

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 19. janúar 2015 í máli nr. E-3002/2013:

Ker ehf.

(Anton Björn Markússon hrl.)

gegn

Samkeppniseftirlitinu og

Íslenska ríkinu

(Gizur Bergsteinsson hrl.)

I.

Mál þetta, sem var dómtekið 28. nóvember sl., er höfðað 30. júlí 2013 af Ker ehf., Kjalarvogi 7 til 15 í Reykjavík, gegn Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26 í Reykjavík, og Íslenska ríkinu.

Dómkröfur stefnanda eru eftirfarandi:

A. Á hendur stefnda, Samkeppniseftirlitinu:

Aðallega að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2004, dags. 29. janúar 2005, verði felldur úr gildi í heild sinni að því er varðar stefnanda. Til vara er þess krafist að úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2004 verði breytt á þá leið að felld verði úr gildi ákvæði hans um staðfestingu 3. og 4. gr. ákvörðunarorða samkvæmt ákvörðun samkeppnisráðs 28. október 2004 í máli nr. 21/2004 að því er varðar stefnanda og að stefnandi skuli greiða sekt í ríkissjóð að fjárhæð 495.000.000 króna. Til þrautavara krefst stefnandi þess að sektarfjárhæð sem stefnanda var gert að greiða samkvæmt úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 frá 29. janúar 2005 verði lækkuð verulega.

B. Á hendur stefnda, Íslenska ríkinu:

Aðallega að stefndi endurgreiði stefnanda 495.000.000 króna, auk vaxta frá 3. maí 2005 til greiðsludags samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Til vara er gerð sú krafa að stefndi endurgreiði stefnanda mismun á 495.000.000 króna og endanlegri fjárhæð héraðsdóms um stjórnvaldssekt úr hendi stefnanda, ef henni verður til að dreifa, auk vaxta frá 3. maí 2005 til greiðsludags samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001, um vexti og verðtryggingu.

Stefnandi krefst enn fremur málskostnaðar óskipt úr hendi stefndu.

Stefndu krefjast sýknu af kröfum stefnanda og að honum verði gert að greiða þeim málskostnað.

II.

Stefnandi er einkahlutafélag sem áður bar heitið Olíufélagið hf. Það félag annaðist um margra áratuga skeið sölu á eldsneyti og ýmsum olíuvörum hér á landi. Hinn 18. desember 2001 hóf Samkeppnisstofnun, sem er forveri stefnda Samkeppniseftirlitsins, rannsókn á því hvort stefnandi og tvö önnur félög á sama markaði, Olíuverzlun Íslands hf. og Skeljungur hf., hefðu haft með sér ólögmaðtt samráð og brotið með því gegn 10. gr. þágildandi samkeppnislaga nr. 8/1993. Rannsóknin hófst með húsleit á starfsstöðvum olíufélaganna þar sem hald var lagt á mikinn fjölda gagna. Á næstu mánuðum áttu sér stað bréfaskipti og fundahöld milli samkeppnisstofnunar og olíufélaganna þar sem fjallað var um haldlögð tölvugögn og önnur gögn sem tengdust rannsókninni. Stefnanda var meðal annars sendur listi 5. febrúar 2002 yfir þau skjöl sem ljósrituð höfðu verið af gögnum sem haldlögð höfðu verið hjá stefnanda og félaginu gefinn kostur á því að skoða þau.

Með bréfi 1. mars 2002 lýsti stefnandi yfir vilja félagsins til að ganga til samstarfs um að upplýsa ætluð brot félagsins á samkeppnislögum og freista þess að ná samkomulagi um lyktir málsins. Í svarbréfi Samkeppnisstofnunar 5. sama mánaðar kom fram að ef til þess kæmi að beitt yrði stjórnvaldssektum vegna þess samráðs sem til rannsóknar væri kæmi til álita að þær yrðu lækkaðar með hliðsjón af samstarfvilja hins brotlega. Samkeppnisstofnun mun í kjölfarið hafa átt samtals 19 fundi með starfsmönnum Kers hf. og lögmanni félagsins á tímabilinu frá 2. apríl til 13. nóvember 2002, þar sem veittar voru ýmsar upplýsingar um samstarf félagsins við hin olíufélögin.

Með bréfum Samkeppnisstofnunar í lok maí 2002 óskaði stofnunin með vísan til 39. gr. samkeppnislaga eftir ýmsum upplýsingum og gögnum frá olíufélagunum sem bárust í ágúst, september og október sama ár.

Með bréfi Samkeppnisstofnunar til olíufélaganna 8. janúar 2003 fylgdi fyrri hluti frumathugunar hennar. Þar var fjallað um samráð félaganna um gerð tilboða í ýmsum útboðum frá 1993 til 2001, sölu eldsneytis á Keflavíkurflugvelli og Reykjavíkurflugvelli og sölu á eldsneyti til erlendra skipa í íslenskum höfnum. Félagunum var veittur frestur til þess að gera athugasemdir við þennan hluta frumathugunarinnar og leggja fram ný gögn. Olíufélögin óskuðu í kjölfarið eftir viðræðum við Samkeppnisstofnun til að kanna hvort ljúka mætti málinu með sátt. Þessar viðræður skiluðu ekki árangri. Með bréfi til Samkeppnisstofnunar 25. apríl 2003 gerði stefnandi ákveðnar athugasemdir við lýsingu á málavöxtum í frumathuguninni. Jafnframt var tekið fram að fyllri greinargerð yrði send síðar auk umfjöllunar um lagaleg álitaefni, sem yrði látin í té þegar síðari hluti frumathugunar lægi fyrir.

Í júní 2003 mun Samkeppnisstofnun hafa átt fund með ríkislögreglustjóra þar sem fjallað var um hið ætlaða, ólögmaeta samráð olíufélaganna. Með bréfi 21. ágúst 2003 fól ríkissaksóknari ríkislögreglustjóra að afla gagna hjá Samkeppnisstofnun til

að meta hvort hefja ætti sakamálarannsókn á ætluðum, refsiverðum brotum félaganna og starfsmanna þeirra. Fyrir liggur að fjölmörg gögn, sem þá lágu fyrir hjá Samkeppnisstofnun um ætlað samráð olíufélaganna, voru í kjölfarið afhent ríkislögreglustjóra. Hinn 30. september 2003 tilkynnti ríkislögreglustjóri olíufélagunum að hafin væri lögreglurannsókn á ætluðum brotum forráðamanna þeirra á ákvæðum samkeppnislaga á grundvelli skýrslna og gagna sem Samkeppnisstofnun hafði afhent ríkislögreglustjóra. Í bréfinu var óskað svara við ákveðnum spurningum og að nánar tiltekin gögn yrðu látin embættinu í té.

Með bréfi ríkissaksóknara 23. október 2003 var Samkeppnisstofnun tilkynnt að framangreind lögreglurannsókn væri hafin. Fram kom í bréfinu að þess væri vænst að Samkeppnisstofnun tæki fullt tillit til hagsmuna lögreglurannsóknarinnar. Þá lýsti ríkissaksóknari þeirri skoðun sinni að varhugavert væri að samkeppnisyfirvöld legðu stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem sættu lögreglurannsókn vegna alvarlegra brota á samkeppnislögum, enda gæti það girt fyrir að unnt væri að fylgja fram kröfu um refsingu og önnur viðurlög á hendur fyrirtækinu í refsimáli. Bréfi ríkissaksóknara var svarað með bréfi Samkeppnisstofnunar 11. nóvember 2003. Í svarbréfinu var vísað til ákvæða samkeppnislaga og til lögmæltis hlutverks Samkeppnisstofnunar og upplýst að rannsókn stofnunarinnar myndi halda áfram í samræmi við þau lög sem um það giltu. Stofnunin myndi þó leitast við að taka tillit til hagsmuna lögreglurannsóknarinnar.

Rannsókn ríkislögreglustjóra tók til tímabilsins frá 1. janúar 1993 til 31. desember 2001. Gögn málsins gefa til kynna að í upphafi hafi hún lotið að ætluðum brotum olíufélaganna og starfsmanna þeirra á 10. gr. samkeppnislaga, eins og rannsókn Samkeppnisstofnunar. Teknar munu hafa verið skýrslur af 27 starfsmönnum stefnanda í þágu rannsóknarinnar, en þar af munu 12 starfsmenn hafa haft réttarstöðu sakbornings auk stefnanda. Ríkissaksóknari gaf út ákæru á hendur forstjórnum olíufélaganna 19. desember 2006. Með úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur 9. febrúar 2007 var málinu vísað frá dómi og með dómi Hæstaréttar 16. mars 2007 í málinu nr. 92/2007 var úrskurður héraðsdóms staðfestur.

Seinni hluti frumathugunar Samkeppnisstofnunar var sendur olíufélagunum 5. desember 2003 og þeim gefinn kostur á því að andmæla því sem þar kom fram. Í frumathuginni er gerð ítarleg grein fyrir ætluðum brotum olíufélaganna á 10. gr. samkeppnislaga sem birtist í samstarfi þeirra um verðlagningu á olíuvörum, einkum á árunum 1996 til 2001, samstilltum aðgerðum þeirra, er miðuðu að því að skipta upp markaðnum, og samstarfi í rekstri bensinstöðva. Enn fremur er í frumathuginni fjallað um atriði er lúta að viðurlögum við brotunum. Þar er vikið að ákvæði 52. gr. samkeppnislaga eins og greinin hljóðaði fyrir og eftir gildistöku laga nr. 107/2000. Tekið er fram að í ákvæðinu eins og það hljóðaði fyrir gildistöku laganna hafi sektir getað numið allt að 10% af veltu síðastliðins almanaksárs af þeirri starfsemi sem í hlut átti hjá viðkomandi fyrirtæki ef sannanlegur ábati þess af broti hefur numið hærri fjárhæð en 40 milljónum króna. Eftir gildistöku laganna geti sektir hins vegar numið allt að 10% af veltu viðkomandi fyrirtækis án tillits til ábata af rekstrinum, en við ákvörðun sekta skuli hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamlanna og hvað þær hafi staðið lengi. Í frumathuginni kemur fram að unnt sé að beita ákvæðinu, eins og það varð eftir lagabreytinguna, um atvik sem áttu sér stað eftir 6. desember 2000. Því næst er gerð ítarleg grein fyrir ályktun Samkeppnisstofnunar um ávinning olíufélaganna af samráði þeirra. Þar er talið að eðlilegast sé að líta til áhrifa hins ólögmæta samstarfs á framlegð af vörusölu

og/eða álagningu. Því næst er gerð grein fyrir þróun einingaframlegðar í fljótandi eldsneyti hjá hverju olíufélagi fyrir sig á verðlagi ársins 2001. Var fjárhagslegur ávinningur þeirra metinn út frá breytingum á framlegðinni undanfarin ár samanborið við meðaltal næstu ára á undan. Fram kemur að hjá Skeljungu hf. hafi einungis legið fyrir upplýsingar um einingaframlegð aftur til ársins 1995. Í því ljósi hafi verið ákveðið að miða við meðaltal einingaframlegðar á árunum 1995 til 1997 í samanburði við einingaframlegð árunna 1998 til 2001 á föstu verðlagi. Heildarniðurstaða Samkeppnisstofnunar varð sú að sannanlegur ávinningur olíufélaganna af hækkun einingaframlegðar að raunvirði á árunum 1998 til 2001, samanborið við viðmiðunarárin 1995 til 1997, hefði numið um 6.650 milljónum króna. Í frumathuguninni er fjallað um önnur atriði en samráð sem skýrt gætu hækkun framlegðar eða álagningar á samráðstímanum. Þá er vikið að öðrum vísbendingum um hækkun framlegðar eða álagningar, svo og að markmiðum félaganna sjálfra um að auka einingarframlegð eða hækka álagningu. Voru færð að því rök að ekkert benti til þess að fram væru komnar rekstrarlegar forsendur sem réttlættu alla þá hækkun sem átt hefði sér stað á einingaframlegð olíufélaganna. Að lokum er í athuguninni gerð grein fyrir áhrifum þess á fyrirhugaða sektarákvörðun að olíufélögin höfðu lagt sitt af mörkum til að upplýsa málið. Kom þar fram að núverandi og fyrrverandi starfsmenn stefnanda hefðu að hans beiðni veitt Samkeppnisstofnun mikilvægar upplýsingar og gögn sem fælu í sér mikilvæg viðbót við þær upplýsingar sem stofnunin hafi haft undir höndum. Væru því skilyrði uppfyllt til þess að stefnandi gæti fengið umtalsverða lækkun á hugsanlegri stjórnvaldssekt.

Eftir að síðari frumathugun Samkeppnisstofnunar lá fyrir óskuðu olíufélögin eftir því að kannað yrði að nýju hvort unnt væri að ljúka málinu með sátt. Viðræður skiluðu ekki árangri. Félögin óskuðu þá eftir því að frestur til andmæla yrði framlengdur og var orðið við þeirri beiðni. Öll olíufélögin skiluðu andmælum á vormánuðum 2004, en andmæli stefnanda eru dagsett 3. maí 2004. Þar er í fyrstu gerð grein fyrir því að stefnandi hafi allt frá upphafi sýnt vilja til þess að upplýsa málið og gengist undanbragðalaust við brotum þegar það hefur átt við. Féllst hann á að málavaxtalýsing í frumathugun Samkeppnisstofnunar væri að hluta til rétt, en hann gerði þó athugasemdir við einstök tilvik eftir því sem hann taldi tilefni til. Hélt hann því fram að margfalt fleiri tilvik væru talin brjóta í bága við samkeppnislög í frumathuguninni en stefnandi gæti samþykkt að fælu í sér samkeppnislagabrot. Þá taldi hann sig eiga ýmsar málsbætur sem ekki væri tekið tillit til í frumathuguninni. Andmælin voru síðan ítarlega rökstudd á yfir 300 blaðsíðum. Þar var því haldið fram að rannsókn Samkeppnisstofnunar hefði verið ábótavant. Þá voru færð rök fyrir því að beita ætti 10. gr. samkeppnislaga eins og þau voru fyrir lögfestingu laga nr. 107/2000, en þá hafi ákvæðið verið þrengra að því leyti að gerð hefði krafa um að aðgerðir hefðu skaðleg áhrif á samkeppni. Því næst er fjallað um sögulegan aðdraganda að samstarfi olíufélaganna og styrk þeirra á markaðnum. Að því loknu er vikið að einstökum tilvikum og gerð grein fyrir afstöðu stefnanda til þess hvort ólöglegt samráð hafi átt sér milli félaganna. Þá hafnar stefnandi því að um samfellt samráð hafi verið að ræða. Því næst eru færð rök fyrir því í andmælunum að brotin séu fyrnd. Að lokum voru gerðar alvarlegar athugasemdir við sjónarmið í frumathugun Samkeppnisstofnunar um sektir. Því til stuðnings vísaði stefnandi meðal annars til greinargerðar hagfræðinganna Tryggva Þórs Herbertssonar og Jóns Þórs Sturlusonar, dags. 3. maí 2004, um mat Samkeppnisstofnunar á ávinningi olíufélaganna af hinu ætlaða, ólöglegu samráði á tímabilinu 1998 til 2001.

Athugasemdir olíufélaganna kölluðu á frekari gagnaöflun Samkeppnisstofnunar frá félögunum. Afrit af nýjum gögnum sem þannig hafði verið aflað voru send olíufélögunum haustið 2004. Félögunum var gefinn kostur á því að reifa málið munnlega fyrir samkeppnisráði og kom lögmaður stefnanda fyrir ráðið 18. október 2004.

Samkeppnisráð tók ákvörðun í máli olíufélaganna þriggja 28. október 2004. Var ákvörðunin samtals 966 blaðsíður að lengd. Í ákvörðuninni er meðferð málsins rakin og afstaða tekin til þeirra sjónarmiða olíufélaganna er lutu að áhrifum lögreglurannsóknar á málsmeðferðina. Þar voru færð rök fyrir því að áframhaldandi málsmeðferð samkeppnisyfirvalda færi ekki gegn 1. mgr. 4. gr. sammingsviðauka nr. 7 við mannréttindasáttmála Evrópu, en rannsókn lögreglu væri ekki lokið. Þá hafnaði samkeppnisráð röksemdum tveggja olíufélaga þess efnis að andmælaréttur þeirra væri að engu gerður með því að starfsmenn félaganna sættu samhliða lögreglurannsókn. Jafnframt hafnaði ráðið þeim röksemdum að með rannsókn málsins væri farið í bága við þagnarrétt félaganna eða starfsmanna þeirra sem varinn væri af 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu.

Í ákvörðun samkeppnisráðs var Ísland skilgreint sem sá landfræðilegi markaður sem málið tæki til og að vörumarkaðurinn væri heildarmarkaður fyrir sölu á olíuvörum. Komist var að þeirri niðurstöðu að olíufélögin þrjú réðu samanlagt yfir um 99% þessa markaðar. Því næst var í ákvörðuninni fjallað um ætlað samráð olíufélaganna. Þar er í ítarlegu máli farið yfir gögn sem að mati samkeppnisráðs sýndu með skýrum hætti að olíufélögin þrjú hefðu frá og með gildistöku samkeppnislaga haft með sér yfirgripsmikið og óslitið samráð í viðskiptum við viðskiptavini sína. Tekið er fram að meginflokkar samráðsins hafi verið um gerð tilboða í tengslum við útboð viðskiptavina, um verðlagningu á olíuvörum, sem og um markaðsskiptingu og verðsamráð við sölu á eldsneyti til erlendra skipa í íslenskum höfnum, við sölu á eldsneyti á Reykjavíkurlflugvelli og Keflavíkurlflugvelli og við sölu til einstakra viðskiptavina eða á einstökum landsvæðum. Í þessu sambandi voru rakin dæmi af samskiptum olíufélaganna í yfir 400 tilvikum og talið að líta yrði á þessar aðgerðir þeirra sem samfelld samráð sem hafi varað frá gildistöku samkeppnislaga. Fælist brotið í þeim samstilltu aðgerðum og/eða samningum sem lýst væri í ákvörðuninni og hefði það haft að markmiði að raska samkeppni milli félaganna í viðskiptum aðallega með fljótandi eldsneyti, smurolíu og gas. Að þessu búnu var samráðinu lýst nánar í ítarlegu máli eftir áðurgreindri flokkun og fjallað innan hvers flokks um einstök tilvik eftir tímabilum. Í þeirri umfjöllun var jafnframt tekin afstaða til framkominna andmæla olíufélaganna. Var ítarlega rökstutt að félögin hefðu með þessu brotið gegn 10. gr. þágildandi samkeppnislaga í fjölmörgum nánar tilgreindum tilvikum.

Í ákvörðuninni var komist að þeirri niðurstöðu að samfelld samráðsbrot olíufélaganna væri ófyrnt. Að því búnu var fjallað um viðurlög. Þar var gerð grein fyrir ýmsum almennum atriðum sem vörðuðu beitingu 52. gr. þágildandi samkeppnislaga, þar á meðal um lagaskil vegna breytinga á því ákvæði með 17. gr. laga nr. 107/2000. Komist var að þeirri niðurstöðu að beita ætti ákvæðinu eins og það var eftir lagabreytinguna um allt hið samfellda samráð. Ekki væri því gerð krafa um sönnun ávinnings umfram 40 milljónir króna. Eftir sem áður þótti við ákvörðun viðurlaga í málinu rétt að leggja mat á sannanlegan ávinning olíufélaganna af broti þeirra. Því til stuðnings vísaði samkeppnisráð til þess að

heimilt væri að hafa hliðsjón af ávinningi við ákvörðun sekta, gögn málsins gerðu kleift að leggja mat á ávinning þeirra og olíufélögin hefðu lagt áherslu á að ákvæðið, eins og það væri eftir lagabreytinguna, væri meira íþyngjandi í þeirra garð.

Því næst voru í ákvörðun samkeppnisráðs rakin atriði í tengslum við mat á ávinningi olíufélaganna af samráðinu. Eins og nánar er rökstutt í ákvörðuninni þótti rétt að byggja þetta mat á upplýsingum olíufélaganna sjálfra um einingaframlegð af vörusölu. Tekið var fram að með einingaframlegð, eins og því hugtaki hefði verið beitt af olíufélagunum, væri átt við mismun á söluverði að frádregnum afsláttum og öllum breytilegum kostnaði við innkaup. Komst ráðið að þeirri niðurstöðu að þróun framlegðar á hvern lítra eldsneytis á föstu verðlagi hefði verið mjög sambærileg hjá félögunum þremur. Eftir að hafa staðið í stað á árunum 1991 til 1997 hafi einingaframlegð af sölu á fljótandi eldsneyti hækkað ár frá ári að raunvirði hjá öllum félögunum. Þessar tölur voru síðan notaðar til að meta ávinning félaganna með því að bera saman raunverulega þróun einingaframlegðar á tímabilinu 1996 til 2001 við meðaltal sömu stærða fyrir árabilið 1993 til 1995. Voru rökkin fyrir vali á viðmiðunartímabili þau að fyrir lægju upplýsingar frá öllum olíufélagunum, sem ekki hefðu legið fyrir áður, um einingaframlegð allt aftur til ársins 1993 auk þess sem félögin voru ekki talin hafa haft eins markvisst samráð á viðmiðunartímabilinu, í því skyni að auka álagningu og framlegð, og síðar varð. Þar sem félögin hefðu einnig haft samráð á tímabilinu frá 1993 til 1995 var talið að allar líkur væru á því að aðferðin fæli í sér vanmat á ávinningi félaganna. Niðurstaða útreikninga samkeppnisráðs, sem byggðu á þessari aðferð, var sú að á tímabilinu 1996 til 2001 hefði samanlagður fjárhagslegur ávinningur stefnanda af því að einingaframlegð þess í fljótandi eldsneyti hækkaði að raungildi miðað við meðaltal árunna 1993 til 1995 verið alls um 2.750 milljónir króna, um 1.654 milljónir króna hjá Skeljungu hf. og um 2.083 milljónir króna hjá Olíuverzlun Íslands hf., eða samtals um 6.487 milljónir króna. Taldi samkeppnisráð að ekki hefðu komið fram neinar rekstrarlegar forsendur hjá félögunum sem réttlætt gætu þessa hækkun að neinu ráði. Þótt félögin kynnu að einhverju leyti að hafa haft réttmæta þörf fyrir hærri framlegð breyti það engu um að aðgerðir þeirra í þessu skyni hafi verið ólögmætar. Fram kom í niðurstöðu samkeppnisráðs að mat á ávinningi af slíku ólögmætu athæfi hlyti að taka til allrar hækkunar sem leiddi af samráðinu, enda þótt henni kynni að einhverju leyti að hafa verið ráðstafað til greiðslu aukins kostnaðar félaganna. Með hliðsjón af því taldi ráðið að líta yrði svo á að ávinningur olíufélaganna af aukinni framlegð samkvæmt framangreindum útreikningi fæli í sér ávinning í skilningi 2. mgr. 52. gr. samkeppnislaga eins og þau voru fyrir gildistöku laga nr. 107/2000. Jafnframt þessu var vísað til upplýsinga sem lágu fyrir um ávinning félaganna af ólögmætri skiptisölu með hliðsjón af þeim skiptihlutföllum sem giltu í þessum viðskiptum. Heildarumfang hennar hafi numið 5,8 milljörðum króna á tímabilinu 1993 til 2001. Taldi samkeppnisráð að þessar tekjur teldust til ábata eða ávinnings í skilningi 52. gr. samkeppnislaga, í það minnsta lægi fyrir að ávinningur félaganna af skiptisölnunni væri langt umfram 40 milljónir króna.

Í ákvörðun ráðsins var farið með rökstuddum hætti yfir sjónarmið olíufélaganna sem byggðust á greinargerð hagfræðinganna Tryggva Þórs Herbertssonar og Jóns Þórs Sturlusonar. Þar var tekið tillit til athugasemda Skeljungs hf. og Olíuverzlunar Íslands hf. um breytingar á fyrirkomulagi umboðs- og sölulauna hjá félögunum. Að öðru leyti taldi samkeppnisráð að athugasemdir

hagfræðinganna hefði enga þýðingu í málinu og að þær hnekktu ekki mati samkeppnisráðs á ávinningi félaganna af vörusölu á samráðstímanum.

Við ákvörðun stjórnvaldssekta olíufélaganna vísaði samkeppnisráð að auki til þess að brotin hefðu staðið lengi yfir og að þau vörðuðu mjög umfangsmikil viðskipti með nauðsynjavöru. Brotin hefðu verið skipulögð og æðstu stjórnendur félaganna hefðu tekið þátt í þeim. Þau hefðu verið framin með einbeittum ásetningi og reynt hefði verið að hylma yfir þau. Hið ólögsmæta samráð hefði að verulegu leyti komið til framkvæmda og hafi því haft umtalsverð skaðleg áhrif á markaðnum. Brotin hefðu því verið mjög alvarleg. Þá vísaði ráðið til fyrirbyggjandi útreikninga á ávinningi félaganna. Fram kom að velta stefnanda á árinu 2003 hefði verið 16.525 milljónir króna. Var sekt félagsins ákveðin 1.100 milljónir króna. Sektarfjárhæð hinna olíufélaganna var í grunninn ákveðin sú sama, enda væri ábyrgð félaganna á hinu ólögsmæta samráð jöfn. Stefnandi þótti hafa veitt mikilvæga viðbót við þau sönnunargögn sem samkeppnisyfirvöld höfðu þegar í förum sínum og var því veitt 45% lækkun frá álögðum stjórnvaldssektum. Sekt félagsins var því ákveðin 605.000.000 króna. Framlag Olíuverzlunar Íslands hf. þótti hafa verið talsvert og var því félaginu veittur 20% afsláttur af framangreindri sekt. Endanleg sekt félagsins var því ákveðin 880.000.000 króna. Samvinna Skeljungs hf. þótti hins vegar ekki uppfylla skilyrði 1. gr. reglna nr. 397/2002 og framlag félagsins var ekki talin mikilvæg viðbót við þau gögn sem fyrir lægju. Því var sekt félagsins ekki lækkuð. Þá var nánar tilgreindum fyrirmælum beint til olíufélaganna á grundvelli 2. mgr. 17. gr. samkeppnislaga.

Olíufélögin skutu þessari ákvörðun til áfrýjunarnefndar samkeppnismála í lok nóvember 2004. Kæra stefnanda var ítarleg eða 136 blaðsíður. Auk kæru lögðu stefnandi og hin olíufélögin sem og samkeppnisstofnun fram ýmis frekari gögn, þ. á m. greinargerðir og athugasemdir hagfræðinganna Tryggva Þórs Herbertssonar, Jóns Þórs Sturlusonar og Friðriks Más Baldurssonar sem og greinargerð og athugasemdir Guðmundar Guðmundssonar tölfræðings.

Áfrýjunefndin kvað upp úrskurð í málinu 29. janúar 2005. Í úrskurðinum, sem er 256 blaðsíður að lengd, var lýst gangi málsins og röksemdum aðilanna, en því næst tekin afstaða til atriða er lutu að vörnum olíufélaganna um formhlið málsins. Meðal þeirra atriða voru álitaefti um lögmæti þess að málið hafði á tímabili verið til rannsóknar bæði hjá Samkeppnisstofnun og ríkislögreglustjóra. Þessum sjónarmiðum olíufélaganna var hafnað að öllu leyti. Þá fjallaði áfrýjunarnefndin um röksemdir olíufélaganna er lutu að andmælarétti þeirra og rannsókn málsins. Í öllum meginatriðum var komist að þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið brotið gegn rétti olíufélaganna að þessu leyti. Þó taldi áfrýjunarnefndin að æskilegt hefði verið að gefa félögunum kost á að gera athugasemdir við breytingar á viðmiðunartímabili við útreikning á áætluðum ávinningi þeirra áður en ákvörðun samkeppnisráðs var tekin. Nefndin taldi þó nægjanlegt að olíufélögin gætu gagnrýnt breytinguna og útreikninginn fyrir áfrýjunarnefndinni.

Að þessu búnu var fjallað um skil eldri laga og yngri vegna breytinga á 10. gr. þágildandi samkeppnislaga með 3. gr. laga nr. 107/2000. Byggði áfrýjunarnefndin alfarið niðurstöðu sína á upphaflegu ákvæði 10. gr. samkeppnislaga. Nefndin komst því næst að þeirri niðurstöðu að ólögsmætt samráð olíufélaganna hefði verið samfellt á árabílinu frá 1993 til 2001. Þá tók hún álitaefti um fyrningu brotanna til umfjöllunar. Taldi nefndin eðlilegt að beita ákvæði 80. gr. almennra hegningarlaga

með áorðnum breytingum með lögjöfnun um það atriði. Hefði fyrningu verið slitið við húsleit hjá félagunum 18. desember 2001. Á sama tíma hefði hinu samfellda samráði verið lokið. Á þessum grunni komst áfrýjunarnefndin að þeirri niðurstöðu að fyrning væri því ekki til fyrirstöðu að stjórnvaldssektir yrðu lagðar á í málinu.

Í úrskurðinum var því næst fjallað um einstök tilvik þar sem samkeppnisráð hafði í ákvörðun sinni talið að olíufélögin hefðu gerst sek um brot gegn 10. gr. þágildandi samkeppnislaga. Voru niðurstöður samkeppnisráðs um þetta í vel flestum tilvikum staðfestar.

Í umfjöllun um viðurlög fjallaði áfrýjunarnefndin meðal annars um aðferð samkeppnisráðs til að komast að niðurstöðu um ávinning olíufélaganna af hinu ólögmeða samráði. Þar kemur fram að grundvallaratriðið í aðferð samkeppnisráðs felist í því að sýna fram á að einingaframlegð félaganna af sölu þeirra á fljótandi eldsneyti hafi aukist verulega á árunum 1996 til 2001 í samanburði við meðaltal árána 1993 til 1995. Með skilgreiningu sinni á einingaframlegð hefði samkeppnisráð talið sig hafa tekið tillit til síbreytilegs og verulegs kostnaðarþáttar sem olíufélögin hefðu haft litla möguleika til að hafa áhrif á. Þannig hefði verið talið rökrétt að meta ávinning á þennan hátt og beina athyglinni þannig að framlegð af vörusölu áður en tekið hefði verið tillit til þess hvernig tekjum af henni væri ráðstafað. Í öllum aðalatriðum féllst áfrýjunarnefndin á þessa aðferð samkeppnisráðs, meðal annars á val ráðsins á viðmiðunartímabilum. Eðlilegt var talið að framreikna tímabilin til verðlags ársins 2001 til að gera þau samanburðarhæf.

Áfrýjunarnefndin taldi eftir sem áður að vafatilvik gætu risið við fyrrgreindan samanburð. Þótti rétt að koma til móts við þau með því að beita varfærni í ákvörðun sekta. Áfrýjunarnefndin taldi að þrjú atriði, sem nefnd höfðu verið í greinargerð hagfræðinganna Tryggva Þórs Herbertssonar og Jóns Þórs Sturlusonar, yllu vafa í þessu sambandi og ættu að leiða til mildunar sektarákvörðunar. Fyrsta atriðið laut að því að samfelldur og meiri hagvöxtur á síðara viðmiðunartímabilinu en því fyrra skapaði skilyrði fyrir auknum ávinningi á fákeppnismarkaði eins og þeim sem hér um ræði. Áfrýjunarnefndin taldi að taka þyrfti nokkurt tillit til þessa sjónarmiðs sem þó yrði að veða á móti því að sannað væri að olíufélögin hefðu haft með sér ólögmeitt samráð. Annað atriðið laut að því gengistapi sem olíufélögin hefðu orðið fyrir sérstaklega á árunum 2000 og 2001. Sá kostnaður þótti svo tengdur olíuinnkaupunum sjálfum að rétt væri „að gera hér nokkra leiðréttingu vegna þessa sjónarmiðs“. Fram kom í úrskurðinum að þetta tap hefði numið 604 milljónum króna hjá stefnanda og 777 milljónum króna hjá Olíuverzlun Íslands hf. Hins vegar lögju ekki fyrir sambærilegar upplýsingar hjá Skeljungi hf. Þriðja atriðið sem áfrýjunarnefndin taldi gefa tilefni til mildunar á sektarákvörðun laut að því að launavísitala hefði hækkað mun meira á viðmiðunartímabilinu en hækkun neysluverðsvísitalu. Samkvæmt gögnum málsins hefði þessi hækkun numið 640 milljónum króna hjá stefnanda og 352 milljónum króna hjá Olíuverzlun Íslands. Ekki lögju hins vegar sambærilegar upplýsingar fyrir hjá Skeljungi hf. Áfrýjunarnefndin vísaði því næst í niðurstöður samkeppnisráðs um ávinning olíufélaganna af hækkun einingaframlegðar í fljótandi eldsneyti sem og veltutölur félaganna á árinu 2003. Með hliðsjón af þessari hækkun og þeim sjónarmiðum sem talið var að ættu að leiða til mildunar sektarákvörðunar komst áfrýjunarnefndin að þeirri niðurstöðu að hæfileg stjórnvaldssekt stefnanda væri 900 milljónir króna meðan hæfileg stjórnvaldssekt var ákveðin 700 milljónir króna í tilvikum

Oliuverzlunar Íslands hf. og 450 milljónir króna í tilviki Skeljungs hf. Að teknu tilliti til afsláttá, sem stefnanda og Oliuverzlun Íslands hf. þóttu eiga tilkall til, var stefnanda gert að greiða 495 milljónir króna í sekt og Oliuverzlun Íslands hf. 560 milljónir króna.

Í framhaldi af úrskurðinum greiddu olíufélögin sektirnar hver fyrir sig með fyrirvara um endurheimtu fjárins ef hann yrði með dómi felldur úr gildi eða honum breytt. Stefnandi höfðaði mál á hendur samkeppnisráði og íslenska ríkinu 29. júní 2005, aðallega til ógildingar á framangreindum úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, en til vara til niðurfellingar eða lækkunar á sektinni sem þar var ákveðin, svo og til endurheimtu hennar. Það sama gerði Oliuverzlun Íslands og Skeljungur hf. 27. og 28. júlí sama ár. Málin voru sameinuð í eitt mál á dómþingi 28. febrúar 2006 að framkomnum greinargerðum um varnir stefndu. Samkvæmt þremur beiðnum frá hverju olíufélaganna voru í þinghaldi 5. apríl sama ár dómkvaddir tveir menn, Guðmundur Magnússon hagfræðingur og Heimir Haraldsson, löggiltur endurskoðandi, til þess að leggja mat á margvísleg atriði sem vörðuðu útreikning á ávinningi af brotum olíufélaganna. Matsgerðir þeirra voru lagðar fram 16. janúar 2007.

Í niðurstöðu framangreindrar matsgerðar um ávinning stefnanda segir orðrétt: „Eins og nánar kemur fram í skýrslunni höfum við lagt mat á útreikning Samkeppnisstofnunar sem er grundvöllur úrskurðar samkeppnisráðs og áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Við teljum að í ljós hafi komið að mat Samkeppnisstofnunar á heildarávinningi sé 685 millj. kr. of hátt af ástæðum sem telja verði vegna rangra forsendna í útreikningi, og gerð er nánari grein fyrir í skýrslunni. Því hafi niðurstaða Samkeppnisstofnunar átt að vera 1.885 millj. kr. í stað 2.750 millj. kr. miðað við óbreyttar forsendur stofnunarinnar. / Auk þess teljum við að reiknaður ávinningur árána 1996 og 1997 sé það lítilt að ekki séu aðstæður til að líta svo á, miðað við að „fyrir og eftir“ aðferð sé beitt, að frávik frá viðmiðunarárnum eigi sér skýringar í samráðsaðgerðum. Sama á við um alla bensínsölu félagsins, en við teljum að hinn reiknaði ávinningur sé einnig óverulegur þegar tekið er tillit til aðstæðna á þessum markaði. Reiknaður ávinningur vegna árána 1996 og 1997 auk bensínsölu árána 1998-2001 nemur samtals 571 millj. kr. / Heildarávinningur sem eftir stendur nemur 1.341 millj. kr. og er þar um að ræða reiknaðan hámarksávinning vegna gasolíutegunda, svartolíu og þotuelsneytis á árunum 1998-2001. / Við teljum að út frá þeim gögnum sem við höfum undir höndum sé ekki unnt að fullyrða afdráttarlaust hve stór hluti þessa ávinning sé vegna samráðs annars vegar og vegna markaðshegðunar í fákeppni hins vegar. / Ástæður þessa eru m.a. þessar: / a. Hinn reiknaði ávinningur samanstendur af ýmsum áhrifavöldum, þar sem samráð, fákeppni, hagvöxtur, launaþróun, gengisþróun, verðbólga, vextir, arðsemiskrafa, hagræðing í rekstri og mörg önnur atriði hafa áhrif. Sú forsenda Samkeppnisstofnunar að hinn reiknaði ávinningur sé eingöngu vegna samráðsaðgerða stenst ekki að okkar mati. / b. „Fyrir og eftir“ – aðferðin nægir ekki ein og sér til þess að meta ávinning af samráði við þær aðstæður sem hér eru til staðar. Tímabilin 1993-1995 annars vegar og 1996-2001 hins vegar eru einfaldlega of ólík og gefa þarf sér viðbótarforsendur. / Niðurstaða okkar er því sú að fjárhagslegur ávinningur Kers hf. af samráði hafi numið 0 – 1.314 millj. kr. á árunum 1996-2001 miðað við þau gögn sem við höfum undir höndum og að ítarlegri upplýsingar þurfi til þess að komast að niðurstöðu um hvar á þessu bili ábati af samráði hafi verið.“

Stefndu í máli þessu lögðu fram 19. mars 2007, annars vegar beiðni um dómkvaðningu yfirmatsmanna vegna fyrrgreindrar matsgerðar og hins vegar beiðni um dómkvaðningu manna til að leggja mat á tiltekin atriði um ávinning af brotum olíufélaganna sem ekki komu til skoðunar í fyrri matsgerðum. Ágreiningur reis um það hvort verða ætti við þessum beiðnum, en að honum leystum voru hagfræðingarnir Guðrún Johnsen og Gylfi Zoëga og endurskoðandinn Þorsteinn Haraldsson dómkvödd til að semja yfirmatsgerð og Guðrún Johnsen og Gylfi Zoëga dómkvödd til að semja matsgerð. Yfirmatsmenn luku störfum með yfirmatsgerð, dags. 28. september 2008. Þá skiluðu matsmenn af sér matsgerð 3. október 2008. Þessar matsgerðir voru lagðar fram í fyrrgreindu máli 10. október 2008.

Í yfirmatsgerðinni var matsspurningum svarað í tólf liðum. Lutu þessir liðir einstökum þáttum í matsgerðum þeirra Guðmundar og Heimis. Segja má að meginniðurstöður yfirmatsgerðarinnar séu þær að rökrétt hafi verið fyrir samkeppnisyfirvöld að nota þróun einingaframlegðar við útreikning á ávinningi olíufélaganna af samráði. Val á samburðartímabilum hafi falið í sér vanmat á ávinningi þar sem samráð hafi einnig verið viðhaft á fyrra tímabilinu. Með staðvirðingu hafi verið tekið tillit til kostnaðaráhrifa, áhrifa hagvaxtar á verðlagningu og almenna verðlagsþróun til að gera framlegðina samburðarhæfa milli ára. Ekki sé ástæða til að ætla að niðurstöður um ávinning félaganna af samráði séu í veigamiklum atriðum rangar eða gallaðar vegna þess að ekki hafi verið tekið tillit til þess að markaðshæðun sé mismunandi eftir kaupendum og einstökum vörflokkum. Ekki sé heldur rétt að draga fastan kostnað svo sem fjármagnskostnað frá einingaframlegð við mat á ávinningi af samráði. Sama gildi um kortaafslætti. Þá segir í yfirmatsgerð að hækkun einingaframlegðar 1996 og 1997 og hærri einingaframlegð á bensíni árin 1996-2001 hafi haft í för með sér að hagur viðskiptavina rýrnaði og hagur fyrirtækjanna batnaði. Ekki sé hægt að tala um skekkjumörk í því samhengi, eins og gert hafi verið í matsgerð. Útreikningur á einingaframlegð sé gerður með þeim gögnum sem liggja fyrir og ekki sé um að ræða tölfræðilegar ályktanir á grundvelli úrtaks. Þess vegna eigi að nota alla viðbótarframlegð á tímabilinu 1996 til 2001, sem hafi verið staðvirt, við útreikning á ávinningi, hvort sem viðbótin sé lítil eða mikil. Þá er vísað til þess að staðvirðing einingaframlegðar með vísitölu neysliverðs leiðrétti fyrir áhrifum almennrar efnahagsþróunar á einingaframlegð vegna þess að hagrænir þættir hafi áhrif á verðlagningu á öllum mörkuðum. Samráð hafi hins vegar staðbundin áhrif og því séu miklar líkur á því að hækkun einingaframlegðar á markaði fyrir bensín og olíu á tímabilinu 1996 til 2001 eigi rætur að rekja til aukins samráðs. Að lokum fjalla matsmenn um spurningu í matsbeiðni þar sem óskað var álits á því hvort það væri hafið yfir vafa í ljósi atvika málsins og almennra niðurstaðna fræðimanna um ábata af samráði að olíufélögin hafi haft ávinning af samráðinu. Í svari yfirmatsmanna er vísað til almennra forsendna um að fyrirtæki stilli ekki saman strengi nema að hafa af því ávinning. Með vísan til þessa, gagna málsins sem og athugasemda lögmannna olíufélaganna var það mat yfirmatsmanna að olíufélögin „hafi haft fjárhagslegan ávinning af samráði sín í milli“.

Í undirmatsgerð Guðrúnar og Gylfa frá 3. október 2008 er leitast við að svara matsspurningum stefndu í máli þessu í átta liðum. Meginniðurstöður matsmanna voru á þá leið að kjöraðstæður til samráðs um verð hefðu ríkt á olíumarkaði á Íslandi á tímabilinu 1993 til 2001. Ekki væri heldur unnt að koma auga á þætti í

rekstrarumhverfi olíufélaganna sem hafi gert þeim erfitt fyrir að ná markmiðum samráðs sem hafi komið fram í hækkun einingaframlegðar vegna hærra verðs. Þá sé ekki fræðilega forsvaranlegt að halda því fram að samráðið hefði haldist svo lengi sem raun bar vitni ef ávinningurinn hafi verið minni háttar eða óviss. Í matsgerðinni er síðan gerð grein fyrir niðurstöðu matsmanna um ávinning olíufélaganna af sölu á bensíni annars vegar og gasolíu og svartolíu hins vegar, sem fundin var út með því að bera saman framlegð þeirra við sölu á þessum vörum á árunum 1993 til 2001 við þá framlegð sem samkeppnisverð hefði fært þeim. Einingaframlegð á Alaskamarkaði var þá notuð við útreikning á samkeppnisverði. Fram kemur í matsgerðinni að staðvirt framlegð sem olíufélögin hafi haft af viðskiptum sínum með bensín á þessu tímabili, umfram þá framlegð sem samkeppnisverð hefði fært þeim, fæli í sér ávinning af samráði þeirra. Varð það niðurstaða matsmanna að einingaframlegð olíufélaganna allra vegna viðskipta með bensín hefði verið 9,1 milljarður króna umfram þá 14 milljarða króna sem samkeppnisverð hefði fært þeim á verðlagi ársins 2001. Á sama hátt komust matsmennirnir að þeirri niðurstöðu að einingaframlegð félaganna vegna sölu á gasolíu á tímabilinu hefði verið 6,8 milljarðar króna umfram þá 18,9 milljarða sem samkeppnisverð hefði fært þeim. Þá hefði einingaframlegð við sölu á svartolíu verið 2,99 milljarðar króna umfram þá 5,7 milljarða króna sem samkeppnisverð hefði fært þeim.

Matsmenn fjalla síðan um matsspurningu er laut að ávinningi olíufélaganna af skiptisölu þar sem óskað var eftir mati á því hvort sá ávinningur hefði verið verulegur í samanburði við umfang skiptisölu félaganna, hvort hún hefði leitt til hærri framlegðar eða komið í veg fyrir lækkun hennar. Varð það niðurstaða matsmanna að ávinningur olíufélaganna af skiptisölu hafi verið verulegur í samanburði við umfang hennar og komið fram í hærri einingaframlegð vegna hærra verðs. Matsmenn svara enn fremur spurningu um líkurnar á því, að ávinningur olíufélaganna af samráði hafi ekki numið lægri fjárhæð en sektarárkvörðun áfrýjunarnefndar, á þá leið að yfirgnæfandi líkur séu á því að ávinningur félaganna hafi ekki numið lægri fjárhæðum en 900 milljónum króna í tilviki stefnanda, 700 milljónum króna í tilviki Olíuverzlunar Íslands hf. og 450 milljónum króna í tilviki Skeljungs hf. Að lokum telja matsmenn að tjón samfélagsins í heild af samráði olíufélaganna 1993 til 2001 hafi verið meira en sem nemur ávinningi félaganna sjálfra af samráðinu. Það helgist ekki aðeins af hærra verði til neytenda, heldur dragi yfirverðlagning úr velferð þeirra og neysla dragist saman. Þetta komi t.d. niður á byggð í strjálbýli.

Á dómþingi 21. janúar 2009 kröfðust olíufélögin þess sameiginlega að dómkvaddir yrðu yfirmatsmenn vegna síðastnefndrar undirmatsgerðar. Samhliða þessu kröfðust félögin dómkvaðningar á matsmönnnum til þess að meta ávinning olíufélaganna af ætluðu samráði ef tímabilið 1996 til 2001 hefði verið borið saman við tímabilið 2002 til 2004 miðað við útreikninga samkeppnisráðs. Hagfræðingarnir Gunnar Haraldsson, Katrín Ólafsdóttir og Ólafur Ísleifsson voru dómkvödd 25. febrúar 2009 sem yfirmatsmenn. Ólafur Ísleifsson og Þorsteinn Haraldsson, löggiltur endurskoðandi, voru dómkvaddir 29. apríl sama ár til að gera síðarnefndu matsgerðina.

Yfirmatsgerð er dagsett 11. mars 2011 og lögð fram í þinghaldi 10. maí sama ár. Þar er einkum fjallað um þá aðferð, sem beitt var í undirmatsgerð, að styðjast við olíumarkaðinn í Alaska til að finna samkeppnisverð í því skyni að bera saman

við framlegð olíufélaganna 1993 til 2001. Í lok yfirmatsgerðarinnar eru meginniðurstöður hennar dregnar saman á eftirfarandi hátt:

Telja má að olíumarkaðurinn í Alaska sé um suma þætti samanburðarhæfur við þann íslenska. Það eru fleiri aðilar á markaði í Alaska en hér á landi, en í raun má segja að markaðurinn sé nær fákeppnismarkaði en samkeppnismarkaði. Rannsóknir bandarískra yfirvalda hafa ekki leitt í ljós verðsamráð á Alaskamarkaði. Þá er flutningskostnaður þar tiltölulega hár líkt og hér á landi. Alaskamarkaður ber með sér ýmsa þætti áþekka hinum íslenska, og má í því sambandi nefna dreifða byggð, svipað tekjustig kaupenda olíunnar og norðlæga legu landsvæðanna beggja. Veigamikill munur milli þessara tveggja markaða liggur m.a. í því að Alaska er olíuframleiðsluríki en Ísland ekki. Fleiri þætti mætti nefna, t.d. er olía notuð til húshitunar og ýmissar framleiðslu í Alaska en á Íslandi er notaður jarðhiti og vatnsorka í því skyni.

Við mat á ávinningi af samráði kemur til greina sem ein aðferð meðal annarra að bera samráðsmarkaðinn við sambærilegan markað þar sem ekkert samráð á sér stað. Ekki þykir fært að ræða um „réttan“ eða „rangan“ samanburð í því sambandi, heldur snýst raunhæfur samanburður um að velja markað þar sem aðstæður sem ráða verði eru sem líkastar auk þess að tryggt sé að ekki sé um samráð að ræða á samanburðarmarkaðnum. Alaska verður seint talinn fullkominn samanburðarmarkaður í ljósi þeirra þátta sem greina hann frá íslenskum markaði, enda slíkur markaður ekki til. Samanburður milli markaða hlýtur ávallt að sæta gagnrýni og heppilegast er að beita fleiri en einni aðferð við mat á ávinningi af verðsamráði. Ef á annað borð er beitt þeirri aðferð að bera saman markaði til að leitast við að finna áhrif samráðs á verð kemur til álita að nota Alaska sem viðmiðun að því gefnu að unnt sé að taka tillit til ólíkra aðstæðna og þátta sem áhrif hafa á verðmyndun. Það að velja Alaska til samanburðar getur veitt vísbendingar um áhrif samráðsins án þess að hægt sé að fullyrða að sá samanburður sé tölulega nákvæmur eða réttur í þeim skilningi að ekki sé hægt að deila á niðurstöðuna sökum ólíkra aðstæðna á mörkuðunum tveimur.

Matsgerð Ólafs Ísleifssonar og Þorsteins Haraldssonar frá 17. nóvember 2011 var lögð fram í þinghaldi 12. janúar 2012 ásamt yfirmatsgerð í öðru máli sem olíufélögin áttu hlut að. Í matsgerðinni kemur fram að lagt hafi verið fyrir matsmenn að gera sömu útreikninga og samkeppnisyfirlögd á grundvelli talnagagna viðmiðunartímabilsins 2002 til 2004. Eins og gert hafi verið í skýrslu samkeppnisráðs sé einingaframlegð reiknuð á föstu verðlagi ársins 2001 miðað við vísitölu neysluverðs. Varð það niðurstaða matsmanna að með þeim aðferðum og forsendum sem lagðar væru til grundvallar hefði reiknaður ávinningur af samráði, þegar tímabilið 1996 til 2001 væri borið saman við tímabilið 2002 til 2004, verið neikvæður um 1.996 milljónir króna. Nánar tiltekið reyndist ávinningurinn neikvæður um 2.634 milljónir króna hjá stefnanda og um 550 milljónir króna hjá Olíuverzlun Íslands hf. en jákvæður um 1.188 milljónir króna hjá Skeljungu hf.

Aðalmeðferð í fyrrgreindu máli olíufélaganna gegn Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu fór fram 29. febrúar 2012. Dómur var kveðinn upp í málinu 22. mars sama ár. Þar var fallist á kröfu olíufélaganna þess efnis að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2004 yrði felldur úr gildi.

Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið áfrýjuðu málinu til Hæstaréttar Íslands 21. júní 2012. Með dómi réttarins 31. janúar 2013 í málinu nr. 437/2012 var málinu vísað frá héraðsdómi vegna annmarka á málatilbúnaði olíufélaganna. Olíufélögin höfðuðu að nýju mál gegn stefndu 30. júlí 2013.

III.

1. Málsástæður og lagarök stefnanda

Stefnandi reisir aðalkröfu sína um að fella beri úrskurð áfrýjunarnefndar úr gildi á því að málsmeðferð samkeppnisyrvalda hafi verið háð slíkum annmörkum að óhjákvæmilegt sé að fallast á þá kröfu. Stefnandi rökstyður kröfuna í fyrsta lagi með því að brotið hafi verið á andmælarétti stefnanda við meðferð málsins, í öðru lagi að málsmeðferðin hafi verið andstæð reglum um réttláta málsmeðferð þar sem málið hafi verið í senn til rannsóknar hjá samkeppnisyrvaldum og lögreglu, og í þriðja lagi að rannsókn málsins hafi verið ábótavant, einkum að því er lúti að mati á ávinningi olíufélaganna af samráðinu.

Um fyrstu málsástæðuna vísar stefnandi til þess að í frumathugun Samkeppnisstofnunar hafi ávinningur olíufélaganna af samráði verið fundinn út með svokallaðri „fyrir og eftir“ aðferð þar sem tvö viðmiðunartímabil hafi verið borin saman. Stefnandi kveðst hafa kannað tölulegan útreikning og forsendur sem samkeppnistofnun hafi lagt til grundvallar. Niðurstaðan hafi orðið sú að samanburður á tímabilunum 1995-1997 annars vegar og 1998-2001 hins vegar benti ekki til ávinnings af samráði. Samkeppnisráð hafi ákveðið einhliða að lengja eldra tímabilið aftur til ársins 1993, en yngra tímabilið til ársins 1996. Stefnanda hafi ekki gefist tækifæri á því að koma að andmælum sínum við hinar breyttu forsendur áður en samkeppnisráð tók ákvörðun í málinu.

Stefnandi telur að áfrýjunarnefndin hafi ekki tekið með réttum hætti á þessum annmarka á meðferð málsins. Hafi nefndin leitast við að réttlæta þá breytingu sem gerð hafi verið á aðferðinni með ófullnægjandi rökstuðningi. Þar hafi meðal annars verið á því byggt að breytingin hafi ekki falið í sér grundvallarbreytingu á þeirri aðferðarfræði sem beitt hafi verið í frumathugun. Stefnandi telur að öllum ætti að vera ljóst að andmælarétturinn varði ekki einungis aðferðarfræðina sem slíka. Þá blasi við að val á viðmiðunartímabilum sé ekki eingöngu útfærsla á aðferðarfræði sem engu máli hafi skipt fyrir andmæli stefnanda. Andmælin ráðist að miklu leyti af því hvaða tvö tímabil séu borin saman enda forsendur í rekstri félaganna mismunandi eftir tímabilum. Á því er byggt af hálfu stefnanda að samkeppnisráð hafi tekið ákvörðun í málinu án þess að stefnandi hafi fengið að tjá sig um aðferðir samkeppnisyrvalda við útreikninga á meintum ávinningi af samráði. Það feli í sér augljóst brot á andmæla-reglu stjórnsluréttarins. Stefnandi telur engu máli skipta í því sambandi þótt stefnanda hafi gefist kostur á að gagnrýna breytinguna og útreikninginn fyrir áfrýjunarnefndinni. Ákvörðunin sé eftir sem áður haldin efnislegum annmarka og úr honum verði ekki bætt. Annmarki á stjórnslu-meðferð máls leiði til ógildingar úrlausna stjórnvalda. Því beri að fella úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2004 úr gildi að því er stefnanda varði.

Stefnandi byggir jafnframt á því að 1. mars 2002 hafi hann tilkynnt Samkeppnisstofnun að hann væri fús til að ganga til samstarfs við stofnunina með það að markmiði að upplýsa, án tillits til afleiðinga, alla málavexti um ætluð brot félagsins á samkeppnislögum. Með bréfi 5. sama mánaðar hafi verið fallist á þá beiðni. Í bréfinu hafi stefnanda jafnframt verið tilkynnt að hann gæti vænst allt að 50% afsláttar af hugsanlegri sekt að uppfylltum nánar tilgreindum skilyrðum. Fyrir liggir að fjöldi starfsmanna stefnanda hafi komið að málinu með einum eða öðrum hætti. Meðan sumir starfsmenn hafi gefið munnlegar skýrslur hjá samkeppnisyfirvöldum hafi aðkoma annarra takmarkast við upplýsingagjöf. Stefnandi hafi hins vegar haft réttarstöðu sakbornings í lögreglurannsókn sem hófst í september 2003 vegna ætlaðra brota gegn samkeppnislögum ásamt 12 starfsmönnum félagsins. Stefnandi bendir á að þegar rannsókn lögreglunnar hófst hafi stefnandi ekki verið búinn nema að afar takmörkuðu leyti að tjá sig um efnisatriði málsins á stjórnarsýslustigi. Þrátt fyrir mikla réttaróvissu hafi stjórnvöld ákveðið að rannsaka málið á tveimur stöðum samtímis án þess að gæta að þessu. Ekki hafi verið lagt bann við því í þágildandi samkeppnislöggjöf að gögn eða upplýsingar, sem samkeppnisyfirvöld höfðu aflað, yrðu afhent lögreglu. Fyrir vikið telur stefnandi að réttur til sanngjarnrar og réttlátrar málsmeðferðar í stjórnarsýslumálinu hafi verið fótum troðinn. Nánar er á því byggt að þessi aðstaða hafi leitt til þess að útilokað hafi verið fyrir hann að nýta sér rétt sinn til andmæla að því marki sem lög geri ráð fyrir. Máli sínu til stuðnings bendir stefndi á að upplýsingar, sem hann veitti samkeppnisyfirvöldum í tengslum við rannsókn þeirra, hafi verið lagðar til grundvallar ákæru á hendur forstjóra stefnanda auk forstjórum hinna olíufélaganna. Slík málsmeðferð standist enga skoðun. Enda hafi Hæstiréttur Íslands staðfest úrskurð héraðsdóms um frávísun máls á hendur forstjórunum, sbr. dómur Hæstaréttar 16. mars 2007, í máli nr. 92/2007.

Um aðra málsástæðu stefnanda fyrir aðalkröfu hans um ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar vísar stefnandi til þess að ætluð brot stefnanda hafi verið rannsökuð samtímis af samkeppnisyfirvöldum og lögreglu. Stefnandi telur að það fái ekki staðist þær kröfur sem leiða af 1. mgr. 4. gr. 7. samningsviðauka við mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994, þar sem lagt sé bann við tvöfaldri saksókn. Byggir hann á því að samkeppnisyfirvöldum hafi borið að hætta rannsókn málsins þegar lögreglurannsókn hafi hafist. Bendir stefnandi á að í báðum tilvikum sé markmið rannsókna að ná fram refsingu eða refsikenndum viðurlögum, sem verði að fullu jafnað til refsingar á hendur þolendum rannsókna. Stefnandi bendir á að vegna inntaks 7. gr. samningsviðauka mannréttindasáttmála Evrópu geti einungis annar rannsóknaraðilinn náð fram refsingu. Af því leiði að samhliða rannsókn tveggja opinberra rannsóknaraðila á sama máli feli í sér hættu á tvöfaldri saksókn og tvöfaldri refsingu. Þá leiði fyrirsjáanlega af því að margvísleg vandamál komi upp í framkvæmdinni. Hvað sem öðru líði telur stefnandi alveg ljóst að sú málsmeðferð sem viðhöfð hafi verið í máli þessu hafi brotið í bága við rétt stefnanda til réttlátrar málsmeðferðar og því hafi borið að fella málið niður áður en til ákvörðunar kom.

Stefnandi rökstyður þá málsástæðu sína að rannsókn samkeppnisyfirvalda hafi verið ábótavant með tilvísun til þess að nauðsynlegt hafi verið að beita nákvæmari aðferðum til að komast að rétttri niðurstöðu um hvort og þá hve mikill ávinningur stefnanda af samráði við hin olíufélögin hafi verið. Nefndin hafi kveðið upp úrskurð á árinu 2005 og því verið í lófa lagið að kanna hver reiknaður ávinningur

hafi verið ef meint samráðstímabil 1996-2001 væri borið saman við tímabil að samráði loknu, t.d. 2002-2004, eða styttra tímabil, í stað þess að nota sömu aðferð með viðmiðunartímabilið 1993-1995. Áfrýjunarnefnd samkeppnimála hafi komist að þeirri niðurstöðu að rétt væri að leiðrétta útreikning á reiknuðum ávinningi með tilliti til þriggja þátta. Í ljósi þessa hafi nefndinni að sjálfsögðu borið að kanna þessa þætti til hlítar og meta hvaða áhrif hver þeirra hefði til leiðréttingar fyrir sérhvern stefnanda. Í forsendum nefndarinnar sé ekki unnt að sjá merki þess að þetta hafi verið skoðað sérstaklega þó fram komi að tekið hafi verið tillit til þessa. Að þessu leyti hafi samkeppnisyfirvöld brugðist rannsóknarskyldu sinni í málinu.

Varakrafa stefnanda um niðurfellingu sekta er á því reist að brot hans séu fyrnd. Bendir hann á að ekki hafi verið ákvæði um fyrningu brota í samkeppnislögum nr. 8/1993. Af því leiði að reglur um fyrningu í almennum hegningarlögum nr. 19/1940, með síðari breytingum, eigi við í málinu. Samkvæmt 1. mgr. 81. gr. laganna fyrnist sök á tveimur árum þegar ekki liggi þyngri refsing við broti en eins árs fangelsi eða refsing sem til er unnið fari ekki fram úr sektum. Þar sem ekki liggi þyngri refsing við broti gegn ákvæði 52. gr. laga nr. 8/1993 en sekt, fyrnist brot gegn bannákvæðum laganna, á tveimur árum.

Stefnandi tekur fram að með 5. gr. laga nr. 39/2000 hafi verið bætt inn nýju ákvæði, þ.e. 4. tölulið þar sem kveðið hafi verið á um að fyrningarfrestur vegna refsíabýrgðar lögaðila væri fimm ár. Samkvæmt 1. málslíð 1. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga teljist fyrningarfrestur frá þeim degi er refsiverðum verknaði eða refsiverður athafnaleysi hafi lokið. Fyrir liggi að rannsókn samkeppnisstofnunar hafi náð aftur til ársins 1993. Miðað sé við að brotunum hafi lokið við húsleit samkeppnisstofnunar 18. desember 2001. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi lagt til grundvallar að þá hafi fyrning brotanna rofnað. Stefnandi lýsir sig alfarið ósammála túlkun nefndarinnar og telur fyrningu ekki hafa getað rofnað fyrr en honum hafi verið tilkynnt um ákvörðun samkeppnisráðs hinn 29. október 2004. Máli sínu til stuðnings bendir stefnandi á að í íslenskum rétti sé gert ráð fyrir því að í undantekningartilvikum geti stjórnvöld kveðið á um refsiviðurlög, þ.e. sektir. Í slíkum tilvikum gildi ekki almennar reglur um rof í opinberum málum enda aðstaðan ólík að því leyti að hvorki sé um að ræða sjálfstæðan rannsóknaraðila og saksóknara né heldur hlutlausu dómstóla, heldur taki stjórnvaldið sjálft endanlega ákvörðun um refsingu. Í þeim tilvikum gildir sérregla 3. málsl. 4. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga þar sem segi að þegar lög heimili stjórnvaldi endranær að kveða á um refsingu fyrir brot rofni fresturinn þegar stjórnvaldið saki mann um slíkt brot.

Stefnandi telur að túlka beri regluna svo að þegar stjórnvaldi hefur verið falið að ákveða viðurlög í formi sekta geti einungis hlutaðeigandi stjórnvald rofið fyrningarfrest gagnavart þeim er stjórnvaldið hyggst refsá. Önnur stjórnvöld, hversu nátengd sem þau kunna að vera hinu valdbæra stjórnvaldi, geti ekki rofið fyrningarfrestinn. Stefnandi mótmælir alfarið túlkun áfrýjunarnefndar um þetta atriði sem hafi lagt til grundvallar að fyrning rofni þegar stjórnvald á samkeppnisviði saki viðkomandi með skýrum og sannanlegum hætti um tiltekið brot. Stefnandi undirstrikar að í hinu tilvitnaða ákvæði sé ekki gert ráð fyrir að aðgerðir annarra stjórnvalda en þess sem tekur endanlega ákvörðun um refsingu geti rofið fyrningu. Aðkoma samkeppnisráðs hafi því verið nauðsynleg til að rjúfa fyrningarfrestinn. Um tvö aðskilin stjórnvöld sé að ræða sem hafi lögum samkvæmt ólíku hlutverki að gegna. Samkeppnisráð sé sjálfstætt stjórnvald, en mælt sé fyrir

um hlutverk þess í 2. mgr. 5. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 sem og reglugerð nr. 922/2001 um málsmeðferð samkeppnisyfirvalda. Því sé meðal annars falið að taka ákvarðanir um fjárhæð og álagningu stjórnvaldssekta, sbr. 52. gr. laganna. Heimildir ráðsins til að leggja sektir á lögaðila séu óframseljanlegar. Samkeppnisstofnun sé sjálfstæð ríkisstofnun sem hafi heyrð undir viðskiptaráðherra. Hafi stofnunin margvíslegu hlutverki að gegna á sviði samkeppnismála, sbr. 8. gr. samkeppnislaga. Samkeppnisstofnun sé þó aldrei heimilt að leggja stjórnvaldssektir á aðila máls. Leggur stefnandi áherslu á að nán samvinna ráðsins og stofnunarinnar geri það ekki að verkum að um eitt og sama stjórnvaldið sé að ræða í skilningi 4. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga.

Stefnandi kveður einu aðkomu samkeppnisráðs að máli stefnanda hafi verið þegar ráðið tók ákvörðun nr. 21/2004 28. október 2004. Í ákvörðuninni hafi stefnandi verið sakaður um að hafa gerst brotlegur gegn 10. gr. samkeppnislega og honum gert að greiða sekt á grundvelli 52. gr. samkeppnislaga. Á því er byggt í málinu að fyrning hafi fyrst rofnað þegar ákvörðunin barst til vitundar stefnanda daginn eftir eða 29. sama mánaðar.

Í þrautavarakröfu stefnanda er þess krafist að sektin verði lækkuð verulega. Krafan byggist einkum á því að samkvæmt gildandi sektarheimildum hafi borið að sanna ávinning af samráði ef samkeppnisyfirvöld höfðu hug á því að beita veltutengdum viðurlögum eða sektum umfram 40 milljónir. Stefnandi telur þá sönnun ekki hafa tekist enda hafi Samkeppnisstofnun í tilraunum sínum til þess að sanna ávinning, beitt röngum forsendum og gert umfangsmikil mistök við útreikninga sína. Ávinningur sé því með öllu ósannaður og verði stefndi, Samkeppniseftirlitið, að bera hallann af þeim sönnunarskorti. Stefnandi telur að meintur ávinningur sé hið minnsta mun lægri en samkeppnisyfirvöld hafi haldið fram og því verði að lækka sektarfjárhæðina verulega. Lögð sé áhersla á ákvörðun samkeppnisráðs og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málinu hafi verið afar íþyngjandi gagnvart stefnanda í skilningi stjórnvísingur og því hafi borið að beita vægasta úrræði sem völ hafi verið á til þess að ná markmiði sektanna á grundvelli meðalhöfsreglu stjórnvísingur nr. 37/1993. Ekki verði séð að takið hafi verið mið af reglunni við ákvörðunartökuna.

Til nánari rökstuðnings á þessari málsástæðu vísar stefnandi til þess í fyrsta lagi að þeir alvarlegu annmarkar sem hafi verið á rannsókn samkeppnisyfirvalda og brot þeirra á málsmeðferðarreglum eigi að leiða til lækkunar á sektunum. Stefnandi áréttar að ákvæði 52. gr. laga nr. 8/1993 hafi gilt um ákvörðun sekta á í málinu, en ekki sama grein eins og henni hafði verið breytt með lögum nr. 107/2000. Sú niðurstaða sé í samræmi við afstöðu samkeppnisyfirvalda. Í 52. gr. laga nr. 8/1993 hafi verið gerðar gríðarlega ríkar kröfur til samkeppnisyfirvalda um skilyrði og þau takmörk sem því voru sett við sektarákvörðun. Við sektarákvörðun á grundvelli ákvæðisins skyldi til að mynda tekið tillit til þess skaða sem samkeppnishömlur hefðu valdið og þess ávinnings sem þær höfðu haft í för með sér. Bar samkeppnisyfirvöldum jafnframt að sanna ábata af samráðinu og sér í lagi að hann hafi numið hærri fjárhæð en 40 milljónum.

Á grundvelli þessa og þeirrar aðferðarfræði áfrýjunarnefndar samkeppnismála að sannaður ávinningur væri ráðandi viðmið við sektarákvörðun telur stefnandi alveg ljóst að samkeppnisyfirvöld hafi þurft að sanna ávinning af samráði með óyggjandi hætti hafi þau ætlað að beita heimild til að veltutengja viðurlög. Máli

sínu til stuðnings bendir stefnandi á að séu ákvarðanir sem teknar hafi verið í gildistíð 52. gr. laga nr. 8/1993 skoðaðar megi glögglega sjá hversu ríkar sönnunarkröfur hafi hvílt á samkeppnisyfirvöldum á grundvelli ákvæðisins. Sem dæmi um það tilgreinir stefnandi sérstaklega ákvörðun samkeppnisráðs í máli nr. 13/2001. Stefnandi telur af og frá að samkeppnisyfirvöld hafi leitt að fullu í ljós ávinning af samráði í máli þessu og því hafi ekki verið fyrir hendi skilyrði til að beita veltutengdum viðurlögum.

Stefnandi vísar til þess að við mat á ávinningi stefnanda hafi verið stuðst við samanburð á einingaframlegð tímabila, þ.e. árin 1993-1995 voru borin saman við árin 1996-2001. Stefnandi gerir alvarlegar athugasemdir við þá aðferðafræði samkeppnisyfirvalda, þ.e. að taka samráðið annars vegar og hækkun einingarframlegðar hins vegar á milli þessara tímabila og fullyrða að tenging sé þar á milli án tilskyldrar sönnunar. Samkeppnisyfirvöld fullyrði að bein tenging og orsakasambengi sé á milli hækkunar einingarframlegðar og meints samráðs. Gera verði þá kröfu til samkeppnisyfirvalda að þau sanni þessar fullyrðingar og sýni fram á að einingarframlegðin hafi hækkað vegna einhverra ákveðinna tilgreindra aðgerða stefnanda í samræmi við kröfur 52. gr. laga nr. 8/1993.

Fjallað hafi verið um þessi orsakatengsl á bls. 18 í matsgerð Guðmundar Magnússonar og Heimis Haraldssonar. Hafi það verið niðurstaða þeirra að ekki séu unnt að sýna fram á að tiltekið orsakasamband væri milli hugsanlegra samráðsaðgerða annars vegar og aukinnar framlegðar hins vegar. Töldu matsmenn þá aðferðafræði að miða við að öll framlegð umfram viðmið væri tilkomin vegna samráðs fæli í sér of mikla einföldun. Í þessu sambengi megi ekki heldur gleyma því að sektir samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 séu refsing í skilningi 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Af því leiði að öll meðferð og afgreiðsla málsins verði að vera í samræmi við fyrirmæli 6. gr. sáttmálans, þar á meðal kröfur til sönnunar.

Stefnandi telur að hækkun á einingaframlegð eigi sér aðrar skýringar. Hann hafnar því alfarið fullyrðingum þess efnis að það sé samdóma álit fræðimanna að samráð leiði til verulegs yfirverðs. Nægi að nefna í því sambandi að fræðimennirnir Jón Þór Sturluson og Tryggvi Þór Herbertsson hafi bent á að þeir fengju ekki séð að framlegðaraukning, sem eigi að hafa orðið í kjölfar meints samráðs, hafi leitt til verðhækkana olíuvara á Íslandi umfram almennar verðlagshækkanir. Þá vísar stefnandi til rits Simon Bishop og Mike Walker, *The Economics of EC Competition Law*. Stefnandi kveður framangreint jafnframt vera í samræmi við niðurstöðu matsgerðar Guðmundar Magnússonar og Heimis Haraldssonar. Skoðun þeirra á einingarframlegð hafi leitt í ljós að reiknaður ávinningur af bensínsölu væri innan skekkjumarka, þar sem um 7,8% hlutfall reiknaðs ávinnings yrði að teljast óverulegt miðað við grunnforsendur „*fyrir og eftir*“ aðferðarinnar. Hafi ávinningur því í raun verið á bilinu frá 0 krónum til 1.314.000.000 krónur fyrir árin 1996-2001. Stefnandi tekur fram að umrædd matsgerð hafi lagt beint mat á útreikninga og forsendur ávinnings sem byggt var á af hálfu stefnda.

Stefnandi kveður masmennina hafa staðfest í vitnaleiðslum fyrir héraðsdómi í máli nr. E-4965/2005 að ómögulegt væri að segja til um hversu stór hluti af framangreindri tölu væri kominn til vegna samráðs eða vegna annarra ástæðna er áhrif hafi. Þá bendir stefnandi á að tekið hafi verið sérstaklega fram í matsgerð þeirra að sú forsenda Samkeppnisstofnunar, að hinn reiknaði ávinningur væri

eingöngu vegna samráðs, standist ekki. Hinn reiknaði ávinningur samanstandi af ýmsum áhrifavöldum, þar sem samráð, fákeppni, hagvöxtur, launaþróun, gengisþróun, verðbólga, vextir, arðsemiskrafa, hagræðing í rekstri og mörg önnur atriði hafi áhrif á. Þetta sé jafnframt í samræmi við niðurstöður dr. Jóns Þórs Sturlusonar og dr. Tryggva Þórs Herbertssonar sem hafi gagnrýnt að við mat á ætluðum ávinningi af meintu samráði hafi ekki verið tekið tillit til margra annarra þátta sem hafi áhrif á framlegðina eins og heimsmarkaðsverð, arðsemiskrafa, þróun gengis og hagsveifla o.fl. Hafi þeir sérstaklega tekið fram að mikill munur gæti verið á framlegð einstakra ára vegna þróunar gengis íslensku krónunnar. Bentu þeir á að á tímabilinu 1995-1997 hafi framlegð verið nokkuð stöðug en farið svo óðum hækkandi á síðari tímabilinu og hrapaði svo með gengi dollars á árunum 2002-2003.

Af þessu dregur stefnandi þá ályktun að sú forsenda, að ávinningur stefnanda megi að öllu leyti rekja til samráðs, standist enga skoðun. Samráð sé einn þáttur af mörgum sem mögulega hafi getað haft áhrif á aukna einingarframlegð eins og samkeppnisyfirvöld hafi reiknað hana. Það að telja aukna einingarframlegð alla stafa af ólögmeðu samráði sé í raun órökrétt og fjarstæðukennt.

Á grundvelli þess sem rakið hafi verið telur stefnandi að hækkun einingaframlegðar eigi sér aðrar skýringar en samráð. Þetta sjáist best þegar borið sé saman seinna samráðstímabilið frá 1996-2001, sem er það tímabil sem bæði samkeppnisráð og áfrýjunarnefnd samkeppnismála halda því fram að samráðstilvik hafi verið mun alvarlegri, skipulagðari og tíðari, við tímabilið 2002-2004. Á því tímabili hafi samráði verið sannarlega lokið og nýr aðili, Atlantsolía, kominn inn á markaðinn. Með gildum rökum megi halda því fram að markaðsaðstæður hafi verið nær virkri samkeppni á því tímabili en öðrum. Þrátt fyrir þetta sé framlegð félaganna mun meiri eftir að samráði lýkur, sbr. niðurstaða matsgerðar Ólafs Ísleifssonar lektors og Þorsteins Haraldssonar, löggilts endurskoðanda. Af þessu eigi að vera ljóst að aðferðarfræði samkeppnisyfirvalda við útreikning á ávinningi gangi ekki upp.

Stefnandi telur að yfirmatsgerð Guðrúnar Johnsen, Gylfa Zoëga og Þorsteins Haraldssonar hnekki á engan hátt niðurstöðum matsgerðar þeirra Guðmundar Magnússonar og Heimis Haraldssonar. Matsbeiðni er yfirmatið hafi byggst á hafi verið sett fram með afar leiðandi hætti. Í matinu sé eingöngu að finna afar stutt svör sem séu almenn og nánast órökstudd og byggð á óljósum líkum. Þá sé yfirmatið því marki brennt að hvergi sé að finna mat á útreikningum Guðmundar Magnússonar og Heimis Haraldssonar. Verður að skoða sönnunargildi skjalsins í því ljósi.

Að því er varði tilraunir stefnda til að sanna ávinning með nýrri matsgerð þeirra Guðrúnar Johnsen og Gylfa Zoëga, þá kveðst stefnandi gefa lítið fyrir þær. Stefnandi telur að það standist enga skoðun að stefndi reyni að byggja sönnun á ávinningi eftir á, miðað við allt aðrar forsendur en gert hafi verið í ákvörðun nr. 21/2004 og úrskurði nr. 3/2004, og feli í sér brot á stjórnsýslulögum nr. 37/1993. Stjórnvald geti ekki bætt úr annmörkum á rannsókn sinni eftir að það hafi úrskurðað í máli. Þá hafi hinni nýju Alaska nálgun verið hafnað bæði af dómstólum og fræðimönnum. Vísar stefnandi til dóms Hæstaréttar í svonefndu „Dögunarmáli“ nr. 151/2012 sem og yfirmatsgerðar í svonefndu „Alcanmáli“, þar sem samanburði á íslenskum olíumarkaði við Alaskamarkað hafi verið hafnað með öllu enda talið að markaðirnir væru ekki samanburðarhæfir.

Á grundvelli þess sem að framan er rakið telur stefnandi augljóst að ávinningur sé með öllu ósannaður. Vel rökstudd niðurstaða matsmanna liggi fyrir um að ávinningur stefnanda hafi verið 0 til 1.314 milljónir króna og hafi þeirri niðurstöðu ekki verið hnekk. Ekki liggi því fyrir sönnun á því að ávinningur sé umfram 40 milljónir og því telur stefnandi ekki skilyrði til að beita veltutengdum viðurlögum á grundvelli 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993.

Stefnandi rökstyður framangreinda ályktun sína nánari rökum í stefnu. Þar kemur í fyrsta lagi fram að hin svonefnda „fyrir og eftir“ aðferð sé ekki ein og sér tæk til að sanna ávinning stefnanda af samráðinu, enda hafi sú aðferð verið gagnrýnd harðlega af fræðimönnum. Bendir stefnandi á niðurstöðu matsmannanna Heimis Haraldssonar og Guðmundar Magnússonar. Undir þessa gagnrýni sé tekið í skýrslu Emily Clark, Matt Hughes and David Wirth, „Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules“, eða svonefndri „Ashurst skýrslu“, en um sé að ræða skýrslu sem hafi verið unnin fyrir Evrópusambandið og samkeppnisfyrirvöld hafi m.a. vísað sjálf til í sektarákvörðunum sínum á hendur stefnanda og hinum olíufélögum. Samkvæmt skýrslunni sé „fyrir og eftir“ aðferðin í besta falli nothæf til að styðja aðrar og fullkomnari aðgerðir, eins og nánar er fjallað um í stefnu.

Stefnandi tekur fram að í þessum sérfræðigögnum komi fram þrjú atriði um „fyrir og eftir“ aðferðina sem stefnandi telji rétt að vekja athygli héraðsdóms á. Í fyrsta lagi sé aðferðin talin henta þegar samráð vari einungis í stuttan tíma. Samráð í þessu máli hafi verið talið vara frá 1993 til 2001, eða í 9 ár, sem samkeppnisfyrirvöld telji sjálf hafa verið mjög langan tíma. Í öðru lagi henti þessi aðferð ekki vel nema skýr skil séu á milli brotatímabils og annars viðmiðunartímabils. Þetta eigi engan veginn við í þessu máli, þar sem engin skýr skil séu á milli brotatímabils og viðmiðunartímabils, enda tímabilin bæði innan meints brotatímabils. Í þriðja lagi sé aðferðin fyrst og fremst talin gagnast til stuðnings öðrum og fullkomnari aðferðum, en síður ein og sér. Samkeppnisfyrirvöld hafi hins vegar kosið að beita aðferðinni einni og sér. Verði þau að bera hallann af ónákvæmni í þessu sambandi.

Til að sýna enn frekar fram á hversu „fyrir og eftir“ aðferðin henti illa í málinu bendir stefnandi á að ef aðferðin, miðað við forsendur samkeppnisfyrivalda, sé notuð óbreytt að öðru leyti en því að tímabilið 2002-2004 er notað til viðmiðunar samráðstímabilinu í stað árána 1993-1995, komi í ljós að reiknaður ávinningur af samráði verði neikvæður hjá stefnanda um 2,6 milljarða króna á tímabilinu. Þessi niðurstaða sé staðfest af matsmönnum Ólafi Ísleifssyni og Þorsteini Haraldssyni. Þetta eitt og sér sýni að mati stefnanda hversu mjög aðferðarfræði samkeppnisfyrivalda við sönnun á ávinningi sé gölluð. Heimir Haraldsson og Guðmundur Magnússon hafi fjallað um þetta atriði í matsgerð sinni og talið niðurstöðuna sýna hve ómarkviss aðferðin geti verið í samanburði milli tveggja ólíkra tímabila.

Stefnandi telur að viðmiðunartímabilið 2002-2004 sé marktækari við samanburð við tímabilið 1996-2001 en tímabilið 1993-1995, jafnvel þótt í báðum tilvikum kunni útkoman að gefa fjarstæðukennda niðurstöðu að einhverra mati. Því til stuðnings bendir stefnandi á að þá sé verið að bera saman þróun álagningar og framlegðar á samráðstímabili við tímabil eftir að samráði hafi lokið, en þannig eigi

að nota „fyrir-efir“ aðferðina.

Í öðru lagi telur stefnandi að sú breyting sem gerð hafi verið á tímabilum í forsendum samkeppnisráðs fyrir útreikningum sínum hafi verið sérstaklega ámælisverð. Tölur sem kynntar hafi verið stefnendum við frumathugun, hafi verið vegna tímabilanna 1995-1997 og svo 1998-2001 og kveður stefnandi að þær hafi ekki bent til ávinnings af samráði. Tímabilunum hafi verið breytt í 1993-1995 og 1996-2001 að því er stefnanda virðist í þeim eina tilgangi að sýna fram á að ávinningur væri langt umfram það sem samkeppnisstofnun hafði reiknað út og kynnt stefnanda og hinum olúfélögunum.

Stefnandi telur að þetta verði að telja sérstaklega alvarlegt í ljósi stóraukinnar þýðingar sem reiknaður ávinningur hafi fengið við ákvörðun sektar hjá áfrýjunarnefnd og enn frekar í ljósi meðalhófsreglu stjórnsýslulaga nr. 37/1993, en samkvæmt henni beri samkeppnisyfirvöldum að beita vægasta úrræði sem völ sé á til þess að ná markmiði sekta. Einsýnt sé að vægasta úrræðinu hafi ekki verið beitt í málinu af hálfu samkeppnisyfirvalda. Telur stefnandi að með þessu hafi þau gerst sek um gróft brot á meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar.

Í þriðja lagi bendir stefnandi á að mistök hafi verið gerð við útreikninga samkeppnisráðs og áfrýjunarnefndar samkeppnismála á ávinningi stefnanda. Farið hafi verið mjög nákvæmlega yfir forsendur, útreikninga og mat samkeppnisyfirvalda á ætluðum ávinningi stefnanda í matsgerð Heimis Haraldssonar og Guðmundar Magnússonar. Hafi matsmennirnir komist að þeirri niðurstöðu að alvarlegar villur væru í útreikningum samkeppnisyfirvalda. Vísast að mestu til matsgerðarinnar á um þessi atriði, en stefnandi telur þó rétt að gera grein fyrir helstu mistökum:

1) Breytingar á uppgjörsaðferðum leiði til þess að ársreikningar árána 1993-1995 eru ekki samanburðarhæfir við nýrri ársreikninga (frá 1996-2001) sem leiðir til umtalsverðrar skekkju, sbr. bls. 12. í matsgerð.

2) Breyting hafi verið gerð færslu gengismunar á árinu 2000. Ekki hafi verið tekið tillit til þessa í útreikningum áfrýjanda sem leiði af sér umtalsverða skekkju á niðurstöðum og ofmati á reiknuðum ávinningi, sbr. bls. 13 í matsgerð.

3) Fjárhæðir í skýrslu Samkeppnisstofnunar hafi ekki verið bornar saman við ársreikninga með þeim afleiðingum að nokkuð vanti upp á að allir bókhaldsliðir sem tilheyri viðkomandi tekjuliðum séu meðtaldir, sbr. bls. 12 í matsgerð.

4) Samkeppnisstofnun hafi tilgreint tekjur af sölu fljótandi eldsneytis of lágar og þar af leiðandi hafi framlegð verið vanmetin á árunum 1993-1995: Þetta vanmat leiði síðan til ofmats á reiknuðum ávinningi árána 1996-2001, sbr. bls. 12-13 í matsgerð.

5) Ekki hafi verið tekið tillit til þess að sölulaun á milli deilda félagsins hafi á árunum 1993-1995 verið færð til lækkunar á tekjum af seldum vörum, en þetta hafi þýtt að tekjur hafi verið færðar á bensínstöðvarnar sjálfar, en umræddar tekjur hafi verið færðar til lækkunar tekna hjá stefnanda. Af því leiði að tölurnar fyrir tímabilið 1993-1995 séu engan veginn sambærilegar við tölur frá seinna tímabili.

6) Ekki hafi verið tekið tillit til kortaafsláttar til viðskiptavina fyrir seinna tímabil, sem veki furðu þar sem tekið hafi verið tillit til sambærilegs afsláttar fyrir fyrra tímabil, sem verði að teljast algjörlega óskiljanlegt, enda hafi matsmenn gert athugasemd við þetta, sbr. bls. 13-14 í matsgerð.

7) Rekstur stefnanda hafi tekið miklum breytingum á matstímabili og því ekki unnt að leggja ávöxtun eigin fjár fyrirtækis til grundvallar eins og hún birtist í ársreikningi, sbr. bls. 8 í matsgerð.

Matsmenn benda á að mat á heildarávinningi sé 685 milljónum króna of hátt eingöngu á grundvelli þessara mistaka miðað við óbreyttar forsendur áfrýjanda. Stefnandi telur að ef stefndi, Samkeppniseftirlitið, ætli sér að sanna meintan ávinning þá verði að minnsta kosti að leiðrétta þessi augljósu mistök.

Stefnandi byggir þrautavarakröfu sína einnig á því að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi átt að veita sér helmingsafslátt af grunnsekt, kæmi til sekta á annað borð, vegna veittrar aðstoðar við að upplýsa málið. Vísar stefnandi um þetta til heimildar í 2. másl. 2. mgr. 52. mgr. þágildandi samkeppnislaga, sbr. 17. gr. laga nr. 107/2000 og reglna nr. 397/2002. Á því er byggt að stefnandi hafi uppfyllt öll skilyrði til að fá afslátt af grunnfjárhæð sekta. Stefnandi hafi gert allt sem í hans valdi hafi staðið til að upplýsa málið í samvinnu við Samkeppnisstofnun. Áfrýjunarnefnd taki fram í forsendum sínum að aðstoð stefnanda hafi fullnægt skilyrðum fyrir lækun sekta auk þess sem fram komi að félagið hafi gert sitt ítrasta til að tryggja sem besta upplýsingagjöf starfsmanna. Þrátt fyrir þetta hafi stefnanda ekki verið veittur helmingsafsláttur af grunnfjárhæð sektar líkt og reglur heimili. Rökstuðningur stefnda fyrir því að veita ekki hærri afslátt hafi verið að fyrir hendi væru „viss tilvik þar sem starfsmenn OHF hafi ekki gefið fullnægjandi skýringar á gögnum“. Ekki sé leitast við að rökstyðja þetta frekar í úrskurðinum. Stefnandi telur framangreint sjónarmið við ákvörðun afsláttar ómálefnalegt. Hvað sem öðru líði eigi sjónarmiðið hvorki stoð í lögum né lögskýringargögnum. Áherslan sé fyrst og fremst á samvinnu fyrirtækis sem lögaðila, hvenær fyrirtækið leggi fram sönnunargögn og þýðingu gagnanna. Ekki sé minnst einu orði á að einstaka ófullnægjandi skýringar einstakra starfsmanna á einstaka gögnum geti valdið því að afsláttur sektar minnki. Nánar sé á því byggt að áfrýjunarnefndin hafi lagt ómálefnalegt sjónarmið til grundvallar sektarákvörðun að því er varði þann þátt hennar er lúti að afslætti af grunnfjárhæð. Leiði annmarkinn ekki til ógildingar ákvörðunar stjórnvaldssektar beri að veita stefnanda helmingsafslátt af grunnfjárhæð sektar komi til hennar í málinu.

Stefnandi rökstyður fjárkröfu sína á hendur stefnda, íslenska ríkinu, á þann veg að hann hafi greitt sekt samkvæmt úrskurðarorði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2004 frá 29. janúar 2005 með fyrirvara um lögmati hennar. Verði fallist á aðalkröfu stefnanda um ógildingunni úrskurðar eða varakröfu um niðurfellingunni sektar beri stefnda, íslenska ríkinu, með vísan til almennra reglna kröfuréttar og ólögfesta reglna um endurgreiðslu ofgreidds fjár, að endurgreiða stefnanda umrædda fjárhæð. Í báðum tilvikum sé þess krafist að fjárhæðin beri vexti samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu með lögjöfnun frá ákvæðum laga nr. 29/1995 um endurgreiðslu oftekinna skatta og gjalda. Í því sambandi bendir stefnandi á að enda þótt lagafyrirmæli séu ekki skýr um það með hvaða hætti beri að haga endurgreiðslu í þeim tilvikum þegar stjórnvaldssekt hefur verið ofgreidd,

vegna atvika sem varði stjórnvöld, eigi þau sjónarmið sem búi að baki lögum nr. 29/1995 fullum fetum við í málinu. Af því leiði að beita beri ákvæðum 1. og 2. gr. laganna með lögjöfnun varðandi skyldu stefnda, íslenska ríkisins, til að greiða vexti af því fé sem stefnandi hefur greitt í stjórnvaldssekt umfram lagaskyldu.

Til stuðnings þessu sjónarmiði bendir stefnandi á að dómstólum sé heimilt að beita þeirri efnisreglu sem leidd verði af lagaákvæði með túlkun um eðlislík eða sambærileg tilvik, sem ekki falli undir regluna, enda verði talið að aðrar réttarheimildir geti ekki átt við um tilvikið og ljóst þygi að ekki standi mikilvæg lagarök eða meginreglur til þess að um tilvikið sé fjallað í öðrum réttarheimildum, einkanlega í settum lögum. Vísar stefnandi enn fremur til frumvarps sem varð að lögum nr. 29/1995, en þar segi að með lögnum sé lögfest sú meginregla að gjaldandi, sem hafi ofgreitt skatta eða gjöld, eigi rétt á endurgreiðslu óháð því hvort hann hafi greitt með fyrirvara eða ekki. Samkvæmt 1. mgr. 1. gr. laganna beri stjórnvöldum að endurgreiða skatta og gjöld sem reynast ofgreidd lögum samkvæmt. Þá beri jafnframt að greiða vexti frá þeim tíma þegar ofgreitt hefur verið og þar til endurgreiðsla eigi sér stað, þ.e. allan þann tíma sem féð er í vörslu ríkissjóðs, sbr. 1. mgr. 2. gr. laganna.

Stefnandi byggir á því að sömu sjónarmið og liggi til grundvallar 1. og 2. gr. laganna eigi við um rétt þeirra aðila sem greitt hafi stjórnvaldssektir sem reynast ofgreiddar lögum samkvæmt. Hann leggur áhersla á að staða stefnanda sé í engu frábrugðin stöðu þeirra sem öðlist rétt til endurgreiðslu ásamt vöxtum samkvæmt lögum nr. 29/1995. Samkvæmt því eigi stefndi, íslenska ríkið, að greiða vexti af því fé sem stefnandi hafi greitt í stjórnvaldssekt þannig að hið ofgreidda fé beri vexti samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 frá þeim tíma sem greiðslan var innt af hendi 3. maí 2005. SanngirnISRök leiða til sömu niðurstöðu.

Komi til þess að stefnanda verði gert að greiða sekt en lægri fjárhæðar en ákveðin hafi verið í úrskurði áfrýjunarnefndar gerir stefnandi þá kröfu til vara að íslenska ríkið endurgreiði mismun þeirrar fjárhæðar sem stefnandi hafi þegar greitt og þeirrar fjárhæðar sem þannig yrði ákvörðuð með dómi. Í því tilviki er þess enn fremur krafist að fjárhæðin beri vexti skv. 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001. Varakrafa stefnanda er reist á því að málsmeðferðarreglur stjórnarsýsluréttarins hafi verið brotnar og að sektum hafi verið beitt þrátt fyrir að meint brot væru fyrnd samkvæmt reglum almennra hegningarlaga. Verði fallist á varakröfu stefnanda verði að virða það samkeppnisyfirvöldum til sakar að hafa ekki farið að lögum í starfsemi sinni og við framkvæmd opinbers valds. Þegar mat sé lagt á saknæmi verði að horfa til þess að stefnandi hafi ítrekað bent á þá annmarka sem hafi verið á málsmeðferð við rannsókn þess og skorað á samkeppnisyfirvöld að fara lögum og stjórnarsýslureglum. Líkt og málgögn beri með sér hafi samkeppnisyfirvöld skellt skollaeyrum við aðvörunum og ábendingum stefnanda í þessu sambandi. Verði a.m.k. að virða þeim óvönduð vinnubrögð til gáleysis.

Um lagarök fyrir ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála kveðst stefnandi byggja á meginreglu stjórnarsýsluréttar um ógildanleika stjórnvaldsákvæðana sem haldnar séu verulegum annmörkum, sbr. 10. gr. og 13. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Þá kveðst hann byggja á meginreglunni um um bann við tvöfaldri saksókn sem komi m.a. fram í 1. mgr. 4. gr. 7 viðauka við Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Kröfu sína um niðurfellingu sekta byggir stefnandi m.a. á reglum 80. til 81. gr. almennra hegningarlaga nr.

19/1940 um fyrningu með sérstakri áherslu á 3. másl. 4. mgr. 82. gr. laganna. Þá sé vísað til 69. gr. stjórnarskrárinnar og 7. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Kröfu sína um lækkuð sektu sé auk framangreinds reist á 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 og reglum samkeppnisráðs nr. 397/2002. Þá kveður hann kröfu um endurgreiðslu úr hendi stefnda, íslenska ríkinu, vera reista á almennum reglum kröfuréttar. Krafa um vexti sé reist á lögjöfnun frá 1. og 2. gr. laga nr. 29/1995 um endurgreiðslu oftekinna skatta og gjalda, sbr. 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Þá sé málskostnaðarkrafa byggð á 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

2. Málsástæður og lagarök stefndu

Krafa stefndu um að þeir verði sýknaðir af kröfum stefnanda er reist á því að málsmeðferð og niðurstaða úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi verið í samræmi við lög og reglur. Stefndu byggja á því að engir annamarkar hafi verið á meðferð málsins hjá áfrýjunarnefnd samkeppnismála og samkeppnisráði sem leitt geti til ógildingar á úrskurði nefndarinnar. Stefndu mótmæla því öllum máls ástæðum stefnanda. Stefndu taka fram að þegar rætt er um stefnda er átt við stefnda Samkeppniseftirlitið þegar rætt er um kröfur er beinast að úrskurði áfrýjunarnefndar, en stefnda, íslenska ríkið, þegar fjallað er um endurgreiðslukröfu sektarinnar.

Stefndi mótmælir því að brotið hafi verið gegn andmælarétti stefnanda við meðferð málsins. Hann tekur fram að andmælaréttur aðila stjórnáskilum máls feli í sér að aðili skuli eiga þess kost að kynna sér gögn málsins og tjá sig um efni þess áður en stjórnvald tekur ákvörðun í því. Í samræmi við það hafi stefnanda ítrekað verið boðið að koma að athugasemdum og sjónarmiðum sínum við meðferð málsins. Í þessu sambandi hafi Samkeppnisstofnun samið sérstök andmælaskjöl, svonefndar frumathuganir, og veitt stefnanda aðgang að öllum gögnum málsins. Þá hafi stofnunin orðið við öllum beiðnum stefnanda um fundi svo hann fengi komið að skýringum sínum. Stefndu hafi einnig verið veitt færi á að tjá sig munnlega fyrir Samkeppnisstofnun, samkeppnisráði og áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Í ákvörðun samkeppnisráðs í máli félaganna hafi verið tekin rökstudd afstaða til allra sjónarmiða stefnanda, en það hafi auðveldað stefnanda að semja kæru til nefndarinnar og flytja mál sitt fyrir henni. Með vísan til þessa byggir stefndi á því að stefnandi hafi notið fullnægjandi andmælaréttar við meðferð málsins, sbr. 13. gr. stjórnáskilulaga og reglur nr. 922/2001 um málsmeðferð samkeppnisyfirvalda. Stefndu beri hins vegar sjálfur ábyrgð á því hvernig hann nýtti andmælarétt sinn.

Að því er snerti þá málsástæðu stefnanda að samkeppnisráð hafi breytt forsendum við útreikning á ávinningi tekur stefndi fram að í andmælarétti felist ekki að aðili skuli eiga þess kost að tjá sig um þær röksemdir eða lagasjónarmið sem stjórnvald kunni að leggja til grundvallar ákvörðun sinni. Allt að einu sé ljóst að stefnandi hafi vitað að ávinningur hans af samráðinu gæti haft áhrif á fjárhæð sektarinnar sem kynni að vera lögð á hann.

Stefndi tekur fram að í frumathugun hafi komið fram að æskilegra hefði verið að byggja viðmiðunina á eldra tímabili. Eftir að frumathugun hafði verið birt hafi komið í ljós að stefnandi byggði yfir gögnum um einingaframlegð sína á árunum

1993 til 1995 öndvert við það sem félagið hafði áður upplýst. Það hafi fyrst verið eftir að Samkeppnisstofnun hafi verið komin með þær upplýsingar í hendur að unnt hafi verið að bera saman þróun einingaframlegðar olíufélaganna á árunum 1993 til 1995 samanborið við árin 1996 til 2001.

Með vísan til framangreinds byggir stefndi á því að sú aðferð sem samkeppnisráð hafi lagt til grundvallar hafi verið rökrétt í ljósi þeirra upplýsinga sem bæst höfðu við málið miðað við það sem sagði í síðari hluta frumathugunar Samkeppnisstofnunar. Hér beri einnig að líta til þess að með bréfi, dags. 27. ágúst 2004, hafi félögunum verið sendur listi yfir þau gögn sem bæst höfðu við málið. Á listanum hafi verið bréf Samkeppnisstofnunar, dags. 9. júlí 2004, og svarbréf stefnanda, dags. 27. ágúst 2004, með umbeðnum upplýsingum um framlegð. Stefnanda hafi því verið í lófa lagið að bregðast við hinum nýju upplýsingum. Andmælaréttur stefnanda hafi því verið virtur.

Stefndi vísar jafnframt til þess að til grundvallar niðurstöðu samkeppnisráðs hafi legið sömu gögn og stefnandi hafi haft undir höndum. Stefnandi hafi átt þess kost að tjá sig um gögnin auk þess sem aðferðafræði við útreikningana hafi verið sambærileg og í frumathugun Samkeppnisstofnunar. Þá hafi hann tjáð sig um útreikningana fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Stefnandi hafi ekki bent á nein atriði sem hann hafi ekki átt kost á að koma á framfæri vegna þessa. Þessi málsástæða hans sé því vanreifud. Auk þess vísar stefndi til þess að breytingin á viðmiðunartímabilinu hafi verið málefnaleg og í samræmi við kröfur stjórnisýsluréttar um að mál sé upplýst með fullnægjandi hætti. Þá hafi hún ekki breytt neinu um að ávinningur félaganna hafi verið langt umfram fjárhæð þeirra sekta sem félögunum hafi verið gert að greiða í ákvörðun samkeppnisráðs.

Stefndi vísar enn fremur til þess að í ákvörðun samkeppnisráðs hafi verið tekin afstaða til sjónarmiða stefnanda um sektir og ávinning. Þetta hafi auðveldað stefnanda að semja kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og flytja mál sitt munnlega fyrir nefndinni. Stefnandi hafi því fengið ítrekað tækifæri til að tjá sig um ávinning félaganna af samráðinu og nýtt sér það. Jafnvel þótt talið yrði að gefa hefði mátt stefnanda kost á að tjá sig frekar áður en ákvörðun samkeppnisráðs var tekin sé ljóst að bætt hafi verið úr þeim annmarka við meðferð málsins fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Stefnandi hafi heldur ekki bent á nokkurt atriði sem hann hafi ekki átt kost á að koma á framfæri vegna þessa. Hvað sem öðru líður sé því ósannað að ætlað brot á andmælarétti stefnanda eigi að leiða til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Stefndi mótmælir einnig þeirri málsástæðu stefnanda að hann hafi ekki notið andmælaréttar eftir að lögregla hóf rannsókn á brotum olíufélaganna þar sem hann ahfi ekki haft tryggingu fyrir því að upplýsingar sem þannig væru gefnar yrðu ekki notaðar í sakamáli sem höfðað yrði gegn stefnanda og starfsmönnum hans. Stefnandi tekur fram að samhliða rannsókn stjórnvalds og lögreglu á háttsemi lögaðila og starfsmanna hans sé hvorki bönnuð í lögum né brjóti hún gegn andmælarétti stefnanda. Þannig telur stefndi að lögaðili geti sætt stjórnisýsluviðurlögum en starfsmenn hans refsiviðurlögum. Af dómi Hæstaréttar í máli nr. 92/2007 megi ráða að í sakamáli, sem höfðað sé á hendur starfsmanni, geti verið takmarkanir á því að byggja megi á upplýsingum sem starfsmaðurinn hafi veitt stjórnvaldi sem rannsaki brot lögaðilans. Slíkar takmarkanir breyti því hins vegar ekki að lögaðilinn beri sjálfur ábyrgð á því hvort hann nýti rétt sinn til þess að tjá sig um efni

stjórnsýslumálsins.

Af hálfu stefnda er einnig á því byggt að brot á andmælarétti leiði almennt ekki til þess að stjórnvaldsákvörðun sé felld úr gildi nema það hafi í reynd haft þau áhrif að aðili máls hafi ekki komið að tilteknum sjónarmiðum eða gögnum sem hafi verið fallin til þess að hafa áhrif á niðurstöðu málsins. Í stefnu sé ekki reifað hvort og með hvaða hætti lýsing á brotum stefnanda í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé röng. Því verði að leggja til grundvallar að stefnandi hafi notið fullnægjandi andmælaréttar. Í þessu sambandi vekur stefndi athygli á því að stefnandi hafi byggt á sömu málsástæðu í máli því sem hann höfðaði gegn stefndu á árinu 2006. Með dómi Hæstaréttar 31. janúar 2013 í máli nr. 437/2012 hafi málinu verið vísað frá héraðsdómi meðal annars af þeirri ástæðu að félögin hafi ekki tekið afstöðu til þess að hvaða marki lýsing atvika varðandi ætluð brot kynni að vera röng. Stefndi telur þessa málsástæðu enn þá vanreifaða af hálfu stefnanda.

Hvað sem framansögðu líður mótmælir stefndi því að stefnandi hafi ekki átt þess kost að tjá sig um efni málsins vegna rannsóknar lögreglu. Að beiðni stefnanda sjálfs hafi starfsmenn stefnanda fjallað um og veitt af fúsum og frjálsum vilja upplýsingar um ýmis atvik og sönnunargögn á fundum hjá Samkeppnisstofnun. Þessi upplýsingagjöf hafi farið fram í viðurvist lögmannna stefnanda. Af fundargerðum vegna þessara funda verði ráðið að starfsmenn stefnanda hafi ítrekað bent á að tiltekin gögn væru ekki til vitnis um samráð og að tiltekið samráð væri ekki eins alvarlegt og annars mætti ætla. Af þessu verði ekki dregin önnur ályktun en að hann hafi komið að öllum sjónarmiðum sínum í málinu. Af framangreindu leiði að sú aðstaða sem stefnandi vísi til geti ekki leitt til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Þá telur stefndi ekki unnt að horfa fram hjá því að stefnandi hafi óskað eftir því að eiga samvinnu við Samkeppnisstofnun um að upplýsa málið. Í þessu skyni hafi félagið leitað eftir því við starfsmenn sína að þeir veittu stofnuninni upplýsingar og hafi þeir orðið við því af fúsum og frjálsum vilja. Í athugasemdum stefnanda við síðari hluta frumathugunar komi fram að stefnandi hafi átt í „fullu samstarfi“ við Samkeppnisstofnun., auk þess sem þar er fjallað um „greinargóðar játningar umbj. okkar og gott samstarf við Samkeppnisstofnun við að upplýsa málið.“ Voru athugasemdirnar ítarlegar bæði um form og efni málsins. Í þeim sé hvergi vikið að því að rannsókn lögreglu hafi gert stefnanda ókleift að tjá sig í stjórnsýslumálinu. Í ítarlegri kæru stefnanda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi heldur ekki verið byggt á því að rannsókn lögreglu hafi gert að engu eða takmarkað andmælarétt félagsins. Málsástæða stefnanda felur því í sér eftiráskýringu og sé í ósamræmi við fyrri afstöðu hans.

Stefndi vísar til þess að rannsókn lögreglu hafi lokið á árinu 2006 og sakamálinu á hendur forstjóra stefnanda í ársbyrjun 2007. Miðað við málatilbúnað stefnanda hafi eftir þetta tímamark engin vandkvæði verið fyrir hann að afla upplýsinga frá starfsmönnum sínum og benda á mikilvæg efnisatriði sem hann hafi ekki getað komið að fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála eða samkeppnisráði.

Stefndi mótmælir því að stefnandi hefði gert að engu þagnarrétt sinn við rannsókn lögreglu hefði hann tjáð sig í stjórnsýslumálinu. Kjarni þagnarréttarins felist í því að vernda vilja þess sem er borinn sökum um refsivert brot til að neita að tjá sig. Fyrirtæki og aðrir lögaðilar búi ekki yfir slíkum vilja, sbr. meðal annars dóm

dómstóls ESB 29. júní 2006 í máli nr. C-301/04P Framkvæmdastjórnin gegn SGL Carbon. Andmælaréttur stefnanda við meðferð stjórnáskilumálsins hafi því ekki getað valdið stefnanda réttarspjöllum við rannsókn lögreglu. Þá hafi stefnandi borið ábyrgð á því hvort hann nýtti andmælarétt sinn með tilliti til áhrifa þess á rannsókn lögreglu. Stefndi áréttar í því sambandi að það fari ekki gegn mannréttindasáttmála Evrópu að sami aðili sæti rannsókn á tveimur eða fleiri stigum á sama tíma. Það fari því ekki gegn grundvallarréttindum sé aðili í þeirri stöðu að þurfa að ákveða hvort það þjóni hagsmunum hans að tjá sig í stjórnáskilumáli með tilliti til áhrifa þess á sakamál.

Stefndi mótmælir röksemdum stefnanda er lúta að því að samhliða rannsókn Samkeppnisstofnunar og lögreglu á brotum stefnanda hafi ekki samrýmst grundvallarreglum 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. og 7. gr. sem og 1. mgr. 4. gr. við auka nr. 7 við mannréttindasáttamála Evrópu. Stefndi tekur fram að rannsókn Samkeppnisstofnunar á því hvort félögin hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og ákvörðun samkeppnisráðs um að gera félögunum að greiða sektir vegna brotanna hafi byggst á skýrum heimildum í lögunum. Hafi rannsókn Samkeppnisstofnunar verið reist á fyrirmælum samkeppnislaga, en í þeim hafi Samkeppnisstofnun og samkeppnisráði verið falið að framfylgja banni 10. gr. laganna við ólögsmætu samráði fyrirtækja og ákveða aðgerðir gegn samkeppnis hamlandi aðgerðum þeirra, sbr. 8. gr. laganna. Í 52. gr. laganna hafi verið kveðið á um að samkeppnisráð legði stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brytu gegn bannákvæðum laganna. Samkvæmt 57. gr. laganna hafi brot gegn þeim varðað fésektum eða fangelsi allt að tveimur árum en fangelsi allt að fjórum árum ef sakir voru miklar. Þannig hafi verið gert ráð fyrir því að brot gegn lögunum gætu hvort tveggja leitt til stjórnáskilumála gagnvart brotlegum fyrirtækjum og varðað brotleg fyrirtæki og einstaklinga refsingu í opinberu máli. Hliðstæð ákvæði séu í samkeppnislögum nr. 44/2005 að því frátöldu að aðeins er gert ráð fyrir stjórn áskilumála gagnvart brotlegum fyrirtækjum. Þær breytingar sem hafi verið gerðar á síðastnefndu lögunum með lögum nr. 92/2007 staðfesti fremur en annað að það samræmist framangreindum ákvæðum stjórnarskrár og mannréttindasáttmála Evrópu að fyrirtæki sé gerð stjórnvaldssekt en einstaklingur sæti refsingu fyrir brot á 10. gr. samkeppnislaga.

Stefndi vísar jafnframt til þess að í 1. mgr. 4. gr. viðauka nr. 7 við mannréttindasáttmála Evrópu sé í íslenskri þýðingu kveðið á um að enginn skuli sæta lögsókn né refsingu að nýju í sakamáli innan lögsögu sama ríkis fyrir brot sem hann hafi þegar verið sýknaður af eða sakfelldur fyrir með lokadómi samkvæmt lögum og sakamálaréttarfari viðkomandi ríkis.

Samkeppnislögum hafi á þessum tíma gert ráð fyrir að samkeppnisráð legði stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brytu gegn bannákvæðum lagana sem og að dómstólar gætu dæmt fyrirtæki til fésektar fyrir slík brot að undangenginni rannsókn lögreglu og útgáfu ákæru. Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 92/2007 sé hvergi vikið að því að samhliða rannsókn Samkeppnisstofnunar og lögreglu brjóti í bága við rétt félaganna, þ. á m. stefnanda, samkvæmt stjórnarskrá eða mannréttinda sáttmála Evrópu. Í samræmi við það sé í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 52/2007 bent á að bann 1. mgr. 4. gr. viðauka nr. 7 við mannréttindasáttmála Evrópu komi ekki í veg fyrir „að mál sæti á sama tíma málsmeðferð á tveimur eða fleiri stigum (samhliða málsmeðferð)“.

Hvað sem framansögðu líður telur stefndi ekki unnt að horfa fram hjá því að opinbert mál hafi ekki verið höfðað á hendur félögunum. Bann 1. mgr. 4. gr. viðauka nr. 7 við mannréttindasáttmála Evrópu eigi ekki við nema viðkomandi hafi verið sýknaður eða sakfelldur með lokadómi. Samkvæmt því sé ekki um að ræða bann við samhliða málsmeðferð heldur nýrri málsmeðferð gagnvart sama aðila í þeim tilvikum sem lokadómur á hendur honum liggi fyrir, sbr. dóm Mannréttinda dómstóls Evrópu 10. febrúar 2009 í máli Zolotukhin gegn Rússlandi og ákvörðun dómsins 30. maí 2000 í máli R.T. gegn Sviss. Engin neikvæð réttarhrif slíks loka dóms hafi verið fyrir hendi er áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi kveðið upp úrskurð í máli stefnanda.

Stefnandi bendir enn fremur á að rannsókn Samkeppnisstofnunar hafi verið nauðsynleg til til að komast að niðurstöðu um hvort olúfélögin hefðu brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og til að beina fyrirmælum til þeirra á grundvelli 17. gr. laganna. Slík fyrirmæli feli í sér íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun sem verði ekki tekin án undangenginnar rannsóknar og málsmeðferðar. Hafi niðurstaðan orðið sú að slíkum fyrirmælum hafi verið beint til félaganna.

Stefndi telur að stefnandi hafi ekki reifað með fullnægjandi hætti í hverju brot gegn rétti hans til réttlátrar málsmeðferðar hafi falist. Verði þessi málsástæða helst skilin þannig að brotið hafi verið gegn ætluðum rétti félagsins til að fella ekki á sig sök við meðferð stjórnslumálsins. Stefndi mótmælir því að stefnandi njóti slíks réttar. Verði ekki á það fallist mótmælir stefndi því að brotið hafi verið gegn slíkum rétti stefnanda. Enda þótt stjórnsluviðurlög teljist ekki til refsinga í íslenskum rétti sé litið svo á að stjórnvaldssekt fyrir brot gegn samkeppnislögum feli í sér viðurlög við refsiverðu broti í skilningi 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. dóm Mannréttindadómstóls Evrópu 27. september 2011 í máli nr. 43509/08, Menarini gegn Ítalíu. Þeim sem borinn sé sökum um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. sé því óskýlt að tjá sig eða láta í té upplýsingar sem leitt geti til sakfellingar hans. Fyrirtæki njóti hins vegar ekki slíks réttar eins og skýrt sé bent á í almennum athugasemdum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 52/2007. Mannréttindadómstóll Evrópu hafi heldur ekki fallist á slíkan þagnarrétt fyrirtækja. Þessu til stuðnings vísar stefndi enn fremur til dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins, en dómstólar ESB hafi litið svo á að réttur fyrirtækja til að fella ekki á sig sök eigi aðeins við í þeim tilvikum þegar samkeppnisfyrirvöld þvingi fram slíkar upplýsingar, eins og nánar er fjallað um í greinargerð stefndu. Fyrirtæki geti því ekki borið fyrir sig réttindi sem starfsmenn þeirra njóti. Þannig geti þau ekki neitað að afhenda gögn á þeim grundvelli að gögnin geti fellt sök á starfsmenn fyrirtækisins.

Þær upplýsingar sem starfsmenn stefnanda hafi veitt á fundum með Samkeppnisstofnun hafi hvað sem framansögðu líður ekki verið veittar að kröfu stofnunarinnar. Þvert á móti hafi starfsmennirnir veitt upplýsingarnar af fúsum og frjálsum vilja á grundvelli óskar stefnanda um að eiga samstarf við samkeppnisfyrirvöld með það fyrir augum að sekt hans yrði lækkuð. Umrædd upplýsingagjöf feli því ekki í sér brot á ætluðum þagnarrétti stefnanda. Stefndi vísar að öðru leyti til umfjöllunar á bls. 16-23 í ákvörðun samkeppnisráðs og bls. 36-37 í greinargerð samkeppnisráðs til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Stefndi mótmælir málsástæðum stefnanda er lúta að því að málið hafi ekki verið rannsakað nægjanlega. Ítarleg og vönduð rannsókn hafi legið til grundvallar ákvörðun samkeppnisráðs og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Enda þótt stefnandi sé ósammála niðurstöðu nefndarinnar leiði það ekki til þess að rannsókn málsins hafi verið ófullnægjandi. Stefndi hafnar því að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi átt að nota upplýsingar úr rekstri olíufélaganna á árunum 2002 til 2004 til að leiða í ljós áhrif samráðsins í stað þess að styðjast við framlegð árána 1993 til 1995. Almennt sé ekki unnt að notast við samanburðartímabil eftir að rannsókn á samráði hefst af þeirri ástæðu að fyrirtæki hafi þá augljósan hag af því að lækka ekki verð eða álagningu á þeim tíma og sanna með því skaðleg áhrif samráðsins. Að því er snerti áhrif hagvaxtar, gengis- og vísitölubreytinga vísar stefndi til umfjöllunar um þau atriði til úrskurðar nefndarinnar, en þessi atriði hafi horft til mildunar sektarákvörðunar. Er því mótmælt að nefndin hafi ekki rannsakað áhrif þessara þátta með fullnægjandi hætti.

Í tilefni af varakröfu stefnanda um niðurfellingu sektarákvæða í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála tekur stefndi fram að um fyrningu brotanna hafi gilt reglur almennra hegningarlaga með lögjöfnun. Í 5. mgr. 81. gr. almennra hegningarlaga, sbr. lög nr. 39/2000, sé mælt fyrir um að fyrningarfrestur vegna refsíabýrgðar lögaðila sé fimm ár. Þar sem um samfelld brot hafi verið að ræða hafi sami fyrningarfrestur gilt um allt brotið. Samfelldu broti stefnanda hafi í fyrsta lagi lokið við húsleit Samkeppnisstofnunar á starfsstöð stefnanda 18. desember 2001. Fyrningarfrestur brotsins hafi því fyrst byrjað að líða þann dag, sbr. 4. mgr. 82. gr. laganna. Með vísan til framangreinds byggir stefndi á því að fyrning hafi ekki staðið í vegi fyrir sektarákvörðun samkeppnisráðs 28. október 2004. Þá mótmælir stefndi því að tveggja ára fyrningarfrestur samkvæmt 1. mgr. 81. gr. almennra hegningarlaga hafi gilt um brot stefnanda, enda hafi verið kveðið á um fimm ára fyrningarfrest vegna refsíabýrgðar lögaðila á þeim tíma sem samfelldu broti stefnanda hafi lokið.

Stefndi byggir enn fremur á því að Samkeppnisstofnun og samkeppnisráð hafi farið sameiginlega með rannsókn brota á samkeppnislögum. Samkvæmt 8. gr. samkeppnislaga hafi það verið hlutverk Samkeppnisstofnunar að undirbúa mál sem lögð hafi verið fyrir samkeppnisráð og annast dagleg störf ráðsins. Eftir húsleit á starfsstöð stefnanda hafi honum því ekki getað dulist að hann var sakaður um brot gegn samkeppnislögum sem lokið gæti með ákvörðun samkeppnisráðs þar sem honum yrði gert að greiða stjórnvaldssekt fyrir brot á 10. gr. samkeppnislaga. Ítrekaðar beiðnir félagsins um að ljúka málinu með sátt staðfesti þetta. Gögn málsins staðfesti að fyrningarfresturinn hafi ítrekað verið rofinn við rannsókn Samkeppnisstofnunar. Engu breyti um rof fyrningar þótt hluti af verkefnum samkeppnisráð hafi verið unninn af Samkeppnisstofnun.

Verði ekki fallist á að ákvæðum almennra hegningarlaga verði beitt með lögjöfnun byggir stefndi á því að heimild samkeppnisráðs til að leggja stjórnvaldssekt á stefnanda hafi aðeins takmarkast af fyrirmælum stjórnsýslulaga um málshraða auk almennra sjónarmiða um réttaröryggi. Stefndi vísar til hliðsjónar um þetta atriði til dóms dómstóls ESB 14. júlí 1972 í máli C-48/69, ICI gegn framkvæmdastjórninni, og dóms undirréttar ESB 6. október 2005 í málum nr. T-22-23/02, Sumitomo Chemicals gegn framkvæmdastjórninni.

Stefndi mótmælir þrautavarakröfu stefnanda um lækkingu sekta. Hann vísar til þess að í úrskurði áfrýjunarnefndar séu á bls. 242-253 ítarlega rakin þau sjónarmið sem liggja að baki ákvörðun sektarinnar sem lögð hafi verið á stefnanda, sbr. einnig bls. 798-958 í ákvörðun samkeppnisráðs. Mat á fjárhæð sektarinnar hafi verið reist á lögmætum og málefnalegum sjónarmiðum. Háttsemi stefnanda hafi falið í sér mjög alvarleg brot gegn 10. gr. samkeppnislaga. Brotin hafi staðið yfir samfellt í níu ár og varðað umfangsmikil viðskipti með nauðsynjavörur. Brotin hafi verið skipulögð og hafi æðstu stjórnendur stefnanda átt þátt í þeim. Þá hafi verið um ein beittan ásetning að ræða og reynt hafi verið að hylma yfir brotin. Brotin hafi að verulegu leyti komið til framkvæmda og með því haft skaðleg áhrif á markaðinn þar sem félögin höfðu samanlagt nær 100% markaðshlutdeild. Þá hafi stefnandi haft verulegan ávinning af brotunum. Byggir stefndi á því að sekt stefnanda að fjárhæð 495 milljónir króna hafi því verið í hóf stillt.

Af hálfu stefnda er því lýst yfir í greinargerð að við ákvörðun sektarinnar hafi verið rétt að líta til 52. gr. samkeppnislaga áður en breytingar voru gerðar á ákvæðinu með lögum nr. 107/2000. Um það vísar stefndi til umfjöllunar í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Stefndi vísar til þess að samkvæmt 52. gr. laganna hafi við ákvörðun viðurlaga borið að líta til þess hversu alvarleg brot væru og þess skaða sem þau hefðu valdið, til ávinnings af broti og hvað brot hefðu staðið lengi yfir. Ekki sé um tæmandi talningu að ræða á þeim sjónarmiðum sem líta megi til við ákvörðun um hæfilega sektarfjárhæð, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar 30. október 2003 í máli nr. 37/2003.

Stefndi byggir á því að markmið stjórnvaldssekta vegna brota á samkeppnislögum sé að skapa almenn og sérstök varnaðaráhrif og stuðla með því að og efla virka samkeppni. Stjórnvaldssektir verði að hafa þau áhrif að sporna við frekari eða sambærilegum brotum með almennum og sértökum hætti auk þess að vera hæfileg refsing við broti þess sem í hlut á.

Stefndi byggir á því að ákvæði 52. gr. laganna áskilji ekki að sektir séu ákveðnar í hlutfalli af ávinningi af broti. Mat á ávinningi snúi fyrst og fremst að því hvort sektarhámark miðist við 40 milljónir króna eða 10% af veltu fyrirtækis. Á hinn bóginn geti verið málefnalegt að líta til ólíks ávinnings fyrirtækja af samráði við ákvörðun sektar hvers þeirra. Stefndi byggir á því að vafi um nákvæma fjárhæð ávinnings stefnanda hafi að öðru leyti ekki áhrif á heimild samkeppnisyfirvalda til að leggja sekt á hann.

Stefndi byggir á því að ávinningur stefnanda af þátttöku í samráði félaganna hafi sannanlega numið hærri fjárhæð en 40 milljónum króna. Því hafi verið rétt að miða sektarhámark við 10% af veltu síðastliðins almanaksárs af þeirri starfsemi stefnanda sem í hlut átti.

Stefndi styður málalíbúnað sinn að þessu leyti við eftirfarandi röksemdir: Gögn málsins hafi sýnt að tilgangur olíufélaganna með samráðinu hafi verið að skapa þeim betri afkomu í formi hækkaðrar framlegðar. Kjöraðstæður hafi verið á olíumarkaðnum að ná árangri í ólögmetu samráði. Samtímagögn sýni að félögin hafi talið sig ná árangri við að auka framlegð með samráðinu. Þau gögn sem

samkeppnisyfirvöld hafi notað til að mæla ávinning félaganna hafi verið samtíma gögn úr rekstri þeirra sjálfra sem þau hafi notað til að mæla árangur sinn af samráði sínu. Beitt hafi verið svokallaðri fyrir/eftir aðferð eins og nánar sé lýst í ákvörðun samkeppnisráðs og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála til að meta ávinning félaganna. Til hliðsjónar hafi verið horft til ávinnings félaganna af svokallaðri skiptisölu sem og til þróunar á álagningu félaganna samanborið við þróun álagningar í samanburðarlöndum. Aðferðafræði samkeppnisyfirvalda hafi verið yfirfarin og metin af sérfræðingum og staðfest af þeim. Það sé samdóma álit alþjóðastofnana og fræðimanna um víða veröld að samráð af því tagi sem félögin hafi ástundað leiði til verulegs yfirverðs og þar með ávinnings í hendi samráðsfyrirtækja. Undir rekstri fyrra máls félaganna á hendur stefndu hafi verið aflað mats- og yfirmatsgerða þar sem komist sé að skýrum niðurstöðum um að samráð félaganna hafi skapað þeim verulegan ávinning. Að lokum er á það bent að frá úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi gengið dómur Hæstaréttar Íslands sem staðfesti að ólögmeitt samráð félaganna um verðlagningu á bifreiðabensíni og í skiptisölu til stærri viðskiptavina vegna útboða hafi skapað þeim verulegan ávinning. Séu varfærnar ályktanir dregnar af þessum málum megi sjá að ávinningur félaganna hafi verið verulega meiri en sem nemur fjárhæð álagðra stjórnvaldssekta.

Í greinargerð stefndu er fjallað með ítarlegum hætti um röksemdir þeirra fyrir því að aðferð samkeppnisyfirvalda hafi verið til þess fallin að varpa skýru ljósi á ávinning olíufélaganna af hinu ólögmeita samráði sem og mótmæli þeirra við málsástæðum stefnanda sem að þessu lúta. Þar er aðferð samkeppnisráðs við mat á mismunandi framlegð af sölu fljótandi eldsneytis á samanburðartímabilum útskýrð og vikið að því hvers vegna ákveðið var að miða við þau tímabil sem lögð hafi verið til grundvallar. Nánar er vikið að athugun samkeppnisráðs á ávinningi félaganna af skiptisölu og grein gerð fyrir rannsóknum Efnahags- og framfarastofnunarinnar (OECD) um meðalhagnað fyrirtækja af verðsamráði, sem samkeppnisráð hafi litið til, sem og leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB frá 11. júní 2013 um mismunandi aðferðir til að meta áhrif ólögmeits samráðs í tengslum við skaðabótakröfur af því tilefni.

Stefndi mótmælir þeirri málsástæðu stefnanda að sú aðferð, að bera saman tvö tímabil, hafi aðeins verið nothæf ef engir aðrir þætti hafi haft áhrif á breytta einingaframlegð. Í því efni vísar stefndi til þess að stærstu breyturnar hafi annað hvort verið teknar út eða jafnaðar út með því að taka tillit til almennra verðlagsbreytinga. Þá hafi áfrýjunarnefnd jafnframt litið til áhrifa hagvaxtar, gengistaps og hækkunar á launavísitölu og lækkað sekt stefnanda verulega. Stefndi byggir á því að athugun á einingaframlegð félaganna hafi gefið greinargóða mynd af verðáhrifum sem hafi mátt rekja til samráðsbrotu félaganna og ávinningi þeirra af brotunum.

Stefndi tekur fram að örðugt sé að meta ávinning fyrirtækja af samráði með nákvæmum hætti. Af hans hálfu er talið að samkeppnisyfirvöld hafi í mörgu tilliti beitt varfærnu mati á ávinningi félaganna og við ákvörðun stjórnvaldssekta. Ekki hafi verið unnt að bera saman arðsemi eigin fjár eða hagnaðar í stað framlegðar enda myndi slík aðferð leiða til þess að ráðstöfun fyrirtækja á aukinni framlegð hefði áhrif og gæti ráðið úrslitum við mat á ávinningi af brotunum.

Stefndi mótmælir því að ekki verði beitt sektum yfir 40 milljónum króna þar sem samkeppnisyfirvöld hafi ekki „leitt að fullu í ljós ávinning“ af samráðinu og því séu „ekki fyrir hendi skilyrði til beitingar veltutengdum viðurlögum“, svo vitnað sé til stefnu. Stefndi bendir á í þessu sambandi að sekt stefnanda hafi ekki verið „veltutengd“ enda þótt sektarhámark hafi numið 10% af veltu hans.

Stefndi tekur fram að með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi sektir félaganna verið ákvarðaðar langt undir mati nefndarinnar á varfærnislega metnum ávinningi þeirra af brotunum. Í tilviki stefnanda hafi þessi ávinningur numið 2.750 milljónum króna. Samanlögð velta félaganna á brotatímabilinu hafi numið 285 milljörðum króna á verðlagi ársins 2001. Yfir 80% af veltu félaganna hafi stafað af þeim markaði sem mál þetta taki til. Almennt sé viðurkennt að velta fyrirtækja á þeim markaði sem samráð hafi átt sér stað gefi trausta vísbendingu um þann skaða og fjárhagslegan ávinning sem hljótist af því, en almennt sé talið að ávinningur sé að jafnaði a.m.k. 10% og skaði samfélagsins nemi a.m.k. 20% af andvirði þeirra viðskipta sem um ræði. Hér sé um afar varfærið mat að ræða.

Stefndi hafnar því að brotið hafi verið gegn meðalhófsreglu með því að samkeppnisráð breytti forsendum við útreikning á ávinningi stefnanda af samráðinu. Um ástæður þessarar breytingar vísar stefndi til þess, sem þegar hafi verið gerð grein fyrir, að í ljós hafi komið að Skeljungur hf. hafi ekki greint rétt frá því hvaða upplýsingar félagið hefði um einingaframlegð sína.

Stefndi kveður stefnanda byggja á því að ávinningur olúfélaganna sé ósannaður og að því til stuðnings vísi félagið til matsgerðar Guðmundar Magnússonar og Heimis Haraldssonar sem gefi til kynna að ávinningur stefnanda af samráðinu hafi verið á bilinu 0 til 1.314 milljónir króna. Stefndi mótmælir því að matsgerðin feli í sér sönnun á ávinningi stefnanda. Mat áfrýjunarnefndar samkeppnismála á ávinningnum sé hins vegar reistur á traustum grunni.

Stefndi tekur fram í þessu sambandi að olúfélögin hafi haft með sér margvíslegt samstarf og samskipti sem hafi brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Árið 1996 hafi félögin haft áhyggjur af viðskiptaumhverfi sínu og afkomu. Kröfur viðskiptavina um afslátt hafi farið vaxandi og stórir viðskiptavinir hafi í auknum mæli farið að notast við útboð til að ná fram betri kjörum. Enn fremur hafi verið greint frá því að á hlutabréfamarkaðnum hafi á þessum tíma verið rætt um slaka arðsemi félaganna. Í stað þess að grípa til hagræðingar og/eða að setja aukinn kraft í samkeppni hafi félögin haft samráð sín á milli um aðgerðir til þess að auka álagningu og bæta framlegð sína. Í þessu skyni hafi félögin náð á árinu 1996 samkomulagi um ýmis atriði til að ná þessu markmiði sínu. Þar vísar stefndi í fyrsta lagi til ólögmeats samráðs olúfélaganna í nánar tilgreindum útboðum stórra viðskiptavina á árinu 1996, eins og nánar sé rakið í úrskurði áfrýjunarnefndar. Þá hafi félögin gert með sér samkomulag um að ræða saman í öllum útboðum til ársins 2001. Tilgangur þessa samráðs hafi verið að verjast auknum kröfum stærri viðskiptavina um afslátt og „verja framlegðina“.

Í öðru lagi hafi félögin sammælt á árinu 1996 um nýja aðferð til þess að viðhafa samráð um verð á eldsneyti sem hafi falist í því að Ker hf. yrði verðleiðandi, eins og nánar sé lýst í ákvörðun samkeppnisráðs og úrskurðarnefndar samkeppnismála. Með þessu hafi félögin komið sér saman um samráðsaðferð sem

hafi gert þeim kleift að ná sem mestu út úr markaðsgerð fákeppninnar. Olíumarkaðurinn sé skólabókardæmi um markað þar sem árangursríkt sé fyrir fyrirtæki í ólögmetu samráði að sameinast um verðforystu eins fyrirtækis til þess að hámarka ólögmetan ávinning af samráðinu.

Í þriðja lagi hafi félögin náð á árinu 1996 samkomulagi um að grípa til almennra aðgerða til þess að auka álagningu og bæta framlegð. Þetta komi skýrt fram í gögnum málsins frá þessum tíma og vísar stefndi þar til umfjöllunar í ákvörðun samkeppnisráðs og í úrskurði áfrýjunarnefndar.

Stefndi lýsir því næst upplýsingum úr nokkrum megingögnum málsins sem hann telur staðfesta framangreint og árangur félaganna. Um er að ræða 27 tilvísanir úr tölvupóstsamskiptum, minnisblöðum, fundargerðum, dagbókum og öðrum gögnum málsins frá maí 1996 til nóvember 2001, sem stefndi byggir á að sýni ótvírætt ólögmett samráð milli félaganna, að tilgangur þess hafi verið að auka álagningu og bæta framlegð og að olúfélögin hafi talið sig ná árangri í þessari viðleitni sinni. Stefndi telur að þessi tilvik séu fjarri því tæmandi. Töluleg gögn um framlegð félaganna, sem stafi frá þeim sjálfum, sýni enn fremur að eftir 1996 hafi framlegð félaganna aukist verulega af sölu eldsneytis. Sú hækkun hafi ekki verið í samræmi við almenna verðlagsþróun í íslensku atvinnulífi. Hækkunin hafi þvert á móti verið afrakstur af samráði félaganna. Verði þá jafnframt að hafa í huga að aðstæður á olíumarkaðnum hafi verið kjörlendi fyrir árangursríkt samráð um verð og skiptingu markaða, eins og fyrirliggjandi matsgerðir bendi á. Þegar framangreindar staðreyndir um samráð félaganna og þann markað sem þau hafi starfað á séu virtar blasi við að staðhæfingar stefnanda um að hann hafi ekki haft ávinning af samráðinu séu rangar. Þá sýni þetta að eðlilegt sé að nota þróun framlegðar sem mælikvarða á ólögmetan ávinning félaganna.

Vegna málatilbúnaðar stefnanda um þetta atriði leggur stefndi áherslu á nokkur atriði. Í fyrsta lagi styðjist stefnandi við matsgerð Guðmundar Magnússonar og Heimis Haraldssonar um að hækkun einingaframlegðar félaganna verði ekki alfarið skýrð með samráði félaganna. Af því tilefni tekur stefndi fram að upplýst sé að matsmennirnir hafi í fyrra málinu komið fyrir dóm og staðfest að þeir hefðu ekki haft aðgang að gögnum málsins, m.a. um að félögin hafi haft með sér viðamikið og kerfisbundið samráð árum saman. Sérstaklega aðspurðir hafi matsmenn talið að niðurstöður þeirra kynnu að hafa orðið aðrar ef þeim hefðu verið ljós raunveruleg atvik málsins varðandi samráð félaganna. Með vísan til þessa telur stefndi að matsgerðin hafi takmarkað sönnunargildi. Auk þess telur stefndi að yfirmatsgerð Guðrúnar Johnsen, Gylfa Zoëga og Þorsteins Haraldssonar hnekki þeim athugasemdum sem undirmatsmenn hafi gert við mat samkeppnisyfirvalda á ávinningi félaganna og styrki enn frekar réttmæti aðferðafræði samkeppnisyfirvalda.

Í öðru lagi telur stefndi að niðurstöður matsgerðar Ólafs Ísleifssonar og Þorsteins Haraldssonar ekki eiga við nein rök að styðjast. Nægilegt sé að líta til þess að félögin hafi skipt á milli sín þeirri framlegð sem hafi verið til komin vegna samráðs í útboðum og vísar stefndi um það meðal annars til umfjöllunar í ákvörðun samkeppnisráðs og umfjöllunar um möguleikann á samráði án ávinnings í matsgerð Guðrúnar Johnsen og Gylfa Zoëga.

Varðandi sönnunargildi matsgerðar Ólafs Ísleifssonar og Þorsteins Haraldssonar tekur stefndi í þriðja lagi fram að eingöngu hafi verið leitað mats á því hver ávinningur félaganna hefði verið ef stuðst hefði verið við viðmiðunartímabilið 2002-2004. Í matsbeiðni sé sérstaklega óskað eftir því að matsmenn hvorki túlki né tjái sig um niðurstöður eða forsendur matsgerðarinnar. Í samræmi við það hafi matsmenn vikið sér undan að svara því við aðalmeðferð í fyrra málinu hvaða ályktanir væri unnt að draga af niðurstöðu matsgerðarinnar. Stefndi byggir á því að þetta rýri mjög gildi matsgerðarinnar. Þá vísar stefndi til þess að í yfirmatsgerð Guðrúnar Johnsen, Gylfa Zoëga og Þorsteins Haraldssonar komi fram að það feli í sér vanmat á ávinningi af samráði sé stuðst við viðmiðunartímabil eftir að samráði lýkur. Þá bendir stefndi einnig á að samkeppnisyfirvöld hefðu aldrei getað litið til ársins 2004 þar sem ákvörðun samkeppnisráðs hafi verið tekin áður en það var liðið.

Að endingu vísar stefndi til niðurstöðu yfirmatsgerðar Gylfa Zoëga, Guðrúnar Johnsen og Þorsteins Haraldssonar. Yfirmatsbeiðnin hafi snúið að því að veita álit að nýju á ýmsum forsendum í matsgerð Guðmundar Magnússonar og Heimis Haraldssonar. Að mati stefnda hnekki yfirmatsgerðin þeim athugasemdum sem undirmatsmenn hafi gert við mat samkeppnisyfirvalda á ávinningi félaganna og styrki enn frekar réttmæti þeirrar aðferðarfræði samkeppnisyfirvalda.

Til frekari glöggvunar vísar stefndi til matsgerðar Guðrúnar Johnsen og Gylfa Zoëga þar sem matsmenn hafi gefið álit sitt á nánar tilteknum atriðum er lutu að fræðilegum forsendum aðferða við að meta ávinning samráðsfyrirtækja af ólögmætu samráði. Í þessu sambandi vísar stefndi jafnframt til álitsgerðar dr. Friðriks Mús Baldurssonar prófessors, dags. 30. janúar 2006, þar sem fram komi að sú aðferð „að bera saman verð tveggja tímabila, eins og henni [sé] beitt af samkeppnisráði, [sé] góð og gild til að reikna út ávinning af samráði við þær aðstæður sem um ræðir í þessu máli“.

Með hliðsjón af framansögðu telur stefndi það hafið yfir vafa að stefnandi hafi haft verulegan ávinning af hinu ólögmæta samráði. Enda þótt talið yrði að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefði átt að líta til fleiri sjónarmiða breyti það ekki því að ávinningur félaganna, þar á meðal stefnanda, af samráðinu hafi verið verulegur.

Stefndi styður sýknukröfu sína af þrautavarakröfu stefnanda enn fremur með tilvísun til þess að í nokkrum dómum Hæstaréttar hafi verið lagt til grundvallar að hið ólögmæta samráð félaganna hafi skapað þeim verulegan ávinning. Þannig hafa félögin verði dæmd til greiðslu skaðabóta, sbr. dóma réttarins 7. febrúar 2008 í máli nr. 142/2007, Skeljungur o.fl. gegn Reykjavíkurborg og gagnsök, og 143/2007, Skeljungur o.fl. gegn Strætó bs. og gagnsök, 30. apríl 2008 í máli nr. 309/2007, Ker hf. gegn Sigurði Hreinssyni og gagnsök, og 6. maí 2010 í máli nr. 244/2009, Skeljungur o.fl. gegn Vestmannaeyjabæ og gagnsök.

Í greinargerð stefnda er fjallað um þessa dóma og lagt út af þeim. Í stuttu máli þá telur hann að draga megi þá ályktun af dómi Hæstaréttar í máli nr. 309/2007, þar sem leyst hafi verið úr skaðabótakröfu einstaklings sem hafi keypt bensín af Keri hf., að ávinningur félagsins af samráðinu af sölu á bensíni hafi numið 1,18 krónum á hvern bensínlítra. Miðað við að heildarmagn Kers hf. af seldum bensínlítum

1996 til 2001 hafi verið 437,7 milljónir lítra næmi heildarávinningur félagsins í þessum viðskiptum samtals u.þ.b. 512,9 milljónum króna.

Stefndi vísar einnig að dómum Hæstaréttar 7. febrúar 2008 í málum nr. 142/2007 og 143/2007 þar sem fjallað var um skaðabótakröfur svonefndra stór notenda. Vísað er til forsendna í dómunum þar sem bent er á að stefnandi, Skeljungur hf., hafi skuldbundið sig til þess að greiða hinum olíufélögum tilgreindar fjárhæðir. Var þar talið að þessar fjárhæðir sýndu að lágmarki hvaða hag olíufélögin hefðu talið sig hafa af því að hafa samráð um viðskiptin í stað þess að keppa um þau. Ekki væri ástæða til annars en að ætla að tilboð, sem gefið hefði verið án slíks samráðs, hefði orðið lægra en hagstæðasta boðið sem þar hafi fengist um að minnsta kosti þrefalda fjárhæðina sem stefnandi tók á þennan hátt að sér að greiða hvorum hinna. Varð það niðurstaða réttarins að ávinningur félaganna hafi numið 5,91 krónu af hverjum seldum bensínlíttra og 3,93 krónur af hverjum seldum lítra af gasolíu. Sé miðað við að ávinningur félaganna af öðrum skiptisölum hafi verið sambærilegur telur stefndi að ávinningur félaganna hafi numið 940 milljónum króna og sé þá ekki tekið tillit til verðbreytinga. Séu þessar fjárhæðir lagðar til grundvallar allri sölu félaganna á bensíni og gasolíu nemi ávinningur þeirra á árunum 1996 til 2001 6.655 milljónum króna annars vegar og 10.481 milljón króna hins vegar. Stefndi vísar einnig í þessu sambandi til dóms Hæstaréttar frá 6. maí 2010 í máli nr. 244/2009.

Með hliðsjón af framangreindum dómum Hæstaréttar telur stefndi að miða verði við að félögin hafi haft umtalsverðan ávinning af hinu ólögmeta samráði. Engir dómur liggja fyrir um ávinning félaganna af sölu á svartolíu og flugvélaeldsneyti. Engin ástæða sé þó til að ætla annað en að félögin hafi haft sambærilegan ávinning af ólögmetu samráði um verðlagningu þeirra elds neytistegunda eins og þau hafi haft af sölu á bensíni og gasolíu.

Stefndi mótmælir því að niðurfelling stjórnsluviðurlaga verði byggð á því að annmarkar hafi verið á meðferð samkeppnisfirvalda á málinu. Að öðru leyti vísar hann til þeirra málsástæðna sem að framan greinir.

Stefndi telur ekki unnt að fallast á að stefnandi hafi átt að njóta helmingsafsláttar af sektarfjárhæðinni og að sú niðurstaða hafi verið reist á ómálefnalegu sjónarmiði. Stefndi bendir á að samkvæmt reglum samkeppnisráðs um atvik sem leiði til niðurfellingar sekta eða ákvarðana um að lækka sektir í málum sem lúta að ólögmetu samráði fyrirtækja nr. 397/2002, sbr. nú reglur nr. 890/2005, hafi samkeppnisfyrirvöld getað lækkað sektir hjá fyrirtækjum sem áttu þátt í ólögmetu samráði hafi viðkomandi fyrirtæki látið Samkeppnisstofnun í té sönnunargögn sem að mati stofnunarinnar voru mikilvæg viðbót við þau sönnunargögn sem stofnunin þegar hafði í fórum sínum. Mælt hafi verið fyrir um skilyrði og reglur fyrir lækkun sekta á þessum grundvelli í II. kafla reglnanna. Á grundvelli reglnanna hafi stefnandi getað vænst 30-50% lækkunar á sekt sinni með hliðsjón af samstarfsvilja og vægi gagna. Að öðru leyti en kveðið var á um í umræddum reglum hafi mat samkeppnisráðs og áfrýjunarnefndar samkeppnismála verið frjálst, meðal annars um það hvort stefnandi hafi gefið fullnægjandi skýringar á gögnum.

Verði ekki fallist á að rétt hafi verið að beita 52. gr. samkeppnislaga, eins og ákvæðið hafi verið fyrir þá breytingu sem var gerð með lögum nr. 107/2000, heldur

skuli beitt viðurlagákvæði laganna eins og það hafi verið á þeim tíma sem brotastarfsemi lauk, byggir stefndi á því að sekt stefnanda sé engu að síður hæfilega ákveðin 495 milljónir króna.

Stefndi kveður öll sjónarmið sem liggja að baki ákvörðun samkeppnisyfirvalda um fjárhæð sektar stefnanda vera málefnaleg og að eðlilegt sé að litið sé til þeirra. Með hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnisbrota stefnanda, brotatímabils og öðrum atvikum málsins, sé fjárhæð sektar sem lögð hafi verið á hann hófleg. Engin rök séu til að lækka sektarfjárhæðina.

Stefndi, íslenska ríkið, krefst þess að það verði sýknað af kröfu stefnanda um endurgreiðslu sektarfjárhæðarinnar. Verði stefnda aðeins gert að endurgreiða sektarfjárhæðina ef dómstólar fella úr gildi það ákvæði úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála þar sem kveðið sé á um greiðslu sektarinnar eða lækkingu hennar. Að öðrum kosti beri að sýkna stefnda. Krafa stefnda sé reist á öllum sömu málsástæðum og krafa stefnda Samkeppniseftirlitsins um sýknu af kröfum stefnanda.

Stefndi krefst þess jafnframt að hann verði sýknaður af kröfu stefnanda um vexti af sektarfjárhæðinni. Krafa stefnanda um vexti sé reist á 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu sem fjalli um vexti af skaðabótakröfum. Ekki sé unnt að fallast á að ákvörðun samkeppnisyfirvalda um að leggja sekt á stefnanda hafi falið í sér saknæma og ólögmdæta háttsemi þó svo að dómstólar komist að annarri niðurstöðu um fjárhæð sektarinnar. Ekkert sé fram komið sem bendi til annars en að ákvörðun samkeppnisyfirvalda hafi verið reist á málefnalegum sjónarmiðum. Af þessum sökum beri að sýkna stefnda af kröfunni.

Stefndu styðja kröfu sína um málskostnað úr hendi stefnanda við 129. og 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

IV.

Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála 29. janúar 2005, sem stefnandi gerir kröfu um að felldur verði úr gildi, var stefnanda gert að greiða 495 milljónir króna í stjórnvaldssekt vegna brota félagsins á 10. gr. þágildandi samkeppnislaga nr. 8/1993. Eins og rakið hefur verið lagði áfrýjunarnefndin ákvæðið til grundvallar niðurstöðu sinni eins og það hljóðaði fyrir breytingu sem varð á því með lögum nr. 107/2000. Ágreiningslaust er milli aðila að ganga beri út frá þeirri niðurstöðu við úrlausn á ógildingarkröfu stefnanda. Í ákvæðinu, eins og það hljóðaði á þeim tíma, var lagt bann við samningum, samþykktum og samstilltum aðgerðum milli fyrirtækja á sama sölustigi, þegar þær lytu að eða væri ætlað að hafa áhrif á verð, afslætti eða álagningu, skiptingu markaða eftir svæðum, eftir viðskiptavinum eða eftir sölu og magni og gerð tilboða.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar er lýst fjölþættri samvinnu stefnanda á árunum 1993 til 2001 við tvö önnur olíufélög, Skeljung hf. og Olíuverzlun Íslands hf. Laut samvinna þessi að gerð tilboða, verðlagningu á olíuvörum og skiptingu markaðar á fljótandi eldsneyti o.fl. Háttsemi félaganna var talin varða við fyrrgreinda 10. gr. samkeppnislaga og stefnanda gerð sekt, ásamt hinum tveimur olíufélögum, á

grundvelli heimildar í 52. gr. samkeppnislaga eins og ákvæðið var fyrir breytingu sem gerð var á því með lögum nr. 107/2000. Ákvæði þetta mælti fyrir um að Samkeppnisráð gæti lagt stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brytu m.a. gegn 10. gr. laganna, eins og nánar greinir síðar. Eins og fram hefur komið var sekt stefnanda ákveðin 495 milljónir króna í úrskurði áfrýjunarnefndar, sem stefnandi greiddi skömmu síðar, með fyrirvara um endurheimtu fjáris úr ríkissjóði.

Í ákvörðun Samkeppnisráðs og í úrskurði áfrýjunarnefndar er meðal annars vikið að því hvaða augum samkeppnisyfirvöld litu heimild sína til að leggja stjórnvaldssekt á fyrirtæki með tilliti til þess hvort um væri að ræða refsingu í skilningi almennra hegningarlaga sem og hvort fyrirtækin gætu borið fyrir sig 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu þar sem fjallað er um rétt þess sem borinn er sökum um refsiverða háttsemi. Varð það niðurstaða áfrýjunarnefndar að stjórnvaldssektir samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga fælu í sér refsikennd viðurlög en væru ekki taldar til refsinga. Því giltu þágildandi lög um meðferð opinberra mála ekki um málsmeðferð þegar ákveðið væri hvort beita skyldi stjórnvaldssektum, heldur sérákvæði samkeppnislaga og almennar reglur stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Hins vegar gæti 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu komið til álita við álagningu stjórnvaldssekta þó að réttarstaðan væri óljós á þessu sviði.

Áratugur er liðinn síðan úrskurður áfrýjunarnefndar féll. Síðan þá hefur almenn afstaða til álagningar stjórnvaldssekta með tilliti til réttinda þeirra sem bornir eru sökum um refsiverða háttsemi, sbr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu og 70. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944, orðið skýrari. Mannréttindadómstóll Evrópu hefur meðal annars lagt til grundvallar að háar stjórnvaldssektir samkeppnisyfirvalda falli undir ákvæðið, sbr. dóm frá 27. september 2011 í máli Menarini gegn Ítalíu og dóm EFTA-dómstólsins 18. apríl 2012 í máli Posten Norgen gegn Eftirlitsstofnun EFTA. Ákvæði mannréttindasáttmálans og 70. gr. íslensku stjórnarskrárinnar standa hins vegar ekki í vegi fyrir því að stjórnvöldum sé falið að ákvarða sekt fyrir brot af þessu tagi að því gefnu að dómstólar hafi fullt vald til þess að endurskoða sektarákvörðunina. Við úrlausn á því hvort meðferð á samkeppnismáli samrýmist í þeim tilvikum framangreindum mannréttindaákvæðum verður því fyrst og fremst að líta til þess hvernig dómstóll fjallar um mál sem höfðað er til ógildingar eða til lækkunar á sektarákvörðuninni. Samkeppnisyfirvöld eru eftir sem áður bundin af stjórnsýslureglum samkeppnislaga og stjórnsýslulaga við meðferð mála sem kann að verða lokið með álagningu stjórnvaldssekta. Getur grunnregla 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu haft þýðingu við þá stjórnsýslumeðferð.

Stefnandi krefst ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndar meðal annars á þeim grundvelli að samkeppnisyfirvöldum hafi verið óheimilt að halda áfram rannsókn sinni á ætluðu samráði olíufélaganna eftir að ríkislögreglustjóri hóf lögreglurannsókn á sömu atriðum haustið 2003. Rök stefnanda fyrir þessari ályktun virðist byggjast öðrum þræði á fyrirmælum 1. mgr. 4. gr. 7. sammingsviðauka við mannréttindasáttmála Evrópu. Þar er kveðið á um að enginn skuli sæta lögsókn eða refsingu að nýju í sakamáli innan lögsögu sama ríkis fyrir brot sem hann hefur þegar verið sýknaður af eða sakfelldur fyrir með lokadómi samkvæmt lögum og sakamálaréttarfari viðkomandi ríkis.

Ekki verður séð að fyrrgreind regla mannréttindasáttmálans komi í veg fyrir að mál, sem kann að leiða til sakfellingar fyrir refsiverða háttsemi, sé til rannsóknar

hjá tveimur stjórnvöldum á sama tíma. Stefnandi, sem var um hríð til rannsóknar hjá ríkislögreglustjóra sem sakborningur, hafði hvorki verið ákærður né sakfelldur fyrir brot á 10. gr. samkeppnislaga þegar samkeppnisyfirvöld tóku ákvörðun í málinu. Sakamál var raunar aldrei höfðað gegn stefnanda, einungis gegn forstjórum olíufélaganna. Það var lögmælt hlutverk samkeppnisráðs að leggja á stjórnvaldssektir samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga fyrir brot á 10. gr. laganna og bar Samkeppnisstofnun að rannsaka slík mál og leggja þau fyrir ráðið að rannsókn lokinni. Með vísan til þess sem hér hefur verið rakið verður ekki á það fallist að fyrrgreint ákvæði mannréttindasáttmálans hafi verið því til fyrirstöðu að samkeppnisyfirvöld héldu áfram rannsókn sinni á samstarfi olíufélaganna eftir að rannsókn ríkislögreglustjóra hófst.

Stefnandi virðist einnig byggja aðalkröfu sína á því að við samhliða rannsókn lögreglu og Samkeppnisstofnunar á samráði olíufélaganna hafi gögn sem aflað hafi verið við rannsókn stofnunarinnar verið afhent lögreglu og lögð til grundvallar við útgáfu ákæru á hendur forstjórum olíufélaganna, en slík málsmeðferð standist „enga skoðun“. Vísar stefnandi í þessu sambandi til dóms Hæstaréttar Íslands frá 16. mars 2007 í máli nr. 92/2007. Í framangreindum hæstaréttardómi var komist að þeirri niðurstöðu að það fyrirkomulag, sem leiddi af þágildandi samkeppnislögum, hafi ekki verið nægilega skýrt ef tilefni þætti til sakamálarannsóknar vegna gruns um brot á lögnum samhliða rannsókn samkeppnisyfirvalda. Þar var einkum skírskotað til þeirrar stöðu sem ákærðu voru í, þar sem þeir hefðu tekið þátt í viðræðum og samningum við Samkeppnisstofnun og veitt stofnuninni ýmsar upplýsingar, en á sama tíma fellt á sig sök með því að málið var síðar tekið til refsimeðferðar. Með vísan til þessa þótti ekki nægjanlega fram komið að forstjórnarnir hefðu, í lögreglurannsókninni sem fram fór í kjölfar rannsóknar samkeppnisyfirvalda, notið þeirra réttinda sakborninga, sem mælt væri fyrir um í 70. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, og samkvæmt meginreglum þágildandi laga um meðferð opinberra mála.

Eins og framangreind lýsing ber með sér fjallar hæstaréttardómurinn um þá óvissu sem ákærðu voru í við lögreglurannsókn ríkislögreglustjóra er hlaust af óljósum lagafyrirmælum um skil milli rannsóknar Samkeppnisstofnunar og lögreglu. Sú óvissa breytti hins vegar engu um ótvíræða lagaskyldu Samkeppnisstofnunar og samkeppnisráðs um að taka ætluð brot olíufélaganna á 10. gr. samkeppnislaga til viðeigandi stjórnslumeðferðar. Staða stefnanda við þá málsmeðferð var skýr, þar á meðal um upplýsingaskyldu stefnanda gagnvart Samkeppnisstofnun, sbr. 39. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993. Stefnandi sem er lögaðili á ekki að öllu leyti sama rétt og einstaklingur, sem borinn er sökum um refsiverða háttsemi, til að neita að tjá sig eða leggja fram gögn sem eru til þess fallin að varpa sök á hann. Ekkert er fram komið í málinu sem styður það að stefnandi hafi við rannsókn Samkeppnisstofnunar verið með ólögmætum hætti þvingaður til þess að svara spurningum sem vörpuðu sök á félagið. Niðurstaða samkeppnisyfirvalda var þvert á móti reist á gögnum og upplýsingum sem aflað var með húsleit á vegum Samkeppnisstofnunar á starfsstöðvum olíufélaganna, auk þess sem að einhverju leyti var byggt á gögnum og upplýsingum sem Samkeppnisstofnun aflaði með því að óska skriflega eftir þeim frá stefnanda á grundvelli 39. gr. samkeppnislaga. Ýmis gögn sem þannig lágu fyrir við rannsóknina voru jafnframt borin undir nokkra starfsmenn stefnanda á fundum sem haldnir voru með samþykki stefnanda haustið 2002, þar sem starfsmennirnir gáfu tiltekna skýringar á tilurð gagnanna og hvaða ályktun þeir teldu rétt að draga af

þeim. Með því að haga rannsókn málsins á þann hátt sem hér hefur verið lýst verður ekki talið að farið hafi verið gegn þeim grundvallarreglum sem leiddar verða af 70. gr. stjórnarskrárinnar eða 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Ekki verður séð að það geti haft nokkra þýðingu í því sambandi þó að rannsóknin hafi um tíma skarast við rannsókn lögreglu á sömu atriðum.

Stefnandi byggir ógildingarkröfu sína enn fremur á því að málsmeðferð samkeppnisyfirvalda hafi falið í sér brot á andmælarétti stefnanda samkvæmt 13. gr. stjórnarsýslulaga. Þessi málsástæða er rökstudd annars vegar með því að samkeppnisráð hafi lagt annað tímabil til grundvallar útreikningi á ávinningi en upplýst hafði verið um í frumathugun Samkeppnisstofnunar og hins vegar með því að honum hafi verið torveldað að neyta andmælaréttar síns í ljósi þess að málið var einnig til rannsóknar hjá lögreglu.

Af þessu tilefni er rétt að leggja áherslu á að 13. gr. stjórnarsýslulaga leggur þá skyldu á stjórnvald að sjá til þess að málsaðili eigi þess kost að tjá sig um efni málsins áður en ákvörðun er tekin í máli hans, enda liggi afstaða hans og rök ekki þegar fyrir í gögnum málsins eða slíkt er augljóslega óþarft. Almennt uppfyllir stjórnvald þessa skyldu með því að veita málsaðila aðgang að gögnum málsins auk þess sem honum ber að vekja athygli hans á því ef nýjar upplýsingar bætast við, sem honum er ókunnugt um að liggi fyrir og kunna að hafa verulega þýðingu fyrir úrlausn málsins, og veita honum hæfilegan frest til þess að tjá sig um efnisatriði málsins. Tilgangur þessarar reglu er einkum sá að gefa málsaðila tækifæri til þess að gæta réttar síns og hagsmuna með því að leiðrétta upplýsingar, sem hann telur rangar, og benda á atriði sem geta verið honum til hagsbóta við úrlausn málsins. Þegar stjórnvald á frumkvæði að því að hefja athugun á máli, sem kann að ljúka með stjórnvaldsákvörðun, verður stjórnvaldið að gefa málsaðila sérstakt tækifæri til að tjá sig um framangreind atriði. Hins vegar er það á ábyrgð málsaðila að taka afstöðu til þess hvort og þá hvernig hann nýtir sér andmælarétt sinn. Stjórnvaldi kann þá eftir atvikum að vera rétt að taka tillit til óvenjulegra aðstæðna hjá málsaðila, sem eru sannanlega til þess fallnar að torvelda honum að nýta sér andmælarétt sinn, með því að veita rýmri frest en ella til að tjá sig. Við þær aðstæður ber þó að taka mið af þeirri skyldu, sem hvílir á stjórnvöldum samkvæmt 9. gr. stjórnarsýslulaga, að taka ákvarðanir svo fljótt sem unnt er.

Í því máli sem hér er til úrlausnar liggur fyrir að stefnandi hafði vitneskju um rannsókn Samkeppnisstofnunar frá því að hún hófst með húsleit á starfsstöðvum olíufélaganna. Stefnandi hafði aðgang að öllum þeim gögnum sem lágu fyrir í málinu, auk þess sem lögmenn stefnanda voru í reglulegum samskiptum við Samkeppnisstofnun meðan á rannsókn málsins stóð. Fundir voru haldnir með fimm starfsmönnum stefnanda á árinu 2002 þar sem ýmis gögn voru lögð fyrir þá um ætlað samráð olíufélaganna í tengslum við tiltekin útboð og verkannanir í því skyni að fá skýringar þeirra á tilurð og efni þeirra. Samkeppnisstofnun sendi stefnanda því næst ítarlegar greinargerðir, svonefndar frumathuganir, sem dagsettar eru 8. janúar og 5. desember 2003. Þar gerði stofnunin ekki einungis ítarlega grein fyrir málavöxtum, heldur fjallaði einnig um lagatúlkun og hvernig hún teldi að heimfæra ætti málsatvik til laga, sem og þau sjónarmið sem ættu að vera ráðandi við ákvörðun viðurlaga. Stefnandi fékk frest til þess að tjá sig um þessar greinargerðir og skilaði skriflegum andmælum 4. maí 2004. Samkeppnisstofnun gaf stefnanda færi á því að tjá sig um ný gögn sem aflað var í kjölfarið og lögmaður stefnanda reifaði málið munnlega fyrir samkeppnisráði áður en ákvörðun var tekin.

Dómurinn telur að með þessu hafi Samkeppnisstofnun og samkeppnisráð gert það sem í þeirra valdi stóð til þess að gefa stefnanda færi á því að tjá sig um efni málsins áður en ákvörðun samkeppnisráðs var tekin. Stefnandi hefur aftur á móti ekki útskýrt hvernig upplýsingar, sem starfsmenn hans bjuggu yfir, og gátu varpað sök á þá eða félagið við lögreglurannsóknina, hafi verið stefnanda nauðsynlegar til þess að andmæla málavöxtum eins og Samkeppnisstofnun lýsti þeim. Verður í því efni að áréttta fyrrgreindan megintilgang andmælaireglunnar, sem er að gefa málsaðila færi á að gæta réttar síns og hagsmuna við stjórnslumeðferð mála með því að leiðrétta rangfærslur, benda á atriði sem geta verið honum til hagsbóta og leggja fram ný gögn sem þjóna þessum tilgangi. Með vísan til þess sem hér hefur verið rakið liggur ekki fyrir að lögreglurannsóknin hafi sannanlega torvelað stefnanda að nýta sér andmælarétt sinn þannig að sérstök ástæða hafi verið til þess að bregðast við af hálfu samkeppnisyfivalda. Það var því alfarið á ábyrgð og áhættu stefnanda hvernig hann nýtti sér andmælarétt sinn. Þá verður heldur ekki ráðið af gögnum málsins að sú réttaróvissa sem stefnandi heldur fram að uppi hafi verið, og fjallað er um í dómi Hæstaréttar í málinu nr. 92/2007, hafi í raun haft áhrif á andmæli stefnanda.

Eins og rakið er í kafla II gerði Samkeppnisstofnun grein fyrir útreikningum sínum á ætluðum ávinningi olíufélaganna af hinu ólögsmæta samráði með því að bera saman meðaltal einingaframlegðar árána 1995 til 1997 við einingaframlegð árána 1998 til 2001. Niðurstöður þessa útreiknings bentu til þess að ávinningur olíufélaganna næmi samtals ríflega sex og hálfum milljarði króna. Stefnandi hafði tækifæri til þess að gera athugasemdir við forsendur þessa útreiknings og það gerði hann með andmælum sínum 3. maí 2004. Þar vísaði hann meðal annars til gagnrýni sem fram kom í álitgerð hagfræðinganna Tryggva Þórs Herbertssonar og Jóns Þórs Sturlusonar á aðferðafræði Samkeppnisstofnunar. Í ákvörðun samkeppnisráðs er sömu aðferð beitt til þess að komast að niðurstöðu um ætlaðan ávinning olíufélaganna af samráðinu. Hins vegar var annað viðmiðunartímabil lagt til grundvallar, eins og rakið er í kafla II, sökum þess að nýjar upplýsingar lágu þá fyrir um framlegð Skeljungs hf. allt aftur til ársins 1993. Ágreiningslaust er að stefnanda ásamt hinum olíufélögunum var tjáð að þessar nýju upplýsingar lægju fyrir og hvers efnis þær voru. Fyrrgreind breyting hafði þó ekki teljandi áhrif á niðurstöðu um ávinning olíufélaganna í heild. Taldi samkeppnisráð þannig að þessi ávinningur, sem rakinn var til hins ólögsmæta samráðs, hefði á árunum 1996 til 2001 numið í heild tæplega sex og hálfum milljarði króna.

Það leiðir ekki af andmælareglu 13. gr. stjórnslulaga að stjórnvöldum beri skylda til þess að útskýra, áður en ákvörðun er tekin, aðferðir sínar við að reikna út ætlaðan ávinning eða önnur atriði út frá þeim tölulegu upplýsingum sem liggja fyrir í málinu. Þannig fullnægir stjórnvald almennt skyldum sínum í þessu efni með því að tryggja að málsaðili hafi aðgang að og geti tjáð sig um þær upplýsingar sem þýðingu geta haft fyrir niðurstöðu málsins. Við meðferð á því máli sem hér er til úrlausnar var hins vegar gengið lengra en lög áskildu með því að kynna stefnanda og öðrum málsaðilum fyrrgreinda frumathugun Samkeppnisstofnunar. Þar var meðal annars gerð grein fyrir útreikningum stofnunarinnar á ætluðum ávinningi félaganna af samráðinu, eins og vikið hefur verið að. Þessi tilhögun var reist á 16. gr. reglna nr. 922/2001 um málsmeðferð samkeppnisyfivalda, þar sem mælt er fyrir um að taka skuli saman sérstakar greinargerðir sem nefnast frumathuganir í nánar tilgreindum samkeppnismálum. Í ákvæðinu kemur fram að í þessari

greinargerð skuli helstu atvikum málsins lýst, auk þess sem greint skuli frá grundvelli þess í aðalatriðum að tilteknar aðstæður eða háttsemi kunni að fara gegn ákvæðum samkeppnislaga. Sérstaklega er tekið fram að í frumathugun sé ekki nauðsynlegt að fram komi tæmandi lýsing á atvikum málsins eða sjónarmiðum samkeppnisyfirvalda. Þá segir í ákvæðinu að tilgangur frumathugunar sé að stuðla að því að málið sé að fullu upplýst áður en ákvörðun er tekin og að auðvelda málsaðila að nýta sér andmælarétt sinn.

Í ákvörðun samkeppnisráðs var útskýrt af hvaða ástæðu samkeppnisráð lagði annað viðmiðunartímabil til grundvallar en gert hafði verið í frumathuguninni. Ekki verður annað ráðið en að þær ástæður hafi verið málefnalegar og til þess fallnar að leggja traustari grunn að útreikningi á ætluðum ávinningi olíufélaganna. Þegar litið er til efnis 13. gr. stjórnisýslulaga og 16. gr. reglna nr. 922/2001 fær dómurinn ekki séð að brotið hafi verið gegn þessum fyrirmælum með fyrrgreindri breytingu. Þó kann að hafa verið ástæða til þess að vekja athygli olíufélaganna á breyttri aðferð við útreikning ávinnings félaganna, eins og vikið er að í úrskurði áfrýjunarnefndar. Að mati dómsins getur það þó aldrei talist svo veigamikill annmarki að leitt geti til ógildis úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála eins og krafist er. Er þá jafnframt til þess að líta að stefnandi átti þess kost að gera athugasemdir út frá þessum breyttu forsendum fyrir áfrýjunarnefndinni.

Stefnandi reisir kröfu sína um ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar einnig á því að rannsókn samkeppnisyfirvalda hafi verið ábótavant í málinu. Vísar stefnandi þar til 10. gr. stjórnisýslulaga þar sem sú skylda er lögð á stjórnvöld að sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Stefnandi styður þessa málsástæðu einkum við það að ætlaður ávinningur olíufélaganna af samráðinu hafi ekki verið rannsakaður nægjanlega.

Í tilefni af þessari málsástæðu stefnanda tekur dómurinn fram að umfangsmikil gögn, sem aflað var með húsleit og frá félögum á grundvelli upplýsingaskyldu þeirra samkvæmt 39. gr. samkeppnislaga, og upplýsingar, sem gefnar voru á fundum með starfsmönnum olíufélaganna, lágu til grundvallar ályktun samkeppnisyfirvalda. Ágreiningur er uppi um það hvort fyrir liggi sannanlegur ábati stefnanda af samráði olíufélaganna, sem var skilyrði fyrir því að sekt stefnanda gæti orðið hærri en 40 milljónir króna samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga eins og greinin var fyrir gildistöku laga nr. 107/2000. Tekin verður frekari afstaða til þessarar málsástæðu í tengslum við umfjöllun um þrautavarakröfu stefnanda um lækkun sekta.

Stefnandi gerir til vara kröfu um að úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði breytt þannig að stefnanda verði ekki gert að greiða sekt í ríkissjóð. Þessi krafa er reist á þeirri málsástæðu að brot stefnanda hafi verið fyrnd þegar samkeppnisráð tók ákvörðun í málinu. Ágreiningslaust er að um fyrningu brotanna fari eftir fyrirmælum IX. kafla almennra hegningarlaga nr. 19/1940. Samkvæmt 5. mgr. 81. gr. þeirra laga, sbr. 5. gr. laga nr. 39/2000, er fyrningarfrestur vegna refsiaþbyrgðar lögaðila fimm ár. Máltilbúnaður stefnanda virðist taka mið af því að þetta ákvæði taki ekki til brota stefnanda. Stefndi er á öndverðum meiði og vísar til þess að um samfellda brotastarfsemi hafi verið að ræða sem ekki hafi lokið fyrr en eftir gildistöku laganna og hafi fyrning brotsins ekki hafist fyrr en þá.

Í ákvörðun samkeppnisráðs og úrskurði áfrýjunarnefndar var stefnandi fundinn sekur um aðild að fjölda samráðstilvika á tímabilinu 1993 til 2001. Í ákvörðun samkeppnisráðs kemur fram að til þess að framkvæma samráðið hafi olíufélögin átt í miklum samskiptum sín á milli þar sem fjallað var um samráð um verð, samskipti um útboð og gerð tilboða sem og um markaðsskiptingu félaganna. Eru þar rakin yfir fjögur hundruð tilvik um slík samskipti frá apríl 1993 til desember 2001. Stefnandi var þátttakandi í þessum samstilltu aðgerðum allt til loka þessara samskipta. Gögn málsins styðja það að samráðið hafi því verið samfelld og átt að þjóna því sameiginlega markmiði olíufélaganna að raska samkeppni á viðkomandi markaði í því augnamiði að auka eða viðhalda framlegð af vörusölu félaganna. Ber að líta á þessa háttsemi olíufélaganna sem samfellda brotastarfsemi sem braut gegn 10. gr. samkeppnislaga. Þeirri brotastarfsemi lauk ekki fyrr en í desember 2001 og verður í samræmi við almennar reglur að leggja til grundvallar að fyrning á broti stefnanda hafi ekki hafist fyrr en þá. Um þá fyrningu fer eftir fyrirmælum 81. gr. almennra hegningarlaga eins og greinin hljóðaði á þeim tíma sem fyrningin hófst. Er ekki á það fallist að með þeirri niðurstöðu sé reglum um fyrningu viðurlaga beitt afturvirk þannig að í bága fari við stjórnög. Á þeim tíma höfðu lög nr. 39/2000 tekið gildi og var fyrningarfrestur í málinu því fimm ár, sbr. 5. mgr. 81. gr. almennra hegningarlaga. Sá fyrningarfrestur var ekki liðinn þegar samkeppnisráð komst að niðurstöðu í janúarlok 2005 um að stefnandi hefði gerst sekur um brot gegn 10. gr. samkeppnislaga. Þegar af þessari ástæðu er öllum röksemdum stefnanda fyrir varakröfu hans hafnað.

Eins og rakið hefur verið krefst stefnandi þess til þrautavara að sekt, sem félaginu var gert að greiða í rikissjóð að fjárhæð 495 milljónir króna, verði lækkuð. Styður stefnandi þessa kröfu við ýmsar málsástæður. Meðal þess sem stefnandi ber við til stuðnings þessari kröfu er að ekki hafi verið sýnt fram á það að stefnandi hafi sannanlega haft yfir 40 milljóna króna ábata af samráði olíufélaganna. Því geti sekt stefnanda hæst numið 40 milljónum króna í samræmi við ákvæði 52. gr. samkeppnislaga eins og ákvæðið var fyrir gildistöku laga nr. 107/2000. Stefnandi telur að ávinningur stefnanda hafi í öllu falli verið mun minni en lagt hafi verið til grundvallar af samkeppnisyfirvöldum.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála komst að þeirri niðurstöðu að leggja bæri ákvæði 52. gr. samkeppnislaga í framangreindri mynd til grundvallar við úrlausn málsins. Ágreiningslaust er í máli þessu að fylgja beri þeirri niðurstöðu og verður við það miðað.

Samkvæmt fyrrgreindri 1. mgr. 52. gr. samkeppnislaga gat samkeppnisráð lagt stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brutu gegn bannákvæðum laganna nema brotið teldist óverulegt eða ekki var talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni af öðrum ástæðum. Við ákvörðun sekta bar að hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamla og hvað þær hefðu staðið lengi. Samkvæmt 2. mgr. greinarinnar skyldi við ákvörðun sekta samkvæmt 1. mgr. taka tillit til þess skaða sem samkeppnishömlur hefðu valdið og þess ávinnings sem þær hefðu haft í för með sér. Þá kom þar fram að sektir gætu numið allt að 10% af veltu síðastliðins almanaksárs af þeirri starfsemi sem í hlut ætti hjá hverju fyrirtæki sem aðild ætti að samkeppnishömlum ef sannanlegur ábati þeirra af broti gegn samkeppnisreglum hefði numið hærri fjárhæð en 40 milljónum króna.

Í athugasemdum við það frumvarp sem varð að samkeppnislögum nr. 8/1993 kom fram að ákvæði 52. gr. laganna væru sniðin að þeirri löggjöf sem væntanlega myndi gilda í ríkjum Evrópska efnahagssvæðisins og þegar gildi í aðildarríkjum Evrópubandalagsins en af henni leiddi að samkeppnisyfirvöldum EFTA-ríkjanna og Eftirlitsstofnun EFTA var ætlað að vinna sameiginlega að framkvæmd sameiginlegra samkeppnisreglna efnahagssvæðisins hér á landi. Samkvæmt 3. mgr. 23. gr. bókunar 4 við samning EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls var Eftirlitsstofnun EFTA, við ákvörðun sekta vegna brota á bannákvæðum meginmáls samningsins um samráð fyrirtækja og misbeitingu á markaðsráðandi stöðu, ætlað að hafa hliðsjón af bæði alvarleika brots og hversu lengi það hefði staðið, en einnig var kveðið á um 10% sektarhámark miðað við heildarveltu brotlegs fyrirtækis á undanfögnu almanaksári, sbr. 2. mgr. greinarinnar. Verða fyrrgreind ummæli í athugasemdum frumvarpsins ekki skilin á aðra leið en að sektarreglum laga nr. 8/1993 hafi verið ætlað að leiða til þess að ákvörðun sekta af hálfu íslenskra samkeppnisyfirvalda fylgdi í grundvallaratriðum sambærilegum sjónarmiðum og giltu um Eftirlitsstofnun EFTA samkvæmt þessu ákvæði.

Að þessu gættu, svo og að teknu tilliti til orðalags og innra samhengis 52. gr. laga nr. 8/1993, verður að skýra ákvæði greinarinnar þannig að við ákvörðun sekta hafi samkeppnisyfirvöldum borið að hafa hliðsjón af bæði eðli og umfangi samkeppnishamla og einnig hversu lengi þær höfðu staðið, enda teldist brot ekki óverulegt eða ekki talin þörf á sektum af öðrum ástæðum. Þá bar einnig að taka tillit til þess skaða sem samkeppnishömlur höfðu valdið og þess ávinnings sem þær höfðu haft í för með sér. Samkvæmt skýrum fyrirmælum 2. mgr. greinarinnar gat sekt þó ekki farið yfir 40 milljónir króna nema fyrir lægi að ábati fyrirtækis af broti næmi hærri fjárhæð. Í þeim tilvikum var sektarhámark miðað við 10% af veltu þeirrar starfsemi fyrirtækisins sem brotið laut að, eins og rakið hefur verið. Í samræmi við 10. gr. stjórnslulaga hvíldi á samkeppnisyfirvöldum að sýna fram á að fullnægt væri lagaskilyrði fyrir því að unnt væri að leggja á hærri sektir en 40 milljónir króna.

Í dómum Hæstaréttar hefur ítrekað verið gengið út frá því að dómstólar fari með óskorað endurskoðunarvald gagnvart sektarákvörðunum samkeppnisyfirvalda með þeim takmörkunum einum sem leiða af forræði aðila á sakarefninu, sbr. einnig fyrrgreindan dóm Mannréttindadómstóls Evrópu 27. september 2011 í máli Menarini gegn Ítalíu. Í þessu felst að dómstólar meta ekki einungis hvort ákvörðun samkeppnisyfirvalda um sektir styðjist við fullnægjandi heimildir og lögmæt sjónarmið heldur er dómstólum ætlað að meta til hlítar hvaða sekt telst hæfileg með vísan til þeirra lögmæltu viðmiða sem áður greinir. Við þetta mat geta dómstólar stuðst við og vísað til mats samkeppnisyfirvalda eftir því sem þeir telja rétt en eru hins vegar ekki bundnir við þá afstöðu ef gögn málsins leiða til annars. Samkvæmt þessu getur dómnum verið heimilt að líta til gagna sem aflað hefur verið eftir að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála var kveðinn upp og lögð hafa verið fram við meðferð málsins með viðhlítandi hætti.

Í málinu er fyrst til þess að líta að sektarákvörðun samkeppnisyfirvalda laut að fjölda alvarlegra samkeppnisbrota stefnanda og samstarfsaðila hans á olíumarkaði. Með þessum brotum, sem framin voru kerfisbundið yfir langt tímabil eða frá 1993 til desember 2001, misnotuðu stefnandi og samstarfsaðilar hans sér nálega 100% hlutdeild þeirra á mörkuðum fyrir eldsneyti og olíuvörur með því að stilla saman

strengi um verð á þessum vörum, skipta upp mörkuðunum og eiga samvinnu um gerð tilboða, líkt og ítarlega er reifað í ákvörðun samkeppnisráðs og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Dómurinn telur hafið yfir allan vafa að markmið stefnanda og samstarfsaðila hans var að skapa sér ávinning og um leið hlaut þeim að vera ljóst að háttsemi þeirra var til þess fallin að valda viðskiptavinum þeirra tjóni, sbr. til hliðsjónar dóma Hæstaréttar 7. febrúar 2008 í málum nr. 142/2007 og 143/2007, dóm Hæstaréttar 30. apríl 2008 í máli nr. 309/2007 og dóm réttarins 6. maí 2010 í máli nr. 244/2009. Er þá meðal annars litið til þess að við þátttöku í ýmsum útboðum á eldsneyti og olíuvörum skilgreindu stefnandi og samstarfsaðilar hans sjálfir þann hagnað sem þeir töldu sig öðlast með samráði og ákváðu tiltekna skiptingu hans sín á milli.

Ekki er í lögskýringargögnum vikið að því hvernig beri að skilja hugtakið ábata af broti í 52. gr. eins og ákvæðið hljóðaði við setningu laga nr. 8/1993. Dómurinn tekur undir með samkeppnisyfirlögdum að við mat á ábata í þessum skilningi sé ekki einungis unnt að líta til þróunar á arðsemi eigin fjár eða hagnaðs fyrirtækja sem taka þátt í broti á samkeppnislögum. Eðlilegra sé að horfa til þess hagnaðar sem þau hafa haft af viðskiptum sem brotin lúta að áður en tillit er tekið til þess hvernig honum hafi verið ráðstafað í breytilegan dreifingar- og rekstrarkostnað, afskriftir, fjármagnskostnað og annan fastan kostnað, sem og í hagnað til eigenda þeirra. Ella sé hætt við því að ávinningur af broti nái ekki til óhagkvæmrar ráðstöfunar á hagnaði af ólögmetu samráði.

Allar aðferðir sem notaðar eru til þess að meta ábata eða ávinning af samkeppnisbroti miðast við að bera saman raunverulega þróun á verði með samráði við þróun sem hefði orðið við sömu markaðsaðstæður án samráðs. Nærtækt er þá að bera saman raunverulegt verð þegar samráðið átti sér stað við verð sömu aðila þegar samráð var ekki til staðar eða þegar ætla má að það hafi haft minni áhrif á verðlagningu. Mat af þessu tagi er ávallt háð ákveðinni óvissu. Draga má verulega úr henni með því að byggja á traustum gögnum og taka tillit til þeirra atriða sem geta valdið skekkju í samanburðinum. Þá eykur það áreiðanleika við mat á ávinningi ef byggt er á fleiri aðferðum en einni þar sem niðurstöður styðja hverja aðra. Að þessu gættu telur dómurinn að samanburður af þessu tagi geti gefið raunhæfa mynd af ávinningi af samkeppnisbroti.

Eins og rakið hefur verið litu samkeppnisyfirlögd fyrst og fremst til breytinga sem urðu á svonefndri einingaframlegð af sölu á fljótandi eldsneyti á samráðstímabilinu þegar komist var að niðurstöðu um ávinning eða ábata félaganna af hinu ólögmeta samráði. Þar var stuðst við gögn frá olíufélagunum og skilgreiningu þeirra sjálfra á einingaframlegð. Með einingaframlegð er þá átt við það sem félagið heldur eftir af söluverði þegar kostnaður við aðföng eldsneytis hefur verið dreginn frá. Með því að styðjast við þessa aðferð er kostnaður aðfanga dreginn frá, en hann er mjög breytilegur í verði, bæði vegna sveiflu í heimsmarkaðsverði og gengisbreytinga, og nær ekkert háður innlendri kostnaðarþróun.

Við samanburð samkeppnisyfirlögd á einingaframlegð félaganna milli tímabila var miðað við verðlag ársins 2001. Með því var almennt tekið tillit til þátta eins og hagvaxtaraukningar, launaþróunar, framleiðniþróunar, hækkandi arðsemiskrafna, hækkunar á fjármagnskostnaði og aukins kostnaðar vegna umhverfiskvaða, enda má reikna með að hækkunar á þessum þáttum leiði út í

almennt verðlag. Stefnandi hefur ekki sýnt fram á að kostnaðarhækkun af þessum toga hafi komið harðar niður á sér en öðrum atvinnufyrirtækjum hér á landi á sama tíma. Með því að miða við fast verðlag ársins 2001 verður einnig að ætla tekið sé að stórum hluta tillit til þess gengistaps sem olíufélagin hafi orðið fyrir á tímabilinu. Stefnandi virðist á sama tíma ganga út frá því í málatilbúnaði sínum að kostnaðarlækkun vegna hagræðingar í rekstri fyrirtækisins á samráðstímabilinu eigi að hafa áhrif á framlegðarútreikninga þannig að ávinningur hans af samráði verði lægri en samkeppnisyrivöld gera ráð fyrir. Í því sambandi verður að líta til þess að ekki hefur verið sýnt fram á að hagræðing í rekstri eða framleiðniaukning hafi verið önnur hjá stefnanda en almennt í atvinnurekstri á tímabilinu. Hafi stefnandi hins vegar lækkað kostnað sinn meira en í öðrum greinum, og að því gefnu að það eigi að hafa áhrif á mat á ávinning af samráðinu, eins og stefnandi virðist byggja á, hljóta samkeppnisyrivöld enn fremur að hafa vanmetið ávinninginn en ekki ofmetið.

Eins og rakið hefur verið báru samkeppnisyrivöld einingaframlegð af sölu á fljótandi eldsneyti á tímabilinu 1996 til 2001 saman við meðaltal einingaframlegðar sömu viðskipta á árunum 1993 til 1995 á verðlagi ársins 2001. Rannsókn samkeppnisyrivalda leiðir í ljós að samráð átti sér einnig stað á samanburðartímanum auk þess sem það tók jafnframt til viðskipta félaganna með aðrar vörur. Aðferðin fól að þessu leyti í sér vanmat á ávinningi olíufélaganna af samráði. Þá fellst dómurinn á það með stefndu að ótækt sé að miða samanburð af þessu tagi við tímabilið 2002 til 2004, þegar rannsókn á samráðinu stóð yfir, enda verður að ætla að áhrifa samráðsins hafi þá gætt enn, þar sem þau hafi haft hagsmuni af því að víkja ekki frá fyrri venjum í verðlagningu á olíuvörum.

Þegar litið er til framangreindra atriða telur dómurinn að sá samanburður sem samkeppnisyrivöld beittu til að meta þróun einingaframlegðar á samráðstímanum hafi verið til þess fallinn að varpa ljósi á ávinning olíufélaganna af því samráði sem rannsókn samkeppnisyrivalda hefur leitt í ljós. Ekki er á það fallist að breytingar á ytri aðstæðum á samráðstímanum geti skýrt þá hækkun sem varð á einingaframlegð, enda má ætla að tekið sé að verulegu leyti mið af slíkum þáttum með því að miða við fast verðlag. Eins og rakið er í yfirmatsgerð 28. september 2008 er heldur ekki ástæða til að ætla að niðurstöður um ávinning félaganna af samráði séu í veigamiklum atriðum rangar vegna þess að ekki hafi verið tekið tillit til þess að markaðshæðun sé mismunandi eftir kaupendum og einstökum vöruflokkum. Auk þess er á það fallist að í kortaafsláttum felist útgjöld sem miða að því að kaupa tryggð viðskiptavinarins, en fyrirtæki leggja einungis í slík útgjöld ef þau telja sig hafa hag af því. Því er ekki rétt að taka tillit til slíkra kortaafslátta, eins og rökstutt er í framangreindri yfirmatsgerð. Enn fremur getur niðurstaða um ávinningi af samráði ekki talist innan skekkjumarka, eins og byggt er á matsgerð 11. október 2006 sem stefnandi reisir málatilbúnað sinn á, enda er útreikningur samkeppnisyrivalda á einingaframlegð gerður með þeim gögnum sem lágu fyrir og því ekki verið að draga tölfræðilegar ályktanir á grundvelli úrtaks. Þá er rétt að taka undir þann varnagla sem fram kemur í matsgerðinni þess efnis að skýringarbreytur við útreikning á ávinningi geti verið innbyrðis háðar sem kann að leiða til ofmats á áhrifum þeirra.

Í fyrrgreindri matsgerð er lýst tilgreindum breytingum á reikningsfærslu á „sölulaunum milli deilda“, milli þeirra tímabila sem Samkeppnisstofnun lagði til grundvallar í framlegðarútreikningum sínum. Í matsgerðinni virðist talið að þessar

breytingar hafi leitt til vanmats á framlegð af vörusölu fljótandi eldsneytis á árunum 1993 til 1995 og ofmats á reiknuðum ávinningi árána 1996 til 2001. Af töflum sem fylgir matsgerð verður helst ráðið að þessir þættir nemi samtals tæpum 654 milljónum króna sem matsmenn telja að eigi að koma til lækkunar á reiknuðum ávinningi stefnanda. Í matsgerð er því einnig haldið fram að breytingar hafi orðið á færslu gengismunar í reikningsskilum stefnanda árið 2000 þannig að í stað þess að vera hluti af kostnaðarverði seldrar vöru þá er hann færður meðal fjármagnsliða. Fullyrt að Samkeppnisstofnun hafi ekki tekið tillit til þessarar breytingar við útreikning á framlegð árána 2000 og 2001, en samkvæmt matsgerð á það að hafa leitt til ofmats á ávinningi um 614,6 milljónir króna. Á móti kemur að í matsgerð er því lýst að Samkeppnisstofnun hafi vanáætlað sölu og framlegð ársins 2001, sem hafi verið reist á áætlun af hálfu stofnunarinnar. Af sömu töflu og að framan greinir má ráða að þessi vanáætlun á framlegð þess árs hafi numið 635 milljónum króna sem leiðir til samsvarandi hækkunar á reiknuðum ávinningi stefnanda á samráðstímabilinu. Með vísan til þess sem fram hefur komið um kortaafslætti þykir hins vegar ekki liggja fyrir að taka hafi átt tillit til þeirra við útreikning á ávinningi eins og gert er í matsgerðinni. Framangreindum breytingum á útreikningum á framlegð stefnanda, sem leiða af breyttum aðferðum við reikningsskil fyrirtækisins, hefur ekki verið hnekkkt með yfirmatsgerð 28. september 2008.

Niðurstaða framangreinds samanburðar samkeppnisyfirvalda leiddi í ljós að samanlagður ávinningur stefnanda af samráði um verð á fljótandi eldsneyti á tímabilinu 1996 til 2001 hafi numið 2.750 milljónum króna. Í ljósi niðurstöðu matsgerðar 11. október 2006 kann mögulega að vera unnt að lækka þetta mat um rúmar 630 milljónir króna. Í úrskurði áfrýjunarnefndar var við ákvörðun sekta horft til tiltekinna ytri aðstæðna sem virðist hafa verið talið að gætu skýrt að einhverju leyti hærri framlegð á tímabilinu, þ.e. til gengistaps, aukinnar arðasemiskröfu og hækkunar á launum umfram neysluverðsvísitölu. Eins og áður greinir verður að ætla að tekið sé að stórum hluta mið af þessum aðstæðum með því að miða við fast verðlag ársins 2001 við útreikning samkeppnisráðs. Með því að lækka metinn ávinning á þessum grundvelli er einnig horft fram hjá því að ávinningur af samráðinu kann meðal annars að hafa verið notaður til að standa undir aukinni arðsemiskröfu og launahækkunum. Að þessu gættu fellst dómurinn ekki á sjónarmið stefnanda um áhrif þessara þátta við mat á ávinningi olíufélaganna.

Eins og fram hefur komið var markmið samráðs olíufélaganna að auka eða koma í veg fyrir lækkun á framlegð af sölu þeirra á eldsneyti og auka þar með eða viðhalda ávinningi félaganna. Miðað við gögn sem rakin eru í ákvörðun samkeppnisráðs um samskipti starfsmanna félaganna á samráðstímanum má gera ráð fyrir að þetta hafi tekist í meginatriðum. Almennt verður að ætla að fyrirtæki leggi ekki stund á jafn umfangsmikið samráð í svo langan tíma og raun ber vitni nema að hafa af því ávinning. Þá liggur fyrir að félögin lögðu stund á svonefnda skiptisölu þar sem þau endurgreiddu hvoru öðru hluta af álagningu sinni í tilteknum viðskiptum, en heildarumfang þeirra viðskipta nam 5,8 milljörðum króna á tímabilinu 1993 til 2001. Verður einnig að gera ráð fyrir að fyrirtæki gangist ekki undir skuldbindingar af þessu tagi nema þau telji sig hafa hag af því. Þá er til þess að líta að kjöraðstæður virðast hafa verið uppi á þessum tíma til að samráð olíufélaganna skilaði þeim ávinningi. Samráðið snerist um einsleita og samkynja nauðsynjavörur með lágrí verðteygni. Erfitt var fyrir nýja aðila að koma inn á markaðinn í ljósi kostnaðar við að koma upp dreifikerfi og möguleika olíufélaganna, sem höfðu komið sér fyrir á markaðnum, til að bregðast við

samkeppni með því að lækka verðið. Þegar litið er til þessara atriða, og jafnframt tekið mið af útreikningi samkeppnisyfivalda á ávinning stefnanda af samráðinu með framangreindri aðferð, telur dómurinn bersýnilegt að ábati stefnanda, sem rekja má til hins ólögmeta samráðs, hafi numið mun hærri fjárhæð en 40 milljónum króna. Sterk rök hníga einnig að því að ávinningur stefnanda af samráðinu hafi numið hærri fjárhæð en þeirri sekt sem stefnanda var ákvörðuð í grunninn. Þær matsgerðir sem stefnandi hefur aflað og hann vísar til í málatilbúnaði sínum hnekkja ekki þeirri niðurstöðu.

Samkvæmt framansögðu sýndu samkeppnisyfivöld fram á það með viðhlítandi hætti við rannsókn málsins að fullnægt hafi verið skilyrði 2. mgr. 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 til þess að ákveða sektir allt að 10% af veltu stefnanda vegna síðastliðins almanaksárs af hlutaðeigandi starfsemi. Leggja verður þann skilning í ákvæðið að þar hafi verið vísað til veltu næsta heila almanaksárs áður en sektin var ákveðin. Þá telur dómurinn ekki ástæðu til að víkja frá þeirri afstöðu samkeppnisyfivalda að einungis hafi borið að draga virðisaukaskatt frá veltu þeirra fyrirtækja sem í hlut áttu en ekki ýmis önnur gjöld og opinberar álögur. Í ákvörðun samkeppnisráðs kemur fram að velta stefnanda á árinu 2003 hafi numið 16.525 milljónum króna og ber að leggja það til grundvallar við úrlausn málsins. Samráðið laut að kjarnastarfsemi stefnanda og er ágreiningslaust að um 80% af veltu félagsins hafi stafað frá þeim markaði sem um ræðir. Grunnsekt að fjárhæð 900 milljónir króna, sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála ákvarðaði stefnanda, var því undir því hámarki sem fyrrgreint ákvæði samkeppnislaga mælti fyrir um.

Samkvæmt þeim reglum 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 sem áður greinir bar við nánari ákvörðun sekta að taka tillit til þess skaða sem samkeppnishömlurnar ullu og þess ávinnings sem þær höfðu í för með sér. Áður hefur verið gerð grein fyrir niðurstöðum samkeppnisyfivalda um að olúfélögin hafi haft verulegan ávinning af brotunum og að sú niðurstaða gefi sterka vísbendingu um að ávinningur stefnanda af þátttöku í samráði félaganna hafi verið meiri en sem nam þeirri sekt sem honum var ákvörðuð í úrskurði áfrýjunarnefndar. Að virtu eðli þeirrar starfsemi sem hér var um að ræða, og margþættum áhrifum hennar á viðskipti og atvinnulíf, telur dómurinn einnig að stefnanda og samstarfsaðilum hans hafi hlotið að vera ljóst að um væri að ræða verulega skaðlega háttsemi fyrir samfélagið allt. Þessu til stuðnings má vísa til áðurtilvitnaðrar yfirmatsgerðar. Þá telur dómurinn rétt að líta til þess við ákvörðun sektar að brot olúfélaganna stóð yfir í mörg ár og laut að umfangsmiklum viðskiptum þeirra hér á landi með mikilvæga nauðsynjavöru. Auk þess ber að taka tillit til þess að samráðið var þaulskipulagt og æðstu stjórnendur félaganna tóku þátt í því gegn betri vitund.

Með vísan til þess sem áður greinir telur dómurinn að hafna beri þeirri málsástæðu að fyrrgreind breyting, sem gerð var á viðmiðunartímabilum í útreikningum samkeppnisyfivalda, feli í sér brot á meðalhófsreglu. Í ljósi þess sem rakið hefur verið um umfang samráðsins og þátttöku stefnanda í því, sem og þess sem ætla má um ávinning stefnanda af samráðinu og þess samfélagslega skaða sem það hefur valdið, telur dómurinn að grunnsekt stefnanda að fjárhæð 900 milljónir króna hafi verið hæfilega ákveðin. Þá er ekki unnt að fallast á það með stefnanda að það mat samkeppnisyfivalda að veita stefnanda 45% afslátt af grunnsekt, en ekki 50% hámarksafslátt samkvæmt reglum nr. 397/2002, hafi byggst á ómálefnalegum sjónarmiðum, en um það var vísað til þess að starfsmenn stefnanda hefðu í vissum tilvikum ekki gefið fullnægjandi skýringar á gögnum.

Þar sem öllum málsástæðum stefnanda hefur samkvæmt framansögðu verið hafnað ber að sýkna stefndu af öllum kröfum hans. Með vísan til 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 verður stefnanda gert að greiða stefndu málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 1.500.000 krónur.

Dómsuppkvaðning hefur dregist fram yfir frest samkvæmt 1. mgr. 115. gr. laga nr. 91/1991. Dómarar og aðilar töldu ekki þörf á því að málið yrði flutt að nýju.

Dóminn kveða upp héraðsdómararnir Ásmundur Helgason og Skúli Magnússon og dr. Úlf Níelsson hagfræðingur.

D Ó M S O R Ð :

Stefndu, Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið, eru sýknaðir af öllum kröfum stefnanda, Kers ehf.

Stefnandi greiði stefndu óskipt 1.500.000 krónur í málskostnað.

Ásmundur Helgason (sign.)

Skúli Magnússon (sign.)

Úlf Viðar Níelsson (sign.)

