

Jukka Snell

4.7.2018

Eduskunnan sosiaali- ja terveysvaliokunnalle

VASTINE SOSIAALI- JA TERVEYSVALIOKUNNALLE; HE 16/2018 VP HALLITUKSEN ESITYS EDUSKUNNALLE LAIKSI ASIAKKAAN VALINNANVAPAUDESTA SOSIAALI- JA TERVEYDENHUOLLOSSA JA ERÄIKSI SIIHEN LIITTYVIKSI LAEIKSI SEKÄ TÄYDENTÄVÄ VASTINE HE 15/2017 VP

Olen lausunut valinnanvapauslainsäädännöstä EU:n valtioneuvoston päätöksen valtiokunnalle lausunnossani 11.4.2018. En nyt toista aiemmin esittämäni, vaan keskityn ainoastaan niihin lisäselvityksiin ja muutoksiin, joita 18.6.2018 päivättyssä vastineessa on tuotu esille. Käsittelen siis vastineen sivuja 62–65. Pyrin vastaamaan kysymykseen ***tekevätkö lisäselvitys tai säännösmuutokset notifiinnista tarpeettoman?*** Keskityn kahteen asiaan: kilpailun vääristymiseen ja SEUT 108(3) artiklan itsenäiseen oikeusvaikutukseen.

Alkuperäisessä esityksessä valinnanvapauslainsäädännöksi valtioneuvoston kanta oli, että notifiointia ei tarvita, koska ehdotettu järjestelmä ei ollut luonteeltaan taloudellinen, ja niinpä valtioneuvoston päätös ei siihen soveltunut. Useat asiantuntijat kyseenalaistivat tämän päätöksen. Syynä oli erityisesti helmikuun 2018 *Dovera*-tuomio,¹ jonka hallituskin katsoi lisäävän merkittävästi riskiä siihen, että järjestelmä todetaan taloudelliseksi. *Dovera*-tuomiosta on valitettu. On kuitenkin varsin riskialtista luottaa siihen, että valitus menestyy ja että sen myötä komissio pystyy palaamaan aiempaan käytäntönsä. EU:n tuomioistuimen lopullista kantaa on tässä vaiheessa mahdotonta kenenkään ennakoita. Vastineessa ei tuoda esille uusia seikkoja tämän osalta.

Kilpailun vääristyminen?

Vastineessa sosiaali- ja terveysministeriö esittää, että mikäli toiminta olisi taloudellista, ei kyseessä kuitenkaan olisi kielletty valtioneuvoston tuki. Syynä tähän olisi erityisesti se, että ”maakunnan liikelaitoksen liikelaitosmuodossa harjoittamalle suoravalinnan palvelutuotannolle... ***mahdollisesti syntyvä taloudellinen etu ei vääristäisi kilpailua*** maakunnan liikelaitoksen ja muiden suoran valinnan palveluiden tuottajien välillä” (s.64, lihavointi lisätty).

Teoreettisesti sosiaali- ja terveysministeriön kanta on oikea. Jotta kyseessä olisi kielletty valtioneuvoston tuki, tulee edun SEUT 107(1) artiklan mukaan vääristää tai uhata vääristää kilpailua.

¹ Case T-216/15 *Dôvera* EU:T:2018:64.

Käytännössä vastineessa ei kuitenkaan mielestäni kyetä osoittamaan, että kilpailu ei potentiaalisesti vääristyisi.

Ensinnäkin on huomattava, että maakuntien liikelaitosten nauttima konkurssisuoja on nähty EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä valtioneuoksi ns. implisiittisen rajattoman valtioneuoksen muodossa.² On tietenkin selvää, että muut sote-palveluja tuottavat yritykset eivät nauti tästä edusta.

Toiseksi on huomattava, että EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä kilpailun vääristymisen kriteerin on katsottu täyttyvän erittäin helposti.³ Tämä johtuu siitä, että SEUT 107(1) artiklan sanamuodon mukaan riittää, että kilpailu uhkaa vääristyä. Ei siis tarvita tosiasiallista vääristymistä, vaan pelkkä potentiaalinen vääristyminen riittää. EU-tuomioistuimen mukaan ”ei ole velvollisuutta osoittaa, että... kilpailu tosiaanakin vääristyy, vaan... on ainoastaan tutkittava, ovatko... tuet omiaan... vääristämään kilpailua”.⁴ Onkin vaikea löytää esimerkkejä tilanteista, joissa yritys olisi saanut etua, mutta mitään edes potentiaalista uhkaa kilpailulle ei olisi syntynyt. Niinpä esimerkiksi tapauksessa *Philip Morris* tuomioistuin totesi, että yrityksen taloudellisen aseman vahvistaminen muihin yrityksiin verrattuna automaattisesti uhkaa vääristää kilpailua.⁵

Kolmanneksi EU-tuomioistuin on yleisesti hylännyt ajatuksen siitä, että tukea voitaisiin käyttää epäreilun kilpailuaseman korjaamiseen. Niinpä se tapauksessa *Italia v. komissio* totesi: ”[Italia väittää] riidanalaisten tukien olevan korvauksenluonteisia objektiivisesti epäedullisessa kilpailutilanteessa, ja tältä osin riittää, kun palautetaan mieliin, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan se, että jäsenvaltio pyrkii yksipuolisin toimin lähentämään tietyn talouselämän sektorin kilpailuolosuhteita toisissa jäsenvaltioissa vallitseviin kilpailuolosuhteisiin, ei muuta sitä, että toimet ovat tukea”.⁶

Neljänneksi sosiaali- ja terveysministeriö ei osoita millään tarkkuudella, että kilpailu ei vääristyisi, vaan ainoastaan tuo esiin erilaisia yksilöimättömiä väitteitä kantansa tueksi. Niinpä vastineessa sivulla 63 luetellaan erilaisia maakunnan liikelaitokselle ja sen sosiaali- ja terveyskeskukselle asetettuja velvoitteita ja rajoituksia,⁷ ja todetaan että niistä sekä korvauksen määräytymisen yhdenvertaisuudesta, liikelaitoksen suoran valinnan palveluiden kirjanpidollisesta eriyttämisestä ja maakunnan sisäisen hinnoittelun markkinaperusteisuuden vaatimuksesta seuraa, että kilpailu ei vääristy. Sivulla 64 ministeriö väittää: ”Huomioiden valinnanvapauslain lukuisat muut kilpailuneutraliteetin takaavat tekijät, maakunnan liikelaitoksen liikelaitosmuodossa harjoittamalle suoranvalinnan palvelutuotannolle esimerkiksi ns. konkurssisuojan muodossa mahdollisesti syntyvä taloudellinen etu ei vääristäisi kilpailua maakunnan liikelaitoksen ja muiden suoran

² Asia C-559/12 P *Ranska v. komissio* EU:C:2014:217, erityisesti kohta 98.

³ Ks. yleisesti Komission tiedonanto Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettusta valtioneuoksen käsitteestä (2016/C 262/01), k. 187-189.

⁴ Asia C-148/04 *Unicredito Italiano* EU:C:2005:774, k. 54.

⁵ Asia 730/79 *Philip Morris v. komissio* EU:C:1980:209, k. 11-12 ja yhdistetyt asiat C-182/03 ja C-217/03 *Belgia v. komissio* EU:C:2006:416, k. 131.

⁶ Asia C-372/97 *Italia v. komissio* EU:C:2004:234, k. 67.

⁷ On kuitenkin huomattava, että valinnanvapauslaki asettaa myös yksityisille palveluntuottajille erityisiä velvollisuuksia esimerkiksi laajojen tiedonantovelvoitteiden muodossa.

valinnan palveluiden tuottajien välillä eikä maakunnan liikelaitokselle näin ollen voisi muodostua EU:n valtiontukisääntöjen vastaista valtiontukea.”

Ongelmana on, että ministeriö ei lainkaan pyri kvantifioimaan näitä eri tekijöitä, sikäli kuin niillä on relevanssia. Mikä on implisiittisen valtiontakauksen tuoma euromääräinen etu? Miten se vertautuu velvoitteiden ja rajoitteiden kustannuksiin? Vastineen yksilöimättömyyden johdosta on mahdotonta päästä käsitykseen tästä ja vakuuttua, että kilpailun vääristymisen uhka on poistettu.

Väliyhteenvetona siis totean, että vaikka kilpailun vääristymättömyyteen voi teoriassa vedota, se on käytännössä erittäin vaikeaa ja vastineessa sitä ei ole riittävän uskottavasti tehty.

Lopuksi vielä mainitsen, että yleishyödyllisten palvelujen (SGEI) tuottamisesta johtuvia kuluja voi kyllä korvata ilman että valtiontukisääntöjä loukataan. Sen on kuitenkin tapahduttava *Altmark*-tuomion⁸ asettamissa rajoissa. Valtioneuvosto ei ole tähän vedonnut paitsi §85 kapeassa tilanteessa, jota käsittelen seuraavaksi.

SEUT 108(3) artiklan oikeusvaikutus

Viimeiseksi on syytä ottaa kantaa vastineen sivulla 65 esitettyyn toteamaan, että ”maakunnan liikelaitoksen viimesijainen vastuu palveluiden tuottamiseen sekä tämän vastuun toteuttamisen turvaamiseksi säädetty maakunnan mahdollisuus yleisen palveluvelvoitteen asettamiseen voidaan EU:n valtiontukisääntelyn näkökulmasta nähdä perusteena sille, että liikelaitoksella sekä sen sosiaali- ja terveyskeskuksella ja suunhoidon yksiköllä on osana liikelaitosmuodossa toimimista suoja konkurssilta.” Tämä on varmasti vahva argumentti. Se ei kuitenkaan riitä poistamaan yleistä notifiointivelvoitetta,⁹ §85:ssa viitatus komission päätöksen 2012/21/EU kapeaa tilannetta lukuun ottamatta,¹⁰ eikä sen laiminlyömiseen liittyviä riskejä.

Ensinnäkin on huomattava, että SEUT 106(2) artikla antaa mahdollisuuden perustella yleishyödyllisille palveluille (SGEI) annettavaa valtiontukea. SEUT 106(2) ei kuitenkaan poista notifiointivelvoitetta – se ainoastaan antaa komissiolle mahdollisuuden hyväksyä tuki notifiointimenettelyssä. Poikkeuksena on ainoastaan tilanne, joka on kaikilta osin päätöksen 2012/21/EU sisällä. Tämä koskee sote-paketissa vain nyt ehdotettua §85 mukaista menettelyä.

Toiseksi SEUT 108(3) artiklalla, joka asettaa itse notifiointivelvoitteen, on itsenäinen oikeusvaikutus. Artikla kuuluu: ”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

⁸ Asia C-280/00 *Altmark Trans* EU:C:2003:415.

⁹ Komission tiedonanto (2012/C 8/03) julkisesta palvelusta maksettavana korvauksena myönnettävää valtiontukea koskevat Euroopan unionin puitteet, k. 7.

¹⁰ Komission päätös (2012/21/EU) Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 106 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta tietyille yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille korvauksena julkisista palveluista myönnettävään valtiontukeen.

tarkoitettuna menettelyn viipymättä. Jäsenvaltio, jota asia koskee, ei saa toteuttaa ehdottamiaan toimenpiteitä, ennen kuin menettelyssä on annettu lopullinen päätös.” Se siis sisältää jo tukisuunnitelmia koskevan ennakoilmoitusvelvollisuuden ja toimeenpanokiellon, jota usein kutsutaan standstill-velvollisuudeksi.

Jos SEUT 108(3) artiklaa rikotaan ja tukea annetaan ilman notifiointia tai komission hyväksyntää, voivat yksityiset nostaa kanteen kansallisissa tuomioistuimissa,¹¹ joilla on sitten oikeus ja joskus myös velvollisuus lähettää asia EU-tuomioistuimen ratkaistavaksi. Jos tuomioistuimet lopulta päätyvät siihen, että standstill-velvollisuutta on rikottu, on tuki sääntöjenvastainen. Jo tästä seuraa velvollisuus periä tuki takaisin korkoineen.¹² Se, että tuki olisi ollut hyväksyttävissä ja kenties myöhemmin hyväksytään jälkikäteen notifiointin seurauksena, ei muuta tilannetta – takaisinmaksuvelvollisuus ei poistu.¹³

Komissio selostaa tätä kattavasti tiedonannossaan valtioneuvostojen soveltamisesta kansallisissa tuomioistuimissa:¹⁴

Kun kansallinen tuomioistuin käsittelee sääntöjenvastaisesti myönnettyä tukea, sen on määrättävä sääntöjenvastaisuudesta kaikki kansallisen lainsäädännön mukaiset oikeudelliset seuraamukset. Kansallisen tuomioistuimen on sen vuoksi periaatteessa määrättävä sääntöjenvastainen valtioneuvosto perittäväksi kokonaisuudessaan takaisin tuensaajalta. Sääntöjenvastaisen valtioneuvoston takaisinperintää koskevien määräysten antaminen on osa kansallisen tuomioistuimen velvollisuutta suojella kantajan (esimerkiksi kilpailijan) yksilöllisiä oikeuksia perustamissopimuksen 88 artiklan 3 kohdan [JS: nyt 108(3)] nojalla. Kansallisen tuomioistuimen takaisinperintää koskeva velvollisuus ei tämän vuoksi riipu siitä, onko tukitoimenpide perustamissopimuksen 87 artiklan 2 tai 3 kohdan [JS: nyt 107 (2) ja (3)] mukainen.¹⁵

Eli yksinkertaistaen: jo luvan hakemisen laiminlyönnistä seuraa takaisinmaksuvelvollisuus, vaikka lupaedellytykset olisivatkin täyttyneet ja lupa jälkikäteen saataisiin. Tämän johdosta jo SEUT 108(3) artiklan mukaisen ennakoilmoituksen tekemättä jättämiseen sisältyy merkittävä oikeudellinen riski vaikka Suomen uusi järjestelmä lopulta katsottaisiinkin yhteismarkkinoille soveltuvaksi.

Yhteenveto

Yhteenvetona totean siis, että vastineessa esitetty ei nähdäkseni muuta tilannetta. On edelleen huomattava riski siitä, että suorien palvelujen tuottamisen katsotaan kuuluvan taloudellisen toiminnan piiriin ja että konkurssisuoja muodostaa näin ollen valtioneuvostoa, joka tulee notifioida ennakoilmoituksesta SEUT 108(3) artiklan mukaisesti.

¹¹ Esim. asia C-143/99 *Adria-Wien Pipeline* EU:C:2001:598.

¹² Ks. asia C-39/94, *SFEI*, Kok. 1996, s. I-3547, kohta 68.

¹³ Ks. asia C-368/04 *Transalpine Ölleitung in Österreich* EU:C:2006:644.

¹⁴ 2009/C 85/01.

¹⁵ Kohta 30, oikeuskäytäntöviite poistettu..

Turussa 4. heinäkuuta 2018,

Jukka Snell

Eurooppaoikeuden professori, Turun yliopisto