



Asiantuntijalausunto

Oikeusneuvos, OTT Niilo Jääskinen

11.12.2018

H 597/18

Eduskunnan perustuslakivaliokunnalle

SOSIAALI- JA TERVEYSVALIOKUNNAN LAUSUNTOLUONNOS 7.11.2018: HALLITUKSEN ESITYS (HE 16/2018 VP) EDUSKUNNALLE LAIKSI ASIAKKAAN VALINNANVAPAUSTEEN SOSIAALIJA TERVEYDENHUOLLOSSA JA ERÄIKSI SIHEN LIITTYVIKSI LAEIKSI YM.

Perustuslakivaliokunnan sihteeristön lähetteen mukaisesti rajoitun seuraavassa käsittelemään yksinomaan ns. notifiointikysymystä ottaen huomioon sen tarkastelun sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintöluonnoksessa sekä perustuslakivaliokunnan lausunnossa PeV 15/2018 vp esitetyt näkökohdat. Koska sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintöluonnoksessa on nähdäkseni jossain määrin suoraan hyödynnetty sille 3.7.2018 antamaani kirjallista asiantuntijalausuntoa erityisesti liittyen mahdollisuuteen välttää notifiointivelvoite nojautumalla Ferring- ja Deutsche Post -oikeuskäytäntöön, liitän mainitun lausunnon nyt käsillä olevaan lausuntooni siihen erikseen viittaamatta.

Sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintöluonnoksessa viitataan (s.116) sosiaali- ja terveysministeriön vastineeseen 31.8.2018, joka ei ole ollut käytettävissäni tätä lausuntoa laadittaessa.

Olen lausuntoani varten käynyt läpi viime kevään jälkeistä unionin tuomioistuimen ja unionin yleisen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä sekä tarkistanut komission sosiaali- ja terveyspalvelujen valtiotukikysymyksiä koskevien päätösten tilanteen. Vm. osalta komissio ei ole havaintojeni mukaan tehnyt uusia päätöksiä viime joulukuisen Lazion sairaalat -päätöksen jälkeen.

Vilpittömän yhteistyön periaatteesta valtiotukien valvonnassa

Sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietintöluonnoksessa selostetaan, miten valtioneuvoston kanta suhteessa suoran valinnan palvelujen tuottamisen luonteeseen on valinnanvapauslainsäädännön valmistelun eri vaiheissa kääntynyt päinvastaiseksi. Alun perin valtioneuvosto katsoi, että maakuntien liikelaitokset olisivat tuottaneet näitä palveluja taloudellisena toimintana ja olleet EU-oikeuden näkökulmasta yrityksiä, mutta perustuslakivaliokunnan torjuttua tähän liittyneen yhtiöittämisvelvollisuuden valtioneuvosto on yhä voimakkaammin pitäytynyt näkemyksessä, jonka mukaan kysymyksessä olisi luonteeltaan solidaarisuusperiaatteeseen perustuva ei-taloudellinen toiminta. Tämä horjuvuus valtioneuvoston kannassa sai korkeimman hallinto-oikeuden marraskuussa 2017 antamassaan lausunnossa kiinnittämään huomiota tilanteesta kansallisille tuomioistuimille syntyvään hankaluuteen ja suosittamaan SOTE-hankkeen notifiointia komission tältä osin oikeusvarmuuden turvaamiseksi.

Tähän liittyen on eduskuntakäsittelyn aikana keskusteltu siitä, velvoittaako SEUT 4 artiklassa säädetty vilpittömän yhteistyön periaate jäsenvaltion notifioidaan toimenpiteen SEUT 108 artiklan mukaisesti, jos sillä ei ole varmuutta siitä, onko kysymys notifiointivelvollisuuden alaisesta toimenpiteestä vai ei.

Unionin tuomioistuin ja unionin yleinen tuomioistuin ovat kahdessa viimeaikaisessa tuomiossaan käsitelleet SEUT 4 artiklan merkitystä valtiontukikontekstissa.

Unionin tuomioistuimen suuri jaosto on 6.11.2018 yhdistetyissä asioissa C-622/16 - C-624/16, Scuola Elementare Maria Montessori Srl vastaan Euroopan komissio ym. antamassaan tuomiossa muistuttanut, (kohta 83), että SEU 4 artiklan 3 kohdan mukaan **[vilpittömän yhteistyön] periaatetta sovelletaan koko sen menettelyn aikana, kun toimenpidettä tutkitaan valtiontukia koskevien unionin oikeussääntöjen nojalla.**¹

Unionin yleinen tuomioistuin on vastaavasti muistuttanut tuomiossaan 25.4.2018 asiassa T-554 ja 555/15, Unkari vs. Komissio, (kohdat 140-150) että SEU 4 artiklan 3 kohdassa vahvistetun vilpittömän yhteistyön ja SEUT 108 artiklan 3 kohdassa määrätyn notifiointivelvollisuuden yhteydestä. Kuitenkin tuomion mukaan (26 ja 27 kohta) **vasta muodollisen tutkintamenettelyn aloittamista koskevan komission päätöksen tekeminen** kansallisesta toimenpiteestä muuttaa tutkittavan toimenpiteen oikeudellista ulottuvuutta, kun komissio toteaa alustavasti, että kyse on SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitusta valtiontuesta, jonka sääntöjenvastaisuus johtuu notifiointin laiminlyönnistä. **Tällaisen päätöksen tekemiseen saakka jäsenvaltio, tuensaajayritykset ja muut taloudelliset toimijat voivat uskoa, että toimenpide toteutetaan sääntöjenmukaisesti.** Sitä vastoin komission päätöksen tekemisen jälkeen tämän toimenpiteen laillisuudesta on ainakin vahvoja epäilyksiä, joiden takia jäsenvaltion on keskeytettävä toimenpiteen soveltaminen. Kansallisen toimenpiteen luokittelu sääntöjenvastaiseksi valtiontueksi muodollisen tutkintamenettelyn aloittamista koskevassa päätöksessä velvoittaa jäsenvaltion, jolle päätös on osoitettu, välittömästi keskeyttämään kyseisen toimenpiteen täytäntöönpanon.

Edellä esitetyn perusteella jäsenvaltio voi SEUT 4 artiklan estämättä edetä ilman notifiointia, jos se vilpittömästi katsoo, ettei kysymys ole notifiointivelvollisuuden alaisesta toimenpiteestä. Vasta komission päätös muodollisen tutkintamenettelyn aloittamisesta tai vastaavasti kansallisen tuomioistuimen asettama täytäntöönpanokielto muodostaa oikeudellisen esteen toimenpiteen soveltamiselle.

*Jos jäsenvaltiolla on epäilyksiä toimenpiteen oikeudellisesta luonteesta, katsoisin SEUT 4 artiklan kuitenkin edellyttävän oikeusvarmuusnotifiointia, jonka nimenomainen tarkoitus on antaa komissiolle mahdollisuus arvioida toimenpiteen luonnetta tavalla, joka antaa tuensaajille ja niiden kilpailijoille oikeudellisesti kestävä pohjan toiminnalleen. Komission uusi tiedonanto parhaista käytänteistä valtiontukien valvonnassa painottaa mahdollisuutta lyhentää varsinaisen notifiointin käsittelyä epämuodollisten etukäteisten kontaktien ja ongelmakohtien selvittelyn avulla.*²

Taloudellisen toiminnan käsitteestä

Notifiointikysymyksen vaikein ongelma liittyy kysymykseen siitä, onko suoran valinnan palvelujen tuottamisessa maakunnan liikelaitosten SOTE-keskuksissa kysymys taloudellisesta toiminnasta, kun samoja palveluja samassa rahoitusjärjestelmässä tuottavat myös yksityisten palveluntarjoajien SOTE-keskukset, ja tarkoituksena on saada potilaiden valinnanvapauden kautta aikaan laatu- ja tehokkuuskilpailua eri toimijoiden välillä. Tähän kysymykseen ei ole saatu selventävää uutta oikeuskäytäntöä.

¹ Tuomioistuin viittaa vanhaan oikeuskäytäntöönä asioissa komissio Espanja v. Government of Gibraltar ja Yhdistynyt kuningaskunta, C-106/09 P ja C-107/09 P, EU:C:2011:732, 147 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja Club Hotel Loutraki ym. v. komissio, C-131/15 P, EU:C:2016:989, 34 kohta).

² Communication from the Commission: Code of Best Practices for the conduct of State aid control procedures. Brussels, 16.7.2018 C(2018) 4412 final http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/best_practise/en.pdf.

Asiassa keskeisen aseman saaneen unionin yleisen tuomioistuimen asiassa Dôvera zdravotná poisťovňa / komissio (T-216/15; ECLI:EU:T:2018:64) 5.2.2018 antaman tuomion käsittely jatkuu unionin tuomioistuimessa komission (asia C-262/18 P) ja Slovakian (C-271/18 P) valitusten johdosta. Saamani tietojen mukaan asian kirjallinen menettely on päättymässä ja ratkaisukokoonpano ym. koskevat ratkaisut tehdään alkutalvella 2018. Tähän nähden tuomio asiassa on odotettavissa aikaisintaan loppuvuonna 2019, todennäköisesti 2020 puolella.

Jossain määrin SOTE-sektoriin rinnastuvan opetusalan osalta solidaarisuusperiaatteeseen nojautuvan järjestelmän ja taloudellisen toiminnan rajanvetoa on sivuttu edellä mainitussa Scuola Elementare Maria Montessori tuomioissa. Tuomioistuin muistutti, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan unionin kilpailuoikeus ja erityisesti SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu kielto koskevat yritysten toimintaa. Yrityksen käsitteeseen kuuluvat kaikki taloudellista toimintaa harjoittavat yksiköt riippumatta niiden oikeudellisesta muodosta tai rahoitustavasta. Taloudellista toimintaa on muun muassa kaikki toiminta, jossa palveluja tarjotaan tietyillä markkinoilla, toisin sanoen suorituksia, joista tavallisesti maksetaan korvaus. Korvauksen olennainen piirre on se, että korvaus on kyseessä olevan suorituksen taloudellinen vastike. Opetustoiminnan osalta unionin tuomioistuin on jo todennut, että opetuksessa, jota antavia oppilaitoksia rahoitetaan pääosin yksityisin varoin, jotka eivät ole peräisin palvelujen tarjoajalta itseltään, on kyse palvelusta, koska näiden oppilaitosten tavoitteena on tarjota palvelu korvausta vastaan.³ Käsiteltävässä asiassa unionin vapautusta yhtenäisestä kiinteistöverosta sovellettiin ainoastaan opetustoimintaan, jota **tarjottiin ilmaiseksi tai symbolisesta maksusta, joka kattoi ainoastaan murto-osan palvelun todellisista kustannuksista, eikä tämä osa voinut olla sidoksissa kyseisiin kustannuksiin.**

Montessori-koulu-tuomiossa viitattiin asiassa C-74/16, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, 27.6.2017 annettuun tuomioon. Siinä kysymyksessä oli Espanjan roomalaiskatolisen kirkon nauttiman verovapauden mahdollisesta valtioneuvoston päätöksestä siltä osin kuin se ulottui kirkon alaisen yhdyskunnan ylläpitämiin kouluihin. Tuomioistuin totesi (kohdat 49-64), että koulun toiminnan luokittelun kannalta olennaisen yksityisen rahoituksen ei tarvitse olla pääasiallisesti peräisin oppilailta tai heidän vanhemmiltaan, koska **toiminnan taloudellinen luonne ei riipu siitä, että palvelu olisi sen vastaanottajien maksama. Tämä ei kuitenkaan koske opetusta, jota antavat sellaiset tietyt oppilaitokset, jotka kuuluvat julkiseen koulutusjärjestelmään ja joita rahoitetaan kokonaan tai pääasiallisesti julkisin varoin.** Perustaessaan ja pysyttäessään tällaisen julkisen koulutusjärjestelmän, joka saa yleensä rahoituksensa julkisista varoista eikä oppilailta tai heidän vanhemmiltaan, **valtio ei pyri harjoittamaan voittoa tuottavaa toimintaa, vaan se suorittaa yhteiskunnallisia, kulttuurisia ja koulutuksellisia tehtäviään väestöään kohtaan.** Opetustoimessa solidaarisuusperiaatteeseen perustuva toiminta ei siten ole taloudellista toimintaa. Kysymyksessä oleva kirkollisen toimijan harjoittama, Espanjan valtion tukema opetustoiminta nivoutui ensimmäisen ja toisen asteen julkiseen koulutusjärjestelmään, koska opetusta annettiin kirkon ja Madridin itsehallintoalueen välillä tehdyn sopimuksen mukaisesti ja **se rahoitetaan kokonaan julkisista varoista.** Sen sijaan toiminnanharjoittajan sellainen opetustoiminta, jota Espanjan valtio ei tue ja joka kuuluu esiopetuksen, perusopetuksen ja oppivelvollisuuden jälkeisen opetuksen alaan, voitiin luokitella ”taloudelliseksi toiminnaksi”, koska kyse oli toiminnasta, jonka toiminnanharjoittaja järjestää itse ja joka rahoitetaan pääasiassa yksityisillä – erityisesti oppilaiden ja heidän vanhempien – suorittamilla koulumaksuilla. Sinänsä sama laitos voi harjoittaa useanlaista toimintaa, josta osa on taloudellista ja osa ei, kunhan se pitää erillistä kirjanpitoa eri rahoituslähteidensä osalta, jotta vältetään vaara siitä, että sen taloudellista toimintaa ”ristiintuetaan” julkisilla varoilla, joita se saa muun kuin taloudellisen toimintansa perusteella.

Edellä esitettyjen kahden tapauksen perusteella saadaan vahvaa analogista tukea näkemykselle, että maakuntien liikelaitosten ylläpitämien SOTE-keskusten toiminta olisi luonteeltaan ei-taloudellista. Italian ja Espanjan opetussektoriin verrattuna erona on kuitenkin

³

Ks. tuomio 27.6.2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania, C-74/16, EU:C:2017:496, 48 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

se, että Suomessa SOTE-järjestelmän toiminnan rahoitus perustuisi enemmän potilailta perittäviin asiakasmaksuihin, joita ei kaikin osin (esimerkiksi laitoshoido, suun terveydenhoito) voi pitää pelkästään symbolisina.⁴ Näissä maissa ei ymmärtääkseni myöskään ole perusopetuksessa samanlaista yksityisten taloudellisten toimijoiden ylläpitämää julkiselle palvelutuotannolle rinnakkaista palvelutuotantojärjestelmää kuin mitä SOTE-uudistuksessa tavoitellaan.

Implisiittisen valtiontakauksen käsitteestä

Jäljempänä tässä lausunnossa esitettävät näkökohdat ovat relevantteja sillä hypoteesilla, että maakuntien liikelaitosten palvelutuotannon suoran valinnan palveluissa katsottaisiin taloudelliseksi toiminnaksi. Kuten aikaisemminkin keskityn vain yhteen SOTE-uudistuksen valtiontukiulottuvuuksista eli kysymykseen maakuntien liikelaitosten nauttimasta ns. implisiittisestä valtiontakauksesta, joka unionin tuomioistuimen Ranska vs. Komissio -oikeuskäytännön⁵ mukaan on seurauksena sen konkurssikelvottomuudesta.

Toisin kuin yksityisten SOTE-keskuksia ylläpitävien toimijoiden tapauksessa maakunnan liikelaitoksen toimintaa rahoittavien luotonantajien ja sen muiden sopimuskumppanien ei tarvitse varautua sen maksukyvyttömyyden varalta esimerkiksi vaatimalla niiltä takauksia tai vakuuksia, joista aiheutuisi kustannuksia liikelaitokselle, vaan ne voivat luottaa siihen, että maakunnat – viime kädessä valtio – vastaavat liikelaitosten sitoumuksista. Maakuntien liikelaitoksiin liittyy muitakin valtiontukiulottuvuuksia (verotus, olemassa olevat takaukset, omaisuussirrot, tulevat rahoitusratkaisut), mutta ne eivät olisi automaattisia seurauksia nyt esitetyn lainsäädännön voimaantulosta.

Unionin tuomioistuin on käsitellyt implisiittiseen valtiontakaukseen liittyvää problematiikkaa tuoreessa tuomiossaan 19.9.2018 asiassa C-438/16 P - komissio v. Ranska ja IFP Énergies nouvelles (ECLI:EU:C:2018:737). Samalla tavalla kuin Ranska vs. komissio -asiassa myös tässä oli kysymys Ranskan lainsäädännön mukaisten liikelaitosten⁶ konkurssikelvottomuutensa vuoksi nauttiman implisiittisen valtiontakauksen arvioinnista valtiontukisääntelyn näkökulmasta. Tapauksessa energiatutkimusinstituutti IFP Énergies nouvelles (IFPEN) muutettiin yksityisoikeudellisesta oikeushenkilöstä liikelaitokseksi tilanteessa, jossa sitä koskeva valtiontukitutkinta oli jo vireillä komissiossa. Komissio aloitti tällöin uuden valvontamenettelyn yhteisömuodon muutoksesta, ja päätyi katsomaan, että yhteisömuodon muutos antoi IFPENille valtiontukea implisiittisen valtiontakauksen muodossa. Komissio piti sitä kuitenkin tietyin rajauksin sisämarkkinoille soveltuvana. Ranskan hallitus ja IFPEN valittivat komission päätöksestä implisiittistä valtiontakausta koskevalta osalta yleiseen tuomioistuimeen, joka kumosi komission päätöksen. Unionin tuomioistuin puolestaan kumosi komission valituksesta yleisen tuomioistuimen päätöksen ja palautti asian yleiseen tuomioistuimeen jäljellä olevien valitusperusteiden tutkimista varten.

SOTE-problematiikan kannalta unionin tuomiossa on olennaista kaksi asiaa. **Ensinnäkin** tuomioistuin katsoi, että IFPENin yhteisömuodon muuttamista oli kyseessä olevassa asiassa tutkittava yksittäisenä toimenpiteenä eikä tukiohjelmanä, vaikka siitä seurasi lainsäädännöstä itsessään johtuvan konkurssikelpoisuuden puuttumisen vuoksi implisiittinen valtiontakaus. Tuomiosta, kun sitä luetaan yhdessä julkisiamiehen lausunnon kanssa, voidaan kuitenkin päätellä, että lainsäädäntötilanne, jossa ei ole olemassa julkisoikeudelliseen laitokseen sovellettavaa maksukyvyttömyysmenettelyä, on sinänsä luokiteltava tukiohjelmaksi. **Toisaalta** tuomioistuin katsoi, että vaikka implisiittisestä valtiontakauksesta ei vielä ollut

⁴ Ks. kesällä julkistettu luonnos hallituksen esitykseksi sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuja koskevaksi lainsäädännöksi. <https://stm.fi/documents/1271139/8940422/HE-luonnos+asiakasmaksulaki+290618.pdf/23108e28-fee3-41d7-953f-f76634a84b94/HE-luonnos+asiakasmaksulaki+290618.pdf.pdf>.

⁵ C-559/12 P, Ranska vs. komissio.

⁶ EPIC eli établissement public à caractère industriel et commercial.

ehtinyt koitua IFPENille konkreettista hyötyä edullisimpien rahoituskustannusten vuoksi, se oli kuitenkin myös tulevaisuudessa omiaan antamaan IFPENille edullisemmat ehdot suhteessa sekä rahoittajiin että muihin sopimuskumppaneihin kuin sellaiset yritykset, joiden maksukyvyttömyyden varalta oli olemassa lainsäädännössä säädetty menettely.

IFPEN tuomion valossa on mielestäni virheellinen se käsitys, että valinnanvapauslainsäädännön notifiointi komissiolle olisi ennen aikaista sen vuoksi, että lainsäädännön soveltamisen taloudellisista yksityiskohdista maakunnissa ei vielä ole tietoa. SOTE-uudistuksella luodaan uusi oikeushenkilötyyppi eli maakunnan liikelaitos, ja on riidatonta, että nyt käsillä olevassa sääntelyssä eikä muutoinkaan ole olemassa säännöksiä siihen sovellettavasta maksukyvyttömyysmenettelystä. Tästä seuraa, että maakunnat – ja viime kädessä valtio – ”takaavat” liikelaitosten velvoitteiden suorituksen niiden velkojille, mikä poistaa niiden rahoittajilta riskit ja samalla vapauttaa ne tarpeesta järjestää vakuuksia rahoituksensa ja muiden velvoitteiden turvaamiseksi. Unionin valtioneuvoston näkökulmasta kysymyksessä on suunniteltu tukiohjelma, joka on notifiointivelvollisuuden alainen sikäli kuin toiminta on luonteeltaan taloudellista.

Ferring/Deutsche Post oikeuskäytännöstä

Lausunnossani sosiaali- ja terveysvaliokunnalle päädyin johtopäätökseen, jonka mukaan:

”Ferring-tuomiosta seuraa, että maakuntien liikelaitosten konkurssikelpoisuuden puuttumisesta saama etu ei olisi lainkaan valtiontukea, mikäli sen tuottama hyöty jää niille lainsäädännössä asetetuista erityisistä velvoitteista aiheutuvaan rasitukseen pienemmäksi. Ferring- ja Deutsche Post -tuomioiden perusteella tämä tulisi kuitenkin voida osoittaa kvantitatiivisesti jonkinlaisilla kustannuslaskelmilla. Jos tällaiset laskelmat voidaan todellisuudessa laatia ja maakuntien liikelaitoksilla olevat rasitukset suhteessa yksityisiin toimijoihin luotettavasti kvantifioida, valtioneuvosto voinee Ferring-tuomion perustella katsoa, että konkurssikelpoisuuden puuttumisesta ei aiheutuisi todellista etua maakuntien liikelaitoksille, eikä kysymys olisi valtiontuesta. Loogisesti tukiluonteeseen puuttumisesta seuraisi myös notifiointivelvoitteen puuttuminen, mikä kysymys voitaisiin tarvittaessa ratkaista kansallisessa tuomioistuimessa.”

Sosiaali- ja terveysvaliokunnan lausunnossa katsotaan (114), että vaikka asiasta ei ole esitetty laskelmia, sen käsityksen mukaan ”maakunnan liikelaitokselle sekä sen sosiaali- ja terveyskeskukselle asetettujen velvoitteiden ja rajoitteiden sekä niistä syntyvä taloudellinen taakka vähintäänkin vastaavat konkurssisuojaan koituvaa taloudellista etua”, vaikka niiden toiminta katsottaisiinkin taloudelliseksi toiminnaksi.

Valtion julkisen palvelun velvoitteen täyttämiseksi yritykselle maksama korvaus ei ole valtiontukea, jos yritys ei todellisuudessa saa etua sen takia, että korvaus ei ylitä palvelun tuottamisesta hyvin hoidetulle yritykselle aiheutuvia kustannuksia ml. kohtuullinen voitto sijoitetulle pääomalle. Lähtökohtaisesti jäsenvaltion tehtävänä osoittaa näiden ns. Altmark-kriteerien täytyminen ml. se, että julkisen palvelun velvoite on selkeästi asetettu ko. yritykselle, sekä ylikompensaation välttäminen. Tämän jälkeen komissiolle on todistustaakka osoittaa, että jäsenvaltion esittämä selvitys on puutteellista tai virheellistä.

Ferring-tuomiossa ei kuitenkaan ollut kysymys julkisen palvelun velvoitteen rasittamien yritysten saamasta korvauksesta sinänsä vaan niillä olevan erityisen lainsäädännöllisen rasituksen kompensoimisesta kilpailijoilta perittävällä maksulla, ko. tapauksessa lääketehailta perityllä erityisellä suoramyyniverolla, jolla tasattiin lääketukkukauppiaille velvoitevarastoinnista syntynyttä rasitusta. Tuomiosta asi-

assa Laboratoires Boiron, (C526/04, ECLI:EU:C:2006:528) ilmenee kuitenkin, että tällaista erityisve-roa voi vaatia palautettavaksi siltä osalta kuin se ylittää kompensoitavan rasituksen, toisin sanoen, että muukin kuin korvausmuotoinen kompensaatio ja sen korvaama haitta on pystyttävä osoittamaan.

Näin ollen lienee myös katsottava, että Ferring-tuomioon vetoavan on jollain tarkkuu-della kyettävä kvantifioimaan sekä kompensoitava rasite että kompensaation taloudelli-nen arvo. Sinänsä doktriinissa on katsottu, että implisiittisen valtiontakauksen muodossa saatava tuki voi olla kompensaatiota julkisen palvelun velvoitteesta. Kaupallista tai teol-lista toimintaa harjoittavien yksiköiden kuten liikelaitosten kohdalla se voidaan myös eli-minoida liikelaitoksen tulosta rasittavalla kululla kuten taustajulkisyhteisölle maksetta-valla provisiolla.⁷

SGEI-poikkeuksesta

Sosiaali- ja terveysvaliokunnan lausuntoluonnokseen on lisätty valtioneuvoston kesäkuisessa vasti-neessa esitetyt säännökset (85 §), jotka mahdollistavat julkisen palveluvelvoitteen määrittämisen maa-kunnan liikelaitokselle tilanteessa, jossa palveluja ei muutoin ole riittävästi saatavilla. Ehdotus näyttää sinänsä moitteettomalta SGEI-sääntelyn näkökulmasta ja on varmaankin tarpeellinen sosiaali- ja ter-veyspalvelujen riittävän saatavuuden turvaamiseksi kaikkialla ja kaikissa oloissa perustuslain edellyttä-mällä tavalla.

Sääntelyyn liittyy kuitenkin johdonmukaisuusongelma. Sosiaali- ja terveysvaliokunnan lausunnossa todetaan (s.116), että ”[S]äännös ei myöskään rajaa yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palve-lujen käsitteen soveltuvuutta ainoastaan 85 §:n mukaisiin tilanteisiin.” Ymmärrän virkkeen niin, että valinnanvapauden piirissä olevia palveluja pidetään ”oikeastaan” kaikissa olosuhteissa yleisen talou-dellisen edun palveluina, mutta niihin kohdistetaan EU:n SGEI-sääntelyn mukainen tarkempi sääntely ainoastaan 85 §:n mukaisin edellytyksin.

Unionin tuomioistuin on tuomiossaan 20.9.2018 asiassa Espanja v. komissio (C_114/17 P, ECLI:EU:C:2018:753) katsonut,⁸ ettei yleinen tuomioistuin tehnyt oikeudellista virhettä huomauttaes-saan, että asiassa kysymyksessä olleeseen Kastilia-La Manchan alueen lakiin sisältyvä yleishyödyllisen palvelun luonnehdinta koski kaikkia televiestintäpalveluja, mukaan lukien radio- ja televisiolähetysäiä tukevia verkkoja. Pelkästään se, että palvelun katsotaan kansallisessa oikeudessa olevan yleishyödylli-nen, ei merkitse sitä, että jokaisen sitä hoitavan toimijan tehtävänä on selvästi määriteltyjen julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen Altmark-tuomiossa (C-280/00, EU:C:2003:415) tarkoitetulla ta-valla. Ko. laista ei ilmene, että kaikki televiestintäpalvelut Espanjassa olisivat Altmark- tuomiossa tar-koitettuja yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liitettäviä palveluja.

Ehdotettu 85 § heikentää Suomen mahdollisuuksia johdonmukaisesti väittää, että suoran valinnan palvelut olisivat yleisesti ottaen julkisen palveluvelvoitteen täyttämiseksi välttä-mättömiä SGEI-palveluja, ja samalla vedota Ferring-oikeuskäytäntöön edellä esitetyllä tavalla.

⁷ Bourdon, Pierre: La garantie de l'État en faveur des EPIC: une aide d'État illicite, mais pas rédhibitoire, *Revue de l'Union européenne*, No 591 Septembre 2015, 523-528, s. 528.

⁸ Asia koski television lähetysverkon digitalisoimista Kastilia– La Manchan autonomisella alueella. Vastaavia valtiontukiasioita on ollut vireillä lukuisia koskien Espanjan eri alueita.

LIITE



Korkein hallinto-oikeus
Högsta förvaltningsdomstolen

Asiantuntijalausunto

Oikeusneuvos, OTT Niilo Jääskinen

3.7.2018

Eduskunnan sosiaali- ja terveysvaliokunnalle

VALTIONEUVOSTON VASTINE SOSIAALI- JA TERVEYSVALIOKUNNALLE: HALLITUKSEN ESITYS (HE 16/2018 VP)
EDUSKUNNALLE LAIKSI ASIAKKAAN VALINNANVAPAUESTA SOSIAALIJA TERVEYDENHUOLLOSSA JA ERÄIKSI SIIHEN LIITTYVIKSI LAEIKSI

Yleistä

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

Korkein hallinto-oikeus on antanut 13.12.2017 sosiaali- ja terveysministeriölle lausunnon (Dnro H 567/17) hallituksen esitysluonnoksesta asiakkaan vapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa. Valtiotukikysymyksen osalta olen antanut asiantuntijalausunnot sosiaali- ja terveyslautakunnalle sekä perustuslakivaliokunnille. En toista niissä esitettyä. Kesäloman vuoksi minulla ei ole mahdollisuutta tulla kuultavaksi valiokunnan kokoukseen 3.7.2018.

Kansallisten tuomioistuinten rooli unionin valtioneukisääntöjen valvonnassa

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 107 artiklassa kielletään yhteismarkkinoille sopimattomat valtiontuet, jotka annetaan yrityksille. Vaikka tietty toimenpide olisi valtiontukea, se voi olla *sallittua* joko asiaa koskevan yleisen poikkeuksen tai komission tekemän hyväksymispäätöksen johdosta. SEUT 106 artiklan nojalla unionin kilpailusääntöjä, mukaan luettuina valtiontukea koskeva sääntely, sovelletaan myös julkisiin yrityksiin, mutta niiden soveltaminen ei saa estää niiden tarkoituksen toteutumista, mikä koskee myös yleisiä taloudellisia tarkoituksia koskevien palvelujen tarjoamista.

SEUT 108 artiklassa määrätyn ilmoitusmenettelyn (notifiointimenettelyn) tarkoituksena on antaa komissiolle mahdollisuus varmistaa, että kysymyksessä ei ole kielletty valtiontuki tai todeta, että kysymyksessä oleva toimenpide, vaikka se olisikin valtiontukea, soveltuu

Korkein hallinto-oikeus
Högsta förvaltningsdomstolen

Fabianinkatu 15 (PL 180) 00131
Fabiansgatan 15 (PB 180) 00131 Helsingfors

Puh. / Tel. 029 564 0200
korkein.hallinto-oikeus@oikeus.fi

sisämarkkinoille. Tuen toteaminen sisämarkkinoille soveltuvaksi on komission yksinomaisessa toimivallassa.

Korkein hallinto-oikeus totesi joulukuisessa lausunnossaan, että kansallisella lainsäätäjällä tai hallituksella ei ole toimivaltaa sitovasti ratkaista, onko kysymyksessä valtiontuki vai ei, mukaan luettuna kysymys tuensaajan toiminnan luonteesta.

Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan kansalliset tuomioistuimet voivat joutua 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 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.⁹

Kansallisten tuomioistuinten toimivallassa on arvioida valtiontuen käsitteen täyttymistä sitä koskevan notifiointivelvollisuuden toteutumisen turvaamiseksi ja kiellettävä toimenpide ja määrättävä tuki takaisinperittäväksi, jos kysymys on valtiontuesta, joka olisi tullut ilmoittaa komissiolle.¹⁰ Kansallinen tuomioistuin ei voine tässä yhteydessä kiinnittää huomiota muuhun jäsenvaltion hallituksen ja komission ajatustenvaihtoon kuin säännönmukaiseen, neuvoston asetuksen N:o 1589/2015 ja komission asetusten N:o 794/2004 ja 2284/2015 säännösten mukaisesti toteutettuun notifiointimenettelyyn.

SOTE-uudistuksen voimaantulon jälkeen tämä kysymys voidaan saattaa hallinto-oikeuksien tutkittavaksi maakuntavalituksella, jonka voivat tehdä asianosaisten lisäksi maakunnan asukkaat, kunnat ja muut jäsenet.¹¹

Oikeussuojatie suoraan lainsäädännöstä aiheutuvan valtiontuen kuten konkurssisuojusta seuraavan implisiittisen valtiontakauksen osalta ei ole selkeä. Korkein hallinto-oikeus on katsonut, että tätä kysymystä ei voida tutkia kuntayhtymän päätöstä koskevan kunnallisvalituksen yhteydessä, koska kysymyksessä ei ole kuntayhtymän toteuttama toimenpide.¹² Sama tulkinta koskisi luultavasti maakuntavalitusta.

Mahdollisia menettelyjä tältä osin voivat olla hallintoriitamenettely hallinto-oikeudessa tai siviiliprosessi käräjäoikeudessa, jolta nykylainsäädännön mukaan voidaan hakea myös turvaamistoimenpidettä. Unionin tuomioistuimen Unibet-tuomiosta seuraa, että yksityisen on joka tapauksessa voitava saattaa kansallisen lain yhteensopivuus unionin oikeuden kanssa tuomioistuimen tutkittavaksi joko itsenäisellä kanteella tai vähintäänkin esikysymyksenä

⁹ Tuomio C-6/12 - P, EU:C:2013:525, 38 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja tuomio C-672/13, OTP Bank, EU:C:2015:185, 31 ja 37 kohta.

¹⁰ Takaisinperintävelvollisuus koskee myös tukia, jotka komissio on sittemmin hyväksynyt, jos ja siltä osin kuin niitä on maksettu jo ennen hyväksymispäätöstä. (C-368/04, Transalpine Ölleitung in Österreich, ECLI:EU:C:2006:644, k. 56)

¹¹ Vrt. esim. KHO 2010:26, Kuntayhtymän päätös on syntynyt virheellisessä järjestyksessä, kun SEUT 108 artiklan 3 kohdan mukaista ilmoitusta Euroopan komissiolle ei ollut tehty, kun kuntayhtymän myöntämä tuki saattoi olla SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua valtiontukea.

¹² Ks. KHO 2018:29:” Korkein hallinto-oikeus toteaa, että HUS/Hyvinkään sairaanhoitoalueen lautakunta ei ole valituksenalaisilla päätöksillään tehnyt eikä ole voinutkaan tehdä ratkaisua HUS-Logistiikka -liikelaitoksen konkurssisuojusta ja muista valituksessa esitetyistä, mainittua liikelaitosta suoraan asianomaisen lainsäädännön mukaan koskevista veroeduista. Tutkittaessa valituksenalaisten päätösten lainmukaisuutta kunnallisvalituksen johdosta ei voida abstraktisti ja yleisesti arvioida, onko asianomainen liikelaitoksia koskeva kansallinen lainsäädäntö yhdenmukainen unionin valtiontukisääntöjen kanssa.”

muussa menettelyssä ja voitava myös hakea turvaamistoimenpiteitä unionin oikeuden vastaisen lain soveltamista vastaan.¹³

Jos SOTE-uudistukseen sisältyvä suoran valinnan palvelujen tuottamisjärjestelmä riitautettaisiin suomalaisessa tuomioistuimessa, sen ratkaistavaksi ei siis tulisi kysymys siitä, onko järjestelmä unionin valtioneuvoston päätöksen kanalta hyväksyttävä, vaan se, olisiko tämä kysymys tullut saattaa unionin komission arvioitavaksi SEUT 108 artiklan mukaisesti ennen kuin sitä aletaan soveltaa. Tämä tarkoittaa, että mahdollisen tuen asianmukainen notifiointi poistaa kansallisilta tuomioistuimilta oikeuden ja velvollisuuden kieltää tukitoimenpiteen soveltaminen tai määrätä se takaisinperittäväksi.

Jos komissio jäsenvaltion hallituksen tekemän notifiointin¹⁴ (tai kolmannen tahon tekemän kantelun) perusteella toteaa, ettei kysymys ole valtioneuvoston tai että kyseessä oleva tuki soveltuu sisämarkkinoille, kyseessä ole komission päätös on täytäntöönpanokelpoinen SEUT 278 artiklan nojalla. Näin ollen kysymyksessä oleva notifiointi tuki pysyy säännönmukaisena siihen asti, kun komission päätös mahdollisesti on kumottu yleisen tuomioistuimen tai tuomioistuimen päätöksellä.¹⁵

Komissiolla ei ole oikeutta kieltäytyä käsittelemättä asianmukaisesti tehtyä notifikaatiota eikä sillä ole oikeutta vaatia shikaaninomaisesti tarpeettomia lisäselvityksiä välttääkseen päätöksensä tekemistä säädettyssä kahden kuukauden määräajassa.¹⁶

Onko riittävä varmuus siitä, että kysymyksessä ei ole valtiotuki?

Taloudellinen vai ei-taloudellinen toiminta

Kysymys maakuntien liikelaitosten toiminnan luonteesta niiden SOTE-keskusten tuottaessa suoran valinnan palveluja liittyy valinnanvapauslakiehdotuksen perusratkaisuun, joissa julkisten toimijoiden lisäksi yksityiset toimijat tuottavat samoja palveluja saman lainsäädännön ja rahoituskehyksen sisällä. Ilman lakiehdotuksessa yksityisille palveluntuottajille annettua roolia olisi suhteellisen selvää, että maakuntien liikelaitosten harjoittama palvelutuotanto olisi kilpailuoikeudelliselta luonteeltaan ei-taloudellista solidaarisuusperiaatteeseen perustuvaa julkista toimintaa kuten nykyinen kansanterveysjärjestelmämme.

SOTE:n valinnanvapausehdotuksen käsittelyn aikana valtioneuvoston kanta on yhä vahvemmin edennyt siihen suuntaan, että järjestelmää pidetään ei-taloudellisena. Kesällä 2017 esillä olleessa ehdotuksessa mukana ollut maakuntien suoran valinnan palvelujen yhtiöittämispakko perusteltiin unionin valtioneuvoston päätöksillä. Syksyllä 2017 lausunnolla olleessa ehdotuksessa ilmaisiin tämän olevan epävarmaa, mutta pidettiin järjestelmän ei-taloudelliseen luonteeseen viittaavia piirteitä merkittävämpinä. Juuri tämä valtioneuvoston itsensä ilmaisema epävarmuus sai korkeimman hallinto-oikeuden kiinnittämään huomiota tarpeeseen notifioida järjestelmä oikeusvarmuuden turvaamiseksi.

¹³ C-432/05, Unibet, ECLI:EU:C:2007:163, Ruotsin Högsta domstolenin ennakkoratkaisupyyntö.

¹⁴ Pätevän notifiointin komissiolle voi tehdä ainoastaan asianomaisen jäsenvaltion hallitus. Ks. C-442/03P ja C-471/03P, P&OFerries (Vizcaya)/Komissio, k. 102-103.

¹⁵ Ks. C-199/06, CELF, ECLI:EU:C: 2008:79, k.59-64. Jos komission päätös kumotaan, tuki muuttuu taannehtivasti takaisinperittäväksi, jollei erityisiä vastasyitä ilmene. em. tuomio 65-69.

¹⁶ Ks. C-98/99, Itävalta/Komissio, kohdat 55,56,65.

Hallituksen esityksessä selostetulla tavalla (s. 82-85) komission Slovakian sairausvakuutusjärjestelmää koskevan päätöksen tultua kumotuksi Euroopan unionin yleisen tuomioistuimen päätöksellä (asia T-216/15) 5.2.2018¹⁷ oikeudellinen epävarmuus on entisestään kasvanut. Joulukuussa esillä olleessa hallituksen esitysluonnoksessa argumentaatio valinnanvapausmallin ei-taloudellista luonnetta perusteltiin keskeisesti juuri mainitulla komission päätöksellä. Vuoden 2018 puolella valtioneuvosto on yhä voimakkaammin tuonut esiin näkemyksensä, että kysymys on ei-taloudellisesta toiminnasta (ainakin maakuntien liikelaitosten osalta).

Kevään valiokuntakäsittelyn aikana valtioneuvoston edustajat ovat tukeutuneet komission päätökseen, joka koskee Italian Lazion alueen julkisia sairaaloita.¹⁸ Komission mainittu päätös tukee sinänsä vahvasti näkemystä, jonka mukaan hallituksen esityksen mukainen valinnanvapausjärjestelmä olisi luonteeltaan ei-taloudellinen ja siten valtiontukisäännösten soveltamisalan ulkopuolella. Komission päätöksestä on maaliskuun lopussa valitettu unionin yleiseen tuomioistuimeen.¹⁹

SOTE-uudistuksessa ehdotettu järjestelmä muistuttaa italialaisten julkisten sairaaloiden lisäksi myös hallituksen esityksen sivulla 85 kuvattua Brysselin julkisten sairaaloiden (ns. IRIS-sairaalat) tapaista.²⁰ Komissio piti niitä taloudellista toimintaa harjoittavina yrityksinä, jotka saivat tarjoamistaan sairaanhoitopalveluista vastikkeen yhtäältä viranomaisten määrärahoina ja toisaalta potilailta hoitomaksuina. Toiminnan taloudellisesta luonteesta huolimatta komission piti järjestelmää hyväksyttävänä yleisiä taloudellisia palveluja koskevan SGEI-sääntelyn perusteella. Vastaavalla tavalla komissio on pitänyt saksalaista julkista sairaalaa yleisiä taloudellisia palveluja tarjoavana yrityksenä valtiontukisääntelyn kannalta.²¹

Terveystenhoito- ja sosiaalipalveluissa komissio näyttää – toisin kuin muilla sektoreilla ja esimerkiksi sisämarkkinasääntöjä soveltaessaan – herkästi katsovan, että kysymyksessä *ei ole valtiontuki sen takia, että toiminnalta puuttuu rajat ylittävä elementti*, jolloin sen tukemisella ei ole vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Esimerkiksi sairaalojen toiminta on komission mukaan puhtaasti paikallista, jos ne eivät toimi raja-alueilla tai omaa kansainvälistä mainetta.²²

Komission käytännön perusteella ei voida tehdä varmoja johtopäätöksiä sen suhteen, miten se arvioisi suoran valinnan palveluja tuottavien maakuntien liikelaitosten, vaikka kaikista uusien päätös Lazion sairaaloista viittaa sen kallistuvan ei-taloudellisuuden suuntaan. Brysselin julkisia sairaaloita koskeva päätös sen sijaan perustelee näkemystä, jonka mukaan terveydenhoitopalvelujen tuottaminen olisi katsottava luonteeltaan taloudelliseksi toimin-

¹⁷ Tuomio 5.2.2018 Dôvera zdravotná poisťovňa / komissio (T-216/15 ; ECLI:EU:T:2018:64). Asia on vireillä unionin tuomioistuimessa komission (asia C-262/18 P) ja Slovakian (C-271/18 P) valitusten johdosta.

¹⁸ Brussels, 4.12.2017 C(2017)7973 final, State Aid SA.39913 (2017/NN) – Italy Alleged compensation of public hospitals in Lazio. Linkki http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/271629/271629_1963634_74_4.pdf

¹⁹ Asia T-233/18, Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo v. komissio.

²⁰ Ks. C (2016) 4051 final, Commission Decision of 5.7.2016 on State Aid Sa.19864 - 2014/C (Ex 2009/Nn54) Implemented by Belgium, Public Financing of Brussels Public Iris Hospitals. linkki: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_19864.

²¹ C(2016) 6689 final, SA , 36798 (2016/NN), Germany Alleged unlawful State aid scheme "Cash pooling of the undertakings owned by the City of Osnabrück (including Klinikum Osnabrück GmbH)": Linkki http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/264881/264881_1878111_254_2.pdf.

²² Brussels, 29.04.2015 C(2015) 2796 final. SA.37432 (2015/NN) – Czech Republic Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region

naksi valinnanvapauslainsäädännön kehyksessä harjoitettuna, jolloin maakuntien liikelaitokset ja yksityiset palveluntuottajat olivat tässä kontekstissa valtiotukisääntelyn kannalta yrityksiä.

Komission kumpikaan linjaus ei ole ollut unionin tuomioistuimen arvioitavana eikä välttämättä vastaa sen näkemystä. Tällä ei kuitenkaan voida perustella notifiointin tekemättä jättämistä, koska notifiointin nimenomainen tarkoitus on varata komissiolle tilaisuus arvioida ilmoituksessa kysymyksessä olevaa järjestelyä. Notifiointilla, puhumattakaan komission myönteisestä päätöksestä, olisi selkeitä oikeusvaikutuksia kansallisissa tuomioistuimissa, kuten edellä on kerrottu.

Poistuuko mahdollinen valtiontuki liikelaitoksilla olevien erityisten rasisitusten vuoksi?

Maakunnan liikelaitokset ovat osa maakuntia ilman erillistä oikeushenkilöyttä. Ne eivät ole konkurssikelpoisia, mistä seuraa EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön kautta, että niiden oletetaan saavan valtiontukea ns. *implisiittisen valtiontakauksen* kautta.²³ Osana maakuntaa niiden rahoituskustannukset ovat tämän vuoksi alempia kuin jos ne yhtiöitettäisiin. Jos siis kyseessä katsottaisiin olevan kysymys taloudellisesta toiminnasta, ne saavat suoraan tällä perusteella selektiivistä tukea verrattuina yhtiömuotoisiin kilpailijoihinsa.

Toisaalta maakuntien liikelaitoksilla ei perustuslaillisista syistä olisi oikeutta lopettaa SOTE-palvelujen tarjoamista tai valikoida asiakkaitaan. Tällöin ”ikuisesta” yleispalveluvelvoitteesta ja sopimuspakosta johtuva lisäkustannus tavallaan kuittaisi implisiittisestä valtiotuesta saatavan edun.

Valtioneuvoston vastineessa näytetään tukeuduttavan tälle ajatukselle (s. 63).²⁴ Siinä ei tältä osalta kuitenkaan ole estetty arvioita tai laskelmia siitä, mikä yhtäältä on konkurssisuojausta seuraavan edun suuruus ja toisaalta mitä taloudellisia lisäkustannuksia vastineessa mainituista rajoituksista (viimekätinen palvelujen tuottamisvelvoite, markkinoilla pysymisen pakko, velvollisuus noudattaa hankintalainsäädäntöä, velvollisuus palvella molemmilla kansalliskielillä ja toimintapiirin rajoittaminen maan maakuntaan) seuraisi.

Unionin valtiotukioikeuden klassisiin ongelmiin kuuluu ”valtiontukiteorian” ja ”korvausteorian” välinen ristiveto julkisten palveluvelvoitteiden yhteydessä. Valtiontukiteorian mukaan kaikenlainen julkisen palvelun velvoitteen julkinen rahoitus valtiontukea; korvausteorian mukaan korvaukset julkisen palvelun velvoitteiden hoitamisesta eivät ole valtiontukea, vaan korvaus luokitellaan valtiontueksi ainoastaan, jos se on suurempi kuin julkisesta palvelutehtävästä aiheutuneet lisäkustannukset.²⁵

²³ C-559/12 P, Ranska vs. komissio k.98.

²⁴ Valtioneuvoston vastineen mukaan liikelaitosten SOTE-keskuksilla olevia erityisiä velvoitteita ja rasisitteita olisivat viime kätinen palvelujen antamisvelvoite (22 §, palvelujen tuottamisen jatkamispakko (16 §), velvollisuus noudattaa hankintalainsäädäntöä, velvollisuus tuottaa palveluja molemmilla kansalliskielillä (40 §) ja toiminnan rajoittaminen oman maakunnan alueelle.

²⁵ Ks. julkisasiamies Jääskisen lausunto asiassa C 399/08 P, komissio/ Deutsche Post, EU:C:2010:160, k.35-38.

Unionin tuomioistuimien katsoi korvausteorian mukaisesti asiassa C-53/00, Ferring antamassaan tuomiossa, että Ranskassa lääkevalmistajille asetettu suoramyyntivero korvasi tukku-kauppiaille lääkkeiden valvontavarojen kustannuksista aiheutunutta haittaa eikä tällainen tukku-kauppiain saama suhteellinen kustannusetu ollut käsitteellisesti valtiontukea sikäli kuin se ei ollut valvontavarojen kustannuksista aiheutunutta rasitusta suurempi. Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä oli tutkia, rajoittuiko etuus tällaisen lakisääteisestä yhteiskunnallisesta valvonnasta aiheutuvan haitan korvaamiseen.

Korvausteoria vahvistettiin lopullisesti Unionin tuomioistuimen asiassa C 399/08 P, komissio v. Deutsche Post,²⁶ antamassa tuomiossa. Sen mukaan yritysten, joilla on velvollisuus tuottaa yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvä palvelu, osalta oikeuskäytännössä on täsmennetty, että valtion toimenpiteeseen ei sovelleta EY 87 artiklan 1 kohtaa (nykyisin SEUT 107 artiklan 1 kohta), jos tällaista toimenpidettä on pidettävä korvauksena, joka on vastike edunsaajayritysten suorittamista sellaisista palveluista, jotka johtuvat julkisen palvelun velvoitteiden täyttämistä, jolloin kyseiset yritykset eivät todellisuudessa saa taloudellista etua ja kyseinen toimenpide ei näin ollen aseta kyseisiä yrityksiä edullisempaan kilpailutilanteeseen suhteessa niiden kilpailijayrityksiin. Jotta tällainen korvaus voisi tiettyssä konkreettisesti tapauksessa välttyä luokittelulta valtiontueksi, tiettyjen edellytysten on kuitenkin täyttyttävä. Erityisesti korvaus ei saa ylittää sitä, mikä on tarpeen, jotta voidaan kattaa kaikki ne kustannukset tai osa niistä kustannuksista, joita julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen aiheuttaa, kun otetaan huomioon kyseisestä toiminnasta saadut tulot ja kyseisten velvoitteiden täyttämistä saatava kohtuullinen voitto.

Ferring-tuomiosta seuraa, että maakuntien liikelaitosten konkurssikelpoisuuden puuttumisesta saama etu ei olisi lainkaan valtiontukea, mikäli sen tuottama hyöty jää niille lainsäädännössä asetetuista erityisistä valvonnasta aiheutuvaa rasitusta pienemmäksi. Ferring- ja Deutsche Post -tuomioiden perusteella tämä tulisi kuitenkin voida osoittaa kvantitatiivisesti jonkinlaisilla kustannuslaskelmilla. Jos tällaiset laskelmat voidaan todellisuudessa laatia ja maakuntien liikelaitoksilla olevat rasitukset suhteessa yksityisiin toimijoihin luotettavasti kvantifioida, valtioneuvosto voinee Ferring-tuomion perusteella katsoa, että konkurssikelpoisuuden puuttumisesta ei aiheutuisi todellista etua maakuntien liikelaitoksille, eikä kysymys olisi valtiontuesta. Loogisesti tukiluonteiden puuttumisesta seuraisi myös notifiointivelvoitteen puuttuminen, mikä kysymys voitaisiin tarvittaessa ratkaista kansallisessa tuomioistuimessa.

Ferring-tuomio on kuitenkin annettu ennen Altmark-tuomiota ja sitä seurannutta julkisten palveluvelvoitteiden sääntelyn tarkentumista SEIG-säädösten muodossa. Viimeksi mainituissa vapautus notifiointivelvoitteesta on rajattu tarkoilla oikeudellisilla kriteereillä.

SEIG-palvelut ja notifiointivelvollisuus

Yleistä taloudellista etua/tarkoitusta palvelevat palvelut ovat sellaisia, joiden saatavuutta kaikille kohtuullisin ehdoin ei voida turvata pelkällä markkinamekanismilla ja joiden saatavilla olemisen julkinen valta voi sen vuoksi turvata. Tällaisten palvelujen saatavuus on turvattu SEUT 14 artiklassa. SGEI-palveluilla ei ole sitovaa EU-oikeudellista määritelmää, vaan jäsenvaltiolla on harkintavaltaa niiden määrittelyssä. Terveys- ja sairaanhoidon palvelut sekä sosiaalipalvelut voidaan kiistatta osoittaa kansallisilla päätöksillä SGEI-palveluiksi, jos niin halutaan.

²⁶ C 399/08 P, komissio/Deutsche Post, EU:C:2010:481, k. 41–43.

Korvaus yritykselle SGEI-palvelun tuottamisesta ei ole valtiontukea, jos se täyttää em. Altmark-tuomiossa asetetut vaatimukset²⁷, joista tärkein on ylikompensaation välttäminen. Tällöin se on vapautettu ilmoitusvelvollisuudesta komission päätöksen 2012/21/EU mukaisesti. Tämä mahdollisuus on kompensaation määrästä riippumatta olemassa terveydenhoito- ja sosiaalipalveluja koskien edellyttäen, että niistä on tehty komission päätöksessä tarkoitettu toimeksianto, että toimeksiannot ovat voimassa enintään 10 vuotta kerrallaan ja että ylikompensaatiota ei ole. *Terveydenhoito- ja sosiaalipalveluissa ei siten sovelleta päätöksessä muutoin asetettua 15 miljoonan enimmäismäärää kompensaatiolle.*

Lisäksi SGEI-palvelu voidaan hyväksyä komission tiedonannossa 2012/C 8/03 tarkoitettussa menettelyssä sisämarkkinoille soveltuvana valtiontukena, vaikka se ei kaikilta osin täyttäisi Altmark-tuomion kriteerejä. Käytännössä komissio näyttää tutkivan ja edellytysten täytyessä hyväksyvän tietyn järjestelyn SIEG-palveluksi/sisämarkkinoille soveltuvaksi valtiontueksi, vaikka sitä koskevaa toimeksiantoa ei olisi tehty SIEG-päätöksessä tai tiedoksiannossa määrättyllä tavalla.

Valtioneuvoston vastineessa ehdotetussa 85 §:ssä mahdollistetaan maakunnille palveluvelvoitteen asettaminen maakunnan liikelaitokselle erityisin edellytyksin, jolloin myös liikelaitoksen saama rahoitus irtautuu yleisestä järjestelmästä. Maakunta olisi velvollinen noudattamaan SEIG-päätöstä 2012/21/EU, mistä vastaavasti seuraisi vapautus notifiointivelvollisuudesta tällaisen palveluvelvoitteen osalta.

Ehdotetusta 85 §:stä voinee myös tehdä sen vastakohtaispäätelmän, että maakuntien liikelaitosten normaali suoran valinnan palvelujen lakisääteisessä tuottamisvelvollisuudessa ei olisi kysymys SEIG-palvelusta. Ehdotuksessa tavallaan käytetään jäsenvaltiolla olevaa oikeutta osoittaa esimerkiksi sosiaali- ja terveyspalveluja SEIG-palveluiksi negatiivisesti eli sulkemalla maakunnan SOTE-keskuksen tuottamat suoran valinnan palvelut tämän kategorian ulkopuolelle muissa kuin 85 §:ssä tarkoitetuissa tilanteissa. Tällöin niiden saamat edut eivät myöskään nauttisi Altmark-poikkeuksesta ja niitä koskisi notifiointivelvollisuus, sikäli kuin kysymys on taloudellisesta toiminnasta, joka vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

Johtopäätökset:

Valinnanvapausjärjestelmän lähtökohtana on asiakkaan valinnanvapauden toteutuminen kilpailuneutraalissa rahoituskehityksessä, mitä piirrettä valtioneuvoston vastineessa esitetyt muutokset (maakunnan liikelaitoksen SOTE-keskuksen tulorahoituksen sääntelyä yksityisten toimijoiden rahoitusta vastaavaksi 63 §:ään ehdotetuissa uusissa 2 ja 3 momentissa sekä 85 §:ssä mahdollistettu palveluvelvoitteen antaminen) entisestään korostavat. *Muutokset pyrkivät nähtävästi lisäämään varmuutta sen suhteen, että kysymyksessä ei olisi kielletty tuki, jos toiminta katsottaisiin kaikesta huolimatta taloudelliseksi.*

Valtioneuvoston vastineessa esitetyt muutokset eivät vähennä epävarmuutta sen suhteen, onko maakuntien liikelaitosten SOTE-keskusten suoran valinnan palvelujen tuotannossa kysymys taloudellisesta vai ei-taloudellisesta toiminnasta. Tähän kysymykseen ei saata varmuutta ennen kuin Slovakia ja Lazio-tapaukset on ratkaistu EU-tuomioistuimessa.

²⁷ C-280/00, Altmark Trans ja Regierungspräsidium Magdeburg vastaan Nahverkehrsgesellschaft Altmark, ECLI:EU:C:2003:415.

Tämä ei peruste olla notifioimatta, koska komission myönteinen päätös asiassa olisi täytäntöönpanokelpoinen (mahdolliseen kumoamiseen saakka) ja poistaisi vaaran siitä, että kansallisten tuomioistuinten tulisi kieltää järjestely.

Valtioneuvoston vastineessa esitetyt muutokset lisäävät todennäköisyyttä sen suhteen, että komissio pitäisi järjestelmää yhteismarkkinoille soveltuvana konkurssisuojusta huolimatta, jos se sille notifioitaisiin.

Järjestelmä ei SEIG-poikkeuksen nojalla jää ilmoitusvelvollisuuden ulkopuolelle pl. 85 §:n mukaisesti asetettavasta palveluvelvoitteesta saatava korvaus. Muutoinkin järjestelmä vaikuttaa epäjohdonmukaiselta SEIG-sääntelyn kannalta.

Kansallisessa tuomioistuimessa olisi Ferring- ja Deutsche Post-oikeuskäytännön perusteella mahdollista käydä todistelua siitä, että konkurssisuojusta johtuva etu ei olisi valtiontukea, koska se jää maakuntien liikelaitoksille niiden lakisääteisistä velvoitteista aiheutuva haittaa pienemmäksi. Tällaisessa prosessissa Suomen valtio joutuisi kuitenkin puolustamaan kantaa, jonka mukaan maakuntien liikelaitosten rasitukset johtuisivat julkisen palvelun velvoitteiden täyttämisestä, vaikka se ei ole halunnut osoittaa näitä palveluita SEIG-palveluiksi asianomaisissa EU-säädöksissä noudatettuja menettelyperiaatteita noudattaen.