyvään mahdolliseen valtiontukiongelmaan sen osoittamiseksi, etteivät pohdinnat SEUT 107 ja 108 artikloiden tulkinnasta ole vain teorian tasolla, vaan niillä on suomalaisen käytännön viranomaistoimintaan jo nyt vaikutusta. Otan tarkastelun kohteeksi takaukset ja luotonannon.

Komission 2016 valtiontuen käsitettä koskevan tiedonannon¹⁰ mukaan takaus voi sisältää SEUT 107 artiklan tarkoittamaa valtiontukea. Julkisyhteisöjen (myös julkisten yritysten) myöntämiin lainoihin ja takauksiin voi muiden transaktioiden tapaan sisältyä valtiontukea, jos ne eivät ole markkinaehtojen mukaisia.¹¹ SEUT 108(3) ja ilmoitusmenettelyä koskevan asetuksen 2015/1589 artikla 3 edellyttävät,

⁹ Ks. C-41/90 *Höfner* (1991) ECR I-1979, kohta 31.

¹⁰ Komission tiedonanto Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01), kohdat 108-114. Tiedonannot perustuvat vakiintuneeseen käytäntöön sekä EU-tuomioistuimen tulkintoihin.

¹¹ kohta 108.

että tuki annetaan vasta sitten, kun komissio on arvioinut tuen soveltuvan sisämarkkinoille. Valtion takaamille lainoille voitaisiin vakavaraisuusasetuksen 575/2013¹² mukaan antaa nollariskipaino, jos ne täyttävät vakavaraisuusasetuksen 213 ja 215 artiklojen ehdot. Keskeinen näistä on edellytys, jonka mukaan **'luottosuojasopimuksen on oltava oikeudellisesti pätevä ja täytäntöönpanokelpoinen kaikilla luottosopimuksen tekohetkellä asian kannalta merkityksellisillä lainkäyttöalueilla.'** Siksi on syytä kysyä, missä määrin luottosuojasopimus on täytäntöönpanokelpoinen tekohetkellä tilanteessa, jossa sen sisältämä notifiointi valtiontuki voi johtaa tukipäätöksen pätemättömyyteen.

Kuntien takauskeskus (KTK) on peräänkuuluttanut 16.3.2018 Helsingin Sanomien yleisönosastossa sitä, että maakuntauudistuksen valtiontakauksille tulee saada oikeusvarmuus. Nykyjärjestelmän kannalta on olennaista, että komission 2004 tekemän päätöksen mukaan Kuntien takauskeskuksen myöntämät takaukset Kuntarahoitukselle eivät **notifioidun järjestelmän puitteissa** ole silloisen EY:n perustamissopimuksen mukaista valtiontukea.¹³ Nyt itse järjestelmä, johon takaustoiminta liittyy, on muuttumassa. Voidaan kysyä KTK:n tavoin, kuinka KHO suhtautuisi ”*sellaiseen valtiontakaukseen, jota ei ole käsitelty EU-kilpailuoikeudellisesti*”. Näin on syytä kysyä etenkin, kun KHO on 13.12.2017 antamassaan lausunnossa korostanut notifiointin tarvetta. Taustana on lisäksi otettava huomioon se, että KTK:lle on kaavailtu suuruusluokaltaan 1,5 miljardin euron tehtävää maakuntien siirtyvien lainojen rahoituksessa.

Kuntien takauskeskuksen toiminnan arvioimiseksi on erityisen tärkeää viitata ns. *prudent trader*-testiin, joka on luottamuksensuojaan liittyvä **huolellisen taloudellisen toimijan edellytys**.¹⁴ KTK on oman toimintasektorinsa osalta varsin perustellusti huolissaan notifiointimattomista SOTE-uudistukseen liittyvistä valtiontukea mahdollisesti sisältävistä järjestelyistä. KHO on oikeuskäytännössään katsonut, että tukea koskeva päätös voi olla pätemätön tilanteessa, jossa tukea ei ole ilmoitettu komissiolle.¹⁵ Notifiointin merkitystä voidaan korostaa myös viittaamalla

¹² Ks. EUVL, N:o L 176, 27.6.2013, s. 1-337. Artiklassa 213 kohdassa 3 todetaan seuraavaa: *Laitoksen on täytettävä kaikki sopimuksiin ja lainsäädäntöön sisältyvät velvoitteet ja toteutettava toimet, joilla varmistetaan takauksen luonteisen luottosuojan täytäntöönpanokelpoisuus sen lainsäädännön mukaisesti, jota sovelletaan laitoksen luottosuojaa koskevaan osuuteen. Laitoksen on toteutettava riittävä oikeudellinen tarkastelu, jolla varmistetaan takauksen luonteisen luottosuojan täytäntöönpanokelpoisuus kaikilla asian kannalta merkityksellisillä lainkäyttöalueilla. Laitoksen on toistettava tällainen tarkastelu, jos se on tarpeen täytäntöönpanokelpoisuuden varmistamiseksi.*

¹³ C(2004)2034fin s. 6.

¹⁴ Ks. esim. 78/77 Lühns (1978) ECR 169.

¹⁵ Ks. ns. *Premium Board*-asia 22.5.2015/1344 KHO:2015:76. KHO toteaa mm. seuraavaa tuomion kohdassa 2.2.2: ”Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan kansallisten tuomioistuinten käsiteltäväksi voidaan saattaa asioita, joissa ne joutuvat tulkitsemaan ja soveltamaan SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua tuen käsitettä etenkin ratkaistakseen sen, olisiko valtion toimenpiteen, joka on toteutettu noudattamatta 108 artiklan 3 kohdan mukaista ennakkovalvontamenettelyä, osalta pitänyt noudattaa mainittua menettelyä vai ei. Jos ne tulevat siihen tulokseen, että asianomainen toimenpide olisi todellakin pitänyt ennalta ilmoittaa komissiolle, niiden on todettava se

oikeuskirjallisuuteen. Takausten pätevyyttä koskevassa kirjallisuudessa on ehdotettu, että lainaajien tulisi varmistua takauksen pätevyydestä hankkimalla asiantuntijalausuntoja; tai pyytämällä jäsenvaltiota ilmoittamaan notifikaatiota koskevan asian numeron; tai pyytää jäsenvaltiota notifioimaan takausjärjestelmä tai osoittamaan, että järjestelmä on notifioitu ja että komissio on sen hyväksynyt.¹⁶

Notifioimattomuudella on toki vaikutusta myös kielletyn valtiontuen saajan näkökulmasta. EU-tuomioistuimien on katsonut useissa *prudent trader*-kriteerin mukaisissa ratkaisuisaan, ettei tuen saajalla voi olla oikeutettuja odotuksia tuen laillisuudesta tilanteessa, jossa tukea ei ole notifioitu. Havainnollinen esimerkki tästä linjauksesta on seuraava sitaatti *France Telecom* –tapauksesta:

”Kun otetaan huomioon komission harjoittaman valtiontukien valvonnan pakottavuus, tuensaajayrityksillä voi siis lähtökohtaisesti olla perusteltu luottamus tuen sääntöjenmukaisuuteen ainoastaan silloin, kun tukea myönnettäessä on noudatettu [SEUT 108]¹⁷ artiklan mukaista menettelyä, ja **huolellisen taloudellisen toimijan** on tavallisesti kyettävä varmistumaan siitä, että tätä menettelyä on noudatettu. Erityisesti on todettava, että kun tuki pannaan täytäntöön ilmoittamatta sitä ennalta komissiolle, jolloin se on [SEUT 108] artiklan 3 kohdan mukaisesti sääntöjenvastainen, tuensaaja ei voi kyseisellä hetkellä perustellusti luottaa siihen, että tuki on myönnetty sääntöjenmukaisesti.¹⁸

Ottaen huomioon notifioimatta jättämisen mahdolliset vakavat seuraukset hallituksen esitys 16/2018 jättää maakuntien taloudellisen toiminnan kilpailuoikeudellisen luonteen arvioinnin varsin vähäiselle tasolle. Ajatellaanpa esimerkiksi, että Maakuntien tilakeskus Oy:n omistamassa kiinteistökokonaisuudessa toimisi sekä ei-kilpailullisella (esim. erikoissairaanhoido) että kilpailullisella alueella olevia yksiköitä. Olisi ilmeisesti niin, että tällaisessa tilanteessa Maakuntien tilakeskuksen tulisi eriyttää kiinteistöpalvelunsa niin, että valtiontukea sisältävät kiinteistöpalvelut kohdistuvat vain ei-taloudelliseen toimintaan. Valinnanvapauslainsäädännön käytännön toimivuuden

sääntöjenvastaiseksi. Kansallisilla tuomioistuimilla ei sitä vastoin ole toimivaltaa ratkaista sitä, soveltuuko valtiontuki sisämarkkinoille, sillä tämä osa valvonnasta kuuluu komission yksinomaiseen toimivaltaan (tuomio P, C-6/12, EU:C:2013:525, 38 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen sekä tuomio OTP Bank, C-672/13, EU:C:2015:185, 31 ja 37 kohta).”

¹⁶ Nunez Muller, Marco, 'Guarantees' teoksessa Säcker, Franz/Jugen ja Montag, Frank, *European state Aid Law*, Beck/Hart/Nomos 2016, s. 1067

¹⁷ Lissabonin sopimuksen johdosta EY-88 artiklan sisältö siirtyi Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 108 artiklaksi.

¹⁸ Ks. C-81/10 *France Télécom SA*; ECLI:EU:C:2011:811, kohta 59. Ks myös yhdistetyt asiat C-183/02 P ja C-187/02 P, *Demesa ja Territorio Histórico de Álava v. komissio*, tuomio 11.11.2004, Kok., s. I-10609, kohta 44.

kannalta on mielenkiintoinen kysymys, olisiko Maakuntien tilakeskuksella tarjota maakunnille kilpailulliseen toimintaan liittyviä kiinteistöpalveluja lainkaan? Jos maakunta järjestää kilpailullisen SOTE-palvelun tilat ja muut kiinteän pääoman palvelut valtion takaamalla lainalla, niin kysymys SEUT 107 artiklan kieltämästä valtiontuesta aktualisoituu edelleen. Olen ollut yhteydessä Kuntien takauskeskukseen ja KTK:n näkökulmasta maakuntien ja maakuntayhteisöjen toiminnassa esiintyy ainakin seuraavia valtiontukielementtejä:

- valtiontakaukset maakunnille ja Maakuntien tilakeskus Oy:lle
- omaisuuden mahdolliset alihintaiset siirrot kunnilta ja kuntayhtymiltä maakunnille ja Maakuntien tilakeskus Oy:lle
- maakuntien tuotantoa harjoittavien yhteisöjen oman pääoman tuottovaade
- konkurssisuoja, ja
- verokohtelu

KTK:n esimerkeissä esiintyy konkurssisuoja ja verokohtelu aivan samoin kuin KHO:n lausunnossa 13.12.2017, mutta muutoin esimerkit nivELYvät lähinnä takaajan näkökulmasta esiin nouseviin kysymyksiin.

6. Johtopäätökset ja toimenpidesuositus

Katson, että olisi liioiteltua lähteä siitä, ettei SOTE-kokonaisuudesta tarvitse notifioida komissiolle mitään. Aivan samoin liioittelua olisi sekin, että kaikki SOTE-lainsäädäntöpakettiin kuuluva tulisi notifioida. Tässä on siten samankaltainen logiikka kuin edellä sen määrittelyssä, mikä on ei-taloudellista ja mikä taloudellista toimintaa. Sen vuoksi toimenpidesuosituksena on, että esimerkiksi maakuntien ja Maakuntien tilakeskus Oy:n valtiontakauksiin ja pääomittamiseen liittyvät mahdolliset valtiontuet notifioitaisiin komissiolle lainvalmisteluvaiheessa.

Helsingissä 11.4.2018

Juha Raitio