

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

Eduskunta
Sosiaali- ja terveysvaliokunta

Helsinki 1.7.2018

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

Sosiaali- ja terveysvaliokunnassa on käsiteltävänä ns. valinnanvapauslakia koskeva HE 16/2018 vp. Tähän liittyen olen saanut kutsun saapua sosiaali- ja terveysvaliokunnan asiantuntijakuulemiseen tiistaina 3.7.2018 klo. 9.00. Keskityn lausunnossani valinnanvapauslakiesityksen EU-oikeudellisiin ulottuvuuksiin, sillä minulta on pyydetty arviota siitä selvityksestä ja niistä säännösmuutoksista, joita esitetään hallituksen 18.6.2018 päivätyssä vastineessa erityisesti liittyen notifiointiin ja valtioneuvoston päätöksen toteuttamiseen. Vastineen sisältöä olisi määrää peilata suhteessa perustuslakivaliokunnan 1.6.2018 valinnanvapauslakiesityksestä antamaan lausuntoon PeVL 15/2018 vp. Keskeisenä kysymyksenä pidän edelleenkin sitä, tulisiko valinnanvapauslakiesitykseen liittyvät valtioneuvoston asiat notifioida komissiolle ja mitä siitä voi seurata, jollei näin tehdä. Tämä on olennaista siksi, että hallituksen vastineessa linjataan, ettei notifiointi komissiolle ole edelleenkaan tarpeen. Esitän lausuntoni kunnioittaen seuraavaa.

1. Mitä perustuslakivaliokunta lausui notifiointitarpeesta?

On aluksi todettava pohdinnan taustaksi se, että perustuslakivaliokunta asetti notifiointivelvoitteeseen aivan oikein perusoikeuslottuvuuden seuraavasti (s. 21):

”Perustuslakivaliokunnan käsityksen mukaan EU-oikeudellisen epävarmuuden ennakollista poistamista notifioinnin keinoin puoltaa myös se, että sosiaali- ja terveydenhuollon järjestelmän rakenteellisten muutosten toteuttaminen jo toimeenpantuun järjestelmään erityisesti EU-oikeuden tehokkaan toimeenpanon edellyttämässä viivytyksettömässä aikataulussa lisää merkittävästi riskiä siitä, että jälkikäteisesti todetun oikeudellisen velvoitteen johdosta kiireessä laadittu järjestelmä ei pysty turvaamaan riittäviä sosiaali- ja terveyspalveluita yhdenvertaisesti perustuslain 19 §:n edellyttämällä tavalla.”

Tämä on varsin perusteltu kannanotto, sillä notifioimatta jättämisestä voi seurata SEUT 107 artiklan kieltämän valtiontuen takaisinperintä ja se on SOTE-sektorilla varsin ongelmallinen asia SOTE-palveluiden rahoituksen ja sitä kautta saatavuuden näkökulmasta. Senpä vuoksi perustuslakivaliokunta asetti jatkovalmisteluun selvitystehtävän seuraavasti:

”Perustuslakivaliokunnan mielestä sosiaali- ja terveysvaliokunnan on painavista valtiosääntöoikeudellisista syistä selvitettävä, voidaanko ehdotettua valinnanvapausjärjestelmää pitää sisällöltään notifiointia edellyttävänä. Sosiaali- ja terveysvaliokunnan on tarvittaessa muutettava valinnanvapausjärjestelmää siten, että oikeudellinen epävarmuus valtiontukisääntelyn soveltuvuudesta poistuu. Tällainen muutos voidaan toteuttaa esimerkiksi määrittelemällä terveyspalvelut SGEI-palveluiksi ja muuttamalla sääntelyn sisältöä SGEI-palvelua koskevalta sääntelyltä EU-oikeuden mukaiseksi. Jos sosiaali- ja terveysvaliokunta ei saa riittävää varmistusta järjestelmän hyväksyttävyydestä EU-valtiontukisääntelyn näkökulmasta, olisi valinnanvapauslakiehdotuksen sääntelyä voimaantulosta syytä muuttaa esimerkiksi siten, että valinnanvapauslakia voidaan EU:n valtiontukisääntöjen kannalta merkitykselliseksi määriteltävin osin soveltaa vasta komission hyväksyttyä sille asianmukaisesti notifioidun sääntelyn SEUT 107 ja 108 artiklan tarkoittamalla tavalla.”

Tässä perustuslakivaliokunta siis asettaa ns. SGEI-palveluita koskevan poikkeuksen sovellettavuuden keinoksi välttää notifiointi. **Tulen tässä lausunnossani esittämään ja perustelemaan, ettei SGEI-poikkeus voi soveltua asiaan niin, että se täysin poissulkisi notifiointivelvoitteen.**

Perustuslakivaliokunnan lausunnossa on myös huomionarvoista, ettei notifiointivelvollisuus perustuslakivaliokunnan tulkinnan mukaan synny vain tuen myöntämistä koskevista päätöksistä. Notifiointivelvollisuus kattaa myös vielä valmisteilla olevat tuen myöntämistä tarkoittavat suunnitelmat. Yhdyn tähän perustuslakivaliokunnan tulkintaan. Se merkitsee käytännössä sitä, ettei hallituksen esityksen 16/2018 vp kohdassa 3.3.10 (s. 110) esitetty seuraavassa siteerattu linjaus notifioimatta jättämisen perustelusta tule enää kyseeseen:

”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 päätöksien valmistumista sekä ilman toiminnan vaikutuksien 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.”

Notifiointia koskeva kysymys ei siis ole tällä hetkellä ennenaikainen. Tämä on merkittävä huomio sikäli, että se liittyy hallituksen esityksessä kohtaan ”Mahdolliseen valtiontukeen liittyvä ennakkoilmoitus EU:n komissiolle”. Valtiontuen notifiointivelvoite ilmenee SEUT 108(3) artiklasta, jossa todetaan seuraavaa:

”Komissiolle on annettava tieto tuen myöntämistä tai muuttamista koskevasta suunnitelmasta niin ajoissa, että se voi esittää huomautuksensa. Jos komissio katsoo, että tällainen suunnitelma ei 107 artiklan mukaan sovellu sisämarkkinoille, se aloittaa 2 kohdassa tarkoitetun menettelyn viipymättä. Jäsenvaltio, jota asia koskee, ei saa toteuttaa ehdottamiaan toimenpiteitä, ennen kuin menettelyssä on annettu lopullinen päätös.”

Lisäksi ns. menettelytapa-asetuksessa (EU) 2015/1589¹ säädetään tarkemmin valtiontukea koskevasta ilmoitusmenettelystä, joka koskee uutta tukea. Niinpä vastineessa on jouduttu

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

lähestymään notifiointikysymystä uudelta pohjalta ja esitetty siihen liittyen säädösmuutoksia.

2. Notifiointi-kysymys vastineessa, erimieliset asiantuntijat ja SOTE-sektorin luonne ei-taloudellisena toimintana

Ensinnäkin vastineessa tuodaan esiin se tosiseikka, kuinka eri asiantuntijat ovat tulkinneet notifiointitarvetta toisilleen vastakkaisin tavoin, eli kaikki asiassa aikaisemmin kuulluksi tulleet asiantuntijat eivät ole olleet notifiointitarpeesta yksimielisiä. Lisäksi vastineen mukaan työ- ja elinkeinoministeriön mukaan komission ylimmän virkamiesjohdon kanssa käydyissä epävirallisissa keskusteluissa on käynyt ilmi, ettei komissio suosittele notifiointia. Tätä jälkimmäistä seikkaa rohkenen kummaksua, koska vastineesta ei ilmene, kuinka notifiointia on näissä keskusteluissa käsitelty, eli esimerkiksi, mitä tarkkaan ottaen ei kannata komission mielestä notifioida. Joka tapauksessa on selvää, ettei näillä epävirallisilla keskusteluilla komission virkamiesten kanssa voida saada aikaan asiassa sellaista oikeusvarmuutta, jota perustuslakivaliokunnan lausunnossa 1.6.2018 edellytetään.²

Seuraavaksi vastineessa pureudutaan siihen seikkaan, jota asiantuntijat ovat aikaisemmissa valiokuntakuulemisissa tulkinneet eri tavoin, eli missä määrin sosiaali- ja terveyspalveluita koskeva uudistus ja erityisesti valinnanvapauslainsäädäntö kuuluu ei-taloudellisen toiminnan piiriin. Tämä liittyy esimerkiksi siihen keskusteluun, mikä on ns. solidariteettiperiaatteen soveltamisalan laajuus SOTE-sektorilla. Suurelta osin SOTE-sektori onkin ei-taloudellista toimintaa (esim. sairaalat), jolloin notifiointia valtiontukielementtiä ei ole. Vastineessa kuitenkin edelleen vaikutetaan sivuutettavan se tosiasia, että SOTE-sektorilla on yksittäisiä asiakysymyksiä, joissa toiminta on arvioitavissa taloudelliseksi toiminnaksi. Vastine muistuttaa hieman asianajoa siinä mielessä, että siinä ylikorostuu ei-taloudellisen toiminnan merkitys SOTE-sektorilla, mikä toki puoltaa hallituksen kantaa olla notifiointia mitään. Viittaan tällä seuraavaan vastineen toteamukseen (s. 62):

”Sosiaali- ja terveysministeriö toteaa, että valinnanvapauslainsäädäntö on luotu noudattaen EU:n komission linjauksia ei-taloudellisen toiminnan määritelmästä. Järjestelmä on ei-taloudellinen ja näin ollen EU:n valtiontukisäännöt eivät tule sovellettaviksi. Mikäli esitettyyn järjestelmään joltain osin sovellettaisiin EU:n valtiontukisääntelyä, arvioinnin kannalta keskeistä olisi ennen kaikkea se,

² Ks. Tarkemmin esim. Raitio, Juha: The Principle of Legal Certainty in EC Law, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2003, s. 204-214 ja tapaus T-241/97 Stork Amsterdam (2000) ECR II-309.

onko järjestelmässä sellaisia elementtejä, jotka saattavat julkisen toimijan yksityisiä edullisempaan asemaan”.

Olen aikaisemmissa valinnanvapauslainsäädäntöä koskevissa lausunnoissani (PeV, HaV, StV) kritisoinut tätä hallituksen esityksen linjaa korostaa SOTE-sektorin ei-taloudellista luonnetta liian kategoriseksi. En näe, että SOTE-sektori olisi kokonaisuudessaan ei-taloudellista toimintaa, jonka osalta valtiontukielementti voi aktualisoitua silloin, kun syystä tai toisesta kilpailuneutraliteettia on rikottu. Tämä ei ole pelkkä mielipidekysymys, sillä meillä on kansallista oikeuskäytäntöä, jossa on todettu SOTE-sektorilla olevan taloudellistakin toimintaa ja sitä kautta valtiontukielementti ja siihen liittyen notifiointitarve voi aktualisoitua.

Viitataan siihen, että KHO on 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. 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 ole hallituksen esityksessä eikä nyt käsiteltävässä vastineessa huomioitu.

Lisäksi SOTE-sektorin ei-taloudellista luonnetta tulee arvioida sekä komission hallintokäytännön että EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön pohjalta, kuten itse asiassa valiokuntakuulemisten yhteydessä kevään aikana on meneteltykin. Lisäksi on syytä kerrata, että HE 16/2018 vp käsittelee ns. Slovakia-ratkaisua³ 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

³ Ks. T-216/15 *Dôvera zvravotná poisťovní v. Euroopan komissio*, ratkaisu on annettu 5.2.2018, ECLI:EU:T:2018:64.

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 edelleenkin laatukilpailun merkitystä taloudellisen toiminnan arvioinnissa ja tässä suhteessa voidaan havaita, ettei vastineessa ole laatukilpailukysymystä ja sen merkitystä huomioitu riittävästi. Sinänsä itse 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.

Sekä hallituksen esityksessä että vastineessa 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 notifioida.⁴ **Haluan kuitenkin painottaa, että komission hallintokäytännön asemesta tulkinnan painopisteen tulee olla EU-tuomioistuimen tulkinnoissa.**

EU-tuomioistuimen osalta voidaan SOTE-sektorin ei-taloudellisen ja taloudellisen toiminnan arvioinnissa ottaa huomioon erityisesti toisaalta Höfner-tapaus ja toisaalta Poucet ja Pistre-tapaus. Höfner-tapaksessa⁵ 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

⁴ Ks. State Aid SA.39913, Alleged compensation of public hospitals in **Lazio**, Brussels 4.12.2017, C (2017) 7973 final.

⁵ Ks. C-41/90 *Höfner* (1991) ECR I-1979, kohta 31.

taloudellista toimintaa harjoittava liikelaitos, sulkee kilpailijoilta markkinat esimerkiksi saamiensa yksin- tai erityisoikeuksien vuoksi, SEUT 106(1) artiklaa koskeva oikeuskäytäntö soveltuu. Siis Höfner-tapauksessa toimittiin kilpailluilla markkinoilla ja julkisvallan toimin käytännössä tyrehdyttiin yksityisten markkinatoimijoiden mahdollisuudet toimia markkinoilla, mikä ei ollut EU-oikeuden mukaan sallittavissa. Tämä liittyy nyt käsiteltävässä SOTE-kokonaisuudessa vähintäänkin niihin palveluihin, jotka on markkinaehtoistettu ja joissa palvelun tuottajina on sekä yksityisiä ja että julkisvaltaa edustavia toimijoita. Toki SOTE-sektorilla on asianmukaista huomioida solidariteettiperiaate, jota oikeuskäytännössä ilmentää etenkin Höfner-tapauksen jälkeen annettu Poucet ja Pistre-tapaus⁶. Itse asiassa viime aikaisessa oikeuskirjallisuudessa Poucet ja Pistre-tapauksen osalta on korostettu SGEI-luonteisuutta ja sitä eroa Höfner-tapaukseen, ettei Poucet ja Pistre-tapauksen kontekstissa ollut mitään toimivia markkinoita.⁷ **Sen vuoksi katson, että Suomen SOTE-sektorin arviointiin liittyvän laatukilpailu-elementin vuoksi olisi viisainta korostaa pikemminkin Höfner-tapausta kuin Poucet ja Pistre-tapausta, mikä puolestaan johtaa siihen, että SOTE-sektorilla on myös taloudellista toimintaa ja sitä kautta valtiontukielementtien vuoksi notifiointi on tarpeen.**

Tämä kannanotto ei ole täysin vieras myöskään hallituksen esityksen näkökulmasta, vaikka meneekin pidemmälle. Hallituksen esityksessäkin todetaan seuraavasti:

*”Slovakian järjestelmästä tehty tuore ratkaisu (T-216/15) kasvattaa riskiä siihen, että Suomen valinnanvapausjärjestelmän voitaisiin tulkita olevan osittain taloudellinen. Automaattisesti tällaista suora johtopäätöstä ei kuitenkaan voi tehdä, sillä jokainen valtiontukiarviointi on aina tapauskohtainen ja edellyttää hyvin yksityiskohtaista arviointia”.*⁸

Sinänsä oikeustapausanalyysissä distinktiotekniikka ja tapauskohtaisuus on tarpeen huomioida, mutta **tämä metodinen viittaus ei poista tarvetta huomioida laatukilpailun ja toimivien markkinoiden merkitystä nyt käsiteltävässä asiakokonaisuudessa.** Lisäksi on oikeustapausanalyysin osalta tarpeen todeta, ettei ole riittävää perustaa tulkintaa yksittäisiin tapauksiin, vaan tulee perustaa kanta useista ratkaisuista ilmenevään tulkintalinjaan (*line of cases*). Siksi laatukilpailuargumentointi on niin merkittävä.

⁶ Ks. C-159/91 ja C-160/91 *Poucet ja Pistre* (1993) ECR I-637 (pakolliset sairausvakuutukset).

⁷ ks. Burke, Jarleth: A Critical Account of Article 106(2) TFEU, Government Failure in Public Service Provision, Hart publishing, Oxford, 2018, s. 77-78.

⁸ Ks. HE 16/2018 vp., s. 110.

3. Huomioita vastineen tulkintoihin liittyvistä ongelmista

Vastineesta ilmenee, että valinnanvapauslakia täydennetään niin, että 63 §:ssä säädetään palveluntuottajien yhdenvertaisesta kohtelusta korvauksia määriteltäessä ja 85 §:ssä palveluvelvoitteen asettamisesta maakunnan liikelaitokselle. Keskityn ensin tähän 85 §:n mukaiseen uudistukseen, jolla tartutaan perustuslakivaliokunnan viittaamaan SGEI-palveluita koskevaan poikkeukseen. On huomattava, että notifiointivelvoitteesta voidaan poiketa vetoamalla myös erityisiin ryhmäpoikkeusasetuksiin ja kynnysarvoihin⁹, mutta keskityn ohessa tehtävänannon mukaisesti peilaamaan perustuslakivaliokunnan lausuntoa seuraten vain ns. SGEI-poikkeusta.

Ensinnäkin on syytä todeta, että SGEI-palveluilla tarkoitetaan julkisvallan määrittelemiä yleisölle erityisen merkittäviä taloudellisia toimia, joita ei toteutettaisi ilman julkisvallan asettamaa velvoitetta.¹⁰ Lähtökohtaisesti SGEI-palvelu tulee kyseeseen, kun on ns. markkinapuute, eli kuten vastineessa todetaan ”*jos suoran valinnan palveluiden tarjonta maakunnan alueella ilman palveluvelvoitteen asettamista ei ole riittävää takaamaan palveluiden saatavuus maakunnan alueella perustuslain 19 § 3 momentin edellyttämällä tavalla*”.¹¹ SGEI-palvelujen varmistamiseksi on sallittua, että valtio antaa taloudellista tukea julkisen palvelun velvoitteesta aiheutuvien kustannusten kattamiseksi joko kokonaan tai osittain. SEUT 106(2) artiklan tarkoittamat SGEI-palvelut eivät sovellu silloin, kun kyse on julkisen vallan käytöstä SOTE-sektorilla.¹²

Uuden 85 §:n 2 momentin mukaan päätöksessä palveluvelvoitteen asettamisesta maakunnan olisi määrättävä palveluvelvoitteen piiriin kuuluvista suoran valinnan palveluista, palveluvelvoitteen kestosta sekä palveluiden tuottamisesta suoritettavasta korvauksesta noudattaen Euroopan komission SGEI-päätöksen 2012/21/EU säännöksiä. Tämä on oikein, mutta kun lähdetään avaamaan tätä päätöstä, niin havaitaan,

⁹ Ks. tarkemmin esim. Raitio, Juha: Euroopan unionin oikeus, Alma Talent, Helsinki, 2016, s. 617-620. Yleisen valtiontukia koskevan ryhmäpoikkeusasetuksen (EU) N:o 1407/2013 (EUVL; N:o L 352, 24.12.2013, s. 1) mukaan tukitoimi ei kuulu SEUT 107 artiklan soveltamisalaan, jos yhdelle yritykselle myönnettävään vähämerkityksisen tuen kokonaismäärä ei ylitä 200000 euroa minkään kolmen verovuoden jakson aikana. SGEI-palveluita tuottavien yritysten vähämerkityksistä tukea sääntelee asetus asetus (EU) 360/2012 (EUVL, N:o L 114, 26.4.2012, s. 8), jonka 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. Nämä ovat kaikki SOTE-sektoria ajatellen kovin pieniä kynnysarvoja, joten on ymmärrettävää, ettei niihin ole erityisemmin hallituksen esityksessä tai perustuslakivaliokunnan lausunnossa keskitytty.

¹⁰ Ks. komission tiedonanto Yleishyödylliset palvelut Euroopassa, EYVL, N:o C 17, 19.1.2001, s. 4–23.

¹¹ Ks. vastine, s. 64.

¹² Ks. esimerkiksi C-343/95 *Calì v. Figli* (1997) ECR I-1547, kohdat 16, 22 ja 23.

1. että kyseinen päätös 2012/21/EU 2. artikla a)-kohta edellyttää, että päätös soveltuu julkisista palveluista myönnettävään valtiontukeen, jos kyse on enintään 15 miljoonan euron vuotuisesta korvauksesta SGEI-palveluiden tuottamisesta muilla kuin liikenteen ja liikenneinfrastruktuurin alalla. Tämä on SOTE-sektorilla varsin pieni summa, joskin on huomattava, että päätöksen perusteluosiossa todetaan, että sairaaloilla ja sosiaalipalveluista vastaavilla yrityksillä on tiettyjä ominaispiirteitä, jotka on otettava huomioon. On huomioitava, että päätöksen perusteluosion 11 kohdan mukaan "nykyisissä taloudellisissa olosuhteissa" sosiaalipalvelujen tarvitseman tuen määrä saattaa ylittää tässä päätöksessä vahvistetun enimmäismäärän. Tämä SGEI-päätös on siis sallitun tuen määrän osalta epämääräinen ja vaikeasti tulkittavissa.
2. tätä päätöstä sovelletaan ainoastaan silloin, kun yrityksen taloudellisiin tarkoituksiin liittyvän palvelun tuottaminen kestää enintään 10 vuotta.

Päätökseen 2012/21/EU turvautumiseen liittyy vielä lisäksi se ongelma, että tarkasteltavan SOTE-palvelun tukemiseen ei liity ylikompensaatiota, mikä korostaa sinänsä vaikeatulkintaisten ns. Altmark-kriteereiden tulkintaa.¹³ Tämä ylikompensaatiota koskeva seikka todetaan itse asiassa myös 1.6.2018 annetussa perustuslakivaliokunnan lausunnossa 15/2018 vp (s. 21). **Markkinapuute-argumentin, tuen määrän ja ajallisen rajoituksen sekä mahdollisen ylikompensaatio-riskin vuoksi pidän perusteltuna katsoa, ettei tämä ns. SGEI-poikkeus poista notifiointitarvetta kuin siltä osin kuin mihin SGEI-päätös soveltuu, eli se ei suinkaan kykene kattamaan kaikkia SOTE-sektoriin liittyviä valtiontuki-ongelmia.**

Jo pelkästään edellä tähän ns. SGEI-poikkeukseen liittyvät reunaehdot perustelevat notifiointitarpeen, joten sen vuoksi kommentoin vain lyhyesti vastineen palveluntuottajien yhdenvertaisen korvauksen määrittelyä koskevaa linjausta. Ensinnäkin on todettava edellä kuvattuun taloudellisen ja ei-taloudellisen palvelun tulkintaan liittyen, että suoran valinnan palveluissa kiinteä korvaus ei sinänsä poista laatukilpailun mahdollisuutta (vrt. Slovakia-tapaus). Sinänsä uudistus on epäilemättä omiaan lisäämään kilpailuneutraliteettia SOTE-palveluissa, mikä sinänsä on myönteistä EU-oikeuden näkökulmasta. On kuitenkin varsin tulkinnanvaraista, poistuisiko maakunnan liikelaitoksen konkurssisuojaan perustuva kilpailuetu näillä esitetyillä toimenpiteillä riittävässä määrin. On otettava huomioon, että EU-tuomioistuimen valtiontukia koskeva oikeuskäytäntö on ollut varsin ankaraa

¹³ Ks. C-280/00 *Altmark* (2003) ECR I-7747, T-289/03 *BUPA* (2008) ECR II-81 ja Raitio, Juha: Euroopan unionin oikeus, Helsinki: Alma Talent, 2016, s. 654-662.

erilaisten kansallisten markkinavääristymien suhteen.¹⁴ Kuten viitatus oikeuskäytännöstä voidaan päätellä, konkurssisuojan merkitys SEUT 107 artiklan valtiontukien kannalta aktualisoituu usein rahoituksen yhteydessä. Esimerkiksi rajoittamattomien takausten osalta komissio on katsonut, että takauksina myönnettävää valtiontukea ovat tavanomaista edullisemmat rahoitusehdot sellaisille yrityksille, joiden oikeudellinen muoto sulkee pois konkurssin tai muut maksukyvyttömyysmenettelyt.¹⁵

Voidaan myös edelleen vastineen jälkeenkin todeta, että 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

Näissä esimerkeissä esiintyy konkurssisuoja ja verokohtelu aivan samoin kuin KHO:n lausunnossa 13.12.2017, mutta muutoin esimerkit nivELYvät lähinnä takaajan näkökulmaan. Nämä esimerkit kuvaavat kuitenkin selkeästi sitä, ettei kilpailuneutraliteetin arvioinnissa riitä perehtyä pelkästään konkurssisuoja koskevaan problematiikkaan. Ottaen huomioon SOTE-uudistusta koskevan poliittisen prosessin aikaisemmissa vaiheissa esitetyt kommentit vaikuttaa siltä, että yksityisen sektorin SOTE-alan toimijat näkevät etenkin konkurssisuojan ja verokohtelun hyvin ongelmallisena juuri kilpailuneutraliteetin näkökulmasta.¹⁶ On siksi otettava huomioon, että mahdollisen notifiomatta jättämisen seurauksena saatetaan nostaa kanteita kiellatystä valtiontuesta.

4. Takauskysymyksestä

¹⁴ Ks. esim. C-399/10 P ja C-401/10 P, Bouyques, ratkaisu on annettu 19.11.2013, ECLI:EU:C:2013:175 (osakaslainatarjoukset, lehdistötiedotteet, keinotekoisen korkea luottoluokitus) ja La Poste -tapaus C-559/12 P, Ranska v. komissio, ratkaisu on annettu 3.4.2014, ECLI:EU:C:2014:217 (julkisen laitoksen aseman perusteella myönnetty rajoittamaton valtiontuki).

¹⁵ Ks. esim. Alkio, Mikko – Hyvärinen, Olli: Valtiontuet, Talentum Pro, Helsinki, 2016, s. 95.

¹⁶ Ks. Vastineen s. 86, jossa on mainittu Mehiläisen kommentti. Sen mukaan julkisella liikelaitoksella on kaikilta osin konkurssisuoja eikä sillä ole velvoitetta maksaa toiminnastaan veroja, jolloin julkisella tuottajalla on kaikki kannustimet subventoida julkisen ei-kilpailulle altistuvan toiminnan avulla kilpailtua omaa palvelutuotantoa.

Olen aikaisemmissa lausunnoissani¹⁷ esittänyt huolen siitä, mitä SOTE-lainsäädäntökokonaisuuden valtiontuki-kysymysten notifioimatta jättäminen merkitsee rahoitusmarkkinoiden ja etenkin takaajien toiminnan kannalta ja tulkitsem, että vastineessa tämä kysymys sivuutetaan. Vastineessa todetaan sivulla 8 seuraavaa:

”Valtion laina ja takaus. Pykälässä ehdotetaan säädettävän 6 ja 7 §:n lisäksi maakunnan käytettävissä olevista rahoituksen joustoelementeistä. Maakunnalla olisi edelleen mahdollista saada maksuvalmiusongelmiensa korjaamiseksi valtion lainaa tai takaus aiemmin ehdotettua vastaavasti. Lisäksi maakunnalle voitaisiin myöntää valtion avustusta valtionavustuslain (688/2001) nojalla. Kyse olisi informatiivisesta säännöksestä. Valtionavustuksen todellinen käyttöala supistuisi kuitenkin merkittävästi suhteessa aiemmin esitettyyn huomioden 6 ja 7 §:ssä ehdotettu sääntely”.

Tämä ei ota varsinaisesti kantaa takaajan oikeusasemaan tilanteessa, jossa relevanttia valtiontukikysymystä ei ole notifioitu. Koska tähän kysymykseen ei ole vastineessa otettu kantaa, kertaan vielä esittämäni oikeusvarmuusongelman takaajien näkökulmasta. Olen aikaisemmissa lausunnoissani eri valiokunnille tuonut kevään aikana esiin, että komission 2016 valtiontuen käsitettä koskevan tiedonannon¹⁸ 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.¹⁹ 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 575/2013²⁰ mukaan antaa nollariskipaino, jos 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:

¹⁷ Ks. esim. lausuntoni hallintovaliokunnalle 3.5.2018 (HaV 12/2018 vp.)

¹⁸ 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.

¹⁹ kohta 108.

²⁰ Ks. EUVL, N:o L 176, 27.6.2013, s. 1-337. Artiklassa 213 kohdassa 3 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.*

”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”.

Siksi on syytä kysyä, missä määrin luottosuojasopimus on täytäntöönpanokelpoinen tekohetkellä tilanteessa, jossa sen sisältämä notifiointi valtiontuki voi johtaa tukipäätöksen pätemättömyyteen? Notifioinnin merkitystä voidaan korostaa 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 notifioidaan takausjärjestelmä tai osoittamaan, että järjestelmä on notifioitu ja että komissio on sen hyväksynyt.²¹ On olennaista todeta se, että takaus synnyttää luotonannossa oikeussuhteen kolmanteen osapuoleen ja tällöin valtiontuki voi aktualisoitua.

Tämä takauksia koskeva problematiikka ei ole missään tapauksessa vain akateemista teoreettista pohdintaa. Nimittäin myös suomalaiset tuomioistuimet ovat ottaneet kannan, jonka mukaan tukea koskeva päätös voi olla pätemätön tilanteessa, jossa tukea ei ole ilmoitettu komissiolle.²² Oikeuskäytäntö koskee erityisesti kuntien tekemiä takauspäätöksiä ja niihin liittyviä valtiontukia. **Ns. Premium Board-tapauksessa** kunnan antama omavelkainen, lainan pääoman 80% takaus yritykselle oli annettu tilanteessa, jossa kunnan selvitysten mukaan tukea ei olisi takauksia koskevan tiedonannon perusteella tarvinnut notifioida. Korkeimman hallinto-oikeuden mukaan takauksen luonne oli puutteellisesti selvitetty eikä kunnanvaltuusto siksi voinut katsoa, ettei tukea olisi pitänyt

²¹ Nunez Muller, Marco, *’Guarantees’* teoksessa Säcker, Franz, Jünger ja Montag, Frank, *European state Aid Law*, Beck/Hart/Nomos 2016, s. 1067

²² Ks. myös mielipidekirjoitus, Kuntaliiton yhteysjohtaja Lauri Lamminmäki, Helsingin Sanomat, 26.6.2018, jossa hän myös peräänkuuluttaa notifioinnin tarvetta ja mainitsee esimerkkinä Premium Board-tapauksen. Voidaan perustellusti olettaa, että valinnanvapauspalveluja tuottavien SOTE-liikelaitosten asema markkinoilla riitautetaan ja oikeusprosessit uhkaavat halvaannuttaa uudistuksen täytäntöönpanon vuosikausiksi.

notifioida²³ Lopputuloksena oli siten takauspäätöksen kumoaminen.

5. Johtopäätökset

Keskustelu siitä, onko SOTE-sektori taloudellista vai ei-taloudellista toimintaa on edelleen liian korkealla abstraktiotasolla ja jää ylimalkaiseksi. Tulkintaongelmat liittyvät SOTE-sektorin yksityiskohtiin, jolloin voidaan havaita sekä taloudellisen että ei-taloudellisen toiminnan aloja (vrt. esim. KHO:2018:29). Ei siksi ole erityisen relevanttia enää tässä vaiheessa korostaa sitä, että *"STM toteaa, että valinnanvapauslainsäädäntö on luotu noudattaen EU:n komission linjauksia ei-taloudellisen toiminnan määritelmästä. Järjestelmä on ei-taloudellinen ja näin ollen EU:n valtiontukisäännöt eivät tule sovellettavaksi"*. En siis yhdy tähän tulkintaan (ks. tarkemmin lausuntoni hallintovaliokunnalle 3.5.2018).

Komission hallintokäytännön lisäksi (Lazio ja Slovakia-tapaukset) huomiota tulisi kiinnittää EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön (esim. Höfner sekä Poucet ja Pistre-tapaukset). **Ns. SGEI-poikkeuksen osalta korostan, ettei se kykene kattamaan kaikkia SOTE-sektoriin liittyviä valtiontuki-ongelmia ja sen vuoksi notifiointitarve on edelleen olemassa.** Yksityiskohtaisten huomioiden osalta korostan konkreettisena esimerkkinä notifiointitarpeesta esittämäni takauskysymystä. Siis aikooko hallitus notifioida sen sääntelyn, joka liittyy Maakuntien tilakeskuksen toimintaan valtiontakauksien osalta? **Notifioimattomuuden seurauksista ei pidä keskittyä vain takaisinperintäriskiin, vaan tulee kiinnittää asianmukaista huomiota myös rahoitusmarkkinoiden toimintaan.**

Tulkintani mukaan oikeudellinen epävarmuus valtiontukisääntelyn soveltuvuudesta ei ole täysin poistunut vastineessa esitettyjen uudistusten myötä. **Suositan siten edelleen, että hallitus notifioisi SOTE-uudistukseen liittyvät valtiontukiongelmia.** Muussa tapauksessa SOTE-uudistuksen täytäntöönpanon kannalta ajaututtaisiin tilanteeseen, jossa maakuntien valinnanvapauspalveluja

²³ Ks. 22.5.2015/1344 KHO:2015:76. Premium Board- asiassa Juankosken kaupunginvaltuusto oli päättänyt antaa osakeyhtiölle omavelkaisen takauksen tilanteessa, jossa kaupungissa toiminut kartonkitehdas oli mennyt konkurssiin ja takauksen saanut yhtiö oli tehnyt konkurssipesän kanssa aiesopimuksen, jolla sen oli tarkoitus hankkia konkurssipesältä muun ohella Juankoskella sijaitseva tehdas. Valtuusto oli päätöksenteossaan soveltanut Euroopan komission ns. takauksien ilmoitusta komissiolle.

tuottavat SOTE-liikelaitokset jouduttaisiin perustamaan, toiminta käynnistämään ja sopimukset tekemään tilanteessa, jossa EU-oikeudellinen perusta olisi epävarma.²⁴

Helsingissä 1.7.2018

Juha Raitio

²⁴ Ks. vastaava kannanotto myös mielipidekirjoitus, Kuntaliiton yhteysjohtaja Lauri Lamminmäki, Helsingin Sanomat, 26.6.2018.