



Oikeusneuvos, OTT Niilo Jääskinen

26.4.2018

Eduskunnan perustuslakivaliokunnalle

HALLITUKSEN ESITYS (HE 16/2018 VP) EDUSKUNNALLE LAIKSI ASIAKKAAN VALINNANVAPAUSTESTA SOSIAALI- JA TERVEYDENHUOLLOSSA JA ERÄIKSI SIIHEN LIITTYVIKSI LAEIKSI

1 Yleistä

Valiokunnan sihteeristöstä saadun ohjeen mukaisesti tässä lausunnossa rajoitutaan tarkastelemaan ehdotusta EU-oikeudellisesta näkökulmasta. Lausunnossa esitetyt kannanotot ja tulkinnat ovat omiani eivätkä sido korkeinta hallinto-oikeutta sen mahdollisesti arvioidessa lausunnossa tarkasteltuja oikeuskysymyksiä asianmukaisessa lainkäyttökokoonpanossa.

Korkein hallinto-oikeus on antanut 13.12.2017 sosiaali- ja terveysministeriölle lausunnon (Dnro H 567/17) hallituksen esitysluonnoksesta asiakkaan vapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa.

Korkein hallinto-oikeus totesi hallituksen esitysluonnoksessa esitetyn perusteella, että ”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 ... valtiontukielementtejä mahdollisesti sisältävänä järjestelmänä. Tämä on mahdollista toteuttaa ennen kaavailun lainsäädännön voimaantuloa niin, että komission näkemyksestä mahdollisesti aiheutuvat muutostarpeet voidaan ottaa huomioon ennen sitä.”

Hallituksen esityksessä selostetulla tavalla (s. 82-85) komission Slovakian sairausvakuutusjärjestelmää koskevan päätöksen tultua kumotuksi Euroopan unionin yleisen tuomioistuimen päätöksellä (asia T-216/15) 5.2.2018¹ tämä oikeudellinen epävarmuus on entisestään kasvanut. Joulukuussa esillä olleessa hallituksen esitysluonnoksessa argumentaatio valinnanvapausmallin ei-taloudellista luonnetta perusteltiin keskeisesti juuri mainitulla komission päätöksellä.

Toisaalta lainsäädäntökokonaisuuden reaaliset valtiontukisääntelyn kannalta relevantit vaikutukset olisivat käsillä vasta SOTE-keskusten aloittaessa toimintansa tammikuussa 2021. Tähän nähden virallista notifiointimenettelyä komissiossa ei olisi välttämätöntä saada päätettyä ennen itse lainsäädännön voimaantuloa.

¹ Tuomio 5.2.2018 Dôvera zdravotná poisťovňa / komissio (T-216/15 ; ECLI:EU:T:2018:64).

2 Järjestelmän taloudelliset ja ei-taloudelliset elementit

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 107 artiklassa kielletään yhteismarkkinoille sopimattomat valtiontuet, jotka annetaan yrityksille. Valtiontuen käsite on objektiivinen ja funktionaalinen. Se on riippumaton kansallisesta oikeudesta ja perustuu kansallisten toimenpiteiden ja järjestelmien reaaliseen eikä muodolliseen tarkasteluun. Valtiontuen käsitteellisiä elementtejä ovat toimenpiteen johdosta yritykselle valtion kustannuksella koituva etu eli varallisuussiirto valtion varoista yritykselle tai valtion kustannukselle tapahtuva yrityksen kustannusten väheneminen, edun valikoivuus, tuen vaikutus jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja kilpailua vääristävä luonne. Valtioksi katsotaan tuen antamisen näkökulmasta kaikki julkinen sektori, myös alue- ja paikallishallinnon yksiköt ja julkiset yhtiöt.

Vaikka tietty toimenpide olisi valtiontukea, se voi olla sallittua joko asiaa koskevan yleisen poikkeuksen tai komission tekemän hyväksymispäätöksen johdosta. SEUT 106 artiklan nojalla unionin kilpailusääntöjä, mukaan luettuina valtiontukea koskeva sääntely, sovelletaan myös julkisiin yrityksiin, mutta niiden soveltaminen ei saa estää niiden tarkoituksen toteutumista, mikä koskee myös yleisiä taloudellisia tarkoituksia koskevien palvelujen tarjoamista.

Jotta kysymyksessä olisi valtiontuki, sen on oltava *yrityksen* valtion varoista (laajassa merkityksessä) saama etuus. Jos tuensaaja ei ole yritys, kysymys ei voi olla valtiontuesta. Yrityksen määritelmä on funktionaalinen, ei yksikön oikeudelliseen luonteeseen perustuva. Yrityksiä ovat taloudellista toimintaa harjoittavat yksiköt niiden oikeudellisesta luonteesta ja tarkoituksesta riippumatta. Myös julkisoikeudelliset yhteisöt ja viranomaiset voivat siten olla yrityksiä valtiontukisääntelyn näkökulmasta. Taloudellista toimintaa on tavaroiden ja palvelujen tarjoaminen markkinoille korvausta vastaan. Korvauksen ei kuitenkaan tarvitse tulla suoraan tavaran ostajalta tai palvelun saajalta.

Kuten hallituksen esityksestä ilmenee, julkisen vallan käyttöä ei pidetä taloudellisena toimintana. Lisäksi oikeuskäytännössä on katsottu, että järjestelmät, joissa palvelujen tarjoaminen perustuu ns. yhteisvastuuperiaatteelle, eivät ole taloudellista toimintaa ja tähän ei vaikuta se, että palvelujen vastaanottajilta perittäisiin korvauksia, jotka eivät kuitenkaan kata järjestelmän kustannuksia. Yhteisvastuun kriteerejä on selostettu yksityiskohtaisesti hallituksen esityksessä (s.81-81). Fenintuomiosta (T-319/99, Fenin vs. Komissio) seuraa, että yksiköt, jotka ovat luonteeltaan ei-taloudellisia, eivät muutu taloudellista toimintaa harjoittaviksi ja sen vuoksi yrityksiksi pelkästään sen vuoksi, että ne toiminnassa joutuvat hankkimaan tavaroita ja palveluja markkinoilta.

Hallituksen esityksessä todetaan järjestelmän valtiontukiluonteen tulkinnanvaraisuus, mutta päädytään painottamaan sen ei-taloudellista luonnetta tukeutuen tältä osalta laajaan lähinnä jäsenvaltioiden sairausvakuutus- ja eläkejärjestelmiä koskevaan EU-tuomioistuimen ja komission käytäntöön. Ehkä jossain määrin varjoon jää se oikeus- ja komissiokäytännön painotus, joka on pitänyt terveyden- ja sairaanhoidon palvelujen tarjoamista lähtökohtaisesti taloudellisena toimintana riippumatta siitä, onko kysymyksessä yksityinen vai julkinen palvelun tarjoaja.

Hollantilaiset tutkijat Sauter ja van de Gronden ovat todenneet, terveydenhoidon sektorilla olisi syytä nähdä *selvä ero palveluntuottajien ja vakuuttajien välillä*. Ensiksi mainittujen oletetaan tarjoavan palveluja tai tavaroita markkinoille ja ne ovat siksi EU:n kilpailusääntöjen soveltamisalassa. Viimeksi mainitut joutuvat niiden soveltamisalaan vain sikäli kuin niiden toiminta ei perustu yhteisvastuuperiaatteeseen.² *Komission päätöskäytäntö näyttää kuitenkin olevan epäjohdonmuakaista eikä tällaista jaottelua ole aina noudatettu.*

² Wolf Sauter, Johan van de Gronden, Taking the Temperature. A survey of the EU law on competition and state aid in the healthcare sector. Tilburg and Economics Center, Research Paper 2010:11, s. 7. (nettijulkaisu <http://ssrn.com/abstract=1702832>)

Nähdäkseni ehdotetun järjestelmän analyysi valtiontukisääntelyn näkökulmasta tulisi tehdä eritellymmin kuin hallituksen esityksessä; siinä vedotaan myös moneen sellaiseen seikkaan, jolla ei oikeuskäytännön mukaan ole merkitystä valtiontukisääntelyn soveltuvuutta arvioitaessa kuten järjestelyjen luonteeseen kansallisen perustuslain näkökulmasta. Haku komission kilpailunpääosaston terveys- ja sosiaalisektoria koskevasta valtiontukipäätöskäytännössä olisi rikastanut esitystä ja mahdollisesti syventänyt analyysiä.³

Ehdotetussa järjestelmässä terveydenhoito- ja sosiaalipalvelujen *järjestämisvastuu* on maakunnilla, jotka saavat sitä varten rahoituksen valtiolta. Järjestämisvastuussa on kysymys viranomais-toiminnasta ja se perustuu yhteisvastuuperiaatteeseen. Tältä osin ei nähdäkseni ole valtiontukisääntöihin liittyviä ongelmia.

Ehdotetussa järjestelmässä terveydenhoitopalveluja *tuottavat* maakuntien liikelaitokset, mahdollisesti maakuntien omistamat yhtiöt sekä yksityiset palveluntuottajat. Valtiontukisääntelyn kannalta relevantit kysymykset liittyvät ennen kaikkea ns. suoran valinnan palvelujen tarjoamiseen maakuntien liikelaitosten ja vastaavasti niiden omistamien yhtiöiden ja yksityisten palveluntuottajien ylläpitämissä SOTE-keskuksissa.

Komission tiedonannossa valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01) todetaan terveydenhuollon osalta seuraavasti:

"2.4 Terveydenhuolto

Unionin terveydenhuoltojärjestelmissä on suuria eroja jäsenvaltioiden välillä. Se, kilpailevatko terveydenhuoltopalvelujen tarjoajat keskenään ja missä määrin, riippuu pitkälti kansallisista ominaispiirteistä.

24. Joissakin jäsenvaltioissa julkiset sairaalat ovat olennainen osa kansallista terveydenhuoltoa ja perustuvat lähes kokonaan solidaarisuuden periaatteeseen. Tällaiset sairaalat rahoitetaan suoraan sosiaaliturvamaksuilla ja muilla valtion varoilla, ja ne tarjoavat yleisesti kattavia palveluja ilmaiseksi. Unionin tuomioistuimet ovat vahvistaneet, että organisaatiot, joilla on tällainen rakenne, eivät toimi yrityksinä.

25. Kyseisessä rakenteessa nekään toiminnot, jotka sinällään voisivat olla luonteeltaan taloudellisia mutta jotka suoritetaan pelkästään toisen, muun kuin taloudellisen palvelun tuottamiseksi, eivät ole luonteeltaan taloudellisia. Yksikkö, joka ostaa tavaroita – jopa suuressa mittakaavassa – muun kuin taloudellisen palvelun tarjoamiseksi, ei toimi yrityksenä pelkästään siitä syystä, että se on ostaja tietyillä markkinoilla.

26. Monissa muissa jäsenvaltioissa sairaalat ja muut terveydenhuoltopalvelujen tarjoajat tarjoavat palvelujaan potilaiden suoraan tai heidän vakuutusyhtiöidensä maksamaa korvausta vastaan. Tällöin sairaaloiden välillä on jonkin verran kilpailua terveydenhuoltopalvelujen tarjonnassa. Tällaisessa tapauksessa se, että terveydenhuoltopalvelun tarjoaja on julkinen sairaala, ei riitä perusteeksi luokitella toiminta muuksi kuin taloudelliseksi.

27. Unionin tuomioistuimet ovat myös selventäneet, että itsenäisten lääkäreiden ja muiden yksityisten ammatinharjoittajien omalla riskillään korvausta vastaan tarjoamia terveydenhuoltopalveluja on pidettävä taloudellisena toimintana. Samat periaatteet koskevat myös apteekkeja."

³ Näitä sektoreita koskevia päätöksiä viimeisten kymmenen vuoden ajalta löytyy haulla http://ec.europa.eu/competition/elo-jade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=0.

Suomen nykyinen julkinen terveydenhoito on olennaisesti 24. kohdassa tarkoitetun ns. NHS-mallin mukainen. Sairaalat ja terveyskeskukset ovat julkisomisteisia, ne rahoitetaan pääosin muilla kuin asiakasmaksuilla/vakuutuskorvauksilla ja ne tarjoavat yleisesti kattavia palveluja.

Valinnanvapauslain suuri kysymysmerkki valtiontukisääntelyn kannalta on, olisiko uusi järjestelmä edelleenkin NHS-mallin mukainen, komission päätöksen kohdassa 24 tarkoitettu yhteisvastuuseen perustuva järjestelmä vai olisiko kysymys pikemminkin komission tiedonannon kohdassa 26. tarkoitetun kaltaisesta järjestelmästä, jossa yksityiset ja julkiset palveluntuottajat tarjoavat palveluja markkinalle, jonka olennaisena rakenneperiaatteena on asiakkaan valinnanvapaus, eli toisesta näkökulmasta palveluntuottajien kilpailu asiakkaista.

Yhteisvastuuseen viittaavaa käytäntöä

Kuten edellä on todettu, solidaarisuus- eli yhteisvastuuperiaatteen on katsottu tekevän erilaisiin riskientausmekanismeihin perustuvat sairausvakuutusjärjestelmät ja eläkejärjestelmät luonteeltaan ei-taloudelliseksi toiminnaksi, vaikka niitä ylläpitäisivät ei-valtiolliset toimijat ja niihin liittyisi palvelujen tarjoamista jonkinlaisessa markkinaympäristössä. Komission päätöskäytännöstä saa kuitenkin tukea sille, ymmärtääkseni hallituksen esityksessä edustetulle kannalle, että yhteisvastuuperiaatteen nojautuva terveydenhoitopalvelujen järjestäminen muuttaa myös järjestelmän puitteissa tapahtuvan terveydenhoitopalvelujen tuottamisen luonteeltaan ei-taloudelliseksi.

Italiassa terveydenhoidon järjestämisvastuu kuuluu valtiolliselle elimelle (*Istituzione del servizio sanitario nazionale* SSS), jonka rakenteita muutettiin vuosina 1992 ja 1999 hajauttamalla terveydenhoidon konkreettinen järjestämisvastuu alueille ja maakunnille kansallisten ohjelmien ja palvelutasotavoitteiden kehyksissä. Järjestelmä turvaa oikeuden terveyden- ja sairaanhoitoon yleispalveluna ilmaiseksi tai vähäistä korvausta vastaan. Järjestelmä rahoitetaan pääosin sosiaaliturvamaksuilla ja veroilla sekä osittain asiakasmaksuilla. Alueilla ja maakunnissa järjestelmään kuuluu julkisia ja yksityisiä terveydenhoidon yksiköjä hyväksytyinä palveluntuottajina, ja ne saavat lähtökohtaisesti samanlaisen korvauksen SSS-järjestelmästä. Järjestelmän uudistuksiin sisältyi myös julkisten terveydenhoidon palveluntuottajien pakollinen yhtiöittäminen ja potilaiden lähtökohtainen valinnanvapaus.

Komission päätös⁴ Latiumin (Lazio) alueen julkisista sairaaloista annettiin erään yksityisen sairaalan kantelun johdosta. Kantelija katsoi, että vuonna 1992 ja 1999 toteutetut SSS-järjestelmän uudistukset (alueellistaminen, yhtiöittämisspakko, julkisten ja yksityisten sairaaloiden hyväksymismenettely, potilaiden valinnanvapaus) olivat poistaneet sen luonteen yhteisvastuuperiaatteen perustuvana yleispalvelujärjestelmänä. Lisäksi kantelija katsoi, että Latiumin alueen maksamat hoitokorvaukset suosivat julkisia sairaaloita yksityisiin nähden ja että yhteisvastuuperiaatteen soveltumaton oli myös SSS-järjestelmässä sallitut ns. ALPI-palvelut eli lääkärin mahdollisuus hoitaa työajan ulkopuolella yksityispotilaita julkisissa sairaaloissa potilaiden itsensä tai heidän vakuutusyhtiöidensä kustannuksella.

Komissio oli jo vuonna 2012 kiinteistöverovapautuksia koskeneessa valtiontukipäätöksessään ICI-IMU päättänyt katsomaan, että alueellistamisesta, yhtiöittämisspakosta ja valinnanvapaudesta huolimatta SSS-järjestelmä oli säilyttänyt ei-taloudellisen luonteensa yhteisvastuuperiaatteen tukeutuvana järjestelmänä. SSS-järjestelmän kehyksessä toimittaessa sen enempää julkiset kuin

⁴ Brussels, 4.12.2017 C(2017)7973 final, State Aid SA.39913 (2017/NN) – Italy Alleged compensation of public hospitals in Lazio. Linkki http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/271629/271629_1963634_74_4.pdf

yksityisetkään sairaalat eivät olleet taloudellista toimintaa harjoittavia yrityksiä.⁵ Toisaalta komissio on toisessa päätöksessään katsonut, että samalla alueella toimiva yksityisiä sairaaloita ylläpitävä palveluntarjoaja harjoittaa taloudellista toimintaa siltä osin kuin se toimii SSS-järjestelmän ulkopuolella.⁶

Latiumin alueen julkisia sairaaloita koskeva komission tuore päätös tukee vahvasti näkemystä, jonka mukaan hallituksen esityksen mukainen valinnanvapausjärjestelmä olisi luonteeltaan ei-taloudellinen ja siten valtiontukisäännösten soveltamisalan ulkopuolella. Päätöksessä siteeratusen vuoden 2012 ICI-IMU-päätöksen mukaisesti järjestelmän yhteisvastuullisuuselementtien voitaisiin katsoa merkitsevän maakuntien liikelaitosten toiminnan olemista luonteeltaan ei-taloudellista. Vm. päätöksen perusteella myös Mehiläisen, Terveystalon, Aavan ja Pihlajalinnan kaltaisten yhtiöiden toiminta olisi kilpailuoikeudellisesti luonteeltaan ei-taloudellista sikäli kuin ne tuottavat terveydenhoitopalveluja maakunnan järjestelmään liitetyn SOTE-keskuksen kautta.

Toiminnan luonteen taloudellisuuteen viittaavaa käytäntöä

Vaikka hallituksen esityksessä ehdotettu järjestelmä ei mahdollista hintakilpailua palveluntuottajien välillä, kilpailemalla palvelun laadulla ne voivat hankkia asiakkaita, joiden mukana seuraa oikeus maakunnan määrittämään korvaukseen. Järjestelmä ei ole teknisesti vakuutusjärjestelmä, mutta asiakkaan näkökulmasta maakunta toimii eräänlaisena sairausvakuuttajana suoran valinnan palvelujen tuotannossa maksamalla palveluntuottajille korvauksen, jonka yhdessä asiakasmaksun kanssa on tarkoitus kattaa asiakkaiden saamista palveluista aiheutuvat tuotantokustannukset ml. yksityisten palveluntuottajien voitto-odotukset.

Valinnanvapausjärjestelmän lähtökohtana on asiakkaan valinnanvapauden toteutuminen kilpailuneutraalissa rahoituskehyksessä. Tästä näkökulmasta hallituksen esityksen mukainen järjestelmä muistuttaa hallituksen esityksen sivulla 85 kuvattua Brysselin julkisten sairaaloiden (ns. IRIS-sairaalat) tapausta.⁷

Tapauksessa oli kysymys Brysselin pääkaupunkialueen ja sen kuntien Belgian sosiaalilainsäädännön nojalla ylläpitämistä julkisista sairaaloista, jotka tarjoavat yleispalveluna sairaanhoitoa potilaan taloudellisesta asemasta riippumatta. Komissio piti niitä taloudellista toimintaa harjoittavina yrityksinä, jotka saivat tarjoamistaan sairaanhoitopalveluista vastikkeen yhtäältä viranomaisen määrärahoina ja toisaalta potilailta hoitomaksuina. Toiminnan taloudellisesta luonteesta huolimatta komission piti järjestelmää hyväksyttävänä yleisiä taloudellisia palveluja koskevan ns. SGEI-

⁵ (82) Based on the above, the Commission concludes that it has not been established that the reforms of 1992 and 1999 alter the main characteristics of the SSN, and hence, make the Italian healthcare system economic in nature. The activities of SSN cannot be regarded as being exercised by an undertaking, since they are based on the principle of universality and solidarity and offered to all citizens free of charge or subject to limited remuneration that covers only limited fraction of 15 the service costs. Therefore, the measures described by the Complainant do not constitute State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU.

⁶ Komission päätös 10.12.2014 C(2014) 9255 final, State aid SA.39426 (2014/N) – Italy Rescue aid to PICFIC in A.S., health care services operator in the Region of Lazio.

⁷ Ks. C (2016) 4051 final, Commission Decision of 5.7.2016 on State Aid Sa.19864 - 2014/C (Ex 2009/Nn54) Implemented by Belgium, Public Financing of Brussels Public Iris Hospitals. linkki: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_19864

sääntelyn perusteella.⁸ Vastaavalla tavalla komissio on pitänyt saksalaista julkista sairaalaa yleisiä taloudellisia palveluja tarjoavana yrityksenä valtiotukisääntelyn kannalta.⁹

Johtopäätös

Komission käytännön perusteella ei voida tehdä varmoja johtopäätöksiä sen suhteen, miten se arvioisi suoran valinnan palveluja tuottavien maakuntien liikelaitosten, maakuntien yhtiöiden ja yksityisten palveluntuottajien asemaa. Nähdäkseni paljoo epäilystä ei voi olla sen suhteen, että maakuntien järjestämisvastuussa on kysymys luonteeltaan ei-taloudellista toiminnasta. Latiumin sairaalat-päätöksen perusteella tämä ulottuisi myös palvelujen tuottamiseen järjestelmän sisällä. Brysselin sairaaloja koskeva päätös sen sijaan perustelee näkemystä, jonka mukaan terveydenhoitopalvelujen tuottaminen olisi katsottava luonteeltaan taloudelliseksi toiminnaksi valinnanvapauslainsäädännön kehityksessä harjoitettuna, jolloin maakuntien liikelaitokset ja yksityiset palveluntuottajat olivat tässä kontekstissa valtiotukisääntelyn kannalta yrityksiä. Komission kumpikaan linjaus ei ole ollut unionin tuomioistuimen arvioitavana eikä välttämättä vastaa sen näkemystä.

3 Valtiontuen syrjäytyminen kauppavaikutuksen puuttuessa

Terveydenhoito- ja sosiaalipalveluissa komissio näyttää – toisin muilla sektoreilla ja esimerkiksi sisämarkkinasääntöjä soveltaessaan – herkästi katsovan, että kysymyksessä *ei ole valtiontuki sen takia, että toiminnalta puuttuu rajat ylittävä elementti*, jolloin sen tukemisella ei ole vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Esimerkiksi sairaalojen toiminta on komission mukaan puhtaasti paikallista, jos ne eivät toimi raja-alueilla tai omaa kansainvälistä mainetta.¹⁰ Tämä näyttäisi

⁸ Komission keskeiset perustelut kuuluvat tältä osin seuraavasti: ”108 Where healthcare is provided by hospitals and other healthcare providers against remuneration, be it directly from the patients or from other sources, it must generally be considered to constitute an economic activity. The financing which the IRIS -H receive through various allowances from the federal or federated authorities --- together with direct payments by patients--- remunerates the IRIS-H for the medical services rendered and can therefore, in this context, be considered as constituting the economic consideration for the hospital services provided. In such a system, there is a certain degree of competition between hospitals concerning the provision of healthcare services. The fact that a hospital providing such services against remuneration is public does not render that hospital's activities non-economic in nature. ---110 The solidarity aspects underpinning the Belgian national healthcare system do not call into question the economic nature of such hospital activities. Indeed, it is recalled that with regard to a national health system, which is managed by ministries and other bodies and operates " according to the principle of solidarity in that it is funded from social security contributions and other State funding and in that it provides services free of charge to its members on the basis of universal cover", the CFI (= EU:n yleinen tuomioistuin asian aikaisemmassa vaiheessa – NJ) held that the management bodies in question were not acting as undertakings in their management of that national health system. However, the Commission considers that there is a need to differentiate between the management of the national health system, carried out by public bodies implementing for this purpose the prerogatives of the State, and the provision of hospital care against remuneration in a competitive environment [korostus tässä – NJ] (which is at stake in the case at hand, as outlined in recitals. Accordingly, as far as the provision of healthcare services is concerned, the IRIS -H have to be considered to constitute undertakings in the sense of Article 107(1) TFEU.”

⁹ C(2016) 6689 final, SA , 36798 (2016/NN), Germany Alleged unlawful State aid scheme "Cash pooling of the undertakings owned by the City of Osnabrück (including Klinikum Osnabrück GmbH)": Linkki http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/264881/264881_1878111_254_2.pdf

¹⁰ Brussels, 29.04.2015 C(2015) 2796 final. SA.37432 (2015/NN) – Czech Republic Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region. “(20) While the Commission has acknowledged in its previous decisions that aid to public hospitals may affect intra-EU trade where those hospitals provide highly specialised medical services which give them an international reputation or where those hospitals are located in border regions with frequent mobility of patients between Member States, the Commission notes, first, that none of these five hospitals is a highly specialised hospital with any international reputation.”

sulkevan valtiontukisääntelyn ulkopuolelle Suomessa muut palveluntarjoajat kuin yliopistosairaalat. Vastaavasti paikallisena on pidetty esim. vanhusten palveluasumista ja lääkärikeskuksen toimintaa (muun muassa, koska palvelu tarjotaan paikallisella kielellä paikallisille asiakkaille).¹¹

4 Valtiontukielementit, jos kysymyksessä on taloudellinen toiminta

Jos suoran valinnan terveydenhoitopalvelujen tarjoamista SOTE-keskuksista pidettäisiin luonteeltaan taloudellisena, järjestelmässä olisi kolmenlaisia yrityksiä:

- 1) maakunnan liikelaitoksia;
- 2) maakunnan yhtiöitä;
- 3) yksityisiä palveluntuottajia.

Maakunnan liikelaitokset ovat osa maakuntia ilman erillistä oikeushenkilöyttä. Ne eivät ole konkurssikelpoisia, mistä seuraa EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön kautta, että niiden oletetaan saavan valtiontukea ns. *implisiittisen valtiontakauksen* kautta (C-559/12 P, Ranska vs. komissio k.98). Osana maakuntaa niiden rahoituskustannukset ovat tämän vuoksi alempia kuin jos ne yhtiötettäisiin. Toisaalta tämä voitaisiin katsoa oikeutetuksi sen takia, että maakuntien liikelaitoksilla ei perustuslaillisista syistä ole oikeutta lopettaa SOTE-palvelujen tarjoamista tai valikoida asiakkaitaan. (Tällöin ”ikuisesta” yleispalveluvelvoitteesta ja sopimuspakosta johtuva lisäkustannus tavallaan kuittaisi implisiittisestä valtiotuesta saatavan edun.)¹²

Olen ymmärtänyt hallituksen tarkoituksena toisaalta olevan, että verotuksellisesti liikelaitokset saatettaisiin samalle viivalle kuin yksityiset palveluntuottajat.

Maakunnan yhtiöihin ei liity tällaista EU-oikeudellista problematiikkaa, mutta niitä koskee kesällä 2017 todettu perustuslain 19 §:n 3 momenttiin liittyvä valtiosääntöinen ongelma.

Kaikki kolme yritysmuotoa voivat saada suoraa valtiotukea maakunnilta, jos niiden saamat korvaukset ylittävät niiden lakiin ja maakunnan kanssa tehtävään sopimukseen perustuvien palvelujen tuotantokustannukset ml. kohtuullinen tuotto. Tämä vie keskustelun ns. SGEI-palveluihin. Yleistä taloudellista etua/tarkoitusta palvelevat palvelut ovat sellaisia, joiden saatavuutta kaikille kohtuullisin ehdoin ei voida turvata pelkällä markkinamekanismeilla ja joiden saatavilla olemisen julkinen valta voi sen vuoksi turvata. Tällaisten palvelujen saatavuus on turvattu SEUT 14 artiklassa. SGEI-palveluilla ei ole sitovaa EU-oikeudellista määritelmää, vaan jäsenvaltiolla on harkintavaltaa niiden määrittelyssä. Terveys- ja sairaanhoidon palvelut sekä sosiaalipalvelut voidaan kiistatta osoittaa kansallisilla päätöksillä SGEI-palveluiksi.

Korvaus yritykselle SGEI-palvelun tuottamisesta ei ole valtiontukea, jos se täyttää ns. Altmark-tuomiossa asetetut vaatimukset¹³, joista tärkein on ylikompensaation välttäminen. Tällöin se on

¹¹Ks. komission päätökset 9.8.2016 C(2016) 5054 final, State aid SA.38920 (2014/NN) – Alleged State aid to Santa Casa de Misericordia de Tomar (SCMT); C(2015) 2800 final, State aid SA.37904 (2014/NN) – Germany Alleged State aid to medical centre in Dürmersheim.

¹² Komissio korosti viitteessä 9 mainitussa päätöksessään (kohdassa 38), että yksityiset sairaalat voivat poistua markkinoilla, mutta julkisten sairaaloiden on jatkettava toimintaansa, vaikka se olisi tappiollista.

¹³ Yhteisöjen tuomioistuin on todennut asiassa Altmark (C-280/00, Altmark Trans ja Regierungspräsidium Magdeburg vastaan Nahverkehrsgesellschaft Altmark, Kok. 2003, s. I-7747) antamassaan tuomiossa, että korvaukset julkisista palveluista eivät ole SEUT-sopimuksen 107 artiklassa tarkoitettua valtiontukea, jos neljä kumulatiivista edellytystä täyttyy. Ensinnäkin edunsaajayrityksen tehtäväksi on tosiasiaassa annettava julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen ja nämä velvoitteet on määriteltävä selvästi. Toiseksi ne parametrit, joiden perusteella korvaus lasketaan, on etukäteen vahvistettava objektiivisesti ja läpinäkyvästi. Kolmanneksi korvaus ei saa ylittää sitä, mikä on tarpeen, jotta voidaan kattaa kaikki ne kustannukset tai osa

vapautettu ilmoitusvelvollisuudesta komission päätöksen 2012/21/EU mukaisesti. Tämä mahdollisuus on kompensaation määrästä riippumatta olemassa terveydenhoito- ja sosiaalipalveluja koskien edellyttäen, että niistä on tehty komission päätöksessä tarkoitettu toimeksianto, että toimeksiannot ovat voimassa enintään 10 vuotta kerrallaan ja että ylikompensaatiota ei ole. *Terveydenhoito- ja sosiaalipalveluissa ei siten sovelleta päätöksessä muutoin asetettua 15 miljoonan enimmäismäärää kompensaatiolle.*

Lisäksi SGEI-palvelu voidaan hyväksyä komission tiedonannossa 2012/C 8/03 tarkoitetussa menettelyssä sisämarkkinoille soveltuvana valtiontukena, vaikka se ei kaikilta osin täyttäisi Altmarktuomion kriteerejä.¹⁴

Valinnanvapauslaissa edellytetyt toimeksiannot ja sopimukset maakuntien, niiden liikelaitosten ja yksityisten palveluntuottajien välillä sekä niihin liittyvät korvausjärjestelyt näyttävät johtavan siihen, että sekä *maakuntien liikelaitosten että niiden yhtiöiden ja yksityisten palveluntuottajien välisissä suhteissa voitaisiin soveltaa kompensaatiomekanismin ja toimeksiantosuhteen ehdoista riippuen joko SGEI-päätöstä, jolloin kysymyksessä ei olisi notifiointivelvoitteen alainen valtiontuki, tai SGEI-tiedoksianto, jolloin se olisi ilmoitettava komissiolle hyväksyttäväksi. Tähänastisen käytäntönsä perusteella komissio oletettavasti pitäisi järjestelyjä sisämarkkinoille soveltuvana valtiontukena (sikäli kuin se ei pitäisi ko. palveluja puhtaasti paikallisina ja sen vuoksi jäsenvaltioiden väliseen kauppaan vaikuttamattomina).*

5 Notifioinnista

Korkein hallinto-oikeus totesi joulukuisessa lausunnossaan, että kansallisella lainsäätäjällä tai hallituksella ei ole toimivaltaa sitovasti ratkaista, onko kysymyksessä valtiontuki vai ei, mukaan luetuna kysymys tuensaajan toiminnan luonteesta. Kansallisten tuomioistuinten toimivallassa on arvioida valtiontuen käsitteen täyttymistä sitä koskevan notifiointivelvollisuuden toteutumisen turvaamiseksi ja kiellettävä toimenpide, jos kysymys on valtiontuesta, joka olisi tullut ilmoittaa komissiolle.¹⁵ Niiden on myös määrättävä tällainen ei-säännönmukainen tuki perittäväksi takaisin. Valtiontuen hyväksyminen sisämarkkinoille soveltuvaksi on komission yksinomaisessa toimivallassa.

Notifiointimenettely jakautuu käytännössä epäviralliseen ns. ennakkonotifiointiin ja varsinaiseen muodolliseen notifiointimenettelyyn, joita kumpaakin koskee neuvoston asetus 2015/1589 (ns. menettelyasetus) ja komission asetus 794/2004 muutettuna asetuksella 2015/2282 (täytäntöönpanoasetus).¹⁶

niistä kustannuksista, joita julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen aiheuttaa, kun otetaan huomioon kyseisestä toiminnasta saadut tulot ja kohtuullinen voitto. Neljänneksi silloin, kun julkisen palvelun velvoitteiden täyttämisestä vastaavaa yritystä ei tietyssä konkreettisessa tapauksessa valita sellaisessa julkisissa 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 välineillä varustetulle keskivertoyritykselle aiheutuisi kyseisten velvoitteiden täyttämisestä.

¹⁴ Käytännössä komissio näyttää tutkivan ja edellytysten täytyessä hyväksyvän tietyn järjestelyn SIEG-palveluksi/sisämarkkinoille soveltuvaksi valtiontueksi, vaikka sitä koskevaa toimeksiantoa ei olisi tehty SIEG-päätöksessä tai tiedoksiantossa määrättyllä tavalla. Ks. Sauter ja van de Gronden, op cit. s. 23.

¹⁵ Ks. esim. KHO 2010:26, Kuntayhtymän päätös on syntynyt virheellisessä järjestyksessä, kun SEUT 108 artiklan 3 kohdan mukaista ilmoitusta Euroopan komissiolle ei ollut tehty, kun kuntayhtymän myöntämä tuki saattoi olla SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua valtiontukea.

¹⁶ Ks. seuraavasta Mikko Alkio – Olli Hyvärinen, Valtiontuet, Talentum Pro, Helsinki 2016, s. 471 ss.

Ennakkonotifiointi tapahtuu informoimalla komissiota hankkeesta, jonka tiedetään olevan tai voivan mahdollisesti olla valtiontukea. Kysymyksessä on informaatiotarkoituksessa tapahtuva vuoropuhelu, jossa jäsenvaltio selvittää komissiolle suunnittelemansa toimenpiteen sisältöä ja vaikutuksia ja komissio arvioi tätä selvitystä ja itse toimenpidettä sekä selventää, minkälaisia lisäselvityksiä se tarvitsee. Ennakkonotifiointi päättyy joko komission ja jäsenvaltion yhteiseen näkemykseen siitä, että asiassa tarvitaan muodollinen notifiointi tai komission ilmoitukseen, jonka mukaan kysymyksessä ei ole valtiontuki. Ennakkonotifiointi voi tapahtua myös ns. oikeusvarmuusnotifiointina, jonka tarkoituksena on luoda jäsenvaltiolle komission kannanoton kautta luottamuksen suojaa sen suhteen, että kysymys ei ole ilmoitusvelvollisuudenalaisesta valtiontuesta.¹⁷

Joka tapauksessa on korostettava, että menettelyasetuksen 2 artiklan mukaan notifiointivelvollisuus on siten ennakkollista, että jäsenvaltion on riittävän ajoissa ilmoitettava komissiolle kaikista *suunnitelmistaan* myöntää uutta tukea.

Muodollisessa notifiointimenettelyssä komissio on velvollinen kuulemaan jäsenvaltioita ja ulkopuolisia ja sen päätöksentekoa rajaavat tiukat määräajat.

Nähdäkseni riittävät elementit sen arvioimiseen, onko SOTE-palvelujen tuottamisessa valinnanvapausjärjestelmässä kysymys taloudellisesta toiminnasta vai ei ole, sekä miten maakuntien liikelaitosten konkurssisuoja vaikuttaa järjestelmän hyväksyttävyyteen, ovat olleet olemassa jo syksyllä 2017. Sen sijaan palveluntuottajien kompensatiojärjestelmien mahdollinen notifiointi SGEI-tiedonannon mukaisesti ei ole mahdollista kaikkien tarvittavien tietojen osalta ennen kuin kukin maakunta on omalta osaltaan tehnyt tähän liittyvät päätökset.

Jos (ennakko)notifiointi tehtäisiin nyt hallituksen esityksessä olevien tietojen perusteella, sen argumentaatio olletikin rakentuisi komission Latiumin julkiset sairaalat-päätöksessään 4.12.2017 omaksumille linjauksille, joiden mukaisesti yhteisvastuuperiaatteeseen perustuvassa terveys- ja sosiaalipalvelujen järjestämisessä myöskään palvelujen tuottaminen ei olisi taloudellista toimintaa.

¹⁷ Alkio – Hyvärinen op cit. s. 482-483.