



SVEA HOVRÄTT
Patent- och
marknadsöverdomstolen
Rotel 020109

PROTOKOLL
2016-11-30
2017-01-09
Föredragning i
Stockholm

Aktbilaga 35
Mål nr PMT 7497-16

RÄTTEN

Hovrättslagmännen Christine Lager och Per Carlson samt hovrättsrådet
Magnus Ulriksson, referent och protokollförare

FÖREDRAGANDE

Hovrättsfiskalen Axel Zacharoff

KLAGANDE

1. Aleris Diagnostik AB, 556052-8746
Box 47134, 100 74 Stockholm

Ombud: Advokaterna O.R. och A.M. samt jur.kand. G.K.
Bokwall Rislund Advokatbyrå
Funckens Gränd 1, 111 27 Stockholm

2. Capio S:t Görans Sjukhus AB, 556479-1456
S:t Göransgatan 141, 112 81 Stockholm

Ombud: Advokaterna J.C., F.S. och M.A.
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711, 111 87 Stockholm

3. Hjärtkärlgruppen i Sverige AB, 556643-3958
Box 5846, 102 48 Stockholm

Ombud: Jur.kand. A.L.
Messor AB Eurolawyer
Östergatan 11, 261 31 Landskrona

MOTPART

Konkurrensverket
103 85 Stockholm

SAKEN

Konkurrensskadeavgift; nu fråga om inhämtande av förhandsavgörande från
EU-domstolen m.m.

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Stockholms tingsrätts dom 2015-12-18 och beslut 2015-08-18 i mål nr T 12305-13

Dok.Id 1323156

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2290 103 17 Stockholm	Birger Jarls Torg 16	08-561 670 00 08-561 675 00	08-561 675 09	måndag – fredag 09:00-15:00
E-post: svea.hovratt@dom.se www.patentochmarknadsöverdomstolen.se				

Bakgrund

Stockholms tingsrätt förpliktade genom den överklagade domen vart och ett av bolagen Aleris Diagnostik AB (Aleris), Capio S:t Görans Sjukhus AB (Capio) och Hjärtkärlgruppen i Sverige AB (Hjärtkärlgruppen) att till staten betala konkurrensskadeavgift samt beslutade att bolagen skulle stå sina egna rättegångskostnader. Under rättegången beslutade tingsrätten den 18 augusti 2015, att inte tillåta att Aleris åberopade vare sig förhör med jur.dr O.K. som partssakkunnig eller ett utlåtande som denne avgivit.

Aleris och medparter har överklagat tingsrättens dom samt yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen i första hand ska ogilla Konkurrensverkets talan och i andra hand ska jämka konkurrensskadeavgiften samt att Patent- och marknadsöverdomstolen ska tillerkänna bolagen ersättning av allmänna medel för rättegångskostnader, såväl vid tingsrätten som här. Konkurrensverket har bestritt ändring av tingsrättens dom.

Aleris har också överklagat tingsrättens beslut den 18 augusti 2015 att inte tillåta den av bolaget åberopade bevisningen. Vidare har Capio i Patent- och marknadsöverdomstolen yrkat att ytterligare frågor ska få ställas till vittnet R.C. (tilläggsförhör) och att förhandsbesked ska inhämtas från EU-domstolen i fråga om tolkningen av artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionsätt (EUF-fördraget). Konkurrensverket har bestritt samtliga yrkanden.

Utlåtande av och förhör med O.K.

Aleris har yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen, med ändring av tingsrättens beslut, ska tillåta utlåtandet av och förhöret med jur.dr. O.K. som bevisning i målet med ett här justerat bevistema.

Hjärtkärlgruppen har, såsom dess talan får förstås, åberopat jur.dr O.K.s utlåtande som nytt bevis i Patent- och marknadsöverdomstolen.

Konkurrensverket har motsatt sig att Patent- och marknadsöverdomstolen tillåter bevisningen.

Aleris har i huvudsak anfört följande. Utlåtandet av och förhöret med jur.dr O.K. utgör inte bevisning om gällande rätt. Den bedömning jur.dr O.K. gjort baseras inte på vad gällande rätt stadgar utan på vad forskningen säger om syftesöverträdelser samt om de aktuella avtalen uppvisar de egenskaper som enligt forskningen utgör syftesöverträdelser. Innebörden av denna forskning är en särskild erfarenhetssats som får läggas fram som bevisning genom sakkunnigutlåtande. O.K. har, på Konkurrensverkets uppdrag, genomfört en forskning vars resultat publicerats av Konkurrensverket som en forskningsrapport. Att forskningen publicerats av Konkurrensverket och de slutsatser som redovisas i nämnda forskningsrapport är två bevisfakta som enligt Aleris uppfattning måste vara tillåtet att föra bevisning om.

Konkurrensverket har i huvudsak anfört följande. Utlåtandet är att anse som ett rättsutlåtande. Enligt förhörstemat ska jur.dr O.K. höras om ”sin forskningsrapport till Konkurrensverket och de slutsatser som redovisades i forskningsrapporten”. Även bevistemat för såväl förhöret som utlåtandet rör den nämnda forskningsrapporten. När sakkunnigbevisning åberopas ska förhöret med den sakkunnige röra det utlåtande som denne avgett i målet. Den forskningsrapport som Aleris vill höra jur.dr O.K. om är emellertid en helt annan handling än det utlåtande som han har avgett och som getts in i målet.

Aleris har förklarat att vad som uppgetts i hovrätten endast utgör en precisering av det förhørs- och bevistema som angavs i tingsrätten.

Tilläggsförhör med R.C.

Capio har begärt att ytterligare frågor ska få ställas till vittnet R.C., till styrkande av att Capio saknade kapacitet att producera hela eller halva den av landstinget efterfrågade volymen undersökningar samt att det inte var möjligt för Capio att genom expansion av den befintliga verksamheten förskaffa sig sådan kapacitet, varför anlitan av en underleverantör var det enda alternativ som stod öppet för Capio för att kunna offerera en högre kapacitet.

Konkurrensverket har yrkat att Patent- och marknadsöverdomstolen ska avvisa det av Capio åberopade tilläggsförhöret med R.C. och har anfört följande. Det ifrågasätts inte att Capio saknade egen kapacitet att lämna anbud på hela de efterfrågade volymerna. Däremot är det betydelselöst ifall Capio saknade kapacitet att lämna anbud på hela (eller halva) de förväntade volymerna, eftersom det står klart att en anbudsgivare kunde bli antagen som leverantör även om företaget hade lämnat anbud på endast en mindre del av den förväntade volymen. De omständigheter som Capio vill styrka med förhöret är därför utan betydelse i målet och de aktuella påståendena är i vart fall otvistiga.

Capio har bestritt avvisningsyrkandet och anfört följande. Konkurrensverkets påstående att förhöret är utan betydelse i målet bygger på ett antagande om att domstolen i sin framtida bedömning av utredningen kommer att komma fram till att det inte var nödvändigt att kunna offerera hela eller halva den efterfrågade volymen för att kunna vinna i upphandlingen. Huruvida det förhöret sig så eller inte är emellertid en tvistig fråga. Att utgå från Konkurrensverkets synsätt vore att föregripa bevisvärderingen. Det är i och för sig riktigt att omständigheterna är ostridiga. Målet är dock indispositivt och i denna del har tingsrätten frångått parternas samstämmiga inställning. Det står Patent- och marknadsöverdomstolen fritt att göra detsamma och man kan därför inte säga att bevisningen inte behövs.

Förhandsavgörande

Capio har hemställt att Patent- och marknadsöverdomstolen ska inhämta förhandsavgörande enligt artikel 267 i EUF-fördraget och att följande frågor, eller frågor av samma innebörd, ska hänskjutas till EU-domstolen.

- 1) Kan ett avtal mellan två konkurrenter, som innehåller en bestämmelse som ger respektive part rätt (men ingen skyldighet) att vara underleverantör om den andra parten vinner i en kommande upphandling, men som också innehåller en bestämmelse om att den part som förlorar upphandlingen och som vill agera underleverantör, ska betala en avgift motsvarande viss andel av leveransvärdet till den part som vunnit upphandlingen, anses ha till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen i den mening som avses i artikel 101.1 i EUF-fördraget?
 - a) Hur påverkas svaret på fråga 1 av det faktum att den part som kommer att agera underleverantör måste leverera till motpartens pris (som är okänt, men med säkerhet lägre än det egna priset) med avdrag för den avgift som den förlorande parten ska betala till den vinnande parten, och att det därför inte är säkert att det är möjligt för den förlorande parten att leverera enligt avtalet och samtidigt göra en vinst?
 - b) Hur påverkas svaret på fråga 1 av det faktum att den part som förlorar i upphandlingen enligt avtalet tvingas betala en avgift som motsvarar en stor del av den vid angivande av anbud kalkylerade vinsten till den part som vinner i upphandlingen?
 - c) Hur påverkas svaret på fråga 1 av det faktum att antalet konkurrenter i upphandlingen var sådant att ingen av parterna kunde vara säker på att den andra parten skulle erhålla avtal och att man själv därmed kunde komma att agera som underleverantör?

- 2) Är artikel 101 i EUF-fördraget tillämplig på ett avtal som ingås i syfte att säkerställa att det på ett akutsjukhus finns en för sjukhuset nödvändig medicinsk funktion, under förutsättning att avtalet är ändamålsenligt och proportionerligt?

Hjärtkärlgruppen har anslutit sig till Capios framställan. Aleris har, såsom dess talan får förstås, framställt ett villkorat yrkande om förhandsavgörande.

Konkurrensverket har motsatt sig att förhandsavgörande inhämtas.

Capio har i huvudsak anfört följande. Det saknas praxis i fråga om de aktuella avtalen, eller liknande avtal, utgör ett typfall av konkurrensbegränsande samarbete. Rättsläget är oklart såväl på EU-nivå som nationellt i Sverige. De principer som står att finna i EU-domstolens praxis gäller de allmänna utgångspunkterna för bedömningen. Det finns emellertid inte något avgörande som direkt gäller den i målet centrala frågan, nämligen om ett avtal som innehåller de olika incitamentspåverkande mekanismer som det aktuella avtalet gör, kan anses typiskt sett konkurrensbegränsande. Ett konkurrensbegränsande samarbete kan enligt EU-domstolens praxis helt falla utanför tillämpningen av artikel 101 i EUF-fördraget om samarbetet i fråga har ett legitimt ändamål och inte går längre än nödvändigt för att säkerställa det ändamålet. Ett sådant legitimt intresse är enligt EU-domstolens praxis människors hälsa. Det saknas i stort sett praxis på området och rättsläget får betraktas som delvis oklart. Patent- och marknadsöverdomstolen är i praktiken sista instans för mål om konkurrensskadeavgift och har en skyldighet att inhämta förhandsavgörande såvida rättsfrågan inte är *acte clair*.

Aleris har i huvudsak anfört följande. Det saknas behov av förhandsavgörande eftersom den påstådda överträdelsen inte faller inom den grupp av förfaranden som EU-domstolen ansett utgör syftesöverträdelser. Nationella domstolar kan inte utöka typen av avtal som omfattas av begreppet syftesöverträdelse till att omfatta andra avtalstyper än sådana som EU-domstolen fastslagit. Om Patent- och marknadsöverdomstolen skulle anse att den påstådda överträdelsen kan utgöra en

syftesöverträdelse, eller att det råder osäkerhet i denna fråga, är domstolen emellertid som sista instans skyldig att inhämta förhandsavgörande.

Hjärtkärlgruppen har anfört i huvudsak följande. Det saknas praxis som stöder tingsrättens uppfattning om syftesöverträdelse. Rättsläget får anses som oklart och Patent- och marknadsöverdomstolen ska som sista instans inhämta förhandsavgörande.

Konkurrensverket har i huvudsak anfört följande. EU-domstolen är inte behörig att meddela förhandsavgörande eftersom målet inte rör tolkningen av en unionsrättslig regel. Med hänsyn till att det inte föreligger någon samhandelseffekt har det inte gjorts gällande att de aktuella avtalen och förfarandena utgör överträdelser av artikel 101 i EUF-fördraget. I målet är därför endast fråga om tillämpningen av den nationella regleringen i 2 kap. 1 § konkurrenslagen. EU-domstolen har i och för sig ansett sig behörig att tolka EU-rätten även i situationer som inte direkt faller under unionsrättens tillämpningsområde, då den nationelle lagstiftaren har beslutat att behandla rent interna situationer på samma sätt som situationer som omfattas av unionsrätten. En förutsättning för att inhämta förhandsavgörande i sådana situationer har dock ansetts vara att den hänskjutande domstolen blir bunden av EU-domstolens avgörande. Högsta domstolen har i ett mål rörande förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i konkurrenslagen funnit att det saknades förutsättningar att inhämta förhandsavgörande (NJA 2004 s. 804). De finns inte skäl att göra en annan bedömning i förevarande mål. Även om EU-domstolen skulle vara behörig föreligger inte någon skyldighet för Patent- och marknadsöverdomstolen att inhämta förhandsavgörande. Det är inte heller nödvändigt att inhämta förhandsavgörande eftersom de rättsliga frågor som aktualiseras kan avgöras med ledning av de principer som redan har utvecklats i rättspraxis. Tingsrätten har prövat målet enligt den analysmodell som föreskrivs i fast rättspraxis. Av EU-domstolens praxis framgår att ett avtal kan utgöra en syftesöverträdelse även om det har andra legitima syften. Det saknar därför betydelse om det vid sidan av syftet att begränsa konkurrensen skulle finnas andra eventuellt legitima syften.

Capio har invänt följande angående EU-domstolens behörighet. Det framgår av flera avgöranden på senare år att EU-domstolen är behörig att meddela förhandsavgörande även om den nationella domstolen inte skulle vara direkt bunden av förhandsavgörandet. Rättsutvecklingen har gjort att förarbetena till 1993 års konkurrenslag och Högsta domstolens avgörande som grundades på dessa förarbeten, är överspelade. Av artikel 3.2 i förordning 1/2003 följer även att tillämpningen av den nationella konkurrensrätten inte får leda till förbud mot avtal som inte begränsar konkurrensen enligt artikel 101 i EUF-fördraget. EU-domstolen är alltså behörig att meddela förhandsavgörande och Patent- och marknadsöverdomstolen kommer att vara bunden av ett sådant avgörande.

Aleris har invänt följande angående EU-domstolens behörighet. Högsta domstolens uttalanden om förutsättningarna för att inhämta förhandsavgörande tog sikte på en annan situation än den förevarande då målet endast avsåg de civilrättsliga följderna av ett konkurrensbegränsande avtal. EU-domstolen är behörig att meddela förhandsavgörande och svenska domstolar är bundna att följa ett sådant avgörande vid tillämpning av såväl artikel 101 i EUF-fördraget som 2 kap. 1 § konkurrenslagen.

Efter föredragning fattar Patent- och marknadsöverdomstolen följande

BESLUT (att meddelas 2017-01-18)

1. Patent- och marknadsöverdomstolen avslår Aleris överklagande av tingsrättens beslut att inte tillåta utlåtandet av och förhöret med jur.dr O.K. som bevisning.
2. Patent- och marknadsöverdomstolen tillåter inte Hjärtkärlgruppen att åberopa utlåtandet av jur.dr O.K. som bevisning.
3. Patent- och marknadsöverdomstolen tillåter inte Capio att ställa ytterligare frågor till vittnet R.C.

4. Patent- och marknadsöverdomstolen avslår yrkandena om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen.

Skälen för beslutet

Utlåtande av och förhör med O.K.

Av de skäl som tingsrätten anfört ska utlåtandet av och förhöret med jur.dr O.K. inte tillåtas. (Se även 35 kap 2 § andra stycket rättegångsbalken). De preciseringar av förhørs- och beviserna som Aleris har gjort i Patent- och marknadsöverdomstolen förändrar inte denna bedömning. Aleris överklagande ska därför avslås. Av samma skäl ska inte Hjärtkärlgruppen tillåtas att åberopa utlåtandet som bevis.

Besluten hindrar inte att Aleris och Hjärtkärlgruppen i sin rättsliga argumentation hänför sig till bl.a. det ingivna utlåtandet.

Tilläggsförhör med R.C.

Enligt 3 kap. 9 § lagen om patent- och marknadsdomstolar ska bl.a. bestämmelsen i 50 kap. 25 § tredje stycket rättegångsbalken tillämpas även i mål av förevarande slag. Det innebär att en part i Patent- och marknadsöverdomstolen till stöd för sin talan får åberopa ett bevis som inte lagts fram tidigare endast om parten gör sannolikt att parten inte kunnat åberopa beviset i första instans eller parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det.

Såvitt framgår av tingsrättens dom hördes R.C. där om i princip samtliga omständigheter som tilläggsfrågorna avser (se s. 182). Dessa omständigheter får härigenom anses ha kommit att omfattas av beviset för förhöret. Enligt Patent- och marknadsöverdomstolen kan tilläggsförhöret därför inte anses utgöra ett nytt bevis enligt 50 kap. 25 § andra stycket rättegångsbalken. Något hinder mot att åberopa tilläggsförhöret föreligger alltså inte på den grunden.

Enligt 35 kap. 13 § andra stycket rättegångsbalken får en förhörsperson som redan hörts vid tingsrätten höras på nytt i hovrätten endast om ytterligare frågor behöver ställas. Enligt förarbetena till bestämmelsen får ytterligare frågor ställas bl.a. om det är oklart vad en förhörsperson menat (prop. 2004/05:131 s. 203 f).

De faktiska omständigheter som förhöret med R.C. ska styrka är ostridiga mellan parterna. Även om rätten inte är bunden av parternas inställning i denna del bör ett vitsordande i ett indispositivt tvistemål av det aktuella slaget, där det allmänna intresset företräds av en myndighet med uppgift att utreda bl.a. marknadsförhållanden, tillmätas stor betydelse. Till detta kommer att R.C. redan hörts om i princip samtliga av de omständigheter som Capiro vill ställa tilläggsfrågor om och att Capiro inte gjort gällande att det behöver ställas ytterligare frågor med hänsyn till att det är oklart vad R.C. menat. Av dessa skäl finns det enligt Patent- och marknadsöverdomstolens bedömning inget behov av att ställa ytterligare frågor till vittnet R.C. angående Capios leveranskapacitet. Capios yrkande om tilläggsförhör med R.C. ska därför avslås.

Förhandsavgörande

EU-domstolen är enligt artikel 267 första stycket i EUF-fördraget behörig att meddela förhandsavgöranden angående bl.a. tolkningen av fördragen. När en sådan fråga uppkommer vid en domstol i en medlemsstat får den domstolen enligt andra stycket i artikeln, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken, begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande. Om en sådan fråga uppkommer i ett ärende vid en domstol, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, ska den nationella domstolen enligt tredje stycket i artikeln föra frågan vidare till EU-domstolen.

De frågor som Capiro önskar hänskjuta avser tolkningen av artikel 101.1 i EUF-fördraget som innehåller förbud mot vissa avtal, beslut och förfaranden som har till

syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen. Enligt artikelns ordalydelse är den emellertid tillämplig endast om det s.k. samhandelskriteriet är uppfyllt, dvs. om avtalet, beslutet eller förfarandet kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. I den frågan instämmer Patent- och marknadsöverdomstolen i tingsrättens bedömning, dvs. att det kriteriet inte är uppfyllt beträffande det i målet ifrågasatta samarbetet. EU-domstolen är alltså inte behörig att meddela ett förhandsavgörande på denna grund.

Av EU-domstolens praxis framgår emellertid att domstolen ansett sig behörig att meddela förhandsavgörande beträffande unionsbestämmelser även i fall där omständigheterna i det nationella målet inte omfattas av unionsrättens direkta tillämpningsområde. Det har gällt sådana situationer där nationell lagstiftning har utformats i överensstämmelse med unionsrätten. I sådana fall har det ansetts föreligga ett klart unionsintresse av att de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från unionsrätten, oberoende av de omständigheter under vilka de ska tillämpas, ska tolkas på ett enhetligt sätt (se bl.a. mål C-32/11 Allianz Hungária Biztosító m.fl, EU:C:2013:160, punkt 20 med vidare hänvisningar).

De svenska bestämmelserna om förbud mot konkurrensbegränsande avtal i 2 kap. 1 § och undantagen enligt 2 kap. 2 § konkurrenslagen infördes genom 1993 års konkurrenslag (prop. 1992/93:56). De svenska bestämmelserna är, bortsett från samhandelskriteriet, i princip identiska med motsvarande EU-rättsliga bestämmelser i artikel 101.1 i EUF-fördraget. De ändringar som införts efter 1993 års konkurrenslag, bl.a. de ändringar i form av kapitelindelning m.m. som infördes genom den nya konkurrenslagen år 2008 innebar inte några materiella ändringar i dessa bestämmelser (prop. 2007/08:135). I förarbetena till 1993 års konkurrenslag angavs att utgångspunkten var att materiell rättslikhet skulle råda mellan konkurrenslagen och regleringen inom dåvarande EG, samt att vägledning vid tolkning av lagen kunde hämtas från EG-domstolens praxis. Samtidigt angavs att man måste beakta vissa speciella drag i EG-rätten som oftast inte spelade en så framträdande roll i nationella rättsordningar. Vidare uttalades att tillämpningen av svensk konkurrenslag i vissa fall

kunde behöva anpassas efter de särskilda förhållanden som gällde i Sverige. (Prop. 1992/93:56 s. 21).

Dessa uttalanden fäste Högsta domstolen vikt vid i rättsfallen NJA 2004 s. 804 där domstolen uttalade sig just om möjligheterna att inhämta förhandsavgörande i ett nationellt konkurrensrättsligt mål på den grunden att de relevanta svenska konkurrensrättsliga bestämmelserna var utformade med EG-rätten som förebild, men där EG-rätten inte var direkt tillämplig. HD började med att konstatera att det av EG-domstolens praxis framgick att EG-domstolen ansett sig behörig att tolka EG-rätten även i situationer som inte direkt föll under gemenskapsrättens tillämpningsområde, men då den nationelle lagstiftaren beslutat att behandla rent interna situationer på samma sätt som situationer som omfattas av EG-rätten. Med hänvisning till rättspraxis från EG-domstolen uttalade Högsta domstolen vidare att en förutsättning för att inhämta förhandsavgörande i en sådan situation fick anses vara att den hänskjutande domstolen funnit att utformningen av den interna rätten var sådan att domstolen skulle komma att vara bunden av EG-domstolens avgörande. Vidare anförde Högsta domstolen, också med hänvisning till EG-domstolens avgörande, att frågan om sådan bundenhet förelåg ankom enbart på den nationella domstolen att avgöra. Högsta domstolen uttalade därefter att i fråga om konkurrenslagstiftningen kunde lagstiftaren inte anses ha beslutat att behandla rent interna situationer på samma sätt som situationer som omfattades av fördraget eftersom det framgick av förarbetena att man måste beakta vissa speciella drag i EG-rätten och att tillämpningen av svensk konkurrenslag i vissa fall kunde behöva anpassas till svenska förhållanden. HD fann därför att det inte förelåg förutsättningar att inhämta något förhandsavgörande från EG-domstolen.

Patent- och marknadsöverdomstolen konstaterar att Högsta domstolens uttalanden om förutsättningarna för att inhämta förhandsavgörande grundar sig på EG-rättslig praxis från 1990-talet. Därefter har, som framgått ovan, ytterligare EU-rättslig praxis tillkommit (se särskilt det ovan angivna målet Allianz Hungária Biztosító m.fl. med vidare hänvisningar). Av denna senare EU-rättsliga praxis framgår tydligt att det finns ett klart unionsintresse av att de bestämmelser eller begrepp som hämtats från

unionsrätten, oberoende av de omständigheter under vilka de ska tillämpas, ska tolkas på ett enhetligt sätt.

Mot denna bakgrund är det Patent- och marknadsöverdomstolens slutsats att utrymmet för att tolka materiella interna konkurrensrättsliga bestämmelser, som är utformade efter EU-rätten och till sitt innehåll överensstämmer med EU-rätten, på ett något annat sätt än som följer av EU-domstolens praxis får anses i princip uteslutet. En sådan slutsats har också stöd i hur lagstiftningen inom svensk konkurrensrätt generellt har utvecklats på områden där sakliga ändringar gjorts, hur den motiverats i förarbeten och hur den har tolkats i svensk rättspraxis under senare år (se särskilt prop. 2007/08:135 s. 180 f, och Patent- och marknadsöverdomstolens dom den 24 november 2016 i mål PMT 7499-16). Rättsläget har alltså utvecklats så att svenska domstolar vid tolkningen av materiella interna konkurrensrättsliga bestämmelser som utformats efter EU-rätten och till sitt innehåll överensstämmer med EU-rätten så gott som undantagslöst har att följa EU-domstolens praxis. Det innebär att det är möjligt för Patent- och marknadsöverdomstolen att inhämta ett förhandsavgörande om de EU-rättsliga tolkningsfrågorna i målet är sådana att det behövs. För det fall Patent- och marknadsöverdomstolen kommer fram till att det finns ett sådant behov kommer domstolen därefter att bedöma om domstolen också har en skyldighet att göra det enligt artikel 267 andra stycket i EUF-fördraget.

Patent- och marknadsöverdomstolen övergår därför till frågan om förhandsavgörande behöver inhämtas, dvs. om målet innehåller några relevanta EU-rättsliga frågeställningar som EU-domstolen inte tidigare har uttalat sig om.

Det kan inledningsvis konstateras att de avtalstyper som nämns i artikel 101.1 i EUF-fördraget inte utgör en uttömmande uppräknings av förbjudna former av samverkan och att en bedömning alltid måste göras i det enskilda fallet av avtalens egenskaper (se bl.a. mål C-209/07 Beef Industry Development och Barry Brothers, EU:C:2008:643, punkt 23). Principerna för denna bedömning har lagts fast i ett flertal avgöranden av EU-domstolen. Frågan om ett samarbete utgör en s.k. syftesöverträdelse ska prövas i förhållande till innehållet i avtalsbestämmelserna, de mål som eftersträvas med avtalet

samt det ekonomiska och juridiska sammanhang som avtalet ingår i. Vid bedömningen av detta sammanhang ska hänsyn även tas till de aktuella produkternas eller tjänsternas beskaffenhet samt till strukturen och de faktiska villkoren på den eller de relevanta marknaderna (se t.ex. Allianz Hungária Biztosító m.fl., punkt 36 och mål C-67/13 P CB mot kommissionen, EU:C:2014:2204, punkt 53). Av EU-domstolens praxis framgår vidare att det ankommer på den nationella domstolen som prövar den påstådda överträdelsen att göra en individuell och konkret bedömning av avtalens innehåll och ändamål samt av det ekonomiska och juridiska sammanhang i vilket de ingår (se Allianz Hungária Biztosító m.fl., punkt 51).

Av det nu anförda följer att Patent- och marknadsöverdomstolen ska göra en individuell och konkret bedömning av de i målet aktuella avtalen samt av det ekonomiska och juridiska sammanhang i vilka de ingår. Med hänsyn till att EU-domstolen redan slagit fast principerna för bedömningen och att det inte ankommer på EU-domstolen att göra den individuella och konkreta bedömningen av de aktuella avtalen, finns inte skäl att underställa domstolen någon av frågorna 1 a-c.

Även vid prövning av om de i målet aktuella avtalen faller utanför förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete av det skälet att de har ett legitimt syfte - i detta fall att säkerställa att det på ett akutsjukhus finns en för sjukhuset nödvändig medicinsk funktion - ankommer det på Patent- och marknadsöverdomstolen att göra en konkret bedömning av omständigheterna i målet (se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-519/04 Meca Medina och Majcen, EU:C:2006:492, punkt 42 med däri gjorda hänvisningar, samt Kenny Carlsson m.fl., Konkurrenslagen – En kommentar, andra uppl. s.184 f.). Det finns därför inte heller skäl att underställa EU-domstolen fråga 2.

Vid dessa bedömningar saknas anledning att ta ställning till frågan om Patent- och marknadsöverdomstolen skulle haft en skyldighet att ställa en fråga till EU-domstolen enligt artikel 267 i EUF-fördraget.

På grund av det anförda ska yrkandena om inhämtande av förhandsavgörande avslås.

Beslutet får överklagas endast i samband med dom i målet för det fall Patent- och marknadsöverdomstolen tillåter överklagande av domen.

Magnus Ulriksson
Protokollet uppvisat/