

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 19. janúar 2015 í máli nr. E-3291/2013:

Olíuverzlun Íslands hf.

(Eyvindur Sveinn Sólnes hrl.)

gegn

Samkeppniseftirlitinu og

íslenska ríkinu

(Gizur Bergsteinsson hrl.)

I.

Mál þetta, sem var dómtekið 26. nóvember sl., er höfðað 30. júlí 2013 af Olíuverzlun Íslands hf., Katrínartúni 2 í Reykjavík, gegn Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26 í Reykjavík, og íslenska ríkinu.

Á hendur stefnda, Samkeppniseftirlitinu, gerir stefnandi eftirfarandi kröfur:

Aðallega að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli 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 í máli 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 sem og að stefnandi skuli greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 560.000.000 króna. Til þrautavara er þess krafist að úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 verði breytt á lá leið að sektarfjárhæðin verði lækkuð verulega. Þá krefst stefnandi málskostnaðar að skaðlausu úr hendi stefnda.

Á hendur stefnda, íslenska ríkinu, gerir stefnandi eftirfarandi kröfur:

Aðallega, að stefndi endurgreiði stefnanda 560.000.000 króna auk vaxta samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 2. maí 2005 til greiðsludags. Til vara er gerð sú krafa að stefndi endurgreiði stefnanda mismuninn á 560.000.000 króna og endanlegri lægri fjárhæð héraðsdóms um stjórnvaldssekt úr hendi stefnanda, ef henni verði til að dreifa, auk vaxta samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 2. maí 2005 til greiðsludags. Þá er krafist málskostnaðar að skaðlausu úr hendi stefnda.

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

II.

Stefnandi er félag sem hefur allt frá fyrri hluta síðustu aldar annast 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, Ker ehf. (áður Olíufélagið hf.) og Skeljungur hf., hefðu haft með sér ólögmætt 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 mun Ker ehf. hafa lýst 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 ehf. og lögmanni félagsins, þar sem veittar voru ýmsar upplýsingar um samstarf félagsins við hin olíufélögin.

Stefnandi sendi Samkeppnisstofnun einnig bréf 5. mars 2002 þar sem félagið lýsti vilja til samstarfs í því skyni að upplýsa málið. Á fundi 14. sama mánaðar var væntanlegt samstarf milli aðila rætt, en samkvæmt fundargerð fundar 9. ágúst sama ár, mun þar hafa komið fram að stefnandi gerði ráð fyrir því að samstarfið kæmi fram í lækkun sekta vegna meintra brota á samkeppnislögum. Þar er þess jafnframt getið að félaginu stæði þessi leið til boða og að gæti það fengið 20% til 30% lækkun á hugsanlegum sektum ef skilyrði sem samkeppnisyfirvöld settu fyrir slíku samstarfi yrðu uppfyllt. Í kjölfarið voru haldnir samtals sjö fundir Samkeppnisstofnunar með starfsmönnum, stjórnarformanni og lögmanni félagsins, sá fyrsti 9. ágúst 2002 og sá síðasti 4. desember sama ár. Þar svöruðu starfsmenn félagsins ýmsum spurningum er lutu að þeim útboðum sem Samkeppnisstofnun hafði til rannsóknar sem og samkomulagi olíufélaganna um svonefnda skiptisölu.

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. Félögunum 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 tilkynnti stefnandi að félagið myndi ekki skila athugasemdum sínum fyrr en

frumathugun stofnunarinnar lægi fyrir í heild sinni.

Í júní 2003 mun Samkeppnisstofnun hafa átt fund með ríkislögreglustjóra þar sem fjallað var um hið ætlaða, ólögmæta 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 olíufélögunum 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 refsímáli. 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 voru skýrslur af 21 starfsmanni stefnanda í þágu rannsóknarinnar, en þar af munu 9 starfsmenn hafa haft réttarstöðu sakbornings auk stefnanda. Ríkissaksóknari gaf út ákæru á hendur forstjórum 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 olíufélögunum 5. desember 2003 og þeim gefinn kostur á því að andmæla því sem þar kom fram. Í frumathuguninni 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 bensínstöðva. Enn fremur er í frumathuguninni 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 frumathuguninni 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 ólögmeta 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 vísbindingum 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 upplýsingar sem væru mikilvæg viðbót við þau gögn sem stofnunin hafi haft undir höndum. Væru því skilyrði uppfyllt til þess að stefnandi gæti fengið 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. Félagin 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 4. maí 2004. Þar kemur m.a. fram að félagið telji sig ekki geta krafið þá einstaklinga, sem sæti lögreglurannsókn sem sakborningar vegna ætlaðra brota gegn samkeppnislögum, um upplýsingar til að byggja andmæli sín á. Því geti stefnandi ekki neytt lögbundins andmælaréttar síns um lýsingu á atvikum málsins og láti við það sitja að setja fram almenn mótmæli við lýsingu atvika í frumathuguninni. Almenn er í athugasemdunum dregið í efa að olíufélögin hafi gerst sek um ólögmett samráð sem hafi leitt til tjóns fyrir neytendur. Í andmælunum er því jafnframt haldið fram að sala til erlendra skipa og flugvéla falli utan gildissviðs samkeppnislaga. Þar eru einnig færð rök fyrir því að þau brot sem hefðu verið fullframin fyrir 26. maí 2000, eða fyrir gildistöku laga nr. 39/2000, væru fyrnd. Þá hafi „skýrslutökur Samkeppnisstofnunar“ brotið gegn rétti stefnanda samkvæmt 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Jafnframt er þar dregið í efa að færðar hafi verið viðhlítandi sönnur á að ætluð brot olíufélaganna. Að lokum eru 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, ólögmeta 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 stefnanda og annars olíufélags 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 olúfélögin 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 olúfélaganna af samráðinu. Eins og nánar er rökstutt í ákvörðuninni þótti rétt að byggja þetta mat á upplýsingum olúfélaganna sjálfra um einingaframlegð af vörusölu. Tekið var fram að með einingaframlegð, eins og því hugtaki hefði verið beitt af olúfélögunum, 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 olúfélögunum, 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 Kers ehf. af því að einingaframlegð þess í fljótandi eldsneyti hækkaði að raungildi miðað við meðaltal árána 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 stefnanda, 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 ólögsmætar. Fram kom í niðurstöðu samkeppnisráðs að mat á ávinningi af slíku ólögsmætu 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 olúfélaganna 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 ólögsmætri 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 olúfélaganna sem byggðust á greinargerð hagfræðinganna Tryggva Þórs Herbertssonar og Jóns Þórs Sturlusonar. Þar var tekið tillit til athugasemda Skeljungs og stefnanda 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 ólögmeta 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 12.413 milljónir króna. Var sekt félagsins ákveðin 1.100 milljónir króna. Sektarfjárhæð hinna olíufélaganna var í grunninn ákveðin sú sama, enda þótti ábyrgð félaganna á hinu ólögmeta samráð vera jöfn. Ker ehf. 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 Kers ehf. var því ákveðin 605.000.000 króna. Framlag stefnanda þótti hafa verið talsvert og var því félaginu veittur 20% afsláttur af framangreindri sekt. Sekt stefnanda 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 teldist ekki mikilvæg viðbót við þau gögn sem fyrir lægju. Því var sekt Skeljungs hf. 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 149 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 lögmati 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 ólögmett 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 félögunum 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 olíufélagin 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 ólögsmæta 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 olíufélagin 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 vega á móti því að sannað væri að olíufélagin hefðu haft með sér ólögsmætt samráð. Annað atriðið laut að því gengistapi sem olíufélagin 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 Keri ehf. og 777 milljónum króna hjá stefnanda. Hins vegar lögju ekki fyrir sambærilegar upplýsingar hjá Skeljungu 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 Keri ehf. og 352 milljónum króna hjá stefnanda. Ekki lögju hins vegar sambærilegar upplýsingar fyrir hjá Skeljungu 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 700 milljónir króna. Í tilviki Kers ehf. þótti hæfileg stjórnvaldssekt vera 900 milljónir króna og 450 milljónir króna í tilviki Skeljungs hf. Að teknu tilliti til afsláttar, sem stefnandi og Ker ehf. voru talin eiga

tilkall til, var stefnanda gert að greiða 560 milljónir króna í sekt og Keri ehf. 495 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. Ker ehf. höfðaði 29. júní 2005 mál á hendur samkeppnisráði og íslenska ríkinu, 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 stefnandi 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 matsgerðinni höfum við lagt mat á útreikning Samkeppnisstofnunar sem er grundvöllur úrskurðar samkeppnisráðs og áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Mat okkar byggir á þeim gögnum sem við höfum fengið frá Olíuverslun Íslands hf. Við teljum að í ljós hafi komið að mat Samkeppnisstofnunar á heildarávinningi sé 1.271 millj. kr. of hátt af ástæðum sem telja verði vegna rangra forsendna í útreikningi og breytinga á rekstrartilhögun eins og gerð er nánari grein fyrir í matsgerðinni. Því hafi niðurstaða Samkeppnisstofnunar átt að vera 812 millj. kr. í stað 2.083 millj. kr. miðað við óbreyttar forsendur stofnunarinnar. / Að auki teljum við að reiknaður ávinningur af bensínsölu sé óverulegur og að ekki séu forsendur til að telja neikvæð áhrif árána 1996 og 1997 með í útreikningnum á reiknuðum ávinningi. Gerð er nánari grein fyrir þessum liðum á bls. 36-39. / Heildarávinningur sem eftir stendur nemur 701 millj. kr. og er þar um að ræða reiknaðan hámarksávinning vegna gasolíutegunda, svartolíu og þotueldsneytis 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 ávinnings sé vegna samráðs annars vega 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 Olíuverslunar Íslands hf. af samráði hafi numið 0 – 701 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 samiburðartímabilum 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 samiburðarhæfa 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 neysluverðs 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 svári 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 lögmanna 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 herra 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 bensín á 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 herra 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 tilvik Kers ehf., 700 milljónum króna í tilviki stefnanda og 450 milljónum króna í tilviki Skeljungs hf. Þá telja matsmenn að lokum 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 herra 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 matsmönnum 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 neysliverðs. 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 Keri ehf. og um 550 milljónir króna hjá stefnanda 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 byggir á því að sekt í úrskurði áfrýjunarnefndar sé svo há að hún teljist til refsinga í skilningi 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu. Vísar hann til tiltekinna dómsúrlausna mannréttindadómstóls Evrópu og EFTA dómstólsins þessu til stuðnings. Hafi þetta í för með sér að öll meðferð og afgreiðsla málsins verði að vera í samræmi við fyrirmæli 6. gr. mannréttindasáttmálans. Það eigi meðal annars við um kröfur til sönnunar ávinnings. Stefnandi tekur í því sambandi fram að hann telji útilokað að hlutast nú til um sönnunarfærslu vegna þeirra brota sem talið hafi verið sannað að hann hafi gerst sekur um samkvæmt lýsingu atvika í III. hluta úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Stefnandi reisir aðalkröfu sína meðal annars á því að andmælaréttur félagsins samkvæmt 13. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 hafi ekki verið virtur við meðferð málsins hjá samkeppnisyfirvöldum. Stefnandi rökstyður þessa málsástæðu á tvo vegu. Annars vegar heldur hann því fram að félaginu hafi ekki verið unnt að tjá sig um efnisatriði málsins við meðferð þess hjá samkeppnisyfirvöldum sökum þess að málið hafi verið á sama tíma til rannsóknar hjá lögreglu. Hins vegar er á því byggt að brotið hafi verið gegn andmælarétti félagsins með því að samkeppnisráð breytti forsendum fyrir útreikningi á ávinningi stefnanda af samráðinu án þess að gefa félaginu tækifæri til að gera athugasemdir við það.

Um fyrra atriðið vísar stefnandi til þess að eftir að ákvörðun Ríkislögreglustjóra lá fyrir 30. september 2003 og þar til lögreglurannsókn lauk árið 2006 hafi stefnandi ekki getað leitað til þeirra starfsmanna sinna sem höfðu stöðu sakborninga um upplýsingar. Þá hafi ekki verið vitað hvort staða einstakra starfsmanna myndi breytast við frekari rannsókn. Alls hafi níu starfsmenn haft stöðu sakbornings við rannsókn málsins auk stefnanda. Þá hafi 21 starfsmaður gefið skýrslu. Stefnandi kveðst hafa ítrekað bent á þá annmarka sem þessi staða hefði í för með sér. Telur stefnandi að við þessar aðstæður hafi réttindi stefnanda samkvæmt 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu ekki verið tryggð.

Sama staða hafi verið uppi þegar ákvörðun samkeppnisráðs hafi verið kærð til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, en þar hafi sem fyrr verið bent á að andmælaréttur stefnanda væri innihaldslaus. Þar var vísað til þess að umfjöllun stefnanda um einstök atvik málsins við meðferð þess hjá samkeppnisyfirvöldum myndi óhjákvæmilega verða aðgengileg þeim aðilum sem önnuðust lögreglurannsóknina. Telur stefnandi augljóst að réttur stefnanda og starfsmanna hans til að tjá sig ekki um málið og varpa ekki sök á sjálfan sig hefði orðið að engu ef stefnandi tjáði sig efnislega um málið fyrir samkeppnisyfirvöldum.

Stefnandi byggir á því að ekki verði lagt á aðila að sýna fram á að ofangreind aðstaða hafi leitt til þess að athugasemdum hafi ekki verið komið á framfæri varðandi atvik málsins. Stefnandi telur ljóst að andmælaréttur hans hafi verið

brotinn við meðferð stjórnslumálsins og að það hafi verið verulegur annmarki á málsmeðferðinni sem leiði til þess að úrskurð áfrýjunarnefndar beri að fella úr gildi. Þessi annmarki hafi verið til staðar frá því að stefnanda hafi fyrst gefist færi á að skoða gögn málsins og ályktanir samkeppnisyrvalda og verið áfram til staðar uns lögreglurannsókn hafi verið lokið. Af þessum sökum hafi athugasemdir stefnanda við frumathugun Samkeppnisstofnunar einungis verið um lagaatriði en ekki efni málsins að öðru leyti. Sama eigi við um kæru til áfrýjunarnefndarinnar.

Um síðara atriðið, til stuðnings málsástæðu stefnanda um að andmælaréttur stefnanda hafi verið virtur að vettugi, vísar hann til þess að í frumathugun Samkeppnisstofnunar hafi því verið haldið fram að íslensku olíufélögin hefðu hagnast um allt að 6.650 milljónir króna vegna hækkunar einingarframlegðar í eldsneytissölu á árunum 1998-2001. Þetta tímabil hafi verið borið saman við viðmiðunarárin 1993-1995. Í niðurstöðu samkeppnisráðs hafi hins vegar verið notast við tímabilin 1993-1995 annars vegar og 1996-2001 hins vegar án þess að stefnanda gæfist kostur á að fjalla um þær forsendur áður en ráðið tók ákvörðun.

Stefnandi byggir á því að samkeppnisyrfirvöld hafi ekki getað breytt því viðmiðunartímabili sem samráð eigi að hafa náð yfir án þess að láta hann vita og gefa honum kost á því að koma með andmæli gegn hinni nýju framsetningu. Um það vísar stefnandi sérstaklega til þess að það skipti hann gríðarmiklu máli að geta brugðist við útreikningum um ætlaðan ávinning sinn þar sem samkeppnisyrfirvöldum hafi verið skylt að sanna að ávinningur hans næmi meira en 40 milljónum króna til að leggja mætti veltutengdar sektir á hann. Vísar stefnandi til rökstuðnings fyrir þrautavarakröfu stefnanda um þetta, þar sem ýmsar upplýsingar eru lagðar fram til leiðréttingar vegna þessarar breytingar. Vegna tímaskorts hafi verið ómögulegt að koma þessum athugasemdum að fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Stefnandi telur þennan annmarka hafa verið alvarlegan sérstaklega með vísan til þess að hér sé um refsingu að ræða. Hann eigi því að leiða til ógildingar úrskurðarins.

Stefnandi byggir aðalkröfu sína enn fremur á því að með samhliða rannsókn samkeppnisyrfirvalda og lögreglu hafi verið brotið gegn ákvæðum 1. mgr. 4. gr. 7. samningsviðauka mannréttindasáttmála Evrópu. Telur stefnandi að með þessari málsmeðferð hafi hann veitt samkeppnisyrfirvöldum upplýsingar samkvæmt lagaskyldu sem síðan hafi verið hægt að nota gegn honum sem sakborningi. Slík málsmeðferð leiði að mati stefnanda til ógildingar stjórnvaldsákvörðunar, sérstaklega í ljósi þess að um refsingu sé að ræða samkvæmt ofangreindu. Vísar stefnandi hér jafnframt til Hæstaréttardóms nr. 92/2007 en stefnandi telur að heimfæra megi niðurstöðu þess dóms yfir á atvik þessa máls.

Stefnandi telur jafnframt að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnslulaga við meðferð málsins. Stefnandi heldur því fram að ofangreind brot gegn andmælarétti leiði til þess að málið geti ekki talist hafa verið nægjanlega upplýst áður en ákvörðun var tekin í því. Vísar stefnandi hér jafnframt til aðferða og útreikninga samkeppnisyrfirvalda til sönnunar á meintum ávinningi stefnanda vegna samráðsins. Stefnandi telur ljóst að ekki hafi verið upplýst með nægjanlegum hætti hver sá ávinningur hafi verið og vísar um það til röksemda fyrir þrautavarakröfu stefnanda. Vísar stefnandi hér meðal annars til þess að stefndi hafi látið dómkveðja matsmenn við meðferð héraðsdómsmálsins nr. 4965/2005 til þess að reyna að sýna fram á umræddan ávinning. Telur stefnandi að stefndi hafi með

Þessu sýnt að rannsókn á ætluðum ávinningi hafi verið ábótavant. Telur stefnandi að þessir annmarkar leiði til ógildingar úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Stefnandi rökstyður varakröfu sína með því að brot hans hafi verið fyrnt þegar ákvörðun samkeppnisráðs hafi verið tekin 29. október 2004. Í úrskurði áfrýjunarnefndar hafi verið lagt til grundvallar að um samfelld brot hafi verið að ræða og einn og sami fyrningarfresturinn gildi um allt brotið. Stefnandi mótmælir þeirri niðurstöðu.

Stefnandi tekur undir með áfrýjunarnefnd að beita eigi ákvæðum hegningarlaga nr. 19/1940 um fyrningu í máli þessu þó að ekki sé þörf á því að beita lögjöfnun. Samkvæmt 1. mgr. 81. gr. almennra hegningarlaga fyrndist sökin á tveimur árum, en með lagabreytingu 26. maí árið 2000 hafi fresturinn verið lengdur í fimm ár. Stefnandi telur að um brotið hafi gilt tveggja ára fyrningarfrestur í samræmi við lagaákvæðið fyrir lagabreytinguna. Um það vísar stefnandi til þess að fyrningarreglur séu efnisreglur en ekki réttarfarsreglur og að þeim verði ekki beitt með afturvirkum hætti, sbr. 2. gr. almennra hegningarlaga og 69. gr. stjórnarskrárinnar. Jafnframt væri slíkt skýrt brot gegn 7. gr. MSE. Þessi niðurstaða sé jafnframt í samræmi við niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar um lagaskil er varði beitingu ákvæðis 52. gr. samkeppnislaga, sbr. II.1 lið IV. hluta úrskurðarins. Þá sé ekki gerður ágreiningur um að upphaf fyrningarfrests hafi verið við húsleit Samkeppnisstofnunar 18. desember 2001.

Stefnandi er aftur á móti ósammála þeirri niðurstöðu í úrskurðinum að fyrningarfresturinn hafi rofnað þegar Samkeppnisstofnun sakaði stefnanda um brotið. Telur stefnandi að það hafi fyrst getað orðið við birtingu ákvörðunar samkeppnisráðs 29. október 2004. Samkvæmt þágildandi 4. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga hafi fyrning rofnað þegar stjórnvald, sem hafði heimild til að kveða á um refsingu, sakaði aðila um slíkt brot. Samkeppnisstofnun hafi ekki haft neinar heimildir til að kveða á um refsingu í málinu. Oumdeilt sé að eina stjórnvaldið, sem hafi haft slíka heimild, hafi verið samkeppnisráð, sbr. þágildandi ákvæði 52. gr. samkeppnislaga.

Stefnandi byggir á því að Samkeppnisstofnun og samkeppnisráð hafi verið aðskilin stjórnvöld þegar kom að ákvörðunum í samkeppnismálum. Í samkeppnislögum og lögskýringargögnum með þeim sé alltaf greint á milli stofnunarinnar og samkeppnisráðs og þar komi ekkert fram sem bendi til annars en að um aðskilið æðra og lægra sett stjórnvald sé að ræða. Skýr aðgreining, verkaskipting og endurskoðunarheimildir séu á milli Samkeppnisstofnunar og samkeppnisráðs. Til að mynda hafi sérstaklega verið tekið fram í samkeppnislögum að samkeppnisráð geti falið Samkeppnisstofnun ákvörðunarvald sitt á afmörkuðum sviðum samkvæmt nánari reglum sem ráðið setji, sbr. 8. gr. þágildandi samkeppnislaga. Stefnandi telur að þessi heimild hefði verið óþörf hafi verið um sama stjórnvald að ræða. Þá liggi ekkert fyrir um að slíkar reglur hafi verið settar eða um framsal í þessu máli.

Þar sem fyrning hafi ekki verið rofin fyrr en með ákvörðun samkeppnisráðs 29. október 2004 telur stefnandi að brot stefnanda sé fyrnt í skilningi þágildandi 81. gr. almennra hegningarlaga. Þannig telur stefnandi að ekki sé unnt að beita sektarviðurlögum við hinu samfellda broti og beri því að taka aðalkröfu stefnanda

til greina um niðurfellingu á sektarákvörðun í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Þrautavarakrafa stefnanda er á því reist að í 52. gr. samkeppnislaga hafi verið áskilið að sanna þyrfti að ávinningur af samkeppnislagabroti hafi numið hærri fjárhæð en 40 milljónum króna til að sekt gæti farið yfir þá fjárhæð. Staðfest sé í úrskurðinum að þetta ákvæði gildi í málinu. Stefnandi telur að sönnun um meintan ávinning liggi ekki fyrir í málinu, hvað þá að ávinningur nemi hærri fjárhæð en 40 milljónum króna. Þannig verði, hvað sem öðru líði, ekki hægt að beita hærri sektum en 40 milljónum króna.

Stefnandi mótmælir því að fullnægt sé sönnunarbyrði samkvæmt 52. gr. þágildandi samkeppnislaga með því að taka samráðsbrot annars vegar og hækkun einingarframlegðar hins vegar og fullyrða að tenging sé þar á milli án tilskilinnar sönnunar, eins og gert sé í úrskurðinum. Fullyrðingar og getgátur séu ekki fullgild sönnun í íslenskum rétti. Gera verði þá kröfu til samkeppnisyfivalda að þau sanni þessar fullyrðingar og sýni fram á að einingarframlegðin hafi hækkað vegna einhverra tilgreindra aðgerða stefnanda. Þannig verði samkeppnisyfivöld að sanna með fullnægjandi hætti orsakatengsl milli meints samráðs og hækkunar einingarframlegðar eða ávinnings stefnanda. Í þessu samhengi áréttar stefnandi að sektir samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga eru refsing í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Það hafi í för með sér að öll meðferð og afgreiðsla málsins verður að vera í samræmi við fyrirmæli 6. gr. MSE, þar á meðal kröfur til sönnunar.

Stefnandi telur að samkeppnisráð hafi ekki fullnægt þessari sönnunarkröfu. Bendir hann á að þessi aðferð samkeppnisyfivalda geti ekki gengið upp þegar litið sé til afkomu stefnanda á árunum 1998-2001 og meintur ávinnings samkvæmt niðurstöðu útreikninga samkeppnisyfivalda er dreginn frá þeim hagnaðartölum, eins og nánar er rakið í stefnu. Miðað við þá niðurstöðu hefði verið mikill taprekstur öll árin hjá stefnanda ef ávinningi samkvæmt útreikningum Samkeppnisstofnunar hefði ekki notið við. Það hefði þýtt að engin grundvöllur hefði verið fyrir rekstrinum, því án eðlilegrar álagningar, sem standi undir kostnaði og skili eðlilegri ávöxtun eigin fjár, sé enginn tilgangur með starfseminni.

Stefnandi hafi talið að þessar niðurstöður gengju ekki upp og því hafi hagfræðingarnir Jón Þór Sturluson og Tryggvi Þór Herbertsson verið fengnir til að veita álit sitt á ætluðum ávinningi sem Samkeppnisstofnun taldi sig hafa reiknað út. Í áliti sínu hafi þeir komist að þeirri niðurstöðu að ekki væri hægt að draga þá ályktun að háttsemi olíufélaganna á árabílinu 1998 til 2002 hafi leitt til minni samkeppni og aukinnar álagningar, að teknu tilliti til annarra þátta sem hefðu áhrif á jaðarkostnað, svo sem þróunar gengis, heimsmarkaðsverðs, fjármagnskostnaðar og efnahagsástands.

Stefnandi bendir einnig á að í matsgerð hinna dómkvöddu matsmanna, Heimis Haraldssonar og Guðmundar Magnússonar, hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að ekki væru tók á að sýna fram á að tiltekið orsakasamband væri milli hugsanlegra samráðsaðgerða annars vegar og aukinnar framlegðar hins vegar. Hafi þeir talið að sú forsenda að hinn reiknaði ávinningur væri eingöngu vegna samráðsaðgerða stæðist ekki. Jafnframt sé tekið fram að „fyrir og eftir“ aðferð samkeppnisyfivalda nægi ekki ein og sér til að meta ávinning af samráði og að tímabilin 1993-1995 annars vegar og 1996-2001 hins vegar séu of ólík.

Stefnandi vísar til þess að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála komi fram á bls. 246 að við þær aðstæður, þ.e. að sanna þurfi ávinning, skuli einkum hafa í huga þann ávinning sem félögin þrjú hafi sannanlega haft af hinu ólögmeta samráði. Neðar á sömu blaðsíðu komi fram að áfrýjunarnefndin telji eðlilegt að sannaður ávinningur verði ráðandi viðmið varðandi sektarákvörðun.

Stefnandi tekur fram að útreikningar samkeppnisráðs sé grundvöllur þessa sannaða ávinnings. Útreikningarnir hafi byggst á samanburði á einingaframlegð tveggja tímabila, þ.e. áranna 1993-1995 annars vegar og áranna 1996-2001 hins vegar. Stefnandi hafi gert fjölda athugasemda við umrædda útreikninga sem ýmist hafi verið tekið tillit til eða ekki. Stefnandi telur að þar sem úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé byggður á þessum reiknaða ávinningi með tiltekinni aðferð verði sönnun ávinnings ekki byggð á öðrum forsendum en þessum samanburði á einingaframlegð. Stefnandi hafnar því að unnt sé að byggja á niðurstöðum matsgerðar, sem stefndi hafi aflað við rekstur héraðsdómsmáls nr. E-4965/2005, sem hafi átt að leiða í ljós ætlaðan ávinning stefnanda af samráði með öðrum aðferðum. Stefnandi vísar hér jafnframt til rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga, en eins og áður segir telur stefnandi ljóst að málið geti ekki hafa verið fullrannsakað ef þörf er á slíkri sönnunarfærslu.

Stefnandi mótmælir því sérstaklega að við mat á sönnuðum ávinningi verði byggst á því sem fram komi í undirmatsgerð Guðrúnar Johnsen og Gylfa Zoëga. Í liðum 4 og 5 í þessari matsgerð sé til að mynda vísað til samanburðar á eldsneytisverði í Alaska sem sé alveg ný nálgun og sé hvergi að finna í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála eða ákvörðun samkeppnisráðs. Bendir stefnandi á að slíkur samanburður hafi áður komið til kasta dómstóla í svokölluðu Dögunarmáli, sbr. dóm Hæstaréttar í málinu nr. 151/2012. Í því máli hafi verið lögð fram undirmatsgerð Guðrúnar Johnsen, sem gerð hafi verið í desember árið 2007, og byggi á sömu aðferðum og gögnum og í umræddri matsgerð. Í héraðsdómnum hafi þessum samanburði verið hafnað auk þess sem gögn og forsendur hafi verið talin ófullnægjandi. Var vísað til þess að yfirmatsgerð í málinu hnekkti með öllu niðurstöðum undirmatsgerðar. Varðandi liði 1-3 og 7 og 8 í undirmati, telur stefnandi að spurningar matsbeiðanda hafi verið svo óljósar, leiðandi og gildishlaðnar að svör matsmanna geti ekki með nokkru móti verið sönnun á ávinningi olíufélaganna. Varðandi lið 6 um skiptisölu sé vísað til niðurstöðu yfirmatsmanna í yfirmatsgerð sem stefnandi hafi aflað við rekstur héraðsdómsmáls nr. E-4965/2005, en þar komi skýrlega fram að til að meta upphæð hugsanlegs fjárhagslegs ávinnings olíufélaganna af skiptisölu telji yfirmatsmenn nauðsynlegt að leggja til grundvallar sjálfstæða athugun á þeim tilvikum þar sem skiptisala kunní að hafa átt sér stað, umfangi þeirra viðskipta og framlegð af þeim á grundvelli tölulegra upplýsinga, m.a. úr bókhaldi félaganna. Slík sjálfstæð athugun hafi ekki farið fram hjá undirmatsmönnum. Liður 6 í umræddri undirmatsgerð geti því ekki haft neitt sjálfstætt gildi. Með vísan til þessa telur stefndi ljóst að ekkert í undirmatsgerð þeirri sem stefndi hafi aflað samkvæmt ofangreindu veiti sönnun fyrir því að stefnandi hafi notið ávinnings af samráði.

Um þá miklu óvissu sem ríki um greiningu samkeppnisyfirvalda á hinum svokallaða reiknaða ávinningi vísar stefnandi jafnframt til matsgerðar Ólafs Ísleifssonar og Þorsteins Haraldssonar frá 17. nóvember 2011 sem aflað hafi verið við rekstur héraðsdómsmáls nr. E-4965/2005. Í þeirri matsgerð sé staðfest að ef

tímabilið 1996-2001 er borið saman við tímabilið 2002-2004 í stað 1993-1995 og beitt er útreikningum samkeppnisyfirvalda væri ávinningur stefnanda neikvæður um 550 milljónir króna. Þessari matsgerð hafi ekki verið hnekkt með neinu móti.

Stefnandi telur þannig að engin haldbær sönnun liggi fyrir um sannanlegan ávinning í skilningi þágildandi 52. gr. samkeppnislaga og þannig sé ekki fullnægt skilyrðum ákvæðisins til að ákvarða veltutengdar sektir eða sektir hærrí en 40 milljónir króna. Þannig verði að lækka sektir niður fyrir þá fjárhæð.

Af hálfu stefnanda er því jafnframt haldið fram að þótt fallist yrði á að sannaður ávinningur næmi hærrí fjárhæð en 40 milljónum króna sé ljóst að lækka beri bætur, enda sé niðurstaða úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála um hækkun einingaframlegðar röng.

Stefnandi kveðst hafa bent á fjölmargar aðrar ástæður en samráð gætu skýrt það að einingaframlegð hefði hækkað á árunum 1996-2001 miðað við árin 1993-1995. Á grundvelli forsendna úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi stefnandi því talið eðlilegt að fá dómkvadda matsmenn til að yfirfara forsendur og útreikninga þessa. Niðurstöður áður nefndrar matsgerðar Guðmundar Magnússonar og Heimis Haraldssonar eru þær meðal annars að nýjar upplýsingar um innihald einingarverðs á viðmiðunartímabilinu 1993-1995 og leiðréttir útreikningar skýri að miklu leyti hækkun einingaframlegðar á tímabilinu 1996-2001. Hér beri að taka fram að umrædd matsgerð lúti beinlínis að mati á þeim útreikningum og forsendum útreikninga um ávinning sem byggt sé á í hinum umþrætta úrskurði. Ekki hafi verið farið út fyrir forsendur úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Í fyrsta lagi hafi bankakostnaður á árunum 1993-1995, gengismunur og greiðslur í og úr Flutningsjöfnunarsjóði verið reiknaðar sem hluti af einingarverði eldsneytis. Árið 1996 hafi sú kerfisbreyting verið gerð að þessir liðir hafi verið reiknaðir sem almennur rekstrarkostnaður sem framlegð þyrfti að standa straum af. Af þeim sökum hafi reiknuð framlegð hækkað sem þessum kostnaði nam en almennur rekstrarkostnaður hafi að sjálfsögðu hækkað á móti. Því sé samanburður á viðmiðunartímabilinu 1993-1995 og tímabilinu 1996-2001 ekki sambærilegur hvað þetta varðar. Í matsgerðinni sé komist að þeirri niðurstöðu að skekkjan nemi 234 milljónum króna. Stefnandi telur að taka beri tilliti til þessa við ákvörðun sektarfjárhæðar og fer fram á lækkun á sekt með tilliti til þessa. Stefnandi bendir á að samkeppnisráð hafi tekið til greina sambærilega útreikninga vegna sölu- og umboðslauna, sem hafi á sama hátt verið dregin frá veltu áður en framlegð hafi verið reiknuð á fyrra tímabilinu, en reiknuð sem hluti af almennum rekstrarkostnaði á síðara tímabilinu.

Í öðru lagi bendir stefnandi á að útreikningar samkeppnisyfirvalda hafi byggst á gögnum sem haldlögð hafi verið við húsleit Samkeppnisstofnunar í desember 2001. Þar sem endanleg framlegð fyrir árið 2001 hafi einungis verið í áætlunarformi á þeim tíma liggi fyrir að ávinningsútreikningar samkeppnisyfirvalda hafi byggst á áætlun en ekki raunverulegum tölum. Fyrir liggi að þessar áætlanir hafi verið of háar. Því beri að lækka ávinningsútreikninga um 48 milljónir með vísan til þessarar skekkju, sbr. niðurstöður ofangreindrar matsgerðar. Óhjákvæmilegt sé að lækka sektarfjárhæð með tilliti þessa.

Í þriðja lagi er á það bent að tekið hafi verið tillit til breytinga á því hvernig umboðslaun voru færð til bókar milli tímabilanna. Í gögnum málsins hafi þó einungis verið lagðir fram útreikningar er vörðuðu árin 1998 til 2001, en það hafi verið viðmiðunartímabilið sem miðað hafi verið við í frumathugun. Stefnanda hafi láðst að afla gagna um þetta atriði fyrir áfrýjunarnefnd, enda afar skammur tími til kærugerðar. Í ákvörðun samkeppnisráðs hafi verið tekið tillit til 167 milljóna króna, en þá vanti 106 milljónir króna upp á samkvæmt útreikningum sem staðfestir séu í ofangreindri matsgerð, en þar komi fram að mismunurinn hafi verið 273 milljónir. Þannig lækki reiknaður ávinningur vegna þessa um 106 milljónir króna og telur stefnandi að taka beri tillit til þessa við ákvörðun sekta og þar með að lækka sektarfjárhæðina.

Í fjórða lagi hafi verið tekið tillit til þess sjónarmiðs stefnanda að hækkun launavísitölu hafi verið mun meiri á viðmiðunartímabilinu en hækkun neysluverðsvísitölu. Áfrýjunarnefndin hafi sérstaklega tekið fram að hækkun á ávinningi hafi numið 352 milljónum króna hjá stefnanda vegna þessa. Stefnandi hafi einungis lagt fram útreikninga varðandi hluta tímabilsins fyrir áfrýjunarnefndinni eða vegna árána 1998-2001, en sem dæmi megi nefna að tekið sé tillit til tímabilsins 1995-2001 hvað varði Ker ehf., en þar sé fjárhæðin 640 milljónir króna. Stefnandi hafi bætt úr þessu og lagt fram útreikninga fyrir árin 1996-1998 sem skýri 328 milljónir af hækkaðri einingaframlegð á árunum 1996-1998, sbr. skýrslu KPMG á bls. 11. Heildartalan fyrir tímabilið 1996-2001 nemi þannig 680 milljónum króna. Telur stefnandi að taka beri tillit til þessa við ákvörðun sektarfjárhæðar og þá ekki síst með vísan til jafnræðisreglu stjórnisýslulaga, enda hafi verið tekið fullt tillit til þessa liðar við sektarákvörðun hjá málsaðilanum Keri.

Í fimmta lagi hafi verið gerð leiðrétting á útreikningi á ávinningi vegna gengistaps á árunum 2000 og 2001, enda sé slíkur fjármagnskostnaður mjög tengdur olíuinnkaupum. Í úrskurði áfrýjunarnefndar sé nefnt að stefnandi hafi tapað 777 milljónum króna vegna þessa. Þessar tölur kveður stefnandi vera miðaðar við tímabilið 1998-2001. Stefnandi bendir hér á að hann hafi einungis lagt fram útreikninga um gengistap sitt á árunum 1998-2001, en hinn reiknaði ávinningur sé miðaður við tímabilið 1996-2001. Stefnandi leggi nú fram útreikninga um gengistap á þessu tímabili sem hafi samtals numið 930 milljónum króna, sbr. greinargerð KPMG á bls. 13, og séu þessir útreikningar staðfestir í áðurnefndri matsgerð. Telur stefnandi að taka beri tillit til réttra útreikninga og það hljóti að leiða til lækkunar sektarfjárhæðar hjá stefnanda, enda hafi sektarákvörðun áfrýjunarnefndar miðast við tölu sem sé 153 milljónum króna lægri.

Í sjötta lagi sé staðfest í matsgerð Guðmundar Magnússonar og Heimis Haraldssonar að ekki sé unnt að telja að reiknaður umframávinningur árána 1996-2001 verði allur rakinn til samráðs, enda hafi mörg önnur atriði haft áhrif á gang mála. Taki matsmenn undir að bætt innkaupastýring sé eitt af þessum atriðum en í greinargerð KPMG, sem áður hafi verið nefnd, sé talið á bls. 17 að bætt innkaupastýring á árunum 1996-2001 hafi aukið ávinning stefnanda um 460 milljónir króna. Telur stefnandi að taka beri tillit til þessa við útreikning á þeim ávinningi sem leggja eigi til grundvallar sektarákvörðun í málinu.

Í sjöunda lagi kveður stefnandi matsmenn staðfesta í matsgerð sinni að sparnaður af rekstri Olíudreifingar ehf. skýri að verulegu leyti þann afkomubata sem hafi orðið á rekstri stefnda árið 1997 og síðar. Hafi sjónarmiðum um þessa skýringu á auknum ávinningi verið komið á framfæri við samkeppnisráð og áfrýjunarnefnd samkeppnismála í samræmi við athugasemdir stefnanda, dags. 25. nóvember 2004. Þar sé að finna útreikninga á þeim sparnaði á bls. 13-14. Þessar tölur séu staðfestar í greinargerð KPMG á bls. 5 og sagðar nema 960 milljónum króna. Telur stefnandi að taka beri tillit til þessa við útreikning á þeim ávinningi sem leggja beri til grundvallar sektarákvörðun í málinu.

Stefnandi tekur fram að niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála byggir á þeirri forsendu að framlegð stefnanda hafi hækkað um 2.083 milljónir vegna samráðs. Að framan hafi verið verið gerð grein fyrir röksemdum sem gefi til kynna að framlegðaraukningin hafi átt að vera 2.289 milljónir króna. Þannig séu komnar fram tæmandi skýringar á framlegðaraukningunni er bendi til þess að engin bein tenging sé milli hennar og samráðsaðgerða. Þetta sýni að mati stefnanda jafnframt að sönnun á ávinningi stefnanda, sem verði rakinn til samráðs, hafi ekki tekist. Vísar stefnandi á ný til þess að sektir samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga eru refsing í skilningi 1. mgr. 6. gr. MSE. Það hafi í för með sér að öll meðferð og afgreiðsla málsins verði að vera í samræmi við fyrirmæli ákvæðisins, þar á meðal kröfur til sönnunar.

Stefnandi byggir enn fremur á því að í áðurnefndri matsgerð Guðmundar Magnússonar og Heimis Haraldssonar sé að finna greiningu á aðferð og útreikningum Samkeppnisráðs á reiknuðum ávinningi vegna hækkunar einingaframlegðar. Í greiningunni séu gerðar breytingar á útreikningum eingöngu til að gæta samræmis í forsendum og til þess að ekki sé ósamræmi milli rekstrarliða sem trufla samanburð milli tímabila. Samkvæmt þessum leiðréttingum matsmanna á útreikningum Samkeppnisstofnunar sé ljóst að reiknaður ávinningur geti í mesta lagi hafa numið 812 milljónum króna í stað 2.083 milljóna króna, þ.e. lækkun að fjárhæð 1.271 milljón króna. Í matsgerð segi að þá hafi ekki verið tekið tillit til annarra sjónarmiða um orsakir framlegðarmunar sem fjallað sé um. Matsmenn telji síðan upp tvö atriði sem vekja sérstaka athygli þeirra varðandi reiknaðan ávinning, en það sé að neikvæður ávinningur sé til staðar árin 1996 og 1997 um 103 milljónir króna. Auk þess komist þeir að þeirri niðurstöðu að reiknaður ávinningur vegna bensínsölu sé innan skekkjumarka og að ekki sé hægt að líta svo á að þessi reiknaði ávinningur geti talist afleiðing samráðsaðgerða.

Samkvæmt öllu þessu er það niðurstaða matsmanna að áhrif samráðs hafi að hámarki leitt til viðbótarávinnings sem nemi fjárhæðinni 701 milljón króna. Þeir telji hins vegar ekki unnt að fullyrða afdráttarlaust hve stór hluti þessa ávinnings sé vegna samráðs annars vegar og vegna markaðshegðunar í fákeppni hins vegar. Niðurstaðan sé því sú að ávinningur sé frá 0 krónum upp í 701 milljón króna. Þannig telja matsmenn að reiknaður ávinningur geti í mesta lagi numið 33,7% af þeirri fjárhæð sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi lagt til grundvallar sektarákvörðun.

Stefnandi byggir á því að niðurstöður yfirmatsgerðar sem stefndu hafi aflað við meðferð héraðsdómsmáls nr. 4965/2005 hnekki ekki þessum útreikningum. Telur stefnandi að taka beri tillit til þessa við útreikning á þeim ávinningi sem leggja eigi

til grundvallar sektarákvörðun í málinu og beri því að lækka þá sekt sem ákvörðuð hafi verið í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála til samræmis við ofangreinda niðurstöðu matsmanna. Þetta sýni jafnframt það sem áður hafi verið haldið fram að sönnun á ávinningi stefnanda af samráðinu hafi ekki tekist.

Stefnandi styður varakröfu sína um lækkingu sektarfjárhæðar einnig við lögmætisreglu stjórnsýsluréttar og jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga. Er því nánar tiltekið mótmælt að forsendur séu til þess að grunnfjárhæð sekta sé hærrí hjá stefnanda en hjá Skeljungi hf.

Stefnandi áréttar að í úrskurði áfrýjunarnefndar hafi hinn reiknaði ávinningur verið ráðandi við sektarákvörðun. Þannig hafi grunnfjárhæð sektar hvers aðila ráðist að mestu leyti af reiknuðum ávinningi hjá hverjum þeirra. Á þessum grunni hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála ákvarðað olúfélögunum mismunandi grunnsektir. Þetta atriði telur stefnandi vera alveg ljóst þegar hlutdeild hvers félags í reiknuðum ávinningi er skoðuð og síðan hlutfall hvers félags af heildargrunnsekt.

Stefnandi telur að beiting áfrýjunarnefndar samkeppnismála á sektarákvæði með þeim hætti að mismunandi útreikningur á ávinningi vegi þyngst við sektarákvörðun, er leiði til mismunandi sekta aðila, feli í sér ólögmæta mismunun. Telur hann það vera í andstöðu við lögmætisreglu stjórnsýsluréttar og jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga.

Stefnandi telur ljóst að stjórnvaldi beri að gæta fyllsta jafnræðis, sérstaklega þegar tekin sé svo gríðarlega þyngjandi ákvörðun sem um ræði í þessu máli. Eins og áður hafi verið vikið að séu jafn þyngbærar fjársektir og hér um ræðir óumdeilanlega refsing í skilningi mannréttindasáttmálans og stjórnarskrárinnar. Þegar beita eigi mismunandi sektum af slíkri stærðargráðu og mismunur er eins mikill og raun beri vitni sé ljóst að rökstuðningur fyrir honum þurfi að vera afar traustur og skýr. Að mati stefnanda liggja ekkert fyrir í máli þessu sem réttlæti slíka mismunun með vísan til reiknaðs ávinnings félaganna. Önnur atriði réttlæti heldur ekki slíka mismunun. Þannig telur stefnandi að lækka beri grunnsekt stefnanda til samræmis við grunnsekt Skeljungs hf.

Stefnandi bendir á að samanlagður ávinningur aðila samkvæmt samkeppnisráði hafi numið um 6.487 milljónir. Heildargrunnsekt hjá áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi verið ákvörðuð 2.050 milljónir. Ker ehf. hafi verið með reiknaðan ávinning upp á 2.750 milljónir króna samkvæmt útreikningum Samkeppnisráðs eða um 42% af meintum heildarávinningi og grunnsekt Kers hafi verið ákvörðuð 900 milljónir króna sem er 44% af heildargrunnsekt. Skeljungur hafi verið með reiknaðan ávinning upp á 1.654 milljónir króna samkvæmt útreikningum Samkeppnisstofnunar, eða um 25% af meintum heildarávinningi, og grunnsekt félagsins hafi verið ákvörðuð 450 milljónir króna sem sé 22% af heildargrunnsekt. Stefnandi hafi verið með reiknaðan ávinning upp á 2.083 milljónir samkvæmt útreikningum Samkeppnisstofnunar, eða um 32% af meintum heildarávinningi, og grunnsekt hafi verið ákvörðuð 700 milljónir sem er 34% af heildargrunnsekt.

Stefnandi telur að meginástæða þess að grunnsekt Skeljungs hafi verið ákvörðuð 450 milljónir króna, eða 250 milljónum krónum lægri en hjá stefnanda, hafi verið að reiknaður ávinningur hafi verið talinn lægri. Stefnandi hafi farið yfir

Það hversu ótraustir þeir útreikningar séu og að það sé fjarri lagi að þeir séu réttir. Hvað sem öðru líði sé ljóst að umræddir útreikningar fela ekki í sér sönnun á meintum ávinningi olíufélaganna.

Stefnandi telur ekki hægt að átta sig á því á hvaða grundvelli gerð sé leiðrétting á gengistapi hjá Skeljungi sem og á hvaða grundvelli leiðrétt sé sökum launahækkana umfram hækkun á vísitölu neysluverðs þar sem tölur hafi ekki legið fyrir frá Skeljungi.

Hér vísar stefnandi jafnframt til þess sem fram komi í matsgerð Guðmundar Magnússonar og Heimis Haraldssonar að grunnforsendur Samkeppnisstofnunar við útreikning á ávinningi olíufélaganna séu mismunandi. Þar vísar stefnandi til þess segi í matsgerðinni að ekki hafi verið „viðhafðar sömu aðferðir við framlegðarútreikninga á milli félaganna" sem valdi því að sem valda því að "reiknaður ávinningur einstakra féлага" byggi ekki á sömu rekstrarforsendum. Þar er tekið dæmi um gengismun. Telja matsmenn ljóst að um misræmi sé að ræða sem geti numið verulegum fjárhæðum. Þessu mati hafi ekki verið hnekkkt.

Stefnandi bendir jafnframt á að hæsta sektin sé lögð á veltuminnsta félagið sem bendi sterklega til mistaka við útreikning á reiknuðum ávinningi eða að reiknað sé samkvæmt ólíkum forsendum. Um veltutölur vísar stefnandi sérstaklega til ákvörðunar samkeppnisráðs. Stefnandi bendir jafnframt á að í ákvæði 52. gr. þágildandi samkeppnislaga hafi sektarrámi verið veltutengdur.

Stefnandi telur af þessum ástæðum fráleitt að mismuna aðilum með þeim hætti sem gert hafi verið í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þegar einu félagi sé ákvörðuð grunnsekt að fjárhæð 450 milljónir króna og öðrum félögum mun hærri sekt, með vísan til framlegðarútreikninga sem síðan standist enga skoðun, sé að mati stefnanda klárlega verið að brjóta gegn jafnræðisreglu stjórnisýsluréttarins. Jafnframt telur hann engin lög standa til þessarar mismununar. Vísar stefnandi hér jafnframt til rannsóknarreglu 10. gr. stjórnisýslulaga.

Í þessu sambandi vísar stefnandi aftur til nokkurra atriða sem hann telur skýra þann mun sem sé á reiknuðum ávinningi Skeljungs og stefnanda. Í fyrsta lagi vísar hann til þess sem fram hafi komið um bættan árangur stefnanda í innkaupum á eldsneyti sem nemi 460 milljónum króna. Jafnframt vísar hann til þess sparnaðar sem hafi orðið á dreifingarkostnaði stefnanda með tilkomu Olíudreifingar ehf., en í matsgerð Guðmundar Magnússonar og Heimis Haraldssonar sé staðfest að ætla megi að sparnaður af rekstri Olíudreifingar skýri að verulegu leyti þann afkomubata sem hafi orðið á rekstri stefnda 1997 og síðar. Er þá jafnframt rétt að hafa í huga að umfang eldsneytissölu stefnanda og Skeljungs hafi verið mjög svipað á umræddu tímabili, ef undan sé skilin sala á flugvélaeldsneyti.

Stefnandi telur því að það vanti allar forsendur og lögmætar ástæður til að mismuna aðilum með þeim hætti sem gert hafi verið í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Af þeim sökum telur stefnandi ljóst að lækka beri grunnsekt stefnanda til jafns við grunnsekt Skeljungs sem hafi verið ákvörðuð 450 milljónir króna. Þegar tillit hafi verið tekið til afsláttar telur stefndi að sekt, sem félaginu verði gert að greiða, geti ekki numið hærri fjárhæð en 360 milljónum króna.

Þar sem reiknaður ávinningur sé ráðandi við ákvörðun sekta sé þó ljóst að miða verði við rétt reiknaðan ávinning í samræmi við réttar bókhaldstölur. Þessar skekkjur lækki reiknaðan ávinning stefnanda um samtals 635 milljónir króna. Telur stefnandi að það hljóti að verða að taka tillit þessa með vísan til jafnræðisreglu en annars sé augljóslega verið mismuna aðilum gróflega. Ekki sé hægt að líta fram hjá þessari staðreynd og því verði að lækka sektarfjárhæð stefnanda með tilliti til þessa. Önnur niðurstaða væri jafnframt skýrt brot gegn meðalhófsreglu stjórnsýslulaga og rannsóknarreglu.

Stefnandi vísar jafnframt til þeirra niðurstöðu í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála að veita einum aðilanum, Olíufélaginu hf., 45% afslátt af grunnsekt en stefnanda einungis 20% afslátt. Telur stefnandi ljóst að með þessu hafi aðilum verið mismunað í andstöðu við jafnræðisreglu stjórnsýsluréttarins. Stefnandi telur að ekki sé hægt að réttlæta slíka mismunun með vísan til mismunandi samstarfsvilja aðila eða upplýsingagjöf. Bendir stefnandi jafnframt á þá staðreynd að þær reglur, sem séu grundvöllur þess afsláttar sem veittur hafi verið, þ.e. reglur samkeppnisráðs nr. 397/2002, hafi verið settar eftir að rannsókn málsins hófst og því geti mismunandi afsláttur ekki byggst á þeim reglum. Vegna þessarar mismununar hafi Olíufélaginu hf. verið veittur afsláttur að fjárhæð 405 milljónum króna meðan stefnanda hafi verið veittur afsláttur að fjárhæð 140 milljónum króna en það sé mismunur um 265 milljónir króna. Fyrir slíkri mismunun þurfi að vera lögmæt og gild rök sem að mati stefnanda séu ekki fyrir hendi í máli þessu. Þar sem afslátturinn verði ekki tekinn af Olíufélaginu hf. telur stefnandi einu færðu leiðina til að leiðrétta þetta ójafnfræði að færa niður sektarfjárhæð hans með sömu afsláttarprósentu og gert hafi verið við Olíufélagið eða um 45% í stað 20%. Sektarfjárhæð stefnanda ætti því að lækka niður í 385 milljónir króna vegna þessa.

Stefnandi telur jafnframt að umfjöllun í 5. kafla úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála um samráð olíufélaganna um sölu til erlendra skipa geti ekki orðið grundvöllur sektarákvörðunar í máli þessu. Í 3. gr. þágildandi samkeppnislaga hafi komið skýrt fram að lögini taki ekki til samninga, skilmála og athafna sem sé ætlað að hafa áhrif utan Íslands. Í greinargerð með lögunum sé staðfest að þau taki ekki til útflutnings. Útflutningur sé nánar skilgreindur með rúmum hætti, en þar segi meðal annars að þjónusta við erlenda aðila, ef hún er greidd af erlendum aðila, sé útflutningur. Stefnandi hafi jafnframt bent á það, að skilgreining samkeppnislaga á því hvað sé útflutningur, sé í fullu samræmi við túlkun héraðs erlendra tollayfirvalda og hafi hann vísað til bréfa frá tollayfirvöldum varðandi þá túlkun. Samkvæmt skýru orðalagi lagaákvæðisins og greinargerðar með lögunum verði að telja að með sölu til erlendra skipa og erlendra flugvéla sé um að ræða útflutning. Telur stefnandi ljóst að taka beri tillit til þessa og lækka sektarfjárhæð.

Stefnandi telur að ef ekki verði fallist á það að ógilda úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í samræmi við aðalkröfu verði alltént að lækka sektir vegna umræddra brota á málsmeðferð.

Stefnandi mótmælir einnig þeirri niðurstöðu í ákvörðun áfrýjunarnefndar samkeppnismála að við sektarákvörðun á grundvelli 52. gr. samkeppnislaga beri að miða við ársveltu ársins 2003. Telur stefnandi réttara að miða við ársveltu ársins 2000, þ.e. ári áður en brotum hafi verið lokið. Hafi 10% af veltu ársins 2003 verið

1.241 milljónir króna en verið 1.142 milljónir króna árið 2000 eða um 8% lægri tala. Miðað við þessar tölur ætti grunnfjárhæð sekta að lækka um a.m.k. 8%.

Stefnandi telur jafnframt að ekki sé eðlilegt að telja hlut opinberra gjalda í eldsneytisverðinu til veltu félagsins. Þannig beri einungis að miða við þann hluta veltunnar sem komi frá starfsemi félagsins en ekki þau opinberu gjöld sem skylt sé að innheimta. Velta ársins 2003 án innheimtra opinberra gjalda hafi numið 10.332 milljónum króna og ætti sektarramma því í mesta lagi að vera 10% af þeirri fjárhæð sem sé 17% lægri en heildarvelta ársins 2003. Sé miðað við árið 2000 nemi sú tala 9.259 milljónum króna sem sé 25% lægri tala. Telur stefnandi því að lækka beri grunnfjárhæð sekta til samræmis.

Stefnandi vísar hér jafnframt til þess að þau viðurlög sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ákveðið hafi ekki verið í nokkru samræmi við úrskurði nefndarinnar í öðrum málum vegna brota gegn sama lagaákvæði. Hæstu sektir, sem fyrirtæki hafi verið gert að greiða á grundvelli 52. gr. laga nr. 8/1993, hafi verið 25 milljónir króna í svokölluðu grænmetismáli (dómur Hæstaréttar í máli nr. 37/2003). Telur stefnandi viðurlagaákvörðun áfrýjunarnefndar af þessum ástæðum fara í bága við reglur um jafnræði og meðalhóf. Vísar stefnandi þar einkum til jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar og 11. og 12. greinar stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

Stefnandi reisir fjárkröfu sína á hendur stefnda, íslenska ríkinu, á því að stefnandi hafi 4. maí 2005 greitt 560.000.000 króna í ríkissjóð í samræmi við úrskurðarorð í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Hafi greiðslan verið innt af hendi með fyrirvara um endurgreiðslu vegna niðurstöðu fyrirhugaðrar málshöfðunar á hendur samkeppnisráði. Því er gerð krafa um endurgreiðslu þeirrar fjárhæðar verði aðalkrafa stefnanda á hendur stefnda samkeppniseftirlitinu tekin til greina, en til vara sé gerð krafa um endurgreiðslu í samræmi við varakröfu stefnanda um lækkun sektarfjárhæðar að því leyti sem sú krafa verði tekin til greina. Telur stefnandi óumdeilt að slík greiðsluskylda hvíli á stefnda, íslenska ríkinu, samkvæmt almennum reglum kröfuréttar og ólögfestum reglum um endurgreiðslu ofgreidds fjár.

Stefnandi kveður vaxtakröfuna vera reista á 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001. Telur stefnandi að verði aðalkrafa hans tekin til greina sé ljóst að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi ekki verið í samræmi við lög og verði að virða það stefnda til sakar. Sama eigi við um varakröfu og þrautavarakröfu. Vísar stefnandi um þetta til sakarreglunnar og reglna um bótaábyrgð hins opinbera. Telur stefnandi að ef fallist verði á endurgreiðslukröfu hans samkvæmt aðal- eða varakröfu sé ljóst að umræddum fjármunum hafi verið haldið frá stefnda með ólögmætum og saknæmum hætti. Krafan beri því skaðabótavexti samkvæmt ofangreindu frá greiðsludegi 4. maí 2005 til greiðsludags.

Um lagarök fyrir ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála vísar stefnandi til almennra reglna stjórnsýsluréttarins og stjórnskipunarréttarins um andmælarétt, sbr. 13. gr. stjórnsýslulaga. Jafnframt vísar hann til rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga. Einnig er af hans hálfu vísað til 6. og 7. gr. greinar mannréttindasáttmála Evrópu og til 70. gr. stjórnarskrárinnar. Kröfuna um niðurfellingu sekta byggir stefnandi m.a. á reglum 81. og 82. gr. almennra hegningarlaga, hvort sem er með beinum hætti eða löggjöfnun, og leggur stefnandi sérstaka áhersla á 3. ml. 4. mgr. 82. gr. laganna. Þá vísar hann til 69. gr.

stjórnarskrárinnar og 7. gr. mannréttindasáttmála Evrópu í því samhengi. Um varakröfuna vísar stefnandi til 52. gr. laga nr. 8/1993 eins og hún hljóðaði fyrir gildistöku breytingarlaga nr. 107/2000. Jafnframt vísar stefnandi til jafnræðisreglu 11. gr. stjórnáslaganna nr. 37/1993 og meðalhófsreglu 12. gr. sömu laga auk rannsóknarreglu 10. gr. laganna. Um endurgreiðslukröfu á hendur stefnda, íslenska ríkinu, vísar stefnandi til almennra reglna kröfuréttar um endurheimt ofgreidds fjár og um vaxtakröfur til 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001. Um málskostnaðarkröfu sína vísar stefnandi til laga um meðferð einkamála nr. 91/1991, einkum 1. mgr. 130. gr. þeirra.

2. Málsástæður og lagarök stefnda

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 þeirri málsástæðu stefnanda að öll meðferð málsins hafi þurft að samrýmast kröfum 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, þar á meðal til að sanna ávinning. Stefnandi bendir á að enda þótt stjórnásluviðurlög teljist ekki til refsinga í íslenskum rétti sé litið svo á að stjórnvaldssekt fyrir brot á samkeppnislögum felí í sér viðurlög við refsiverðu broti í skilningi 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. dóm Mannréttindadómstóls Evrópu 27. september 2011 í máli nr. 43509/08, *Menarini Diagnostics gegn Ítalíu*. Mál þar sem lögð er stjórnvaldssekt á fyrirtæki telst hins vegar ekki alvarlegt sakamál í skilningi 6. gr. sáttmálans. Því séu ekki gerðar jafn ríkar kröfur til málsmeðferðar í slíkum málum og í hefðbundnum sakamálum gagnvart einstaklingum. Í þessu sambandi vísar stefndi til dóms yfirdeildar Mannréttindadómstóls Evrópu 23. nóvember 2006 í máli nr. 73053/01, *Jussila gegn Finnlandi* (43. mgr.). Einnig vísar stefndi til dóms dómstóls ESB 18. júlí 2013 í máli nr. C-501/11, *Schindler Holding gegn framkvæmdastjórninni* (34.-35. mgr.) og álits Kokott aðallögsögumanns í málinu frá 18. apríl 2013 (25.-27. mgr.).

Að þessu gættu og því að stefnandi getur borið úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála undir úrlausn dómstóla telur stefnandi ekki nauðsynlegt að málsmeðferð fyrir samkeppnisyfirvöldum fullnægi öllum kröfum 6. gr. sáttmálans. Í máli *Menarini Diagnostics* hafi það ekki brotið í bága við 6. gr. sáttmálans þótt ítölsk samkeppnisyfirvöld hefðu bæði rannsakað háttsemi fyrirtækis og gert því að greiða stjórnvaldssekt af þeirri ástæðu að fyrirtækið gat leitað úrlausnar dómstóla um ákvörðunina. Sú málsástæða stefnanda að 6. gr. sáttmálans hafi gilt um meðferð málsins fyrir samkeppnisráði og áfrýjunarnefnd eigi því ekki við rök að styðjast. Um þetta vísar stefndi einnig til dóms EFTA-dómstólsins 18. apríl 2012 í máli nr. E-15/10, *Posten Norge gegn Eftirlitsstofnun EFTA*. Endurskoðun íslenskra dómstóla á ákvörðunum samkeppnisyfirvalda sæti ekki takmörkunum. Þá mótmælir

stefndi því að þótt stjórnvaldssekt fyrir brot á samkeppnislögum feli í sér refsivert brot í skilningi 6. gr. sáttmálans leiði það til þess að gera verði ríkari sönnunarkröfur í slíku máli.

Stefndi tekur fram að aðalkrafa stefnanda sé í öðru lagi reist á því að hann hafi ekki notið andmælaréttar í kjölfar þess að lögregla hóf rannsókn á brotum olíufélaganna. Stefndi Samkeppniseftirlitið tekur fram í þessu sambandi 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 stjórnsýsluviðurlögum 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 lög aðilans. 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. Þannig verði hann að bera hallann af því ef starfsmenn hans upplýsa ekki um hlut sinn í brotunum enda sé sú hætta fyrir hendi óháð því hvort þeir hafi látið af störfum eða hvort langt sé um liðið frá því brotin áttu sér stað.

Stefndi tekur fram að andmælaréttur aðila stjórnsýslumáls 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. Stefnanda 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. stjórnsýslulaga og reglur nr. 922/2001 um málsmeðferð samkeppnisyfirvalda. Stefnandi beri hins vegar sjálfur ábyrgð á því hvernig hann nýtti andmælarétt sinn.

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 ennþá 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 hans 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. Þá hafi stefnandi engan reka gert að því að benda á sjónarmið eða upplýsingar sem hann hafi ekki getað komið að í stjórnslumálinu. Af því verði ekki dregin önnur ályktun en að hann hafi komið að öllum sjónarmiðum sínum í málinu.

Stefndi tekur fram að stefnandi byggi sem fyrr á því að sakamálið hafi gert honum ókleift að nýta sér andmælarétt sinn. 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 eigi eftir það engin vandkvæði að hafa verið fyrir hann að afla upplýsinga frá starfsmönnum sínum og benda á mikilvæg efnisatriði sem hann hafi ekki getað komið að fyrir áfrýjunarnefnd eða samkeppnisráði. Það hafi hann ekki gert. Stefndi byggir á því að þetta sýni að staðhæfingar um brot á andmælarétti eigi ekki við rök að styðjast.

Stefndi mótmælir því að stefnandi hefði gert að engu þagnarrétt sinn við rannsókn lögreglu hefði hann tjáð sig í stjórnslumálinu. 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 stjórnslumálsins 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 fer því ekki gegn grundvallarréttindum sé aðili í þeirri stöðu að þurfa að ákveða hvort það þjóni hagsmunum hans að tjá sig í stjórnslumáli með tilliti til áhrifa þess á sakamál.

Stefndi mótmælir einnig þeirri málsástæðu að brotið hafi verið gegn andmælarétti stefnanda með því að samkeppnisráð hafi breytt forsendum við útreikning á ávinningi stefnanda af samráðinu. 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 Skeljungur hf. byggi 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 Skeljungs hf., dags. 27. ágúst 2004, með umbeðnum upplýsingum um framlegð. Stefndi 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 vanreifuð. Auk þess vísar stefndi til þess að breytingin á viðmiðunartímabilinu hafi verið málefnaleg og í samræmi við kröfur stjórnarsýsluréttar 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 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. Af dómi Hæstaréttar í máli nr. 92/2007 verði ekki dregin sú ályktun að lögin eða framkvæmd samkeppnisyfirvalda á þeim gagnvart stefnanda hafi brotið gegn ákvæðum stjórnarskrár eða mannréttindasáttmála Evrópu. Þar séu engar athugasemdir gerðar við rannsókn Samkeppnisstofnunar eða ákvörðun samkeppnisráðs.

Stefndi vísar enn fremur til þess að í þágildandi samkeppnislögum hafi verið 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 mannréttindasáttmála 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 Zolutukhin 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.

Stefndi bendir enn fremur á að rannsókn Samkeppnisstofnunar hafi verið nauðsynleg 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 tekur jafnframt fram að enda þótt stjórnsýsluviðurlög 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 samkeppnisyfirvöld 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 samkeppnisyfirvöld 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 olúfélaganna á árunum 2002 til 2004 til að leiða í ljós áhrif samráðsins í stað þess að styðjast við framlegð árána 1993 til 1995. Í því sambandi telur stefndi að staðhæfing stefnanda um að samráði hafi lokið 18. desember 2001 eigi ekki við rök að styðjast. Þá byggir stefndi á því að 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.

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 samfellt 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. samkeppislaga 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. samkeppislaga. 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 lækkun sekta. Hann vísar til þess að í úrskurði áfrýjunarnefndar séu á bls. 242-253 ítarlega rakin þau sjónarmið sem liggi 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 lögsmætum og málefnalegum sjónarmiðum. Háttsemi stefnanda hafi falið í sér mjög alvarleg brot gegn 10. gr. samkeppislaga. 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 560 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 málatilbúnað sinn að þessu leyti við eftirfarandi röksemdir: Gögn málsins hafi sýnt að tilgangur olúfélaganna með samráðinu hafi verið að skapa þeim betri afkomu í formi hækkaðrar framlegðar. Kjöraðstæður hafi verið á olíumarkaðnum að ná árangri í ólögsmætu 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 ólögmætt 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 ólögmæta samráði sem og mótmæli þeirra við málsástæðum stefnanda sem að þessu líta. 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 rannsóknnum 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 ólögmæts 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 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 2.083 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 mótmælir því að sú breyting sem gerð hafi verið á forsendum útreiknings frá frumathugun geti haft þýðingu í máli þessu. Um ástæðu þess að samkeppnisráð bar saman framlegð árunna 1993-1995 við framlegð árunna 1996-2001 í stað þess að bera saman framlegð árunna 1995-1997 við framlegð árunna 1998-2001 vísar stefndi til þess sem þegar hefur komið fram í greinargerð þessari, að í ljós hafi komið að Skeljungur hf. hafi ekki greint rétt frá því hvaða upplýsingum félagið byggir yfir.

Stefndi byggir á því að mat áfrýjunarnefndar á ávinningi stefnanda sé reist á traustum grunni. Því til stuðnings vísar stefndi meðal annars til þess að á árinu 1996 hafi olúfélögin farið að hafa auknar áhyggjur af afkomu sinni af vörusölu. 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 ólögmæts 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 ehf. 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. Olúmarkaðurinn sé skólabókardæmi um markað þar sem árangursríkt sé fyrir fyrirtæki í ólögmætu samráði að sameinast um verðforystu eins fyrirtækis til þess að hámarka ólögmætan 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 ólögmætt 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 olúmarkaðnum hafi verið kjörlendi fyrir árangursríkt samráð um verð

og skiptingu markaða, eins og fyrirbyggjandi 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 ólögmætan ávinning félaganna.

Vegna málatilbúnaðar stefnanda leggur stefndi áherslu á nokkur atriði. Telur hann niðurstöðu matsgerðar Ólafs Ísleifssonar og Þorsteins Haraldssonar um neikvæðan ávinning stefnanda af samráðinu ekki eiga við rök að styðjast. Nægilegt sé að líta til þess að félögin hafi skipt framlegð á milli sín af þeim viðskiptum sem hafi komið til vegna útboðsverkefna. Stefndi vísar jafnframt til umfjöllunar um möguleikann á samráði án ávinnings í matsgerð Guðrúnar Johnsen og Gylfa Zoëga.

Varðandi sönnunargildi matsgerðar Ólafs Ísleifssonar og Þorsteins Haraldssonar tekur stefndi 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.

Stefndi kveður stefnanda styðjast 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.

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 verið 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 ehf. 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 ehf., að ávinningur félagsins af samráðinu af sölu á bensíni hafi numið 1,18 krónum á hvern bensínlítra. Miðað við að heildarmagn Kers ehf. 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 Skeljungur hf., hafi skuldbundið sig til þess að greiða hinum olíufélögunum 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 bensínlítum 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 ólögmæta samráði. Engir dómur liggi 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 ólögmætu samráði um verðlagningu þeirra elds neytistegunda eins og þau hafi haft af sölu á bensíni og gasolíu.

Stefndi mótmælir því að lækka beri sektir á þeim grundvelli að jafnræðis hafi ekki verið gætt við ákvörðun sekta. Stefndi tekur fram að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi verið lagt til grundvallar að samanlagður ávinningur félaganna af hækkun einingaframlegðar hafi numið 6.487 milljónum króna að raunvirði á árunum 1996-2001. Skiptist hann þannig að í hlut Kers ehf. komu 2.750 milljónir króna, stefnanda 2.083 milljónir króna og Skeljungs hf. 1.654 milljónir króna. Hlutfall á milli grunnsekta félaganna sé í samræmi við þessar fjár hæðir. Stefndi mótmælir sönnunargildi matsgerðar Guðmundar Magnússonar og Heimis Haraldssonar með vísan til yfirmatsgerðar Guðrúnar Johnsen, Gylfa Zoëga og Þorsteins Haraldssonar. Þá hafi matsmennirnir Guðmundur og Heimur talið að niðurstöður þeirra kynnu að hafa orðið aðrar ef þeim hefðu verið ljós raunveruleg atvik málsins varðandi samráð félaganna.

Stefndi mótmælir staðhæfingum stefnanda um að útreikningar áfrýjunarnefndar á ávinningi Skeljungs hf. hafi verið rangur. Til viðbótar bendir stefndi á að aðili geti ekki á grundvelli jafnræðisreglunnar krafist þess að sekt sín verði lækkuð þar sem sekt annars aðila hafi verið lækkuð með óheimilum hætti, sbr. dóm undirréttar ESB frá 4. júlí 2006 í máli nr. T-304/02, *Hoek Loos gegn framkvæmdastjórninn* (112. mgr.).

Stefndi mótmælir því að að mismunandi fjárhæðir sekta félaganna geti ekki helgast af mismunandi samstarfsvilja eða upplýsingagjöf. Vísar hann til þess að gert sé ráð fyrir því í reglum samkeppnisráðs nr. 397/2002 að sektir geti lækkað mismunandi mikið eftir því hvenær fyrirtæki óski eftir samvinnu og hvað felist í henni. Hið sama kom fram í bréfi Samkeppnisstofnun sem hafi verið afhent stefnanda á fundi 14. mars 2002. Samkvæmt reglunum hafi samkeppnisyfirvöld getað lækkað sektir hjá fyrirtækjum sem áttu þátt í ólögmetu samráði ef þau höfðu að mati samkeppnisráðs látið Samkeppnisstofnun í té sönnunargögn sem að mati stofnunarinnar voru mikilvæg viðbót við þau sönnunargögn sem stofnunin hafði þegar í förum sínum. Mælt hafi verið fyrir um skilyrði og reglur fyrir lækkun sekta á þessum grundvelli í II. kafla reglnanna. Í reglunum hafi lækkun sekta verið bundin við það að fyrirtæki léti af hendi sönnunargögn sem væru mikilvæg viðbót við þau sönnunargögn sem lægju fyrir í málinu. Hið sama hafi komið fram í umræddu bréfi.

Stefndi vísar til þess að á bls. 938-958 í ákvörðun samkeppnisráðs sé að finna ítarlega umfjöllun um framlag hvers félags til að upplýsa málið og rökstuðning fyrir því að tveimur þeirra hafi verið veittur afsláttur frá sektum. Afslátturinn hafi grundvallast á því að félögin hafi fullnægt skilyrðum reglna nr. 397/2002 og afslátturinn ákveðinn í samræmi við 16. gr. þeirra. Samkeppnisyfirvöld hafi hins vegar talið að aðkoma og aðstoð Skeljungs hf. gæfi ekki tilefni til þess að lækka sektir félagsins.

Til viðbótar bendir stefndi á að í EES/ESB-samkeppnisrétti sé talið að það geti leitt til hærri sektar ef fyrirtæki hafi verið leiðandi í samráði, sbr. t.d. dóm undirréttar ESB 29. apríl 2004 í máli T-236/01, Tokai Carbon gegn framkvæmdastjórninni. Á móti geti takmörkuð aðkoma að samráði verið fyrirtæki til málsbóta við ákvörðun sekta. Það fyrirtæki, sem telji sig eiga rétt til lægri sekta af þessum sökum, verði hins vegar að leggja fram sannanir fyrir því að þátttaka þess í brotinu hafi verið lítil að umfangi og sýna fram á að það hafi komist hjá því

að framfylgja ólögum samningi með því að stunda samkeppni. Um þetta vísar stefndi meðal annars til dóms undirréttar ESB 15. mars 2006 í máli T-26/02, Daiichi Pharmaceutical gegn framkvæmdastjórninni. Af augljósum ástæðum hafi stefnandi ekki haldið slíku fram.

Að því er snerti samráð um sölu á eldsneyti til erlendra skipa mótmælir stefndi því að brotin falli utan gildissviðs samkeppnislaga. Því til stuðnings vísar stefndi til athugasemda við 3. gr. frumvarps þess er varð að samkeppnislögum, þar sem fram komi að fyrirtæki í útflutningi sem geri samninga, beiti skilmálum eða viðhafi aðgerðir sem séu samkeppnishamlandi á heimamarkaði og á útflutningsmarkaði, geti ekki borið við útflutningsundanþágu á þeim hluta starfseminnar sem fari fram á Íslandi. Samkvæmt þessu ráði úrslitum hvort háttsemi hafi haft áhrif hér á landi í skilningi samkeppnislaga. Ljóst sé að samráð um sölu á eldsneyti til erlendra skipa hafi átt sér stað í starfsemi félaganna hér á landi og hafi viðskiptin að öllu leyti átt sér stað á Íslandi. Hafi brotin því óhjákvæmilega haft áhrif hér á landi. Á bls. 529-547 í ákvörðun samkeppnisráðs sé sýnt fram á augljós áhrif samráðsins hér á landi. Aðgerðir félaganna hafi því fallið undir gildissvið samkeppnislaga samkvæmt 1. mgr. 3. gr. laganna. Að öðru leyti vísar stefndi til rökstuðnings á bls. 241-242 í ákvörðun samkeppnisráðs. Hvað sem framansögðu líður byggir stefndi á því að ekki sé ástæða til að lækka sekt stefnanda enda hafi henni verið í hóf stillt með hliðsjón af brotum hans.

Stefndi kveður stefnanda byggja á því að sektarákvörðun áfrýjunarnefndar stríði gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnisýslulaga meðal annars sökum þess að leggja eigi til grundvallar veltu síðasta almanaksárs áður en brotum lauk. Þá sé ekki rétt að telja hlut opinberra gjalda í eldsneytisverðinu til veltu félagsins. Stefndi mótmælir þessum málsástæðum stefnanda.

Stefndi bendir í þessu sambandi á að sektarákvæði íslenskra samkeppnislaga eigi sér fyrirmynd í hliðstæðum ákvæðum í EES/ESB-löggjöf. Hafa dómstólar Evrópusambandsins skýrt orðin „preceding business year“ í sektarákvæði ESB-samkeppnisréttar sem síðasta rekstrarár fyrirtækis sem fari á undan árinu þegar ákvörðun er tekin, sbr. meðal annars dóm undirréttar ESB 15. mars 2000 í sameinuðum málum nr. T-25/95, Cimenteries CBR gegn framkvæmdastjórninni. Þá mótmælir stefndi þeirri málsástæðu stefnanda að opinber gjöld teljist ekki til veltu félagsins. Í því sambandi vekur stefndi athygli á því að velta stefnanda í úrlausnum samkeppnisyfirvalda sé án virðisaukaskatts. Að því er önnur gjöld og álögur snerti geri samkeppnislög ekki ráð fyrir að þau séu dregin frá veltu fyrirtækja í tengslum við sektarákvarðanir. Engin innlend eða erlend fordæmi styðji slíka niðurstöðu. Að öðru leyti vísar stefndi til umfjöllunar í ákvörðun samkeppnisráðs.

Stefndi mótmælir að lokum þeirri málsástæðu stefnanda að sektarfjárhæðin sé ekki í samræmi við niðurstöðu í öðru máli, þ.e. í máli *Sölufélags garðyrkjumanna svf. o.fl.*, sbr. dóm Hæstaréttar 30. október 2003 í máli nr. 37/2003. Bendir stefndi á að samkeppnismál séu í eðli sínu flókin og mjög ólík innbyrðis. Sektir í málunum byggist á heildarmati á fjölmörgum sjónarmið sem horfa ólíkt við eftir atvikum og aðstæðum í hverju máli fyrir sig. Mál stefnanda og það mál sem stefnandi vísi til séu ekki sambærileg.

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 450 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 lækkun 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 560 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, Ker ehf. (áður Olíufélagið hf.) og Skeljung hf. Laut samvinna þessi að gerð tilboða, verðlagningu á olíuvörum og skiptingu markaðar á fljótandi eldsneyti o.fl. Háttsemi þessi var talin varða við fyrrgreinda 10. gr. samkeppnislaga og stefnanda gerð sekt, ásamt hinum tveimur

olíufélögunum, 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 560 milljónir króna í úrskurði áfrýjunarnefndar, sem stefnandi greiddi skömmu síðar, með fyrirvara um endurheimtu fjárens 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 óheimilt hafi verið að rannsaka málið samhliða hjá samkeppnisyfirvöldum og lögreglu. Rök stefnanda fyrir þeirri ályktun virðast öðrum þræði verið reist á fyrirmælum 1. mgr. 4. gr. 7. sammingsviðauka við mannréttindasáttmála Evrópu auk þess sem með því hafi verið brotið gegn þagnarrétti stefnanda og starfsmanna hans. Um síðargreinda atriðið vísar stefnandi meðal annars til niðurstöðu Hæstaréttar í frá 16. mars 2007 í mál nr. 92/2007, þar sem ákæru á hendur forstjórum olíufélaganna var vísað frá dómi.

Í fyrrgreindu ákvæði mannréttindasáttmálans 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 er á það fallist 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.

Í framangreindum dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 92/2007 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 lögunum 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 felldu 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 stjórnáráðmeðferðar. 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 sökum þess að félaginu hafi vegna lögreglurannsóknarinnar ekki verið unnt að tjá sig um efni málsins fyrir samkeppnisyfirvöldum. Þessu til stuðnings vísar stefnandi til þess að félagið hafi ekki getað leitað upplýsinga frá starfsmönnum félagsins, sem voru sakborningar við lögreglurannsóknina og báru þar fyrir sig þagnarrétt, um þau atriði sem þannig voru til rannsóknar hjá tveimur stjórnvöldum.

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 torvela 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 stefnandi og lögmenn félagsins voru í reglulegum samskiptum við Samkeppnisstofnun meðan á rannsókn málsins stóð. Fundir voru haldnir með nokkrum starfsmönnum stefnanda á árinu 2002 þar sem ýmis gögn voru lögð fyrir þá um ætlað samráð olíufélaganna í tengslum við tiltekin útboð og verðkannanir 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 andmælaeglunnar, 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.

Stefnandi ber því einnig við að brotið hafi verið gegn andmælarétti hans samkvæmt 13. gr. stjórnslulaga með því að viðmiðunartímabil við útreikning á ætluðum ávinningi olíufélaganna hafi verið breytt í ákvörðun samkeppnisráðs frá því sem kynnt var í frumathugun Samkeppnisstofnunar.

Eins og rakið er í kafla II gerði Samkeppnisstofnun grein fyrir útreikningum sínum á ætluðum ávinningi olíufélaganna af hinu ólögmeða 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 4. maí 2004. Þar vísaði hann meðal annars til gagnrýni sem fram kom í álitserð 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 stefnanda allt aftur til ársins 1993. Ágreiningslaust er að stefnanda ásamt hinum olíufélögunum var tjáð að þessar nýju upplýsingar lægju fyrir og hvers efni 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 ólögmeða samráðs, hefði á árunum 1996 til 2001 numið í heild tæplega sex og hálfum milljarði króna.

Það leiðir ekki af andmælaeglu 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 samkeppnisyrvalda, 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 tiltekna 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 samkeppnisyrvalda. 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 samkeppnisyrvalda 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 öðrum þræði við það að ekki hafi verið aflað nauðsynlegra sjónarmiða og upplýsinga frá stefnanda áður en ákvörðun var tekin. Þá byggir hann á því að ætlaður ávinningur olíufélaganna af samráðinu hafi ekki verið rannsakaður nægjanlega.

Í tilefni af fyrra atriðinu, sem þessi málsástæða styðst við, vísar dómurinn til þess sem þegar hefur verið rakið um málsmeðferð samkeppnisyrvalda. Umfangsmikil gögn, sem aflað var með húsleit og frá félögunum á grundvelli upplýsingaskyldu þeirra samkvæmt 39. gr. samkeppnislaga, og upplýsingar, sem gefnar voru á fundum með starfsmönnum olíufélaganna, lágu til grundvallar ályktun samkeppnisyrvalda. Stefnandi átti þess kost að tjá sig um efnisatriði málsins og kaus að gera það í takmörkuðum mæli á sína ábyrgð og áhættu. Stefnandi hefur ekki bent á tiltekna ályktanir samkeppnisyrvalda, sem ekki eigi sér stoð í fyrirbyggjandi gögnum málsins, nema að því er lýtur að mati á ávinningi olíufélaganna. Því ber að hafna framangreindri málsástæðu stefnanda.

Síðara atriðið sem stefnandi vísar til í þessu sambandi tengist ágreiningi aðila um það hvort fyrir liggja 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 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 refsíabýrgðar lögaðila fimm ár. Stefnandi virðist byggja á því að þetta ákvæði taki ekki til brota stefnanda þar sem langflest samráðstilvikin áttu sér stað fyrir gildistöku laga nr. 39/2000. Stefnandi 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 olúfélögin 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 samfellt og átt að þjóna því sameiginlega markmiði olúfélaganna að raska samkeppni á viðkomandi markaði í því augnamiði að auka eða viðhalda framlegð af vörusölu félaganna. Ber að líta á þessa háttsemi olúfélaganna 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 stjórnlög. 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 janúarlök 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 ríkissjóð að fjárhæð 560 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 olúfélaganna. 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 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 sammingsins 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 samkeppnisfirvalda 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 samkeppnisfirvalda 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 samkeppnisfirvalda 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 samkeppnisyfivalda eftir því sem þeir telja rétt en eru hins vegar ekki bundnir við þá afstöðu ef gögn málsins leiða til annars. Samkvæmt þessu getur dóminum 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 samkeppnisyfivalda 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 samkeppnisyfivöldum 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 ólögmætu samráði. Með vísan þessara sjónarmiða verður enn fremur að hafna sem þýðingarlausum þeim röksemdum stefnanda er lúta að því að mikill taprekstur hefði orðið hjá stefnanda ef ávinnings samkvæmt útreikningi samkeppnisyfivalda hefði ekki notið við.

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 samkeppnisyfirvöld 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 ólögsmæta samráði. Þar var stuðst við gögn frá olíufélögunum 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 samkeppnisyfirvalda á einingaframlegð félaganna milli tímabila var miðað við verðlag ársins 2001. Með því var almennt tekið tillit til þátta eins og hagvaxtaraukningar, launþróunar, framleiðniþróunar, hækkandi arðsemiskrafna, hækkunar á fjármagnskostnaði og aukins kostnaðar vegna umhverfiskvaða, enda má reikna með að hækkunir 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 olíufélögin hafi orðið fyrir á tímabilinu. Stefnandi virðist, með tilvísun sinni meðal annars til matsgerðar 22. desember 2006, á sama tíma ganga út frá því að kostnaðarlækkun vegna hagræðingar í rekstri fyrirtækisins á samráðstímabilinu eigi að hafa áhrif á framlegðarútreikninga þannig að ávinningur hans af samráði verði lægri en samkeppnisyfirvöld 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 hjá sér meira en í öðrum greinum, og að því gefnu að það eigi að hafa áhrif á mat á ávinning af samráðinu, hljóta samkeppnisyfirvöld enn fremur að hafa vanmetið ávinninginn en ekki ofmetið.

Eins og rakið hefur verið báru samkeppnisyfirvöld 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 samkeppnisyfirvalda 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 samkeppnisyfirvöld beittu til að meta þróun einingaframlegðar á samráðstímanum hafi verið til þess fallinn að varpa ljósi á ávinning olíufélaganna af því samráði sem rannsókn samkeppnisyfirvalda 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. Enn fremur getur niðurstaða um ávinningi af samráði ekki talist innan skekkjumarka, eins byggt er á í matsgerð 22. desember 2006 og stefnandi reisir málatilbúnað sinn á, enda er útreikningur samkeppnisyfirvalda 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 22. desember 2006 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 því lýst að kerfisbreyting hafi verið gerð í reikningsskilum hjá stefnanda árið 1996 þannig að bankakostnaður, gengismunur, verðjöfnunarsjóður, rannsóknarkostnaður og tiltekinn annar kostnaður var færður undir almennan gjaldalið rekstrar í stað þess að vera hluti af vörunotkun félagsins. Hafi þetta misræmi milli samanburðartímabila leitt til þess að reiknaður ávinningur hafi verið ofmetinn af hálfu samkeppnisyfirvalda og telja matsmenn að „heildarleiðrétting“ af þessum sökum við mat á ávinningi eigi að nema 234 milljónum króna. Í matsgerðinni kemur einnig fram að við skoðun á raunupplýsingum um framlegð ársins 2001 hafi komið í ljós að hún hafi verið ofmetin um 48 milljónir króna í áætluninni sem samkeppnisyfirvöld studdust við. Þá er á það bent í matsgerðinni að breytingar hafi verið gerðar á því hvernig umboðslaun voru færð til bókar milli tímabilanna er leiði til ofmats á ávinningi. Samkeppnisráð hafi lækkað mat sitt á ávinningi í því ljósi en einungis að hluta þannig að enn vanti að taka tillit til 106 milljóna króna.

Þessum breytingum á framlegðarútreikningnum, sem leiða af breyttum aðferðum við reikningsskil fyrirtækisins, hefur ekki verið hnekkkt með yfirmatsgerð 28. september 2008. Ekki er hægt að útiloka að samkeppnisyfirvöld hefðu tekið tillit til þessara atriða til lækkunar á reiknuðum ávinningi hefðu viðhlítandi upplýsingar úr rekstri stefnanda legið fyrir við sektarákvörðun.

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 2.083 milljónum króna. Í ljósi niðurstöðu framangreindrar matsgerðar 22. desember 2006 kann mögulega að vera unnt að lækka þetta mat um 388 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 arðsemiskröfu 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. Í ljósi þess sem hér hefur verið rakið ber enn fremur að hafna öðrum sjónarmiðum stefnanda sem horfa til lækkunar á mati Samkeppnisstofnunar á ávinningi sem rekja má til samráðs 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 hvert 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 lágru 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 samkeppnisyrvalda á ávinningi stefnanda af samráðinu með framangreindri aðferð, telur dómurinn bersýnilegt að ábati stefnanda, sem rekja má til hins ólögsmæta 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 samkeppnisyrfivöld 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 samkeppnisyrvalda 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 12.413 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 700 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 samkeppnisyrvalda um að olíufélögin 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 olíufélaganna 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.

Stefnandi byggir þrautavarakröfu sína öðrum þræði á því að sala olíufélaganna til erlendra skipa hafi fallið utan gildissviðs samkeppnislaga nr. 8/1993, en samkeppnisyfyrvöld hafi talið að samráð þeirra um þessi viðskipti væru hluti af brotlegru háttsemi félaganna. Í 2. mgr. 3. gr. laganna sagði að þau tækju ekki til samninga, skilmála og athafna sem aðeins væri ætlað að hafa áhrif utan Íslands, sbr. þó ákvæði XI. kafla og reglur um viðskipti á sameiginlegum markaði Evrópska efnahagssvæðisins. Í frumvarpi því er varð að lögunum var framsetning ákvæðisins önnur, þar sem ekki var vikið að gildissviði laganna um viðskipti á EES-svæðinu, en aftur á móti kveðið á um að ráðherra gæti rýmkað landfræðilegt gildissvið laganna í samræmi við samninga íslenska ríkisins við annað ríki eða alþjóðastofnun. Í athugasemdum við frumvarpið kom fram að lögunum væri samkvæmt ákvæðinu ekki ætlað að ná til útflutnings. Kom þar fram að útflutningur teldist jöfnum höndum vera sala á vöru úr landi, flutningar frá landinu og þjónusta við erlenda aðila ef hún væri greidd af erlendum aðilum. Síðan sagði í athugasemdunum að fyrirtæki í útflutningi, sem gerði samninga, beitti skilmálum eða viðhefði aðgerðir sem væru samkeppnishamlandi á heimamarkaði og á útflutningsmarkaði, gætu samt sem áður ekki borið við útflutningsundanþágu á þeim hluta starfseminnar sem færi fram á Íslandi. Dómurinn tekur fram að umrædd viðskipti olíufélaganna lúta ekki að þjónustu við erlenda aðila heldur að vörusölu sem átti sér stað í íslenskum höfnum. Bersýnilegt er að samráð um verð, sem leiðir til herra vöruverðs á eldsneyti til erlendra fyrirtækja í íslenskum höfnum, getur haft skaðleg áhrif á viðskipti hér á landi. Að þessu gættu telur dómurinn ekki ástæðu til að lækka sekt stefnanda með vísan til framangreinds sjónarmiðs stefnanda.

Stefnandi byggir að öðru leyti á því að í málinu beri að gæta jafnræðis milli olíufélaganna við ákvörðun sekta. Miðað við þau gögn sem liggja fyrir er ekki efni til að gera afgerandi greinarmun á ábyrgð félaganna á hinu ólögmeta samráði. Eins og rakið hefur verið átti við ákvörðun sekta meðal annars að líta til ávinnings af samráði, sbr. 52. gr. laga nr. 8/1993, eins og ákvæðið hljóðaði áður en lög nr. 107/2000 voru sett. Í því ljósi og með skírskotun til almennra refsivörslusjónarmiða er á það fallist að heimilt sé að ákvarða samstarfsaðilum, með nokkuð jafna hlutdeild í ólögmetu samráði, breytilegar sektir eftir mati á mismunandi ávinningi þeirra af samráðinu. Upplýsingar og gögn sem samkeppnisyfyrvöld höfðu undir höndum gáfu til kynna að stefnandi hefði haft meiri ávinning af samráði olíufélaganna en Skeljungur hf., eins og rakið hefur verið, þó að velta stefnanda af vörusölu væri lítið eitt minni. Gaf það tilefni til að ákvarða stefnanda hærri sekt en Skeljungu hf. 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 700 milljónir króna hafi verið hæfilega ákveðin. Ekki er á það fallist að niðurstaða matsgerðar 22. desember 2006 raski í verulegu þessu mati á hæfilegri grunnsekt stefnanda.

Sú málsástæða stefnanda að olíufélögin hafi sætt ólögmetri mismunun, við ákvörðun sekta, með vísan til annarra, eldri úrlausna samkeppnisyfyrvalda, er

haldlaus þegar af þeirri ástæðu að þar lágu ekki fyrir upplýsingar er sýndu fram á ávinning umfram 40 milljónir króna eins og í þessu máli. Í ljósi fyrirbyggjandi gagna um misjafna viðleitni olúfélaganna til að liðsinna Samkeppnisstofnun í því skyni að upplýsa málið, og ítarlegs rökstuðnings samkeppnisyfirvalda um það atriði, telur dómurinn ekki fram komið að brotið hafi verið gegn jafnræðisreglu eða meðalhófsreglu með því að Keri ehf. var veittur meiri afsláttur af grunnsekt en stefnanda.

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 króna.

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, Olíuverzlunar Íslands hf.

Stefnandi greiði stefndu óskipt 1.500.000 krónur í málskostnað.

Ásmundur Helgason (sign.)

Skúli Magnússon (sign.)

Úlf Viðar Níelsson (sign.)