

Tuomas Ojanen

26.4.2018

Eduskunnan perustuslakivaliokunnalle

HE 16/2018 vp eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

Ministeriön lisäselvitys valtioneuvoston päätöksen perustuslakivaliokunnalle 23.4.2018

Tämän lausunnon laatimisen jälkeen sosiaali- ja terveysministeriö toimitti lisäselvityksen perustuslakivaliokunnalle EU:n valtioneuvoston päätöksen perustuslakivaliokunnalle, joka valiokunta edelleen lähetti selvityksen asiantuntijoille kuulemista 26.4 varten.

Nähdäkseni ministeriön lisäselvitys jossain määrin selkeyttää jo hallituksen esityksestä ilmeneviä kannanottoja sekä tuo huomionarvoisena uutena tietona esiin muun muassa komission päätöksen Italian *Lazio* alueen terveydenhuoltojärjestelmästä EU:n valtioneuvoston päätöksen kannalta. Nähdäkseni voidaan yhtyä lisäselvitykseen siinä, että *Lazio* aluetta koskevassa asiassa annettu ratkaisu on lähempänä nyt ehdotettavaa valinnanvapausmallia kuin esimerkiksi jo hallituksen esityksessä, mutta myös lisäselvityksessä, tarkasteltu Slovakian perusteiltaan vakuutusperusteinen järjestelmä. Viitataan kuitenkin tässä yhteydessä siihen jäljempänä lausunnossani painottamaan seikkaan, että valtioneuvoston arviointi on korostetun tapauskohtaista oikeudellista arviointia *in casu* kunkin tapauksen ominaispiirteiden valossa lopputuloksella, että yhtä hyvin komission kuin EU-tuomioistuimen aiemman oikeuskäytännön valossa on vaikea antaa varsinkaan yksiselitteistä ja varmaa oikeudellista arviota nyt ehdotettavasta valinnanvapausmallista EU-oikeuden kannalta. Ylipäätään on pidettävä mielessä, että kysymys on EU:n perussopimusten valtioneuvoston koskevien artiklojen tulkinnasta, jossa viime kädessä toimivalta on EU-tuomioistuimella. On myös korostettava, että komissiolla on yksinomainen toimivalta päättää, soveltuuko tietty tukitoimenpide sisämarkkinoille. Viitataan tarkemmin jäljempänä lausunnostani ilmenevään.

Lisäksi lisäselvitys antaa nähdäkseni jonkin verran tarpeellista lisäinformaatiota notifiointiin ja sen noudattamatta jättämisen vaikutuksista. Lisäselvitys on kuitenkin edelleen puutteellinen tältä osin. Erityisenä puutteena voidaan pitää sitä, ettei siinä(kään) selosteta kansallisten tuomioistuinten toimivaltaa valtioneuvoston asioissa, vaikka korkeimman hallinto-oikeuden lausunto joulukuulta (ks. tarkemmin lausunnosta ilmenevä) antaisi siihen erityisen aiheen.

Kokonaisuutena arvioiden lisäselvitys ei kuitenkaan anna aihetta tarkistaa jäljempänä esittämiäni näkökohtia notifiointimenettelystä ja siihen liittyvistä oikeusvaikutuksista, samoin kuin niistä erilaisista seurauksista, joita Suomi voi kohdata. Korostan tässä yhteydessä erityisen painokkaasti varsinkin sitä, mitä jäljempänä esitän yhtäältä kansallisten tuomioistuinten ja komission toimivallasta, ml. SEUT 108.3 artiklan välittömästä oikeusvaikutuksesta, ja toisaalta SGEI-palveluista.

Nähdäkseni ministeriön lisäselvitys edelleen laiminlyö asianmukaisen kuvan antamisen kansallisten tuomioistuinten toimivallasta ja jäsenvaltion mahdollisuudesta määritellä kyseessä olevat palvelut SGEI-palveluiksi lopputuloksella, että voidaan välttää EU:n valtioneuvoston päätös, ml. notifiointi.

Tuomas Ojanen

26.4.2018

Eduskunnan perustuslakivaliokunnalle

HE 16/2018 vp eduskunnalle laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi

Tarkastelun raja

Seuraavassa arvioin käsillä olevaa hallituksen esitystä perustuslakivaliokunnan kuulemispyynnön mukaisesti *Euroopan unionin oikeuden valtioneuvoston näkökulmasta*. Kysymys on tällöin perusteiltaan seuraavista asiakokonaisuuksista:

- Onko ehdotetussa valinnanvapausmallissa kysymys valtiontuesta sillä tavoin kuin Sopimuksessa Euroopan unionin toiminnasta (SEUT) 107(1) artiklassa tarkoitetaan?
- Onko Suomella velvollisuus antaa komissiolle tieto tuen myöntämisestä koskevasta suunnitelmasta (ns. notifiointi) SEUT 108(3) artiklan mukaisesti?
- Mitä oikeudellisia vaikutuksia notifiointimenettelyyn ja sen noudattamatta jättämiseen liittyy?
- Onko jäsenvaltiolla keinoja välttää EU:n valtioneuvoston soveltuminen, ml. notifiointimenettely vaikka kysymys olisi sinänsä taloudellisesta toiminnasta?
- Jos ehdotettava valinnanvapausmalli olisi EU:n valtioneuvoston vastainen, miten lainsäätäjän tulisi toimia?

Totean arvioineeni jo aiemmin sosiaalipalvelu- ja terveystaloustalouden kokonaisuudistusta EU-oikeuden kannalta eduskunnan eri valiokunnille keuhkotautituntokaudella 2017. Viittaan tässä näihin aiempiin lausuntoihini etenkin siltä osin kuin niissä on tarkasteltu jäsenvaltioiden laajaa - ja vastaavasti unionin hyvin rajallista - toimivaltaa sosiaali- ja terveystaloustalouden aloilla.

Valinnanvapausmallin valtioneuvoston SEUT 107-108 artikloissa tarkoitettulla tavalla

Arvioinnin lähtökohdat

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 107(1) artiklan mukaan, jollei perussopimuksissa toisin määrätä, jäsenvaltion myöntämä taikka valtion varoista muodossa tai toisessa myönnetty tuki, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, ei sovellu sisämarkkinoille, siltä osin kuin se vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. SEUT 107(2 ja 3) artiklassa määrätään sisämarkkinoille soveltuvista tuista.

SEUT 108(3) artiklassa on taas määrätty valtiontukien ennakkoilmoitusmenettelystä (ns. notifiikaatiomenettely). Artiklakohdan mukaan komissiolle on annettava tieto tuen myöntämisestä tai muuttamisesta koskevasta suunnitelmasta niin ajoissa, että se voi esittää huomautuksensa. Jos komissio katsoo, että tällainen suunnitelma ei SEUT 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.

Hallituksen esityksen jaksossa 2.3.6 (s. 74-88) on tarkasteltu verraten yksityiskohtaisesti Euroopan unionin valtiontukisääntelyä huomioiden jäsenvaltioiden toimi- ja harkintavalta määritellä sosiaalihuolto- ja terveydenhuoltojärjestelmänsä (s. 77-79) sekä EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö jäsenvaltioiden sosiaalihuolto- ja terveydenhuoltojärjestelmistä, ml. tuore unionin yleisen tuomioistuimen ratkaisu 5.2.2018 asiassa T-216/15 *Slovakian* sairausvakuutusperustuksesta (s. 79-88).

Lisäksi hallituksen esityksen jaksossa 3.3.10 (s. 104-110) on tarkasteltu ehdotetun valinnanvapausmallin EU-valtiontukiluonnetta ottaen huomioon useita arviointiin vaikuttavia seikkoja, kuten tehtävien valtiosääntöoikeudellinen luonne Suomen perustuslain mukaan, järjestelmän tavoitteet ja kattavuus sekä pakollisuus järjestelmän rahoitus, saatavien etuuksien suhde veroihin, etuuksien maksullisuus ja palveluntuottajien korvaukset sekä voiton tavoittelun mahdollisuus ja palvelujen hinnoittelu ja asiakasmaksut. Samoin esityksessä on tarkasteltu valtiontukiluonteeseen arvioimiseksi tarjottavien palvelujen sisältöä, lisäpalveluita, hoidettavia asiakkaita, riskintasausta ja toimialan sääntelyä ja valvontaa.

Nähdäkseni SEUT 107 ja 108 artiklan tulkinnan sekä valtiontukiedellytysten täyttämisen arvioinnissa merkityksellisistä kriteereistä on yleisellä tasolla tehty riittävästi selkoa hallituksen esityksessä s. 104-110. Näin ollen tyydyn viittamaan esityksestä ilmenevään tältä osin toistamatta SEUT 107 ja 108 artiklan tulkintalähtökohtia erikseen tässä.

Valtiontuen yksittäisten arviointikriteerien selostamisen ohella hallituksen esityksessä korostetaan, että valtiontukiarviointi on tapauskohtaista päätöksentekoa *in casu* kunkin tapauksen ominaispiirteiden valossa (s. 104).

Esityksessä päädytään edellä mainittuihin kriteereihin perustuvan kokonaisarvioinnin perusteella lopputulemaan, jonka mukaan ehdotetun valinnanvapausjärjestelmän valtiontukiarvioinnissa merkitykselliset näkökohdat osin viittaavat ei-taloudelliseen toimintaan, osin taas taloudelliseen toimintaan. Keskeisin johtopäätös ehdotetun valinnanvapausmallin EU-valtiontukiluonteesta on esitetty seuraavasti:

”Täysin varmaa vastausta siitä, millainen on esitettävän valinnanvapausjärjestelmän EU-valtiontukioikeudellinen luonne, on mahdotonta antaa. Lisäksi on otettava huomioon, että suoran valinnan palvelut, asiakassetelipalvelut sekä henkilökohtainen budjetti eroavat eräiltä osin varsin paljon toisistaan toimintaperiaatteiltaan.

Voimassa olevan EU-komission valtiontukitiedonannon perusteella voidaan arvioida, että Suomen valinnanvapausmalli vaikuttaisi ensisijaisesti ei-taloudelliselta. Kuitenkin EU-tuomioistuimen tuore, vakuutus pohjaista 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.” (HE 16/2018 vp, s. 104).

Lisäksi s. 110 esityksessä todetaan, että ”Slovakian järjestelmästä tehty tuore ratkaisu (T-216/15) kasvattaa riskiä siihen, että Suomen valinnanvapausjärjestelmän voitaisiin tulkita olevan ainakin osittain taloudellinen. Automaattisesti tällaista suoraa johtopäätöstä ei kuitenkaan voi tehdä, sillä jokainen valtiontukiarviointi on aina tapauskohtainen ja edellyttää hyvin yksityiskohtaista arviointia.”

Ennakoilmoitusmenettely (notifikaatiomenettely)

Hallituksen esityksessä on hyvin lyhyesti tarkasteltu SEUT 107 artiklan mukaista valtiontukien ennakoilmoitusmenettelyä (notifikaatiomenettely) s. 110. Tarkastelu päättyy kantaan, jonka mukaan ehdotettavan sääntelykokonaisuuden ilmoittamista komissiolle *ei* pidetä perusteltuna seuraavasti:

”Valtiontukia koskevassa valvonnassa ja arvioinnissa on kuitenkin kysymys 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. Täten ei voitaisi vastata keskeisiin komission kysymyksiin. Näistä syistä hallituksen esityksen notifioimista ei pidetä perusteltuna.” (HE 16/2018 vp, s. 110).

Nähdäkseni hallituksen esitys on puutteellinen siltä osin kuin siinä on tarkasteltu SEUT 108(3) artiklan mukaista ilmoitusmenettelyä. Pidän tarpeellisena tuoda esiin hallituksen esityksestä s. 110 ilmenevän ohella seuraavaa:

- Käytännössä SEUT 108(3) artiklan mukaisessa menettelyssä erottuu yhtäältä *alustava menettely* ja toisaalta *varsinainen valvontamenettely*. Alustavassa menettelyssä komissio käsittelee sille ilmoitetun tukitoimenpiteen soveltuvuuden yhteismarkkinoille ja voi päätyä lopputulemaan, että kysymys ei ole SEUT 107(1) artiklassa tarkoitettusta valtiontuesta tai että tuki soveltuu yhteismarkkinoille taikka että tuen soveltuvuus yhteismarkkinoille on epäselvä, jolloin komissio käynnistää varsinaisen valvontamenettelyn, jossa komissio kuulee eri osapuolia kontradiktorisen periaatteen mukaisesti. Valvontamenettely voi päättyä

lopputulokseen, että kyse ei ole valtion tuesta tai että tuki on sallittu tietyin ehdoin osaksi tai kokonaan taikka että tuki on kielletty.

- SEUT 108(3) artiklassa on edelleen huomionarvoista, että:
 - Artiklakohta on kirjoitettu jäsenvaltiota *oikeudellisesti velvoittavaan* muotoon ("on annettava tieto...").
 - Tieto tuesta on annettava "niin ajoissa, että (komissio) voi esittää huomautuksensa", jotta komissio voi tarvittaessa aloittaa SEUT 108(2) artiklan mukaisen menettelyn yhteismarkkinoille soveltumattomaksi katsotun tuen kieltämiseksi tai poistamiseksi.
 - SEUT 108(3) artiklan ensimmäisessä virkkeessä määrätään jäsenvaltioiden velvollisuudesta ilmoittaa tuen myöntämistä tai muuttamista koskevasta *suunnitelmasta*. Notifiointivelvollisuus ei siis synny vain tuen myöntämistä koskevista päätöksistä, lainsäädäntöpäätökset mukaan lukien, vaan velvollisuus kattaa myös vielä valmisteltavana olevat tuen myöntämistä tarkoittavat suunnitelmat tms.
 - Artiklakohtaan viimeisen virkkeen mukaan jäsenvaltio, jonka on tarkoitus myöntää tukea, ei saa toteuttaa ehdottamiaan toimenpiteitä, ennen kuin menettelyssä on tehty komission lopullinen päätös (ns. *stand still* -velvoite). Tämän tarkoituksena on sen takaaminen, etteivät tuen vaikutukset toteudu ennen kuin komissiolla on ollut riittävästi aikaa tarkastella suunnitelmaa ja tarvittaessa aloittaa SEUT 108(2) artiklan mukaisen menettelyn.¹ Jos komissio katsoo, että valtion myöntämä tai valtion varoista myönnetty tuki ei SEUT 107 artiklan mukaan sovellu sisämarkkinoille taikka että tällaista tukea käytetään väärin, komissio *voi* päättää siitä, että asianomaisen valtion on komission asettamassa määräajassa poistettava tuki tai muutettava sitä, mihin voi liittyä myös jäsenvaltion velvollisuus ryhtyä EU-oikeuden valtioneuvoston vastaisen valtion tuen takaisinperintään.
 - EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan tukitoimenpide, joka on toteutettu SEUT 108 (3) artiklaan perustuvien velvollisuuksien vastaisesti, "on sääntöjenvastainen".² EU-tuomioistuimen mukaan komissiolla on kuitenkin velvollisuus tutkia suunnitellun tuen soveltuvuus sisämarkkinoille "siinäkin tapauksessa, ettei jäsenvaltio noudata tukitoimenpiteiden toteuttamiskieltoa ja tuki on tämän vuoksi sääntöjenvastainen". EU-tuomioistuin on siksi edelleen linjannut, että "komission päätös, jolla tuki todetaan yhteismarkkinoille soveltuvaksi, ei vaikuta SEUT 108 artiklan 3 kohdan ensimmäisessä virkkeessä määrätyn kiellon rikkomisesta johtuvaan tuen sääntöjenvastaisuuteen." Muunlainen tulkinta johtaisi

¹ Ks. esim. C-301/87, Ranska v. komissio, EU:C:1990:67, 17 kohta ja C-199/06, EU:C:2008:79, CELF ja ministre de la Culture et de la Communication, 33–36 kohta

² Esim. C-667/13, Portugal ja Banco Privado Português SA, 5.3.2015, kohta 59 kohta Tuomioistuimen mukaan myös asetuksen N:o 659/1999 1 artiklan f alakohta tukee tällaista tulkintaa (ks. tuomio Residex Capital IV, C-275/10, EU:C:2011:814, 28 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

tuomioistuimen mukaan ”siihen, että kyseessä oleva jäsenvaltio hyötyisi SEUT 108 artiklan 3 kohdan viimeisen virkkeen noudattamatta jättämisestä ja että tämän artiklan tehokas vaikutus jäisi toteutumatta.”³

- Tukien ilmoitusmenettelystä, tukien tutkinnasta ja täytäntöönpanokielloista sekä sääntöjen vastaisia tukia koskevista toimenpiteistä on annettu tarkempia määräyksiä SEUT 108 artiklan soveltamista koskevalla asetuksella ja sitä täydentävällä komission täytäntöönpanoasetuksella.

Hallituksen esitystä voidaan kritisoida myös siitä, että siinä on jätetty käytännössä kokonaan tarkastelematta *kansallisten tuomioistuinten toimivalta valtiontukiasioissa*. Pidän tarpeellisenä todeta kansallisten tuomioistuinten toimivallasta seuraavaa vähintäänkin eduskunnan informoimiseksi asianmukaisesti siitä, mitä oikeudellisia seuraamuksia ja vaikutuksia notifikaatiomenettelyyn liittyy:

- EU-tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan SEUT 107 ja 108 artiklojen mukaisessa valtiontukien valvontajärjestelmässä yhtäältä kansallisten tuomioistuinten ja toisaalta komission tehtävät ovat toisiaan täydentävät, mutta kuitenkin erilliset.⁴
- EU-tuomioistuimen jo varhain vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan SEUT 108(3) artiklan *stand still*- velvoite tuottaa ns. välittömän oikeusvaikutuksen (direct effect).⁵ Kuten EU-tuomioistuin totesi jo vuonna 1973:

”Asianomaiselle jäsenvaltiolle asetettu kielto toteuttaa suunniteltuja tukitoimenpiteitä koskee kaikkia tukitoimenpiteitä, jotka on toteutettu ilmoittamatta niistä komissiolle; jos ilmoitus on annettu, kiellolla on välitön oikeusvaikutus alustavan vaiheen aikana ja, mikäli komissio aloittaa kontradiktorisen menettelyn, lopullisen päätöksen antamiseen saakka. Koko tämän ajanjakson osalta kiellolla perustetaan yksityisille oikeussubjekteille oikeuksia, joita kansallisten tuomioistuinten on suojeltava.”⁶

- Näin ollen kilpailevat yritykset tai muut yksityiset voivat vedota suoraan SEUT 108(3) artiklaan kansallisissa tuomioistuimissa ja vaatia tukitoimen täytäntöönpanon kieltämistä siihen asti, kunnes komissio on tehnyt päätöksen tuen soveltuvuudesta yhteismarkkinoille. Kansallisten tuomioistuinten, suomalaiset tuomioistuimet tietenkin mukaan lukien, käsiteltäväksi voi siis aivan hyvin tulla asioita, joissa ne tulkitsevat ja soveltavat SEUT 107(1) artiklassa tarkoitettua tuen

³ Ks. esim. C-354/90, EU:C:1991:440, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires ja Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon 16 kohta ja C-199/06, CELF ja ministre de la Culture et de la Communication, EU:C:2008:79, 40 kohta

⁴ Ks. esim. C-284/12, Deutsche Lufthansa, , EU:C:2013:755, 27 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen

⁵ Ks. EU-oikeuden välittömästä oikeusvaikutuksesta Tuomas Ojanen, EU-oikeuden perusteita. Helsinki 2016, s. 74-83.

⁶ C-120/73, Lorenz, tuomio 11.12.1973 (Kok. 1973, s. 1471, Kok. Ep. II, s. 177.

Ensimmäisen kerran nykyisen SEUT 108(3) artiklan välitön oikeusvaikutus vahvistettiin jo vuonna 1964 asiassa C-6/64, Kok. 1964, s. 1141.

käsitettä etenkin ratkaistakseen sen, olisiko valtion toimenpiteen, joka on toteutettu noudattamatta 108 artiklan 3 kohdan mukaista ennakkovalvontamenettelyä, osalta pitänyt noudattaa mainittua menettelyä vai ei. Kuten EU-tuomioistuimien on vakiintuneesti todennut kansallisten tuomioistuinten velvollisuuksista SEUT 108(3) artiklan nojalla:

” Kansalliset tuomioistuimet huolehtivat etenkin siihen saakka, kunnes komissio tekee lopullisen päätöksen, yksityisten oikeuksien suojaamisesta silloin, kun valtion viranomaiset ovat mahdollisesti rikkoneet SEUT 108 artiklan 3 kohdassa määrättyä kieltoa (tuomio 21.11.2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, EU:C:2013:755, 28 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Kansallisten tuomioistuinten käsiteltäväksi voidaan tässä tarkoituksessa saattaa asioita, joissa ne joutuvat tulkitsemaan ja soveltamaan SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun valtiontuen käsitettä sen määrittämiseksi, olisiko sellaisen käyttöön otetun valtion toimenpiteen, jonka osalta ei ole noudatettu SEUT 108 artiklan 3 kohdan mukaista ennakkovalvontamenettelyä, osalta pitänyt noudattaa mainittua menettelyä vai ei (ks. vastaavasti tuomio 18.7.2007, Lucchini, C-119/05, EU:C:2007:434, 50 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). ”

- Jos kansallinen tuomioistuin katsoo, että asianomainen toimenpide olisi pitänyt ennalta ilmoittaa komissiolle SEUT 108(3) artiklan mukaisesti, tuomioistuimen on todettava toimenpide sääntöjenvastaiseksi ja kiellettävä tuen kansallinen täytäntöönpano.
- Sitä vastoin kansallisilla tuomioistuimilla ei ole toimivaltaa ratkaista sitä, soveltuuko tietty tukitoimenpide sisämarkkinoille. Tämän arviointi kuuluu komission yksinomaiseen toimivaltaan, jonka käyttämistä unionin tuomioistuimet (yleinen tuomioistuin ja viime kädessä EU-tuomioistuin) valvovat.⁷
- Lisäksi kansallisilla tuomioistuimilla on osaltaan velvollisuus toimivaltansa puitteissa turvata EU:n valtiontukisääntöjen vastaisen tuen tehokas takaisinperintä sen jälkeen, kun komissio on SEUT 108(2) artiklan mukaisesti tehnyt päätöksen siitä, että valtiontuki ei SEUT 107 artiklan mukaan sovellu sisämarkkinoille taikka että tällaista tukea käytetään väärin. Viittaan tarkemmin komission päätöksen täytäntöönpanosta ja kansallisten valtiontuen takaisinperintäpäätösten laillisuudesta esimerkiksi korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjapäätöksestä KHO 2015:7 ilmenevään toistamatta sitä tässä.

Arvio hallituksen esityksestä siltä osin kuin on kysymys valinnanvapausmallista EU:n valtiontukisäännösten kannalta

⁷ Ks. esim. C-119/05, Lucchini, EU:C:2007:434, 51 ja 52 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja C-284/12, Deutsche Lufthansa, EU:C:2013:755, 28 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen. Ks. myös C-6/12, EU:C:2013:525, 38 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen sekä C-672/13, OTP Bank EU:C:2015:185, 31 ja 37 kohta

Hallituksen esityksessä on hallituksen esitykseen HE 47/2017 vp verrattuna huomattavasti paremmin tuotu esiin niitä yleisiä näkökohtia, joiden valossa ehdotetun valinnanvapausmallin suhdetta EU-oikeuden valtioneuvoston päätöksiin on arvioitava.

Silti hallituksen esitystä voidaan arvostella voimakkaasti ensinnäkin SEUT 108(3) artiklan notifikaatiomenettelyyn, ml. EU:n valtioneuvoston koskevan kansallisten tuomioistuimien toimivallan, puutteellisesta tarkastelusta. Nähdäkseni tällainen tarkastelu olisi ollut asianmukaista eduskunnan informoimiseksi siitä, mitä erilaisia oikeudellisia seurauksia ja vaikutuksia notifikaatiomenettelyyn ja sen noudattamatta jättämiseen liittyy. Tällä tavoin eduskunnalla olisi edellytyksiä tehdä tietoisempia ratkaisuja myös oman lainsäädäntövaltansa ja muun päätöksentekovaltansa käytön suhteen.

Erityisesti hallituksen esitystä kohtaan voidaan esittää kritiikkiä yhtäältä siitä, ettei siinä ole riittävän asianmukaisesti eritelty ja arvioitu nimenomaan esityksen perusteella määräytyvän sosiaali- ja terveystalouden *julkisen* tuotantojärjestelmän luonnetta EU:n valtioneuvoston päätöksiin kannalta. Sitä vastoin esityksessä on kysymys jonkinlaisesta ehdotetun valinnanvapausmallin kokonaisarviosta, jossa ei ole kuitenkaan riittävästi eritelty erikseen yhtäältä julkista ja toisaalta yksityistä sosiaalipalvelu- ja terveystaloudetuotantoa EU:n valtioneuvoston päätösten kannalta huomioiden tällöin erityisen painokkaasti muun muassa julkisen vallan lakisääteinen ja viime kädessä perustuslain 19 §:n 3 momentin, 6 §:n ja 22 §:n normikokonaisuuden sekä kv. ihmisoikeusvelvoitteiden mukainen julkisen vallan velvollisuus taata jokaiselle riittävät ja yhdenvertaiset sosiaali- ja terveystaloudet asuinpaikkaan ja väestöryhmään katsomatta. Samoin valinnanvapauspalveluiden ja niiden tuottamiseen välittömästi liittyvien hallinnollisten tehtävien kokonaisluonnetta perustuslain 124 §:ssä tarkoitettuina julkisina hallintotehtävin on tässä yhteydessä erityisen merkityksellinen seikka.

Toisaalta pidän esityksen yhtenä keskeisenä puutteena sitä, että siinä on - hallituksen esityksen 47/2017 vp tapaan - käytännössä täysin jätetty tarkastelematta valinnanvapausmallia yleistä taloudellista etua koskevia palveluja (ns. SGEI-palvelut) koskevan EU-sääntelyn kannalta. SGEI-palveluilla tarkoitetaan kaupallisia palveluja, joista on yleistä taloudellista hyötyä (yleishyödyllinen luonne) ja joiden tuottajalle julkisyhteisö on sen vuoksi asettanut erityisen julkisen palvelun velvoitteen. SGEI-palvelut ovat poikkeus siitä pääsäännöstä, jonka mukaan EU:n kilpailu- ja valtioneuvoston päätöksiin lähtökohtaisesti koskee kaikkea taloudellista toimintaa. Vaikka siis tietty toiminta sinänsä katsottaisiinkin taloudelliseksi toiminnaksi, silti olisi vielä mahdollista tietyin edellytyksin määritellä ne SGEI-palveluiksi lopputuloksella, ettei valtioneuvoston päätöksiin sovelletta. On myös huomautettava, että SGEI-palveluiksi määrittely poistaa tarpeen notifikaatiosta komissiolle.

Tässä yhteydessä on myös huomionarvoista, että mahdollisuus turvautua SGEI-palveluihin on taattu perusoikeutena EU:n perusoikeuskirjan 36 artiklassa, joka vastaa pitkälti Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 14 artiklaa, joka kuuluu seuraavasti:

”Otaen huomioon yleistä taloudellista etua koskevien palvelujen tärkeän aseman unionin yhteisten arvojen joukossa ja niiden merkityksen sosiaalisen ja alueellisen yhteenkuuluvuuden edistämiseksi unioni ja jäsenvaltiot huolehtivat kukin toimivaltansa mukaisesti ja perussopimusten soveltamisalalla siitä, että tällaiset palvelut toimivat sellaisten

periaatteiden pohjalta ja sellaisin, erityisesti taloudellisin ja rahoituksellisin, edellytyksin, että ne voivat täyttää tehtävänsä, sanotun kuitenkaan rajoittamatta Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 4 artiklan ja tämän sopimuksen 93, 106 ja 107 artiklan soveltamista. Euroopan parlamentti ja neuvosto määrittelevät tavallista lainsäätämisyjärjestystä noudattaen annetulla asetuksella nämä periaatteet ja edellytykset, sanotun kuitenkaan rajoittamatta perussopimusten mukaista jäsenvaltioiden toimivaltaa tarjota, tilata ja rahoittaa tällaisia palveluja.”⁸

SGEI-palvelujen merkitysyhteyksiä on tulkittu laajasti. EU-tuomioistuin on oikeuskäytännössään katsonut yleisen taloudellisen edun mukaiseksi laajan ja vaihtelevan joukon palveluja, kuten muun muassa veden⁹, kaasun¹⁰ ja sähkön¹¹ jakelun, taloudellisesti kannattamattomien lentoyhteyksien hallinnoinnin¹², ambulanssikuljetuksen¹³ ja lääkkeiden tukkukaupan.¹⁴ SGEI-palveluiksi määritellyille julkisille palveluille voidaan myöntää tietyin edellytyksin korvauksia EU:n valtiontukisääntelyn estämättä.¹⁵

EU-tuomioistuin on antanut jäsenvaltioille *laajan kansallisen harkintavallan* määrittää SGEI-palvelut. Jäsenvaltiot voivat siis lähtökohtaisesti määrittää, mitä yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja ne haluavat säilyttää, sanotun kuitenkaan rajoittamatta unionin toimielinten (komissio ja tuomioistuimet) toimivaltaa valvoa näitä päätöksiä ja estää ylilyönnit. Esimerkiksi tapauksessa *Bupa* annettu silloinen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen (nykyinen unionin yleinen tuomioistuin) ratkaisussa todettiin kansallisen harkintavallan alasta ja siihen liittyvästä EU:n toimielinten valvontavallasta seuraavaa:

”Kyseen ollessa toimivallasta määritellä perustamissopimuksessa tarkoitettu julkisen palvelun tehtävä ja sen valvonnan aste, jota yhteisön toimielinten on tässä yhteydessä harjoitettava, yleishyödyllisistä palveluista Euroopassa annetun tiedonannon¹⁶ 22 kohdassa ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen oikeuskäytännössä todetaan, että jäsenvaltioilla on laaja harkintavalta, kun ne määrittelevät sen, mitä ne pitävät yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvinä palveluina, ja että komissio voi asettaa kyseenalaiseksi sen, miten jäsenvaltio on määritellyt kyseiset palvelut, ainoastaan silloin kun on kyse ilmeisestä

⁸ Artiklan sisällyttämistä perusoikeuskirjaan ajoi aikoinaan vahvasti muun muassa Ranska, koska se halusi osaltaan luoda takeita sille, ettei EU:n kilpailu- ja valtiontukisääntely tai EU:n toiminta sosiaalisten oikeuksien alalla ulotu heikentävällä tavalla SGEI-palveluiksi määriteltäviin kansallisiin palveluihin.

⁹ Yhdistetyt asiat 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 ja 110/82, *IAZ ym.*, tuomio 8.11.1983 (Kok., s. 3369).

¹⁰ Asia C-159/94, komissio v. Ranska, tuomio 23.10.1997 (Kok., s. I-5815).

¹¹ Asia C-393/92, *Almelo ym.*, tuomio 27.4.1994 (Kok., s. I-1477, Kok. Ep. XV, s. I-121).

¹² Asia 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen ja Silver Line Reisebüro*, tuomio 11.4.1989 (Kok., s. 803, Kok. Ep. X, s. 21).

¹³ Asia C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner*, tuomio 25.10.2001 (Kok., s. I-8089).

¹⁴ Asia C-53/00, *Ferring*, tuomio 22.11.2001 (Kok., s. I-9067).

¹⁵ Korvauksen edellytyksiä määrittelee EU-tuomioistuimen ratkaisu tapauksessa C-280/00, *Altmark Trans*. Ks. myös komission päätös 2005/842/EY, EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta tietyille yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille korvauksena julkisista palveluista myönnettävään valtiontukeen.

¹⁶ Ks. Komission tiedonanto yleishyödyllisistä palveluista, EYVL N:o C 17, 19.1. 2001, s. 4 ja varsinkin tuorempi säädöspaketti SGEI-palveluista:

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.html

virheestä.”¹⁷

Tapauksen *Bupa* merkitystä tässä yhteydessä lisää se, että siinä oli juuri kysymys SGEI-palvelujen määrittelyyn liittyvästä kansallisesta harkintavallasta *terveydenhuoltopalvelujen* alalla. Vaikka Lissabonin sopimuksen voimaantulon 1.12.2009 myötä oikeustila on jossain määrin muuttunut myös terveystalvelujen suhteen, seuraava kohta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomiossa ansaitsee siteerauksen:

”Tämän jäsenvaltiolla olevan etuoikeuden yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen määrittelyyn vahvistaa niin se, ettei yhteisölle ole erityisesti annettu tähän toimivaltaa, kuin sekin, ettei yhteisön oikeudessa ole yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen käsitteen täsmällistä ja täydellistä määritelmää. Julkisen palvelun tehtävän luonteen ja ulottuvuuden määrittelyminen erityisillä toiminta-aloilla, jotka joko eivät kuulu EY 5 artiklan ensimmäisessä kohdassa tarkoitettuun yhteisön toimivaltaan taikka jotka perustuvat tuon artiklan toisessa kohdassa tarkoitettuun pelkkään rajoitettuun tai jaettuun yhteisön toimivaltaan, jää lähtökohtaisesti jäsenvaltioiden tehtäväksi. Kuten vastaaja ja Irlanti väittävät, terveysala kuuluu jäsenvaltioiden lähes yksinomaiseen toimivaltaan. Yhteisö voi EY 152 artiklan 1 ja 5 kohdan nojalla toteuttaa tällä alalla vain toimenpiteitä, jotka eivät ole oikeudellisesti velvoittavia, ja sen on otettava täysimääräisesti huomioon jäsenvaltioiden terveydenhuoltopalvelujen ja sairaanhoidon järjestämiseen ja tarjoamiseen liittyvät velvollisuudet. Tästä seuraa, että julkisen palvelun velvoitteiden määrittelyminen tässä yhteydessä kuuluu sekin lähtökohtaisesti jäsenvaltioiden toimivaltaan. Tätä toimivallan jakoa heijastelee yleisesti EY 16 artikla, jonka mukaan ottaen huomioon yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen tärkeän aseman unionin yhteisten arvojen joukossa ja niiden merkityksen sosiaalisen ja alueellisen yhteenkuuluvuuden edistämiseksi yhteisö ja jäsenvaltiot huolehtivat kukin toimivaltansa mukaisesti ja perustamissopimuksen soveltamisalalla siitä, että tällaiset yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvät palvelut toimivat sellaisin perustein ja edellytyksin, että ne voivat täyttää tehtävänsä.”¹⁸ (TO)

Keskeisiä johtopäätöksiä

Nähdäkseni ehdotetusta valinnanvapausmallista voidaan tehdä seuraavia johtopäätöksiä EU-oikeuden kannalta:

- On sinänsä vahvoja oikeudellisia perusteita katsoa, ettei ehdotettava valinnanvapausmalli merkitse SEUT 107 artiklassa tarkoitettua valtiontukea varsinkaan siltä osin kuin kysymys on sosiaali- ja terveystalvelujen julkisesta tuottamisesta ja ettei käsillä olevaa esitystä ole tästä syystä velvollisuutta ennalta ilmoittaa komissiolle SEUT 108(3) artiklan mukaisesti. Näin ollen Suomella ei ole tiukan oikeudellisesti arvioiden ehdotonta oikeudellista velvollisuutta notifioida valinnanvapausmallia komissiolle SEUT 108(3) artiklan mukaisesti.
- Suomella olisi mahdollisuus määritellä sosiaali- ja terveystalvelut SGEI-palveluiksi lopputuloksella, ettei unionin valtiontukisääntely soveltuisi tilanteessa, jossa ehdotetussa mallissa sinänsä katsottaisiin olevan kysymys taloudellisesta

¹⁷ Ks. T-289/03 *BUPA* (2008) ECR II-81, kohdat 165 ja 166.

¹⁸ *Bupa*, tuomion kohta 167.

toiminnasta. Samalla poistuisi tarve edes harkita notifikaatiota komissiolle. Tätä taustaa vasten voi vain oudoksua hallituksen haluttomuutta käytännössä lainkaan tarkastella SGEI-palveluja edes eduskunnan informoimiseksi siitä, että SGEI-palveluiksi määrittelemisen antaisi osaltaan mahdollisuuden välttää EU:n valtioneuvoston sääntely, ml. notifikaatio.

- Hallituksen esityksen tavoin on syytä avoimesti todeta, että "(t)äysin varmaa vastausta siitä, millainen on esitettävän valinnanvapausjärjestelmän EU-valtioneuvoston oikeudellinen luonne, on mahdotonta antaa". Näin on jo yksin sen takia, että kysymys on SEUT 107 ja 108 artiklan tulkinnasta, jossa toimivalta on komission ja kansallisten tuomioistuinten ohella muiden EU-oikeudellisten tulkintakysymysten tapaan EU-tuomioistuimilla ja viime kädessä EU:n tuomioistuimella.
- Voidaan yhtyä hallituksen esitykseen siltä osin kuin siinä korostetaan, että valtioneuvoston arviointi on tapauskohtaista päätöksentekoa *in casu* kunkin tapauksen ominaispiirteiden valossa (s. 104). Tässä yhteydessä on myös syytä torjua varsin laajasti vallalla oleva käsitys siitä, jonka mukaan komissio tulkitsisi "tiukasti" EU:n valtioneuvoston sääntöjä. Tuore Slovakia tapaus on tästä havainnollinen esimerkki, koska siinä juuri yleinen tuomioistuin kumosi komission päätöksen siitä, ettei Slovakian järjestelmä sisältänyt EU:n valtioneuvoston sääntelyn tarkoittamaa valtioneuvostoa.
- On sinänsä varsin todennäköistä etenkin SEUT 108(3) artiklan välitön oikeusvaikutus ja korkeimman hallinto-oikeuden lausunto 13.12.2017¹⁹ huomioiden, että nyt ehdotettava valinnanvapausmalli tulee "enemmin tai myöhemmin" kotimaisen tuomioistuimen ja/tai EU:n komission sekä lopulta EU-tuomioistuimen käsiteltäväksi, vaikka nyt ehdotettavaa valinnanvapausmallia koskevaa säädöskokonaisuutta kaavailtuine toimintaperiaatteineen ei ennalta ilmoitettaisi komissiolle SEUT 108(3) artiklan mukaisesti.
- Lain voimaantulon jälkeen valinnanvapausmallin mahdollisen valtioneuvostokilouonteen selvittäminen kansallisessa tuomioistuimessa olisi perusteiltaan *jälkikäteistä*. Kun lisäksi otetaan huomioon EU:n valtioneuvoston sääntöihin liittyvä seuraamusjärjestelmä, jossa komissio tai kansallinen tuomioistuin voivat velvoittaa valtion keskeyttämään ilmoittamatta jätetyn tuen maksamisen ja jossa EU:n valtioneuvoston sääntöjen vastaiseksi todettu tuki voidaan määrätä takaisinperittäväksi, valinnanvapausmallin ilmoittaminen tässä vaiheessa voisi sinänsä olla tarkoituksenmukainen mekanismi selvittää varmuudella mallin valtioneuvostokilouonteen EU-oikeuden kannalta sen sijaan, että mallin valtioneuvostokilouonteen arvioiminen jäisi

¹⁹ KHO:n lausunnossa 13.12.2017 hallituksen esitysluonnoksesta valinnanvapauslaiksi todetaan seuraavaa: "Esitysluonnoksen perusteella on ilmeistä, että kansallinen tuomioistuin ei voisi vahvistaa valinnanvapausjärjestelmän luonnetta ei-valtioneuvostona pyytämättä asiassa unionin tuomioistuimelta ennakkoratkaisua. Periaatteessa asiassa voitaisiin pyytää myös komission lausunto, mutta se edellyttäisi, että asiaan ei liittyisi unionin oikeuden tulkintaa koskevia uusia kysymyksiä." Lausunnossa KHO "pitää oikeusvarmuuden turvaamiseksi ainoana oikeudellisesti kestävässä menettelytapana sitä, että kaavailtu lainsäädäntökokonaisuus notifioidaan komissiolle...".

lain mahdollisen voimaantumisen jälkeisten oikeusprosessien varaan, etenkin kun näiden oikeusprosessien syntyminen todennäköisyys on jo tämän hetken tiedon valossa hyvin suuri.

- Korostan, että äsken todetussa oli kysymys pitkälti tarkoituksenmukaisuusharkintaan ja korkeintaan ”oikeusvarmuussyihin” perustuvasta kannanotosta oikeusharkinnan sijasta. Nähdäkseni ehdotettavassa valinnanvapausmallissa painottuvat oikeudellisessa arvioissa selvästi enemmän ei-taloudelliset ominaispiirteet varsinkin siltä osin kuin kysymys on julkisesta sosiaali- ja terveystalouden tuotannosta, jossa on kysymys julkisen vallan käytöstä ja julkisista hallintotehtävistä perustuslain 124 §:ssä tarkoitettulla tavalla (ks. PeVL 26/2017 vp). Koska oikeudellinen kynnys ilmoituksen tekemiselle SEUT 108(3) mukaisesti on perusteltua pitää riittävän korkealla ja koska Euroopan unionin toimivalta sosiaali- ja terveystalouden sääntelyssä on ylipäättään rajallinen ja vastaavasti jäsenvaltioiden toimi- ja harkintavalta lähtökohtaisesti laaja, SEUT 108(3) artiklan mukaiseen ilmoitukseen ei nähdäkseni ole ehdotonta (EU-oikeudellista) velvollisuutta nyt käsillä olevassa tilanteessa.
- Siltäkin osin kuin ehdotetussa mallissa on *prima facie* valtiontukeen viittaavia tiettyjä piirteitä, kuten ns. konkurssisuoja, ne ovat nähdäkseni ”selitettävissä pois” myös EU-oikeuden kannalta hyväksyttävällä tavalla. Konkurssisuoja kuitenkin osaltaan takaa julkisen vallan perustuslaillista ja ihmisoikeusvelvoitteisiin palautettavaa velvollisuutta taata jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveystaloudelliset palvelut.
- EU:n valtiontukisääntelyn vastaisesti myönnettyihin valtiontukiin liittyy usein takaisinperintä. Nähdäkseni on kuitenkin huomattavan epäselvää, mikä olisi nyt käsillä olevassa tapauksessa se takaisinperittävä tuki, joka olisi väärinä tai uhannut väärinä kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa SEUT 107(1) artiklassa tarkoitettulla tavalla. Korostan myös sitä, että takaisinperintä tulee ylipäättään esille vain tilanteessa, jossa on ensin todettu tietty tuki kielletyksi valtiontueksi.
- Jos ehdotettu valinnanvapausmalli tarkoittaisi EU:n oikeuden vastaista valtiontukea ja jos maakunnille syntyisi EU-oikeuden takia velvollisuus sote-palvelujen yhtiöittämiseen – mitä riskejä pidän pieninä -, nyt ehdotettava valinnanvapausmalli olisi nähdäkseni arvioitava uudelleen perusteistaan alkaen ja muutettava sitä tarvittavilta osiltaan. On syytä painokkaasti korostaa, että perustuslakivaliokunnan lausunnossa 26/2017 vp katsottiin yhtiöittämisvelvollisuus perustuslain vastaiseksi ja että lainsäätäjälle ovat kiellettyjä yhtä hyvin perustuslain kuin EU-oikeuden vastaiset lainsäädäntöpäätökset.

Helsingissä 26. päivänä huhtikuuta 2018

Tuomas Ojanen

OTT, professori

Helsinki