

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

Eduskunta
Perustuslakivaliokunta

Helsinki 23.4.2018

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

Perustuslakivaliokunnassa on käsiteltävänä ns. valinnanvapauslakia koskeva HE 16/2018 vp. Tähän liittyen olen saanut kutsun saapua perustuslakivaliokunnan asiantuntijakuulemiseen torstaina 26.4.2018 klo. 9.00. Keskityn lausunnossani valinnanvapauslakiesityksen EU-oikeudellisiin ulottuvuuksiin. Keskeisenä kysymyksenä pidän sitä, tulisiko valinnanvapauslakiesitykseen liittyvät valtiontukiasiat notifioida komissiolle ja mitä siitä voi seurata, jollei näin tehdä. Yleiseltä kannalta katsottuna valtiontukikysymyksissä tulee pohdittavaksi, onko kyseessä taloudellinen toiminta kilpailluilla markkinoilla, täytyvätkö valtiontuen kriteerit, soveltuuko jokin poikkeusperuste (de minimis, ryhmäpoikkeus) tai onko kyse ns. SGEI-palvelusta, johon myönnetty tuki on sallittua. SOTE-sektorin osalta erityistä huomiota on kiinnitettävä ns. solidaarisuusperiaatteen tulkintaan, minkä vuoksi keskityn etenkin taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan analyysiin. Taloudelliseksi toiminnaksi katsotaan EU-oikeudessa kaikki toiminta, jossa tavaroita ja palveluita tarjotaan markkinoilla.¹ Esitän lausuntonani kunnioittaen seuraavaa.

¹ Ks. esim. C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze* (2006) ECR I-289, kohdat 106-109.

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. Toki asiaa voidaan lähestyä myös ainakin osittain toimivaltakysymyksenä. SEUT 168 (7) artiklassa todetaan, että jäsenvaltioiden velvollisuuksiin kuuluvat terveystalvelujen ja sairaanhoidon hallinnointi sekä niihin osoitettujen voimavarojen kohdentaminen. Kansanterveys kuuluu aloihin, joissa sekä EU:lla että jäsenvaltioilla on toimivaltaa toimia. Notifiointi on kuitenkin ennen muuta SEUT 107 ja 108 artikloiden tulkintaan liittyvä valtiontukikysymys nyt käsillä olevassa kontekstissa, jossa SOTE-palveluita saatetaan valinnanvapauden piiriin. 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 päätösten valmistumista sekä ilman toiminnan vaikutusten arviointia. Valinnanvapauslain notifioiminen merkitsisi siten käytännössä lainsäädäntökehikon notifioimista, joka ei määrittele vielä tosiasiallista toimintaa tai maakuntien toimeenpanoa, joka olisi keskeistä taloudellisen toiminnan luonteen sekä EU-valtiontukitarkastelun osalta.”

Tästä voidaan siis lukea ajatus, että notifiointi olisi sekä tarpeetonta että ennenaikaista. Onko näin, edellyttää analyysiä, joka voidaan aloittaa kysymyksellä, milloin on kyse kielletystä valtion tukitoimesta, joka tulisi notifioida komissiolle.

1.2. Valtiontuen kriteerit ja SGEI-palvelut

EU-tuomioistuim on perinteisesti tulkinnut tukitoimen käsitettä varsin laajasti ja katsonut, ettei

komissio voi antaa tukitoimesta yleistä sitovaa määritelmää.² Olennaista on se, että tukitoimen vastaanottaja hyötyy siitä tavalla tai toisella.³ Tuen vastaanottajana voi olla yksityinen yritys tai SEUT 106(1) artiklan tarkoittama julkinen yritys. Tukitoimi kattaa julkisen vallan toimenpiteet, joilla esimerkiksi vero- ja maksuhelpotusten, valtiontakausten, kuljetustukien, alihintaisten teollisuuskiinteistöjen, tavaroiden ja palveluiden alivastikkeellisten luovutusten, yksityisiin yrityksiin kohdistuvien julkisen vallan pääomasijoitusten tai korkotukien avulla kohennetaan tietyn yrityksen tai tuotannonalan taloudellista asemaa. Tukitoimen sallittavuutta arvioitaessa olennaista ei ole sen tarkoitus tai tavoite, vaan todellinen lopputulos markkinoiden kannalta.⁴ EU-tuomioistuin on ilmaissut tämän varsin selvästi oikeuskäytännössään niin, ettei SEUT 107(1) artiklan ulkopuolelle voida jättää valtion tukitoimenpiteitä yksinomaan näiden toimien tavoitteiden vuoksi, sillä mainitun artiklan 1 kohdassa kiinnitetään huomio valtion tukitoimien vaikutuksiin (*effects*).⁵ Niinpä markkinoiden vääristymisen arviointi – siis tuen vaikutuksen arviointi - on olennaista.

SEUT 107(1) artiklan mukaan jäsenvaltion myöntämä taikka valtion varoista muodossa tai toisessa myönnetty tuki, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, ei sovellu yhteismarkkinoille siltä osin kuin se vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Tukitoimen kiellettävyyttä arvioitaessa voidaan jaotella neljä kriteeriä:

- tukitoimen lähde valtion tai julkisyhteisön varoista
- valikoivuus eli selektiivisyys,
- vaikutus kilpailuolosuhteisiin, ja
- kauppakriteeri eli vaikutus jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan jäsenvaltion toimenpiteen luokittelu SEUT 107(1) artiklassa tarkoitetuksi valtion tukitoimeksi edellyttää, että kaikki kyseisessä artiklassa tarkoitetut edellytykset täyttyvät.⁶

SGEI-palveluihin eli yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviin palveluihin sovelletaan SEUT

² Ks. C-110/03 *Belgia v. komissio* (2005) ECR I-2801.

³ Ks. esim. C-126/01 *GEMO* (2003) ECR I-13769, kohta 35.

⁴ Ks. 173/73 *Italia v. komissio* (1974) ECR 709, kohta 13, 78/76 *Steinike & Weinlig* (1977) ECR 595, kohta 21, C-241/94 *Ranska v. komissio* (1996) ECR I-4551, kohta 20, C-251/97 *Ranska v. komissio* (1999) ECR I-6639, kohdat 35–38, C-382/99 *Alankomaat v. komissio* (2002) ECR I-5163, kohta 61 ja C-126/01 *GEMO* (2003) ECR I-13769, kohta 34.

⁵ Ks. C-487/06 P, *British Aggregates Association* (2008) ECR I-10515, kohdat 84 ja 85.

⁶ Ks. esim. ns. *Tubemeuse-tapaus* C-142/87 *Belgia v. komissio* (1990) ECR I-959, kohta 25, C-126/01 *GEMO* (2003) ECR I-13769, kohta 21 ja C-341/06 P & C-342/06 P, *Chronopost v. UFEX* (2008) ECR I-4777, kohta 121.

106(2) artiklan mukaan perussopimuksen määräyksiä ja etenkin kilpailusääntöjä siltä osin kuin ne eivät oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estä yrityksiä hoitamasta niille osoitettuja erityistehtäviä. **Valinnanvapauslainsäädännön näkökulmasta on olennaista todeta, että SGEI-palveluita voidaan antaa niin yksityisen kuin julkisen kilpailuolosuhteissa toimivan yrityksen toteutettaviksi.**⁷ Valtio voi antaa taloudellista tukea julkisen palvelun velvoitteesta aiheutuvien kustannusten kattamiseksi joko kokonaan tai osittain. SGEI-palvelut liittyvät yleisimmin infrastruktuuriin, kuten liikenne-, energia- ja viestintäpalveluihin, mutta oikeuskäytäntöä on myös SOTE-sektoriin liittyvistä SGEI-palveluista.⁸ EU-tuomioistuin on ns. Altmark-tapauksessaan määritellyt, millä edellytyksin jäsenvaltion yritykselle suorittamat korvaukset SGEI-palveluista eivät ole SEUT 107(1) artiklassa tarkoitettua valtiontukea.⁹ SGEI-palveluita koskeva analyysi jää esityksessäni tarkoituksella vähemmälle huomiolle kuin mielestäni keskeisempi kysymys solidariteettiperiaatteen soveltamisalasta SOTE-palveluissa, jota ilmentää esimerkiksi myöhemmin esitettävä tulkinta Höfner-tapauksesta¹⁰ sekä Poucet ja Pistre-tapauksesta¹¹.

1.3. 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 myöntämisestä 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) 2015/1589¹² 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

⁷ Ks. C-475/99 *Ambulanz Glöckner* (2001) ECR I-8089, kohdat 19-20.

⁸ Ks. T-289/03 *BUPA* (2008) ECR II-81, jossa kyse oli Irlannin yksityisten sairausvakuutusmarkkinoiden riskintasausjärjestelmästä.

⁹ Ks. C-280/00 *Altmark* (2003) ECR I-7747, kohdat 87-93 ja 95.

¹⁰ Ks. C-41/90 *Höfner* (1991) ECR 1979.

¹¹ Ks. C-159/91 ja C-160/91 *Poucet ja Pistre* (1993) ECR I-637.

¹² Ks. EUVL, N:o L 248, 24.9.2015, s. 9-29.

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 perustaville vähämerkityksistä tukea koskeville asetuksille¹³ että ns. ryhmäpoikkeus-asetuksille, joilla tietyt tukimuodot määritellään yhteismarkkinoille soveltuviksi ja samalla vapautetaan nykyisessä SEUT 108(3) artiklassa tarkoitettusta ilmoitusvelvollisuudesta.¹⁴ 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 valtuusasetuksen (EU) 2015/1588¹⁵ nojalla komissio voi sisällyttää ryhmäpoikkeusten piiriin aikaisempaa useampia tukimuotoja. Nykyisessä valtuusasetuksessa 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) 360/2012¹⁶, 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

¹³ 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.

¹⁴ Ks. valtuusasetusta (EY) 994/98 koskevasta oikeuskäytännöstä esim. T-376/07 *Saksa v. komissio* (2009) ECR II-4293.

¹⁵ Ks. EUVL, N:o L 248, 24.9.2015, s. 1.

¹⁶ Ks. EUVL, N:o L 114, 26.4.2012, s. 8.

ryhmäpoikkeusasetus (EU) N:o 651/2014¹⁷. Asetuksen (EU) N:o 651/2014 soveltamisalaan listataan 1 artiklassa samoja tukimuotoja, joita edellä valtuusasetuksen (EU) 2015/1588 yhteydessä on käsitelty.¹⁸ Tukiohjelmat, jotka täyttävät asetuksessa säädetyt 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 selvítettävä mihin valtiontukisääntöön tukijärjestelyn hyväksyttävyys perustuu ja tarvittaessa noudatettava toimenpiteeseen soveltuvaa ilmoitusmenettelyä. **Käytännössä erityisesti monimutkaisten tukiohjelmien ja suurten yksittäisten tukien tapauksessa, viranomaisen on tehtävä***

¹⁷ Ks. EUVL, N:o L 187, 26.6.2014, s. 1.

¹⁸ 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.

tuesta ennakkoilmoitus komissiolle.

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 valtiontukikanteluita. 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.¹⁹ 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

¹⁹ Ks. esim. Vesterdorf, Peter – Uhd Nielsen, Mogens: State Aid Law of the European Union, London, Sweet & Maxwell, 2008, s. 319-320.

567/17). KHO on todennut valinnanvapausjärjestelmän valtiontukiluonteisuuden selvittämisestä sen, 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 kilpailtujen 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 vakuutusperusteisessa 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. Tosin on myönnettävä, että komission hallintokäytäntö on ollut horjuvaa SOTE-sektoria koskevan taloudellisen toiminnan määrittelyn osalta ja että on komission hallintokäytäntöä, joka tukee hallituksen linjaa olla notifiomatta.²⁰ Haluan kuitenkin painottaa, että komission hallintokäytännön asemesta tulkinnan painopisteen tulee olla EU-tuomioistuimen tulkinnoissa.

Jos notifiomatta jättäminen tosiasiallisesti perustuu siihen, ettei hallituksen tavoittelemalla aikataululla sitä ehditä tehdä, niin on perusteltua kritisoida liian tiukkaa aikataulua. Olisi nimittäin kestävämpää 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.

²⁰ Ks. State Aid SA.39913, Alleged compensation of public hospitals in **Lazio**, Brussels 4.12.2017, C (2017) 7973 final.

4. Huomioita kilpailuneutraliteetista ja taloudellisesta toiminnasta

Valinnanvapauslainsäädäntöön liittyy merkittävänä tulkintakysymyksenä kilpailuneutraliteetti, joten selvitan lyhyesti seuraavaksi kilpailuneutraliteetin EU-oikeudellista tulkintaa. EU-oikeudessa ei ole kilpailuneutraliteettia määritelty perussopimuksissa. Kilpailuneutraliteettiin on kuitenkin toisinaan oikeuskäytännössä viitattu.²¹ Yleisesti voidaan todeta, sääntelystä johtuva kilpailun vääristyminen voi perustua siihen, että sääntely kohtelee eri tavoin markkinatoimijoita yrityksen koon, omistuspohjan, toimialan tai yritysmuodon perusteella. Komissio on määritellyt raportissaan OECD:lle kilpailuneutraliteetin seuraavasti:

*“Competitive neutrality may be defined as policies undertaken by a competition enforcer and/or regulator to remove any unfair competitive advantages or disadvantages **that public undertakings, which are involved in commercial activities,** may experience over their privately-owned competitors, simply as a result of government ownership or involvement”.*²²

Komission pyrkii poistamaan markkinoita vääristävät epäoikeudenmukaiset (unfair) kilpailuedut (tai kilpailuhaitat), joita voi olla julkisilla taloudellista toimintaa harjoittavilla toimijoilla eli “julkisilla yrityksillä” (*public undertaking*) verrattuna yksityisiin toimijoihin pelkästään valtion tai julkisvaltaa edustavan omistuksen tai päätösvallan vuoksi.

Kilpailuneutraliteetin kannalta on keskeinen merkitys myös valtiontukiasioissa soveltuvalla ns. markkinataloustoimijaperiaatteella. Sen yhtenä tavoitteena on erottaa valtion tehtävä toisaalta julkisen vallan käyttäjänä ja toisaalta markkinatoimijana. Valtion tehtäviin julkisvallan käyttäjänä kuuluu mm. julkisten palveluiden tarjoaminen, joka voi tapahtua ns. julkisen yrityksen muodossa tai julkisena hankintana ostamalla kyseinen palvelu yksityiseltä palveluntarjoajalta. Markkinataloustoimijaperiaatteen avulla pyritään varmistamaan, että julkisia ja yksityisiä yrityksiä sekä niiden toimintaa kohdellaan sisämarkkinoilla tasapuolisesti.²³

On huomattava, että markkinataloustoimijaperiaatteen käyttöala on laajentunut jopa sellaiseen julkisen vallan toimintaan, jota yksityinen ei voi missään tilanteessa harjoittaa. Esimerkiksi

²¹ Ks. esim. C-422/01 *Skandia* (2003) ECR I-6817, kohdat 54-59.

²² Komission raportti OECD:lle 2009: Discussion on corporate governance and the principle of competitive neutrality for state-owned enterprises; Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, (DAF/COMP/WP3/WD (2009)57), 20.10.2009, s. 2.

²³ Ks. esim. T-358/94 *Air France* (1996) ECR II-2109, kohta 70 ja T-196/04 *Ryanair* (2008) ECR II-3643.

lainsäädännön ja muun julkisen vallan käytön kautta tehdyt toimet ovat tällaisia yksityisten ulottumattomissa olevia toimia. Esimerkiksi EDF-tapauksessa²⁴ voitiin julkisen vallan verotuksellisin ja lainsäädännöllisin toimenpitein antamaa valtiontukea (verosaatavasta luopuminen) arvioida markkinataloustoimijaperiaatteen avulla. Tässä asiassa Ranska myönsi osakkeenomistajan, ei julkisen vallan käyttäjän, ominaisuudessa taloudellisen edun omistamalleen yritykselle, eli valtio ei voinut markkinoiden toimintaa vääristäessään vedota asemaansa julkisen vallan käyttäjänä. Valtion roolin osalta on siksi aivan olennaista arvioida, toimiiko se ns. kilpailluilla markkinoilla ja onko toiminta taloudellista luonteeltaan.

Toiminnan taloudellista luonnetta arvioitaessa tulee kiinnittää huomiota siihen, kilpaileeko julkisen yksikön toiminta yksityisten yritysten toiminnan kanssa. Sen sijaan sillä, tavoitellaanko toiminnalla voittoa, ei ole merkitystä toiminnan luonnetta arvioitaessa.²⁵ Esimerkiksi asiassa KHO:2018:29 potilaiden siirtokuljetuspalvelut olivat sellaista taloudellista toimintaa, jota toteutetaan markkinoilla sekä julkihallinnon oman organisaation toimesta että yksityisten toimesta. Taloudellinen toiminta kattaa tavaroiden ja palveluiden tarjoamisen markkinoilla missä tahansa organisaatio- ja rahoitusmuodossa.²⁶ Näin ollen taloudellisen toiminnan käsitteellä on sisämarkkinaoikeudessa läheinen yhteys kilpailuoikeudelliseen yritys –käsitteeseen. Kilpailuoikeudessa yritys-käsitteellä tarkoitetaan jokaista yksikköä, joka harjoittaa taloudellista toimintaa, riippumatta yksikön oikeudellisesta muodosta tai rahoitustavasta.²⁷ Molemmat ovat ns. unionikäsitteitä (ennen “yhteisökäsitteitä”), eli niille tulee antaa sama merkitysisältö kaikissa EU:n jäsenvaltioissa.

5. 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), ettei maakunnalla ole velvollisuutta yhtiöittää tuottamiaan palveluita. Maakunta voi tosin

²⁴ Ks. C-124/10 P, *Électricité de France (EDF)*, ratkaisu on annettu 5.6.2012, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa.

²⁵ Ks. esim. C-244/94 *Fédération Française des Sociétés d'Assurance* (1995) ECR I-4013, kohta 21. Julkisoikeudellisen yksikön voidaan katsoa harjoittavan taloudellista toimintaa, vaikka sen tavoitteena ei ole tuottaa voittoa.

²⁶ Ks. 180-184/98 *Pavlov* (2000) ECR I-6451, kohdat 74-75. Sinänsä tätä taloudellista toimintaa on sisämarkkinaoikeudellisena käsitteenä määriteltä jo 1970-luvulla erityisesti suhteutettuna silloisen ETY:n perustamissopimuksen 2 artiklaan, jossa Euroopan yhteisön päämääränä nähtiin taloudellisen toiminnan sopusointuisten ja tasapainoisen kehityksen edistäminen. Esimerkiksi tästä soveltuu 36/74 *Walrave* (1974) ECR 1405, jossa urheilutoiminnan katsottiin kuuluvan taloudellisen toiminnan alaan, jos tällainen toiminta on luonteeltaan palkkatyötä tai palvelun tarjoamista vastiketta vastaan. Onkin syytä nähdä se tulkinnallinen realiteetti, että taloudellinen toiminta määrittäyty varsin laajaksi EU-oikeudessa ja että tällä käsitteellä on juurensa perusvapauksia koskevassa oikeuskäytännössä, ei vain valtiontukioikeudessa.

²⁷ Ks. C-41/90 *Höfner* (1991) ECR 1979 ja C-205/03 P, *FENIN* (2006) ECR I-6295, kohta 25.

päättää yhtiöittää osan palvelutuotannostaan ja esimerkiksi perustaa julkisen sosiaali- ja terveyskeskuksen lisäksi myös yhtiömuotoisen sosiaali- ja terveyskeskuksen tai suunhoidon yksikön.²⁸ Tämä 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 määriteltäviin 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 valtioneuvoston päätöksen 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.** Yksikkö, joka harjoittaa sekä taloudellista että ei-taloudellista toimintaa katsotaan kilpailuoikeudellisesti yritykseksi ainoastaan taloudellisen toimintansa osalta. 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. kilpailuneutraalisuutta julkisen ja yksityisen palvelutuotannon välillä.

Valtioneuvostonjärjestelmään liittyvän 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). Valtioneuvoston päätöksen kannalta ei ole merkitystä sillä, onko kyseessä yksityinen vai

²⁸ Ks. HE 16/2018 vp, s. 94.

julkisomisteinen yritys”.

Asia on juuri näin. Tämä tarkoittaa siis esimerkiksi sitä, että perustuslakivaliokunnan lausunnon 26/2017 vp edellä mainittu SOTE-palveluiden yhtiöittämisvelvoitteen 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 valtiontukiulottuvuutta eikä niitä siten tarvitsisi myöskään notifioida. Kysymys, sisältääkö jokin tietty järjestely SEUT 107 artiklan kieltämää valtiontukea 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-tapaus²⁹, 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 markkinaehtoisesti. 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.³⁰

Pidän myös keinotekoisena sellaista tulkintaa, jonka mukaan yksityiset palveluntarjoajat tuottavat valinnanvapausmallissa palveluita siten, että ne vain toteuttavat perustuslain 124 §:ssä tarkoitettua

²⁹ Ks. C-41/90 *Höfner* (1991) ECR I-1979, kohta 31.

³⁰ SOTE-sektorilla on asianmukaista huomioida solidariteettiperiaate, jota oikeuskäytännössä ilmentää etenkin Höfner-tapauksen jälkeen annettu ratkaisu asiassa C-159/91 ja C-160/91 *Poucet ja Pistre* (1993) ECR I-637 (pakolliset sairausvakuutukset). Itse asiassa viime aikaisessa oikeuskirjallisuudessa Poucet ja Pistre-tapauksen SGEI-luonteisuutta on korostettu ja korostettu sitä eroa Höfner-tapaukseen, ettei Poucet ja Pistre-tapauksen kontekstissa ollut mitään toimivia markkinoita, mistä ks. Burke, Jarleth: *A Critical Account of Article 106(2) TFEU, Government Failure in Public Service Provision*, Hart publishing, Oxford, 2018, s. 77-78.

julkisen hallintotehtävän siirtämistä muulle kuin viranomaiselle.³¹ Viitataan siihen, että kaikkia SOTE-palveluita ei tulisi yleistää julkiseksi hallintotehtäväksi silloin, kun osa on markkinaehtoistettu taloudelliseksi toiminnaksi. Suomalaisessakaan valinnanvapausmallissa laatukilpailun mahdollisuutta ei voida poissulkea aivan kuten tapahtui edellä esitetystä Slovakia-tapauksessa³². Sinänsä on totta, että SEUT 107(1) artiklaa ei sovelleta, kun valtio toimii julkisen vallan käyttäjänä tai kun julkisyhteisöt toimivat viranomaisen ominaisuudessaan. Julkisyhteisön rooli voi kuitenkin vaihdella ei-taloudellisen toiminnan ja taloudellisen toiminnan välillä, mistä on kilpailuoikeudessa verrattain runsaasti oikeuskäytäntöä tulkinnan tueksi.³³

6. Esimerkki SOTE:en liittyvästä mahdollisesta valtiontukiongelmasta

Lopuksi kiinnitän lyhyesti huomiota erääseen julkisuudessa esitettyyn sekä maakuntauudistukseen että valinnanvapauslainsäädäntöön liittyvään mahdolliseen valtiontukiongelmahan 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 tiedonannon³⁴ 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.³⁵ SEUT 108(3) ja ilmoitusmenettelyä koskevan asetuksen 2015/1589 artikla 3 edellyttävät, että tuki annetaan vasta sitten, kun komissio on arvioinut tuen soveltuvan sisämarkkinoille. Valtion takaamille lainoille voitaisiin vakavaraisuusasetuksen 575/2013³⁶ mukaan antaa nollariskipaino, jos

³¹ Ks. HE 16/2018 vp, s. 104, kohta 3.3.10. Lisäksi on huomattava perustuslain 19 §:n 3 momentti, jonka mukaan julkisen vallan on turvattava sen mukaan kuin lailla tarkemmin säädetään, jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut ja edistettävä väestön terveyttä.

³² Ks. T-216/15 *Dôvera zvravotná poist'ovňa v. Euroopan komissio*, ratkaisu annettu 5.2.2018.

³³ Ks. esim. T-196/04 *Ryanair* (2008) ECR II-3643. Charleroin lentokentän laskeutumismaksujen vahvistaminen tulkittiin lentoaseman infrastruktuurin hallinnointiin liittyväksi taloudelliseksi toiminnaksi, joka oli siten markkinataloustoimijaperiaatteen piirissä.

³⁴ 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.

³⁵ kohta 108.

³⁶ 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.*

ne täyttävät vakavaraisuusasetuksen 213 ja 215 artiklojen ehdot. Keskeinen näistä on 213 1 d) - artiklan edellytys, jonka mukaan **'luottosuojasopimuksen on oltava oikeudellisesti pätevä ja täytäntöönpanokelpoinen kaikilla luottosopimuksen tekohetkellä asian kannalta merkityksellisillä lainkäyttöalueilla.'** Huomiota on syytä kiinnittää myös 213 artiklan 3 kohtaan, jossa todetaan seuraavaa:

"Laitoksen on täytettävä kaikki sopimukseen 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".

Siksi on syytä kysyä, missä määrin luottosuojasopimus on täytäntöönpanokelpoinen tekohetkellä tilanteessa, jossa sen sisältämä notifiointiton 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.³⁷ 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**.³⁸ KTK on oman toimintasektorinsa osalta varsin perustellusti huolissaan notifiointimattomista SOTE-

³⁷ Ks. C(2004)2034fin s. 6.

³⁸ Ks. esim. 78/77 Lühns (1978) ECR 169.

uudistukseen liittyvistä valtiontukea mahdollisesti sisältävistä järjestelyistä. KHO on oikeuskäytännössään katsonut, että tukea koskeva päätös voi olla pätemätön tilanteessa, jossa tukea ei ole ilmoitettu komissiolle.³⁹ Notifioinnin merkitystä voidaan korostaa myös viittaamalla 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.⁴⁰

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]⁴¹ 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.⁴²

³⁹ 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 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).”

⁴⁰ Nunez Muller, Marco, *‘Guarantees’* teoksessa Säcker, Franz/Jugen ja Montag, Frank, *European state Aid Law*, Beck/Hart/Nomos 2016, s. 1067

⁴¹ Lissabonin sopimuksen johdosta EY-88 artiklan sisältö siirtyi Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 108 artiklaksi.

⁴² 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.

Ottaen huomioon notifiomatta 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 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 takaaajan näkökulmaan.

On olennaista todeta se, että takaus synnyttää luotonannossa oikeussuhteen kolmanteen osapuoleen ja tällöin valtiontuki voi aktualisoitua. Edellä spekuloidussa esimerkissä on lähdetty nykytilanteen mukaisista luototus- ja takausrakenteista, joten se ei sovellu sellaiseen spekulatiiviseen ja kuviteltuun tilanteeseen, jossa maakuntien tai Maakuntien tilakeskuksen lisärahoitus hoidettaisiin valtion suorana tukena Valtiokonttorin kautta ilman tarvetta minkäänlaisiin takausjärjestelyihin.

7. 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 ns. markkinaehtoistamisen vaikutuksia arvioitaisiin vielä perusteellisemmin notifiointitarpeen näkökulmasta. Jo pelkällä notifiomatta jättämisellä voi olla seurauksia, kuten esimerkiksi kansallisen tuomioistuimen mahdollinen takaisinperintä tai takauksiin vaikuttava ns. luototuksen nollariskistatuksen menettäminen. Edellä esitetyn perusteella voidaan suositella, että esimerkiksi maakuntien ja Maakuntien tilakeskus Oy:n valtioneuvostotakauksiin ja pääomittamiseen liittyvät mahdolliset valtiontuet notifioidaisiin komissiolle lainvalmisteluvaiheessa, mikäli takausjärjestelyjen nykyrakenteita ei muuteta.

Helsingissä 23.4.2018

Juha Raitio