

## Perustuslakivaliokunnalle

Perustuslakivaliokunta on pyytänyt minulta lausuntoa hallituksen esityksestä laiksi asiakkaan valinnanvapaudesta sosiaali- ja terveydenhuollossa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi (HE 16/2018 vp). Lausuntoani on nyt pyydetty erityisesti esitykseen liittyvistä EU-oikeudellisista kysymyksistä. Esitän lausuntonani kunnioittaen seuraavaa.

### *Taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan rajanveto*

Suomen terveydenhuoltojärjestelmä perustuu NHS (National Health Service) -malliin, jolle on ominaista julkisten terveydenhuoltopalvelujen tarjoaminen potilaille nimellistä tai symbolista korvausta vastaan solidaarisuusperiaatteen mukaisesti ja pääosin verovaroin rahoitettuna sekä julkisten palveluntuottajien vahva asema palvelujen tuotannossa. EU-oikeudessa on perinteisesti korostettu, että terveydenhuolto- ja sosiaaliturvajärjestelmän perusvalinnat kuuluvat jäsenvaltioiden päätösvaltaan. Terveydenhuollossa EU-tuomioistuin viittaa vakiintuneesti SEUT 168(7) artiklassa nykyisin olevaan määräykseen, jossa lähtökohtana oleva jäsenvaltioiden päätösvaltan on vahvistettu. Tämän sopimuksenkohdan mukaan ”Unionin toiminnassa otetaan huomioon jäsenvaltioiden velvollisuudet, jotka liittyvät niiden terveystalouden määrittelyyn sekä terveystalouden ja sairaanhoidon järjestämiseen ja tarjoamiseen”. Näihin ”velvollisuuksiin kuuluvat terveystalouden

ja sairaanhoidon hallinnointi sekä niihin osoitettujen voimavarojen kohdentaminen”.<sup>1</sup> Vaikka tästä sopimuksenkohdasta ei voi suoraan johtaa tulkintaa yksittäisissä, esimerkiksi sisämarkkina- tai kilpailuoikeutta koskevissa oikeusongelmissa, jäsenvaltioiden sosiaalipoliittisesta suvereniteetista seuraa yleinen tulkinnallinen ohjenuora välttää sellaisia kannanottoja, jotka olisivat ristiriidassa tämän lähtökohdan kanssa.

Euroopan komissio on tiedonannossaan Euroopan unionin valtontukisääntöjen soveltamisesta yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen tuottamisesta myönnettävään korvaukseen korostanut, että “Unionin terveydenhuoltojärjestelmissä on suuria eroja jäsenvaltioiden välillä” ja että “se, missä määrin terveydenhuoltopalvelujen tarjoajat kilpailevat keskenään markkinaympäristössä, riippuu pitkälti kansallisista ominaispiirteistä” (21.). Tiedonannossa jäsenvaltiot, joissa on julkisia sairaaloita, jaetaan kahteen ryhmään, joista Suomi kuuluu ensimmäiseen. Näissä “jäsenvaltioissa julkiset sairaalat ovat olennainen osa kansallista terveydenhuoltoa ja perustuvat lähes kokonaan solidaarisuuden periaatteeseen”. Komission mukaan “tällaiset sairaalat rahoitetaan suoraan sosiaaliturvamaksuilla ja muilla valtion varoilla, ja ne tarjoavat yleisesti kattavia palveluja ilmaiseksi järjestelmään kuuluville henkilöille”. Komissio korostaa, että ”Euroopan unionin tuomioistuin ja yleinen tuomioistuin ovat vahvistaneet, että organisaatiot, joilla on tällainen rakenne, eivät toimi yrityksinä”. (22.) Silloin “kun kyseinen rakenne esiintyy, nekään toiminnot, jotka sinällään voisivat olla luonteeltaan taloudellisia, mutta jotka suoritetaan pelkästään toisen ei-taloudellisen palvelun tuottamiseksi, eivät ole luonteeltaan taloudellisia”. Niinpä “yksikkö, joka ostaa tavaroita – jopa suuressa mittakaavassa – ei-taloudellisen palvelun tarjoamiseksi, ei toimi yrityksenä pelkästään siitä syystä, että se on ostaja tietyillä markkinoilla”. (23.) Toisen ryhmän jäsenvaltioissa taas “sairaalat ja muut terveydenhuoltopalvelujen tarjoajat tarjoavat palvelujaan potilaiden suoraan tai heidän vakuutusyhtiöidensä maksamaa korvausta vastaan”, ja “tällöin sairaaloiden välillä on jonkin verran kilpailua terveydenhuoltopalvelujen tarjonnassa”. Tällöin “se, että terveydenhuoltopalvelun tarjoaja on julkinen sairaala, ei riitä perusteeksi luokitella toiminta ei-taloudelliseksi”.<sup>2</sup> Tässä ”korvauksella” tarkoitetaan markkinaehtoista korvausta.

---

<sup>1</sup> Esimerkkinä Euroopan unionin tuomioistuimen vakiintuneesta linjasta voidaan lainata tapauksen C-113/13, *Spezzino*, kohtaa 55: ”Tässä yhteydessä on ensiksi muistutettava, että unionin oikeudella ei puututa toimivaltaan, joka jäsenvaltioilla on kansanterveysjärjestelmiensä ja sosiaaliturvajärjestelmiensä järjestämiseksi (ks. vastaavasti mm. tuomio *Sodemare ym.*, C-70/95, EU:C:1997:301, 27 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja tuomio *Blanco Pérez ja Chao Gómez*, C-570/07 ja C-571/07, EU:C:2010:300, 43 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).”

<sup>2</sup> K(2011) 9404 lopullinen.

EU:n kilpailulainsäädännön soveltamisala määräytyy yrityksen käsitteen kautta, ja yrityksen käsite puolestaan määritellään taloudellisen toiminnan käsitteen avulla. EU:n tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan taloudellista toimintaa on kaikki toiminta, jota harjoitetaan markkinoilla, yrityksen oikeudellisesta organisaatiomuodosta tai sen rahoitustavasta riippumatta. Palveluissa olennainen raja kulkee taloudellisten ja ei-taloudellisten palvelujen välillä. SEUT 57 artiklan mukaan ”tässä sopimuksessa palveluilla tarkoitetaan suorituksia, joista tavallisesti maksetaan korvaus ja joita määräykset tavaroiden, pääomien tai henkilöiden vapaasta liikkuvuudesta eivät koske”. ”Korvaus” – englanniksi *remuneration* – viittaa nimenomaan markkinaehtoiseen korvaukseen.

Jotta palvelut kuuluisivat EU:n kilpailulainsäädännön alaan, edellytyksenä on, että ne tuotetaan markkinoille ja niistä suoritetaan korvaus. Palvelun sisältö ei ole ratkaisevaa vaan sen taloudellinen luonne, joka puolestaan määräytyy sen perusteella, tarjotaanko palvelua markkinoille vai ei. Samoja palveluja voidaan tuottaa sekä taloudellisina, toisin sanoen markkinoille suunnattuina, palveluina, jolloin ne tuottavat yksiköt kuuluvat EU:n kilpailulainsäädännön yritys-käsitteen piiriin, että ei-taloudellisina palveluina, jolloin ne tuottavat yksiköt eivät ole EU:n kilpailusääntöjen tarkoittamia yrityksiä. Näin on asianlaita Suomen terveydenhuollossa. Julkiset terveydenhuoltopalvelut, jotka rahoitetaan pääosin julkisin varoin ja joista potilaalta mahdollisesti perittävällä maksulla ei ole EU-oikeuden tarkoittaman korvauksen luonnetta, eivät ole taloudellisia palveluja, eivätkä ne tuottavat yksiköt, kuten sairaanhoitopiirien kuntayhtymät, ole ainakaan näiden palvelujen osalta EU:n kilpailusääntöjen tarkoittamia yrityksiä. Se, että muut toimijat tarjoavat saman sisältöisiä terveydenhuoltopalveluja markkinoille, ei muuta julkisen terveydenhuollon palveluja taloudellisiksi. Myöskään se, että julkisen terveydenhuollon yksiköt mahdollisesti hankkivat osan järjestämisvastuuseensa kuuluvista, potilaille tarjottavista terveydenhuoltopalveluista muilta palveluntuottajilta, ei muuta niiden itse, omana toimintanaan, tuottamia terveydenhuoltopalveluja taloudellisiksi palveluiksi eikä saata niitä EU:n kilpailusääntöjen, kuten valtioneuvoston, piiriin. Olennaista on se, että tarjoavatko julkisen terveydenhuollon yksiköt palveluita markkinoille vai ei. Silloin kun ne tuottavat näitä palveluja vastattavanaan olevien lakisäätteisten, solidaarisuusperiaatteen mukaisesti organisoitujen julkisen terveydenhuollon tehtävien hoitamiseksi, ne eivät tarjoa niitä markkinoille. Ne voivat kuitenkin hankkia palveluita myös ostopalveluina muilta tuottajilta, jolloin nämä tuottajat toimivat markkinoilla ja harjoittavat taloudellista toimintaa. Tämä ei kuitenkaan muuta Suomen julkisen terveydenhuollon perusluonnetta. Julkinen terveydenhuolto toimii solidaarisuusperiaatteen mukaisesti myös silloin, kun lakisäätteisestä terveydenhuollosta

järjestämismääräysten mukaisesti oleva julkisyhteisö hankkii terveydenhuoltopalveluita muulta palveluntuottajalta.

Pidän selvänä, että Suomen nykyisessä terveydenhuoltojärjestelmässä kuntien ja kuntayhtymien laissa säädetyn järjestämismääräysten piiriin kuuluva ja niiden omana tuotantonaan toteuttama sosiaali- ja terveydenhuolto ei ole EU-oikeudellisessa mielessä taloudellista toimintaa, eikä kuntien nauttima konkurssisuoja ja niiden verotuksellinen erityiskohtelu ole EU:n kilpailusääntöjen kieltämää valtiontukea. Hallituksen ehdottamassa monituottaja- tai valinnanvapausjärjestelmässä järjestämismääräys siirtyy maakunnille, ja maakuntien oma tuotanto organisoidaan liikelaitosmuotoon. Käsitykseni on, että uudistus ei anna aihetta muuttamaan tulkintaa, jonka mukaan julkisen, nyt maakuntien liikelaitosten hoitama julkinen sosiaali- ja terveydenhuolto on luonteeltaan ei-taloudellista. Palvelutuotannolla toteutetaan edelleen maakuntien järjestämismääräyksiin kuuluvaa ja perusoikeutena turvatut riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut takaavaa lakisääteistä terveydenhuoltoa, ja tässä mielessä toiminnalla on taloudellisesta toiminnasta poikkeava viranomaisluonne. Maakunnan oma palvelutuotanto on avainasemassa maakunnan lakisääteisen järjestämismääräyksiin ja riittäviä sosiaali- ja terveyspalveluja koskevan perusoikeuden toteuttamisessa. Tämä erottaa maakunnan palvelutuotannon yksityisten palveluntuottajien toiminnasta, samoin kuin Destia- ja Palmia-liikelaitostenkin toiminnasta. Konkurssisuoja on välttämätön järjestämismääräyksiin toteuttamiseksi.

Maakunnat eivät myöskään peri asiakkailta julkisista sosiaali- ja terveyspalveluista markkinaehtoista korvausta, vaan noudatettavana on edelleenkin solidaarisuusperiaate. Liikelaitokset eivät tuota palveluita ”aidoille” markkinoille vaan toteuttavat lakisääteistä tehtäväänsä. Liikelaitosten sosiaali- ja terveyskeskusten voidaan tosin sanoa kilpailevan suoran valinnan palveluissa muiden keskusten kanssa, mutta tämä ei ole markkinaehtoista kilpailua eikä nähdäkseni muuta liikelaitosten palvelutuotantoa taloudelliseksi toiminnaksi.

EU-oikeudellisten kysymysten käsittely valinnanvapausmallin valmistelussa on ollut hämmästyttävän horjuvaa ja puutteellista. Aiemmassa lakiesityksessään hallitus päätyi siihen, että EU-oikeus edellyttää maakuntien oman palvelutuotannon yhtiöittämistä ja tuki kantaansa olennaisesti Palmia- ja Destia-tapauksilla. Eduskunnan valiokunnille esityksestä antamissani lausunnoissa arvostelin sitä, että lakisääteistä sosiaali- ja terveydenhuoltoa toteuttava palvelutuotanto rinnastetaan Palmian ja Destian markkinasuuntautuneeseen toimintaan ja katsoin vahvojen perusteiden tukevan kantaa, jonka mukaan julkinen palvelutuotanto ei ole hallituksen ehdottamassakaan valinnanvapausmallissa EU-oikeuden tarkoittamaa taloudellista toimintaa. Nyt käsiteltävässä

hallituksen esityksessä EU:n kilpailuoikeuden sovellettavuuteen on otettu toinen kanta kuin aiemmassa esityksessä. EU-oikeudellinen analyysi jättää kuitenkin yhä paljonkin toivomisen varaa. Esityksessä ei korosteta riittävästi jäsenvaltioiden sosiaalipoliittista suvereniteettia, joka terveydenhuollossa perustuu SEUT 168(7) artiklaan. Taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan rajanvetoa selostetaan etupäässä sosiaaliturvajärjestelmien eikä terveydenhuoltopalvelujen kannalta. Ehdotetun valinnanvapausmallin asemaa tässä rajanvedossa arvioidaan koko järjestelmän eikä maakuntien liikelaitosten tuottamien suoran valinnan palvelujen osalta. Näin sivuutetaan se tärkeä näkökohta, jonka mukaan julkisen palvelutuotannon luonne ei määräydy yksityisten palveluntuottajien toiminnan luonteen perusteella, ja että liikelaitosten toiminnassa suoran valinnan palveluja on syytä arvioida muista palveluista eriytyneesti. Slovakian järjestelmää koskevan tuoreen oikeustapauksen kommentoinnissa ei taas kiinnitetä huomiota siihen, että tapaus koski vakuutusperusteista järjestelmää eikä NHS-järjestelmää ja että tämä vaikuttaa tapauksesta tehtäviin johtopäätöksiin. Hallituksen esityksessä oli kokonaan sivuutettu komission tuore kannanotto Lazion alueen sairaalalaitokseen, jossa katsottiin, että sairaaloiden toiminta oli valinnanvapaudesta huolimatta luonteeltaan ei-taloudellista.

### *Notifikaatio*

Vaikka käsitykseni onkin se, että julkinen palvelutuotanto ei hallituksen ehdottamassa valinnanvapausmallissa ole edes suoran valinnan palveluissa sellaista taloudellista toimintaa, johon EU:n kilpailuoikeutta sovelletaan, myönnän, että toiseenkin suuntaan viittaavia ja ennen kaikkea julkisten ja yksityisten palveluntuottajien kilpailuasetelmaan liittyviä perusteluja voidaan esittää. Varmuus esittämästäni tulkinnasta voidaan saada vain KHO:n lausunnossaan puoltamassa notifikaatiomenettelyssä, viime kädessä EU-tuomioistuimen ratkaisuna. Notifikaatio tietysti merkitsisi uudistuksen viivästymistä. Jos yllä perustelemastani kannasta huolimatta menettelyssä päädyttäisiin siihen, että maakuntien liikelaitosten konkurssisuoja ja verotuksellinen erityiskohtelu ovat ainakin suoran valinnan palveluissa SEUT 107 artiklan kieltämää valtiontukea, syntyneitä ongelmia ei voitaisi ratkaista liikelaitoksille ehdotetun palvelutuotannon yhtiöittämisellä. Tämän estäisi perustuslakivaliokunnan lausunnossaan 26/2017 vp esittämä kanta yhtiöittämisen perustuslain vastaisuudesta. Valinnanvapausmalli olisi rakennettava uudelle perustalle. Tällöin olisi myös harkittava, voitaisiinko umpikuja avata turvautumalla julkisissa palveluissa SEUT 106(2) artiklan ja sen soveltamiskäytännön mahdollistamaan ns. SGEI-palveluja koskevaan poikkeukseen.

Hallitus ei ole pitänyt perusteltuna komissiolle tehtävää notifikaatiota. Ottamatta lopullista kantaa notifikaation tarpeellisuuteen pidän hallituksen omalle kannalleen esittämää kantaa ontuvana:

Valtiontukia koskevassa valvonnassa ja arvioinnissa on kuitenkin kysymys ensisijaisesti siitä, miten järjestelmä toimii ja sisältyykö siihen joko tueksi katsottavia korvauksia tai tukeen rinnastuvia rakenteellisia elementtejä. Valinnanvapauslaki määrittelee vain järjestelmän ja maakuntien päätöksillä määritellään varsinainen toiminta ja rahoitus. Siksi voidaan arvioida, että notifiointi EU- komissiolle johtaisi sellaisiin lisäkysymyksiin, joihin Suomella ei ole vastauksia ainakaan ennen kapitaatiomaksuja ja muita korvauksia koskevien maakuntien päätösten valmistumista sekä ilman toiminnan vaikutusten arviointia. Valinnanvapauslain notifiointi merkitsisi siten käytännössä lainsäädäntökehikon notifiointia, joka ei määrittele vielä tosiasiallista toimintaa tai maakuntien toimeenpanoa, joka olisi keskeistä taloudellisen toiminnan luonteen sekä EU-valtiontukitarkastelun osalta. Täten ei voitaisi vastata keskeisiin komission kysymyksiin. Näistä syistä hallituksen esityksen notifiointia ei pidetä perusteltuna.

Hallitus on esityksessään katsonut, että maakuntien liikelaitosten konkurssisuoja ei ole edes suoran valinnan palveluissa luonteeltaan valtionapua, jota koskevasta suunnitelmasta tulisi SEUT 108(3) artiklan mukaisesti ilmoittaa komissiolle. Vaikka olen eräin osin arvostellut hallituksen kannalleen esittämiä perusteluja, olen lopputuloksesta samaa mieltä. Suomi ei syyllisty lojaliteettivelvollisuuden tukeman notifikaatiovelvollisuuden laiminlyömiseen, mikäli se jättää SUT 108(3) artiklan mukaisen ilmoituksen tekemättä maakuntien liikelaitosten erityiskohtelusta suoran valinnan palvelujen tuottajana.

Helsingissä 25.4.2018

Kaarlo Tuori