

30.12.2022

EOAK/7667/2021

Ratkaisija: Apulaisoikeusasiamies Maija Saksin

Esittelijä: Esittelijäneuvos Riitta Burrell

HENKILÖSTÖN VUOKRAUSTA JA PALVELUIDEN TUOTTAMISTA KOSKEVIEN SOPIMUSTEN REKRYTOINTIKIELLOT

1 KANTELU

Sosiaali- ja terveysalan ammattijärjestö Tehy ry asiamiehenä A (jälj. kantelija) arvosteli Helsingin kaupungin menettelyä asiassa, joka koskee kaupungin tekemiä hankintasopimuksia yksityisten terveyspalvelualan toimijoiden kanssa. Kantelun mukaan hoitohenkilöstön vuokrauksesta ja palvelujen tuottamisesta tehtyihin hankintasopimukseen on sisällynyt kieltä rekrytoida Helsingin kaupungin palveluksessa olevia tai sen palveluksessa aiemmin olleita työntekijöitä. Tämä ehto on kantelun mukaan johtanut siihen, että osaa Tehyn jäsenistä ei ole otettu lainkaan huomioon terveyspalvelualan yritysten työnhakutilanteissa ja työnhakijoille on ilmoitettu, että heitä ei voida palkata tämän sopimusehdon takia avoimena oleviin tehtäviin.

Helsingin kaupunki on kantelijan mukaan estänyt siihen työsuhteessa olevien työntekijöiden vapaan siirtymisen kokonaan toisen työnantajan palvelukseen irtisanoutumalla tai se on estänyt sen palveluksessa edelleen olevien työntekijöiden lisäansiot sivutyötä tekemällä. Tämän lisäksi kaupunki on asettanut entisiä työntekijöitään koskevia karenssiaikavaatimuksia siitä, kuinka kauan aikaa työnhakijan työsuhteen päättymisestä Helsingin kaupunkiin on tullut kulua ennen työnhakua toiselle työnantajalle. Nämä vaatimukset ovat vaihdelleet. Yleisesti kaupunki on edellyttänyt, että työntekijä ei ole saanut työskennellä sen palveluksessa kolmeen tai kuuteen kuukauteen ennen työsuhteen alkamista palveluntuottajalla. Kantelukirjoituksen mukaan mielivaltaisin vaatimus on otettu koronarokottamista koskeviin sopimukseen, joissa karenssiaika on vaihdellut siten, että työnhakija ei ole saanut työskennellä kaupungilla sopimuksen solmimista edeltävien kolmen kuukauden aikana. Tämä on johtanut siihen, että helmikuussa 2021 voimaan tulleet sopimukset ovat rajoittaneet työnhakua takautuvien vaikutuksin niin, ettei työntekijä ole saanut työskennellä 1.11.2020 jälkeen kaupungilla. Työnhaun ajankohdasta riippuen karenssiaikavaatimus on voinut olla huomattavasti puolta vuotta pidempikin aika.

Kantelukirjoituksen mukaan suurimmassa osassa sopimuksia kaikki työnteko Helsingin kaupungille riippumatta toimialasta on estänyt työllistymisen, ja vain muutamissa sopimuksissa rajaaminen on koskenut nimenomaan sosiaali- ja terveystoimialalla työskentelyä.

Yrityksiä, jotka ovat kieltäytyneet kaupungin rekrytointikiellon johdosta palkkaamasta hoitohenkilökuntaa, ovat kantelijan mukaan ainakin seuraavat: Terveystalo (Terveystalo Julkiset Palvelut Oy), Mehiläinen (Mehiläinen Terveys-palvelut Oy), Debora Oy, Pihlajalinna (Pihlajalinna Lääkärikeskukset Oy), Espero (Espero Terveyspalvelut Oy) ja Hoiwa Oy. Lisäksi esimerkiksi Solo Health Oy -niminen yritys on jo työpaikkailmoituksessa ilmoittanut, että hakija ei ole saanut työskennellä Helsingin kaupungilla kuuteen kuukauteen ennen työn alkua 1.4.2021, toisin sanoen aikavälillä 30.9.2020 – 30.3.2021.

Kantelijan näkemyksen mukaan kaupungin menettely on ollut lainvastainen. Kaupungin aloitteesta sopimukseen otetut rekrytointikiellot ovat rajoittaneet Helsingin kaupungin entisten ja nykyisten työntekijöiden perustuslain 18 §:ssä taattua jokaiselle kuuluvaa oikeutta vapaasti valita työpaikkansa ja vaihtaa sitä. Kaupunki on sopimusehdoilla estänyt sen palveluksessa olleiden ja edelleen olevien työntekijöidensä siirtymisen muiden työnantajien palvelukseen. Julkisen vallan edustajana kaupungilla on julkistyönantajana korostunut velvollisuus taata perusoikeuksien toteutuminen perustuslain 22 §:n nojalla.

Kantelukirjoituksessa kerrottiin, että Helsingin kaupunki on perustellut ehtoa työvoimapulalla sosiaali- ja terveystoimialan hoitohenkilökunnasta. Kantelijan näkemyksen mukaan vaje hoitohenkilökunnasta tulee entisestään kasvamaan, ja kantelija piti hyvin todennäköisenä, että kyseiset työvoimaa julkistyönantajiiin sitovat ehdot tulevat yleistymään. Kantelijan mielestä ratkaisu hoitohenkilöstöpulaan ei voi olla työntekijöiden perusoikeuksien rajaaminen. Julkistyönantajalla olevat hoitohenkilökunnan saatavuushaasteet eivät oikeuta missään tilanteessa perusoikeusrajoituksia ja työntekijöiden perusteetonta sitomista kaupunkiin jopa työsuhteen päätyttyä. Kantelijan mukaan kaupungin on ratkaistava muilla keinoilla se, miten se on riittävän houkutteleva työnantaja, jonka palvelukseen halutaan ja jonka palveluksessa myös pysytään.

Kantelun mukaan Helsingin kaupungin ja terveystoimialan yritysten välinen sopimus ja siihen sisältyvä ehto, vaikka se ei välittömästi perustakaan velvoitteita työntekijöille, on kuitenkin tosiasiallisesti sitonut myös heitä. Työntekijöiden ja entisten työntekijöiden siirtymistä terveystoimialan yrityksiin on rajoitettu ja jopa kokonaan estetty niin, että työntekijät eivät ole edes tienneet asemaansa merkittävästi vaikuttavasta rekrytointikiellosta karensseineen ennen kuin vasta tilanteessa, jossa he ovat tiedustelleet tai hakeneet uutta työpaikkaa.

Kantelijan näkemyksen mukaan kyseisen sopimusehdon vaikutus vastaa työntekijälle asetettavaa kilpailukieltoa, josta säädetään työsopimuslain 3 luvun 5 §:ssä. Työntekijöillä ei kuitenkaan ole mahdollisuutta itse vaikuttaa asiaan tai saattaa sopimuksen lainmukaisuutta tuomioistuimen harkittavaksi. Valtion virkamieslain 44 a § edellyttää, että työpaikanvaihdostilanteissa karenssiin sidottuus korvataan työntekijälle täydellä palkalla. Työsopimuslain 3 luvun 5 §:n 1.1.2022 voimaan tulleen säännöksen mukaan työnantajan on maksettava työntekijälle rajoitusajalta korvausta. Kantelussa tarkoitettussa tilanteessa kaupunki on omatoimisesti hankkinut vastaavan perusoikeusrajoituksen ilman työntekijälle maksettavaa kompensatiota ja ilman, että menettely olisi perustunut lainsäädäntöön.

Kantelukirjoituksessa viitattiin lisäksi perustuslain 6 §:ään, joka edellyttää kaikkien yhdenvertaista kohtelua. Kyseisellä rekrytointikiellolla ja karenssiajoilla Helsingin kaupunki on ilman hyväksyttävää syytä asettanut omat (entiset ja nykyiset) työntekijänsä huonompaan asemaan kuin muiden työnantajien palveluksessa olevat tai olleet ovat työhakutilanteissa olleet, kun nämä on syrjäytetty hakutilanteessa puhtaasti sen takia, että he ovat tai ovat olleet kaupungin palveluksessa.

Kantelun mukaan perusoikeusrikkomuksen lisäksi Helsingin kaupunki julkistyonantajana on loukannut hallintolain 6 §:n tarkoitussidonnaisuuden periaatetta, kun se on käyttänyt toimivaltaansa muihin kuin hyväksyttäviin tarkoituksiin ja sitonut työntekijät perusteetta itseensä näiden perustuslaissa taattua perusoikeutta rajaten.

Kantelukirjoitukseen oli liitetty jäljennökset työpaikkailmoituksesta (liite 1) sekä Helsingin kaupungin sosiaali- ja terveystoimialan eri sosiaali- ja terveystoimialan yritysten kanssa tekemistä palvelun hankintaa koskevista sopimusasiakirjoista (19 kpl, liitteet 2–20).

2 SELVITYS

2.1 Yleistä

Kantelun johdosta hankittiin seuraavat selvitykset ja lausunnot.

Helsingin kaupungin sosiaali- ja terveystoimialan 15.3.2022 päivätty lausunto, jonka liitteinä olivat toimialan henkilöstö- ja kehittämispalvelujen 7.1.2022 päivätty selvitys ja toimialan hankintapalvelujen 7.3.2022 päivätty selvitys Etelä-Suomen aluehallintoviraston työsuojelun vastuualueen 30.9.2022 päivätty lausunto (ESAVI/28790/2022) valtiovarainministeriön 12.10.2022 päivätty lausunto (VN/21094/2022)

Käytettävissäni on lisäksi ollut yhdenvertaisuusvaltuutetun toimiston 6.11.2022 päivätty vastaus eräisiin yhdenvertaisuuslain soveltamista koskeviin kysymyksiin.

2.2 Helsingin kaupungin sosiaali- ja terveystoimialan lausunto

Helsingin kaupungin sosiaali- ja terveystoimialan lausunnossa todetaan olennaisin osin seuraavaa.

2.2.1 Rekrytointia koskevien rajoitusehtojen tausta

Perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaan julkisen vallan on turvattava jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut ja edistettävä väestön terveyttä. Kuntien velvollisuudesta terveydenhuollon palveluiden järjestämiseen säädetään kansanterveyslaissa (66/1972) ja erikoissairaanhoidolaissa (1062/1989). Helsingin kaupungilla on siten lakisääteinen velvollisuus vastata terveydenhuoltopalvelujen järjestämisestä. Valtioneuvoston asetus vapaaehtoisista covid-19-rokotuksista asettaa kunnille velvollisuuden järjestää tartuntatautilain (1227/2016) 45 §:n mukaisesti yleiset vapaaehtoiset rokotukset, joiden tarkoituksena on suojata väestöä covid-19-taudilta. Kuntalain (410/2015) 8 §:n mukaan kunta voi järjestää sille laissa säädetyt tehtävät itse tai sopia järjestämisvastuun siirtämisestä toiselle kunnalle tai kuntayhtymälle. Lakisääteisessä yhteistoiminnassa järjestämisvastuu on kunnan puolesta toisella kunnalla tai kuntayhtymällä. Kunta voi kuntalain 9 §:n mukaan myös hankkia järjestämisvastuulleen kuuluvat tehtävät sopimukseen perustuen muulta palvelujen tuottajalta.

Lausunnossa todetaan, että vallitsevassa pandemiatilanteessa Helsingin kaupunki on kohdannut merkittäviä vaikeuksia pandemiaan liittyvien tehtävien hoitamiseen tarvittavan henkilöstön saatavuudessa ja pyrkinyt lakisääteisten tehtävien hoitamisen varmistamiseksi hankkimaan lisätyövoimaa muun muassa henkilöstövuokrausta hyödyntäen. Näillä hankinnoilla on tavoiteltu nimenomaan helsinkiläisiä palvelevan henkilöstön ja palvelujen lisäämistä. Tästä syystä sopimukseen on otettu rekrytointia rajoittavia ehtoja. Ehdolla tarkoitetaan palveluntuottajalle asetettua rajoitusta tarjota tilaajana olevalle Helsingin kaupungille kaupungilla työskentelevää tai työskennellyttä henkilöstöä ostopalvelujen kohteena olevaan tehtävään. Ehdolla on rajoitettu palveluntuottajan oikeutta tarjota kaupungille henkilöstöä, joka on työskennellyt kaupungille sopimuksesta riippuen esimerkiksi edeltävän kolmen tai kuuden kuukauden aikana ennen työsuhteen alkamista palveluntuottajan kanssa. Ehtojen avulla on pyritty torjumaan sitä, että kaupungin palvelukseen tarjottaisiin sen omia työntekijöitä, eikä henkilöstöresurssi siten tosiasiallisesti kasvaisi.

Helsingin kaupungin hankintasopimusten tarjottavaa henkilöstöä koskevat rajoitukset ovat tarkkarajaisempia, ajallisesti lyhyempiä ja siten vaikutuksiltaan vähäisempiä kuin tyypilliset yritysten välisissä sopimuksissa esiintyvät nimenomaiset rekrytoinnit kieltävät ehdot. Yritykset tai työnantajat voivat lähtökohtaisesti laillisesti sopia keskenään, etteivät määräajan puitteissa rekrytoi toistensa työntekijöitä silloin, kun tälle on hyväksyttävä peruste. Helsingin kaupunki on tavoitellut sitä, että kaupungin omat työntekijät eivät siirtyisi toiselle työnantajalle tekemään töitä Helsingin kaupungille. Helsingin kaupunki katsoo, että tämä tavoite on ollut hyväksyttävä peruste tarjottavaa henkilöstöä koskevien rajoitusten käyttämiselle.

2.2.2 Ehtojen sisältö

Henkilöstöä on korona-aikana tarvittu lisää rokotustoimintaan (kymmenen sopimusta) ja varasairaalan käynnistämiseen varautumiseen (viisi sopimusta), lisäksi kahden terveysaseman palvelut on hankittu lisäostoina kahdelta palveluntuottajalta. Samaan hankintaan liittyvät eri sopimukset ovat sisällöltään yhteneviä, joten sopimuskokonaisuuksia on yhteensä käytännössä viisi.

Selvityspyynnön liitteenä oleva työpaikkailmoitus (liite 1) on liittynyt sairaanhoitajien ja terveydenhoitajien rekrytointiin Vuosaaren tai Myllypuroon 1.4.2021 alkaen. Kyseinen ilmoitus on liittynyt idän terveysaseman henkilöstövuokrausta koskevaan hankintaan. Kyseisessä hankinnassa rekrytointia koskeva ehto on ollut seuraava: Palveluntuottaja ei voi vuokrata tilaajalle sellaista henkilöä, joka on ollut työsuhteessa Helsingin kaupunkiin viimeisen 6 kuukauden aikana. Tilaaja ei maksa palveluntuottajalle korvauksia, mikäli tilaajalle vuokrattava työntekijä haluaa myöhemmin siirtyä suoraan työsuhteeseen Helsingin kaupungille. Ehdolla on edellä todetun mukaisesti pyritty ensinnäkin varmistumaan siitä, että palveluun tarjotaan uutta henkilöstöä. Toiseksi ehdolla on haluttu estää niin sanotun rekrytointipalkkion vaatiminen, joka osaltaan saattaisi rajoittaa tarjottavien työntekijöiden mahdollisuutta siirtyä kaupungin palvelukseen.

Selvityspyynnön liitteistä kaksi (liitteet 19 ja 20) koskee terveysasemien ulkoistusta. Kyseessä on ollut palveluiden osittaisulkoistus kahden toimintayksikön osalta. Kyseinen hankinta on toteutettu neuvottelumenettelyllä, joten menettelyyn osallistuneilla palveluntuottajilla on ollut mahdollisuus vaikuttaa sopimuksen sisältöön. Ehto muotoiltiin siten, että se rajoittaa ainoastaan kyseiseen toimipisteeseen, esim. Kannelmäkeen, rekrytoitavia lääkäreitä ja sairaanhoitajia. Käytännössä ehto estää vain sen, että palveluntuottaja rekrytoisi kyseiseen toimipisteeseen henkilöitä, jotka ovat työskennelleet Helsingin kaupungin sosiaali- ja terveystoimialalla määrätyn ajan ennen suunniteltua palvelussuhteen alkamista palveluntuottajan palveluksessa.

Ottaen huomioon toimipisteen koko rajoitus koskee hyvin rajallista määrää henkilöitä. Neuvottelumenettelyssä mukana on ollut ulkopuolinen asianajotoimisto, jonka arvioinnin mukaan ehto ei ole lainvastainen.

Osassa sopimuksista on ollut ehtona, että palvelua tuottava yritys ei saa tarjota juuri palvelujen kohteena oleviin tehtäviin Helsingin kaupungilta rekrytoitua henkilöstöä, joka on ollut työsuhteessa Helsingin kaupunkiin viimeisen kolmen tai kuuden kuukauden aikana ennen työsuhteen alkamista palveluntuottajan kanssa, tai työskennellyt Helsingin kaupungilla sopimuksen solmimista edeltäneiden kolmen kuukauden aikana. Tällaisella sopimusehdolla on haluttu varmistua, että kaupunki pystyy lisäresurssien järjestämisen kautta aidosti laajentamaan palveluitaan. Ehdon sisältö on määritelty sen perusteella, kuinka merkitykselliseksi sen kohteena oleva henkilöstö on nähty palvelun tuottamisen kannalta ja kuinka pitkästä sopimuksesta on ollut kyse. Jos sopimuksissa ei olisi tällaista ehtoa ollut, olisi voinut käydä niin, että palveluntuottaja olisi rekrytoinut lisähenkilöstön suoraan Helsingin kaupungilta, jolloin henkilöstön tai palvelujen määrä ei olisi todellisuudessa kasvanut. Henkilöstövuokrauksia koskeviin sopimuksiin on myös erikseen otettu maininta siitä, ettei niin sanottua rekrytointipalkkiota makseta tilanteessa, jossa vuokrattavat työntekijät haluaisivat siirtyä kaupungin palvelukseen. Rekrytointipalkkiota koskevat sopimusehdot ovat yleisiä henkilöstövuokrausta koskevissa sopimuksissa, ja Helsingin kaupunki on halunnut torjua työntekijöiden liikkuvuuden rajoittamista sisällyttämällä tällaisen ehdon sopimukseen. Myös esimerkiksi Helsingin kaupungin sosiaali- ja terveystalouden on korostanut tällaisen sopimusehdon tärkeyttä päättäessään muun muassa terveysasemien palveluhankinnoista.

2.2.3 Ehtojen suhde työsopimuslain mukaiseen kilpailukieltosopimukseen

Työsopimuslain 3 luvun 5 §:n mukaan työnantajan toimintaan tai työsuhteeseen liittyvästä erityisen painavasta syystä voidaan työsuhteen alkaessa tai sen aikana tehtävällä sopimuksella (kilpailukieltosopimus) rajoittaa työntekijän oikeutta tehdä työsopimus työsuhteen päättymisen jälkeen alkavasta työstä sellaisen työnantajan kanssa, joka harjoittaa ensiksi mainitun työnantajan kanssa kilpailevaa toimintaa samoin kuin työntekijän oikeutta harjoittaa omaan lukuunsa tällaista toimintaa.

Yleisiä hyväksyttäviä perusteita kilpailukiellolle ovat esimerkiksi liikesalaisuuksien säilyttämiseen tai erityiskoulutukseen liittyvät perustelut. Kilpailukieltosopimus on työnantajan ja työntekijän välinen sopimus. Kaupunki ei toimi kilpailutilanteessa, eikä sillä ole vastaavia tähän liittyviä suojattavia etuja. Helsingin kaupunki ei tee kilpailukieltosopimuksia henkilöstönsä kanssa.

Hankintasopimukset ovat Helsingin kaupungin ja palveluntuottajien välisiä sopimuksia. Työntekijät eivät ole hankintasopimusten osapuolia. Hankintasopimukset eivät luo veloitteita työntekijöille eivätkä rajoita työntekijöiden oikeutta hankkia toimeentulonsa valitsemallaan työllä. Hankintasopimusten rajoitusehdot tähtäävät palvelutuotannon varmistamiseen työvoimapulasta kärsivällä alalla. Ehdot eivät liity kilpailun rajoittamiseen tai liiketoiminnallisten etujen suojaamiseen, eikä ehtoja tai niiden vaikutuksia siten voida rinnastaa kilpailukieltosopimukseen.

Työntekijöiden asemaa tarkasteltaessa voidaan todeta, etteivät sopimusehdot ole estäneet Helsingin kaupungin henkilöstöä hakeutumasta yksityisten palveluntuottajien palvelukseen. Kaupungin työntekijöillä on siten halutessaan mahdollisuus siirtyä kyseisten palveluntuottajien palvelukseen, mutta palveluntuottaja ei saa sopimuksessa sovitun mukaisesti tarjota kyseisiä henkilöitä Helsingin kaupungille takaisin töihin sovitun ajan. Työntekijöillä on siten ehtojen estämättä oikeus valita vapaasti työnantajansa, eivätkä sopimukset kiellä yksityisiä terveystalouden yrityksiä rekrytoimasta Helsingin kaupungilla työskenteleviä tai työskennelleitä työntekijöitä. Helsingin kaupunki katsoo, että kyseisissä rajoituksissa ei ole ollut kyse työsopimuslain 3 luvun 5 §:n kilpailukieltosopimukseen rinnastuvasta tilasta. Helsingin kaupungin hankintasopimusten tarjottavaa henkilöstöä koskevat rajoitukset ovat tarkkarajaisempia, ajallisesti lyhyempiä ja siten vaikutuksiltaan vähäisempiä kuin tyyppilliset yritysten välisissä sopimuksissa esiintyvät nimenomaiset rekrytoinnit kieltävät ehdot. Yritykset tai työnantajat voivat lähtökohtaisesti laillisesti sopia keskenään, etteivät määräajan puitteissa rekrytoi toistensa työntekijöitä silloin, kun tälle on hyväksyttävä peruste. Helsingin kaupunki on tavoitellut sitä, että kaupungin omat työntekijät eivät siirtyisi toiselle työnantajalle tekemään töitä Helsingin kaupungille. Helsingin kaupunki katsoo, että tämä tavoite on ollut hyväksyttävä peruste tarjottavaa henkilöstöä koskevien rajoitusten käyttämiselle.

2.2.4 Ehtojen hankintalain mukaisuus

Lausunnon mukaan hankintalainsäädäntö ei estä erilaisten rekrytointirajoitusehtojen käyttämistä hankintasopimuksissa. Hankintalain (1397/2016) 98 §:ssä jopa mainitaan työllisyyteen liittyvät ehdot mahdollisina hankintasopimuksen erityisehtoina. Käytetyillä rekrytointirajoituksilla on tarkastelun kohteena olevissa Helsingin kaupungin sote-toimialan palveluhankintasopimuksissa selkeä liityntä hankittavaan palveluun ja kaupungin intresseihin. Sopimusoikeuden näkökulmasta osapuolet voivat lähtökohtaisesti yhdessä sopia olemassa olevan sopimuksen muuttamisesta. Julkisia hankintasopimuksia voi kuitenkin muuttaa vain rajoitetusti niiden voimassaolon aikana.

Hankintalain mukaan olennaiset sopimusmuutokset ovat kiellettyjä. Olennaisina ja siten kiellettyinä pidetään ainakin sellaisia muutoksia, joiden johdosta jokin muu tarjoaja olisi voittanut tarjouskilpailun tai jotka olisivat tuoneet hankintamenettelyyn lisää tarjoajia. Olennaisina pidetään myös muutoksia, joiden johdosta sopimuksesta tulee taloudellisesti edullisempi sopimuslupalle sellaisella tavalla, jota alkuperäisessä hankintasopimuksessa ei ollut määritetty. Kaupungin rekrytointirajoitusehtojen poistaminen voimassa olevista hankintasopimuksista ei ole edellä mainituista syistä johtuen mahdollista.

2.2.5 Ehtojen perustuslainmukaisuus ja hallintolain mukaisuus

Perustuslain 18 §:n 1 momentin mukaan jokaisella on oikeus valita työnsä, ammattinsa ja elinkeinonsa. Säännöksellä turvataan itsemääräämisoikeuden erästä ulottuvuutta eli vapautta hankkia toimeentulo ja vapautta valita toimeentulon hankkimisen muoto ja keino. Tästä perusoikeudesta ei kuitenkaan seuraa kenellekään absoluuttista oikeutta johonkin tiettyyn tehtävään. Edellä kuvatut sopimusehdot eivät estä hoitohenkilöstön — esimerkiksi sairaanhoitajien — perustuslailla turvattua oikeutta sairaanhoitajan ammatin harjoittamiseen tai hakeutumista valitsemaansa työnantajan palvelukseen.

Lausunnon mukaan sopimusehtojen on nähty olevan tarpeen kaupungin lakisääteisten tehtävien hoitamisen varmistamiseksi ja väestön terveyden ylläpitämiseksi ja varmistamiseksi. Kaupungin näkemyksen mukaan ehtojen käytölle on siten ollut hyväksyttävä syy, ja ne ovat olleet myös suhteellisuusvaatimuksen näkökulmasta asianmukaisia ja perusteltuja.

Tarkoitussidonnaisuuden periaatteen mukaan viranomaisen on käytettävä toimivaltaansa yksinomaan lain mukaan hyväksyttäviin tarkoituksiin.

Hankintasopimuksia, joissa rekrytointia rajoittavia ehtoja on käytetty, on tehty kaupungilla vain rajatuissa tilanteissa. Helsingin kaupunki katsoo lausunnossaan, että sillä on ollut asialliset koronapandemiaan ja työvoimatilanteeseen liittyvät, lainsäädännössä sallitut perusteet tarjottavaa henkilökuntaa koskevien rajoitusten käyttämiselle hankintasopimuksissa. Rajoituksia on jouduttu ottamaan käyttöön, jotta kaupunki kykenisi suoriutumaan sille perustuslain tasolla asetetusta terveystalouden järjestämisvelvollisuudesta. Edellä esitetty huomioiden kaupunki katsoo, ettei se ole toiminut perustuslain 6, 18.1 ja 22 §:n tai hallintolain 6 §:n vastaisesti käyttäessään rekrytointia rajoittavia ehtoja hankintasopimuksissaan.

2.3 Etelä-Suomen aluehallintoviraston työsuojelun vastuualueen lausunto

Etelä-Suomen aluehallintoviraston työsuojelun vastuualueen lausunnossa todetaan yhdenvertaisuuslain sääntelystä ja sen soveltumisesta tässä päätöksessä tarkoitettuun tilanteeseen olennaisin osin seuraavaa.

2.3.1 Sopimusehto yhdenvertaisuuslain 8 §:n valossa

Arvioinnin lähtökohdat

Yhdenvertaisuuslain (1325/2014, jäljempänä myös ”laki”) soveltamisala on laaja. Työsuojeluviranomaisen valvonta kohdistuu lain noudattamiseen työ- ja palvelussuhteessa, työharjoittelussa ja muussa vastaavassa toiminnassa työpaikalla sekä työhönotossa. Työsuojeluvalvonnassa tarkoituksena on muun muassa selvittää, onko työnantaja noudattanut lain 8 §:n mukaista syrjinnän kieltoa edellä mainituissa tilanteissa.

Vuokrattujen työntekijöiden osalta yhdenvertaisuuslain mukaiset työnantajan velvollisuudet koskevat käyttäjäyritystä siltä osin kuin tämä käyttää työnjohto- ja valvontaoikeuttaan. Tästä johtuen käyttäjäyritysten työhönottotilanteet rajautuvat työsuojeluvalvonnan ulkopuolelle. Muilta osin työnantajan vastuu kuuluu henkilöstön vuokrausta tarjoavalle yritykselle, ja työsuojeluviranomaisella on toimivalta valvoa vuokratyönantajia kaikissa työ- tai palvelussuhteen vaiheissa, työhönotto mukaan lukien.

Työsuojeluviranomaisen käsityksen mukaan kanteluun liittyvässä asiassa on kyse henkilöstön vuokrauksesta, jossa tilaajana eli käyttäjäyrityksenä on Helsingin kaupunki ja vuokratyönantajina toimivat eri terveystaluyritykset. Lausuntopyynnössä tuodaan esille, että kaupungin ja yritysten välisten sopimusten sisältämä ehto rekrytointikiellosta on johtanut siihen, että osa työnhakijoista on jäänyt kokonaan työnhaun ulkopuolelle.

Työsuojeluviranomaisen näkemyksen mukaan kyseessä olevan sopimusehdon johdosta työntajien menettelyn kohteena ovat kaikki Helsingin kaupungilla töissä olevat tai olleet henkilöt. Näin ollen rekrytointikielto ja työnhaussa huomiotta jättäminen ei koske ainoastaan Tehyn jäseniä, vaan jokaista, joka työskentelee tai on työskennellyt Helsingin kaupungin palveluksessa.

Työsuojeluviranomainen toteaa, että syrjintä on kielletty työhön ottaessa, työsuhteen aikana ja työsuhdetta päättäessä. Näiden lisäksi syrjinnän kieltä koskee työpaikkailmoittelua, josta säädetään yhdenvertaisuuslain 17 §:ssä. Työsuojeluviranomainen tuo yleisenä huomiona esille, että työnantaja saattaa menetellä syrjinnän kiellon vastaisesti jo ennen työhönottoa, jos työpaikkailmoittelussa oikeudettomasti vaaditaan hakijalta sellaisia ominaisuuksia, jotka ovat lain 8 §:n mukaan kiellettyjä syrjintäperusteita.

Välittömän ja välillisen syrjinnän lisäksi syrjintänä pidetään muun muassa ohjetta tai käskyä syrjiä. Ohjeen tai käskyn antajalla tulee olla sellainen toimivalta tai asema, jotta se voi antaa ohjeen tai käskyn saajalle velvoittavia määräyksiä (HE 19/2014 vp, s. 69). Työsuojeluvälvonnassa on katsottu, että syrjinnästä voi olla kyse esimerkiksi silloin, kun työnantaja kieltää alaistiaan palkkaamasta henkilöä, jolla on yhdenvertaisuuslaissa mainittu ominaisuus.

Helsingin kaupungin ja yritysten välillä on kyse sopimussuhteesta. Tähän liittyen työsuojeluviranomainen tuo esille, että lähtökohtana on molempien osapuolten sopimusvapaus, jota yhdenvertaisuussääntely ei rajoita (HE 19/2014 vp, s. 68). Työsuojeluviranomaisen näkemyksen mukaan oikeushenkilöiden sopimusvapaus ei kuitenkaan tosiasiallisesti saa johtaa luonnollisten henkilöiden syrjivään kohteluun.

Lähtökohtana nyt kyseessä olevan asian arvioinnissa voidaan työsuojeluviranomaisen näkemyksen mukaan pitää sitä, että terveyspalveluyrityksillä on vuokratyönantajina velvollisuus noudattaa syrjinnän kieltä niin työpaikkailmoittelussa kuin sitä seuraavassa työhönnotossakin.

Syrjintäperuste: ”muu henkilöön liittyvä syy”

Yhdenvertaisuuslain 8 §:n mukaan ketään ei saa syrjiä iän, alkuperän, kansalaisuuden, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, poliittisen toiminnan, ammattiyhdistystoiminnan, perhesuhteiden, terveydentilan, vammaisuuden, seksuaalisen suuntautumisen tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella.

Yhdenvertaisuuslakia koskeva työsuojeluvälvonta kohdistuu yksittäisen työnantajan toimintaan. Työsuojelutarkastaja voi todeta työnantajan menetelleen syrjinnän kiellon vastaisesti, mikäli työnantaja ei ole esittänyt seikkoja asiassa syntyneen syrjintäoletuksen kumoamiseksi tai oikeuttamisperusteiden olemassaolosta. Tunteamatta tarkemmin nyt kyseessä olevaan kanteluun liittyvien yksittäisten työnantajien menettelyä, työsuojeluviranomainen tuo lausunnossaan esille yleisiä huomioita syrjintää koskevasta arvioinnista.

Rekrytointikieltoon liittyen kysymys on työsuojeluviranomaisen näkemyksen mukaan siitä, ovatko vuokratyönantajat kohdelleet Helsingin kaupungilla parhaillaan työskenteleviä tai siellä aiemmin työskennelleitä työnhakijoita epäsuotuisammin kuin muita työnhakijoita. Lisäksi asiassa on kyse siitä, ovatko vuokratyönantajat työpaikoista ilmoittaessaan menettelleet syrjinnän kiellon vastaisesti.

Epäsuotuisasta kohtelusta voi olla kyse silloin kuin tietty henkilö tai henkilöryhmä asetetaan muihin nähden huonompaan asemaan. Työsuojeluviranomaisen näkemyksen mukaan Helsingin kaupungilla työskennelleet ovat niin ikään joutuneet muita työnhakijoita huonompaan asemaan jäädessään terveystalvurytysten työnhaun ulkopuolelle. Yhdenvertaisuuslaissa tarkoitetusta syrjinnästä voi kuitenkin olla kyse ainoastaan silloin, kun työnantajan menettelyyn liittyy jokin kielletyistä syrjintäperusteista. Syrjintäperusteiden luettelo on avoin, ja perusteena voi olla mainittujen syiden lisäksi myös "muu henkilöön liittyvä syy".

Työsuojeluviranomaisen näkemyksen mukaan asiassa olennainen kysymys on se, onko vuokratyönantajan työpaikkailmoitteluun tai työhönottoon liittynyt jokin lain 8 §:n perusteeseen verrattavissa oleva "muu henkilöön liittyvä syy". Toisaalta kielletystä syrjinnästä ei voi olla kyse, jos työnantajan menettelyyn ei liity mikään säännöksessä mainituista syistä.

"Muu henkilöön liittyvä syy"-perusteen määrittelyssä on työsuojeluvalvonnassa tukeuduttu muun muassa yhdenvertaisuuslain 8 §:ää sekä muussa lainsäädännössä vastaavia syrjintäperusteita koskevaan tuomioistuinten käytäntöön. Yhdenvertaisuuslain esitöiden mukaan "muut henkilöön liittyvät syyt" on rinnastettava nimenomaisesti säännöksessä mainittuihin perusteisiin (HE 19/2014 vp, s. 67).

Työsuojeluviranomaisen tulkinnassa lähdetään siitä, että "muu henkilöön liittyvä syy" voi olla esimerkiksi yhteiskunnallinen asema, varallisuus, asuinpaikka ja yhdistystoimintaan osallistuminen (HE 309/1993 vp, s. 44 sekä HE 19/2014 vp, s. 67). Yhdenvertaisuuslain esitöiden mukaan "muuksi henkilöön liittyväksi syyksi" katsotaan myös esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) käytännössä määrittelemät syyt. Henkilöön liittyvällä syyllä voidaan tarkoittaa muun muassa sisäsyntyisiä ominaisuuksia, oikeudellista asemaa tai sosiaalisessa kanssakäymisessä merkityksellisiä ominaisuuksia (HE 19/2014 vp, s. 67).

Yhdenvertaisuuslain esitöiden mukaan muut kuin henkilöön liittyvät syyt eivät muodosta laissa tarkoitettua syrjäntäperustetta. Tällaisia ovat yleensä erot ihmisten tosiasiallisissa olosuhteissa, toiminnassa tai menettelytavoissa (HE 19/2014 vp, s. 67). Lisäksi syrjäntäperustetta koskevassa tulkinnassa ja rajanvedossa tulee erottaa syrjäntä työsuojeluvirainomuslain (55/2001) 2:2 §:n mukaisesta tasapuolisen kohtelun vaatimuksesta. Säännös edellyttää, että työnantaja kohtelee toisiinsa verrattavissa olevia työntekijöitä samankaltaisissa tilanteissa tasapuolisesti, jollei siitä poikkeaminen ole työntekijöiden tehtävät ja asema huomioon ottaen perusteltua.

Nyt kyseessä olevassa asiassa on kyse työhönnotosta, jossa valintakriteereitä eivät kantelun perusteella ole täyttäneet Helsingin kaupungilla työskentelevät tai tietyn karenssiajan sisällä työskennelleet henkilöt. Kyseinen kriteeri ei ole jäänyt henkilöiden kohdalla pysyväksi, vaan se on poistunut viimeistään karenssiajan päätyttyä. Työsuojeluvirainomuslain toteaa yleisenä huomiona, että syrjäntäperusteen olemassaoloa on arvioitava suhteessa siihen hetkeen, jolloin epäsuotuisaa kohtelua on esiintynyt. Merkitystä ei ole sillä, että laissa mainittu ominaisuus muuttuu tai poistuu myöhemmässä vaiheessa.

Kysymys on työsuojeluvirainomuslain käsityksen mukaan siitä, voiko työnhakijan senhetkinen työpaikka tai työhistoria liittyä työnhakijan henkilöön ja muodostaa näin kielletyn syrjäntäperusteen.

EIT:n ratkaisukäytännössä on tulkittu Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan mukaista ”muuta asemaa” väljästi, eikä edellytyksenä ole ollut, että peruste suoranaisesti liittyy henkilön ominaisuuksiin. ”Muuksi asemaksi” on katsottu muun muassa oikeudellinen asema (esim. turvapaikanhakija) ja ammatillinen asema (esim. ammattikalastaja), jotka työsuojeluvirainomuslain käsityksen mukaan ovat parhaiten vertailukelpoisia nyt kyseessä olevaan tilanteeseen. Mainittuja syitä voidaan katsoa yhdistävän ainakin sen, että kyseinen asema perustuu lakiin, ja sitä kautta aseman omaavalla henkilöllä on tiettyjä oikeuksia ja velvollisuuksia. Tästä näkökulmasta asemaan ei liity henkilön omaa valinnan mahdollisuutta.

Työsuojeluvirainomuslain näkemyksen mukaan myös esimerkiksi työttömyys ja opiskelijastatus määrittävät henkilön asemaa yhteiskunnassa lainsäädäntöön perustuvien oikeuksien ja velvollisuuksien kautta. Työsuojeluvirainomuslain näkemyksen mukaan vastaavasti ”työllistynyt/työssä käyvä” voisi tällä perusteella rinnastua edellä mainittuihin syrjäntäperusteisiin ”muuna henkilöön liittyvänä syynä”.

Työsuojeluvalvonnassa ”muu henkilöön liittyvä syy” -perustetta soveltaessa on katsottu, ettei esimerkiksi koulutustaustaa ole pidettävä lain tarkoittamana henkilöön liittyvänä syrjäntäperusteena, vaan se liittyy henkilön toimintaan. Työsuojeluviranomaisen näkemyksen mukaan vastaavasti se, missä henkilö työskentelee tai on työskennellyt kuvaa sitä, mitä henkilö on työhön liittyen tehnyt. Näillä perusteilla henkilön työpaikassa kyse ei työsuojeluviranomaisen näkemyksen mukaan ole henkilöön liittyvästä ominaisuudesta taikka henkilöä koskevasta asemasta, josta sellaisenaan seuraisi henkilölle oikeuksia tai velvollisuuksia.

Työsuojeluviranomainen toteaa vielä, että kyse on avoimesta syrjäntäperusteesta, jota koskeva tulkinta täsmentyy työsuojeluvalvonnassa

konkreettisten tapausten kautta. Tähän mennessä työsuojeluviranomaisella ei ole ollut käsiteltävänä tapausta, jossa työskentely tietyn työnantajan palveluksessa taikka aiempi työhistoria olisi koettu syrjäntäperusteena. Työsuojeluviranomaisen käsityksen mukaan myöskään niistä työsuojeluvalvonnassa käsitellyistä tapauksista, joissa syrjäntäperusteena on ollut ”muu henkilöön liittyvä syy”, ei ole löydettävissä yhtymäkohtia nyt kyseessä olevaan asiaan.

3.2 Yhdenvertaisuuslain 12 §:n oikeuttamisperusteet

Erilainen kohtelu työsuhteessa ja julkisoikeudellisessa palvelussuhteessa sekä työharjoittelussa ja muussa vastaavassa toiminnassa samoin kuin työhön tai palvelukseen otettaessa on oikeutettua, jos kohtelu perustuu työtehtävien laatuun ja niiden suorittamista koskeviin todellisiin ja ratkaiseviin vaatimuksiin ja kohtelu on oikeasuhtaista oikeutettuun tavoitteeseen pääsemiseksi.

Säännös sisältää työelämää koskevat oikeuttamisperusteet, joiden täyttyessä syrjäntänä ei pidetä syrjäntäperusteeseen liittyvää erilaista kohtelua. Kaikkien säännöksessä mainittujen perusteiden tulee täytyä, jotta työnantajan menettelyä voidaan pitää oikeutettuna.

Työsuojeluviranomaisen käsityksen mukaan nyt kyseessä olevassa asiassa on ensiksi ratkaistava, onko kyse lain 8 §:n mukaisesta kielletystä syrjinnästä. Tämän jälkeen olisi tapauskohtaisesti arvioitava, voivatko kyseeseen tulla 12 §:n mukaiset oikeuttamisperusteet.

2.4 Valtiovarainministeriön lausunto

Valtiovarainministeriö toteaa lausunnossaan ottavansa kantaa rekrytointikieltoja koskevien sopimusehtojen perustuslainmukaisuuteen ainoastaan yleisellä tasolla. Lausunnon sisältö on olennaisin osin seuraava.

Kahden työnantajan tai yrityksen kesken solmitussa rekrytointikiellossa on yleisesti kyse siitä, että toinen osapuoli sitoutuu olemaan palkkaamatta omaan käyttöönsä työvoimaa toisen sopimusosapuolen palveluksesta. Työntekijän kannalta ehto rajoittaa mahdollisuutta hakeutua toisen työnantajan palvelukseen tietyn karenssiajan puitteissa. Henkilöstövuokrausta koskevaan hankintasopimukseen otettu rekrytointikielto tarkoittaa käytännössä, ettei työntekijä voi hakeutua vuokratyöntekijänä suorittamaan vastaavia työtehtäviä entisen työnantajansa palvelukseen karenssiaikana.

Työnantajien kesken solmittu sopimusehto rekrytointikiellosta karenssiaikoineen asettaa rajoituksia työntekijän mahdollisuudelle vaihtaa työnantajaa ja hankkia toimeentulonsa haluamallaan tavalla. Siten kiello näyttää merkitykselliseltä perustuslain 18 §:ssä turvatun toimeentulon hankkimista koskevan oikeuden kannalta. Pykälän 1 momentin mukaan jokaisella on oikeus lain mukaan hankkia toimeentulonsa valitsemallaan työllä, ammatilla tai elinkeinolla. Toimeentulon hankkimisen oikeus on luonteeltaan vapausoikeus, jolla pyritään suojamaan itsemääräämisoikeuden erästä ulottuvuutta, eli vapautta hankkia toimeentulo ja vapautta valita se muoto ja keino, jolla toimeentulonsa haluaa hankkia. Yhtenä lähtökohtana on yksilön oma aktiivisuus toimeentulonsa hankkimisessa. Lisäksi säännös koskee oikeutta päästä julkiseen virkaan. Momentissa tarkoitettua vapautta solmia työsopimus tai tulla nimitetyksi virkaan rajoittavat kuitenkin tarjolla olevat työpaikat, työssä vaadittava koulutus, kokemus ja ammattitaito sekä julkisten virkojen kelpoisuusvaatimukset. Lisäksi säännöksessä mainitut sanat "lain mukaan" viittaavat perusoikeusuudistuksen esitöiden mukaan mahdollisuuteen rajoittaa säännöksessä turvattua oikeutta lailla.

Toisaalta rekrytointikiello asettaa sen piiriin kuuluvat työnhakijat erilaiseen asemaan suhteessa muihin työnhakijoihin, koska he eivät voi tietyssä määrää aikana tulla valituksi tehtävään nykyisen tai jo päättyneen aiemman työsuhteensa vuoksi. Tähän nähden rekrytointikielloa koskeva määräys näyttää merkitykselliseltä perustuslaissa turvatun yhdenvertaisuuden ja syrjintäkiellon kannalta, joiden on katsottu liittyvän perusoikeutena turvattuun oikeuteen valita vapaasti työnsä. Yhdenvertaisuudesta säädetään perustuslain 6 §:ssä, jonka 1 momentin mukaan ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä. Pykälän toisen momentin mukaan ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan sukupuolen, iän, alkuperän, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Perustuslain sääntely ei kiellä kaikenlaista erontekoa ihmisten välillä, vaan olennaista on, voidaanko erottelu perustella perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä tavalla.

Yhdenvertaisuuteen ja syrjintäkieltoon perustuvaa tasapuolisen kohtelun vaatimusta on noudatettava myös silloin, kun otetaan henkilö toisen palvelukseen.

Valtiovarainministeriön näkemyksen mukaan yleisesti rekrytointikieltoja koskevien ehtojen arvioinnissa on keskeistä se, missä määrin voimassa oleva kansallinen lainsäädäntö ja EU-oikeus mahdollistavat kahden osapuolen sopivan keskenään sellaisista sopimusehdoista, jotka rajoittavat sopimukseen nähden kolmannen osapuolen mahdollisuutta valita toimeentulonsa keinot ja muoto.

Kansallisessa lainsäädännössä ei ole annettu erityisiä säännöksiä koskien rekrytointikieltoja. Sen sijaan toimeentulon hankkimisen vapautta rajoittavien sopimusehtojen sääntely on tältä osin ollut sopimusoikeuden yleisten oppien ja periaatteiden varassa.

Lainsäädännössä on kuitenkin katsottu, että perustuslain 18 §:n kannalta merkityksellisten kilpailukieltosopimusten, jotka rajoittavat työntekijän oikeutta tehdä uusi työsopimus tai harjoittaa ammattia, edellytyksenä on työnantajan toimintaan tai työsuhteeseen liittyvä erityisen painava syy (työsopimuslaki 55/2001, 3 luvun 5 §:n 1 momentti). Toimeentulon hankkimisen vapauden rajoitukselle on kilpailukieltosopimusten osalta oltava perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä peruste, josta arvio on tehtävä tapauskohtaisesti (PeVL 41/2000 vp, s. 7–8).

EU-oikeudessa rekrytointikielloista säädetään vuokratyödirektiivissä (2008/104/EY), jonka mukaan sopimusehdot, joilla kielletään tai estetään työsopimuksen tekeminen tai työsuhteen solmiminen käyttäjäyrityksen ja vuokratyöntekijän välille toimeksiannon päätyttyä, olisivat mitättömiä tai tulisi julistaa mitättömiksi (6 artikla, kohta 2 alakohta 1). Direktiivi ei sen sijaan sisällä säännöksiä sellaisten lausekkeiden osalta, joilla kielletäisiin tai estettäisiin työsopimuksen tekeminen tai työsuhteen solmiminen työvoiman vuokrausyrityksen ja käyttäjäyrityksen entisen työntekijän välille.

Siltä osin kuin rekrytointikielto rinnastuisi kilpailukieltosopimukseen ja olisi siten katsottavissa toimeentulon hankkimisen vapauden kannalta merkitykselliseksi rajoitukseksi, tulisi sen pätevyyden arviointi vastaavasti perustua tapauskohtaiseen arviointiin siitä, mitkä ovat rajoituksen käytölle hyväksyttävät reunaedellytykset ja onko rajoitukselle työnantajan toimintaan tai työsuhteeseen liittyvä erityisen painava syy. Perustuslakivaliokunnan tulkintakäytännöstä ilmenevien periaatteiden pohjalta rajoituksen tulisi ainakin olla kohtuullinen ja sen ajallisen ulottuvuuden tulisi olla suhteellisuusvaatimuksen kannalta asianmukainen (PeVL 41/2000 vp, s. 8).

Yleisellä tasolla työntekijöiden oikeutta voisivat loukata siis esimerkiksi ainakin ehdot, jotka estävät kohtuuttomalla tavalla kokonaan tai huomattavan pitkän määräajan aikana työntekijän oikeutta hakeutua toisen työnantajan palvelukseen.

Erityistä huomiota perusoikeuksien turvaamiselle olisi arvioinnissa asetettava silloin, kun toimeentulon hankkimisen vapautta rajoittavan sopimuksen toisena osapuolena on julkisen vallan käyttäjä. Perustuslain 22 §:n perusteella julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Lisäksi julkisen vallan on huolehdittava työvoiman suojelusta (PL 18.1 §). Julkisen vallan käyttäjällä tulisi rekrytointikiellon sisältävää sopimusta solmiessaan siten olla korostettu velvollisuus arvioida, voiko kielto tarkoittaa perusoikeusjärjestelmän vastaista toimeentulon hankkimisen vapauden rajoitusta.

Valtiovarainministeriön näkemyksen mukaan rekrytointikieltoja koskevien ehtojen perustuslainmukaisuuden arvioinnissa on keskeistä se, onko oikeusjärjestelmästä yleensä johdettavissa perusteet rekrytointikieltojen asettamiselle, ja mikäli näin on, niiden asettamisen perustuslainmukaisuuden arviointi jäänee tapauskohtaisesti arvioitavaksi. Tältä osin keskeistä on arvioida, voidaanko rajoitus katsoa työntekijän kannalta kohtuulliseksi ja onko rajoitukselle ja työntekijöiden asettamiselle erilaiseen asemaan olemassa hyväksyttävä peruste. Lisäksi valtiovarainministeriön näkemyksen mukaan erityistä painoarvoa rajoituksen perustuslainmukaisuuden arvioinnille olisi asetettava silloin, kun rajoituksen sopijapuolena olisi julkisen vallan edustaja tai rajoitus kohdistuisi hakeutumiseen julkiseen virkaan.

2.5 Yhdenvertaisuusvaltuutetun toimiston vastaus tiedusteluun

2.5.1 Virka-asema ja ammatillinen asema kiellettyinä syrjintäperusteina

Yhdenvertaisuuslain (1325/2014) 8 §:n syrjintäperusteluettelo on avoin sisältäen muun henkilöön liittyvän syyn. Muulla henkilöön liittyvällä syyllä viitataan säännöksessä siinä nimenomaisesti mainittujen syiden kaltaisiin seikkoihin.

Yhdenvertaisuuslain esitöiden mukaan muita syitä voivat olla EIT:n käytännössä sellaisiksi katsotut syyt. (HE 19/2014 vp., s. 67) EIT on ratkaisukäytännössään katsonut kielletyksi erotteluperusteeksi esimerkiksi henkilön virka-aseman (Sidabras ym. v. Liettua) sekä ammatillisen aseman (Alatulkkila ym. v. Suomi).

2.5.2 Syrjivän sopimusehdon kielto

Yhdenvertaisuuslaissa on syrjivän sopimusehdon kielto. Lain 25 §:n 1 momentin mukaisesti syrjivä sopimusehto sekä yrityksen, yhdistyksen ja säätiön sääntöjen syrjivä määräys on mitätön.

Syrjivän sopimusehdon kieltö perustuu EU:n syrjintä- ja työsyryjintädirektiiveihin (2000/43/EY ja 2000/78/EY). Näiden mukaan jäsenvaltioiden on toteutettava tarvittavat toimenpiteet sen varmistamiseksi, että yksittäisiin työsupimukseen tai työehtosopimukseen, yritysten sisäisiin sääntöihin sekä voittoa tuottavia tai tuottamattomia yhdistyksiä, itse-näistä ammatinharjoittamista ja työnantaja- ja työntekijäjärjestöjä koskeviin sääntöihin sisältyvät säännökset, jotka ovat yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastaisia, julistetaan tai voidaan julistaa mitättömiksi tai muutetaan.

Yhdenvertaisuuslakiin sisältyvät syrjinnän ja vastatoimien kiellot ovat pakottavaa oikeutta, eikä niistä saa poiketa säännösten suojaamien henkilöiden vahingoksi. Työnantaja ei esimerkiksi saa soveltaa syrjintäkiellon kanssa ristiriidassa olevaa työehtosopimuksen määrystä, vaan työntekijään on tällaisessa tilanteessa sovellettava syrjivän ehdon sijasta sellaista ehtoa, jota sovelletaan vertailukelpoisessa tilanteessa oleviin muihin työntekijöihin (Kutz-Bauer C-187/00). Se, milloin kyseessä on lain kieltämä syrjivä sopimusehto, on ratkaistava aina tapauskohtaisesti.

3 RATKAISU

3.1 Oikeusasiamiehen tehtävät

Perustuslain 109 §:n 1 momentin mukaan oikeusasiamiehen tulee valvoa, että tuomioistuimet ja muut viranomaiset sekä virkamiehet, julkisyhteisön työntekijät ja muutkin julkista tehtävää hoitaessaan noudattavat lakia ja täyttävät velvollisuutensa. Tehtävänsä hoitaessaan oikeusasiamies valvoo perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutumista.

Eduskunnan oikeusasiamiehestä annetun lain 3 §:n 2 momentin mukaan oikeusasiamies ryhtyy hänelle tehdyn kantelun johdosta niihin toimenpiteisiin, joihin hän katsoo olevan aihetta lain noudattamisen, oikeusturvan tai perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisen kannalta.

Eduskunnan oikeusasiamiehestä annetun lain 11 §:n 1 momentin mukaan oikeusasiamies voi laillisuusvalvontaansa kuuluvassa asiassa tehdä toimivaltaiselle viranomaiselle esityksen tapahtuneen virheen oikaisemiseksi tai epäkohdan korjaamiseksi.

Yllä mainitun pykälän 2 momentin mukaan oikeusasiamies voi tehtävänsä hoitaessaan kiinnittää valtioneuvoston tai muun lainsäädännön valmistelusta vastaavan toimielimen huomiota säännöksissä tai määräyksissä havaitsemiinsa puutteisiin sekä tehdä esityksiä niiden kehittämiseksi ja puutteiden poistamiseksi.

3.2 Keskeinen asiassa sovellettava lainsäädäntö

3.2.1 Perustuslaki

Perustuslain 2 §:n 3 momentin mukaan julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia.

Perustuslain 6 §:n mukaan ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan sukupuolen, iän, alkuperän, kielen, uskon-non, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella.

Perustuslain 18 §:n 1 momentin mukaan jokaisella on oikeus lain mukaan hankkia toimeentulonsa valitsemallaan työllä, ammatilla tai elinkeinolla. Pykälän 2 momentin mukaan julkisen vallan on edistettävä työllisyyttä ja pyrittävä turvaamaan jokaiselle oikeus työhön.

Perustuslain 22 §:n mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen.

Perustuslain 80 §:n 1 momentissa säädetään, että yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista on säädettävä lailla.

3.2.2 Yhdenvertaisuuslaki

Yhdenvertaisuuslain (1325/2014) tarkoituksena on sen 1 §:n mukaan edistää yhdenvertaisuutta ja ehkäistä syrjintää sekä tehostaa syrjinnän kohteeksi joutuneen oikeusturvaa.

Yhdenvertaisuuslain 5 §:n 1 momentin mukaan viranomaisen on arvioitava yhdenvertaisuuden toteutumista toiminnassaan ja ryhdyttävä tarvittaviin toimenpiteisiin yhdenvertaisuuden toteutumisen edistämiseksi. Edistämistoimenpiteiden on oltava viranomaisen toimintaympäristö, voimavarat ja muut olosuhteet huomioon ottaen tehokkaita, tarkoituksenmukaisia ja oikeasuhtaisia.

Lain 7 §:n 1 momentin mukaan työnantajan on arvioitava yhdenvertaisuuden toteutumista työpaikalla ja työpaikan tarpeet huomioon ottaen kehitettävä työoloja sekä niitä toimintatapoja, joita noudatetaan henkilöstöä valittaessa ja henkilöstöä koskevia ratkaisuja tehtäessä. Edistämistoimenpiteiden on oltava toimintaympäristö, voimavarat ja muut olosuhteet huomioon ottaen tehokkaita, tarkoituksenmukaisia ja oikeasuhtaisia.

Lain 8 §:n 1 momentin mukaan ketään ei saa syrjiä iän, alkuperän, kansalaisuuden, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, poliittisen toiminnan, ammattiyhdistystoiminnan, perhesuhteiden, terveydentilan, vammaisuuden, seksuaalisen suuntautumisen tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella. Pykälän 2 momentin mukaan välittömän ja välillisen syrjinnän lisäksi tässä laissa tarkoitettua syrjintää on häirintä, kohtuullisten mukautusten epääminen sekä ohje tai käsky syrjiä.

Yhdenvertaisuuslain 11 §:ssä säädetään erilaisen kohtelun oikeuttamisperusteista. Pykälän 1 momentin mukaan erilainen kohtelu ei ole syrjintää, jos kohtelu perustuu lakiin ja sillä muutoin on hyväksyttävä tavoite ja keinot tavoitteen saavuttamiseksi ovat oikeasuhtaisia. Pykälän 2 momentin mukaan erilainen kohtelu on kuitenkin oikeutettua siinäkin tapauksessa, että kohtelun oikeuttamisperusteista ei ole säädetty, jos kohtelulla on perus- ja ihmisoikeuksien kannalta hyväksyttävä tavoite ja keinot tavoitteen saavuttamiseksi ovat oikeasuhtaisia. Tätä säännöstä ei kuitenkaan sovelleta esimerkiksi silloin, kun kyse on julkisen vallan käytöstä tai julkisen hallintotohtävän hoidosta.

3.2.3 Hallintolaki

Hallintolain (434/2003) 6 §:ssä säädetään hallinnon oikeusperiaatteista. Pykälän mukaan viranomaisen on kohdeltava hallinnossa asioivia tasapuolisesti sekä käytettävä toimivaltaansa yksinomaan lain mukaan hyväksyttäviin tarkoituksiin. Viranomaisen toimien on oltava puolueettomia ja oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden. Niiden on suojattava oikeusjärjestyksen perusteella oikeutettuja odotuksia.

3.3 Hankinta- ja ostopalvelusopimuksista

Helsingin kaupunki on tehnyt vuonna 2021 useiden yksityisten palveluntuottajien kanssa määräaikaista hankintasopimuksia, jotka on allekirjoitettu helmikuun ja heinäkuun välisenä aikana. Sopimukset koskevat henkilöstön vuokrausta tai terveysasemien ulkoistusta. Helsingin kaupungin mukaan henkilöstöä on vuokrattu rokotustoimintaan, varasairaalan käynnistämiseen varautumiseen ja kahden terveysaseman palvelujen järjestämiseen. Lisäksi kaupunki on ulkoistanut perusterveydenhuollon palveluita kahden toimintayksikön osalta. Jokaiseen sopimukseen sisältyy rekrytointia koskeva ehto.

Käytössäni olevista palveluiden ulkoistusta koskevista sopimuksista käy ilmi, että palveluntuottaja on sitoutunut tilaajan tarpeita varten rekrytoimaan oman henkilöstön siten, että palveluntuottajan työntekijänä oleva lääkäri tai sairaanhoitaja, joka osallistuu sopimuksen mukaisen terveystalouden tuottamiseen, ei saa olla työskennellyt Helsingin kaupungin sosiaali- ja terveystoimialalla kuuteen kuukauteen ennen suunniteltua palvelusuhteen alkamista palveluntuottajan palveluksessa. Kyseistä ehtoa ei sovelleta henkilöön, jonka kaupunki on irtisanonut tai joka on ollut kaupungin palveluksessa määräaikaisena.

Henkilöstövuokrausta koskevissa sopimuksissa rekrytointia koskeva ehto vaihtelee sopimuksesta riippuen siten, että palveluntuottaja ei voi vuokrata

- Helsingin kaupungille rokatushenkilöä, joka on työskennellyt kaupungilla sopimuksen solmimista edeltävien kolmen kuukauden aikana;
- päivystys- ja akuuttitoimintaan henkilöä, joka on ollut työsuhteessa kaupunkiin viimeisen kuuden kuukauden aikana;
- ajanvarausvastaanotto- ja akuuttitoiminnan tueksi henkilöä, joka on työskennellyt kaupungilla sosiaali- ja terveystoiminnan avoterveydenhuollossa viimeisen kolmen kuukauden aikana; ja
- varasairaalaan varten henkilöä, joka on ollut työsuhteessa kaupunkiin sopimuksen voimaantulon jälkeen

Terveysaseman henkilöstövuokrausta ja rokatushenkilöstön vuokrausta koskevissa sopimuksissa sopimuskauden pituus on kaksi vuotta, ja sopimukseen sisältyy mahdollisuus käyttää kahden vuoden optiokausi. Näissä sopimuksissa rekrytointikielto koskee koko Helsingin kaupungin henkilöstöä.

Varasairaalan perustamista koskevissa sopimuksissa sopimuskauden pituus on yksi vuosi, ja sopimukseen sisältyy mahdollisuus käyttää kuuden kuukauden optiokausi. Näihin sopimukseen ei sisälly karenssiaikaa, vaan sopimusehdon mukaan palveluntuottaja ei voi tarjota sairaanhoitajaa, joka on ollut työsuhteessa Helsingin kaupunkiin sopimuksen voimaantulon jälkeen.

Terveystalouden ulkoistamista koskevien sopimusten sopimuskausi on neljä vuotta. Lisäksi Helsingin kaupungilla on mahdollisuus käyttää kahden vuoden optiokausi. Näihin sopimukseen sisältyy Helsingin kaupungin sosiaali- ja terveystoimialalla työskenteleviä koskeva kuuden kuukauden karenssiaika.

Kantelun mukaan sopimukseen sisältyvät rekrytointia koskevat ehdot tarkoittavat yrityksille kieltoa rekrytoida Helsingin kaupungin palveluksessa edelleen olevia tai aiemmin sen palveluksessa olleita työntekijöitä. Kantelija rinnastaa ehtojen vaikutukset työsopimuslaissa säänneltyyn kilpailukieltosopimuksen kaltaiseen tilaan. Helsingin kaupunki on estänyt sillä työsuhteessa olevien työntekijöiden vapaan siirtymisen kokonaan toisen työnantajan palvelukseen irtisanoutumalla tai se on estänyt sen palveluksessa yhä olevien työntekijöiden sivutöiden tekemisestä saatavat lisäansiot.

Helsingin kaupungin mukaan rekrytointia rajoittavat ehdot eivät estä Helsingin kaupungin henkilöstöä hakeutumasta ja siirtymästä kyseisten yksityisten palveluntuottajien palvelukseen vaan tarkoittavat ainoastaan palveluntuottajalle asetettua rajoitusta tarjota kaupungille kaupungilla työskentelevää tai työskennellyttä henkilöstöä ostopalvelujen kohteena olevaan tehtävään tai yksikköön.

3.4 Asian arviointi

3.4.1 Aiheen rajaus ja arvioinnin lähtökohdat

Oikeusasiamiehen tulee valvoa, että tuomioistuimet ja muut viranomaiset sekä virkamiehet, julkisyhteisön työntekijät ja muut julkista tehtävää hoitaessaan noudattavat lakia ja täyttävät velvollisuutensa. Oikeusasiamies ei näin ollen voi ottaa kantaa yksityisen palveluntuottajan rekrytointiin silloinkaan, kun se perustuu sopimukseen, jonka osapuolena on kunta. Rajoitun siten käsittelemään kantelua ainoastaan siltä osin kuin se koskee Helsingin kaupungin menettelyä.

Arvioin asiaa seuraavassa perustuslaissa ja yhdenvertaisuuslaissa säädetyn yhdenvertaisuusperiaatteen ja syrjintäkiellon näkökulmasta, sopimusvapauden näkökulmasta sekä oikeutta työhön koskevan perustuslain säännöksen näkökulmasta.

3.4.2 Vuokratyön sääntelystä

Kansalliseen lainsäädäntöön ja EU-oikeuteen ei sisälly rekrytointikieltoja koskevia säännöksiä.

Euroopan parlamentin ja neuvoston vuokratyödirektiivin (2008/104/EY) johdanto-osan 12 perustelukappaleessa todetaan, että direktiivillä luodaan vuokratyöntekijöihin sovellettavat suojapuitteet, jotka ovat syrjimättömät, avoimet ja oikeasuhteiset ja joissa otetaan huomioon työmarkkinoiden ja työmarkkinasuhteiden monimuotoisuus.

Vuokratyödirektiivin 4 artiklan 1 kohdan mukaan vuokratyön käyttöön liittyvät rajoitukset tai kiellot saavat perustua ainoastaan yleisen edun mukaisiin syihin, jotka liittyvät erityisesti vuokratyöntekijöiden suojeluun, työterveys- ja työturvallisuusvaatimuksiin tai tarpeeseen varmistaa, että työmarkkinat toimivat moitteettomasti ja että väärinkäytöksiä ehkäistään. Direktiivin 9 artiklan 1 kohdan mukaan direktiivillä ei rajoiteta jäsenvaltioiden oikeutta soveltaa tai ottaa käyttöön työntekijöille suotuisampia lakeja, asetuksia tai hallinnollisia määräyksiä taikka edistää tai sallia työntekijöille suotuisampien työehtosopimusten tekemistä työmarkkinaosapuolten välillä.

Vuokratyödirektiivi on pantu kansallisesti täytäntöön muun muassa työsopimuslakiin vuonna 2011 tehdyin ja maaliskuussa 2012 voimaan tullein muutoksien. Työsopimuslain 6 ja 9 §:ää täydennettiin tuolloin vastaamaan vuokratyödirektiivin eräitä artikloja. Työsopimuslain muuttamiseen johtaneen hallituksen esityksen mukaan direktiivin 4 artikla kuitenkin kuului sellaisiin direktiivin säännöksiin, jotka eivät edellyttäneet muutoksia työlainsäädäntöön. Mainitussa hallituksen esityksessä todetaan, että direktiivin 4 artiklan tarkasteluvelvoite ei edellytä jäsenmaiden tekemän lainsäädäntömuutoksia, vaikka kaikkia vuokratyön kieltoja ja rajoituksia ei voitaisikaan perustella 4 artiklan 1 kohdan mukaisilla syillä. (HE 104/2011 vp, s. 6 ja 7)

3.4.3 Asian arviointi yhdenvertaisuusperiaatteen ja syrjintäkiellon näkökulmasta

Rekrytointikieltoa koskeva sopimusehto

Perustuslain 6 §:n 1 momentin yleinen yhdenvertaisuussäännös sisältää mielivallan kiellon ja vaatimuksen samanlaisesta kohtelusta samanlaisessa tilanteessa. Perusoikeusuudistuksen esitöiden mukaan perustuslain yhdenvertaisuussäännös ilmaisee paitsi perinteisen vaatimuksen oikeudellisesta yhdenvertaisuudesta myös ajatuksen tosiasiallisesta tasa-arvosta. (HE 309/1993 vp, s. 42)

Yleistä yhdenvertaisuussäännöstä täydentää 6 §:n 2 momentin syrjintäkielto. Säännöksessä luetellaan eräitä kiellettyjä syrjintäperusteita. Luettelo ei kuitenkaan ole tyhjentävä, vaan siinä mainittuihin syrjintäperusteisiin rinnastetaan muut henkilöön liittyvät syyt. Tällaisia muita syitä voivat olla muun muassa yhteiskunnallinen asema, varallisuus, asuinpaikka ja yhdistystoimintaan osallistuminen. Säännöksen mukaan kiellettyä on henkilön asettaminen muihin nähden eri asemaan ilman hyväksyttävää perustetta. Kaikenlaista erontekoa ihmisten välillä ei kielletä, vaikka erottelu perustuisi säännöksessä nimenomaisesti mainittuun syyhyn. Olennaista on, voidaanko erottelu perustella perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävällä tavalla. (HE 309/1993 vp, s. 43 ja 44)

Yhdenvertaisuuslain 8 §:n mukaan ketään ei saa syrjiä säännöksessä tarkoitettujen henkilöön liittyvien syiden perusteella. Lain esitöiden mukaan muuhun kuin henkilöön liittyvään syyhyn perustuva erilainen kohtelu ei kuulu laissa tarkoitetun syrjintäkiellon piiriin. Erot ihmisten tosiasiallisissa olosuhteissa, toiminnassa tai menettelytavoissa eivät yleensä muodosta säännöksessä tarkoitettua henkilöön liittyvää syytä. (HE 19/2014 vp, s. 67)

Arvioitavaksi asiassa tulee aluksi, ovatko rekrytointia rajoittavat ehdot vastoin perustuslain yleistä yhdenvertaisuussäännöstä ja yhdenvertaisuuslaissa säädettyä syrjinnän kieltoa. Sen enempää lainsäädännöstä kuin oikeuskäytännöstä tai laillisuusvalvonnasta ei ole saatavissa johtoa kysymykseen, onko henkilön työpaikka tai työhistoria sellainen muu henkilöön liittyvä syy, että se voitaisiin katsoa kielletyksi syrjintäperusteeksi.

Eduskunnan perustuslakivaliokunta on katsonut yliopistolain muuttamista koskevan lakialoitteen johdosta antamassaan lausunnossa (PeVL19/2004 vp), että ihmisten jakamisessa koulutustaustan perusteella eri ryhmiin ei suoranaisesti ole kysymys perustuslain 6 §:n 2 momentin syrjintäkiellosta tarkoitetusta eri asemaan asettamisesta henkilöön liittyvän syyn perusteella.

Kuten Etelä-Suomen aluehallintovirasto toteaa lausunnossaan, EIT:n ratkaisukäytännössä on tulkittu Euroopan ihmisoikeussopimuksen 14 artiklan mukaista ”muuta asemaa” väljästi, eikä edellytyksenä ole ollut, että peruste suoranaisesti liittyy henkilön ominaisuuksiin. ”Muuksi asemaksi” on katsottu muun muassa oikeudellinen asema (esimerkiksi turvapaikanhakija) ja ammatillinen asema (esimerkiksi ammattikalastaja), jotka työsuojeluviranomaisen käsityksen mukaan rinnastuvat parhaiten nyt kyseessä olevaan tilanteeseen.

Yhdenvertaisuusvaltuutetun toimisto toteaa edellä kohdassa 2.5 mainitussa vastauksessaan, että yhdenvertaisuuslain esitöiden mukaan muita henkilöön liittyviä syitä voivat olla EIT:n käytännössä sellaisiksi katsotut syyt. EIT on ratkaisukäytännössään katsonut kielletyiksi erotteluperusteiksi esimerkiksi henkilön virka-aseman (Sidabras ym. v. Liettua) ja ammatillisen aseman (Alatulkkila ym. v. Suomi).

Olen liikkeenluovutustilanteeseen liittyvässä kaupungin sisäistä rekrytointikieltoa koskevassa ratkaisussani (dnro 3920/4/09) todennut, että työnantajan yksipuolinen rekrytointikielto on tosiasiallisesti rinnastettavissa työ- ja virkasuhteiden siirtymisestä määräämiseen, eikä pakottavista liikkeenluovutusäännöksistä ole johdettavissa työnantajalle oikeutta asettaa yksipuolista rekrytointikieltoa. Rekrytointikielto on siten rajoittanut liikkeenluovutuksen kohteena olevan henkilökunnan perustuslaissa turvattua oikeutta valita vapaasti työnsä, ja kysymyksessä on ollut syrjivä menettely.

Oikeuttamisperuste

Helsingin kaupungin selvityksessä viitataan koronapandemiaan, jonka aikana kaupungilla on ollut merkittäviä vaikeuksia tarvittavan henkilöstön saatavuudessa. Henkilöstövuokraus on kaupungin mukaan ollut keino varmistaa lisätyövoiman saatavuus, jotta kaupunki on kyennyt selviytymään lakisääteisistä tehtävistään. Kaupungin näkemyksen mukaan henkilöstöä koskevien rajoitusten käyttämiselle on ollut hyväksyttävä peruste, koska niillä on tavoiteltu henkilöstöresurssien lisäämistä. Kaupunki perustelee hyväksyttävyyttä myös sillä, että rekrytointia rajoittavien ehtojen vaikutukset ovat vähäisiä verrattuna muihin yritysten välisiin tyypillisiin sopimuksiin, joissa esiintyy nimenomaisia rekrytointeja kieltäviä ehtoja.

Yhdenvertaisuuslain 11 §:n 1 momentin mukaan erilainen kohtelu ei ole syrjintää, jos kohtelu perustuu lakiin ja sillä muutoin on hyväksyttävä tavoite ja keinot tavoitteen saavuttamiseksi ovat oikeasuhtaisia. Säännöstä perusteltiin hallituksen esityksessä siten, että lainsäädäntöön perustuvien erotteluiden hyväksyttävyyden perustuslain 6 §:n 2 momentin kannalta arvioidaan jo lakeja säädettäessä. (HE 19/2014 vp, s. 71)

Yhdenvertaisuuslain 11 §:n 2 momentissa säädetään, että erilainen kohtelu on kuitenkin oikeutettua siinäkin tapauksessa, että kohtelun oikeuttamisperusteista ei ole säädetty, jos kohtelulla on perus- ja ihmisoikeuksien kannalta hyväksyttävä tavoite ja keinot tavoitteen saavuttamiseksi ovat oikeasuhtaisia. Tätä säännöstä ei kuitenkaan sovelleta muun muassa silloin, kun kyse on julkisen vallan käytöstä tai julkisen hallintotehtävän hoidosta.

Yhdenvertaisuuslain säätämiseen johtaneesta hallituksen esityksestä lausuntonsa antaneen perustuslakivaliokunnan mukaan se, että erilaisesta kohtelusta on säädetty laissa, ei vielä tarkoita, ettei tällainen kohtelu voisi olla perustuslain tai ihmisoikeussopimusten kieltämää syrjintää. Lisäksi perustuslakivaliokunta totesi, että sallittujen erottelujen sisällön tulee mahdollisimman yksiselitteisesti käydä ilmi suoraan laista. Edelleen perustuslakivaliokunta lausui, että lailla säätämisen vaatimuksen tulee koskea pääsääntöisesti viranomaistoimintaa ja sellaisia syrjinnän suojan kannalta keskeisiä yksityisen toiminnan aloja, kuten esimerkiksi työtä ja asumista, joista vakiintuneesti on kattavaa lainsäädäntöä. (PeVL 31/2014 vp, s. 6 ja 7) Lailla säätämisen vaatimus on näin ollen perustuslakivaliokunnan kannan mukaan merkittävästi ankarampi silloin, kun kysymys on julkisesta toiminnasta.

Kuten edellä kohdassa 3.4.2 on todettu, kansallisessa lainsäädännössä ja EU-oikeudessa ei ole rekrytointikieltoja nimenomaisesti koskevia säännöksiä. Helsingin kaupungin työntekijöitä koskeva erilainen kohtelu ei siten perustu lakiin.

Perustuslakivaliokunnan yllä mainitussa lausunnossaan ilmaiseman kannan mukaan lailla säätämisen vaatimusta tulee pääsääntöisesti edellyttää silloin, kun kysymys on viranomastoiminnasta ja sellaisista syrjinnän suojan kannalta keskeisistä yksityisen toiminnan aloista, kuten esimerkiksi työstä, joista vakiintuneesti on kattavaa lainsäädäntöä. Nämä perustuslakivaliokunnan asettamat tunnusmerkit täyttyvät tässä päätöksessäni tarkoitetussa tilanteessa.

Yhdenvertaisuuslakia koskevassa työelämä- ja tasa-arvovaliokunnan mietinnössä ehdotettiin erilaisen kohtelun oikeuttamisperusteita koskevaa säännöstä muutettavaksi perustuslakivaliokunnan esittämällä tavalla. Mietintöön otettujen lain 11 §:n yksityiskohtaisten perustelujen mukaan oikeuttamis säännöstä ei pykälän 2 momentin 1 kohdan mukaan sovelleta julkisen vallan käyttöön eikä julkisen hallintotehtävän hoitamiseen. Työelämä- ja tasa-arvolautakunta totesi mietinnössään, että näin otettiin huomioon perustuslakivaliokunnan kannanotto, jonka mukaan lakiin suoraan kytkeytymätön oikeuttamisperuste voi koskea vain yksityistä toimintaa. (TyVM 11/2014 vp, s. 6 ja 10)

Kiinnitän lisäksi huomiota yhdenvertaisuuslain 5 §:ään, jossa säädetään viranomaisen velvollisuudesta edistää yhdenvertaisuutta. Pykälän 1 momentin mukaan viranomaisen on arvioitava yhdenvertaisuuden toteutumista toiminnassaan ja ryhdyttävä tarvittaviin toimenpiteisiin yhdenvertaisuuden toteutumisen edistämiseksi. Edistämistoimenpiteiden on oltava viranomaisen toimintaympäristö, voimavarat ja muut olosuhteet huomioon ottaen tehokkaita, tarkoituksenmukaisia ja oikeasuhtaisia.

Yhdenvertaisuuslain esitöiden mukaan lain 5 §:n 1 momentissa tarkoitetulla viranomaisen toiminnalla viitataan viranomaiselle muista kuin työnantajan tehtävistä johtuvien toimenpiteiden kokonaisuuteen. Viranomaisen tulee toimialallaan arvioida yhdenvertaisuuden toteutumista esimerkiksi asioiden valmistelussa, päätöksenteossa sekä hallintotoiminnassa ja -tavoissa. Viranomaisen on otettava huomioon velvollisuutensa edistää yhdenvertaisuutta toimialallaan myös, kun se ohjaa yksityisen toimintaa. (HE 19/2014 vp, s. 61)

Osa rekrytointikiellon piirissä olevista työntekijöistä oli kantelukirjoituksessa tarkoitettuna ajankohtana edelleen Helsingin kaupungin palveluksessa. Kiinnitän sen vuoksi huomiota myös yhdenvertaisuuslain 7 §:ään, jossa säädetään työnantajan velvollisuudesta edistää yhdenvertaisuutta.

Pykälän 1 momentin mukaan työnantajan on arvioitava yhdenvertaisuuden toteutumista työpaikalla ja työpaikan tarpeet huomioon ottaen kehitettävä työoloja sekä niitä toimintatapoja, joita noudatetaan henkilöstöä koskevia ratkaisuja tehtäessä. Edistämistoimenpiteiden on oltava toimintaympäristö, voimavarat ja muut olosuhteet huomioon ottaen tehokkaita, tarkoituksenmukaisia ja oikeasuhtaisia.

Yhdenvertaisuuslain esitöiden mukaan yhdenvertaisuuden edistäminen on tärkeä työyhteisön ja työnantajan harjoittaman henkilöstöpolitiikan kehittämisen väline. Edistämistoimenpiteiden tavoitteena on, että työpaikalla noudatettavat menettelytavat muun muassa työhönotossa, tehtäviä jaettaessa, koulutukseen pääsystä päätettäessä, palkasta ja työsuhteisiin liittyvistä etuuksista päätettäessä sekä työntekoon ja työsuhteisiin liittyviä velvollisuuksia määritettäessä olisivat aidosti syrjimättömiä. Toimenpiteet tulisi suunnitella niin, että niiden avulla voitaisiin vaikuttaa myös tulevaisuuden haasteisiin. (HE 19/2014 vp, s. 64)

Yhdenvertaisuuslain 8 §:n 2 momentin mukaan laissa tarkoitettua syrjintää on myös ohje tai käsky syrjiä. Lain esitöiden mukaan ohje tai käsky voi olla esimerkiksi syrjintään liittyvä tai syrjinnän aikaansaamiseksi annettu opastus, toimintaohje tai velvoite. Edellytyksenä on, että ohjeen tai käskyn antajalla on toimivalta tai asema antaa ohjeen tai käskyn saajaa velvoittavia määräyksiä. (HE 19/2014 vp, s. 69)

Hankintalain mukaan tarjouspyynnössä on määriteltävä hankinnan kohde tai esitettävä hankekuvaus. Helsingin kaupungin selvityksen mukaan se on sopinut rekrytointikiellosta neuvottelumenettelyssä. Sanotun perusteella kaupunki on hankintayksikkönä nähdäkseni ollut sellaisessa asemassa, että hankintasopimuksiin sisältyviä rekrytointikieltoja voidaan pitää yhdenvertaisuuslaissa tarkoitettuna ohjeena syrjiä.

Johtopäätös

Helsingin kaupungin ja yksityisten palveluntuottajien kesken vuonna 2021 tehtyihin hankintasopimuksiin sisältyneen ehdon mukaan palveluntuottaja ei vuokraa Helsingin kaupungille sen palveluksessa olevaa tai sille aiemmin työskennellyttä henkilöä. Rekrytointikielto on ajallisesti pisimmillään voinut ulottua jopa puolen vuoden päähän. Kaupungin mukaan kiellolla on pyritty vaikeassa koronapandemiatilanteessa turvaamaan riittävän henkilöstön saaminen.

Katson että Helsingin kaupungin tavoite on sinänsä ollut hyväksyttävä. Sitä vastoin menettely, jolla kaupunki on asettamallaan rekrytointikielloilla asettanut palveluksessaan aiemmin olleet tai kantelukirjoituksessa tarkoitettuna ajankohtana edelleen olleet työntekijät muiden työnantajien palveluksessa olleita henkilöitä epäedullisempaan asemaan, on ollut syrjivä.

Katson Helsingin kaupungin antaneen yhdenvertaisuuslain 8 §:n 2 momentissa tarkoitetun syrjivän ohjeen, kun kaupungin yksityisten palveluntuottajien kanssa tekemiin hankintasopimukseen otettiin kaupungin aloitteesta rekrytointikieltoa koskeva sopimusehto.

Lisäksi katson Helsingin kaupungin laiminlyöneen velvollisuutensa edistää yhdenvertaisuutta yhdenvertaisuuslain 5 §:n 1 momentin ja 7 §:n 1 momentin mukaisesti.

3.4.4 Arviointi sopimusoikeuden näkökulmasta

Etelä-Suomen aluehallintovirasto toteaa lausunnossaan, että Helsingin kaupungin ja yritysten välillä on kyse sopimussuhteesta. Aluehallintoviraston mukaan lähtökohtana on molempien osapuolten sopimusvapaus, joka ei kuitenkaan saa johtaa luonnollisten henkilöiden syrjivään kohteluun.

Valtiovarainministeriön mukaan rekrytointikieltoja koskevien ehtojen arvioinnissa on keskeistä se, missä määrin kansallinen lainsäädäntö ja EU-oikeus mahdollistavat kahden osapuolen sopivan keskenään sopimusehdoista, jotka rajoittavat sopimukseen nähden kolmannen osapuolen mahdollisuutta valita toimeentulonsa keinot ja muoto.

Kuten edellä kohdassa 3.4.2 on todettu, sen enempää kansallisessa lainsäädännössä kuin EU-oikeudessakaan ei ole rekrytointikieltoja koskevia säännöksiä. Valtiovarainministeriö toteaa lausunnossaan, että toimeentulon hankkimisen vapautta rajoittavien sopimusehtojen sääntely on ollut sopimusoikeuden yleisten oppien ja periaatteiden varassa.

Totean että sopimusoikeuden mukaan oikeuksia ja velvollisuuksia syntyy lähtökohtaisesti vain sopimuksen osapuolille. Sopimuksella voidaan velvoittaa tai sitoa muuta kuin sopimuskumppania vain erityistapauksissa lain säännöksen nojalla.

Helsingin kaupunki viittaa selvityksessään hankintalain 98 §:n 1 momenttiin, jossa säädetään työllisyysnäkökohtiin liittyvistä ehdoista mahdollisina hankintasopimuksen erityisehtoina.

Hankintalain säätämiseen johtaneen hallituksen esityksen mukaan mainitussa lainkohdassa tarkoitetut työllisyysnäkökohtiin liittyvät ehdot viittaavat kuitenkin ehtoihin, joiden tarkoituksena on edistää epäedullisessa asemassa olevien henkilöiden työllistymistä.

Erityisehto voi hallituksen esityksen mukaan liittyä siten esimerkiksi vammaisten henkilöiden, työttömien, maahanmuuttajien tai nuorten palkkaamiseen hankinnan toteuttamiseksi taikka työssäoppimispaikan tarjoamiseen opiskelijalle tietyksi ajaksi. (HE 108/2016 vp, s. 207) Näkemykseni mukaan hankintalaista tai muusta laista ei ole saatavissa tukea rekrytointikieltoa koskeville sopimusehdoille.

Katson että sopimusvapauden periaatetta ei voida ilman säädännällisen oikeuden tukea ulottaa hankintasopimuksiin niin, että niillä voitaisiin pätevästi sopia kolmannen osapuolen perustuslaissa turvattujen oikeuksien rajoituksista, jollei rajoituksista ole sovittu erikseen asianomaisen kanssa tai saatu niihin jälkikäteinen hyväksyntä.

3.4.5 Arviointi perustuslain 18 §:ssä turvatun oikeuden näkökulmasta

Perustuslain 18 §:n 1 momentissa säädetään, että jokaisella on oikeus lain mukaan hankkia toimeentulonsa valitsemallaan työllä ja ammatilla.

Perusoikeusuudistuksen esitöiden mukaan jokaisen oikeus valita vapaasti työnsä liittyy kiinteästi yhdenvertaisuuteen ja syrjintäkieltoon. Siten toista palvelukseen otettaessa on noudatettava tasapuolisen kohtelun vaatimusta. Vapautta solmia työsopimus tai tulla nimitetyksi virkaan rajoittavat eräät tosiasialliset seikat kuten tarjolla olevat työpaikat, työssä vaadittava koulutus, kokemus ja ammattitaito sekä virkojen kelpoisuusvaatimukset. (HE 309/1993 vp, s. 67)

Tosiasiallisten rajoitusten lisäksi työn ja ammatin valinnan vapautteen kohdistuu runsaasti oikeudellisia rajoituksia. Perustuslain 18 §:n 1 momenttiin sisältyvillä sanoilla ”lain mukaan” viitataankin mahdollisuuteen rajoittaa säännöksessä turvattua oikeutta lailla. Toisaalta sanoilla viitataan lailla säättämisen vaatimukseen ja siten siihen, että perustuslain 18 §:ssä turvatun oikeuden kannalta merkityksellinen sääntely tulee toteuttaa lain tasolla. (HE 309/1993 vp, s. 67; PeVL 18/2006 vp, s. 3 ja 4, PeVL 8/2005 vp, s. 3, PeVM 5/2002 vp, s. 1 ja 2)

Kantelukirjoituksessa ja valtiovarainministeriön lausunnossa nostetaan esille työsopimuslain 3 luvun 5 §:ssä tarkoitettu kilpailukieltosopimus ja valtion virkamieslain 44 a §:ssä tarkoitettu karenssisopimus. Koska myös kilpailukieltosopimuksella ja karenssisopimuksella rajoitetaan perustuslain 18 §:n 1 momentissa turvattua oikeutta työhön, niiden vaikutukset muistuttavat asiallisesti rekrytointikiellon vaikutuksia.

Perustuslakivaliokunta on useissa lausunnoissaan ottanut kantaa kilpailukielto- ja karenssisopimuksiin.

Perustuslakivaliokunnan vakiintuneen lausuntokäytännön mukaan työ sopimuslaissa tarkoitettua kilpailukieltosopimusta ja valtion virkamieslaissa tarkoitettua karenssisopimusta koskeva sääntely on merkityksellistä perustuslain 18 §:n 1 momentin kannalta siltä osin kuin siinä turvataan jokaisen oikeus lain mukaan hankkia toimeentulonsa valitsemallaan työllä, ammatilla tai elinkeinolla. Työsopimuslakia ja valtion virkamieslakia koskevia muutoslakiehdotuksia käsitellessään perustuslakivaliokunta on todennut nimenomaisesti, että kilpailukiello- ja karenssisopimukset merkitsevät perustuslain 18 §:n 1 momentissa tarkoitettuun perusoikeuteen kohdistuvaa rajoitusta (PeVL 22/2021 vp, kappale 2 ja PeVL 35/2016 vp, s. 3), minkä johdosta perustuslakivaliokunta on tarkastellut mainitun säännöksen kannalta merkityksellisiä säännösehdotuksia perusoikeuksien rajoittamista koskevien vaatimusten valossa.

Perustuslakivaliokunnan perusoikeusuudistuksen yhteydessä muotoilemien perusoikeuksien yleisten rajoitusedellytysten ensimmäisenä vaatimuksena on, että rajoitus perustuu eduskunnan säätämään lakiin. Vaatimus lailla säätämisestä perustuu paitsi perusoikeusjärjestelmän kokonaisuuteen ja oikeuksien luonteeseen perustuslaissa turvattuina perusoikeuksina myös perustuslain 80 §:n 1 momentin säännökseen, jonka mukaan yksilön oikeuksien ja velvollisuuksien perusteista on säädettävä lailla. (PeVM 25/1994 vp, s. 5)

Toimeentulon hankkimisen vapauden rajoitukselle on perustuslakivaliokunnan mukaan lisäksi esitettävä perusoikeusjärjestelmän kannalta hyväksyttävä peruste. (PeVL 22/2021 vp, kappale 2 ja PeVL 41/2000 vp, s. 7 ja 8) Tällaisiksi hyväksyttäviksi perusteiksi on perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä katsottu liike- ja ammattisalaisuuksien turvaaminen elinkeinotoiminnassa ja vastaavasti virka- ja liikesalaisuuksien sekä ihmisten ja yritysten arkaluonteisten tietojen turvaaminen valtionhallinnossa. (PeVL 22/2021 vp, kappale 2, PeVL 35/2016 vp, s. 2 ja PeVL 41/2000 vp, s. 8)

Perustuslakivaliokunta on lisäksi edellyttänyt, että kilpailukiello- ja karenssisopimuksia koskeva sääntely on täsmällistä ja tarkkarajaista (PeVL 35/2016 vp, s. 3) sekä suhteellisuusvaatimuksen mukaista (PeVL 22/2021 vp, kappale 2, PeVL 35/2016 vp, s. 3 ja PeVL 41/2000 vp, s. 8). Perustuslakivaliokunta on pitänyt suhteellisuusvaatimuksen kannalta välttämättömänä, että kilpailukiello- ja karenssisopimuksilla aikaansaadun rajoituksen ajallinen ulottuvuus on määritelty asianmukaisesti.

Valtion virkamieslain muuttamista koskevaa hallituksen esitystä käsitellessään perustuslakivaliokunta viittasi karenssisopimusta tarkastellessaan hallinnon oikeusperiaatteita koskevaan hallintolain 6 §:ään. Valiokunnan mielestä ehdotettu karenssisopimusta koskeva säännös sovellettuna yhdessä hallintolain 6 §:n hyvän hallinnon perusteita määrittävän säännöksen kanssa, joka yleisesti edellyttää viranomaisen käyttävän toimivaltaansa yksinomaan lain mukaan hyväksyttäviin tarkoituksiin, estää säännöksen kaavamaisen soveltamisen esimerkiksi kaikkiin tiettyä työtehtävää suorittaviin virkamiehiin. (PeVL 35/2016 vp, s. 3)

Perustuslakivaliokunta on asettanut varsin tiukat edellytykset karenssi- ja kilpailukieltosopimuksista säätämislle laissa. Käsittekseni mukaan rekrytointikieltosopimukset voidaan rinnastaa karenssi- ja kilpailukieltosopimuksiin. Siten on ilmeistä, että rekrytointikieltoihin soveltuvat samat perustuslakivaliokunnan asettamat edellytykset. Ottamatta muutoin kantaa perusoikeuden rajoittamiselle asetettujen vaatimusten täyttymiseen nyt kyseessä olevien hankintasopimusten kohdalla, totean että Helsingin kaupungin solmimiin sopimuksiin sisältyvien rekrytointikieltojen tulisi perustua eduskunnan säätämään lakiin tai niiden henkilöiden kanssa tehtyihin sopimuksiin, joita kiello koskee.

3.5 Kannanotto

Olen edellä todennut, että Helsingin kaupunki antoi yhdenvertaisuuslain 8 §:n 2 momentissa tarkoitetun syrjivän ohjeen, kun kaupungin yksityisten palveluntuottajien kanssa tekemiin hankintasopimukseen otettiin kaupungin aloitteesta rekrytointikieltoa koskeva sopimusehto.

Katson Helsingin kaupungin laiminlyöneen velvollisuutensa edistää yhdenvertaisuutta yhdenvertaisuuslain 5 §:n 1 momentin ja 7 §:n 1 momentin mukaisesti.

Helsingin kaupunkia velvoittaa julkisyhteisönä perustuslain 2 §:n 3 momentissa säädetty lakisidonnaisuuden vaatimus. Lakisidonnaisuuden vaatimuksen mukaan kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia. Perustuslain 80 §:n 1 momentista ja perusoikeuksien yleisistä rajoitusedellytyksistä seuraa, että tässä päätöksessäni tarkoitettujen rekrytointikieltojen asettamisen tulee perustua eduskunnan säätämään lakiin.

Perustuslain 22 § velvoittaa julkista valtaa turvaamaan perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Näkemykseni mukaan Helsingin kaupungin olisi tullut mainitun säännöksen mukaisesti vähimmillään pidättäytyä puuttumasta entisten tai nykyisten työntekijöidensä perusoikeuteen hankkia toimeentulonsa valitsemallaan työllä, ammatilla tai elinkeinolla.

Katson, että Helsingin kaupunki on myös laiminlyönyt perustuslain 18 §:n 2 momentissa säädetyn velvollisuuden edistää työllisyyttä. Viitataan lisäksi hallintolain 6 §:ssä säädettyyn tarkoitussidonnaisuuden periaatteeseen ja sitä koskevaan perustuslakivaliokunnan kannanottoon, joiden perusteella katson, että rekrytointikieltojen ulottaminen huomattavan laajaan joukkoon Helsingin kaupungin entisiä ja kantelukirjoituksessa tarkoitettuna ajankohtana kaupungin palveluksessa edelleen olleita työntekijöitä on vastoin hyvää hallintoa määrittäviä keskeisiä oikeusperiaatteita.

4 TOIMENPITEET

Saatan edellä kohdissa 3.4.3 ja 3.4.5 esittämäni käsitykset menettelyn lainvastaisuudesta Helsingin kaupungin tietoon.

Tässä tarkoituksessa lähetän sille jäljennöksen tästä päätöksestäni.