



Nordic Journal of Legal Studies

Volume 1 – Issue 1 – 2022

Markus Porkka: Fighting Fire with Fire: Fostering of A European Champion

Elias Törrönen: Onko Euroopan unionilla toimivalta säätää riittävästä vähimmäispalkoista? – Does the European Union have the competence to regulate adequate minimum wages?

Otto Ruohonen: Virkalääkäriin rikosoikeudellinen tuottamus hoitotyössä – Criminal negligence of an official doctor conducting care work



LAPIN YLIOPISTO
UNIVERSITY OF LAPLAND

Nordic Journal of Legal Studies

The *Nordic Journal of Legal Studies* (NJLS) is a semi-annual double-blind peer-reviewed student journal. The journal comprises a variety of articles within the legal discipline. Current students of law and recent graduates author the majority of the articles for this journal.

Editorial Board

Name	Title	Affiliation
Touko Johannes Sinisalo, LL.M.	Editor-In-Chief	University of Lapland
Essi Lumiaho, LL.M.	Editor	University of Lapland

Contact editorial board at njls@ulapland.fi

Advisory Board

Name	Title	Affiliation
Mikko Huttunen, LL.D.	Senior Researcher	University of Lapland
Anssi Kärki, LL.D.	University Lecturer	University of Lapland
Juhana Riekkinen, LL.D.	University Lecturer	University of Lapland

Publisher

University of Lapland
P.O. Box 122
FI-96101 Rovaniemi
FINLAND

njls@ulapland.fi

Digital Publishing

Nordic Digital Publishing
P. O. Box 402
FI-00101 Helsinki
FINLAND

support@nordpub.net

Call for papers

NJLS announces call for papers for the 1/2023 issue.

Deadline for submission 1st of December 2022.

More information and submissions: [njls.eu](https://www.njls.eu)



Table of Contents

- 5 Editorial Note
Touko Johannes Sinisalo
- 7 Note from the Advisory Board
Mikko T. Huttunen
- 9 Fighting Fire with Fire: Fostering of A European Champion
Markus Porkka
- 29 Onko Euroopan unionilla toimivalta säätää riittävästä vähimmäispalkoista?
Does the European Union have the competence to regulate adequate minimum wages?
Elias Törrönen
- 51 Virkalääkäriin rikosoikeudellinen tuottamus hoitotyössä
Criminal negligence of an official doctor conducting care work
Otto Ruohonen

Editorial Note

On behalf of the Editorial Board, it is a great honour to present to you the first issue of the *Nordic Journal of Legal Studies*. This journal is a product of hard work and countless hours of editing. The journey of compiling articles to create this publication was far from easy. However, the *Nordic Journal of Legal Studies* has made the challenges encountered and efforts dedicated to its completion wholly worthwhile.

The *Nordic Journal of Legal Studies* was borne from a comment made in a 2018 lecture by Professor Thomas Hoffmann, who noted that it may be possible for students to publish articles in academic journals as part of their undergraduate studies. This fleeting statement in the lecture turned out to be far more valuable than Dr. Hofmann could have perceived. In the audience, there was one intrigued student who held a particular interest in a pragmatic legal issue caused by the onset of Brexit. The subsequent analysis of that pragmatic legal issue became the first scholarly article authored by the student, now the Editor-in-Chief of this publication, which paved the way into the world of academic publishing.

The Editor-in-Chief participated in the 2019 *Nordic Conference on Legal Informatics* held in Rovaniemi, Lapland. This participation sparked the desire to apply to graduate studies at the University of Lapland, an institution well known for its focus on Law and IT. In 2020, amid the COVID-19 pandemic, a proposal was submitted to Advisory Board member, Dr. Mikko T. Huttunen. The proposal was for a fully electronic, pan-Nordic student journal dedicated to law students' articles. Many academics would have considered this proposal to be unusual and overly ambitious, but not Dr. Huttunen and his colleagues Dr. Anssi Kärki and Dr. Juhana Riekkinen. They saw the potential of the proposal and assisted in the tedious process of journal development – from finding and editing

articles to finalizing templates and the layout. Now that we have overcome the challenges of journal creation, we anticipate facing the challenge of how to make this journal succeed.

The vision of providing empowerment to current students, through the publication of their finest works, and opening an opportunity to all students of future generations to showcase their work was my drive, as Editor-in-Chief, to develop the *Nordic Journal of Legal Studies*. In turning this vision into a reality and for finding value in my somewhat odd proposal back in 2020, I would like to express my gratitude to the Advisory Board, especially to Dr. Huttunen. Finally, I would like to thank you, our dear reader, for reading our journal, thereby supporting it, and for contributing to the continued success of the *Nordic Journal of Legal Studies*.

Touko Johannes Sinisalo
Editor-in-Chief

Note from the Advisory Board

In August 2020, I received an intriguing proposition from a Master student I had met in the 2019 *Nordic Conference on Legal Informatics* in Rovaniemi, Finland. The proposition was to launch a journal where law students from across Nordic countries could, much in the style of law reviews from across the Atlantic Ocean, present their legal research findings in a professional manner for a broader audience. The effort would be supported by staff at the University of Lapland, if so willing, and said student would take care of the rest: the technical hurdles and much of the editing, too.

The proposition sounded intriguing since it raised many doubts. Our law faculty in Lapland had seen its fair share of attempts at own journals, which always seemed to involve too much work for too little award. Would students actually want to publish their original research? Who would have time to review the manuscripts? Who would have time to read the journal?

The student in question was, of course, the now Editor-in-Chief of this journal, and his proposition was much more realistic than we initially thought. With much pleasure I can now say that we have provided an answer in the affirmative to the first two questions. In an encouraging and engaging environment, students are indeed interested in publishing. Furthermore, peer review need not be the bogeyman it is often played out to be.

However, with regard to the third question, we are still in the realm of the unknown. Will the *Nordic Journal of Legal Studies* have the capacity to engage with a broader audience? To what extent can students who publish therein gain visibility and even influence legal debates? As of now, we have no idea. The odds are always against ventures like this, and psychology even has a name for the phenomenon of people tending

to ignore base rates (“new journals typically fail”) in favour of case-specific information (“*Nordic Journal of Legal Studies* is special”). The phenomenon is called base rate fallacy, and it equally applies to academic and non-academic matters.

By having picked up this issue, You will have played a vital part in improving the Journal’s chances of gaining traction. By sharing it among colleagues – even if only to show what kind of lunatics occupy the Lapland law faculty nowadays – You will have played an even greater part in that process. For this, we are sincerely grateful.

Mikko T. Huttunen
Member of Advisory Board
Senior Researcher and Vice Dean of Education
University of Lapland Faculty of Law

Fighting Fire with Fire: Fostering of A European Champion

Markus Porkka*

Abstract

Countries have a financial interest in subsidizing companies originating from their respective territories to foster growth, enabling them to succeed against foreign competition, and attract further investment. However, this behaviour incentivises other nations to engage in a race of subsidies, distorting the competitive playing field, and leaving everyone worse off. For this reason, the EU has established internal market rules which prohibit Member States from creating European champions, even when facing the subsidized foreign competition originating from outside the internal market. Following the Commission's prohibition of the merger between Siemens and Alstom, the Franco-German manifesto was published. It protested the current approach and called for a number of reformations to enable the fostering of so-called 'European champion', subsidized European companies, which could compete equally against global competition.

In its latest competition policy review, the Commission emphasizes the importance of fair competition, enabling European firms to reach a sufficient scale in the face of global competition. This paper studies whether the Franco-German manifesto's proposals are feasible in the light of the Union's new competition aims and goals. It is found that fostering of a European champion is not strictly prohibited, making proposals regarding the timeframe and market definition unnecessary. However, the Commission's restrictive view of the current rules de facto prevents its emergence. In light of the Union's latest competition policy review, it is proposed that this strict interpretation may not be consistent with the current competition policy aims and objectives.

Keywords: *European Champion, Merger, Foreign Subsidy, State Aid, Public Policy*

*Markus Porkka is an LL.M. candidate at Lund University, Faculty of Law, currently writing his Master's thesis on killing acquisitions in the digital sector. Mr. Porkka focuses his research activity primarily on European commercial law inter alia including topics such as competition law, M&A, digital markets, and algorithmic collusion. This paper is based on the author's course paper.

1 Introduction

1.1 Background

Some of the larger EU Member States have for a long time pushed for loosening merger control rules to allow the formation of so-called “European champions”. This ill-defined term lacks any official description, but for the purposes of this paper these entities can be understood as “*firms given favourable treatment by the state to help them maintain a dominant presence in the home market and a competitive share in the world market*”.¹ The Commission considers them problematic not because of their size but due to the distortion of the internal market this *favourable treatment* may cause. For example, during an acquisition process a subsidized company is capable of overpaying for acquisition and thus crowding out a potentially more efficient competitor without similar additional resources. This can lead to an expansion of these less efficient subsidized companies at the expense of non-subsidized companies. The result is a loss of effectiveness and higher prices, both which are detriments to the consumer welfare.² Currently, the Commission employs state aid control and merger control among other similar tools to ensure that this kind of distortion of the EU’s internal market does not take place. It has earned high praise both from domestic and foreign stakeholders for ensuring a competitive playing field.³

If that is the case, why would certain Member States passionately push for reforms which entail counterproductive results? In the Siemens/Alstom case, the Commission prevented the biggest railway companies in France and Germany from merging, causing a storm of heavy criticism. This culminated in a so-called “Franco-German manifesto”, where advocates of the merger claimed that the Commission had failed to assess the competitive distortions caused by foreign subsidies received by a Chinese competitor and the merger

¹ Susan Strange, *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge University Press 1996, p. 47. The description is given to “national champions”. This paper sees them as a synonym to European champions as the only practical difference is the EU-wide dimension of the latter.

² Gerd Schwarz – Benedict Clements, *Government subsidies*. *Journal of Economic Surveys* 13(1) 1999, p. 129–130.

³ Levy et. al 2019, p. 1–2.

rules were not equipped to consider political realities.⁴ In other words, the Commission utilized a narrow market definition by excluding China.⁵ To counter this, the loosening of the merger rules and a proposal to allow the Council to intervene when it was politically expedient was brought up.⁶ The advocates insisted that in a worldwide market “*the size matters*”⁷ and pointed out that many foreign competitors are heavily subsidized, such as the cases’ Chinese competitor CRRC.⁸ They continued that while the Commission had strong measures to take against European companies that would receive favourable treatment from their respective EU Member States, there was little it could do against foreign businesses that received those subsidies outside the internal market. This results in an uneven competitive playing field both in domestic and worldwide markets.

The Commission recognized this regulatory gap and agreed that making amendments was necessary.⁹ For this purpose, it brought up new tools, such as the foreign direct investment directive (FDI) in 2019 and a proposal for the new anti-subsidy regulation in 2021. It has also proposed a new amendment to merger control and ordered an assessment of the market definition notice from a separate consultant group. However, there is no concession to the demands of the Franco-German manifesto. These new tools would allow the Member States to refer cases under the thresholds to the Commission¹⁰, per-

⁴ Federal Ministry for Economic Affairs and Climate Action, A Franco-German Manifesto for a European industrial policy fit for the 21st Century, 2019 p. 2–3. <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/F/franco-german-manifesto-for-a-european-industrial-policy.pdf>, Accessed 10 January 2022.

⁵ Commission Decision 921/2019: Declaring a concentration to be incompatible with the internal market and the functioning of the EEA Agreement (Case M.8677 Siemens/Alstrom), para 24.

⁶ Federal Ministry for Economic Affairs and Climate Action 2019 p. 2–3. They claim that it would be limited to “...*well-defined cases, subject to strict conditions*”, but this kind of ill-defined language leaves it open for multiple interpretations. It would probably refer to any case where similar policy considerations would take preference.

⁷ Alex Nourry – Dani Rabinowitz, European champions: what now for EU merger control after Siemens/Alstom?. *European Competition Law Review* 2020, p. 3.

⁸ Federal Cartel Office CRRC/Vossloh Locomotives, decision 27.04.2020, B4-115/19, p. 1.

⁹ European Commission 05.05.2021, Commission proposes new Regulation to address distortions caused by foreign subsidies in the Single Market, Press release 05.05.2021. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1982, Accessed 5 January 2022.

¹⁰ Commission Communication COM(2021) 1959 final: Commission Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases.

mit state aid if the competitors are found to be benefiting from foreign subsidies¹¹, and subject the foreign businesses to a similar merger control procedure if they desire to operate in the internal market,¹² but do not include legislative steps which would change how the market definition is conducted, or allow the industrial policy considerations during mergers. The Commission seems to solely tackle the distortion of the internal market caused by foreign subsidies – or at least tries to, and it remains to be seen – but leaves unaddressed the global situation where European companies face subsidized foreign companies in the worldwide market.

This is the root cause of the problem that remains unresolved. European companies lose against the less effective companies that are subsidized by their respective home countries as the EU Member States are unable to provide them with similar support. Other countries have incorporated industrial policy considerations in their respective merger controls which causes a potential spill-over effect in the EU internal market.¹³ The amount of subsidized foreign companies in the EU has steadily increased, leading to potential consumer harm. The problem is EU-wide, and for this reason the Commission has a legal obligation to act.¹⁴ The EU is pushing for reformation of international instruments such as WTO agreements, but this is likely to take time.¹⁵ The Franco-

¹¹ Commission proposal COM(2021)223 final: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market.

¹² COM(2021)223 final.

¹³ Alex Nourry – Dani Rabinowitz, European champions: What now for EU merger control after Siemens/Alstom?. *European Competition Law Review* 2020, p. 120. The following section especially is especially very eye-opening: *“Article 21 of the Investment Canada Act 1985 provides that the Minister of Innovation, Science and Economic Development may permit qualifying transactions only insofar as they are likely to be of net benefit to Canada. The factors in this assessment include, among others, the impact on employment, industrial efficiency, compatibility of the investment with national industrial policies, and the contribution of the investment to Canada’s ability to compete in world market...”* *The Chinese merger control regime includes the objective of “promoting the healthy development of a socialist market economy” and the emergence of Chinese firms to compete more effectively with foreign multinationals... the State Administration for Market Regulation (SAMR) may sanction a merger with serious anti-competitive issues if “there is evidence that it will be in the public interest...”*

¹⁴ Staff Working Document SWD(2021) 99 final: Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market, para 36. *“In any event, there seems to be a need for action at EU level. Subsidies cause distortions on the internal market including in the context of acquisitions of EU targets and of public procurement. The situation is comparable to State aid granted by EU Member States.”*

¹⁵ *Ibid.*, p. 5, 29.

German manifesto argues that this should be pursued simultaneously with merger rules modifications for that reason.¹⁶

This as the background, it is the opinion of this paper that the Commission falls short from its aim despite the best efforts of the legislators. This raises the question, would the amendments proposed by advocates of the Franco-German manifesto improve the situation? Among other things, they claim that the narrow market definition applied by the Commission prevents the European companies from reaching the necessary mass they need to compete against the global companies benefiting from foreign subsidies.¹⁷ As the Commission has not been able to effectively tackle this problem and is unlikely to do so in near future due to its deeply held reservations,¹⁸ it seems appropriate to consider the other side of the coin. There exists multiple authorities that claim the European champion is a necessary countermeasure in addition to studies that conclude that it would be beneficial for the consumer welfare.¹⁹ Based on this, it seems a worthwhile enterprise to study whether there exists a possibility to enact these measures in the first place. Maybe it is true that at this point it is necessary to adapt the tactics of foreign competition and fight fire with fire.

1.2 Purpose and research question

This paper is going to research whether the arguments advanced by advocates of the Franco-German manifesto have any merit. More specifically, the purpose is to determine whether making necessary amendments to allow the formation of a “European champion” as advanced by the Franco-German manifesto is feasible in light of the Union’s current competition policy aims and objectives. To this end, the Commission’s latest competition policy review will be used to determine its views.

¹⁶ Federal Ministry for Economic Affairs and Climate Action 2019 p. 5.

¹⁷ Philip Lowe, Preserving and Promoting Competition: A European Response. Competition Policy Newsletter 2006, p. 4.

¹⁸ European Political Strategy Centre, EU Industrial Policy After Siemens-Alstom: Finding a New Balance Between Openness and Protection 2019, para 4.

¹⁹ Franco Mosconi, The Single Market and the development of "Europeans champions", University of Parma 2022.

To fulfil the purposes of this paper, the following research question will be answered:

- In light of the Union's competition policy aims and objectives, do the current merger rules prevent the formation of the European champion as claimed by the Franco-German manifesto?

In order to answer the research question, the following sub-questions will be addressed:

- 1) How to define the "European champion" that should be fostered?
- 2) Is the geographical market defined too narrowly without adequate consideration for worldwide competition?
- 3) Is the timeframe used to determine the existence of 'potential competition' too short?
- 4) Is it possible to include the 'veto right' to the EU Merger Regulation as envisioned by the Franco-German manifesto? If not, is there something else that can be done?

The Franco-German manifesto advocates for revisiting the existing rules to "*take into account industrial policy considerations in order to enable European companies to successfully compete on the world stage*"²⁰ and points out that there exist only five European companies in the list that includes the top 40 biggest ones in the world – in other words, it proposes a fostering of European champions. To achieve this end, it seeks to update the current merger guidelines to "*take greater account of competition at the global level, potential future competition and the time frame... to give the European Commission more flexibility when assessing relevant markets*".²¹ These will be as a part of the response to the sub-questions two and three. As the Commission has already acknowledged that competition at the global level is a concern,²² it will not be separately investigated.

Lastly, the Franco-German manifesto asks for "*greater consideration of the state-control of and subsidies for undertakings within the framework of merger control*".²³ It proposes a possibility for a right of appeal to the Council which could "*override Commission decision... in well-defined cases*". The need for this will be researched in the context of a fostering of European champions. As the Franco-German manifesto does not clarify what other changes

²⁰ Federal Ministry for Economic Affairs and Climate Action 2019 p. 4.

²¹ Ibid.

²² European Commission 2021.

²³ Federal Ministry for Economic Affairs and Climate Action 2019 p. 4.

should be included to the merger control, this paper utilizes a recent supporting piece²⁴ by Alex Nourry and Dani Rabinowitz for possible considerations. With this research as a backdrop it is possible to answer the research question and fulfil the purpose of this paper.

1.3 Methodology and limitations

This subject is a complicated intersection between legal, economic, and political considerations, and for this reason it is appropriate to call this somewhat traditional qualitative research. However, on its legal aspects this paper utilizes a legal dogmatic method. This is done in parallel with the political and economic analysis when required. The legal dogmatic method uses sources of law to solve a legal problem by applying a rule of law to it. It can be further understood with the concepts of *de lege lata* – an inquiry into the law with an aim to describe the law as it is – and *de lege ferenda* – an aim to solve a problem with a justified recommendation.²⁵

In terms of materials, the legal dogmatic method usually employs generally accepted sources of law, such as legislation and case law. As our interests lie in the context of EU law, the primary law (such as the Treaties), general principles of law and secondary law will be considered, out of which especially the EU Merger Regulation is worth to highlight as relevant. Article 17 of the Treaty on European Union (TEU) endows the Commission with power to make rules, regulations, and guidelines regarding the EU's competition policy. For this reason, its latest published competition policy objectives will serve as a guiding tool. This is also called a teleological construction,²⁶ an interpretation of a provision in light of its aim.²⁷

²⁴ Nourry – Rabinowitz, 2020.

²⁵ Aleksander Peczenik, Legal doctrine and legal theory. In: Roversi – Corrado (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, p. 814–842, . In this paper, the reader can see this practically applied when the law is first described in relation to the research question (*de lege lata*) which is then used as a necessary foundation when formulating a recommendation in the light of Union's competition aims to the problem (*de lege ferenda*).

²⁶ Aleksander Peczenik, Legal doctrine and legal theory. In: Roversi – Corrado (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, p. 24.

²⁷ The Commission bases its opinions on a soft law instruments such as impact assessment and staff assessment reports, which will be studied for more comprehensive understanding.

2 Union's competition rules and aims

The main objective of the EU's competition rules is to ensure the proper functioning of the internal market. The merger rules consist of a set of different regulations, but our sole interest is the EU Merger Regulation.²⁸ The Commission has published a Market Definition Notice²⁹ and Guidelines³⁰ to give a better understanding of the practical application.

The EU merger rules will apply to mergers of both domestic and foreign companies in the EU internal market area if the annual turnover of the combined businesses exceeds specified thresholds. The objective is to maximize consumer welfare through increased efficiency and minimize the harmful effects on competition. What this practically means can be found from the Commission's latest review on its competition policy, "*A competition policy fit for new challenges*".³¹ This will serve as this paper's basic foundation for understanding the Union's current paradigm regarding its competitive aims and objectives. These include advancing the creation of a green, digital and resilient single market.³² The review emphasizes the importance of ensuring fair competition in all sectors "*to enable European firms to reach efficient scale in the face of global competition*".³³ This can be seen as a small nod to those advocating for European champions – as long the result is not to the detriment of consumers.

3 Definition of a 'European champion'

As stated before, the "European champion" lacks proper definition. Even its advocates have not properly described it and the term is very loosely used. This paper needs to cover not only the base definition but also the broader semantics of the term before addressing the more technical aspects to understand what the Commission is expected to foster.

²⁸ Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings. This is the limitation placed by the Franco-German manifesto, and thus other considerations fall out of the scope.

²⁹ Commission Notice 97/C 372/03: The Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law.

³⁰ Commission Guideline 2004/C 31/03, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings.

³¹ Commission Communication COM(2021)713: A competition policy fit for new challenges.

³² *Ibid.*, p. 6.

³³ Commission Communication COM(2021)713, p. 3.

In the Franco-German manifesto, the advocates referred to a statistic which ranked the 50 biggest companies worldwide – presumably, based on their revenue.³⁴ This implies that they consider only those European companies found from the list significant enough to be called a “European champion”. The broader context would also suggest these “European champions” would enjoy a favourable treatment from the Commission in a similar fashion to the national champions that are subsidized by their home countries. For example, in the Siemens/Alstom case, the proponents of the merger insisted on the policy point that the merger was necessary due to the subsidized competition from a Chinese state-owned company CRRC, expecting the Commission to give a clearance without need for remedies.³⁵ It was only at the last possible moment when they offered concessions.³⁶ For this reason, the introduction’s definition regarding national champions by Susan Strange seems to capture all necessary aspects as envisioned by the architects of the Franco-German manifesto and thus is well-suited as a definition.

Then, what would be the necessary qualities in a company to justify favourable treatment in light of the Union’s competition aims? “*Effective competition*” is constituted by low prices, high quality products, a wide selection of goods and services, and innovation.³⁷ As the EU’s competition policy is to foster effective competition,³⁸ the companies that promote these effects should also be considered as potential beneficiaries. Using this and the research by the think tank Bruegel as a basis, it can be extracted that even small companies with high innovative properties can be champions that should be fostered even if they lacked in revenues or market shares³⁹. The architects of the Franco-German

³⁴ Federal Ministry for Economic Affairs and Climate Action 2019, p. 3. The architects of Franco-German manifesto do not specify their source, but a number of European companies they use corresponds amount found in Fortune Global 500 statistic 2019. Other famous statistics such as Forbes’ Global 2000 have more variation. This is probably because they include attributes such as assets, market value, sales and profits. However, the basic premise is not changed whichever is used.

³⁵ Commission Decision 921/2019.

³⁶ Bernard Amory et al, Beyond Alstom-Siemens: Is there a need to revise competition law goals?. *Concurrences* 4 2019, p. 5.

³⁷ Commission Guideline 97/C 372/03.

³⁸ COM(2021)713, p. 19. “...may not secure European firms’ competitiveness if fair competition is not also assured on the global stage. Openness requires fairness abroad as well as at home.”

³⁹ Mathew Heim – Catarina Midoes, 26.07.2019, European champion-ships: industrial champions and competition policy. <https://www.bruegel.org/blog-post/european-champion-ships-industrial-champions-and-competition-policy>, Accessed 10.01.2022.

manifesto probably did not consider all of this, but these aspects are bound to be relevant to the Commission's assessment.⁴⁰

Lastly, to distinguish the correct targets, it is relevant to define "European". The ownership of market shares by EU citizens could be considered a possible determining factor as it would not make sense for the Commission to favour companies where the majority owners are foreign shareholders outside of its reach.⁴¹ However, the company is under full EU regulation if it establishes its headquarters inside the EU's territory, making it easier to supervise that the Union's policies are implemented.⁴² In light of the Union's competition aims,⁴³ it makes this a more compelling criterion for the purposes of this paper.

4 Analysis of the merger rules

The Franco-German manifesto's claim can be divided loosely into two sections, considerations regarding the merger guidelines and the revamping of the EU Merger Regulation. In this chapter, the former will be addressed by answering the sub-questions regarding the market definition and the timeframe. The latter will be addressed by answering the final sub-question regarding the inclusion of the 'veto right'.

4.1 The scope of the market

Market definition is a tool to define the boundaries of competition between firms.⁴⁴ Is this tool employed too narrowly to account for worldwide competition when defining the geographic market? The defenders of the Commission's restrictive approach emphasize that the investigations are conducted on a case-by-case basis in cooperation with industry stakeholders based on a

⁴⁰ COM(2021)713, p. 17. *"For its assessment of mergers, the Commission takes a number of factors into account such as price, quality, choice and innovation..."*

⁴¹ Heim – Midoes 2019.

⁴² Additionally, they are obligated to respect the Union's aims regarding values such as the sustainability and transparency. These principles have been incorporated into the competition goals in the latest competition policy review from the Commission. It should be also noted that both Siemens and Alstom were European companies with their headquarters in France and Germany, indicating that view of this kind was also the understanding of the architects of Franco-German manifesto.

⁴³ This makes them direct subject to EU's environmental and competition regulation. This is desirable in the light of Union's competition objectives such as sustainability and transparency.

⁴⁴ Commission Notice 97/C 372/03, para. 1.

factual and empirical exercise⁴⁵ - “*the markets define themselves*”.⁴⁶ The Commission evaluation results support this view. It finds that the Notice succeeds in the assessment of geographic markets even in the context of globalization.⁴⁷ The global market as one of the plausible markets in the Commission’s evaluation considerations has risen to 30% between 2005–2018, from 20% in 1992–2004, demonstrating its flexibility, contrary to the claims of the Franco-German manifesto.⁴⁸ However, even though the market definition allows the Commission to take into account the new developments of the worldwide competition, critics point out that the Notice should define global markets explicitly, especially in the context of digitalization and rapidly evolving markets.⁴⁹ The Commission is certainly liable to periodical mistakes, and it seems to at least fail to consider the political initiatives and foreign subsidizes.

For example, in the Siemens/Alstom case, it determined that the CRRC did not exercise a competitive constraint in the EEA “*on a standalone basis and its entry into the EEA did not appear likely*”.⁵⁰ However, the CRRC entered the European markets on 26 August 2019 by acquiring Vossloh AG, undermining the Commission’s assessment.⁵¹ It should be noted that the FCO found that CRRC’s access to financial resources was exceptional due to heavy subsidizes it received from China.^{52,53} This paper considers it very relevant to emphasize that the CRRC’s intention was already possible to determine at the stage the Commission excluded China from its scope.

⁴⁵ European Commission 01.03.2015, Competition policy brief: Market definition in a globalised world, p. 3, 5. https://ec.europa.eu/competition/publications/cpb/2015/002_en.pdf, Accessed 10.01.2022.

⁴⁶ Amory et. al 2019, p. 7-8.

⁴⁷ Commission Notice 97/C 372/03.

⁴⁸ Ibid., p. 43.

⁴⁹ Commission Notice 97/C 372/03, para 1.

⁵⁰ Commission Decision 921/2019, para 522, 536.

⁵¹ Federal Cartel Office B4-115/19.

⁵² Ibid., p. 61.

⁵³ COM(2021)223 final, para 17.

This is because China's main strategies "*Belt and Road Initiative*" was launched already in 2013 followed by "*Made in China 2025*" in 2015, and as the Locomotive manufacturer Vossloh AG was a potential strategic target.⁵⁴ The reason why the Commission failed to consider this is not clear. However, it can be speculated that it does not consider political initiatives when defining the market as they are not concern "*from a competition point of view*".⁵⁵⁵⁶

This seems to somewhat confirm what the advocates for Siemens/Alstom merger claimed. The Commission is not required to consider potential competition when defining the geographical market, and even if it does, it seems ill-equipped to assess political initiatives and the subsidized global competition. The CJEU's case-law explains that in order to establish the existence of potential competition, the Commission needs to ensure that; "*...given the structure of the market and the economic and legal context within which it functions, there are real concrete possibilities for the undertakings concerned to compete among themselves...*"⁵⁷ Not only is this a high bar, it seems unlikely that the Commission would factor political initiatives as this kind of competitive constraint when defining the market.⁵⁸ Based on this and the views that

⁵⁴ European Court of Auditors, The EU's response to China's state-driven investment strategy 2020, Review 3, p. 16–30. The Second Belt and Road Forum for International Cooperation, 28.04.2019, Xi Jinping Chairs and Addresses the Leaders' Roundtable of the Second Belt and Road Forum for International Cooperation (BRF) 2019, <http://www.beltandroadforum.org/english/n100/2019/0429/c22-1392.html>, Accessed 05.01.2021. FCO cleared it anyway as assessing those factors was outside the mandate of the competitive assessment of acquisitions. It should be emphasized that both China's political initiatives encourage Chinese private companies to invest in strategic sectors abroad, such as building transport and energy infrastructure, enhancing trade and developing digital networks and economic corridors.

⁵⁵ Commission Notice 97/C 372/03, para 4.

⁵⁶ OECD 2021, Concept of potential competition: OECD Competition Committee Discussion Paper 2021, p. 9. <https://www.oecd.org/daf/competition/the-concept-of-potential-competition.htm>, Accessed 11.01.2022. This kind of a 'potential competition' can be understood loosely as "*a competitive constraint on a firm's behaviour that might potentially arise, but has not yet actually done*".

⁵⁷ CJEU joined cases T-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94 (European Night Services and Others v. Commission), judgment 15.09.1998, ECLI:EU:T:1998:198. CJEU T-461/07 (Visa v. Commission), judgment 14.04.2011, ECLI:EU:T:2011:181.

⁵⁸ Commission Notice 97/C 372/03, para 14. It is not specified what kind of additional factors are analysed: "*... from potential competition are in general less immediate and in any case require an analysis of additional factors. As a result such constraints are taken into account at the assessment stage of competition analysis.*" However, its practice and views (as will be later elaborated) indicate its focus is very narrowly only on the economic considerations. Political initiatives would thus likely be out of the Commission's scope.

various commissioners hold,⁵⁹ the Commission seems to consider economic aspects at the expense of other factors. As previously pointed out, the commissioners see this kind of “fair” approach as a strength that ensures effective competition.⁶⁰ However, the reluctance to consider political factors may make it blind to politically motivated moves, which may have ended up being the case here.⁶¹

However, in more recent judgements, the CJEU has stated that “*a firm intention and an inherent ability to enter the market can be assessed by determining... whether the manufacturer had taken sufficient preparatory steps to enable it to enter the market...*”⁶² From this line of case-law it can be extracted that despite its seeming reluctance, the Commission is under legal obligation to consider previously mentioned factors such as China’s political initiatives. For example, it can be argued that for the CRRC, as a state-owned enterprise, the existing strategic guidelines demonstrate a sufficient preparatory step for entering the market.⁶³ However, to consider this would require an early analysis on the potential worldwide competition. The current wording does not mandate this, and for this reason seems ill-suited in the light of these newer judgements.

This paper concludes that despite the Commission being capable of assessing the evolving worldwide markets, its current approach may lead to mistakes at

⁵⁹ Levy et al 2019, p. 1–2.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ It remains unclear whether the Commission would be able to include the foreign subsidies of a potential competitor in the “*economic and legal context*”. Neither the Guidelines or the Market Definition Notice specifically talk about the foreign subsidies or subsidized competition, but it is hard to see how the subsidies are not both economic and legal in nature despite not being explicitly mentioned. Thus, the CJEU’s wording is broad enough to allow inclusive interpretation as well, but it has yet to see further development to enable drawing this conclusion. It can be speculated that the Commission is reluctant to address this area because the foreign subsidies are also deeply politically motivated. This would force it into an unfamiliar territory and jeopardize its hard-earned status as a fair supervisor.

⁶² OECD 2021, p. 49. CJEU C-586/16 (Sun Pharmaceutical v. Commission), judgment 25.03.2021, ECLI:EU:C:2021:241. CJEU C-588/16 P (Generics v. Commission), judgment 25.03.2021, ECLI:EU:C:2021:242. CJEU C-591/16 P (Lundbeck v. Commission), judgment 25.03.2021, ECLI:EU:C:2021:243. CJEU C-601/16 P (Arrow v. Commission), judgment 25.03.2021, ECLI:EU:C:2021:244. CJEU C-611/16 P (Xellia Pharmaceuticals and Alpharma v Commission), judgment 25.03.2021, ECLI:EU:C:2021:245. CJEU C- 614/16 (Merck v. Commission), judgment 25.03.2021, ECLI:EU:C:2021:246.

⁶³ As a state-owned company CRRC had the excess capacity to conduct the acquisition due the foreign subsidies it had received from the Chinese state authorities, establishing a clear financial incentive to follow the Chinese political initiatives.

the expense of EU consumers and businesses. The newest developments found in the CJEU's case law should be incorporated into the wording. It would be beneficial to make it mandatory to consider the potential competition at least when there is a "*real and concentrate possibility*" for the foreign competitor to enter the EU market. The current criterion seems too limiting as it only considers the potential competition if there are worries "*from a competition point of view*". This may potentially lead to missing things such as political initiatives. In addition to the previously established, the subsidized foreign competition is not specifically addressed either in the Guidelines or the Market Definition Notice. These instruments would benefit from modifications which would incorporate clear instructions on how to deal with them. This change would be consistent with the Union's current competition aims and objectives.⁶⁴

4.2 The timeframe

The central claim of the Franco-German manifesto was that the timeframe of an entry for a potential competition should be modified to allow for "*more flexibility*". This implies it should be lengthened. Currently, the potential competition is considered timely if it occurs "*within two years*."⁶⁵ It has been proposed that this should be considerably extended.⁶⁶ However, those defending the Commission's approach have countered to this by pointing out that despite the wording, the current framework does not prevent the Commission from enlarging the timeframe to assess potential competition. The Commission's evaluation results affirm this by concluding that the Commission is able to account for the evolving markets.⁶⁷ The case law seems to prove these claims as well. While in *J&J/Guidant*⁶⁸ the market entry of a potential competition was analysed at the most within two to three years, in *Medtronic/Covidien* and *Pfizer/Hospira* cases the Commission used a five-to-seven-year period timeframe.⁶⁹ This proves that the current wording does not prevent the Commission from considering the potential competition with a longer timeframe if necessary. However, it has been noted that these are so-

⁶⁴ COM(2021)713, p. 19. "*...may not secure European firms' competitiveness if fair competition is not also assured on the global stage. Openness requires fairness abroad as well as at home.*"

⁶⁵ Commission Guideline 2004/C 31/03.

⁶⁶ Amory et. al 2019, p. 7.

⁶⁷ Commission Notice 97/C 372/03.

⁶⁸ Commission Decision C(2005)3230: Johnson & Johnson/Guidant (Case M.3687).

⁶⁹ Commission Decision C(2014)9215: Medtronic/Covidien (Case M.7326) and C(2015)5639: Pfizer/Hospira (Case M.7559).

called “innovation” cases, meaning that the “potential competition” was stemming from pipeline products which were the reason for an extended time scope.⁷⁰ Yet it shows there exists a practical flexibility even under the current rules, though there are no instructions that obligate the Commission to use a longer timeframe with subsidized foreign competition.

For this reason, the current wording is not restricting in a way that the architects of the Franco-German manifesto feared. If anything, it can be seen as too broad. It seems problematic from a legal point of view that there exists an asymmetrical approach on how the timeframe is determined. For this reason, it is very hard to predict beforehand how the Commission will assess the potential competition. For example, in the Siemens/Alstom case the Commission mostly relied on disparity of a stakeholder opinion with partly opposing takes.⁷¹ The reason for the outcome was deemed the untrustworthiness of Siemens and Alstom, not any well-established approach regarding foreign subsidized competition. While understandable from a practical point of view – these probably must be handled case-by-case basis – it is still detrimental to legal certainty, one of the general principles of the European Union. Reformulating the wording with a definite timeframe for cases where there is found to exist a potential competition with a non-EU dimension could be a potential improvement. This would be justified by the fact that the foreign investment and suspected subsidized acquisitions have steadily risen.⁷² This would not only be consistent with the EU’s general principles, but also its current competition aims and objectives.⁷³

4.3 Revamping of the EU Merger Regulation

The current state of the EU Merger Regulation does not favour the formation of a European champion as defined by this paper, but not necessary because of the formulation of legal wording. The Commission's Executive Vice-President Margrethe Vestager has stated "*they can't build those (European) champions by undermining competition... businesses do best when they can compete on a level playing field*".⁷⁴ According to critics, the Commission has mul-

⁷⁰ Amory et. al 2019, p. 8.

⁷¹ OECD 2021, p. 37.

⁷² COM(2021)223 final, para 29.

⁷³ COM(2021)713, p. 19. "...may not secure European firms' competitiveness if fair competition is not also assured on the global stage. Openness requires fairness abroad as well as at home."

⁷⁴ European Commission 09.01.2019, The champions Europe needs: Speech at WELT Econ. Summit. <https://ec.europa.eu/newsroom/comp/items/642222>, Accessed 09.01.2022.

multiple times intervened “to prevent the creation of what would have been national or European champions”.⁷⁵ This demonstrates very strict standards that exclude any kind of favourable treatment even in the face of an unfair worldwide competition where other countries openly take the opposite approach.⁷⁶ This is the reason why the Franco-German manifesto proposed the inclusion of a right of appeal to the Council – it is not the legislation that prevents European champions but the Commission’s restrictive interpretation of it. Is this approach correct in light of the Union’s competition policy aims and objectives? Those defending the current practice are afraid that the inclusion of the right of appeal would permit the Council to override the Commission’s decisions to push the industrial policy in a detrimental manner.⁷⁷ The proponents of European champions argue that these fears are unfounded and point out that a possibility for the Council to interfere in the EU competition law procedure already exists under Article 108(2) of the TFEU. As they describe it, “this represents a sort of ‘safety valve’ ... with the object of allowing Member States to override the Commission’s point of view, for political reason”.⁷⁸ Thus, there is an existing precedent what to imitate.

However, those against the European champion have contested this point by explaining that Article 108(2) only enables the unanimously acting Council to decide that the state aid is compatible prior to the Commission’s investigation is concluded. This is further restricted by the fact that it can only occur “under the presence of extraordinary or exceptional circumstances”.⁷⁹ For this reason, it cannot be compared with the effective “veto right” that the Franco-German manifesto is proposing.⁸⁰ They continue by stating that the inclusion of a veto right may require an amendment to the TFEU. Article 103 TFEU only provides the CJEU and the Commission with power to enforce competition law. A strict interpretation would thus require a separate amendment for the inclusion of

⁷⁵ Nourry – Rabinowitz, 2020, p. 1. They refer to cases “*Aerospatiale-Alenia/de Havilland (1991)*; *Airtours/First Choice (1999)*; *Volvo/Scania (2000)*; *Tetra Laval/Sidel (2001)*; *Schneider/Legrand (2002)*; *Ryanair/AerLingus (2007)*; *Deutsche Börse/London Stock Exchange Group (2017)*.”

⁷⁶ *Ibid.*, p. 119-120. “Article 21 of the Investment Canada Act 1985 provides that the Minister of Innovation, Science and Economic Development may permit qualifying transactions only insofar as they are likely to be of net benefit to Canada... The Chinese merger control regime includes the objective of “promoting the healthy development of a socialist market economy.”

⁷⁷ Amory et. al 2019, p. 8.

⁷⁸ Ortiz Blanco, *EU Competition Procedure*, Oxford University Press 2000, para. 21, 97.

⁷⁹ Amory et. al 2019, p. 8.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 8.

the Council.⁸¹ The proponents of a European champion have countered this by pointing out that Article 21(4) exemption allows a Member State to provide defensive measures to protect its legitimate interests, enabling it even to block concentrations cleared by the Commission. If the ‘veto’ right would be legally infeasible to include, it could be enough to broaden this exemption rule to allow the Member States to clear concentrations under similar public interest grounds, “*one of which could be industrial policy*”.⁸² This would make the Merger Regulation internally more consistent as well.

It is the opinion of this paper that a ‘veto right’ as envisioned by the Franco-German manifesto is simply neither politically⁸³ nor legally feasible. As feared by the Commission, it would probably damage the EU’s reputation in a way which would repel potential foreign businesses, and thus be detrimental to consumers and the Union’s competition aims. Additionally, the legal modifications can be divisive and are unlikely to achieve consensus, while simultaneously encountering potential legal hurdles as previously laid out. However, the possibility to make an adjustment to Article 21(4) to allow Member States to clear EU-wide concentrations on public policy grounds – such as the industrial policy - could be an interesting compromise. If it would mirror the present defensive capabilities under Article 21(4), these clearings would always have to be proportionate and compatible with EU law, placing some basic restrictive rules to prevent abuse. Taking clues from the state aid rules, it could be formulated in a way which makes it only conditional to “*the presence of extraordinary or exceptional circumstances*”. The Commission could utilize its extensive experience with state aid rules to determine what those circumstances are. This way it would still be in possession of the ultimate regulatory power. Yet it would entail a need to have a dialogue with Member States which would have a chance to express their policy worries. This compromise would make every side unhappy, but it would enable the fostering of a European champion without making a drastic change that could potentially result in consumer harm.

⁸¹ Amory et. al 2019, p. 9. It is noteworthy that they admitted that other interpretation of this provision is certainly possible. It could understood to only concern antitrust rules.

⁸² Nourry – Rabinowitz, 2020, p. 2.

⁸³ Dutch, Swedish, Belgium, Finnish, Danish, and Portuguese governments have all spoken out publicly against the Manifesto. e.g. Dutch Government 15.05.2019, Position paper: Strengthening European competitiveness, <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2019/05/15/position-paper-strengthening-european-competitiveness>, Accessed 10.01.2021.

However, this would necessarily entail the inclusion of the political element to the EU Merger Regulation and make it subject to potential abuse despite the previously mentioned requirements regarding proportionality and compatibility with the EU-law. For example, in the BSCH/Champalimaud case, the Portuguese authorities froze Champalimaud's assets to block the acquisition without clarifying the public interests they tried to protect.⁸⁴ While eventually the Commission adopted an infringement decision against Portugal, this demonstrates that the Member States are not above of utilizing Article 21(4) to protect their national interests and to hinder a legitimate acquisition process. The proposed mechanism would certainly endure similar abuse. Thus, it must be formulated very carefully after an extensive cost-benefit analysis has been conducted.

This proposal begs for a broader conversation about the elephant in the room, giving Member States a voice during the assessment procedure and the inclusion of policy objectives to the EU Merger Regulation. The Commission has strongly rejected the pressure for any changes, claiming that the Council and Member States are lacking in necessary technical competition law experience. But so is the Commission lacking in political experience. For example, it could be argued that Member States are in a better position to assess the impact of political initiatives as seen with the Siemens/Alstom case. Cooperation between different authorities seems needed when both lack expertise in their respective fields. This is to ensure the Union's competition aims and objectives can be achieved, consistent with the Commission's current policy goals.⁸⁵

5 Conclusion

The aim of this paper, compared to other takes on the topic, is to examine whether the Commission's latest policy review would provide grounds for fostering a European champion as laid out by the Franco-German manifesto. The architects of the manifesto claimed that the EU's merger rules need to be changed to allow this to occur. It has been concluded that they are correct on

⁸⁴ Commission Decision 03/08/1999: Relating to a Proceeding Pursuant to Article 21 of Council Regulation 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between (Case IV/M.1616 - BSCH/A. Champalimaud), p. 9–10.

⁸⁵ COM(2021)713, p. 3. *"All this calls for strong and effective competition policy and enforcement, to give the European economy the agility to mount the recovery path and meet its twin green and digital ambitions in a sustainable, socially and territorially inclusive manner. To achieve this in the European Union, the Commission works hand in hand with Member States' national competition authorities and under the scrutiny of Union Courts."*

a superficial level, but not necessarily on a deeper one. The merger rules are flexible enough to allow broader interpretation, which enables the Commission to consider evolving global markets when defining its scope. The same is true for when determining the timeframe – if anything else, the current wording is too broad in a way, which may lead to some legal uncertainty. A similar assessment is achieved by studying the EU Merger Regulation. Thus, a formation of a European champion is not technically prohibited – however, it is certainly hindered.

The Commission made a mistake in the Siemens/Alstom case when determining the geographical scope. It dismissed claims by Siemens and Alstom regarding a Chinese competitor CRRC, which against its prediction entered the European market. It is the opinion of this paper that this was not difficult to predict in light of the Chinese political initiatives and ambitions. This indicates that the Commission lacked the policy-level understanding that the advocates of the merger – such as France and Germany – had. The case law highlights that its interests are mostly economic in nature, which may make it liable to similar future mistakes. Thus, the wording should be changed to reflect the current competition policy goals and the CJEU's judgements. An extended entry timeframe for potential competition with a non-EU dimension should be considered. This would benefit foreign competitors as well, in the form of legal certainty. It could be justified in light of growing acquisitions and investment by these subsidized foreign businesses.⁸⁶

It is the opinion of this paper that the proposed 'veto right' is impossible due to both the legal challenges and political opposition. It used a proposition by Alex Nourry and Dani Rabinowitz to formulate a less intrusive alternative using Article 21(4) as the basis. However, even this is unlikely to be implemented unless a common understanding is achieved on how the assessment is conducted. The Commission has rejected any inclusion of industrial policy so far, but such a strong stance seems counterproductive in light of the Union's current competition objectives. European champions can result in a more efficient competition and thus benefit consumer welfare.⁸⁷ Simultaneously, this approach of not considering the EU's industrial policy goals may be to the detriment of these same consumers. While the Commission has acknowledged

⁸⁶ COM(2021)713, p. 3, "... Europe needs a strong and resilient Single Market that... enables businesses of all sizes to get the most out of Europe's scale and achieve scale themselves to better compete in a globalised economy. It needs to... meet demand of European businesses and consumer in a timely fashion".

⁸⁷ Mosconi 2022.

the global, somewhat unfair competition playing field, it has no solutions to the competition from outside of the internal market. There is no need to adopt the measures proposed by the Franco-German manifesto and its advocates if this were to change. The restrictive approach is in a way hindering the Union's competition goals and aims. By fostering European companies to become European champions, the Commission would gain powerful vehicles to push forward its objectives like sustainability and transparency. Currently, the worldwide market is dominated by Asian and US corporate giants that lack similar regulatory framework as in Europe. Fostering European champions to take on these behemoths would simultaneously benefit EU consumers and fulfil the Union's competitive objectives on a global scale.

Onko Euroopan unionilla toimivalta säätää riittävistä vähimmäispalkoista?

Does the European Union have the competence to regulate adequate minimum wages?

Elias Törrönen *

Abstrakti

Euroopan komissio antoi lokakuussa 2020 direktiiviehdotuksen riittävistä vähimmäispalkoista. Ehdotuksen perusteluiden mukaan direktiivillä pyritään estämään köyhyyttä, pienentämään palkkaeroja sekä edistämään sosiaalista yhteenkuuluvuutta. Ehdotus perustuu Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 153 artiklan 1 kohdan b alakohtaan. Direktiivin oikeusperusta on herättänyt kriittistä keskustelua unionin toimivaltaa koskien. SEUT 153 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan unioni tukee ja täydentää jäsenvaltioiden toimintaa työehtojen alalla. Kriittikki kohdistuu erityisesti artiklan 5 kohtaan, jonka mukaan sitä ei sovelleta palkkoihin.

Tässä artikkelissa tarkastellaan unionin toimivallan rajoja palkkasääntelyyn SEUT 153 artiklan näkökulmasta. Artikkelii pyrkii määrittelemään, onko unionilla toimivalta säätää vähimmäispalkoista direktiiviehdotuksen mukaisesti. SEUT 153 artiklan 5 kohdan tulkintaan haetaan johtoa Euroopan yhteisöjen- ja unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, joissa ratkaistavana oleva kysymyksenasettelu on liittynyt SEUT 153 artiklan 5 kohtaan. Ratkaisuisa täsmennetään kohdan rajoituksen sisältöä. Ratkaisukäytännössä rajoituksen ei ole katsottu kategorisesti rajaavan toimivaltaa.

Keskeisen tekijän vähimmäispalkkoja koskevan unionin toimivallan määrittämisessä muodostaa ne keinot, joilla palkkaan kohdistuvat lainsäädäntötoimet aiotaan toteuttaa. Direktiiviehdotuksen tarkoituksena ei ole luoda yhdenmukaista, kaikkia jäsenvaltioita koskevaa vähimmäispalkkajärjestelmää, vaan antaa suuntaviivat vähimmäispalkkojen määrittämiselle jäsenvaltioissa, joiden puitteissa työstä saatava palkka riittää turvaamaan kohtuullisen elintason. Artikkelissa osoitetaan unionin tuomioistuimen SEUT 153 artiklan 5 kohtaa koskevan oikeuskäytännön pohjalta, että ehdotuksen mukaiset keinot säätää riittävistä vähimmäispalkoista sisältyvät unionin toimivaltaan. Artiklan 5 kohdan rajoituksen ei voida katsoa rajaavan unionin toimivaltaa, jos vähimmäispalkoista säädetään, kuten direktiiviehdotuksessa esitetään.

Asiasanat: *Vähimmäispalkka, toimivalta, Euroopan unioni, SEUT 153*

*The author is a law student at the University of Lapland, Faculty of Law. The article is based on the author's Bachelor's thesis.

Abstract

The European Commission presented a proposal for a directive on adequate minimum wages in October 2020. According to the explanatory memorandum of the proposal, the directive aims to, for example to prevent in-work poverty, reduce pay differentials, and promote social cohesion. The proposal is based on Article 153(1)b of the Treaty on the Functioning of the EU (TFEU). Legal basis of the proposed directive has raised criticism regarding the competence of the European Union. According to Article 153(1)b TFEU the Union shall support and complement the activities of the Member States, among other fields, in working conditions. The criticism is aimed specifically at paragraph 5 of the Article 153 TFEU. According to Article 153(5) TFEU, the provisions of this Article shall not apply to wages.

This paper clears the boundaries of the European Union's competence in the light of Article 153 regarding wages. This paper answers the question, does the Union have the competence to legislate adequate minimum wages according to the proposal? The answer to this question is found by methods of interpretation and systematization. The judgments of the Court of Justice of the European Communities and the Court of Justice of the European Union are used to interpret the scope of the Article 153(5) TFEU boundaries. In the judgments, the restriction laid out by paragraph 5 is not viewed to exclude the Union's competence categorically to legislate pay.

The legal actions by which the minimum wage was to be regulated are a key factor concerning the Union's competence. The proposal does not aim to set a uniform minimum wage across the EU. Instead, it aims to create guidelines for the Member States to legislate minimum wages in a way that the wage is adequate to secure a fair standard of living in a particular Member State. The paper is concluded by stating that the legislative actions of the proposal are within the competence of the Union if the minimum wages were to be regulated as proposed.

Keywords: *Minimum Wage, Competence, European Union, TFEU 153*

1 Johdanto

1.1 Taustaa

Marraskuussa 2017 Euroopan parlamentti, neuvosto ja komissio antoivat julistuksen Euroopan sosiaalisten oikeuksien pilarista (jäljempänä pilari), jolla on tarkoitus toteuttaa perussopimuksissa unionille annettuja sosiaalisia oikeuksia koskevia tehtäviä ja velvollisuuksia Euroopan unionissa. Pilarin tavoitteita alettiin edistää Eurooppa-neuvostossa kesäkuussa 2019 sovitun strategisen ohjelman 2019–2024 kehotuksesta. Tammikuun 14. päivänä 2020 komissio aloitti työmarkkinaosapuolten ensimmäisen vaiheen kuulemisen koskien riittäviä vähimmäispalkkoja unionissa osana ”Vahva sosiaalinen Eurooppa oikeudenmukaisten siirtymien toteuttamiseksi” –tiedonantoa¹. Lokakuun 28. päivänä 2020 Euroopan komissio antoi ehdotuksen riittävästä vähimmäispalkoista Euroopan unionissa (jäljempänä vähimmäispalkkadirektiivi, ehdotus)².

Matalien palkkojen hidas kehitys, globalisaation, digitalisaation ja epätyypillisten työmuotojen kiihdyttämä työpaikkojen polarisoituminen ja työehtosopimusneuvottelurakenteiden heikentyminen ovat kasvattaneet palkkaeroja ja tehneet osalle matalapalkka-aloilla työskenteleville työn tekemisestä kannattamatonta sekä johtanut työssäkäyvien köyhyyteen.³ Näihin ongelmiin ehdotuksella pyritään vaikuttamaan.

Komission ehdotuksessa viitataan perustavanlaatuisiin vähimmäispalkan funktioihin, kuten sosiaalisen yhteenkuuluvuuden edistämiseen sekä työssäkäyvien köyhyyden estämiseen. Nämä vastaavat pilarin periaatteessa 6 työntekijöille turvattuja oikeuksia oikeudenmukaiseen palkkaan, joka takaa kohtuullisen elintason sekä riittävään vähimmäispalkkaan, jolla työntekijä tyydyttää omat ja perheensä tarpeet. Komission ehdotuksen voidaan näin ollen katsoa olevan ensimmäinen askel kohti pilarin implementointia.⁴

Vähimmäispalkkapolitiikkaa on valvottu talouspolitiikan eurooppalaisen ohjauksijakson puitteissa, ja tähän liittyen EU on antanut viimeisen kymmenen

¹ Komission tiedonanto COM(2020) 14 final: Vahva sosiaalinen Eurooppa oikeudenmukaisten siirtymien toteuttamiseksi.

² Komission ehdotus COM(2020) 682 final: Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi riittävästä vähimmäispalkoista Euroopan unionissa.

³ Ibid., ehdotuksen perustelut s. 1–2.

⁴ Torsten Müller – Thorsten Schulten. ETUI Policy Brief: The European minimum wage on the doorstep. European Economic, Employment and Social Policy 2020, s. 1.

vuoden aikana 13 jäsenvaltiolle valtiokohtaisia toimintaohjeita. Jäsenvaltioiden toimintaohjeiden perusteella tekemät toimet eivät ole olleet riittäviä työssäkäyvien köyhyyden ratkaisemiseksi. Näistä syistä komissio katsoo EU-tasoisien vähimmäispalkkasääntelyn välttämättömäksi.⁵

Vuonna 1993 komissio kehotti jäsenvaltioita tekemään tarvittavia toimenpiteitä, jotta oikeus kohtuulliseen palkkaan turvataan.⁶ Aloite kuitenkin hylättiin 1990-luvun jälkipuoliskolla usean jäsenvaltion vastustettua sitä, ja tämä selittää EU:n nimenomaisen palkkoja koskevan toimivallan rajauksen Maastrichtin, Amsterdamin sekä Lissabonin sopimuksissa sekä sen, ettei palkkoja mainita Euroopan unionin perusoikeuskirjassa.⁷ Perusoikeuskirjassa säädetään kuitenkin työoloista ja -ehdoista.

Perusoikeuskirjan 31 artiklan 1 kohdan mukaan ”[j]okaisella työntekijällä on oikeus terveellisiin, turvallisiin ja ihmisarvoisiin työoloihin ja työehtoihin”. Euroopan sosiaalisen peruskirjan 4 artiklassa tunnustetaan työntekijöiden oikeus kohtuulliseen palkkaan. Kohtuullisella palkalla tarkoitetaan palkkaa, joka turvaa tyydyttävän elintason työntekijöille sekä näiden perheille (4 artikla 1 kohta). Sosiaalisen peruskirjan 4 artiklan mukaan oikeus kohtuulliseen palkkaan turvataan vapaasti tehdyillä työehtosopimuksilla taikka lakisääteisillä palkkojen määritysmekanismeilla.

Vähimmäispalkkadirektiiviehdotus perustuu Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 153 artiklan 1 kohdan b alakohtaan, jonka mukaan unioni tukee ja täydentää jäsenvaltioiden toimintaa työehtojen alalla. Edellä mainittu rajoitus unionin palkkoja koskevaan toimivaltaan on kirjattu 153 artiklan 5 kohtaan. Artiklan 5 kohdan mukaan kyseisen artiklan määräyksiä ei sovelleta palkkoihin, järjestäytymisoikeuteen, lakko-oikeuteen eikä oikeuteen määrätä työsulusta.

1.2 Tutkimuksen kohde, metodi ja rakenne

Tämän artikkelin tarkoituksena on selvittää, miten Euroopan unionin toimivalta suhteutuu vähimmäispalkoista säättämiseen riittäviä vähimmäispalkkoja Euroopan unionissa koskevan ehdotuksen näkökulmasta. Aihetta käsittele-

⁵ Komission valmisteluasiakirja SWD(2020) 245 final: Komission yksiköiden valmisteluasiakirja, vaikutusten arviointi, s. 22–23.

⁶ Komission lausunto COM/93/388 final: Komission lausunto oikeudenmukaisesta palkasta.

⁷ Enrique Fernández-Macías – Carlos Vacas-Soriano, A Coordinated EU Minimum Wage Policy? European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions 2013, s. 11.

vissä kirjoituksissa on katsottu, että SEUT 153 (5) artikla rajoittaa unionin toimivaltaa säätää palkoista niin, ettei unionilla ole toimivaltaa antaa vähimmäispalkkadirektiiviehdotuksen mukaista riittäviä vähimmäispalkkoja Euroopan unionissa koskevaa direktiiviä.⁸ Tällä artikkelilla vastataan kysymykseen, onko Euroopan unionilla toimivaltaa säätää ehdotuksen mukaisesti riittävästä vähimmäispalkoista Euroopan unionissa.

Tämän kysymyksen ratkaisemiseksi on selvitettävä yhtäältä EU:n toimivaltaan vaikuttavan SEUT 153 (5) artiklan sisältämän poikkeuksen rajat, ja toisaalta se, miten direktiiviehdotuksen mukaan jäsenvaltioiden palkkatasoon on tarkoitus vaikuttaa. Tutkimuksen aineistona käytän pääasiassa sopimusta Euroopan unionin toiminnasta, komission ehdotusta riittävästä vähimmäispalkoista Euroopan unionissa, ehdotukseen liittyviä valmisteluasiakirjoja sekä SEUT 153 (5) artiklaa käsittelevää oikeuskäytäntöä.

Tätä aineistoa tutkitaan lainopin keinoin. Lainopin tehtävänä on periteisesti katsottu olevan tulkinta ja systematisointi ja se antaa kuvauksen voimassa olevasta oikeudesta. Tarkoituksena on näin ollen selvittää Euroopan unionin tuomioistuimen (EUT) kanta SEUT (5) artiklan rajoituksen laajuuteen, sekä tutkia, miten 153 (5) artiklan rajoitus suhteutuu käsillä olevan ehdotuksen säännöksiin unionin toimivallan kannalta.

Artikkelin alussa esitellään aiheen kannalta keskeisimmät komission riittäviä vähimmäispalkkoja koskevan ehdotuksen säännökset, ehdotuksen oikeusperusta sekä siihen liittyviä kysymyksiä. Ehdotuksen sisältöön tutustumalla saadaan selville ne konkreettiset keinot, joilla vähimmäispalkkoihin on tarkoitus vaikuttaa. Tämän jälkeen käsitellään unionin toimivaltaa rajoittavaa SEUT 153 (5) artiklaa sekä sitä koskevaa oikeuskäytäntöä. Selvitän SEUT 153 (5) artiklaa koskevasta oikeuskäytännöstä sen, miten tätä säännöstä on tulkittu ja millaisia rajoja se tosiasiallisesti asettaa unionin toimivallalle. Lopuksi tehdään yhteenvedo tutkimuksen tuloksista ja vertaillaan ehdotuksen mukaisia keinoja säätää vähimmäispalkoista oikeuskäytännössä vahvistettuihin SEUT 153 (5) artiklaa koskeviin tulkintoihin.

⁸ Ks. Kristina Lovén Seldén, Challenges posed by the EU minimum wage initiative to the ETUC and European trade union cooperation. *European Review of Labour and Research* 26(3) 2020, s. 336, EUobserver 2020, Why EU minimum wage is actually bad idea for workers. <https://euobserver.com/opinion/147050>, vierailtu 7.2.2022 ja CEEMET vastaus Komission kuulemisasiakirjaan C(2020) 3570 final: CEEMET vastaus työmarkkinaosapuolten toisen vaiheen kuulemiseen mahdollisesta toimesta, jolla puututaan oikeudenmukaisiin vähimmäispalkkoihin liittyviin haasteisiin, s. 2.

2 Direktiiviehdotus riittävästä vähimmäispalkoista

Keskustelu vähimmäispalkoista Euroopan unionissa on kiihtynyt 2000-luvulla⁹, ja tietynlainen virstanpylväs saavutettiin syksyllä 2020, kun Euroopan komissio antoi ehdotuksensa riittävästä vähimmäispalkoista Euroopan unionissa. Pitkä tavoitteiden asettelun ja julistusten ketju alkoi Yhdistyneiden kansakuntien Agenda 2030 –toimintaohjelmasta. Se johti Euroopan sosiaalisten oikeuksien pilarin riittäviä vähimmäispalkkoja koskevaan kirjaukseen. Kirjauksen täytäntöönpanon aloittamista vauhditti Eurooppa-neuvostossa sovittu Strateginen ohjelma 2019–2024. Kaikki tämä kehitys kulminoituu EU:n vähimmäispalkkojen osalta direktiiviehdotukseen riittävästä vähimmäispalkoista Euroopan unionissa.

2.1 Ehdotuksen säännöksistä

Direktiiviehdotus riittävästä vähimmäispalkoista Euroopan unionissa koostuu neljästä luvusta. Luku 1 käsittelee yleisiä säännöksiä, luku 2 lakisääteisiä vähimmäispalkkoja, luku 3 laajoja kokonaisuuksia käsitteleviä säännöksiä ja luku 4 direktiivin täytäntöönpanoa ja voimaantuloa. Tässä osiossa käydään läpi aiheen kannalta relevantteja ehdotuksen säännöksiä painottaen tämän artikkelin kannalta merkittäviä kohtia.

Ehdotuksen tarkoituksena on sen 1 artiklan 1 kohdan mukaan luoda kehys työ- ja elinolojen parantamiseksi Euroopan unionissa. Työ- ja elinolojen parantamiseksi tällä direktiivillä vahvistetaan vähimmäispalkkojen riittävät tasot sekä mahdollistetaan työntekijöille vähimmäispalkkasuoja työehtosopimuksissa määritettyjen palkkojen tai mahdollisen lakisääteisen vähimmäispalkan muodossa. Saman artiklan 2 kohdan mukaan jäsenvaltioiden päätöstä asettaa lakisääteinen vähimmäispalkka tai edistää työehtosopimusten mukaisen vähimmäispalkkasuojan saatavuutta ei rajoiteta. Ehdotuksen 1 artiklan 3 kohdan mukaan vähimmäispalkkadirektiivi ei velvoita niitä jäsenvaltioita, joissa palkanmääritys on varmistettu yksinomaisesti työehtosopimuksilla ottamaan käyttöön lakisääteistä vähimmäispalkkaa eikä tekemään työehtosopimuksista yleisesti sovellettavia. Tähän liittyen valtioneuvosto on eduskunnalle antamassaan vähimmäispalkkadirektiiviehdotusta koskevassa kirjelmässään arvioinut

⁹ Ks. Bengt Furåker – Kristina Lovén Seldén, Trade Union Cooperation on Statutory Minimum Wages? A Study of European Trade Union Positions. *European Review of Labour and Research* 19 (4) 2013, Thorsten Schulten, Towards a European Minimum Wage Policy? Fair Wages and Social Europe. *European Journal of Industrial Relations* 14(4) 2008 ja Line Eldring – Kristin Alsos, European Minimum Wage: A Nordic Outlook, *Forskningsstiftelsen Fafo* 2012.

direktiivin vaikutusten olevan Suomelle alustavan tarkastelun perusteella vähäisiä.¹⁰

Ehdotuksen 2 artiklassa määritetään direktiivin soveltamisala. Ehdotuksen mukaan direktiiviä sovelletaan kaikkiin työntekijöihin, joilla on kussakin jäsenvaltiossa voimassa olevissa laeissa, työehtosopimuksissa tai käytännössä määritelty työ sopimus tai työsuhde, ottamalla huomioon unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö. Unionin tuomioistuin on vahvistanut työntekijän määritelmää koskevat kriteerit, joihin 2 artiklan oikeuskäytäntö maininnalla viitataan.¹¹ Määritelmän täyttävät henkilöt kuuluvat direktiivin soveltamisalaan. Työntekijän määritelmää koskevalla viittauksella puututaan riskiin siitä, että epätyypillisissä työsuhteissa olevat jäisivät soveltamisalan ulkopuolelle.

Vähimmäispalkkadirektiiviehdotuksen 3 artiklassa määritetään direktiivin tulkitsemisen kannalta tarpeellisia käsitteitä, kuten vähimmäispalkka, lakisääteinen vähimmäispalkka, työehtosopimusneuvottelu, työehtosopimus sekä työehtosopimusneuvottelujen kattavuus. Ehdotuksen mukaan vähimmäispalkalla tarkoitetaan vähimmäiskorvausta, joka työnantajan on maksettava työntekijöille tietyinä kautena suoritetusta työstä joko ajan tai tuotoksen perusteella laskettuna. Lakisääteisellä vähimmäispalkalla puolestaan tarkoitetaan lailla tai muulla oikeudellisesti sitovalla säännöksellä vahvistettua vähimmäispalkkaa.

Toinen ehdotuksessa mainittu tapa säätää vähimmäispalkoista on työehtosopimuksilla. Ehdotuksen mukaan työehtosopimuksella tarkoitetaan kaikkia työoloja ja -ehtoja koskevia kirjallisia sopimuksia, jotka työmarkkinaosapuolet ovat tehneet työehtosopimusneuvottelujen tuloksena. Työehtosopimusneuvotteluilla tarkoitetaan neuvotteluja, joita käydään työolojen ja -ehtojen määrittämiseksi ja jonka tarkoituksena on saada aikaan työehtosopimus.

Työehtosopimusneuvottelujen kattavuudella tarkoitetaan niiden työntekijöiden osuutta, joihin työehtosopimusta sovelletaan kansallisella tasolla. Ehdotuksen 4 artikla koskee työehtosopimusneuvottelujen kattavuutta. Kyseisessä artiklassa jäsenvaltiot veloitetaan edistämään palkanmääritystä koskevien työehtosopimusneuvotteluiden kattavuutta. Kattavuuden lisäämisellä pyritään edistämään työmarkkinaosapuolten valmiuksia käydä palkanmääritystä

¹⁰ U 69/2020 vp. Valtioneuvoston kirjelmä eduskunnalle komission ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi riittävistä vähimmäispalkoista Euroopan unionissa (vähimmäispalkkadirektiivi).

¹¹ Työntekijän määritelmää koskevat kriteerit on määritelty tuomiossa EYT 66/85 (Deborah Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg), tuomio 03.07.1986, ECLI:EU:C:1986:284.

koskevia työehtosopimusneuvotteluja ja kannustetaan rakentaviin, merkityksellisiin ja tietoon perustuviin palkkaneuvotteluihin.

Jäsenvaltioita vaaditaan 4 artiklassa edistämään työehtosopimusneuvotteluita ja säätämään kehyksestä, jolla mahdollistetaan työehtosopimusneuvottelujen edellytykset. Tämä koskee jäsenvaltioita, joissa työehtosopimusneuvottelujen kattavuus on alle 70 prosenttia 2 artiklassa määritellyistä työntekijöistä. Näiden jäsenmaiden on lisäksi laadittava toimintasuunnitelma työehtosopimusneuvottelujen edistämiseksi.¹²

Vähimmäispalkkadirektiivin luku 2 koskee lakisääteisiä vähimmäispalkkoja. Kyseisen luvun säännöksiä sovelletaan vain jäsenvaltioihin, joissa on lakisääteinen vähimmäispalkka. Itävalta, Kypros, Tanska, Suomi, Italia ja Ruotsi määrittävät vähimmäispalkat työehtosopimusneuvotteluilla ja lopuissa 21 jäsenvaltiossa vähimmäispalkat ovat lakisääteisiä.¹³

Ehdotuksen 5 artiklassa jäsenvaltiot, joissa vähimmäispalkka on määritelty lakisääteisesti, veloitetaan määrittämään selkeät kriteerit lakisääteisten vähimmäispalkkojen riittävyyden edistämiseksi. Saman artiklan 2 kohdan mukaan mainittuihin kriteereihin on sisällytettävä ainakin lakisääteisen vähimmäispalkan ostovoima, ottaen huomioon elinkustannukset ja verojen ja sosiaalietuuksien osuus, bruttopalkkojen yleinen taso ja niiden jakautuminen, bruttopalkkojen kasvuvauhti sekä työn tuottavuuden kehitys.

Artiklan 3 kohdassa jäsenvaltiot veloitetaan käyttämään suuntaa antavia viitearvoja apuna lakisääteisten vähimmäispalkkojen riittävyyden arviointiin suhteessa bruttopalkkojen yleiseen tasoon. Ehdotuksessa mainitaan esimerkkinä tällaisesta viitearvosta Kaitz-indeksi. Kaitz-indeksiä käytettäessä verrataan vähimmäispalkkatasoa valtion tai alueen mediaani- tai keskipalkkaan.¹⁴

Kohdassa 4 jäsenvaltiot veloitetaan toteuttamaan tarvittavat toimenpiteet lakisääteisten vähimmäispalkkojen säännöllisten ja oikea-aikaisten päivitysten varmistamiseksi siten, että vähimmäispalkkojen riittävyys säilyy. Lisäksi jäsenvaltiot veloitetaan artiklan 5 kohdassa perustamaan neuvoa-antavia elimiä, joiden tarkoituksena on neuvoa toimivaltaisia viranomaisia lakisääteisiin vähimmäispalkkoihin liittyvissä kysymyksissä.

¹² Suomessa työehtosopimusten kattavuus on ollut 89 prosenttia vuonna 2019, Ks. Työ- ja elinkeinoministeriö 16.12.2019, Työehtosopimusten kattavuus on pysynyt liki ennallaan. <https://valtioneuvosto.fi/-/1410877/tem-julkaisu-tyoehtosopimusten-kattavuus-on-pysynyt-lik-i-ennallaan>, vierailtu 9.2.2022.

¹³ SWD(2020) 245 final, s. 2.

¹⁴ Müller – Schulten 2020, s. 2.

Ehdotuksen 7 artiklassa edellytetään työmarkkinaosapuolten osallistamista vähimmäispalkkojen määrittämiseen ja päivittämiseen. Jäsenvaltioiden on myös varmistettava työmarkkinaosapuolten osallistuminen 5 artiklan 5 kohdassa tarkoitettujen neuvoo-antavien elinten toimintaan. Ehdotuksen 8 artiklan tarkoituksena on varmistaa työntekijöiden tosiasiallinen pääsy lakisääteisen vähimmäispalkan piiriin.

Ehdotuksen 3 luku koskee laaja-alaisia säännöksiä. Tämän luvun säännökset koskevat muun muassa vähimmäispalkkojen toteutumisen varmistamista julkisten hankintojen yhteydessä (9 artikla), vähimmäispalkkojen kattavuutta ja riittävyttä seuraavien tiedonkeruuvälineiden kehittämistä ja jäsenvaltioiden suorittamaa vähimmäispalkkoja koskevaa raportointia (10 artikla), työntekijöiden oikeutta puolueettomaan riitojenratkaisuun ja muutoksenhakuun (11 artikla) sekä seuraamuksia, joita jäsenvaltioiden on säädettävä kansallisten säännösten rikkomisesta (12 artikla). Ehdotuksen neljännessä ja viimeisessä luvussa säädetään direktiivin täytäntöönpanosta, täytäntöönpanoon liittyvistä toimenpiteistä sekä direktiivin voimaantulosta.

2.2 Vähimmäispalkat unionissa

Vähimmäispalkalla voidaan tarkkoittaa tarkkaan määriteltyä alarajaa korvauksesta, joka työnantajan on maksettava työntekijälle tämän suorittamasta työstä. Tällainen vähimmäispalkan määritelmä vastaa enemmän ehdotuksen määritelmää lakisääteisistä vähimmäispalkoista kuin ehdotuksen vähimmäispalkan määritelmää. Yhdessä jäsenvaltiossa voi olla voimassa useampia eri suuruisia vähimmäispalkkoja.

Suomessa kuulee harvemmin puhuttavan vähimmäispalkasta. Tämä osaltaan johtua siitä, että vähimmäispalkat määräytyvät usein eri aloilla sovellettavien työehtosopimuksien mukaan. Kun vähimmäispalkoista säädetään työehtosopimuksilla ei ole yhtä vähimmäispalkkaa, vaan eri alojen työehtosopimuksissa määritellään kunkin alan työstä maksettava vähimmäiskorvaus.

Kun palkoista määrätään työehtosopimuksilla, saadaan aikaan useita eri aloja koskevia palkkatasoja, joita työnantajat ovat velvollisia noudattamaan. Nämä tasot vaihtelevat aloittain ja yhden alan sisällä voi olla voimassa eri suuruisia esimerkiksi työn haastavuuden perusteella määräytyviä palkkaluokkia. Näistäkin on löydettävissä tietyn alan taikka esimerkiksi koko Suomen alin vähimmäispalkka, mutta vähimmäispalkoista puhuminen työehtosopimusten yhteydessä on huomatenkin haastavaa.

Suurimassa osassa jäsenvaltioita on käytössä lakisääteinen vähimmäispalkka eli laissa tai muissa sitovissa oikeudellisissa säännöksissä vahvistettu vähimmäispalkka. Ehdotuksen 6 artikla mahdollistaisi lakisääteisten vähimmäispalkkojen eritasoisuuden sallimisen eri työntekijäryhmille. Näin ollen yhdessä jäsenvaltiossa voisi olla voimassa useampia lakisääteisiä vähimmäispalkkoja.

Tässä kohtaa on syytä muistuttaa mieleen vähimmäispalkkadirektiivin kohde. Sen tarkoituksena on säätää kehyksestä, jolla varmistetaan vähimmäispalkkojen riittävät tasot. Ei ole merkitystä onko tietyssä jäsenvaltiossa vähimmäispalkkoista säädetty lailla vai työehtosopimuksilla, vaan olennaista on se, että vähimmäispalkkojen tasot ovat riittäviä niiden sääntelytavasta huolimatta.

Olennaista on myös kysyä, mitä vähimmäispalkan riittävyydellä tarkoitetaan. Ehdotuksen perusteluiden mukaan riittävällä vähimmäispalkalla taataan työntekijöille kohtuullinen elintaso, autetaan pitämään yllä kotimaista kysyntää, vahvistetaan työnteon kannustimia ja vähennetään työssäkäyvien köyhyyttä ja eriarvoisuutta palkkajakauman alapäässä.¹⁵ Lisäksi ehdotuksen 5 artiklassa määritetään kriteereitä lakisääteisen vähimmäispalkan määrittämistä ja päivittämistä varten. Näitä kriteereitä ovat vähimmäispalkkojen ostovoima, bruttopalkkojen yleinen taso ja jakautuminen, bruttopalkkojen kasvuaste ja työvoiman tuottavuuden kehitys.

Yhtenä mahdollisena riittävyyden indikaattorina voidaan pitää myös ehdotuksessa mainittua Kaitz-indeksiä. Euroopan unionin jäsenvaltioiden välisten vähimmäispalkkojen tasoissa on valtavia eroja, esimerkiksi Bulgarian vähimmäispalkka on kaksi euroa tunnissa, kun Luxemburgin vähimmäispalkka on lähes 13 euroa tunnissa.¹⁶ Näin ollen huomataan, että EU tasoinen vähimmäispalkkojen sääntely on mahdollista toteuttaa järkevästi vain käyttäen jotakin laskutapaa, jossa otetaan huomioon eri jäsenvaltioiden vaihteleva elintaso.

Kun riittävyyden mittarina pidetään sitä, että palkka riittää kohtuullisen elintason saavuttamiseen, voidaan ehdotuksella vaikuttaa ainoastaan palkkoihin, jotka eivät täytä tätä vaatimusta. Näin ollen ehdotuksella ei säädetä euromääräisestä yhdenmukaisesta jäsenvaltioita velvoittavasta unionin vähimmäispalkasta. Tämä on tärkeä huomio, sillä Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä on katsottu, että unionin vähimmäispalkan vahvistaminen ei

¹⁵ Komission ehdotus COM (2020) 682 final: Ehdotus direktiiviksi riittävistä vähimmäispalkoista Euroopan unionissa, ehdotuksen perustelut, s. 1–2.

¹⁶ Malte Lübker – Thorsten Schulten, WSI-Minimum wage report 2021: Is Europe en route to adequate minimum wages? Institute of Economic and Social Research 2021, s. 7.

kuulu unionin toimivaltaan. Euroopan unionin tuomioistuimen SEUT 153 (5) artiklaa koskevaa oikeuskäytäntöä käsitellään tarkemmin jäljempänä.

EU tasoinen vähimmäispalkkojen sääntely on saanut osakseen kritiikkiä vuosien mittaan. On esimerkiksi katsottu, että EU:n vähimmäispalkka sääntely voisi olla esteenä palkkojen kasvulle. Myös palkkaerot ja erot jäsenvaltioiden yhteiskuntajärjestelmien välillä ovat aiheuttaneet skeptisyyttä EU:n vähimmäispalkkoja kohtaan.¹⁷ Tämän ehdotuksen kannalta keskeisimpänä kritiikin kohteena on ollut sen oikeusperusta. Muun muassa Ruotsin ammattiliittojen pääargumentti ehdotusta vastaan on Euroopan unionin toimivallan puute säättää vähimmäispalkkoista.¹⁸

2.3 Ehdotuksen oikeusperusta

Vähimmäispalkkadirektiivi perustuu ehdotuksen perusteluiden mukaan Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 153 artiklan 1 kohdan b alakohtaan.¹⁹ SEUT 153 (1) artiklan mukaan unioni tukee ja täydentää jäsenvaltioiden toimintaa eri aloilla 151 artiklassa tarkoitettujen tavoitteiden toteuttamiseksi. SEUT 153 artiklan 1 kohdan alakohdissa a–k luettelee SEUT 151 artiklan tavoitteita koskevat alat. Alakohta b koskee työehtoja.

SEUT 151 artiklassa mainittuja tavoitteita ovat työllisyyden edistäminen, elin- ja työolojen kohentaminen siten, että olojen yhtenäistäminen olisi mahdollista niitä kohennettaessa, riittävä sosiaalinen suojeleminen, työmarkkinaosapuolten välinen vuoropuhelu, inhimillisten voimavarojen kehittäminen tarkoituksena saavuttaa korkea ja kestävä työllisyystaso, ja syrjäytymisen torjuminen. Näiden tavoitteiden täyttämiseksi unioni panee täytäntöön yhdessä jäsenvaltioiden kanssa toimenpiteitä ottamalla huomioon kansallisten käytäntöjen erot, erityisesti sopimussuhteissa, sekä tarpeen säilyttää unionin talouden kilpailukyky.

SEUT 153 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaan tämän artiklan nojalla annettavat aloitteet eivät voi merkitä jäsenvaltioiden lakien ja asetusten yhdenmukaistamista. SEUT 153 artiklan 2 kohdan b alakohdan mukaan jäsenvaltioiden toiminnan tukemiseksi ja täydentämiseksi Euroopan parlamentti ja neuvosto voivat antaa 153 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuilla aloilla direktiivein säännöksiä vähimmäisvaatimuksista ottamalla huomioon, ettei annettavilla direktiiveillä aseteta sellaisia hallinnollisia, taloudellisia tai oikeudellisia raskaita,

¹⁷ Furåker – Lovén Seldén 2013, s. 515–516.

¹⁸ Lovén Seldén 2020, s. 336.

¹⁹ COM(2020) 682 final, s. 6.

jotka vaikeuttaisivat pienten tai keskisuurten yritysten perustamista taikka niiden kehittämistä.

Annetun toimivallan periaatteen mukaan unionin toimii vain perussopimuksissa määritellyn toimivallan rajoissa, jonka jäsenvaltiot ovat unionille antaneet. Unionin tulee toimia perussopimuksissa asetettujen tavoitteiden saavuttamiseksi ottamalla huomioon toimivallan rajat. Toimivalta kuuluu jäsenvaltioille, jos toimivaltaa ei ole perussopimuksissa annettu unionille. Annetun toimivallan periaatteesta säädetään Euroopan unionista annetun sopimuksen (SEU) 5 artiklassa.

Annetun toimivallan periaate on elimellinen osa unionin toimintaa. Unionin toiminta perustuu annetun toimivallan periaatteelle, jossa suvereenit jäsenvaltiot antavat toimivallan unionille, joka ei ole suvereeni.²⁰ Näin ollen on luontevaa, että jäsenvaltiot valvovat unionin toimintaa ja varmistavat, ettei unioni ylitä sille annettua toimivaltaa ja näin loukkaa jäsenvaltioiden suvereniteettia.

Unioni käyttää toimivaltaansa toissijaisuusperiaatetta ja suhteellisuusperiaatetta noudattaen. SEU 5(3) artiklan mukaan:

Toissijaisuusperiaatteen mukaisesti unioni toimii aloilla, jotka eivät kuulu sen yksinomaiseen toimivaltaan, ainoastaan jos ja siltä osin kuin jäsenvaltiot eivät voi keskushallinnon tasolla tai alueellisella taikka paikallisella tasolla riittävällä tavalla saavuttaa suunnitellun toiminnan tavoitteita, vaan ne voidaan suunnitellun toiminnan laajuuden tai vaikutusten vuoksi saavuttaa paremmin unionin tasolla.

SEU 5(4) artiklan mukaan suhteellisuusperiaatteen mukaisesti unionin toiminnan sisältö ja muoto eivät saa ylittää sitä, mikä on tarpeen perussopimusten tavoitteiden saavuttamiseksi.

Ehdotuksen perusteluissa todetaan, ettei tietyille jäsenvaltioille annetuilla toimintaohjeilla ole saavutettu ratkaisua työssäkäyvien köyhyyttä koskevan ongelman ratkaisemiseksi. Jäsenvaltioiden huoli ulkoisen kustannuskilpailukynsä heikkenemisestä vähentää niiden halukkuutta parantaa vähimmäispalkkajärjestelmiään. Perusteluissa katsotaan, että EU tason vähimmäispalkkojen määrittäjäjärjestelmien vahvistamisella saadaan aikaan poliittinen sysäys vähimmäispalkkojen määrittämekanismien uudistamiselle kansallisella tasolla. Näin perusteluissa katsotaan ehdotuksen olevan toissijaisuusperiaatteen rajoissa.²¹

²⁰ Juha Raitio – Tomi Tuominen, Euroopan unionin oikeus, Alma Talent 2020, s. 217.

²¹ COM(2020) 682 final, s. 6–7.

Perusteluissa ehdotuksen suhteellisuusperiaatteen mukaisuutta perustellaan direktiivin tarkoituksella säätää vähimmäisvaatimuksista ehdotuksen tavoitteiden saavuttamiseksi ottamalla huomioon ongelmien suuruus ja niiden luonne. Ehdotuksessa otetaan huomioon jäsenvaltioiden ja työmarkkinaosapuolten toimivalta määrittää vähimmäispalkan taso, ja jäsenvaltioiden mahdollisuus ottaa säännösten täytäntöönpanossa huomioon kansalliset taloudelliset olosuhteet ja maan vähimmäispalkan määrittämisen erityispiirteet.²²

Perusteluissa tunnustetaan kasallisen tason palkan kuuluvan yksiselitteisesti jäsenvaltioiden toimivaltaan. Perustelujen mukaan ehdotus on SEUT 153 (5) artiklan mukainen, koska ehdotus ei sisällä toimenpiteitä, jolla vaikutettaisiin suoraan palkkatasoon.²³ Näillä perusteilla komissio katsoo unionin toimivaltainen antamaan ehdotuksen mukaisen direktiivin.

Valtioneuvosto katsoo, että unionin ehdotuksen mukaiset toimet tehostavat vähimmäispalkkausta koskevia toimia sekä täydentävät että vahvistavat kansallisia ja paikallisia toimia. Johtuen työssäkäyvien köyhyyden ongelman valtioiden rajat ylittävistä luonteesta, valtioneuvosto katsoo, ettei ongelma ole ratkaistavissa pelkästään kansallisilla tai paikallisilla toimilla. Ehdotus vaikuttaa olevan Suomen näkökulmasta toissijaisuusperiaatteen mukainen, sillä ehdotus ei vaikuta merkittävästi maihin, joissa palkkaus määräytyy työehtosopimuksin. Valtioneuvosto katsoo myös ehdotuksen vaikuttavan olevan suhteellisuusperiaatteen mukainen, koska ehdotuksessa jätetään mahdollisimman paljon liikkumavaraa kansallisille päätöksille sekä mahdollisuus huomioida kansalliset erityispiirteet säännösten täytäntöönpanossa.²⁴

3 SEUT 153 artikla 5 kohta oikeuskäytännössä

Kuten on jo tullut esille, EU:n vähimmäispalkkojen sääntelyyn kohdistuva kritiikki liittyy usein unionin toimivaltaan ja erityisesti SEUT 153 (5) artiklan mukaiseen toimivallan rajoitukseen. Tässä kohtaa on tärkeää tiedostaa, että kritiikki unionin toimivaltaa kohtaan tässä artikkelissa käsiteltävän ehdotuksen osalta on perustunut komission valmisteluasiakirjoihin. Näin ollen kritiikin koh-

²² COM(2020) 682 final, s. 7–8.

²³ Ibid., s. 6.

²⁴ U 69/2020 vp.

teena ovat olleet Euroopan komission ensimmäisen ja toisen vaiheen konsultointiasiakirjat.²⁵ Ehdotuksen sisältö ei vastaa täysin näiden asiakirjojen sisältöä, mutta muun muassa unionin toimivaltaa koskevat kysymykset on perusteltu ehdotusta vastaavalla tavalla sekä oikeuskäytäntöön viittaamalla. Kriitikkissä tyydytään SEUT 153 (5) artiklan sanamuotoon ja todetaan, ettei unionilla ole toimivaltaa säätää palkoista.²⁶ SEUT 153 artiklan 5 kohdan rajoituksen sitovuuteen ja sen rajoihin on otettu kantaa Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisuisissa.

Tämän artikkelin kannalta yhtenä merkittävimmistä seikoista voidaan pitää SEUT 153 (5) artiklan tulkintaa ja vallitsevan tulkinnan vaikutusta EU:n toimivaltaan käsiteltävän ehdotuksen kannalta. Sanamuodon mukaisen tulkinnan avulla huomataan, että EU:n toimivaltaa rajoitetaan. SEUT 153 artiklan 5 kohdan mukaan 153 artiklan määräyksiä ei sovelleta palkkoihin, järjestäytymisoikeuteen, lakko-oikeuteen eikä oikeuteen määrätä työsulusta. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin (EYT) päätyi sanamuotoa vastaavaan tulkintaan Dellas ym. -tuomiossaan. Siinä todetaan, että Euroopan yhteisön perustamissopimuksen (EY-sopimus) 137 artiklan 6 kohdan (nykyinen SEUT 153 artiklan 5 kohta) mukaan palkkaukseen ei voida soveltaa niitä vähimmäisvaatimuksia, joita Euroopan unionin neuvosto vahvistaa direktiiveillään.²⁷

Dellas ym. -tuomiota uudemmassa tuomiossaan Del Cerro Alonso EYT poikkeaa EY-sopimuksen 137 (5) (SEUT 153 (5)) artiklan sanamuodosta. Tuomioistuimen perustelujen mukaan 5 kohdan rajoitusta, jolla poiketaan 1–4 kohdista, on tulkittava suppeasti, jotta 1–4 kohtien soveltamisalaa ei rajoiteta aiheuttomasti ja jotta (SEUT 151) artiklassa asetettuja tavoitteita ei aseteta kyseenalaisiksi. Tuomiossa myös todetaan palkkoja koskevan rajoituksen perustuvan siihen, että palkkojen määrien vahvistaminen kuuluu kansallisten työmarkkinaosapuolten sopimusautonomiaan ja jäsenvaltioilla tällä alalla olevaan toimivaltaan. Tuomioistuin lisää, ettei mainittua poikkeusta kuitenkaan voida

²⁵ Komission kuulemisasiakirja C(2020) 83 final: Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 154 artiklan mukainen työmarkkinaosapuolten kuulemisen ensimmäinen vaihe mahdollisesta toimesta, jolla puututaan oikeudenmukaisiin vähimmäispalkkoihin liittyviin haasteisiin. C(2020) 3570 final.

²⁶ Ks. Ruotsin elinkeinoelämän keskusliiton nimissä lähetetty kirje komission puheenjohtaja Ursula von der Leyenille, Förhandlings- och samverkansrådet PTK 14.10.2020 Brev om minimilöner till Ursula von der Leyen. <https://www.ptk.se/brev-om-minimiloner-till-ursula-von-der-leyen/> vierailtu 7.2.2022 ja EUobserver 2020.

²⁷ EYT C14/04, (Abdelkader Dellas ym. v. Premier ministre ja Ministre des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité), tuomio (toinen jaosto) 1.12.2005, ECLI:EU:C:2005:728, kohta 39.

laajentaa koskemaan mitä hyvänsä kysymystä, joka liittyy jollakin tavalla palkkoihin.²⁸

Tuomioistuin toteaa myös SEUT 153 artiklan 5 kohdan merkitsevän sääntöä, jonka mukaan eri osatekijöiden suuruuden määrittäminen, joista työntekijän palkka muodostuu, kuuluvan kiistatta jäsenvaltioiden toimivaltaisten elinten toimivaltaan.²⁹ Oikeuskäytännössä katsotaan SEUT 153 artiklan 5 kohdan mukaisen toimivaltaa koskevan poikkeuksen tarkoittavan ”toimenpiteitä, jotka, kuten palkan muodostavien tekijöiden ja/tai palkkatason yhdenmukaistaminen kokonaan tai osittain jäsenvaltioissa tai yhteisön vähimmäispalkan vahvistaminen, edellyttäisivät yhteisön lainsäädännön välitöntä käyttämistä määrittäessä palkkoja yhteisössä”.³⁰

Oikeuskäytännössä ei tyydytä tulkitsemaan SEUT 153 (5) artiklaa sen sanamuodon asettamissa rajoissa. Esiin tuoduista tuomioista voidaan poimia tulkintaohjeita, joiden avulla saadaan vastaus tämän artikkelin kannalta olennaiseen kysymykseen siitä, voiko unioni antaa vähimmäispalkkadirektiivin SEUT 153 (5) artiklassa mainitusta poikkeuksesta huolimatta.

Ensinnäkin Del Cerro Alonso -tuomiossa vahvistettu kanta siitä, että SEUT 153 artiklan 5 kohdassa poissuljettuja aloja on tulkittava suppeasti, avaa unionille mahdollisuuden säätää myös palkkoja koskevista kysymyksistä siinä määrin, etteivät SEUT 151 artiklan tavoitteet tule kyseenalaistetuiksi. Tämä kanta sinetöidään vielä samassa tuomiossa toteamuksella siitä, ettei SEUT 153 (5) artiklan poikkeusta voida laajentaa koskemaan mitä tahansa kysymystä, jolla on liityntä palkkoihin.

Toiseksi voidaan pitää selvänä sitä, että palkkojen määrien ja palkan muodostavien osatekijöiden vahvistaminen kuuluu jäsenvaltioiden toimivaltaan. Im-

²⁸ EYT C-307/05 (Yolanda Del Cerro Alonso v. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud), tuomio (toinen jaosto) 13.09.2007, ECLI:EU:C:2007:509, kohdat 39–41, EYT C-268/06 (Impact v. Minister for Agriculture and Food ym.), tuomio (suuri jaosto) 15.04.2008, ECLI:EU:C:2008:223, kohdat 122, 123 ja 125 sekä EUT yhdistetyt asiat C-501/12–C-506/12, C-540/12 ja C-541/12 (Thomas Specht ym. v. Saksan valtio), tuomio (toinen jaosto) 19.06.2014, ECLI:EU:C:2014:2005, kohta 33.

²⁹ C-307/05, kohta 46. Edellä mainittuun kohtaan viitataan myös tuomioissa EUT yhdistetyt asiat C-395/08 ja C-396/08 (Istituto nazionale della previdenza sociale vastaan Tiziana Bruno ja Massimo Pettini ja Daniela Lotti ja Clara Matteucci), tuomio (toinen jaosto) 10.06.2010, ECLI:EU:C:2010:329 kohdassa 36 sekä tuomiossa C-268/06, kohdassa 123.

³⁰ C-268/06, 124 kohta, EUT yhdistetyt asiat C-501/12 – C-506/12, C-540/12, C-541/12 ja C-541/12, kohta 33 ja EUT yhdistetyt asiat C-395/08 ja C-396/08, kohta 37.

pact-tuomion 124 kohdassa mainitaan myös yhteisön vähimmäispalkan vahvistamisen kuuluvan SEUT 153 (5) artiklan kohtaan sisältyväksi ja näin ollen unionin toimivaltaan kuulumattomaksi sääntelykohteeksi.

Impact-tuomion 124 kohtaan on vedottu myös EU:n vähimmäispalkkoja koskevassa kritiikissä. Euroopan metalli-, tekniikan- ja teknologia-alojen työnantajien neuvoston³¹ toisen vaiheen konsultointiasiakirjaa koskevan vastauksen mukaan Impact-tuomion 123³² ja 124 kohdissa korostetaan sitä, ettei EU:lla ole toimivaltaa yhdenmukaistaa vähimmäispalkkojen tasoa EU:ssa eikä määrätä palkkojen tasosta.³³ Tämä pitää paikkansa, mutta asiakirjassa viitataan tähän tuomioon perusteltaessa unionin toimivallan puutetta. Sekä ensimmäisen että toisen vaiheen konsultointiasiakirjassa todetaan, ettei unionin toimet vähimmäispalkkoihin liittyen tähtää suoraan vähimmäispalkkojen sääntelyyn.³⁴

Impact-tuomion 124 kohdan mukaisessa yhteisön (unionin) vähimmäispalkan vahvistamisessa voidaan katsoa olevan kyse kaikkia jäsenvaltioita velvoittavan yhdenmukaisen vähimmäispalkan vahvistamisesta. Yhteisön vähimmäispalkka mainitaan käsiteltäessä palkan muodostavien tekijöiden ja palkkatason yhdenmukaistamisesta yhteisössä. Yhdenmukaistamisen lisäksi maininta ”yhteisön vähimmäispalkka” viittaa yhteen voimassa olevaan vähimmäispalkkaan. Tästä voidaan päätellä, että tuomioistuin tarkoittaa yhteisön vähimmäispalkalla jäsenvaltioiden kesken yhdenmukaista ja kaikissa jäsenvaltioissa voimassa olevaa vähimmäispalkkaa. Näin ollen unionilla ei ole toimivaltaa antaa kyseisen kaltaista yhteistä, koko unionin kattavaa vähimmäispalkkaa koskevaa lainsäädäntöä.

4 Unionin toimivalta säätää vähimmäispalkoista

Tässä artikkelin viimeistä edellisessä osassa tarkastellaan vähimmäispalkkadirektiivin mukaisia keinoja säätää unionin vähimmäispalkoista edellisessä osassa esiteltyä oikeuskäytäntöä vasten. Käyn läpi vähimmäispalkkadirektiivin säännökset, joissa säädetään vähimmäispalkoista taikka asioista, joista säätäminen liittyy jollain tavalla unionin palkkatasosta säätämiseen ja vertaan näitä oikeuskäytännössä annettuihin tulkintoihin.

³¹ Council of European Employers of the Metal, Engineering and Technology-Based Industries (CEEMET).

³² C-268/06 tuomion 123 kohdassa viitataan C-307/05 tuomion 40 ja 46 kohtiin.

³³ CEEMET vastaus C(2020) 3570 final, s. 5.

³⁴ C(2020) 83 final, s. 2 ja CEEMET vastaus C(2020) 3570 final, s. 2.

Edellisessä luvussa saatiin selville, ettei unionilla ole toimivaltaa säätää palkkatason tai palkan muodostavien tekijöiden yhdenmukaistamisesta unionissa. Koska palkkatason ja palkanmuodostavien tekijöiden yhdenmukaistaminen ei kuulu unionin toimivaltaan, ei unionin yhdenmukaisen vähimmäispalkan säätämisenkään ole tällöin mahdollista. On kuitenkin muistettava, ettei SEUT 153 (5) artikla koske mitä hyvänsä palkkaan liittyvää kysymystä.

4.1 Ehdotuksen mukaiset keinot vähimmäispalkasta säätämiseen

Vähimmäispalkkadirektiivin ensimmäisestä artiklasta saadaan käsitys suunnasta ja toimenpiteiden laadusta, johon ehdotuksella pyritään. Tarkoituksena on 1 artiklan mukaan luoda kehys vähimmäispalkkojen riittävän vähimmäistason vahvistamiselle sekä työntekijöiden vähimmäispalkkasuojan mahdollistamiselle joko työehtosopimuksilla tai lakisääteisillä vähimmäispalkkoilla.

Jäsenvaltioita ohjataan ottamaan työmarkkinaosapuolet mukaan lakisääteisten vähimmäispalkkojen määrittämistä ja päivittämistä koskeviin neuvotteluihin (7 artikla), jonka lisäksi jäsenvaltioilta, joissa työehtosopimusneuvottelujen kattavuus on alle 70 prosenttia, vaaditaan toimenpiteitä kattavuuden lisäämiseksi (4 artiklan 2 kohta). Tarkoituksena on näin ollen edistää työehtosopimusten kattavuutta sekä sosiaalista dialogia työmarkkinaosapuolten kesken.

Lakisääteisiä vähimmäispalkkoja koskien 5 artiklan 2 kohdassa määrätään lakisääteisten vähimmäispalkkojen määrittämistä ja päivittämistä ohjaavista kriteereistä, jotka jäsenvaltioiden on sisällytettävä kansalliseen lainsäädäntöönsä. Artiklassa mainittuja kriteereitä ovat lakisääteisen vähimmäispalkan ostovoima ottamalla huomioon elinkustannukset, bruttopalkkojen yleinen taso ja niiden kasvuvauhti sekä työn tuottavuuden kasvuvauhti. Jäsenvaltioiden on otettava mainitut kriteerit huomioon vähimmäispalkkojen tasoa määrittäessä ja päivitettäessä. Näiden kriteerien avulla ja vähimmäispalkkoja bruttopalkkojen yleiseen tasoon vertaamalla jäsenvaltiot määrittävät vähimmäispalkkojen riittävän tason ja pitävät sitä yllä.

Ehdotuksen 6 artiklassa mahdollistetaan jäsenvaltioiden sallia eri tasoisen lakisääteisen vähimmäispalkan tietyille työntekijäryhmille. Lisäksi jäsenvaltiot voivat säätää lakeja vähimmäispalkkoihin kohdistuvista vähennyksistä, jotka alentavat työntekijöille maksettavaa korvausta niin, että se alittaa lakisääteisen vähimmäispalkan tason.

4.2 Ehdotuksen mukaiset keinot suhteessa oikeuskäytäntöön

Ehdotuksessa otetaan kantaa SEUT 153 (5) artiklan rajoitukseen. Ehdotuksen perustelujen mukaan ehdotukseen ei sisälly toimenpiteitä, jotka vaikuttaisivat

suoraan palkkatasoon ja näin ollen mainitun artiklan rajoituksia noudatetaan täysin. Perusteluissa todetaan, että ehdotuksessa otetaan täysimääräisesti huomioon työmarkkinaosapuolten toimivalta määrittää vähimmäispalkan taso eikä sillä pyritä vähimmäispalkkojen tason tai vähimmäispalkkoja määrittävien mekanismin yhdenmukaistamiseen.³⁵ Perustelut noudattavat pitkälti Impact-tuomioissa vahvistettuja SEUT 153 (5) artiklan tulkintoja.

Edellisessä luvussa mainitut ehdotuksen mukaiset keinot vähimmäispalkoista säätämiseen koskevat kaikki jäsenvaltioiden suorittamia toimia. Ehdotuksen mukaiset jäsenvaltioita velvoittavat konkreettiset toimet koskevat työehtosopimusneuvotteluiden edistämistä sekä vähimmäispalkkojen riittävyyden varmistamista. Unioni ei vahvista vähimmäispalkan tasoa, eikä näin ollen jäsenvaltioiden toimivaltaan säätää palkoista puututa.

Unionin konkreettisina vähimmäispalkkojen määrittämiseen liittyvinä toimina voidaan pitää ehdotuksen 5 (2) artiklan mukaisten lakisääteisten vähimmäispalkkojen riittävyyttä edistävien kriteerien määrittelyä sekä 5 (3) artiklan suuntaa antavien viitearvojen käyttämisen edellyttämistä apuna lakisääteisten vähimmäispalkkojen riittävyyden arvioinnissa. Nämä keinot ovat apuvälineitä ja suuntaa antavia ohjeita vähimmäispalkkojen riittävän tason määrittelyyn, eikä niiden voida katsoa tarkoittavan kovinkaan pitkälle menevää palkan muodostavien tekijöiden yhdenmukaistamista EU:ssa.

Ensinnäkin 5 (2) artiklan kriteereitä käytetään riittävyyden edistämisen ohjaukseksi. Esimerkiksi vähimmäispalkkoja määritettäessä on huomioitava lakisääteisen vähimmäispalkan ostovoima ottamalla huomioon elinkustannukset. Euroopan unionin perusoikeuskirjan 31 artiklan 1 kohdan mukaan jokaisella työntekijällä on oikeus ihmisarvoisiin työehtoihin. Euroopan sosiaalisen peruskirjan 4 artiklassa puolestaan tunnustetaan työntekijöiden oikeus kohtuulliseen palkkaan. Nämä oikeudet eivät toteudu, jos vähimmäispalkka ei riitä elinkustannusten kattamiseen. Tästä syystä on välttämätöntä, että ehdotuksen 5 (2) artiklassa mainitut kriteerit huomioidaan vähimmäispalkkoja määritettäessä.

Ehdotus sisältää säännöksiä, joilla työmarkkinaosapuolten toimintaa pyritään edistämään. Esimerkiksi ehdotuksen 4 artiklan tarkoituksena on kehittää työmarkkinaosapuolten valmiuksia käydä työehtosopimusneuvotteluita sekä lisätä työehtosopimusneuvottelujen kattavuutta. Ehdotuksen 13 artiklan mukaan direktiivin täytäntöönpano voidaan antaa työmarkkinaosapuolten tehtä-

³⁵ COM(2020) 682 final, s. 6–7, 19.

väksi, jos työmarkkinaosapuolet sitä yhdessä pyytävät. Ehdotus ei velvoita jäsenvaltioita, joissa palkoista säädetään työehtosopimuksilla säätämään vähimmäispalkoista lailla, eikä työmarkkinaosapuolten sopimusautonomiaan näin ollen puututa.

5 Johtopäätökset

On selvää, että vähimmäispalkkadirektiivin tarkoituksena on tietyiltä osin vaikuttaa vähimmäispalkkojen tasoon. Tämän kaltaisessa ehdotuksessa ei olisi järkeä, jos näin ei tapahtuisi. Ratkaisevaa on se, onko Euroopan unionilla toimivaltaa säätää mainituin keinoin vähimmäispalkoista ja näin vaikuttaa vähimmäispalkkojen tasoon.

Kuten tämän artikkelin luvussa 2.4 todetaan, unionin aikaisemmat toimet työssäkäyvien köyhyyttä koskevan ongelman ratkaisemiseksi eivät ole tuottaneet tulosta. Jäsenvaltioilla ei ole ollut aikaisemmin poliittista tahtoa säätää vähimmäispalkkojen riittävästä tasoista. Syynä tähän on ollut muun muassa jäsenvaltioiden huoli yritystensä kilpailuasemien heikkenemisestä valtion palkkatason noustessa. Koko EU:n käsittävä kehys vähimmäispalkkojen asettamisesta riittäväälle tasolle pakottaisi jäsenvaltiot toimiin, jotta työssäkäyvien köyhyyteen puututaan ja että palkkojen polkemisella saatava hyötyminen sisämarkkinoilla estetään.³⁶

Näin ollen voidaan todeta työssäkäyvien köyhyyden olevan luonteeltaan valtioiden rajat ylittävä ongelma, jota ei voida ratkaista pelkästään kansallisilla tai paikallisilla toimilla.³⁷ Vähimmäispalkkadirektiivin perimmäisenä pyrkimyksenä on saattaa mahdollisimman moni työntekijä vähimmäispalkkasuojan piiriin ja asettaa vähimmäispalkat tasolle, jolla ne mahdollistavat kohtuullisen elintason työntekijälle ja tämän perheelle. Direktiivillä olisi tarkoitus vaikuttaa vain palkkoihin, jotka eivät turvaa työntekijöille kohtuullisesta elintasoa.

Riittävyys on avainasemassa toimivaltaan liittyvän tulkinnan kannalta. Tällä direktiivillä ei yhdenmukaisteta jäsenvaltioiden vähimmäispalkkoja, vaan sillä annetaan suuntaviivat vähimmäispalkkojen määrittämiselle niin, että työstä saatava palkka riittää kohtuullisen elintason saavuttamiseksi. Lopputuloksena jäsenvaltiot määrittävät vähimmäispalkan, joka on riittävä kohtuullisen elintason saavuttamiseksi kyseisessä jäsenvaltiossa.

³⁶ Ks. EU:n tuomasta lisäarvosta vähimmäispalkkojen sääntelyyn. C(2020) 83 final, s. 9–10.

³⁷ U 69/2020 vp.

Tapa säättää vähimmäispalkkojen tasosta on jätetty jäsenvaltioiden valittavaksi. Jäsenvaltiot voivat säättää vähimmäispalkoista joko lailla taikka antaa palkan määrittämisen työmarkkinaosapuolten tehtäväksi, jolloin vähimmäispalkat määräytyvät työehtosopimusneuvottelujen tuloksena syntyneen työehtosopimuksen mukaan. Toimivalta säättää vähimmäispalkoista on jäsenvaltioilla sekä näiden työmarkkinaosapuolilla, jotka säättävät vähimmäispalkkojen tasosta niiden raamien sisällä, jotka riittäviä vähimmäispalkkoja koskevalla direktiivillä asetettaisiin. Riittäviä vähimmäispalkkoja Euroopan unionissa koskevalla ehdotuksella ei näkemykseni mukaan pyritä yhdenmukaistamaan palkan muodostavia tekijöitä, palkkatasoa eikä vahvistamaan kaikkia jäsenvaltioita koskevaa unionin yhteistä vähimmäispalkkaa. Näin ollen SEUT 153 artiklan 5 kohta ei rajoita unionin toimivaltaa antaa ehdotuksen mukaista direktiiviä.

Vuonna 2019 Euroopan unionin 446 miljoonasta asukkaasta (27 maata) työikäisten eli 15–64-vuotiaiden osuus oli 64,6 prosenttia koko väestöstä eli unionissa oli noin 288 miljoonaa työkäistä vuonna 2019.³⁸ Euroopan komission vaikutusarvion mukaan parhaaksi arvioidun toimenpidekokonaisuuden ansiosta vähimmäispalkkojen korotuksista voisi hyötyä noin 25 miljoonaa työntekijää jäsenvaltioissa, joissa on lakisääteinen vähimmäispalkka. Tässä toimenpidekokonaisuudessa vähimmäispalkka korotetaan 60 prosenttiin mediaanipalkasta tai 50 prosenttiin keskipalkasta.³⁹ Näiden lukujen perusteella vähimmäispalkkadirektiivi vaikuttaisi noin 9 prosenttiin unionin työkäisestä väestöstä. Tämä luku edustaa niiden työntekijöiden määrää, joiden palkka ei riitä kohtuullisen elintason ylläpitämiseen, joten voidaan puhua merkittävästä määrästä ihmisiä, joita tämä ongelma koskee.

Vähimmäispalkkadirektiivin täytäntöönpano saattaa kuitenkin osoittautua haasteelliseksi tilanteissa, joissa jokin jäsenvaltio on haluton implementoimaan sitä. Eurooppaoikeudellisella normilla on välitön oikeusvaikutus, kun sen sisältö on selvä ja se ei sisällä kansallisia täytäntöönpanotoimia eli normi on ehdoton. Lisäksi normin tulee olla absoluuttinen eli siinä ei sallita kansallisia varauksia.⁴⁰ Vähimmäispalkkadirektiivi vaatii muiden direktiivien tapaan kansallisia lainsäädäntötoimia, joten sillä ei ole välitöntä oikeusvaikutusta. Tästä

³⁸ Eurostat 21.12.2020, Väestörakenne ja ikääntyminen. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:V%C3%A4est%C3%B6rakenne_ja_ik%C3%A4%C3%A4ntyminen, vierailtu 10.2.2022.

³⁹ Komission valmisteluasiakirja SWD(2020) 246 final: Komission yksiköiden valmisteluasiakirja tiivistelmä vaikutustenarvioinnista, oheisasiakirja ehdotukseen Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi riittävästä vähimmäispalkoista Euroopan unionissa, s. 4.

⁴⁰ Raitio – Tuominen 2020, s. 244.

syystä jäljelle jää komission tai toisten jäsenvaltioiden mahdollisuus nostaa rikkomuskanne implementoinnista kieltäytyvää tai direktiivin virheellisesti implementoinutta jäsenvaltiota vastaan.⁴¹

Perusteltua on myös kysyä, mitä riittäviä vähimmäispalkkoja Euroopan unionista koskeva ehdotus tarkoittaa unionin toimivallan näkökulmasta. Uusfunktionalistiseen integraatioteoriaan liittyy käsite integraation spillover -vaikutuksesta. Sillä tarkoitetaan integraation syvenemistä ja laajenemista, jossa integraation kerrannaisvaikutukset lisääntyvät ja läikkyvät muille sektoreille. Kyseisen kaltaista spillover -vaikutusta on huomattavissa SEUT 153 (5) artiklaa koskevan oikeuskäytännön sekä vähimmäispalkkadirektiivin välillä.⁴² SEUT 153 (5) artiklaa koskevat EUT:n tuomiot etenkin Del Cerro Alonso sekä Impact tuovat esille tämän yhdentymisen lisääntymisen muun muassa vähimmäispalkkojen sektoreille.

Kummassakaan edellä mainituissa tuomioissa ei suoranaisesti käsitellä vähimmäispalkkoja. Näin ollen vähimmäispalkkadirektiiviä voitaisiin pitää EUT:n tuomioiden edistämänä unionin vähimmäispalkkoja koskevana yhdentymisenä, jossa lähtökohtaisesti yksiselitteinen säännös, jolla unionin toimivaltaa rajoitetaan, saa unionin tuomioistuimessa sen sanamuotoa laajemman merkityksen, joka johtaa mahdollisesti vähimmäispalkkadirektiivin säätämiseen. Vaikka vähimmäispalkkadirektiivi ei suoranaisesti vaikuttaisi palkkoihin, sillä lähennettäisiin jäsenvaltioiden vähimmäispalkkojen sääntelyn lähtökohtia, joka puolestaan syventää integraatiota.

Vähimmäispalkkadirektiivin säätämisen ei kuitenkaan voida katsoa tarkoittavan unionin toimivallan laajenemista. Vähimmäispalkkojen säätämisen mahdollistaa myös esimerkiksi SEUT 175 artikla.⁴³ Lisäksi toimet joihin vähimmäispalkkadirektiivillä ryhdytään ovat myös SEUT 153 (5) artiklan mukaisia ja näin ollen unionin toimivallan rajoissa. Kuitenkin vähimmäispalkkadirektiivi voisi toimia edellä mainitun kaltaisena integraatiota syventävänä tekijänä.

Työssäkäyvien köyhyys on huomattava ongelma Euroopan unionin kansalaisten sosiaalisten oikeuksien näkökulmasta ja palkkojen poljenta aiheuttaa haittaa myös eri jäsenvaltioihin sijoittautuneiden yritysten väliseen kilpailuun. Viimeisimpänä askeleena kohti vähimmäispalkkadirektiivin konkretisoitumista

⁴¹ Ks. rikkomuskanteesta ja kanneprosessin vaiheista Raitio – Tuominen 2020, s. 141–145.

⁴² Myhrman (toim.), Euroopan unionin syventyminen ja sosiaaliturva. Sosiaali- ja terveysministeriö 1999, s. 16.

⁴³ Vaihtoehtoisesta oikeusperustasta vähimmäispalkkoja koskien ks. Ane Aranguiz – Sacha Garben, *Confronting the Competence Conundrum of an EU Directive on Minimum Wages: In Search of a Legal Basis*. College of Europe Policy Brief 9.19 2019.

otettiin, kun työllisyys-, sosiaalipolitiikka-, terveys- ja kuluttaja-asioiden neuvosto muodosti 6.12.2021 yleisnäkemyksen direktiiviehdotuksesta, joka valtuuttaa neuvoston puheenjohtajamaan neuvottelemaan ehdotuksesta Euroopan parlamentin kanssa.⁴⁴ Se miten tehokkaasti vähimmäispalkkadiirektiivillä pystyttäisiin vaikuttamaan työssäkäyvien kohtuullisen elintason turvaamiseen sekä päällimmäisenä se, tullaanko ehdotusta lopullisesti hyväksymään ja vaikuttavasti soveltamaan, selviää vasta tulevaisuudessa.

⁴⁴ Euroopan unionin neuvosto 13.12.2021, Työllisyys-, sosiaalipolitiikka-, terveys- ja kuluttaja-asioiden neuvosto, 6.–7. joulukuuta 2021. <https://www.consilium.europa.eu/fi/meetings/epsco/2021/12/06-07/>, vierailtu 10.7.2022.

Virkalääkärin rikosoikeudellinen tuottamus hoitotyössä

Criminal negligence of an official doctor conducting care work

Otto Ruohonen *

Abstrakti

Artikkeli käsittelee virkalääkärin rikosoikeudellista huolimattomuutta hoitotyötä tehtäessä ja perustuu kirjoittajan aiheesta tehtyyn notaaritutkielmaan, joka arvioi virkalääkärin rikosoikeudellista huolimattomuutta. Artikkelin tutkimusmetodina toimii lainoppi, jonka avulla pyritään tulkitsemaan ja systematisoimaan rikosoikeudellisia säännöksiä. Lisäksi metodilla pyritään muotoilemaan uudelleen lainopillisia ongelmia, osoittamaan uudenlaisia systemaattisia yhteyksiä sekä jäsentämään ongelman ratkaisun kannalta olennaisia näkökohtia. Johdannon jälkeen artikkelissa tarkastellaan tuottamusta hoitotyössä yleisesti. Se pitää sisällään tuottamuksen rikoslaissa yleisellä tasolla, epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen lyhyesti sekä objektiivisen ja subjektiivisen huolimattomuuden käsitteet. Tämän jälkeen tarkastellaan hoitotyöhön sovellettavia tunnusmerkistöjä, joita ovat virkavelvollisuuden tuottamuksellinen rikkominen sekä tuottamuksellisiin henkeen ja terveyteen kohdistuviin rikoksiin lukeutuvat säännökset, ja huolimattomuutta näitä tunnusmerkistöjä sovellettaessa. Viimeinen luku pitää sisällään johtopäätökset ja yhteenvedon. Huomion arvoisena löytönä voidaan pitää sitä, että virkalääkärin rikosoikeudellinen vastuu hoitotyötä tehtäessä on huomattavasti laajempi kuin yksityisellä puolella työskentelevän lääkärin. Tämä johtuu siitä, että virkalääkärin toimiessa huolimattomasti, hän rikkoo samalla myös virkavelvollisuutensa. Virkavelvollisuuden rikkomiseen syyllistyminen ei edellytä henkilövahingon aiheutumista, toisin kuin tuottamuksellisiin henkeen ja terveyteen kohdistuviin rikoksiin syyllistyminen. Hoitotyössä ei kuitenkaan juurikaan käytetä julkista valtaa, joten virkalääkärin ankarampi vastuu on lainsäätäjän toimesta heikosti perusteltua.

Asiasanat: *Rikosoikeudellinen huolimattomuus, virkalääkäri, lääkäri, virkavelvollisuuden tuottamuksellinen rikkominen, tuottamukselliset henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset*

*The author is a law student at the University of Lapland and focuses on sports law, medical law, and procedural law. The article is based on the author's Bachelor's thesis.

Abstract

The article discusses the criminal negligence of an official doctor when performing care work. It is based on a Bachelor's thesis on the subject, which examines how the criminal negligence of an official doctor is assessed. The research method used is legal dogmatics, which is used to interpret and systemize criminal law provisions. In addition, the method seeks to reformulate legal problems, to show new types of systemic connections and to structure aspects relevant to the solutions of the problem. After the introduction, the article looks at negligence in care work generally. It includes criminal negligence in general, the concept of unactual negligence (neglect of rescue) in brief, as well as the concepts of objective and subjective negligence. It then examines the criminal offences applicable to care work, such as negligent violation of official duty and the provisions relating to criminal offences against life and health, as well as negligence in the application of those criminal offences. The last chapter contains conclusions and a summary. It is worth noting that the criminal liability of an official doctor while conducting care work is considerably broader than that of a private doctor. This is a consequence of the fact that when an official doctor acts negligently, they are also in breach of their official duties. Violations of official duty do not require personal injury, unlike negligent offences against life and health. However, there is little exercise of public authority in care work, thus the stricter responsibility of an official doctor is poorly justified by the legislator.

Keywords: *Criminal Negligence, Official Doctor, Doctor, Negligent Violation of Official Duty, Negligent Offences Against Life and Health*

1 Johdanto

Artikkelin tarkoitus on selvittää, kuinka virkalääkärin hoitotyötä arvioidaan rikosoikeudellisen tuottamuksen näkökulmasta. Kuten kaikessa inhimillisessä toiminnassa, myös terveydenhuollossa tapahtuu paljon virheitä, joista osa johdetaan yksilöiden erehtymisistä.¹ Useimmiten terveydenhuollossa sattuneet hoitohaitat johtavat potilaan tekemään mahdollisesta virheellisestä menettelystä johtuvaan kanteluun tai muistutukseen valvontaviranomaiselle tai potilasvakuutuslain (948/2019) mukaisen korvauksen hakemiseen. Tapaukset tulevat suhteellisen harvoin käsiteltäviksi rikosoikeudellisina.² Potilasvakuutuslain mukainen korvaus kuuluu vahingonkorvusoikeuden piiriin. Vahingonkorvusoikeudellinen tuottamusvastuu ei ole rinnasteinen rikosoikeudellisen tuottamusvastuun kanssa. Huolellisuusstandardit ovat usein tiukempia vahingonkorvusoikeudessa.³ Rikosoikeudellinen tuottamus, josta tässä artikkelissa käytetään synonyyminä termiä huolimattomuus, on määritelty rikoslaisissa (39/1889, RL) tarkoituksellisesti avoimesti, sillä huolimattomuutta on luonnollisesti arvioitava tilanteesta riippuen eri tavalla. Myös terveydenhuoltoa koskevassa lainsäädännössä on jouduttu jättämään sen soveltajalle tulkinnanvaraa, koska päätökset hoitoon ottamisesta ja hoitotoimenpiteistä ovat viime kädessä aina yksittäistapauksiin ”räätälöityjä” ratkaisuja.

Tutkimusaineisto koostuu lainsäädännöstä, virallislähteistä, oikeuskäytännöstä sekä oikeuskirjallisuudesta. Johdannon jälkeen artikkeli keskittyy tuottamukseen hoitotyössä yleisesti. Luku pitää sisällään tuottamuksen yleisen tarkastelun, epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen lyhyesti sekä objektiivisen ja subjektiivisen huolimattomuuden käsitteet. Seuraavaksi huomio siirtyy hoitotyöhön sovellettaviin tunnusmerkistöihin, joista tässä käsitellään virkavelvollisuuden tuottamuksellista rikkomista sekä tuottamuksellisia henkeen ja terveyteen kohdistuvia rikoksia. Lopussa on vielä lyhyt yhteenveto ja johtopäätökset. Tarkastelun ulkopuolelle on rajattu törkeä huolimattomuus. Tähän on päädytty lähinnä rajallisen tilan sekä vähäisen oikeuskäytännön seurauksena. Tutkielmassa arvioidaan virkalääkärin huolimattomuutta varsinaisessa hoitotoiminnassa ja hoitovirhetilanteissa. Terveydenhuollon ammattihenkilöt, joihin lääkärit kuuluvat, eivät ole rikosoikeudellisesti erityisasemassa, vaan heidän

¹Amos Pasternack, Hoitovirheet ja hoidon aiheuttamat haitat, *Duodecim* 2006, s. 2459–2470.

² Mirva Lohiniva-Kerkelä, Potilaan oikeusturva. Teoksessa Lasse Lehtonen – Mirva Lohiniva-Kerkelä – Irma Pahlman (toim.), *Terveysoikeus*, s. 331–377, Talentum 2015.

³ Matti Tolvanen, Tuottamus ja uhrin myötävaikutus. *Defensor Legis* 4 2015, s. 626.

toimintansa tulee arvioitavaksi yleisten rikosoikeudellisten säännösten mukaisesti.⁴ Hoitohaitalla tarkoitetaan potilaalle hoidosta aiheutunutta haitallista seurausta. Hoitovirheellä puolestaan tarkoitetaan yhden tai useamman hoitohenkilökuntaan kuuluvan ammattihenkilön selvästi virheellistä menettelyä. Menettely voidaan arvioida virheelliseksi myös niissä tapauksissa, joissa potilaalle ei ole aiheutunut hoitohaittaa.⁵ Tällöin kyseeseen voi tulla artikkelista käsiteltävistä tunnusmerkistöistä ainoastaan virkavelvollisuuden tuottamuksellinen rikkominen.

Artikkeli perustuu notaaritutkielmaan, jonka aiheena on virkalääkärin rikosoikeudellinen tuottamus hoitotyössä. Siinä tutkimusmenetelmänä käytetään rikoslainoppia, jonka tehtäväksi on yleisesti määritelty rikosoikeudellisten säännösten tulkinta ja systematisointi. Tämän lisäksi lainopin tarkoituksena on muotoilla uudelleen lainopillisia ongelmia, osoittaa uudenlaisia systemaattisia yhteyksiä sekä jäsentää ongelman ratkaisun kannalta olennaisia näkökohtia.⁶

2 Tuottamuksesta hoitotyössä yleisesti

2.1 Tuottamus rikoslaissa

Rikosoikeudellinen laillisuusperiaate edellyttää, että rangaistuksen on perustuttava lakiin. Rikoslain (39/1889) 3 luvun 5 §:n 1 momentin mukaan rangaistusvastuun edellytyksenä on tahallisuus tai tuottamus. Rikosoikeudellisesta huolimattomuudesta eli tuottamuksesta on säädetty rikoslain 3 luvun 7 §:n 1 momentissa, jonka mukaan tekijän menettely on huolimaton, jos hän rikkoo olosuhteiden edellyttämää ja häneltä vaadittavaa huolellisuusvelvollisuutta, vaikka hän olisi kyennyt sitä noudattamaan (tuottamus). Kyseisen 7 §:n 3 momentissa puolestaan säädetään, että pikemmin tapaturmaan kuin tuottamukseen perustuvasta teosta ei rangaista. Säännöstä koskevan hallituksen esityksen (HE) mukaan tuottamus jakautuu subjektiiviseen ja objektiiviseen tuottamukseen. Tällä tarkoitetaan tuottamuksellisesti toimineen tekijän moittimista siitä, että hän on rikkonut yleistä (kaikkia koskevaa) huolellisuusvelvollisuutta siitä huolimatta, että hänellä oli subjektiivinen kyky noudattaa vaadittavaa

⁴ Lohiniva-Kerkelä 2015.

⁵ Mervi Kattelus – Suvi Sariola, Lääkärin etiikka, Suomen lääkäriiliitto 2021, s. 80.

⁶ Ari-Matti Nuutila, Rikosoikeudellinen huolimattomuus, Lakimiesliiton kustannus 1996, s. 129.

huolellisuutta.⁷ Esitöissä on siis jaoteltu tuottamus kahteen osaan, joista ensimmäinen koskee itse menettelyn huolimattomuutta ja toinen tekijän kykyä ja tilaisuutta toimia toisin.⁸

Tuottamussäännöksessä on irtauduttu yleiskielen mukaisesta merkityssisällöstä. Huolimatta siitä, että säännös on kirjoitettu yleiskielen mukaisesti, oikeuskirjallisuudessa on katsottu huolimattomuuden käsitteen merkityssisällön määräytyvän oikeudellisen erityiskielen – juridis-teknisen erityismerkityksen – kautta.⁹ Rikosoikeudellisen tulkinnan lähtökohtana on sanamuodon mukainen tulkinta, jossa tulkinta perustuu termin yleiskielelliseen merkityssisältöön. Yleiskieli ei kuitenkaan usein vastaa suoraan siihen, mitä erilaisilla termeillä, kuten huolimattomuudella, on haluttu lakitekstissä ilmaista. Vain selvissä ruutiin tapauksissa sen merkitys voi olla täysin selvä.¹⁰ Rikoslain yleisiä oppeja koskevan hallituksen esityksen mukaan sallittuna tulkintana pidetään merkityssisältöä, joka perustuu termeille oikeustieteessä, lain esitöissä taikka mieluummin itse laissa vahvistettuun juridis-tekniseen merkityssisältöön.¹¹ Tekstin tulkinnanvaraisuutta ei kuitenkaan ole mahdollista eikä edes tarkoituksenmukaista täysin välttää. Sekä oikeuskäytäntö että oikeustiede muuttavat tällaisten niin kutsuttujen legaalimääritelmien merkityssisältöä.¹² Korkein oikeus (KKO) on useissa ratkaisuissaan viime vuosikymmeninä todennut, että yleisesti muotoiltuja säännöksiä täytyy tulkita. Ratkaisujen perusteluissa on viitattu Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ratkaisukäytäntöön, jossa on myös puollettu samaa kantaa. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2019:44 korkein oikeus viittasi ratkaisuun *C. R. v. Yhdistyneet Kuningaskunnat*, jossa todettiin, että rikossäännöksiä on välttämätöntä tulkita.¹³ Lisäksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuin asetti ratkaisussa tulkinnalle ennakoitavuuden vaatimuksen sekä

⁷ HE 44/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lain-säädännön uudistamiseksi, s. 16.

⁸ Dan Frände – Jussi Matikkala – Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Pekka Viljanen – Markus Wahlberg, *Keskeiset rikokset*, Edita Publishing 2018, s. 273.

⁹ Jussi Tapani – Matti Tolvanen – Tatu Hyttinen, *Rikosoikeuden yleinen osa: Vastuuoppi*, Alma Talent 2019, s. 104.

¹⁰ *Ibid.*, s. 106.

¹¹ HE 44/2002 vp, s. 34.

¹² Tapani ym. 2019, s. 107.

¹³ Ks. EIT 20190/92 (*C. R. v. Yhdistyneet Kuningaskunnat*), tuomio 22.11.1995, ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD002019092.

edellytyksen, että tulkinta on yhteneväinen kulloinkin kyseessä olevan rikoksen ydinolemuksen kanssa.¹⁴

Rikosoikeuden yleisen osan tulkinnassa on otettava huomioon myös erityisen osan merkitys. Useat yleisten oppien osat, tuottamus mukaan lukien, ovat hyvin vaikeasti hahmotettavissa ilman tunnusmerkistöjen ja konkreettisten soveltamistilanteiden tarkastelua.¹⁵ Rikoslain kokonaisuusuudistus on laadittu silmällä pitäen periaatetta, jonka mukaan tuottamuksellisesta teosta tai laiminlyönnistä voidaan rankaista ainoastaan, jos tämä on nimenomaisesti määritetty rikossäännöksen sanamuodossa.¹⁶ On myös hyvä huomata, että rikoslain erityisessä osassa käytetään tuottamuksen sijaan pääasiassa termiä huolimattomuus.¹⁷ Tuottamuksen arviointi vaihtelee eri tunnusmerkistöjen välillä. Rikoslain 3 luvun 7 §:n 3 momentin säännöksellä on jätetty huolimattomuuden alarajan asettaminen oikeuskäytännön tehtäväksi.¹⁸

2.2 Epävarsinainen laiminlyöntirikos

Epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta on kyse silloin, kun tunnusmerkistö täytetään laiminlyönnillä tapauksessa, jossa se on täytettävissä sekä aktiivisella tekemisellä että laiminlyönnillä.¹⁹ Epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen eli komissiivideliktiin ollessa käsillä tekijä jättää estämättä tunnusmerkistön mukaisen seurauksen. Hänet asetetaan rikosoikeudelliseen vastuuseen vahinkoseurauksen aiheuttamisesta, jos hän olisi voinut ja hänen olisi pitänyt estää vahingon syntyminen. Se tulee esille lähinnä tiettyjen loukkausrikosten, kuten vamma- tai kuolemantuottamuksen yhteydessä.²⁰ Varsinaisessa laiminlyöntirikoksessa puolestaan laiminlyönnin rangaistavuudesta säädetään nimenomaisesti tunnusmerkistössä, kuten pelastustoimen laiminlyönnissä (RL 21:15). Epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta on säädetty rikoslain 3 luvun 3 §:n 2 momentissa, jonka mukaan laiminlyönti on rangaistava, jos tekijä on jättänyt estämättä tunnusmerkistön mukaisen seurauksen syntymisen, vaikka

¹⁴ Ibid., s. 107–108. Korkein oikeus on viitannut myös muun muassa ratkaisuihin EIT 23536/94, 24408/94 (Baskaya ja Okçuoglu v. Turkki), tuomio (suuri jaosto) 08.07.1999, ECLI:CE:ECHR:1999:0708JUD002353694 ja EIT 17862/91 (Cantoni v. Ranska), tuomio 15.11.1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1115JUD001786291.

¹⁵ Tapani ym. 2019, s. 11–12.

¹⁶ Ibid., s. 4.

¹⁷ Melander 2016, s. 182.

¹⁸ Frände ym. 2018, s. 278.

¹⁹ HE 44/2002 vp, s. 42 ja Melander 2016, s. 115.

²⁰ Tapani ym. 2019, s. 153–154 ja Melander 2016, s. 114, 116 ja Nils Jareborg, Allmän kriminalrätt, Lustus 200, s. 181–183.

hänellä on ollut erityinen oikeudellinen velvollisuus estää seurauksen syntyminen. Tällainen velvollisuus voi perustua muun muassa virkaan, toimeen, asemaan, tehtäväksi ottamiseen tai sopimukseen.

Säännöstä koskevan hallituksen esityksen mukaan kyse on nimenomaan oikeudellisesta velvollisuudesta, joka perustuu oikeusjärjestykseen. Hallituksen esityksessä on kuitenkin mainittu, että virkaan tai työhön perustuvien velvollisuuksien laiminlyönti tulee yleensä rangaistavaksi jo tuottamuksellisena virkavelvollisuuden rikkomisena tai varsinaisena laiminlyöntirikoksena.²¹ Lisäksi siinä todetaan, että yleinen virkavelvollisuus harvemmin riittää epävarsinaisen laiminlyöntirikoksen vastuuperusteeksi, vaan virkaan, toimeen tai asemaan perustuvan velvollisuuden on oltava tarkennettu niin, että sen tarkoituksena on suojella tai valvoa tiettyä henkilöä tai henkilökuntaa. Kyseessä voi olla velvollisuus suojata jotakuta uhkaavilta vaaroilta tai valvontavelvollisuus, jolloin vastuu perustuu siihen, että tekijällä on ollut velvollisuus valvoa muiden henkilöiden toimintaa.²²

On mahdollista, että laiminlyöntivastuun täyttymistä tarkasteltaessa joudutaan arvioimaan usean henkilön työpanosta. Esimerkiksi hoitotoimenpiteet edellyttävät usein useamman kuin yhden henkilön osallistumista. Tällaisessa tapauksessa tehtävien huolellinen ja asianmukainen hoitaminen edellyttää, että hoitotoimenpiteeseen osallistuvat seuraavat tarkkaavaisesti myös muiden siihen osallistuvien toimintaa. Tästä huolimatta lääkäri saa luottaa esimerkiksi siihen, että sairaanhoitaja antaa potilaalle tarvittavat lääkkeet asianmukaisesti. Vastavuoroisesti sairaanhoitaja voi luottaa siihen, että lääkäri toimii leikkaustilanteessa huolellisesti.²³ Tapauksessa KKO 1964 II 69 tuomittiin kuitenkin sekä lääkäri että ylihoitaja. Pientä lasta oli hoidettu lääkärin määräyksestä epäkuntoisella höyryhengityslaitteella. Lääkärin velvollisuuksiin katsottiin kuuluneen laitteen tarkastus sekä sen käytön yleinen valvonta. Ylihoitajan puolestaan olisi tullut huolehtia laitteen kunnosta ja muun henkilöstön ohjeistamisesta sen käytössä. Molemmat asetettiin rikosoikeudelliseen vastuuseen ruumiinvamman tuottamuksesta, joka perustui valvontavelvollisuuteen.²⁴ Esimiesasemaan perustuvan vastuun ala alaisten toiminnasta on vaikeasti määriteltävissä. Velvollisuus valvoa alaisten työtä ei yksinään riitä laiminlyöntivas-

²¹ Ks. KKO 1948 II 456 ja 1950 II 175.

²² HE 44/2002 vp, s. 43 ja Melander 2016, s. 117.

²³ Tapani ym. 2019, s. 155.

²⁴ Ks. myös KKO 1969 II 9 ja 1979 II 69.

tuun perusteeksi, vaan on perusteltua edellyttää varsin konkreettista vastuusemaa ja valvontasuhdetta.²⁵ Laillistettu lääkärikään ei aina ole vastuussa hänen hoidettavanaan olevasta potilaasta. Vastaavalla tavalla aktiivinen velvoite laadukkaasta hoidosta huolehtimiseen voidaan kohdistaa henkilöön, joka ei ole lain nojalla velvollinen hoidon antamiseen ja osallistuu vain puhelimen välityksellä hoito-ohjeiden antamiseen.²⁶

Lääkärin ja muun hoitohenkilökunnan vastuuta tarkasteltaessa ovat helposti sekoitettavissa tilanteet, joissa vastuu perustuu virkaan tai asemaan sekä tilanteet, joissa vastuu perustuu sopimukseen tai tehtäväksi ottamiseen.²⁷ Ero näiden välillä onkin hallituksen esityksen mukaan liukuva. Jälkimmäisessä tekijä on vapaaehtoisesti ottanut jonkin oikeushyvän suojattavakseen joko nimenomaisella sopimuksella tai ryhtymällä johonkin toimeen.²⁸ Tällöin valvonta- tai suojaamisvelvollisuus ei perustu virkasuhteeseen.²⁹

2.3 Objektiivinen huolimattomuus

2.3.1 Huolellisuusstandardit lääkärintoimessa

On syytä erottaa toisistaan se, miten henkilön olisi pitänyt toimia ja miten henkilö olisi voinut toimia.³⁰ Ensimmäisessä on kyse objektiivisesta huolimattomuudesta ja toisessa puolestaan subjektiivisesta huolimattomuudesta. Menettelyn huolimattomuutta tutkittaessa ei voida sivuuttaa sitä seikkaa, että täytyy olla olemassa myös huolellinen menettely, johon menettelyä verrataan. Tällaisesta huolellisesta menettelystä voidaan käyttää termiä huolellisuusstandardi tai huolellisuusvelvollisuus. Huolellisuusvelvollisuuden vastaista toimintaa kutsutaan myös kielletyksi riskinotoksi.³¹ Monilla elämänalueilla on omia standardeja, joihin peilaamalla tietyn menettelyn huolellisuuden tasoa voidaan tarkastella.³² Rikoslain yleisen osan uudistusta koskevassa hallituksen

²⁵HE 44/2002 vp, s. 44.

²⁶ Dan Frände – Ari-Matti Nuutila, Oikeustapauksia – Kommentteja – KKO 1994:101. Lakimies 3 1996, s. 492.

²⁷ Tapani ym. 2019, s. 157.

²⁸ Ks. jäljempänä käsiteltävä KKO 1994:101, jossa luontaishoitajan vastuu perustui hoito-toimeen ryhtymiseen.

²⁹ Melander 2016, s. 120.

³⁰ Tapani ym. 2019, s. 248.

³¹ Ilkka Rautio – Timo Ojala – Ari-Matti Nuutila – Kimmo Nuotio – Sakari Melander – Martti Majanen – Tapio Lappi-Seppälä – Pekka Koskinen – Kaarlo Haka-mies – Dan Helenius, Rikosoikeus, Alma Talent 2004, kohdassa I Yleisiä kysymyksiä, 2, Rikosoikeudellisen vastuun yleisistä edellytyksistä (RL 3 luku), Tuottamus (RL 3:7), Objektiivinen tuottamus.

³² Frände ym. 2018, s. 274.

esityksessä on todettu, että huolellisuusvelvoitteiden muotoutuminen tuomioistuimissa on jatkuva prosessi ja huolimattomuuden lähteet ovat monenlaisia.³³ Toisessa rikoslain kokonaisuudistusta koskevassa hallituksen esityksessä on kuolemantuottamusta koskevan tunnusmerkistön yhteydessä puolestaan katsottu nykyisin lähes kaiken vaarallisen toiminnan olevan yksityiskohtaisin ohjein säänneltyä.³⁴

Huolellisuusstandardien auktoritatiivisuus vaihtelee lähteestä riippuen. Enemmän auktoritatiivisella standardilla on luonnollisesti enemmän painoarvoa menettelyn huolellisuuden arvioinnissa. Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että mitä auktoritatiivisempi standardi on, sitä vahvempi *presumptio* syntyy varsinkin siitä, että jos on toimittu huolellisuusstandardin edellyttämällä tavalla, niin toiminta ei ole rikosoikeudellisesti huolimatonta.³⁵ Selvää on, että auktoritatiivisuudeltaan korkeimmassa luokassa ovat oikeussäännöt. Normihierarkian lisäksi velvoittavuuteen vaikuttaa säännöksen yksityiskohtaisuus, joka lisää sen painoarvoa arvioinnissa.³⁶ Erään tärkeän huolellisuusstandardin muodostaa *lex artis*, jolla tarkoitetaan tietyllä alalla voimassa olevaa teknisten normien joukkoa, joka määrittää huolellisen menettelyn sisältöä. Tästä käytetään myös termiä hyvä tapa. Sen mukaiset lääketieteelliset toimenpiteet ovat sallittuja siitä huolimatta, että ne saattavat pitää sisällään huomattavan epäonnistumisen ja kuoleman riskin.³⁷ Mikäli *lex artis* on kodifioitu, ei voida kuitenkaan puhua enää vain hyvästä tavasta. *Lex artis* vaikuttaa erityisesti lääkärin toimintaa arvioitaessa, jossa se perustuu hoitotyössä vakiintuneiden toimintatapojen sekä niin kutsutun koululääketieteen varaan.³⁸ Terveystieteiden ammattihenkilöistä annetun lain 15 §:ssä asetetaan sisällöltään joustava huolellisuusstandardi (koululääketiede), jonka sisältöä pyritään ilmaisemaan tukeutumalla muun muassa alueellisiin työohjeisiin, Käypä hoito -suosituksiin sekä asiantuntijalausuntoihin.

Lääketieteellisen arvioinnin lisäksi lääkärin päätöksentekoon varsinaisen hoitotoiminnassa vaikuttavat myös tietyt hetkenä käytettävissä olevat voimavarat, jotka määräytyvät pitkälti kuntien ja kuntayhtymien talousarvioiden perusteella. Kuten muillekin hallinnon aloille, myös terveydenhuollolle on omat

³³ HE 44/2002 vp, s. 95.

³⁴ HE 94/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäviksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi, s. 97.

³⁵ Frände ym. 2018, s. 274.

³⁶ *Ibid.*, s. 274.

³⁷ Tapani ym. 2019, s. 255–256.

³⁸ Frände ym. 2018, s. 276.

määrärahasa, jotka voivat olla niukkoja tarpeisiin nähden. Tällöin on noudatettava etusijajärjestystä, jonka pohjalta varojen käytöstä päätetään. Ainoastaan kiireellisissä tapauksissa päätökset perustuvat pelkästään lääketieteelliseen asiantuntemukseen. Muissa tilanteissa on otettava huomioon myös taloudelliset, eettiset ja moraaliset näkökohdat. Terveyskeskuksissa ja erikoissairaanhoidon toimintayksiköissä työskentelevät lääkärit, joiden toimenkuvaan kuuluu potilaiden valinnasta päättäminen, ovat pääasiassa kunnallisia viranhaltijoita. Tästä seuraa, että he ovat alaisuussuhteessa terveydenhuollosta päättäviin kunnan tai kuntayhtymän luottamushenkilöelimiin. Tällaisilla elimillä on mahdollisuus joissain tilanteissa antaa myös oikeudellisesti velvoittavia normeja, kuten alueellisia työohjeita, jotka tosin ovat pääasiassa ainoastaan punnintanormien asemassa. Punnintanormit tulee ottaa huomioon päätöksenteossa, mutta niiden keskinäinen painoarvo jää yksittäistapauksissa arvioitavaksi.³⁹ Kouvolan hovioikeus (HO) on 19.02.2010 antamassaan ratkaisussa nro 181 todennut, että henkilöresurssit tulee järjestää siten, että lääkäriin on mahdollista toimia huolellisesti.

Myös tarveperiaate tulee ottaa huomioon hoitotoiminnassa. Potilaan asemasta ja oikeuksista annetun lain (785/1992, potilaslaki) 3.2 §:n mukaan potilaalla on oikeus laadultaan hyvään terveyden- ja sairaanhoitoon. Laadultaan hyvä hoito määräytyy annettavan hoidon hetkisen lääketieteen tason perusteella. Sen edellytyksenä on myös hoitavan henkilön ammatillinen erityisasiantuntemus. Laadultaan hyvän hoidon antaminen on yksi virkalääkäriin virkavelvollisuuksista. Terveydenhuollon sisältöä koskevat säännökset sisältyvät pääasiassa terveydenhuoltolakiin (1326/2010). Terveydenhuoltolain 8 §:n mukaan terveydenhuollon toimintayksikön on laadittava erillinen suunnitelma laadunhallinnasta ja potilasturvallisuuden täytäntöönpanosta. Terveydenhuollon on kaikilta osin perustuttava näyttöön ja hyviin hoitokäytäntöihin. Julkisten terveystalvelujen laatu pyritään tämän ohella varmistamaan erilaisilla laatuvaatimuksilla, jotka eivät ole oikeudellisesti sitovia, mutta joita voidaan käyttää asianmukaisen hoidon mittapuuna.⁴⁰ Hallituksen hoitotakuuta koskevan esityksen mukaan potilaalla ei ole rajatonta oikeutta saada mitä tahansa haluamaansa hoitoa, vaan hänen terveydentilastaan johtuvan hoidon tarpeen

³⁹ Kaarlo Tuori – Toomas Kotkas, *Sosiaalioikeus*, Sanoma Pro 2016, s. 144.

⁴⁰ Lehtonen ym. 2014, kohdassa *Laki potilaan asemasta ja oikeuksista*, *Laadultaan hyvä hoito*, *Terveystalvelujen laatu*.

arvioi terveydenhuollon ammattihenkilö lääketieteellisesti hyväksytyin kriteerein. Sen arvioiminen, millaista hoitoa potilas yksittäisessä tilanteessa tarvitsee, kuuluu viime kädessä lääkärille.⁴¹

Lakitekstin sisältämät ilmaisut hyvästä ja laadukkaasta hoidosta jättävät huomattavasti harkinnanvaraa eivätkä sellaisenaan kerro, milloin yksittäisessä tapauksessa on toimittu hyvän hoidon (*lege artis*) vaatimusten mukaisesti. Edellä esitetyn perusteella on havaittavissa, että huolellisuusstandardi muodostuu muun muassa vakiintuneista hoitotavoista, yleisesti hyväksytyistä ja kokemusperäisesti perustelluista menettelytavoista (koululääketieteestä)⁴², viranomaisten antamista normeista, tarveperiaatteesta sekä eettisistä ja moraalisisista tekijöistä. Ainoastaan kiireellisissä tapauksissa päätöksenteko perustuu pelkästään koululääketieteeseen, joka sekin on varsin tulkinnanvarainen käsite. Esimerkiksi voidaan ottaa tilanne, jossa potilaan sairautta voidaan hoitaa kahdella eri tavalla, joista toinen on hieman parempi, mutta samalla paljon kalliimpi, eikä tällaista hoitoa voitaisi antaa kaikille vastaavanlaisessa tilanteessa oleville. Tällöin hoitopäätökseen vaikuttaa koululääketieteen ohella yhdenvertaisuus sekä taloudelliset seikat. Vaikka hoitoon ei saisi vaikuttaa sen kalleus, taloudellisten seikkojen merkityksettömyyttä on pidettävä yksinkertaisesti mahdottomana.

Lääketieteellinen asiantuntemus välittyy yleisiin tuomioistuimiin pääasiallisesti todistaja- sekä asiantuntijalausuntoina. Merkittävänä asiantuntijaviranomaisena, erityisesti rikosasioissa, toimii yliopistollista sairaalaa ylläpitävät sairaanhoitopiirit, jotka antavat näkemyksensä lausuntojen muodossa. Aiemmin lausuntoja antoi pääasiassa Sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontavirasto (Valvira). Lääketieteessä yleisesti hyväksytyt kannat muodostavat notoristyyppisen tosiseikaston, jota ei tarvitse näyttää erikseen toteen. *Havun* mukaan niiden vastaiset vaatimukset eivät menesty, vaikkakin on olemassa myös erityistapauksia ja ongelmallisia tilanteita, jotka täytyy erikseen tunnistaa.⁴³ Tosiasiassa näitä tapauksia on kuitenkin melko paljon ja koululääketieteen kanta lienee vain harvoin notorinen eli maallikolle selvä. Huomion arvoista on myös se, että lääketieteessä on erilaisia koulukuntia, joiden näkemykset poikkeavat toisistaan. Yleisissä tuomioistuimissa ei ole asiantuntemusta, jonka perus-

⁴¹ HE 185/1991 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi potilaan asemasta ja oikeuksista, s. 13.

⁴² Lehtonen ym. 2014, kohdassa 3 Terveydenhuollon ammattihenkilöt, Laki terveydenhuollon ammattihenkilöistä, Ammattihenkilön velvollisuudet.

⁴³ Timo Havu, *Medisiinan vaihtelevuus tuomioistuimissa on haaste lainsäätäjälle*. Duodecim 2006, s. 695.

teella yksipuolisia lausuntoja antavien asiantuntijoiden tai todistajien perusteluja olisi mahdollista kyseenalaistaa. Tämä saattaa johtaa ratkaisulinjan vaihteluun sekä epäyhdenvertaisuuteen.⁴⁴

Koululääketiede voi siis vaihdella yksittäistapauksissa lääkärin näkemyselämästä johtuen. Näin ollen myös lääkärin huolellisuusstandardi vaihtelee riippuen siitä, kuka määrittelee koululääketieteen sisällön yksittäistapauksessa ja mihin tämä määrittely perustuu. Oikeuskäytännössä on lähes poikkeuksetta lähdetty arvioimaan lääkärin toiminnan huolellisuutta terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun lain (559/1994, ammattihenkilölaki) 15 §:n perusteella. Sen mukaan terveydenhuollon ammattihenkilön on ammattitoiminnassaan sovellettava yleisesti hyväksytyjä ja kokemusperäisiä perustelutuja menettelytapoja koulutuksensa mukaisesti. Ammattihenkilölain 15 §:stä lähdettiin liikkeelle muun muassa ratkaisussa KKO 2019:98. Siinä edellä mainitun pykälän sisältämän koululääketieteen käsitteen tarkempi määrittely perustui terveystieteiden keskeiseen alueelliseen työohjeeseen, joka piti sisällään hoitoprotokollan. Korkein oikeus yhtyi perusteluissaan Sosiaali- ja terveysalan lupa- ja valvontaviraston (Valvira) asiantuntijalausuntoon, jonka mukaan hoitoprotokolla ja työohje kuvasivat yleisesti hyväksytyjä ja kokemusperäisiä perustelutuja menettelytapoja, joita tapauksessa vastaajana ollut lääkäri oli ollut velvollinen noudattamaan. Korkein oikeus totesi myös, että hoitoprotokolla ja työohje olivat selkeästi määrittäneet annettavan lääkityksen ja muut toimenpiteet, joihin terveystieteiden lääkäriin oli ryhdyttävä havaittuaan potilaalla sydäninfarktiin sopivat oireet ja merkit sydänfilmissä. Koska lääkäri ei ollut toiminut näiden mukaisesti, hänen katsottiin menetelleen huolimattomasti. Lääkäri tuomittiin rangaistukseen tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta. Samalla tavoin Itä-Suomen hovioikeus on päättänyt 30.09.2020 antamassaan ratkaisussa nro 135569 arvioimaan toiminnan huolimattomuutta vertaamalla sitä hoitoprotokollaan sekä Valviran päätökseen ja lausuntoon. Tässä tapauksessa lääkäri tuomittiin rangaistukseen sekä virkavelvollisuuden tuottamuksellisesta rikkomisesta että vammantuottamuksesta. Näissä ratkaisussa hoitoprotokollasta oli saatavilla yksiselitteinen toimintaohje kyseisiin tapauksiin. Aina näin ei kuitenkaan ole, sillä ohjeet ovat yleisluonteisia, eivätkä ne ota huomioon tapauskohtaisia olosuhteita.

Sen sijaan Helsingin hovioikeuden 28.05.2020 antamassa ratkaisussa nro 118887 asiantuntijalausuntojen ohella yhdeksi vertailukohtaksi toiminnan huolellisuudelle otettiin Käypä hoito -suositus. Tapauksessa syytettynä ollut

⁴⁴ Juhani Juntunen, Muuttuuko mediisiina oikeudessa? *Duodecim* 2006, s. 393–394.

lääkäri A ei tosin ollut virkasuhteessa, vaikkakin Käypä hoito -suositusta käytetään myös alueellisten työohjeiden laatimisen pohjana.⁴⁵ Tapauksessa potilas menehtyi keuhkoveritulppaan, joka oli seurausta laskimotukoksesta, jonka puolestaan aiheutti nilkan nyrjähdys. Arvioitavana oli, oliko A toiminut huolimattomasti, kun hän ei ollut diagnosoinut veritulppaa ja hoitanut potilasta sen edellyttämällä tavalla. Tässäkin huolellisuusarvioinnissa lähdettiin liikkeelle ammattihenkilölain 15 §:stä. Hovioikeuden mukaan tällöin yksi vertailukohta toiminnan huolellisuudelle ovat lääkäreille laaditut Käypä hoito -suositukset, jotka ovat riippumattomia, tutkimuskäyttöön perustuvia kansallisia hoitosuosituksia, jotka Suomalainen Lääkäriseura Duodecim on laatinut yhdessä erikoislääkäriyhdistysten kanssa. Perusteluissaan hovioikeus lausui, että hoito ei ollut ainakaan olennaisesti poikennut nilkan nyrjähdystä koskevasta Käypä hoito -ohjeesta.⁴⁶ A vapautettiin syytteestä.

Hoitosuosituksien määrä on jatkuvassa kasvussa ja niiden käytölle on ilmennyt myös oikeudellisia tarpeita. Ainakin hovioikeudet ovat oikeuskäytännössään käyttäneet Käypä hoito -suositusta lääkärin rikosoikeudellista huolimattomuutta arvioitaessa. Hoitosuositukset ovat kuitenkin olleet vain yksi huolellisuuden mittapuu useiden asiantuntijalausuntojen ohella, vaikka myös osa asiantuntijoista on viitannut niihin lausunnoissaan.⁴⁷ Hoitosuositukset ovat hyödyllisiä, mikäli ne ovat helpokäyttöisiä, joustavia ja kuvaavat ymmärrettävästi hoitokäytäntöä, jolloin ne voivat tukea asiantuntijalausuntoja tuomioistuimissa.⁴⁸ On kuitenkin olennaista erottaa hoitosuositukset, jotka on laadittu parantamaan hoidon laatua sekä perustuvat lääketieteelliseen näyttöön ja ammatilliseen kokemukseen, ja sellaiset suositukset, jotka on rakennettu taloudellisten ja hallinnollisten näkökulmien pohjalta.⁴⁹ Juridisessa päätelyssä hoitosuositus on ongelmallinen, koska oikeudenkäynti keskittyy aina yksittäisen tapauksen kulkuun eikä yleiseen abstraktiin päätösketjuun, jollainen hoitosuositus on. Kysymys vakuuttavimmasta asiantuntijasta voi olla merkittävä seikka tuomion lopputuloksen kannalta. Tällaisessa uskottavuuskilpailussa tuomioistuimen kannanottoon saattaa vaikuttaa se, onko aiheesta olemassa

⁴⁵ Lauri Nuutinen – Matti Nuutinen – Marina Erhola, Käypä hoito -suositukset alueellisten hoito-ohjelmien ja hoitoketjujen pohjana. Duodecim 2004, s. 2955–2962.

⁴⁶ *Käypä hoito* -suositusta on hyödynnetty myös virkalääkärin tuottamusta arvioitaessa ratkaisussa Rovaniemen hovioikeus, tuomio 15.08.2014 nro 131967.

⁴⁷ Muun muassa edellä mainitussa ratkaisussa Helsingin hovioikeus, tuomio 28.05.2020 nro 118887.

⁴⁸ Juhani Kaivola – Kati Myllymäki, Hoitosuositukset ja laki. Duodecim 2004, s. 2971–2976.

⁴⁹ Sjeff Gevers, Legal issues in the development and use of clinical practice guidelines. *Medicine and law*, 20(2) 2001, s. 183–191.

hoitosuositus ja saako asiantuntijan kanta tukea tästä suosituksesta.⁵⁰ Oikeuskäytännön perusteella vaikuttaisi siltä, että asiantuntijalausuntojen ollessa vastakkaisia, tuomioistuimet ovat päätyneet toteamaan toiminnan huolelliseksi sen perusteella, että näyttö on ollut ristiriitaista.⁵¹

Hoitosuosituksia on laadittu yhtenä tarkoituksena vähentää hoitokäytännössä esiintyvää perusteetonta vaihtelua eri toimintayksiköiden ja toimijoiden välillä. Kuten aiemmin tuli ilmi, ne on laadittu yleisistä lähtökohdista ja ovat näin ollen yksittäistapaukseen puolueeton kannanotto. Niiden tavoitteena on antaa luotettava kuva ajantasaisesta hyvästä lääketieteellisestä menettelystä sellaisia sairauksia hoidettaessa, joita suositus koskee. Niiden voidaan nähdä edistävän sekä lääkärin että potilaan oikeusturvaa, kun tieto on läpinäkyvää näiden lisäksi myös tuomioistuimille. Hoitosuositusten lähtökohtana on kuitenkin luotettavasti määritelty tauti eli diagnoosi. Potilaille kuitenkin harvoin on vain yksi oppikirjasairaus, jolloin hoitosuositus ei usein ole sellaisenaan sovellettavissa. Vaarana on ongelman liiallinen standardointi sekä yksinkertaistaminen. Ne onkin tarkoitettu kliinisen päätöksenteon tueksi, eivätkä ne ohita ammattihenkilölakia, jonka mukaan lääkäri päättää potilaan hoidosta yhteisymmärryksessä tämän kanssa (3:15 ja 4:22).⁵² Vaikka suositukset eivät olekaan viranomaisen laatimia ohjeita eikä niillä ole suoraa oikeudellista velvoittavuutta, muodostuu niistä kuitenkin suositeltavan hoidon standardi, josta voidaan poiketa vain perustellusti.⁵³ On kuitenkin myös lukuisia tilanteita, joissa lääkärin hoitopäätös perustuu puhtaasti potilaan patofysiologiseen tilaan eikä ole mielekästä ajatella näytön olevan niin vähäarvoista, että hoito voidaan jättää antamatta, koska hoitosuosituksen tuki puuttuu (verenvuodon tyrehtyttäminen puristamalla, nestehoito yms.)⁵⁴

Myös luottamuksensuoja vaikuttaa huolellisuusvelvollisuuden sisältöön silloin, kun eri henkilöt toimivat samassa tilanteessa tietyn työnjaon pohjalta. Lähtökohtana tulee olla, ettei esimerkiksi sairaanhoitajan tarvitse pohtia lääkärin antamien määräysten asianmukaisuutta ja ettei lääkärin tarvitse valvoa, että sairaanhoitaja antaa potilaalle hänen määräämänsä lääkettä.⁵⁵ Kouvolan

⁵⁰ Juhani Kaivola – Kati Myllymäki, Hoitosuositukset ja laki. Duodecim 2004, s. 2971–2976.

⁵¹ Tähän on päädytty muun muassa ratkaisuissa Itä-Suomen hovioikeus, tuomio 16.05.2013 nro 375 ja Itä-Suomen hovioikeus, tuomio 29.11.2007 nro 1437.

⁵² Juhani Kaivola – Kati Myllymäki, Hoitosuositukset ja laki. Duodecim 2004, s. 2971–2976.

⁵³ Tuula Vainikainen, Kuka tarvitsee Käypä hoito -suosituksia?, Duodecim 2003, s. 1183–1186. ja Melander 2016, s. 190.

⁵⁴ Pekka Louhiala– Harri Hemilä, Näyttöön perustuva lääketiede – hyvä renki mutta huono isäntä. Duodecim 2005, s. 1317–1325.

⁵⁵ Tapani ym. 2019, s. 257.

hovioukeden 19.02.2010 antamassa ratkaisussa nro 181 syytettyjen kahden lääkärin ei katsottu toimineen huolimattomasti, koska heillä oli oikeus luottaa päivystävän lääkärin toimineen asianmukaisesti. Lääkärit vapautettiin syyteistä.

Viime kädessä menettelyn huolellisuutta arvioidaan sen hyötyjen ja haittojen punninnalla.⁵⁶ Hallituksen esityksen perusteella tällaisessa punnintaoperaatiossa tulee ottaa huomioon mahdollisen vahinkoseuraamuksen vakavuus, sen todennäköisyys, tekijän tosiasialliset mahdollisuudet laajempiin varotoimenpiteisiin ja toiminnan sosiaalinen hyödyllisyys. Jonkinlaisena apuvälineenä on mahdollista käyttää myös harkintaa siitä, kuinka huolellinen henkilö olisi vastaavassa tilanteessa toiminut.⁵⁷ Vaikka huolellisuusvelvollisuutta olisi rikottu, kyse voi siitä huolimatta olla rikoslain 3 luvun 7 §:n 3 momentin mukaisesta tapaturmasta.⁵⁸

2.3.2 Erityistiedot ja -taidot

Erityistietämykseksi on ollut tapana katsoa henkilön todellinen tapausta koskeva tieto esimerkiksi sairauden hoidosta. Mikäli henkilöllä on konkreettisesta tilanteesta tai olosuhteista enemmän tietoa kuin ihmisillä keskimäärin, huolellisuuden mittapuu asetetaan juuri hänen tietämyksensä perusteella, eikä keskimääräisen toimijan tietojen perusteella.⁵⁹ Huolellisuusvelvollisuutta arvioidaan ulkopuolisen huolellisen tarkkailijan perspektiivistä, ja huomioon otetaan ainoastaan henkilön tiedossa olleet seikat.⁶⁰ Käytännössä erityistietojen erottaminen yleisen tason tietämyksestä voi osoittautua hankalaksi. Sillä ei kuitenkaan ole käytännöllistä merkitystä, hyväksytäänkö huolellisuusarvioinnissa erityistietojen vaikutus. Vaikka arvioinnissa lähdetäisiin enintään normaalista huolellisuuden tasosta, henkilöltä on tästä huolimatta edellytetty kaiken ammatillisen tietämyksen käyttöä vahinkoriskin ehkäisemiseksi. Näin ollen huolellisuusvelvollisuus on tiukempi erityistietämykseen perustuvilla aloilla, kuten esimerkiksi lääkärintoimessa.⁶¹

Sen sijaan erityistaitojen tai -osaamisen vaikutusta huolellisuuden mittapuuhun on vaikeampi arvioida. Esimerkiksi *Tolvanen* on lähestynyt tätä kysymällä,

⁵⁶ Frände ym. 2018, s. 277.

⁵⁷ HE 44/2002 vp, s. 95.

⁵⁸ Frände ym. 2018, s. 286.

⁵⁹ Tapani ym. 2019, s. 263.

⁶⁰ Ari-Matti Nuutila, Rikosoikeudellinen huolimattomuus, Lakimiesliiton kustannus 1996, s. 551.

⁶¹ Tapani ym. 2019, s. 264.

onko jonkin tietyn alan ekspertiltä kohtuullista vaatia, että hän pystyy jatkuvasti maksimaaliseen suoritukseensa, vai olisiko mittapuun asetettava jotenkin toisin. Kirjallisuudessa on esitetty mittapuuksi vastaavalla erityisosaamisella varustetun huolellisen ja järkevän henkilön toimintaa. Tämä perusteella esimerkiksi erityisen taitavan kirurgin toimintaa ei voida verrata tavallisen kirurgin toimintaan, mutta toisaalta häneltä voidaan vaatia vain erityisen taitavan kirurgin normaali suoritus.⁶² Tosin erityisosaaminen voi olla hankala näyttää toteen.

On katsottu riittävän, että henkilö täyttää vastaavat erityistaidot ja -tiedot omaavan keskimääräistoimijan mittapuun. *Nuutilan* mukaan tietynlaisen ”yleistämisen” seurauksena syntyy ”toleranssialue”, jonka puitteissa tapahtuva riskinotto on keskimääräistä paremmat kyvyt omaavallekin sallittua.⁶³ Rangaistuvastuun määrittämisessä tulee kiinnittää huomiota siihen, minkälaisia odotuksia tällaista erityistietämystä tai -osaamista omaavan henkilön toiminnalle asetetaan. Esimerkiksi henkilöt, jotka hakeutuvat erityisen taitavan kirurgin operoitavaksi, usein odottavat saavansa erityisen osaavaa ja ammattitaitoista hoitoa. Tämän perusteella on perusteltua suojata myös rikosoikeudellisin säännöksiin yleisön luottamusta siihen, että spesialisti kykenee häneltä odotettuun suoritukseen.⁶⁴ Katson erityistietojen ja -taitojen kuuluvan objektiivisen huolimattomuuden piiriin, sillä kyse on edelleen huolellisuusvelvollisuuden asettamisesta eikä niinkään tekijän kyvystä ja tilaisuudesta toimia toisin.

2.4 Subjektiiivinen huolimattomuus

Objektiivisen huolimattomuuden tarkastelemisen jälkeen tulee kiinnittää huomiota siihen, onko toiminta ollut myös henkilökohtaisella tasolla huolimattontaa. Tällöin kysytään, onko henkilöllä ollut tekohetkellä konformiteettiperiaatteen edellyttämällä tavalla kyky ja tilaisuus toimia huolellisella tavalla. Tietoinen tuottamus (*culpa luxuria*) tulee käsille, kun henkilö on havainnut, että hänen toimintansa saattaa johtaa tunnusmerkistön täyttymiseen, mutta ei kuitenkaan usko niin tapahtuvan. *Nuutilan* mukaan henkilön toimiessa tietoisesti tuottamuksellisesti tämä ”koettelee kepillä jäätä”.⁶⁵ Tiedostamaton tuottamus (*culpa*) sen sijaan tarkoittaa, että henkilö ei ole ymmärtänyt tunnus-

⁶² Tapani ym. 2019, s. 264.

⁶³ Nuutila 1996, s. 553.

⁶⁴ Tapani ym. 2019, s. 265–266.

⁶⁵ Nuutila 1996, s. 266.

merkistön täyttymisen mahdollisuutta, mutta hän olisi voinut ja hänen olisi pitänyt havaita toimintansa riskit. Jaottelun tarkoituksena on korostaa yksilön tiedon merkitystä osana rikosoikeudellisen vastuun muodostumista.⁶⁶ Lainsäädännön tasolla tällä erottelulla ei ole juuri merkitystä.⁶⁷

Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että tiedostamaton tuottamus voi hyvin olla yhtä moitittavaa ja haitallista kuin tietoinenkin.⁶⁸ Näiden erottaminen yksittäistapauksessa voi olla varsin haastavaa, eikä sillä ole myöskään siinä mielessä suurta merkitystä, että kumman tahansa käsillä olo riittää tunnusmerkistössä edellytetyn huolimattomuuden täyttymiseen.⁶⁹ Tämän jaottelun sijasta olisi pikemminkin syytä tarkastella sellaisia seikkoja, joilla on suora vaikutus henkilön kykyyn havaita mahdolliset riskit sekä reagoida niihin noudattamalla tilanteen edellyttämää huolellisuutta. Mikäli toinen henkilö kykenee havaitsemaan jonkin tietyn riskin, mutta toinen ei, ei voida vetää suoraa johtopäätöstä, että riskin huomaamatta jääminen olisi huolimatonta menettelyä. On näet mahdollista, että heidän kykynsä riskin havaitsemiseen ja siihen reagoimiseen ovat eri tasoiset.⁷⁰ Henkilön yksilölliset ominaisuudet ovat merkittävässä asemassa rangaistusvastuuta harkittaessa. Tästä huolimatta yksilön epäedulliset luonteenpiirteet, kuten yleinen huolimattomuus, koituvat hänen itsensä vahingokseen, eikä niihin voi vedota vastuusta vapauttavina seikkoina. Arvioinnissa kiinnitetään huomiota muun muassa yksilön koulutukseen, älykkyyteen, sukupuoleen, ikään, kokemukseen, muihin fyysisiin ominaisuuksiin sekä ylläsitukseen. Joissain tilanteissa myös järkytys tai tilapäinen hämmennys voidaan huomioida.⁷¹

Toisintoimimisen mahdollisuutta voidaan joutua arvioimaan esimerkiksi tilanteessa, jossa joku hoitotoimenpide vaatii hyvin nopeaa reagointia. Tällöin harkittaessa minkälaista reagointia henkilöltä on kohtuullista odottaa, otetaan huomioon tapauskohtaiset olosuhteet sekä vaihtoehtoisten toimintatapojen

⁶⁶ Tapani ym. 2019, s. 258.

⁶⁷ Frände ym. 2018, s. 277 ja Ilkka Rautio – Timo Ojala – Ari-Matti Nuutila – Kimmo Nuotio – Sakari Melander – Martti Majanen – Tapio Lappi-Seppälä – Pekka Koskinen – Kaarlo Hakamies – Dan Helenius, Rikosoikeus, Alma Talent 2004, kohdassa I Yleisiä kysymyksiä, 2. Rikosvastuun yleisistä edellytyksistä (RL 3 luku), Tuottamus RL 3:7, Tuottamuksen perusmääritelmä (RL 3:7.1).

⁶⁸ Tapani ym. 2019, s. 259.

⁶⁹ Ibid., s. 260.

⁷⁰ Tapio Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määrittämisestä I: Teoria ja yleinen osa, Suomalainen lakimiesyhdistys 1987, s. 313.

⁷¹ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, Beck 2006, s. 859–860 ja Tapani ym. 2019, s. 271.

määrä. Tämän lisäksi harkinnassa otetaan huomioon myös mahdollisuus valmistautua tällaisiin äkillisiin tilanteisiin.⁷² Tällaisten mahdollisesti rutiininomaisten ja riskejä sisältävien työtehtävien on nähty sisältyvän toisintoimimismahdollisuuden vahvaan muotoon.⁷³ Sen sijaan toisintoimimismahdollisuuden heikolla muodolla on katsottu tarkoitettavan sellaisia tilanteita, joihin vahva muoto ei pääsääntöisesti sovellu. Heikon muodon ollessa käsillä teon moitittavuudesta sekä rangaistavuudesta tulisi luopua pakottavista syistä kohtuuden perusteella siitä huolimatta, että tekijällä olisi ollut kyky ja tilaisuus toisin toimimiseen.⁷⁴ Tällöin harkittavaksi tulisi se, minkälaista käyttäytymistä yksilöltä voidaan rationaalisesti ajatellen normatiivisesti edellyttää.⁷⁵ Rikosvastuuseen asetettavilla henkilöillä tulisi olla mahdollisuus sovittaa käyttäytymisensä lakiin perustuviin velvollisuuksiin.⁷⁶ Rikosoikeudellinen vastuu ei tule kyseeseen, jos henkilö ei ole voinut noudattaa lakia.⁷⁷ *Jareborgin* mukaan toisintoimimisen mahdollisuudella voi olla merkitystä seuraavissa tapauksissa: 1) A:lla ei ollut kykyä noudattaa lakia; 2) A:lla ei ollut tilaisuutta noudattaa lakia; 3) A:lla ei olisi ollut kykyä noudattaa lakia, vaikka hän olisi tehnyt X, joka hänen olisi pitänyt tehdä ja joka hänellä olisi ollut sekä kyky että tilaisuus tehdä, tai 4) A:lla ei olisi ollut tilaisuutta noudattaa lakia, vaikka hän olisi tehnyt X, joka hänen olisi pitänyt tehdä ja joka hänellä olisi ollut sekä kyky että tilaisuus tehdä.⁷⁸

Ryhtymistuottamuksessa on kyse tilanteesta, jossa henkilö on ryhtynyt toimeen siitä huolimatta, että hänellä ei ole ollut edellytyksiä suoriutua tällaisesta toimesta. Rangaistusvastuuta ei siten kohdenneta itse tilanteeseen, jossa on menetelty väärin, vaan sitä aiempaan toimintaan. Tästä on oikeuskirjallisuudessa käytetty termiä edeltävä tuottamus (*culpa praecedens*).⁷⁹ Tällöin rangaistusvastuuta perustellaan sillä, että henkilön olisi tullut ymmärtää olla ryhtymättä tällaiseen toimintaan. Yksinään tämä ei kuitenkaan riitä vastuun

⁷² Tapani ym. 2019, s. 269–270.

⁷³ Nuutila 1996, s. 531–532 ja Tapio Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määräämisestä I: Teoria ja yleinen osa, Suomalainen lakimiesyhdistys 1987, s. 139.

⁷⁴ Tapio Lappi-Seppälä, Rangaistuksen määräämisestä I: Teoria ja yleinen osa, Suomalainen lakimiesyhdistys 1987, s. 139.

⁷⁵ Tapani ym. 2019, s. 270.

⁷⁶ H. L. A. Hart, *Punishment and responsibility: Essays in the philosophy of law*. Clarendon Press 1968, s. 152.

⁷⁷ Nils Jareborg, *Handling och uppsåt: En undersökning rörande doluslärans underlag*, Nordstedt 1969, s. 358.

⁷⁸ Nils Jareborg, *Allmän kriminalrätt*, Iustus 2001, s. 303–304.

⁷⁹ Tapani ym. 2019, s. 271.

asettamiseksi, vaan edellytetään myös, että tekijällä olisi tietojensa ja kykijensä puitteissa mahdollisuus havaita olevansa kykenemätön toimintaan ryhtymiseen.⁸⁰ Ryhtymistuottamuksen soveltamisen edellytyksiä on kolme. Ensinnäkin tulee voida osoittaa, että huolellisesta käyttäytymisestä on poikettu. Toiseksi tämän poikkeaman tulee johtua henkilön puutteellisesta taidosta tai kyvystä kyseisen tehtävän suorittamiseen. Kolmantena edellytyksenä on sen osoittaminen, että henkilöllä on ollut kyky ja tilaisuus arvioida omia edellytyksiään suoriutua tästä tehtävästä.⁸¹ Lääkärin ei esimerkiksi tule ryhtyä sellaiseen toimenpiteeseen, johon hän tietää olevansa kykenemätön koulutuksensa perusteella. Esimerkiksi psykiatriaan erikoistuneen lääkärin tulee jo yleisen lääkärin koulutuksen perusteella ymmärtää olevansa lähtökohtaisesti kykenemätön jonkin toisen erityisalan piiriin kuuluvaan toimenpiteeseen, kuten kirurgia vaativaan leikkaukseen.

Huolellisen toiminnan edellytykset voivat kuitenkin puuttua myös muista syistä kuin tietojen ja taitojen puutteesta. Näin voi olla muun muassa tilanteissa, joissa henkilöllä on jokin sairaus tai aistivika. Näiden lisäksi myös väsymys tai äkillinen sairauskohtaus voi johtaa edellytysten puuttumiseen.⁸² Rikosoikeudellisesti merkityksellisen teon tulee olla kontrolloitu. Esimerkiksi pakko- liikkeistä seuraavat ruumiinliikkeet, reflekseistä aiheutuvat liikkeet tai hypnoosissa tehdyt teot eivät välttämättä ole kontrolloitavissa. Lähtökohtana on, että tekijää tulee voida moittia teostaan.⁸³ Tästä huolimatta teko voitaisiin katsoa huolimattomaksi ryhtymistuottamuksen kautta, mikäli tekijä on tiedostanut tällaisen kontrolloimattoman liikkeen mahdollisuuden ja ryhtynyt silti toimeen. Näin voisi olla esimerkiksi sellaisessa tilanteessa, jossa kirurgilla on ilmennyt sairaudesta johtuvia pakko- liikkeitä, mutta hän on silti ryhtynyt leikkaamaan potilasta. Teko kuitenkin katsotaan oikeudenmukaiseksi, jos siihen ryhtyminen on virkamiehen virkavelvollisuus. On oikeusjärjestyksen vastaista, että se mihin on velvollisuus olisi samanaikaisesti myös kiellettyä.⁸⁴

⁸⁰ Tapani ym. 2019, s. 272 ja Nuutila 1996, s. 578–579.

⁸¹ *Ibid.*, s. 272.

⁸² *Ibid.*, s. 274 ja Ilkka Rautio ym. 2004, kohdassa I Yleisiä kysymyksiä, 2. Rikosoikeudellisen vastuun yleisistä edellytyksistä (RL 3 luku), Tuottamus (RL 3:7), Subjektivinen tuottamus. Tapauksessa KKO 1998:124 henkilöauton kuljettajan vastuu perustui tiedostamattomaan tuottamukseen ja ryhtymistuottamukseen, kun häneltä puuttui väsymyksen vuoksi edellytykset liikennesääntöjen noudattamiseen. Yhtä lailla väsymys voi heikentää lääkärin toimintakykyä. Tosin kieltäytyminen hoidon antamisesta väsymyksen perusteella voi olla virkavelvollisuuden vastaista sekä myös resurssisyydestä luultavasti harvoin mahdollista.

⁸³ Melander 2016, s. 111.

⁸⁴ Pekka Viljanen, Virkarikoksista: Rikosoikeudellinen tutkimus rangaistavan teon virkarikosoimaisuudesta ja sen merkityksestä, Suomalainen lakimiesyhdistys 1984, s. 354.

3 Hoitotyöhön sovellettavat tunnusmerkistöt

3.1 Virkavelvollisuuden tuottamuksellinen rikkominen

Rikoslain 40 luvun 10 §:n mukaan, jos virkamies virkaansa toimittaessaan huolimattomuudesta muulla kuin 5 §:n 2 momentissa tarkoitettulla tavalla rikkoo virkatoiminnassa noudatettaviin säännöksiin tai määräyksiin perustuvan virkavelvollisuutensa, eikä teko huomioon ottaen sen haitallisuus ja vahingollisuus ja muut tekoon liittyvät seikat ole kokonaisuutena arvostellen vähäinen, hänet on tuomittava tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta varoitukseen tai sakkoon. Säännöstä koskevassa hallituksen esityksessä todetaan, että tunnusmerkistö katsottiin mahdottomaksi laatia sillä tavoin, että olisi mahdollista ilman muihin säännöksiin tukeutumista ratkaista, onko virkamies syyllistynyt virkarikokseen vai ei.⁸⁵ Kyseessä on siis säännös, jota tulee aina täydentää muilla virkavelvollisuuden perustavilla säännöksillä tai määräyksillä.⁸⁶ Tuottamuksellisessa virkavelvollisuuden rikkomisessa tekijä ei tiedä virkavelvollisuuden loukkaamisesta, mutta hänen olisi pitänyt tietää siitä.⁸⁷ Hallituksen esityksessä päädyttiin siihen, että rangaistavaa olisi vain säännöksiin tai määräyksiin perustuva virkavelvollisuuden rikkominen. ”Hyvästä hallintotavasta” tai viran tai tehtävän ”asianmukaisesta hoitamisesta” johdetun virkavelvollisuuden ei katsottu riittävän. On kuitenkin hyvä huomata, että yleisluonteisia säännöksiä tai määräyksiä tulkittaessa joudutaan usein turvautumaan myös vakiintuneeseen hallintokäytäntöön. Esityksessä todetaankin, että rangaistavuuden raja jää edelleen osittain epämääräiseksi.⁸⁸

Lain esitöissä katsottiin myös, että vähäisten tuottamuksellisten virkavelvollisuuksien rikkominen oli tarkoituksenmukaista jättää rangaistavuuden ulkopuolelle, sillä kaikkien vähäistenkin rikkomusten rangaistavuus haittaisi asianmukaista viranhoitoa. Vähäisiä rikkomuksia ovat sen mukaan pääasiassa sellaiset määrättyä menettelytapaa koskevien säännösten rikkomiset, joilla ei ole yksityisten etujen tai viran asianmukaisen hoidon kannalta mainittavaa merkitystä.⁸⁹ Vähäisyys on kuitenkin määritelty säännöksessä melko avoimesti, ja hallituksen esityksessä päädyttiinkin siihen, että vähäisyyden arviointi jää

⁸⁵ HE 58/1988 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle Virkarikoslainsäädännön uudistamisesta, s. 19, 64–65.

⁸⁶ Frände ym. 2018, s. 937.

⁸⁷ Viljanen 1984, s. 357.

⁸⁸ HE 58/1988 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle Virkarikoslainsäädännön uudistamisesta, s. 65.

⁸⁹ *Ibid.*, s. 19–20.

viime kädessä tuomioistuinten sekä syyttäjäviranomaisen tehtäväksi. Tätä arviointia rajoittaa kuitenkin vähäisyyden kokonaisarviointi sekä säännöksessä mainitut kokonaisarvostelussa huomioon otettavat asiat, joita ovat teon Haitallisuus ja vahingollisuus sekä muut tekoon liittyneet seikat.⁹⁰

Julkishallintoon palvelussuhteessa olevat henkilöt ovat joko virkasuhteessa tai työ sopimussuhteessa johonkin julkisyhteisöön.⁹¹ Nykisin myös työntekijöihin voidaan soveltaa suurinta osaa rikoslain 40 luvun virkarikoksista, kun aiemmin virkavastuu ulottui ainoastaan virkamiehiin.⁹² Tästä huolimatta virkavelvollisuuden rikkominen ja sen tuottamuksellinen rikkominen ovat sovellettavissa edelleen vain virka-asemassa olevaan henkilöön, koska työntekijällä ei ole virkavelvollisuuksia.⁹³ Näin ollen virkasuhteessa olevalla lääkärillä on laajempi rikosoikeudellinen vastuu kuin työsuhteessa olevalla. Tämä siitä huolimatta, että potilaan hoitaminen on suurimmaksi osaksi tosiasiallista hallintotoimintaa eli julkista palvelua, jossa tuotetaan kunnan asukkaille samaan tapaan palvelua kuin esimerkiksi kunnallisessa sähkölaitoksessa.⁹⁴

Rikoslain 40 luvun 11 §:n mukaan virkamiehellä tarkoitetaan henkilöä, joka on virka- tai siihen rinnastettavassa palvelussuhteessa valtioon, hyvinvointialueeseen, hyvinvointiyhtymään tai kuntaan taikka kuntayhtymään tai muuhun kuntien julkisoikeudelliseen yhteistoimintaelimeen, eduskuntaan, valtion liikelaitokseen taikka evankelis-luterilaiseen kirkkoon tai ortodoksiseen kirkkoon tai sen seurakuntaan tai seurakuntien yhteistoimintaelimeen, Ahvenanmaan maakuntaan, Suomen Pankkiin, Kansaneläkelaitokseen, Työterveyslaitokseen, Kevaan, Kuntien takauskeskukseen tai Kunta- ja hyvinvointialuetyönantajat KT:hen. Hallituksen esityksen mukaan säännöksen virkamieskäsitteellä tarkoitetaan asiallisesti samaa kuin hallinto-oikeudellisella virkamieskäsitteellä, joka saa sisältönsä viranomaisten toiminnan julkisuudesta annetusta laista (621/1999).⁹⁵ *Viljasen* mukaan virkamieskäsite määräytyy lähtökohtaisesti

⁹⁰ HE 58/1988 vp, s. 65.

⁹¹ Olli Mäenpää, *Hallinto-oikeus*, Alma Talent 2018, s. 92.

⁹² *Ibid.*, s. 93.

⁹³ *Ibid.*, s. 518. Rikoslain 40 luvun 12 §:n 2 momentissa ei ole mainittu 40 luvun 10 §:ää tuottamuksellisesta virkavelvollisuuden rikkomisesta.

⁹⁴ HE 77/2001 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle lahjontaa koskevan Euroopan neuvoston rikosoikeudellisen yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä eräiden virkarikoksia ja niihin liittyviä rikoksia koskevien säännösten muuttamisesta, s. 49.

⁹⁵ *Ibid.*, s. 49.

henkilön aseman perusteella, ja vasta viime kädessä hänen suoritettavinaan olevien tehtävien laadun mukaan.⁹⁶

Oikeuskirjallisuuden mukaan virkavelvollisuuden ei tarvitse käydä ilmi suoraan säännöksestä tai määräyksestä, vaan riittää, että velvollisuus perustuu niihin.⁹⁷ Virkavelvollisuuksien lähteet ovat moninaisia ja niiden sisältöä joudutaan täsmentämään lakia alemmanasteisilla säännöksillä ja määräyksillä.⁹⁸ Samalla tavoin kuin tuottamuksen kohdalla, myös virkavelvollisuuden sisältö jää viime kädessä tuomioistuimissa ratkaistavaksi.⁹⁹

3.2 Tuottamukselliset henkeen ja terveyteen kohdistuvat rikokset

Tuottamuksellisia henkeen ja terveyteen kohdistuvia rikoksia ovat kuolemantuottamus (RL 21:8) ja vammantuottamus (RL 21:10). Tunnusmerkistöt ovat avoimia, eikä seurauksen aiheuttamista ole rajoitettu mihinkään tiettyihin tekoihin tai laiminlyönteihin. Kuten aiemmin jo kävi ilmi, nämä tunnusmerkistöt voivat täytyä myös epävarsinaisina laiminlyöntirikoksina. Rikoslain 21 luvun 8 §:n mukaan joka huolimattomuudellaan aiheuttaa toisen kuoleman, on tuomittava kuolemantuottamuksesta sakkoon tai vankeuteen enintään kahdeksi vuodeksi. Hallituksen esityksen mukaan kuolemantuottamuksesta rankaiseminen edellyttää, että seuraus on aiheutunut tekijän huolimattomuudesta. Käytännössä tunnusmerkistön tullessa sovellettavaksi on usein tapahtunut myös joku toinen rikos.¹⁰⁰ Tällainen rikos voi olla esimerkiksi juuri tuottamuksellinen virkavelvollisuuden rikkominen. Tämä toinen kuoleman- tai vammantuottamuksen kanssa konkurrenssissa oleva rikos voi kuitenkin olla myös tahallisesti aiheutettu.¹⁰¹

Rikoslain 21 luvun 10 §:n mukaan joka huolimattomuudellaan aiheuttaa toiselle ruumiinvamman tai sairauden, joka ei ole vähäinen, on tuomittava vammantuottamuksesta sakkoon tai vankeuteen enintään kuudeksi kuukaudeksi. Huolimattomuutta arvioidaan kuoleman- ja vammantuottamuksessa samalla tavalla. Ruumiinvamman tai sairauden vähäisyyden arviointi on jätetty oikeuskäytännön varaan.¹⁰² Myös vammantuottamuksen yhteydessä on usein arviotavana jokin toinen rikos. Vastuu kuoleman- tai vammantuottamuksesta voi

⁹⁶ Pekka Viljanen, *Virkarikokset ja julkisyhteisön työntekijän rikokset*, Lakimiesliiton kustannus 1990, s. 21–22.

⁹⁷ Frände ym. 2018, s. 918–919.

⁹⁸ Viljanen 1984, s. 82.

⁹⁹ *Ibid.*, s. 84.

¹⁰⁰ HE 94/1993 vp, s. 97 ja Tapani ym. 2019, s. 251–252.

¹⁰¹ Tapani ym. 2019, s. 251–252.

¹⁰² HE 94/1993 vp, s. 98.

kuitenkin tulla kyseeseen myös ilman toista rikosta. Tällöinkin huolellisuusvelvollisuus saa useimmiten sisältönsä kirjoitetuista turvallisuusnormeista tai vähintään tietyllä alalla vakiintuneista hyvistä käytännöistä.¹⁰³

3.3 Huolimattomuus tunnusmerkistöjä sovellettaessa

Tuottamuksen arviointi voi vaihdella sovellettavasta tunnusmerkistöstä riippuen. Huolellisuusvelvollisuuden määrittely on hankalaa erityisesti sellaisilla aloilla, joissa huolellisuuden taso perustuu pääasiassa koulutuksen tuottamiin taitoihin ja alan vakiintuneeseen käytäntöön, kuten lääkärintoimessa.¹⁰⁴ Oikeuskäytännössä virkalääkärin huolimattomuutta arvioitaessa on useissa tapauksissa ollut arvioitavana sekä virkavelvollisuuden tuottamuksellinen rikkominen että kuoleman- tai vammantuottamus samanaikaisesti. Hoitotyön huolimattomuutta arvioitaessa tuomioistuimet ovat usein lähteneet liikkeelle ammattihenkilölain 15 §:stä ja sen sisältämän koululääkätieteen käsitteen tarkemmasta määrittelystä tukeutuen lähinnä alueellisiin työohjeisiin sekä asiantuntijalausuntoihin, joista etenkin Valviran lausunnot ovat olleet merkittävässä asemassa. Osassa tuomioista on otettu arvioinnin lähtökohdaksi myös potilaslain 3 § joko yksinään tai yhdessä ammattitautilain 15 §:n kanssa. Tuomioistuimet ovat usein arvioineet aluksi huolimattomuutta tuottamuksellisen virkavelvollisuuden rikkomisen yhteydessä. Tämän jälkeen joko kuoleman- tai vammantuottamuksen yhteydessä huolimattomuutta arvioidessaan ne ovat viitanneet aiempiin tuottamuksellisen virkavelvollisuuden yhteydessä esitettyihin perusteluihinsa teon tai laiminlyönnin huolimattomuudesta ja todeneet, että huolimattomuus on jo arvioitu aiemmin toisen tunnusmerkistön kohdalla. Näyttäisi siltä, että kaikkien näiden tunnusmerkistöjen soveltamisen yhteydessä virkalääkärin huolimattomuutta arvioitaessa huolimattomuuden harkinta tehdään samalla tavalla.

Esimerkiksi tapauksessa KKO 2019:98 korkein oikeus arvioi ensin virkalääkäri A:n virkavelvollisuuden tuottamuksellista rikkomista. A:n katsottiin menettäneen huolimattomasti, koska hän ei ollut noudattanut alueellisessa hoitoprotokollassa ja työohjeessa edellytettyä menettelytapaa. Potilas B:n kieltäytymisen hoidosta ei poistanut toiminnan huolimattomuutta, sillä A ei ollut antanut hänelle riittäviä tietoja itsemääräämisoikeuden käyttämiseksi. Sen jälkeen kuolemantuottamuksen kohdalla korkein oikeus totesi, että A oli menettänyt huolimattomasti edellä virkarikoksen osalta esitettyjen perusteluiden mukaisesti. Samalla tavalla myös ratkaisussa KKO 1988:34 korkein oikeus hyväksyi

¹⁰³ Tapani ym. 2019, s. 251–252.

¹⁰⁴ Ibid., s. 250–251.

hoviouikeuden ja raastuvanoikeuden perustelut, joissa huolimattomuuden arviointi sekä varomattomuudesta tehdystä virkavirheestä että sairauden tuottamuksesta perustui yhteen tuottamusarviointiin. Vastaajina olleiden lääkärin ja hoitajan katsottiin toimineen huolimattomasti, koska he olivat toimineet lääkintöhallituksen yleiskirjeen ja Helsingin yliopistollisen keskussairaalan lastenklinikan lääkkeiden anto-ohjeiden vastaisesti. Heidät tuomittiin varomattomuudesta tehdystä virkavirheestä ja sairauden tuottamuksesta. Samalla tavalla tuottamusta on arvioitu yhteisesti myös useissa hovioikeuksien ratkaisuisissa.¹⁰⁵ Oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että huolellisuusvelvollisuuttaan rikkova henkilö vastaa pääsääntöisesti teon tai laiminlyönnin seurauksista. On kuitenkin myös tapauksia, joissa voidaan perustellusti huomioda vahinkoa kärsineen oma mahdollisuus hallita tekonsa tai laiminlyöntinsä seurauksia eli uhrin oma myötävaikutus huolellisuusvelvollisuuteen.¹⁰⁶

Sillä ei näyttäisi olevan merkitystä, aloitetaanko huolellisuusstandardin muodostaminen ammattihenkilölain 15 §:stä eli lääkärin velvollisuudesta noudattaa yleisesti hyväksytyjä ja kokemusperäisiä perusteltuja menettelytapoja koulutuksensa mukaisesti vai potilaslain 3 §:stä eli potilaan oikeudesta laadultaan hyvään terveyden- ja sairaanhoitoon. Ratkaisussa Kouvolan hovioikeus 19.02.2010 nro 181 on mainittu molemmat pykälät rinnasteisesti virkavelvollisuuden perusteena ja niiden sisältöä on tarkennettu samalla tavalla. Hovioikeus totesi, että säännökset ovat varsin yleisluonteisia, eikä niistä suoraan ilmene, miten tarkkaan lääkäri on velvollinen tarkistamaan potilaalle aikaisemmin määrätyn lääkityksen oikeellisuuden. Tapauksessa säännöksille ja siten virkavelvollisuuksille haettiin tarkempaa sisältöä sairaalassa noudatetuista käytännöistä sekä luottamuksensuojasta. Hoitavan lääkärin katsottiin noudatettujen hoitokäytäntöjen perusteella olleen velvollinen tarkastamaan potilaan lääkityksen. Tarkastamisvelvollisuuden ei kuitenkaan todettu ulottuvan niin pitkälle, ettei hän olisi saanut luottaa päivystävän lääkärin laatimaan sairauskertomukseen, johon lääkkeen määrä oli merkitty virheellisesti. Sosiaali- ja terveysministeriön potilasasiakirja-asetuksen (298/2009) 6 §:n 3 momentin mukaan päivystävän lääkärin oli tullut kaikissa tilanteissa tarkastaa sanelunsa perusteella laadittu sairauskertomus. Sairaalassa oli kuitenkin noudatettu asetuksen vastaista käytäntöä, jossa päivystävän lääkärin ei tarvinnut tarkastaa sairauskertomusta. Hoitava lääkäri ei ollut kuitenkaan tietoinen tällaisesta

¹⁰⁵ Näin on tehty esimerkiksi ratkaisuisissa Itä-Suomen hovioikeus, tuomio 30.09.2020 nro 1355/69, Kouvolan hovioikeus, tuomio 19.2.2010 nro 181 ja Rovaniemen hovioikeus, tuomio 15.08.2014 nro 131967.

¹⁰⁶ Tolvanen 2015, s. 643.

lainvastaisesta käytännöstä, joten hänen katsottiin voivan luottamuksensuojan perusteella luottaa päivystävän lääkärin tarkastaneen sairauskertomuksen ja siten lääkkeen määrän olevan oikea. Lääkäri vapautettiin syytteistä.¹⁰⁷

Huolellisuusvelvollisuuden määrittelyssä eli ammattihenkilölain 15 §:n ja potilaslain 3 §:n tarkentamisessa on tukeuduttu useisiin erilaisiin lähteisiin. Näitä ovat olleet jo edellä mainittujen lainsäädännön, lääkintöhallituksen (nyk. Terveyden ja hyvinvoinnin laitos) yleiskirjeen, sairaalan sisäisten ohjeiden, sairaalassa yleisesti noudatetun käytännön, alueellisen työohjeen sekä luottamuksensuojan lisäksi ainakin yliopistollista sairaalaa ylläpitävien sairaanhoitopiirien (ennen Valviran) lausunnot ja päätökset, muut asiantuntijalausunnot, todistajien kertomukset, uusi välineistö ja sen edellyttämä koulutus, Pharmaca Fennica -lääketietokanta, Käypä hoito -suositukset, erikoistumisala sekä hoitojärjestelmä eli organisaatorakenne.¹⁰⁸ Näiden lisäksi arvioinnin kohteena on ollut myös se, onko lääkäri suhtautunut virkatoimen hoitamiseen välinpitämättömästi.¹⁰⁹ Osassa tapauksista asiantuntijoina ja todistajina toimineet lääkärit ovat lausunnoissaan hyödyntäneet muun muassa hoitosuosituksia ja työohjeita. Ratkaisussa Itä-Suomen hovioikeus 29.11.2007 nro 1437 yksi asiantuntijoista perusteli kantaansa normaalilla hoitokäytännöllä, joka perustui sekä käytännönopetukseen että teoreettiseen opetukseen. Sen lisäksi hän myös loi itsestään ikään kuin huolellisen toimijan mallin ja perusteli näkemystään sillä, kuinka hän itse olisi vastaavanlaisessa tilanteessa toiminut. Erityisesti yleisten käytäntöjen sisältö on luonnollisesti perustunut pitkälti asiantuntijalausuntoihin. Lähteistä merkittävimpinä voidaan pitää asiantuntijalausuntoja, alueellisia työohjeita sekä Käypä hoito -suosituksia.

Virkalääkärin rikosoikeudellinen vastuu hoitotyössä on laajempi kuin työsuhteessa olevan lääkärin, koska virkalääkärin toimintaan sovelletaan tuottamussellisten henkeen ja terveyteen kohdistuvien rikosten lisäksi myös tuottamussellista virkavelvollisuuden rikkomista. Virkalääkäri voi siis joutua rikosoikeudelliseen vastuuseen, vaikka hoitovirheestä ei olisi aiheutunut vammaa tai kuolemaa. Huomion arvoista on, että virkalääkärin työ on kuitenkin pääasiassa tosiasiallista hallintotoimintaa, eikä siinä käytetä juuri julkista valtaa muutoin

¹⁰⁷ Myös ratkaisussa Rovaniemen hovioikeus, tuomio 27.05.2010 nro 429 on otettu molemmat säännökset virkavelvollisuuden perusteeksi, eikä niiden sisältöä ole arvioitu erikseen.

¹⁰⁸ Huolellisuusstandardia on muodostettu vaihdellen osaan näistä tukeutuen ainakin ratkaisuissa Turun hovioikeus, tuomio 26.11.2012 nro 2446, Turun hovioikeus, tuomio 14.01.2020 nro 101311, Rovaniemen hovioikeus, tuomio 27.05.2010 nro 429, Rovaniemen hovioikeus, tuomio 15.08.2014 nro 131967 ja Itä-Suomen hovioikeus, tuomio 16.05.2013 nro 375.

¹⁰⁹ Rovaniemen hovioikeus, tuomio 16.11.2016 nro 147751.

kuin päätettäessä hoitoon ottamisesta. Näin ollen se ei tosiasianssa eroa työsuhteessa olevan lääkärin työstä, varsinkaan hoitotyön osalta, jolloin lainsäätäjän asettama ankarampi vastuu ei ole kovin vahvasti perusteltua. Virkarikosvastuu on nimittäin kvalifioitua vastuuta, sillä perusteella, että virkamiehellä on mahdollisuus julkisen vallan käyttöön.¹¹⁰ Eroa tosin lieventää se, että vähäisestä virkavelvollisuuden rikkomisesta ei aseteta rikosvastuuseen. Vaikka teon vähäisyys ei ole säännöksillä määriteltävissä tarkasti, eikä sille ole selkeitä kriteereitä.¹¹¹

Useissa edellä mainituissa korkeimman oikeuden ja hovioikeuksien ratkaisuissa virkavelvollisuuden tuottamuksellista rikkomista arvioitaessa sekä huolimattomuus että virkavelvollisuus ovat saaneet tarkemman sisältönsä perustuen samoihin säännöksiin – ammattihenkilölain 15 §:ään ja potilaslain 3 §:ään. Virkalääkärin virkavelvollisuus on ollut antaa laadultaan hyvää hoitoa, joka perustuu niin sanottuun koululääketieteeseen. Samalla tämä on ollut myös huolimattomuuden arvioinnin lähtökohta. Mikäli lääkäri on toiminut huolimattomasti, on hän myös rikkonut virkavelvollisuutensa ja päinvastoin.

4 Lopuksi

Rikosoikeudellisen tuottamuksen lähteet ovat hyvin moninaisia tarkasteltaessa virkalääkärin toiminnan huolimattomuutta. Oikeuskäytännössä on lähes poikkeuksetta sekä virkavelvollisuuden tuottamuksellista rikkomista koskevissa tapauksissa että vamman- tai kuolemantuottamusta koskevissa tapauksissa lähdetty muodostamaan virkalääkärin huolellisuusstandardia joko ammattihenkilölain 15 §:ään tai potilaslain 3 §:ään nojautuen. Nämä pitävät sisällään niin sanotun koululääketieteen käsitteen, joka puolestaan saa sisältönsä useista erilaisista lähteistä. Merkittävimpiä näistä ovat olleet asiantuntijalausunnot, hoitosuosituksiset ja -ohjeet, sairaaloiden sisäiset ohjeet ja käytännöt, alueelliset työohjeet sekä todistajien lausunnot. Tuomioistuimien ratkaisuissa on keskitytty huomattavasti enemmän objektiiviseen huolimattomuuteen kuin subjektiiviseen. Virkalääkärin huolellisuusstandardi joudutaan muodostamaan käytännössä jokaisessa tapauksessa erikseen huomioiden tapauskohtaiset olosuhteet. Lääketieteen eri koulukunnat saattavat olla asianmukaisesti hoidosta eri mieltä, joten tällaisissa tapauksissa lienee syytä kuulla useita asiantuntijoita. Ristiriitaisten asiantuntijalausuntojen vuoksi huolimattomuus

¹¹⁰ Viljanen 1984, s. 109. Myös virkalääkäri voi toimia yksityisenä lääkärinä, jolloin virkavastuu ei tule kyseeseen (Viljanen 1984, s. 168 ja KKO 1947 II 80).

¹¹¹ Viljanen 1990, s. 41.

jää usein näyttämättä. Huomion arvoista on, että virkalääkärin rikosoikeudellinen vastuu on laajempaa kuin työsuhteisen lääkärin, koska virkavelvollisuuden tuottamukselliseen rikkomiseen voi syyllistyä vain virkalääkäri ja tunnusmerkistön täytyminen edellyttää käytännössä ainoastaan huolimattomuutta. Tämä johtuu siitä, että sekä tuottamusta että virkavelvollisuuden tuottamuksellista rikkomista koskevat säännökset saavat tarkemman sisältönsä useimmiten ammattihenkilölain 15 §:stä. Mikäli erilaisiin lähteisiin tukeutuen päädytään siihen, että virkalääkärin suorittama hoitotyö on ammattihenkilölain 15 §:n vastaista, on se tällöin myös huolimaton ja virkavelvollisuuden vastaista. Tälle lainsäätäjän ratkaisulle on vaikea löytää kestäviä perusteluja, sillä virkalääkärin suorittama hoitotyö ei sisällä julkista valtaa.



Call for papers

NJLS announces call for papers for the 1/2023 issue.

Deadline for submission 1st of December 2022.

More information and submissions: [njls.eu](https://www.njls.eu)



Nordic Journal of Legal Studies

University of Lapland

ISSN 2953-8572

www.njls.eu



LAPIN YLIOPISTO
UNIVERSITY OF LAPLAND