

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 19. janúar 2015 í máli nr. E-3292/2013:

Skeljungur hf.

(Hörður Felix Harðarson hrl.)

gegn

Samkeppniseftirlitinu og

íslenska ríkinu

(Gizur Bergsteinsson hrl.)

I.

Mál þetta, sem var dómtekið 24. nóvember sl., er höfðað 30. júlí 2013 af Skeljungu hf., Borgartúni 26 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 frá 29. janúar 2005 verði felldur úr gildi í heild sinni að því er stefnanda varðar. Til vara að úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 frá 29. janúar 2005 verði breytt á þá leið að felld verði úr gildi ákvæði hans um staðfestingu 3. og 4. gr. ákvörðunarorða samkeppnisráðs í máli nr. 21/2004, að því er stefnanda varðar, og ákvæði úrskurðarins um að stefnandi skuli greiða sekt í ríkissjóð að fjárhæð 450.000.000 króna. Til þrautavara að sektarfjárhæð sem stefnanda var gert að greiða samkvæmt úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 frá 29. janúar 2005 verði lækkuð verulega.

Á hendur stefnda íslenska ríkinu gerir stefnandi eftirtaldar kröfur:

Aðallega að stefndi endurgreiði stefnanda 450.000.000 króna auk vaxta samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 2. maí 2005 til greiðsludags. Fari svo að stefnanda verði með dómi í máli þessu gert að greiða sekt er þess krafist til vara að stefndi endurgreiði stefnanda mismuninn á 450.000.000 króna og þeirri sekt sem þannig yrði ákvörðuð með dómi auk vaxta samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 2. maí 2005 til greiðsludags.

Í öllum tilvikum krefst stefnandi málskostnaðar úr hendi stefndu.

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

II.

Stefnandi er félag sem hefur í meira en hálfa öld 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 hf. (áður Olíufélagið hf.) og Olíuverzlun Íslands hf., hefðu haft með sér ólögmaett 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 hf. 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 hf. og lögmanni félagsins, þar sem veittar voru ýmsar upplýsingar um samstarf félagsins við hin olíufélögin.

Olíuverzlun Íslands hf. mun einnig hafa sent Samkeppnisstofnun bréf 5. mars 2002 þar sem félagið lýsti vilja til samstarfs í því skyni að upplýsa málið. Á fundi 14. sama mánaðar kom fram að félaginu stæði til boða hliðstæð málsmeðferð og Keri hf. hafði verið boðin. Í kjölfarið munu starfsmenn og lögmaður félagsins hafa átt samtals sjö fundi með Samkeppnisstofnun þar sem veittar voru ýmsar upplýsingar um málið.

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

Um miðjan október 2002 leitaði Samkeppnisstofnun eftir því að eiga fund með tilteknum starfsmönnum stefnanda til að upplýsa nánar tilgreind atriði sem rannsókn stofnunarinnar beindist að. Hinn 25. sama mánaðar mun forstjóri stefnanda ásamt lögmonnum félagsins hafa átt fund með Samkeppnisstofnun þar sem fjallað var um ýmis tilvik þar sem stofnunin taldi olíufélögin hafa haft samráð um gerð tilboða í ákveðnum útboðum og verðkönnunum. Í kjölfar þessa fundar sendi stofnunin lögmonnum stefnanda bréf þar sem bent var á að fyrirtæki gætu, að tilteknum skilyrðum uppfylltum, fengið stjórnvaldssektir lækkaðar á grundvelli II. kafla reglna samkeppnisráðs nr. 397/2002, en skrifleg ósk um það þyrfti að berast stofnuninni. Jafnframt var upplýst að uppfyllti stefnandi þau skilyrði sem kæmu fram í reglunum gæti stefnandi átt von á því að fá allt að 20% lækkun á hugsanlegri stjórnvaldssekt í málinu.

Með bréfi stefnanda 5. nóvember 2002 var vísað til þess að fyrirtækið hefði ítrekað lýst yfir fullum vilja til þess að veita Samkeppnisstofnun upplýsingar um þau tilvik sem rannsóknin beindist að. Óskaði stefnandi eftir því að upplýsingagjöf hans yrði metin með hliðsjón af reglum II. kafla reglna nr. 397/2002. Í kjölfar þessara bréfaskipta hélt Samkeppnisstofnun fjóra fundi með jafnmörgum starfsmönnum félagsins í nóvember 2002. Lögmenn stefnanda voru ávallt viðstaddir þessa fundi.

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 Keflavíkurlflugvelli og Reykjavíkurlflugvelli 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. Olíufélagin 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, ólögmeða samráð olíufélaganna. Með bréfi 21. ágúst 2003 fól ríkissaksóknari ríkislögreglustjóra að afla gagna hjá Samkeppnisstofnun til að meta hvort hefja ætti sakamálarannsókn á ætluðum, refsiverðum brotum félaganna og starfsmanna þeirra. Fyrir liggur að fjölmörg gögn, sem þá lágu fyrir hjá Samkeppnisstofnun um ætlað samráð olíufélaganna, voru í kjölfarið afhent ríkislögreglustjóra. Hinn 30. september 2003 tilkynnti ríkislögreglustjóri olíufélagunum að hafin væri lögreglurannsókn á ætluðum brotum forráðamanna þeirra á ákvæðum samkeppnislaga á grundvelli skýrslna og gagna sem Samkeppnisstofnun hafði afhent ríkislögreglustjóra. Í bréfinu var óskað svara við ákveðnum spurningum og að nánar tiltekin gögn yrðu látin embættinu í té.

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

Bréfaskipti áttu sér stað milli Samkeppnisstofnunar og stefnanda 23. og 24. október 2003 um áhrif lögreglurannsóknarinnar á upplýsingagjöf stefnanda um þau atvik sem seinni frumathugun stofnunarinnar tók til. Þar var skírskotað til bréfs stefnanda frá 5. nóvember 2002 og þeirra sjónarmiða sem félagið óskaði þar eftir að tekið yrði tillit til í ljósi upplýsingagjafar félagsins. Í bréfi 24. október 2003 lýsti stefnandi þeirri afstöðu sinni að sú aðferð sem beitt hefði verið við rannsókn

málsins væri í andstöðu við grundvallarregluna um réttláta málsmeðferð og að stefnandi myndi því ekki leita eftir því við viðkomandi starfsmenn sína að þeir tjáðu sig frekar um málsatvik hjá Samkeppnisstofnun.

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 22 starfsmönnum stefnanda í þágu rannsóknarinnar, en þar af munu 13 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 olíufélögum 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 ólögmeæta 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 stefnanda 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 árunum 1998 til 2001 á föstu verðlagi. Heildarniðurstaða Samkeppnisstofnunar varð sú að sannanlegur ávinningur olíufélaganna af hækkun einingaframlegðar að raunvirði á árunum 1998 til 2001, samanborið við viðmiðunarárin 1995 til 1997, hefði numið um 6.650 milljónum króna. Í frumathuguninni er fjallað um önnur atriði en samráð sem skýrt gætu hækkun framlegðar eða álagningar á samráðstímanum. Þá er vikið að öðrum vísbendingum um hækkun framlegðar eða álagningar, svo og að markmiðum félaganna sjálfra um að auka einingarframlegð eða hækka álagningu. Voru færð að því rök að ekkert benti til þess að fram væru komnar rekstrarlegar forsendur sem réttlættu alla þá hækkun sem átt hefði sér stað á einingaframlegð olíufélaganna. Að lokum er athuguninni gerð grein fyrir áhrifum þess á fyrirhugaða sektarákvörðun að olíufélögin höfðu lagt sitt af mörkum til að upplýsa málið. Kemur þar fram að að

svo stöddu geti stefnandi ekki vænst lækkunar á sektinni á grundvelli þeirra upplýsinga sem veittar hefðu verið.

Eftir að síðari frumathugun Samkeppnisstofnunar lá fyrir óskuðu olíufélögin eftir því að kannað yrði að nýju hvort unnt væri að ljúka málinu með sátt. Viðræður skiluðu ekki árangri. Félögin óskuðu þá eftir því að frestur til andmæla yrði framlengdur og var orðið við þeirri beiðni. Öll olíufélögin skiluðu andmælum á vormánuðum 2004, en andmæli stefnanda eru dagsett 3. maí 2004. Þar 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. Í andmælunum er því síðan haldið fram að dregið hafi úr samstarfi stefnanda og hinna olíufélaganna eftir því sem á tímabilið leið. Þá er þar dregið í efa að færðar hafi verið fram viðhlítandi sönnur á ætluð brot á síðari hluta tímabilsins. 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. 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. 26. apríl 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. samningsviðauka 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 Reykjavíkflugvelli og Keflavíkflugvelli 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 í ítarlegu máli eftir áðurgreindri flokkun og fjallað, innan hvers flokks, um einstök tilvik eftir tímabilum. Í þeirri umfjöllun var jafnframt tekin afstaða til framkominna andmæla olíufélaganna. Var ítarlega rökstutt að félögin hefðu með þessu brotið gegn 10. gr. þágildandi samkeppnislaga í fjölmörgum nánar tilgreindum tilvikum.

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

Því næst voru í ákvörðun samkeppnisráðs rakin atriði í tengslum við mat á ávinningi olíufélaganna af samráðinu. Eins og nánar er rökstutt í ákvörðuninni þótti rétt að byggja þetta mat á upplýsingum olíufélaganna sjálfra um einingaframlegð af vörusölu. Tekið var fram að með einingaframlegð, eins og því hugtaki hefði verið beitt af olíufélögunum, 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 olíufélögunum, 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 hf. 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 stefnanda og um 2.083 milljónir króna hjá Olíuverzlun Íslands hf., eða samtals um 6.487 milljónir króna. Taldi samkeppnisráð að ekki hefðu

komið fram neinar rekstrarlegar forsendur hjá félögunum sem réttlætt gætu þessa hækkun að neinu ráði. Þótt félögin kynnu að einhverju leyti að hafa haft réttmæta þörf fyrir hærri framlegð breyti það engu um að aðgerðir þeirra í þessu skyni hafi verið ólögðar. Fram kom í niðurstöðu samkeppnisráðs að mat á ávinningi af slíku ólögðu athæfi hlyti að taka til allrar hækkunar sem leiddi af samráðinu, enda þótt henni kynni að einhverju leyti að hafa verið ráðstafað til greiðslu aukins kostnaðar félaganna. Með hliðsjón af því taldi ráðið að líta yrði svo á að ávinningur olíufélaganna af aukinni framlegð samkvæmt framangreindum útreikningi fæli í sér ávinning í skilningi 2. mgr. 52. gr. samkeppnislaga eins og þau voru fyrir gildistöku laga nr. 107/2000. Jafnframt þessu var vísað til upplýsinga sem lágu fyrir um ávinning félaganna af ólögðu 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 skiptisölnni væri langt umfram 40 milljónir króna.

Í ákvörðun ráðsins var farið með rökstuddum hætti yfir sjónarmið olíufélaganna sem byggðust á greinargerð hagfræðinganna Tryggva Þórs Herbertssonar og Jóns Þórs Sturlusonar. Þar var tekið tillit til athugasemda um gögn er lutu að framlegð stefnanda sem og til athugasemda stefnanda og Olíuverzlunar Íslands hf. um breytingar á fyrirkomulagi umboðs- og sölulauna á 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 ædstu stjórnendur félaganna hefðu tekið þátt í þeim. Þau hefðu verið framin með einbeittum ásetningi og reynt hefði verið að hylma yfir þau. Hið ólögðu 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 14.226 milljónir króna. Var sekt félagsins ákveðin 1.100 milljónir króna. Sektarfjárhæð hinna olíufélaganna var í grunninn ákveðin sú sama, enda væri ábyrgð félaganna á hinu ólögðu samráð jöfn. Ker hf. þótti hafa veitt mikilvæga viðbót við þau sönnunargögn sem samkeppnisyfirlögd höfðu þegar í förum sínum og var því veitt 45% lækkun frá ákveðnum stjórnvaldssektum. Framlag Olíuverzlunar Íslands hf. þótti hafa verið talsvert og var því félagi veittur 20% afsláttur af framangreindri sekt. Samvinna stefnanda þótti hins vegar ekki uppfylla skilyrði 1. gr. reglna nr. 397/2002. Þá teldist framlag stefnanda ekki mikilvæg viðbót við þau gögn sem fyrir lágu. Því var komist að þeirri niðurstöðu að ekki væri tilefni til þess að lækka sektir stefnanda. Félaginu var því gert að greiða 1.100.000.000 króna í sekt í ríkissjóð en Keri hf. gert að greiða 605.000.000 króna í sekt og Olíuverzlun Íslands hf. 880.000.000 króna sekt í ríkissjóð. 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 186 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 álitafni um lögmæti þess að málið hafði á tímabili verið til rannsóknar bæði hjá Samkeppnisstofnun og ríkislögreglustjóra. Þessum sjónarmiðum olíufélaganna var hafnað að öllu leyti. Þá fjallaði áfrýjunarnefndin um röksemdir olíufélaganna er lutu að andmælarétti þeirra og rannsókn málsins. Í öllum meginatriðum var komist að þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið brotið gegn rétti olíufélaganna að þessu leyti. Þó taldi áfrýjunarnefndin að æskilegt hefði verið að gefa félögunum kost á að gera athugasemdir við breytingar á viðmiðunartímabili við útreikning á áætluðum ávinningi þeirra áður en ákvörðun samkeppnisráðs var tekin. Nefndin taldi þó nægjanlegt að olíufélögin gætu gagnrýnt breytinguna og útreikninginn fyrir áfrýjunarnefndinni.

Að þessu búnu var fjallað um skil eldri laga og yngri vegna breytinga á 10. gr. þágildandi samkeppnislaga með 3. gr. laga nr. 107/2000. Byggði áfrýjunarnefndin alfarið niðurstöðu sína á upphaflegu ákvæði 10. gr. samkeppnislaga. Nefndin komst því næst að þeirri niðurstöðu að ólögmætt samráð olíufélaganna hefði verið samfelldt á árabílinu frá 1993 til 2001. Þá tók hún álitafni um fyrningu brotanna til umfjöllunar. Taldi nefndin eðlilegt að beita ákvæði 80. gr. almennra hegningarlaga með áorðnum breytingum með löggjöfnun 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 olíufélögin hefðu gerst sek um brot gegn 10. gr. þágildandi samkeppnislaga. Voru niðurstöður samkeppnisráðs um þetta í vel flestum tilvikum staðfestar.

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

Áfrýjunarnefndin taldi eftir sem áður að vafatilvik gætu risið við fyrrgreindan samanburð. Þótti rétt að koma til móts við þau með því að beita varfærni í

ákvörðun sekta. Áfrýjunarnefndin taldi að þrjú atriði, sem nefnd höfðu verið í greinargerð hagfræðinganna Tryggva Þórs Herbertssonar og Jóns Þórs Sturlusonar, yllu vafa í þessu sambandi og ættu að leiða til mildunar sektarákvörðunar. Fyrsta atriðið laut að því að samfelldur og meiri hagvöxtur á síðara viðmiðunartímabilinu en því fyrra skapaði skilyrði fyrir auknum ávinningi á fákeppnismarkaði eins og þeim sem hér um ræði. Áfrýjunarnefndin taldi að taka þyrfti nokkurt tillit til þessa sjónarmiðs sem þó yrði að veða á móti því að sannað væri að olíufélögin hefðu haft með sér ólögmeitt samráð. Annað atriðið laut að því gengistapi sem olíufélögin hefðu orðið fyrir sérstaklega á árunum 2000 og 2001. Sá kostnaður þótti svo tengdur olíuinnkaupunum sjálfum að rétt væri „að gera hér nokkra leiðréttingu vegna þessa sjónarmiðs“. Fram kom í úrskurðinum að þetta tap hefði numið 604 milljónum króna hjá Keri hf. og 777 milljónum króna hjá Olíuverzlun Íslands hf. Hins vegar lægju ekki fyrir sambærilegar upplýsingar hjá stefnanda. Þriðja atriðið sem áfrýjunarnefndin taldi gefa tilefni til mildunar á sektarákvörðun laut að því að launavísitala hefði hækkað mun meira á viðmiðunartímabilinu en hækkun neysluverðsvísitölu. Samkvæmt gögnum málsins hefði þessi hækkun numið 640 milljónum króna hjá Keri hf. og 352 milljónum króna hjá Olíuverzlun Íslands hf. Ekki lægju hins vegar sambærilegar upplýsingar fyrir hjá stefnanda. Áfrýjunarnefndin vísaði því næst í niðurstöður samkeppnisráðs um ávinning olíufélaganna af hækkun einingaframlegðar í fljótandi eldsneyti sem og veltutölr 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 450 milljónir króna. Í tilviki Kers hf. þótti hæfileg stjórnvaldssekt vera 900 milljónir króna og 700 milljónir króna í tilviki Olíuverzlunar Íslands hf. Að teknu tilliti til afsláttá, sem síðargreindu félögin voru talin eiga tilkall, til var Keri hf. gert að greiða 495 milljónir króna í sekt og Olíuverzlun Íslands hf. 560 milljónir króna.

Í framhaldi af úrskurðinum greiddu olíufélögin sektirnar hver fyrir sig með fyrirvara um endurheimtu fjárens ef hann yrði með dómi felldur úr gildi eða honum breytt. Ker hf. 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 Olíuverslun Íslands 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: „„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 í því skyni. / Sú forsenda Samkeppnisstofnunar að hinn reiknaði ávinningur sé eingöngu vegna samráðs stenst ekki að okkar mati. / 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. / Sé stuðst við „fyrir og eftir“ aðferðina verður að tryggja að beitt sé sömu

reikningsskilavenjum milli ára. Jafnframt þarf að taka tillit til ólíkrar markaðshegðunar við sölu á mismunandi tegundum eldsneytis. Auk þess koma til álita fjölmörg atriði sem hafa tekið breytingum í rekstrinum frá einum tíma til annars. / Vegna skorts á nákvæmum upplýsingum um rekstur Skeljungs hf. hefur okkur ekki verið gert kleift að svara öllum spurningum í matsbeiðninni til hlítar.“

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 matsgerð 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 samanburðartímabilum 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 samanburðarhæfa 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 markaðshegðun 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 lögmannna olíufélaganna var það mat yfirmatsmanna að olíufélögin „hafi haft fjárhagslegan ávinning af samráði sín í milli“.

Í undirmatsgerð Guðrúnar og Gylfa frá 3. október 2008 er leitast við að svara matsspurningum stefndu í máli þessu í átta liðum. Meginniðurstöður matsmanna voru á þá leið að kjöraðstæður til samráðs um verð hefðu ríkt á olíumarkaði á Íslandi á tímabilinu 1993 til 2001. Ekki væri heldur unnt að koma auga á þætti í rekstrarumhverfi olíufélaganna sem hafi gert þeim erfitt fyrir að ná markmiðum samráðs sem hafi komið fram í hækkun einingaframlegðar vegna hærra verðs. Þá sé ekki fræðilega forsvaranlegt að halda því fram að samráðið hefði haldist svo lengi sem raun bar vitni ef ávinningurinn hafi verið minni háttar eða óviss. Í matsgerðinni er síðan gerð grein fyrir niðurstöðu matsmanna um ávinning olíufélaganna af sölu á bensíni annars vegar og gasolíu og svartolíu hins vegar, sem fundin var út með því að bera saman framlegð þeirra við sölu á þessum vörum á árunum 1993 til 2001 við þá framlegð sem samkeppnisverð hefði fært þeim. Einingaframlegð á Alaskamarkaði var þá notuð við útreikning á samkeppnisverði. Fram kemur í matsgerðinni að staðvirt framlegð sem olíufélögin hafi haft af viðskiptum sínum með bensín á þessu tímabili, umfram þá framlegð sem samkeppnisverð hefði fært þeim, fæli í sér ávinning af samráði þeirra. Varð það niðurstaða matsmanna að einingaframlegð olíufélaganna allra vegna viðskipta með bensín hefði verið 9,1 milljarður króna umfram þá 14 milljarða króna sem samkeppnisverð hefði fært þeim á verðlagi ársins 2001. Á sama hátt komust matsmennirnir að þeirri niðurstöðu að einingaframlegð félaganna vegna sölu á gasolíu á tímabilinu hefði verið 6,8 milljarðar króna umfram þá 18,9 milljarða sem samkeppnisverð hefði fært þeim. Þá hefði einingaframlegð við sölu á svartolíu verið 2,99 milljarðar króna umfram þá 5,7 milljarða króna sem samkeppnisverð hefði fært þeim.

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

Á dómþingi 21. janúar 2009 kröfðust olíufélögin þess sameiginlega að dómkvaddir yrðu yfirmatsmenn vegna síðastnefndrar undirmatsgerðar. Samhliða þessu kröfðust félögin dómkvaðningar á 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 samkeppnisyfirlög 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 hf. og um 550 milljónir króna hjá Olíuverzlun Íslands hf. en jákvæður um 1.188 milljónir króna hjá stefnanda.

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

Til stuðnings aðalkröfu stefnanda um ógildingu úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 29. janúar 2005 vísar stefnandi í fyrsta lagi til þess að frá 30. september 2003 hafi ætluð brot stefnanda verið til rannsóknar hjá tveimur embættum á sama tíma. Stefnandi byggir á því að Samkeppnisstofnun hafi borið að hætta rannsókn málsins þegar lögreglurannsóknin hófst. Stefnandi áréttar í því sambandi þær röksemdir sem hann tefldi fram þessu til stuðnings fyrir samkeppnisyfirvöldum um að í þessu fælist brot á 1. mgr. 4. gr. 7. samningsviðauka mannréttindasáttmála Evrópu. Samkvæmt ákvæðinu eigi enginn að sæta saksókn eða refsingu tvívegis vegna sama brots. Þá hafi þessi staða gert stefnanda erfitt fyrir að nýta andmælarétt sinn. Stefnandi telur að þessi sérkennilega staða sem hann hafi verið í haustið 2003 hafi verið afleiðing óskýrrar og gallaðrar löggjafar. Engin fyrirmæli hafi verið í samkeppnislögum nr. 8/1993 um skil á milli heimilda lögreglu annars vegar og samkeppnisyfirvalda hins vegar til rannsóknar á ætluðum brotum gegn bannákvæðum laganna. Í lögnum hafi ekki verið mælt fyrir um áhrif lögreglurannsóknar, sem hafin væri, á rannsókn samkeppnisyfirvalda, hvernig bæri að haga rannsókn væri málið þegar til meðferðar hjá stjórnvaldinu eða um heimild til álagningar stjórnvaldssekta við þær aðstæður að lögreglurannsókn væri hafin. Þá hafi ekki verið kveðið á um aðgang lögreglu að gögnum sem aflað hafði verið af samkeppnisyfirvöldum eða hvort slík gögn yrðu notuð sem sönnunargögn í sakamáli.

Stefnandi vísar til þess að í dómi Hæstaréttar í máli nr. 92/2007 hafi verið fjallað um þessa annmarka á löggjöfinni. Þar hafi verið talið að veruleg óvissa hafi ríkt um það hvort bannreglu 10. gr. laga nr. 8/1993 yrði framfylgt með tvennum hætti og hvort rannsókn gæti bæði farið fram á stjórnslustigi og hjá lögreglu. Var það meðal annars talið eiga við um þá stöðu ákærðu í því máli, forsvarsmanna olíufélaganna, að taka þátt í viðræðum og samningum við Samkeppnisstofnun og veita stofnuninni upplýsingar en fella á sama tíma á sig sök með því að málið var síðar tekið til refsimeðferðar. Þessi málsmeðferð var ekki talin í samræmi við þau réttindi sakborninga sem tryggð væru með 70. gr. stjórnarskrár, sbr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, og meginreglur laga nr. 19/1991. Í kjölfar dómsins hafi verið gerðar umtalsverðar breytingar á samkeppnislöggjöfinni, sbr. lög nr. 52/2007, sem hafi sniðið þá vankanta af lögnum sem rétturinn hafi bent á.

Stefnandi telur að heimfæra megi umfjöllun og niðurstöðu í dómi Hæstaréttar í máli nr. 92/2007 á það tilvik sem hér sé til umfjöllunar. Stefnandi telur ljóst að háttsemi sem lýst hafi verið í 10. gr. laga nr. 8/1993 teljist refsiverð í skilningi 6. og 7. gr. mannréttindasáttmála Evrópu og 70. gr. stjórnarskrárinnar. Um réttindi stefnanda við rannsókn samkeppnisyfirvalda hafi farið samkvæmt þessum grundvallarreglum. Stefnandi hafi þurft að sæta því frá hausti 2003 og fram yfir úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála að vera í senn sakborningur í lögreglurannsókn, ásamt fyrirsvarsmönnum félagsins og lykilstarfsmönnum, og til rannsóknar í stjórnslumáli hjá samkeppnisyfirvöldum. Með sama hætti og lýst sé í áðurgreindum dómi Hæstaréttar hafi stefnandi tekið þátt í viðræðum og samningum við Samkeppnisstofnun og veitt stofnuninni margvíslegar upplýsingar en fellt á sama tíma á sig sök með því að málið var síðar tekið til refsimeðferðar hjá ríkislögreglustjóra. Að mati stefnanda var við meðferð málsins brotið gegn þessum grundvallarreglum laga auk 1. mgr. 4. gr. 7. samningsviðauka mannréttindasáttmála Evrópu. Að mati stefnanda verði stjórnvaldsákvörðun, sem felur í sér afar íþyngjandi inn grip í starfsemi stefnanda og beitingu refsinga (sekta), ekki reist á málsmeðferð sem sé háð þessum alvarlegu annmörkum. Ber af þeim sökum að fella úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála úr gildi.

Í öðru lagi byggir stefnandi aðalkröfu sína á því að andmælaréttur félagsins samkvæmt 13. gr. stjórnslulaga 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 athugasemda.

Um fyrra atriðið vísar stefnandi til þess að Samkeppnisstofnun hafi birt frumathugun sína í tveimur hlutum. Stefnandi hafi gert stofnuninni grein fyrir því að athugasemdum við frumathugun yrði skilað þegar frumathugun yrði lögð fram í heild sinni. Síðari hluti frumathugunarinnar hafi verið birtur stefnanda 5. desember 2003. Á þeim tíma hafi lögreglurannsókn verið hafin. Við það hafi möguleikar stefnanda til að andmæla breyst í grundvallaratriðum. Hjá lögreglu hafi forsvarsmenn félagsins nýtt sér þagnarrétt sinn og félagið sjálft notið sömu réttinda. Af þeim sökum hafi starfsmenn félagsins augljóslega ekki getað mætt til skýrslutöku hjá Samkeppnisstofnun, enda hafi þeir ekki getað nýtt sér við slíka skýrslutöku rétt sinn til þess að fella ekki á sig sök. Þar hefðu þeir þurft að segja satt og rétt frá öllum þáttum málsins, enda sé röng skýrslugjöf fyrir samkeppnisyfirvöldum refsiverð samkvæmt 2. mgr. 57. gr. samkeppnislaga. Hafi athygli Samkeppnisstofnunar verið vakin á þessari þröngvudu þögn stefnanda sem hlotist hafi af gallaðri löggjöf. Vísar stefnandi í þessu sambandi til þess að stefnandi hafi ekki haft neina tryggingu fyrir því að upplýsingar sem færðar yrðu fram um efnisatriði málsins yrðu ekki notaðar gegn þeim í sakamálinu.

Stefnandi byggir á því að þessi aðstaða hafi valdið því að athugasemdir stefnanda við frumathugun Samkeppnisstofnunar hafi einungis verið um lagaatriði en ekki efni málsins. Sama hafi átt við um kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, en rannsókn lögreglu hafi ekki lokið fyrr en á árinu 2006. Byggir

stefnandi á því að hann hafi átt ótvíræðan rétt til þess að koma á framfæri upplýsingum og gögnum um málið án þess að eiga á hættu að það yrði notað gegn félaginu eða starfsmönnum þess í sakamálinu. Réttur stefnanda til að tjá sig um frumathugun Samkeppnisstofnunar eða að koma á framfæri athugasemdum við ákvörðun samkeppnisráðs á kærustigi hafi einungis verið til málamynda – án innihalds.

Stefnandi leggur í þessu sambandi áherslu á mikilvægi andmælaréttar aðila máls, enda þekki almennt enginn málsatvik betur en hann. Málið sem hér sé til umfjöllunar sé gott dæmi um það þar sem það geti skipt sköpum fyrir aðila máls að tjá sig um atvik máls og leiðréttta rangfærslur. Í málinu hafi verið fjallað um gríðarlegan fjölda atvika þar sem talið hafi verið að stefnandi hefði brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga. Til grundvallar þeirri niðurstöðu liggi ályktanir sem reistar séu á rannsókn á gögnum sem hafi verið tekin frá olúfélögunum þremur. Stefnandi telur að þessi gögn hafi verið þess eðlis að nauðsynlegt hafi verið að leita atbeina olúfélaganna og starfsmanna þess til að draga rétta ályktun af þeim.

Stefnandi byggir á því að um verulegan annmarka á málsmeðferð samkeppnisyfirvalda hafi verið að ræða. Notast verði við almennan mælikvarða, enda verði stefnanda ekki gert að sanna að andmælin hefðu haft áhrif. Því til stuðnings vísar stefnandi til þess að í málinu hafi hann verið sakaður um refsiverða háttsemi og til álita hafi komið að beita afar íþyngjandi viðurlögum. Andmælarétturinn hafi verið tekinn af stefnanda þegar félagið og allir lykilstarfsmenn hafi fengið réttarstöðu sakbornings við lögreglurannsóknina. Annmarkinn hafi verið til staðar þegar stefnanda hafi fyrst verið gefinn kostur á að skoða gögn málsins og ályktanir Samkeppnisstofnunar og ekki verið aflétt fyrr en löngu eftir að málsmeðferð samkeppnisyfirvalda hafi lokið.

Stefnandi byggir einnig á því að umfjöllun áfrýjunarnefndar samkeppnismála um samspil samhliða rannsóknar samkeppnisyfirvalda og ríkislögreglustjóra standist ekki skoðun. Vegna sérstakra sönnunarreglna í samkeppnismálum komi almenn mótmæli yfirleitt að mjög takmörkuðu gagni. Sönnunarbyrði hafi í reynd verið velt yfir á stefnanda með ályktunum samkeppnisyfirvalda. Þá stoði lítt að vísa til þess að félagið og starfsmenn þess hefðu getað tjáð sig að einhverju marki. Stefnandi telur að það hafi einfaldlega verið með öllu ótækt að félagið eða starfsmenn þess tjáðu sig um efni máls þegar þeir voru á sama tíma undir lögreglurannsókn þar sem þeir nutu þagnarréttar. Þá sé augljóst að stefnandi hafi ekki getað, án aðstoðar þeirra starfsmanna sem í hlut áttu, sett fram rétta lýsingu á samskiptunum. Ekki hafi heldur verið unnt að gera það með góðu móti án þess að vísa til þeirra starfsmanna sem í hlut áttu.

Stefnandi telur enn fremur að við úrlausn á þessu beri einungis að horfa til málsmeðferðar samkeppnisyfirvalda. Atvik eftir það hafi engin áhrif. Hafa beri í huga að stefnandi hafi enga raunhæfa möguleika á því í dag að varpa ljósi á einstök atvik, viðskipti, minnisblöð, tölvupóstsamskipti eða önnur gögn sem haldlögð hafi verið á árinu 2001 og lutu að atvikum allt frá 1993.

Eins og áður segir byggir stefnandi einnig á því að samkeppnisráð hafi brotið gegn andmælarétti stefnanda með því að breyta forsendum að baki útreikningi á ætluðum ávinningi hans af samráði frá frumathugun. Í stað þess að bera saman einingaframlegð stefnanda á tímabilinu 1995-1997 annars vegar og 1998-2001 hins

vegar hafi samkeppnisráð notast við tímabilin 1993-1995 annars vegar og 1996-2001 hins vegar. Stefnandi tekur fram að tilgangur með frumathugun hafi verið að gefa stefnanda færi á því að koma á framfæri sjónarmiðum sínum um þessa þætti áður en samkeppnisráð tæki ákvörðun. Stefnandi telur ljóst að það skipti verulegu máli hvaða tímabil séu notuð til samanburðar við mat á ætluðum ávinningi. Margvíslegir þættir í rekstri félagsins og í efnahagslífinu séu mismunandi eftir tímabilum. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi fundið að þessari framkvæmd hjá samkeppnisráði og talið að æskilegra hefði verið að gefa stefnanda kost á að tjá sig um þessar breyttu forsendur. Þessi annmarki gæfi hins vegar að mati áfrýjunarnefndar ekki tilefni til að ógilda ákvörðun samkeppnisráðs. Stefnandi er ósammála þessu mati. Ekki verði horft framhjá því að þetta atriði hafi varðað stefnanda mjög miklu, enda hafi það verið forsenda þess, að stefnanda var beittur hærri sektum en 40 milljónum króna, að sannanlegur ávinningur stefnanda af samráði næmi hærri fjárhæð.

Stefnandi byggir einnig á því að þar sem félagið hafi ekki átt þess kost að koma að efnislegum athugasemdum við málið hafi rannsókn þess verið verulega ábótavant. Sú skylda hvíli á stjórnvaldi samkvæmt 10. gr. stjórnsýslulaga að sjá til þess að mál sé nægilega upplýst áður en ákvörðun er tekin. Þessi skylda sé nátengd þeirri mikilvægu reglu sem felist í andmælaréttinum. Mál geti ekki talist nægilega upplýst í tilvikum þar sem sjónarmið þess sem rannsókn beinist gegn komi ekki fram af ástæðum sem aðilanum verði ekki um kennt.

Stefnandi byggir á því að stjórnvöldum beri að staðreyna að upplýsingar, sem ákvörðun sé reist á, séu réttar. Enn ríkari ástæða sé til þess þegar verið sé að taka jafn íþyngjandi ákvörðun og raun beri vitni. Því telur stefnandi að gera þurfi mjög strangar kröfur til rannsóknarinnar og að gengið verði úr skugga um sannleiksgildi þeirra gagna sem vísað sé til. Þá leiði einnig af rannsóknarreglunni að stjórnvöldum sé óheimilt að gripa til sönnunarreglna þar sem staðreyndir máls eru ekki nægilega vel upplýstar.

Stefnandi telur enn fremur að aðferð samkeppnisyfirvalda við sönnun ætlaðs ávinnings olíufélaganna af samráði hafi falið í sér brot gegn rannsóknarreglunni. Því verði gerð nánari skil síðar í umfjöllun um þrautavarakröfu. Stefnandi bendir þó að samkeppnisyfirvöld hafi vanrækt með öllu að rannsaka nánar og taka tillit til þátta sem augljóslega hafi borið að skoða við mat á ætluðum ávinningi af meintu verðsamráði. Vísar stefnandi þar til atriða sem hafi áhrif á framlegð, eins og áhrifa hagvaxtar, gengisáhrifa, kortaafslátta, vísitölu og krafna hins opinbera til aukinnar umhverfisverndar. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi tekið að einhverju marki tillit til þessara þátta en þó án þess að tilraun væri gerð til þess að rannsaka þá í þaula og leiða hið rétta í ljós. Þá gagnrýnir stefnandi þá aðferð Samkeppnisstofnunar að bera saman þau tvö tímabil sem stofnunin lagði til grundvallar, þar sem samráð eigi að hafa átt sér stað á báðum tímabilunum. Eðlilegra og marktækara hefði verið að mati stefnanda að notast við upplýsingar úr rekstri olíufélaganna á árunum 2002 til 2004 til samanburðar. Stefnandi telur að með þessu hafi samkeppnisyfirvöld vanrækt rannsóknarskyldu sína um afar mikilvægan og stóran þátt málsins. Þessir annmarkar á rannsókn málsins eigi að mati stefnanda að leiða til ógildingar úrskurðar áfrýjunarnefndar.

Varakrafa stefnanda um niðurfellingu sekta er aðallega á því reist að þau brot sem félagið hafi verið sakað um séu öll fyrnd. Stefnandi kveðst jafnframt byggja

varakröfuna á þeim sjónarmiðum sem reifuð hafi verið hér að framan í umfjöllun um aðalkröfu málsins.

Stefnandi rökstyður málsástæðu sína um að brot hans séu fyrnd í fyrsta lagi á því að reglur almennra hegningarlaga um fyrningu eigi við um brot á 10. gr. samkeppnislaga. Því til stuðnings vísar stefnandi til þess að tilgangur og eðli sekta samkvæmt 52. gr. laga nr. 8/1993 gefi til kynna að þær séu refsing í skilningi 69. og 70. gr. stjórnarskrárinnar, 6. og 7. gr. mannréttindasáttmála Evrópu og 1. gr. almennra hegningarlaga, enda sé þeim ætlað að refsa brotlegum fyrirtækjum og veita almenn og sérstök varnaðaráhrif. Vísar stefnandi hér meðal annars til þess hversu þungbær viðurlögin séu. Ekki séu ákvæði í samkeppnislögum um fyrningu brota. Almenn ákvæði um fyrningu afbrota séu hins vegar í IX. kafla almennra hegningarlaga. Samkvæmt 80. gr. laganna fyrnist sakir samkvæmt ákvæðum 81. og 82. gr. laganna. Eigi það einnig við um brot samkvæmt sérrefsilögum nema þar sé á annan veg mælt. Af framangreindu leiði að um fyrningu brota stefnanda fari eftir ákvæðum almennra hegningarlaga. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi í úrskurði sínum talið rétt að beita ákvæðum hegningarlaga um fyrningu með lögjöfnun. Stefnandi telur að ákvæðum hegningarlaga um þetta efni verði beitt án þess að grípa þurfi til lögjöfnunar.

Stefnandi byggir á því að brot hans hafi fyrnst á tveimur árum samkvæmt 1. mgr. 81. gr. almennra hegningarlaga, enda hafi ekki legið þyngri refsing við broti gegn 52. gr. samkeppnislaga en sekt. Þetta eigi í öllu falli við fram að því að nýrri málsgrein var bætt við 81. gr. almennra hegningarlaga með 5. gr. laga nr. 39/2000, þar sem kveðið hafi verið á um að fyrningarfrestur vegna refsíabyrgðar lögaðila væri fimm ár. Af þessu dregur stefnandi þá ályktun að brotin sem eigi að hafa átt sér stað fyrir 26. maí 2000 fyrnist á tveimur árum meðan þau sem sannanlega hafi átt sér stað eftir þann tíma fyrnist á fimm árum.

Stefnandi tekur fram að rannsókn samkeppnisyfirvalda hafi tekið til tímabilsins frá 1. janúar 1993 til 31. desember 2001. Því sé ljóst að tveggja ára fyrningarfrestur hafi gilt mestan hluta þess tímabils sem rannsóknin hafi tekið til. Hvorki samkeppnisráð né áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi gert tilraun til þess að skipta meintum brotum á milli tímabila þrátt fyrir þá áherslu sem olíufélögin hafi lagt á þennan þátt málsins. Þessa vanrækslu verði að meta stefnanda í hag. Útilokað sé að greina á milli umræddra tímabila nú, mörgum árum eftir að meðferð málsins á stjórnisýslustigi lauk. Stefnandi telur að það leiði af 2. gr. almennra hegningarlaga, 69. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 7. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994, að beita beri vægari reglunni fyrir allt tímabilið, þ.e. að umrædd brot fyrnist á tveimur árum. Fyrningarreglur séu efnisreglur en ekki réttarfarsreglur og verði því ekki beitt með afturvirkum hætti.

Stefnandi vísar enn fremur til þess að samkvæmt 3. málslíð 4. mgr. 82. gr. almennra hegningarlaga rofni fyrningarfrestur í tilvikum þar sem lög heimili stjórnvaldi að kveða á um refsingu þegar stjórnvaldið saki mann um slíkt brot. Í því máli sem hér sé til umfjöllunar hafi fyrningarfrestur því rofnað þegar samkeppnisráð hafi sakað stefnanda um brot gegn ákvæðum samkeppnislaga, enda hafi ráðið farið með vald til þess að leggja á stjórnvaldssektir, ekki Samkeppnisstofnun. Stefnandi mótmælir afstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála um að fyrning brota hans hafi rofnað við húsleit Samkeppnisstofnunar. Í því sambandi beri að hafa í huga að Samkeppnisstofnun og samkeppnisráð hafi verið

aðskilin stjórnvöld og farið hvort um sig með afmarkaðar valdheimildir að lögum. Samkeppnisráði hafi verið óheimilt samkvæmt almennum reglum stjórnsýsluréttar að framselja vald sitt. Af þessum sökum hafi ásökun Samkeppnisstofnunar gagnvart stefnanda um brot á samkeppnislögum ekki rofið fyrningu. Því telur stefnandi að fyrning hafi í fyrsta lagi verið rofin með ákvörðun samkeppnisráðs.

Verði fallist á þá niðurstöðu áfrýjunarnefndar að fyrning hafi verið rofin við húsleit Samkeppnisstofnunar 18. desember 2001 þá byggir stefnandi á því að ætluð brot hans séu eftir sem áður fyrnd. Vísar stefnandi þar til þess að meira en tvö ár liðu frá húsleitinni fram að ákvörðun samkeppnisráðs 28. október 2004. Stefnandi telur ljóst að brot geti fyrnst í höndum rannsóknaraðila sé þess ekki gætt að rjúfa fyrningu að nýju. Slík fyrningarrof hafi fyrst átt sér stað gagnvart stefnanda með birtingu ákvörðunar samkeppnisráðs. Stefnandi byggir á því að sá fyrningarfrestur sé tvö ár með vísan til þess sem að framan greinir.

Þrautavarakrafa stefnanda um verulega lækkingu sektarinnar byggir á nokkrum málsástæðum. Í fyrsta lagi er hún reist á því að sala olíufélaganna til erlendra skipa, sem samkeppnisyfyrvöld hafi talið fela í sér brot á samkeppnislögum, falli utan gildissviðs laganna. Samkvæmt 3. gr. laganna taki þau til samninga, skilmála og athafna sem hafi verið eða sé ætlað að hafa áhrif hér á landi. Þau taki hins vegar ekki til samninga, skilmála og athafna sem aðeins sé ætlað að hafa áhrif utan Íslands. Í greinargerð með frumvarpi til samkeppnislaga komi fram að lögin taki ekki til útflutnings. Sala á olíuvörum til erlendra skipa sé útflutningur í skilningi 121. greinar tollalaga nr. 55/1987 og sé undanþegin virðisaukaskatti skv. 12. gr. laga nr. 50/1988 um virðisaukaskatt. Stefnandi hafi fengið staðfestingu Tollstjórans í Reykjavík á því að þessi sala teljist til útflutnings. Stefnandi telur því ljóst að honum verði ekki gerð refsing á grundvelli samkeppnislaga vegna þess samstarfs sem um sé fjallað í 5. kafla úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Taka beri tillit til þessa og lækka sektarfjárhæð.

Stefnandi byggir þrautavarakröfu einnig á því að ávinningur stefnanda sé ósannaður. Stefnandi bendir á það að heimild samkeppnisráðs til þess að leggja sektir á fyrirtæki, sem hafi brotið gegn bannákvæðum samkeppnislaga, hafi verið að finna í 2. mgr. 52. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt ákvæðinu, eins og það hafi verið orðað í frumtexta samkeppnislaga frá 1993, hafi við ákvörðun sekta borið að taka tillit til þess skaða sem samkeppnishömlur hefðu valdið og ávinnings sem þær hefðu haft í för með sér. Heimild til þess að veltutengja sektir hafi verið háð því að sannanlegur ábati fyrirtækis af broti gegn samkeppnisreglum hafi numið hærri fjárhæð en 40 milljónum króna. Ákvæðinu hafi verið breytt umtalsvert með lögum nr. 107/2000 sem hafi tekið gildi 6. desember árið 2000. Eftir breytinguna hafi það ekki lengur verið skilyrði veltutengingar að fyrirtæki hefði sannanlega haft ávinning af broti gegn samkeppnislögum. Jafnframt hafi verið tekin út tilvísun til þess að líta bæri til þess skaða sem samkeppnishömlur hefðu valdið og ávinnings sem þær hefðu haft í för með sér.

Stefnandi bendir á að í ákvörðun samkeppnisráðs og úrskurði áfrýjunarnefndar sé lagt til grundvallar að líta verði á meint brot olíufélaganna gegn samkeppnislögum sem eitt samfellt brot. Í ákvörðun samkeppnisráðs hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að beita bæri nýrri reglunni fyrir allt tímabilið, þ.e. þeirri sem hafi verið meira íþyngjandi fyrir félögin og einungis gilt 11% tímabilsins. Eftir sem áður hafi í ákvörðun samkeppnisráðs verið gerð tilraun til

Þess að færa sönnur á ávinning stefnanda af samráðinu. Áfrýjunarnefnd hafi hins vegar talið að af meginreglu stjórnisýslu- og refsiréttar um beitingu íþyngjandi viðurlaga leiddi að beita ætti ákvæði 52. gr. samkeppnislaga eins og það hafi verið fyrir breytingu með lögum nr. 107/2000. Það sé í samræmi við kröfur stefnanda í málinu og bann stjórnarskrárinnar við afturvirkni refsheimilda.

Stefnandi tekur fram að ekkert fordæmi sé í íslenskri lagaframkvæmd um að sekt vegna brots gegn samkeppnislögum hafi verið ákveðin með veltutengingu á grundvelli þess að ábati hafi verið sannaður af samkeppnislaga broti. Aðferðir Samkeppnisstofnunar, samkeppnisráðs og áfrýjunarnefndar samkeppnismála við að meta meintan ábata af ætluðu samráði styðjist því hvorki við dómafordæmi né skráða réttarreglu.

Stefnandi telur að augljósir ágallar hafi verið á þeirri aðferð sem Samkeppnisstofnun hafi beitt, þar sem ávinningur hins ólögmæta samstarfs hafi verið metinn með því að líta til áhrifa þess á þróun einingaframlegðar á tímabilinu 1998 til 2001 samanborið við meðaltal árána 1995 til 1997. Stefnandi hafi meðal annars bent á það að á fyrrnefnda tímabilinu hefði verið samfellt hagvaxtarskeið með aukinni kröfu í rekstri fyrirtækja um arðsemi eigin fjár og hækkun launa. Hækkun framlegðar milli tímabilanna hafi því verið almenn regla sem leitt hafi af markaðsaðstæðum án þess að samráð hafi þar komið við sögu. Þá hafi verið á það bent að með framsetningu sinni á gögnum og atvikum málsins ætluðu samkeppnisyfirvöld olúfélögunum mun meiri samvinnu á fyrri hluta þess tímabils sem hafi verið til rannsóknar (1993-1997) en hún hafi verið á síðustu árum tímabilsins (1998-2001). Framlegðarútreikningar Samkeppnisstofnunar á fljóttandi eldsneyti hafi hins vegar sýnt lægri framlegð hjá stefnanda þann hluta tímabilsins sem samvinnan hafi verið meiri, en hærri framlegð eftir að samvinna félaganna minnkaði. Forsenda um að framlegðaraukning hafi stafað af samráði sé því að mati stefnanda röng þegar af þessari ástæðu.

Eins og rakið hafi verið hafi samkeppnisráð borið saman önnur tímabil við útreikning á ætluðum ávinningi olúfélaganna. Framlegð árána 1993 til 1995 hafi þar verið borin saman við framlegð árána 1996 til 2001. Engar skynsamlegar skýringar séu gefnar á þessum breyttu vinnubrögðum að mati stefnanda. Telur stefnandi nærtækast að líta svo á að ráðið kjósi að hagræða forsendum útreikninga sinna til þess að vega upp á móti áhrifum þess að villur hafi verið í ávinningsútreikningum Samkeppnisstofnunar. Með því móti hafi enn mátt halda því á lofti að glannalegar ályktanir Samkeppnisstofnunar um ávinning olúfélaganna af ólögumtæu samráði hafi verið á sjöunda milljarð króna.

Í stefnu er síðan vikið að umfjöllun í greinargerð hagfræðinganna Tryggva Þórs Herbertssonar og Jóns Þórs Sturlusonar og viðbrögð samkeppnisráðs og áfrýjunarnefndar samkeppnismála við rökstuddri gagnrýni þeirra á aðferðir Samkeppnisstofnunar við að meta ávinning olúfélaganna af verðsamráði. Kemur þar fram að í skýrslu sérfræðinganna hafi m.a. verið gagnrýnt að stofnunin hafi ekki tekið tillit til þess að á hverjum tíma séu margir þættir sem hafi áhrif á verð, kostnað og framlegð fyrirtækja, þættir eins og heimsmarkaðsverð, arðsemiskrafa, þróun gengis, almennt efnahagsástand, næmi neytenda fyrir verðbreytingum o.s.frv. Hafi meginniðurstaða þeirra verið sú að það mat Samkeppnisstofnunar að stefnandi hafi haft ávinning að fjárhæð 1.821 milljón króna á verðlagi ársins 2001 af samráði væri algerlega órökstutt og að líkur væru á því að sú framlegðaraukning ætti sér

aðrar og eðlilegar skýringar eins og rakið sé í skýrslunni.

Stefnandi telur að afstaða samkeppnisráðs til sérfræðiálitsins hafi einkennst af útúrslunum eða hreinu skilningsleysi á niðurstöðum sérfræðinganna, eins og nánar er fjallað um í stefnu. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi síðan í meginatriðum fallist á þá aðferðarfræði sem samkeppnisráð hafi beitt við mat á ætluðum ávinningi olíufélaganna. Nefndin hafi þó viðurkennt að ýmis vafatilvik gætu komið upp við samanburð af þessu tagi. Hún hafi þó hafnað flestum sjónarmiðum olíufélaganna en erfitt sé að henda reiður á þeim forsendum sem legið hafi til grundvallar þeirri afstöðu. Nefndin hafi hins vegar víða í forsendum sínum vísað til þess að það gefi eitt og sér vísbendingu um að ávinningur hafi orðið af samráði félaganna að þau hafi gerst sek um umfangsmikið samráð. Þá noti nefndin það sem viðbótarrök að gert sé ráð fyrir því í 52. gr. samkeppnislaga að ávinningur geti orðið af ólögættu samráði.

Stefnandi áréttar af þessu tilefni að það sé grundvallarregla að samkeppnisyfirvöld verði að sanna með ótvíráðum hætti að ávinningur hafi hlotist af ætluðu samráði. Gera verði ríkar kröfur til samkeppnisyfirvalda í þessum efnum enda um einstaklega íþyngjandi viðurlög að ræða. Jafnvel þótt talið yrði sannað að stefnandi hafi brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga þá leiði ekki af því að ávinningur hafi hlotist af brotunum. Stefnandi telur að í röksemdafærslu áfrýjunarnefndar felist veruleg tilslökun á sönnunarkröfum sem ekki fái staðist.

Stefnandi tekur fram að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi að hluta tekið undir gagnrýni olíufélaganna á aðferðarfræði samkeppnisráðs. Þannig hafi áfrýjunarnefndin talið að taka bæri tillit til þess að samfelldur og meiri hagvöxtur hafi verið á síðara viðmiðunartímabilinu en á því fyrra. Þá hafi nefndin talið að taka bæri tillit til gengistaps og að launavísitala hafi hækkað verið umtalsvert meira á viðmiðunartímabilinu en neysluvísitala. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar sé þó ekki gerð grein fyrir því hvernig þessir þættir hafi hver um sig áhrif við ákvörðun sekta.

Stefnandi telur að ráðandi viðmið hjá áfrýjunarnefndinni við ákvörðun sekta hafi sýnilega verið áætlaður ávinningur olíufélaganna af ætluðu samráði. Þessi nálgun hafi verið í samræmi við kröfur stefnanda fyrir áfrýjunarnefnd. Stefnandi telur að ef sannað þykir að olíufélögin hafi hagnast á meintu samráði þá leiði af orðalagi 52. gr. samkeppnislaga að fjárhæð sekta eigi að taka mið af umræddum ávinningi. Stefnandi telur hins vegar að útreikningar á ávinningi standist engan veginn skoðun.

Stefnandi bendir jafnframt á að í úrskurði áfrýjunarnefndar séu veltutölur ársins 2003 lagðar til grundvallar, þ.e. árið áður en samkeppnisráð hafi tekið ákvörðun í málinu. Stefnandi mótmælir þessari nálgun og telur að skýra beri tilvísun 52. gr. samkeppnislaga til veltu síðasta almanaksárs þannig að átt sé við veltu síðasta heila almanaksárs sem rannsókn tók til þar sem brot teljist sönnuð. Engin skynsamleg rök geti staðið til þess að ákveða sektir með viðmiðun við tímabil þar sem engin brot séu sönnuð og þar sem engin rannsókn hafi átt sér stað. Samkvæmt því hefði áfrýjunarnefnd borið að hafa veltutölur ársins 2000 til viðmiðunar við ákvörðun sektarinnar.

Heimildin til veltutengingar sektar sé auk þess bundin við þann hluta starfseminnar sem við eigi, sbr. eldri útgáfu 2. mgr. 52. gr. Því beri að miða við

þann hluta veltu stefnanda árið 2000 sem hafi orðið af sölu á eldsneyti og olíuvörum. Stefnandi telur áfrýjunarnefnd fallast á þessa framsetningu þótt ekki megi sjá neina tölulega meðferð á þessum þætti málsins í úrskurði nefndarinnar.

Þá telur stefnandi ekki eðlilegt að telja hlut opinberra gjalda í eldsneytisverði til veltu félagsins. Augljós rök standi til þess að nota sem sektarstofn einungis þann hluta veltunnar sem eigi rætur að rekja til starfsemi fyrirtækisins. Slíkt megi t.d. rökstyðja með því að sum fyrirtæki, eins og t.d. olíufélög, hafi það hlutverk að innheimta opinber gjöld í starfsemi sinni í ríkari mæli en önnur fyrirtæki. Séu opinberu gjöldin notuð sem stofn til útreiknings sekta leiði slíkt til mismununar milli fyrirtækja.

Stefnandi bendir á að heildarvelta félagsins á árinu 2000 hafi verið 14.214 milljónir króna, þar af 10.971 milljón króna vegna sölu eldsneytis og olíuvara. Af umræddum 10.971 milljón króna hafi 2.706 milljónir króna verið vegna bensíngjalds, flutningsjöfnunargjalds og spilliefnagjalds. Að mati stefnanda hafi velta stefnanda, sem hafi átt að leggja til grundvallar við ákvörðun sekta, því numið 8.265 milljónum króna.

Eins og fyrr segir telur stefnandi að aðferðarfræði samkeppnisyfirvalda við útreikning á ætluðum ávinningi stefnanda af samráði standist engan veginn. Sú aðferð sem notuð hafi verið verði ekki lögð til grundvallar við sönnun þess að einhver ávinningur hafi verið fyrir hendi. Úr þessum ágalla verði ekki bætt undir rekstri málsins fyrir dómstólum. Þá telur stefnandi ljóst að veltutengdum sektum verði ekki beitt á grundvelli einhvers konar líkindareglu, svo sem stefnanda virðist áfrýjunarnefnd hafa gert.

Til stuðnings framangreindu vísar stefnandi í fyrsta lagi til útreikninga KPMG endurskoðunar hf. sem hafi yfirfarið útreikninga stefnanda á þáttum sem hafi stuðlað að aukinni framlegð hjá stefnanda í sölu eldsneytis 1996 til 2001. Niðurstaða KPMG hafi verið að samtala frádráttarliða væri hærri en metinn ávinningur stefnanda af ætluðu samráði. Með öðrum orðum væru fyrir hendi atvik sem skýrðu að fullu framlegðarbreytingu milli samanburðartímabilanna.

Stefnandi vísar enn fremur til fyrirliggjandi matsgerðar Guðmundar Magnússonar prófessors og Heimis Haraldssonar endurskoðanda, sem aflað var undir rekstri fyrra dómsmáls stefnanda vegna úrskurðar áfrýjunarnefndar. Matsmenn hafi þar dregið verulega í efa áreiðanleika svokallaðrar fyrir og eftir aðferðar, eins og henni hafi verið beitt af samkeppnisyfirvöldum við mat á ætluðum ávinningi, enda hafi orðið miklar breytingar á ytri aðstæðum stefnanda á árabílinu 1993 til 2001 sem hafi haft áhrif á verðlagningu og framlegð. Hafi matsmenn talið að þessi aðferðarfræði væri ófullnægjandi til að mæla ætlaðan ávinning og sú forsenda stæðist ekki að mismun á einingaframlegð milli viðmiðunartímabila væri alfarið að rekja til samráðs. Mismuninn mætti rekja til fjölmargra þátta, svo sem fákeppni, hagvaxtar, launaþróunar, gengisþróunar, verðbólgu, vaxta, arðsemiskrafna, hagræðingar í rekstri o.fl.

Stefnandi bendir á að yfirmatsgerð hagfræðinganna Guðrúnar Johnsen og Gylfa Zoëga og Þorsteins Haraldssonar endurskoðanda, dags. 28. september 2008, hafi ekki falið í sér endurskoðun á útreikningum eða niðurstöðum undirmatsmanna, sem alfarið hafi tekið mið af forsendum við útreikninga samkeppnisyfirvalda. Þvert

á móti hafi yfirmatsmönnum verið falið að svara með almennum hætti leiðandi spurningum í yfirmatsbeiðni. Telur stefnandi að matsbeiðnin, eins og hún hafi verið úr garði gerð, rýri verulega gildi yfirmatsgerðarinnar.

Stefnandi telur að viðleitni stefndu til að sýna fram á ætlaðan ávinning stefnanda með öðrum aðferðum en samkeppnisyfírvöld hafi notað við meðferð málsins geti enga þýðingu haft. Stefndu séu bundnir af þeim forsendum sem lagðar hafi verið til grundvallar útreikningum á ávinningi í ákvörðun samkeppnisráðs og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Af þeim sökum sé önnur matsgerð, sem stefndu öfluðu undir rekstri dómsmálsins, matsgerð Guðrúnar Johnsen og Gylfa Zoëga, þar sem gripið sé til samanburðar við eldsneytisverð í Alaska, þýðingarlaus.

Stefnandi telur ljóst af því sem rakið hafi verið hér að framan um útreikning á ætluðum ávinningi af samráði að sú aðferðarfræði sem samkeppnisyfírvöld hafi beitt geti aldrei orðið grundvöllur þess að beitt verði veltutengdum sektum. Sektir geti af þeim sökum að hámarki numið 40 milljónum króna. Jafnvel þótt notast væri við aðferðarfræði samkeppnisyfírvalda við sönnun ætlaðs ávinnings sé ljóst að taka verði tillit til fjölda frádráttarliða. Meintur ávinningur stefnanda sé því sannanlega miklum mun minni en lagt hafi verið til grundvallar í úrskurði áfrýjunarnefndar. Sé horft til orðalags 52. gr. laga nr. 8/1993 og forsendna áfrýjunarnefndarinnar sé ljóst að ætlaður ávinningur hafi verið ráðandi við ákvörðun fjárhæðar sektar. Því beri í öllu falli að lækka verulega þá sekt sem kveðið hafi verið á um í úrskurði áfrýjunarnefndar.

Stefnandi styður þrautavarakröfu sína einnig við það að jafnræðis hafi ekki verið gætt við ákvörðun sekta og brotið hafi verið gegn meðalhófsreglu. Áfrýjunarnefndin hafi komist að þeirri niðurstöðu að Olíufélaginu hf. (Keri hf.) bæri að greiða sekt að fjárhæð 900 milljónir króna, Olíuverzlun Íslands hf. ætti að greiða 700 milljónir króna og stefnandi 450 milljónir króna. Við mat á sektarfjárhæðum hafi einkum verið litið til þess ávinnings sem áfrýjunarnefnd taldi að félögin hefðu haft af ólögsmætu samstarfi. Það sem hér sé til umfjöllunar er sú ákvörðun að mismuna félögunum með því að veita Olíufélaginu hf. 45% afslátt af sektinni og Olíuverzlun Íslands hf. 20% afslátt en stefnandi hafi ekki fengið neinn afslátt.

Stefnandi telur að niðurstaða samkeppnisyfírvalda um að aðstoð stefnanda hafi ekki verið með þeim hætti að ástæða væri til þess að veita afslátt standist ekki fyrir margra hluta sakir. Í fyrsta lagi telur stefnandi með öllu óljóst hvernig og þá að hvaða marki Olíuverzlun Íslands hf. eða Olíufélagið hf. hafi uppfyllt skilyrði reglna nr. 397/2002. Samkvæmt 13. gr. reglnanna sé það forsenda lækkunar sekta að fyrirtæki láti Samkeppnisstofnun í té gögn sem teljist mikilvæg viðbót við þau gögn sem stofnunin hafi þegar í fórum sínum. Tilgangur þessa ákvæðis sé væntanlega að hvetja fyrirtæki til að koma fram með gögn og upplýsingar sem samkeppnisyfírvöld hafa ekki aðgang að. Í þessu máli liggja fyrir að við húsleit Samkeppnisstofnunar hafi veið tekið afrit af öllum tölvutækum gögnum olíufélaganna, þar með talin bókhaldsgögn og allur tölvupóstur. Að auki hafi verið haldlögð skjöl sem flutt hafi verið í bílförum frá félögunum og afrit tekin af þeim hjá Samkeppnisstofnun. Af þeirri ástæðu hafi stefnandi, allt frá setningu umræddra reglna, talið óljóst hvaða gögn hann gæti fært fram sem uppfyllt gætu umrædd skilyrði.

Stefnandi bendir jafnframt á að allt frá því að rannsóknin hófst í desember 2001 og þar til henni hafi lokið með ákvörðun samkeppnisráðs hafi starfsmenn stefnanda svarað skriflega og munnlega fjölmörgum fyrirspurnum stofnunarinnar þar sem óskað hafi verið upplýsinga og afrita fjölmargra gagna. Hafi umtalsverðum tíma starfsmanna og lögmanna félagsins verið varið í að leita gagna og svara spurningum stofnunarinnar. Þá hafi stefnandi ítrekað boðið upp á frekari aðstoð og skýringar á gögnum ef Samkeppnisstofnun teldi þörf á því. Í þessu sambandi bendir stefnandi á það að lögmenn olíufélaganna þriggja hafi allir átt fund með fulltrúum Samkeppnisstofnunar 19. desember 2001 þar sem þeir hafi lýst yfir vilja umbjóðenda þeirra til samstarfs með stofnuninni við að upplýsa málið. Engu máli geti skipt í hvaða formi slíkar yfirlýsingar séu gefnar. Þá vísar stefnandi til þess að aldrei hafi komið til þess að starfsmenn stefnanda gæfu skýrslur hjá Samkeppnisstofnun um síðari hluta rannsóknarinnar þar sem á þeim tíma hafi lögreglurannsókn verið hafin, sbr. fyrri umfjöllun um þýðingu hennar. Á þeim tíma hafi skýrslur hins vegar verið teknar af starfsmönnum Olíuverzlunar Íslands hf. og Olíufélagsins hf. um atvik sem tengdust síðari hluta rannsóknarinnar. Með þessu hafi stefnandi verið sviptur þeim möguleika að veita upplýsingar um meirihluta þeirra tilvika sem til rannsóknar hafi verið vegna atvika sem stefnandi hafi ekki borið neina ábyrgð á.

Stefnandi byggir á því að sá gríðarlegi munur viðurlaga sem afsláttarákvarðanir áfrýjunarnefndarinnar leiði til sé andstæður jafnræðisreglu stjórn-sýslu- og stjórnskipunarréttar. Slík mismunun verði að byggjast á málefnalegum og hlutlægum sjónarmiðum en ekki óljósu mati þess stjórnvalds sem í hlut eigi. Að mati félagsins sé engin leið að réttlæta slíkan mun á viðurlögum með vísan til mismunandi samstarfsvilja félaganna. Stefnandi hafi gert það sem í hans valdi hafi staðið til þess að upplýsa málið með framlagningu gagna og skriflegri og munnlegri upplýsingagjöf til Samkeppnisstofnunar. Þá geri samkeppnisráð alltof mikið úr samstarfsvilja Olíufélagsins og Olís í þeim þætti ákvörðunarinnar sem fjalli um afslætti af sektum, því á fjölmörgum stöðum í frumathugun Samkeppnisstofnunar og ákvörðun samkeppnisráðs sé rakið að skýringar og útlístanir forsvarsmanna þeirra á atvikum málsins séu ótrúverðugar eða beinlínis rangar og ekki í samræmi við gögn málsins.

Stefnandi byggir einnig á því að ekki leiki vafi á því að eftir að Olíufélag Íslands hf. (Ker hf.) hafi orðið stór eigandi í Olíuverzlun Íslands hf. árið 1995 og eftir að náíð samstarf þessara félaga hafi hafist með stofnun Olíudreifingar ehf., hafi samskipti þessara félaga orðið miklu meiri og á allt öðrum forsendum en samstarf þeirra hvors um sig eða saman við stefnanda. Reyndar þurfi ekki mikla rannsókn til þess að komast að slíkri niðurstöðu, þetta leiði af eðli máls. Umfjöllun í ákvörðun samkeppnisráðs um svokallaða „Leyniþjónustu Olíudreifingar ehf.“, sem hafi verið falið að miðla upplýsingum um stefnanda til Olíufélagsins og Olíuverzlunar Íslands, segi meira en mörg orð um þennan þátt málsins.

Stefnandi telur að sá afsláttur sem keppinautum stefnanda hafi verið veittur með úrskurði áfrýjunarnefndar verði ekki af þeim tekinn með dómi. Hins vegar leiði af jafnræðisreglunni að leiðrétta beri það misrétti sem stefnandi hafi verið beittur. Komi til þess að stefnanda verði gert að greiða sektir í þessu máli telur hann því að færa beri þær niður um sama hlutfall og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ákveðið að notast við gagnvart Olíufélaginu hf. Einungis með þeim hætti verði bætt

úr misréttinu.

Stefnandi byggir kröfur sínar um lækkun sekta enn fremur á því að þau viðurlög sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ákveðið séu ekki í nokkru samræmi við úrskurði nefndarinnar í öðrum málum vegna brota gegn sama lagaákvæði. Hæstu sektir sem fyrirtæki hafði verið gert að greiða á grundvelli 52. gr. laga nr. 8/1993 hafi verið 25 milljónir króna í svokölluðu grænmetismáli, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 37/2003. Telur stefnandi viðurlagaákvörðun áfrýjunarnefndar af þessum ástæðum fara í bága við reglur um jafnræði og meðalhóf. Vísast þar einkum til jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar og 11. og 12. greinar stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

Stefnandi rökstyður kröfur sínar á hendur ríkinu með vísan til þess að félagið hafi greitt sektina í ríkissjóð með fyrirvara 2. maí 2005. Stefnandi gerir kröfu um endurgreiðslu þeirrar fjárhæðar. Verði fallist á kröfur stefnanda um ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar eða niðurfellingar sektar sé ljóst að stefnda, íslenska ríkinu, beri samkvæmt almennum reglum kröfuréttar og ólögfestum reglum um endurheimtu ofgreidds fjár að endurgreiða stefnanda umrædda fjárhæð. Verði með dómi í máli þessu talið að stefnanda beri að greiða sekt, lægri fjárhæðar en ákveðin hafi verið í úrskurði áfrýjunarnefndar, krefst stefnandi þess til vara að stefndi, íslenska ríkið, endurgreiði stefnanda mismun þeirrar fjárhæðar sem stefnandi hafi þegar greitt og sektar samkvæmt dómi.

Stefnandi kveður kröfu sína um vexti vera reista á 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Aðalkrafa stefnanda um ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé á því reist að brotið hafi verið gegn grundvallarreglum stjórnarskrár og mannréttindasáttmála Evrópu, auk 10. og 13. gr. stjórnsýslulaga, við meðferð málsins. Verði fallist á þá kröfu stefnanda sé ljóst að ákvörðun samkeppnisráðs og úrskurður áfrýjunarnefndar hafi ekki verið í samræmi við lög. Virða verði það umræddum yfirvöldum til sakar að hafa ekki farið að lögum í starfsemi sinni og við framkvæmd opinbers valds. Þá beri að líta til þess í þessu sambandi að stefnandi hafi vakið máls á umræddum annmörkum meðan á rannsókn málsins hafi staðið og skorað á samkeppnisyfirkönd á öllum stigum málsmeðferðarinnar að virða umrædd réttindi stefnanda. Hvorki samkeppnisráð né áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi orðið við þeim áskorunum og verði a.m.k. að virða þeim það til gáleysis.

Varakrafa stefnanda sé með sama hætti reist á því að málsmeðferðarreglur stjórnsýslulaga hafi verið brotnar og að sektum hafi verið beitt þrátt fyrir að meint brot væru fyrnd samkvæmt reglum almennra hegningarlaga. Verði fallist á varakröfu stefnanda sé því að sama skapi ljóst að niðurstaða áfrýjunarnefndar hafi ekki verið í samræmi við lög. Því eigi sömu sjónarmið og rakin hafi verið hér að framan við um saknæmi og ólögmati þeirrar niðurstöðu nefndarinnar að gera stefnanda að greiða 450 milljóna króna sekt.

Sömu sjónarmið eigi að mati stefnanda við um þrautavarakröfu hans. Hún sé m.a. reist á því að skort hafi lagaheimild til að ákvarða hærri sekt en 40 milljónir króna, sem og að við ákvörðun fjárhæðar sektarinnar hafi ranglega verið lagt til grundvallar að umtalsverður ávinningur hafi orðið af meintu samráði. Þá hafi ekki verið heimilt að leggja veltutölur ársins 2003 til grundvallar við ákvörðun fjárhæðar sektar, auk þess sem brotið hafi verið gegn jafnræðisreglu og meðalhófsreglu við

ákvörðunina. Verði fallist á lækkun sektar á grundvelli einhverra þeirra málsástæðna sem liggi til grundvallar þrautavarakröfu stefnanda sé skilyrðum um saknæmi og ólögmæti sektarákvörðunar áfrýjunarnefndar fullnægt.

Stefnandi vísar til sakarreglunnar og reglna um bótaábyrgð hins opinbera þessu til stuðnings. Stefnandi hafi verið knúinn til greiðslu þeirrar sektar sem kveðið hafi verið á um í úrskurði áfrýjunarnefndar. Greiðsluna hafi stefnandi innt af hendi 2. maí 2005. Verði fallist á endurgreiðslu sektarinnar í heild eða að hluta sé að mati stefnanda ljóst að umræddum fjármunum hafi verið haldið frá stefnanda með ólögmætum og saknæmum hætti. Krafa stefnanda eigi því að bera vexti skv. 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 frá og með þeim degi er sektin hafi verið greidd, þ.e. 2. maí 2005.

Um málskostnaðarkröfu sína vísar stefnandi til 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

2. Málsástæður og lagarök stefndu

Krafa stefndu um að þeir verði sýknaðir af kröfum stefnanda er reist á því að málsmeðferð og niðurstaða úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi verið í samræmi við lög og reglur. Stefndu byggja á því að engir annamarkar hafi verið á meðferð málsins hjá áfrýjunarnefnd samkeppnismála og samkeppnisráði sem leitt geti til ógildingar á úrskurði nefndarinnar. Stefndu mótmæla því öllum málsástæðum 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 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 lögnum. Af dómi Hæstaréttar í máli nr. 92/2007 verði ekki dregin sú ályktun að löggin eða framkvæmd samkeppnisyfirvalda á þeim gagnvart stefnanda hafi brotið gegn ákvæðum stjórnarskrár eða mannréttindasáttamála Evrópu. Þar séu engar athugasemdir gerðar við rannsókn Samkeppnisstofnunar eða ákvörðun samkeppnisráðs.

Stefndi vísar til þess að rannsókn Samkeppnisstofnunar hafi verið reist á fyrirmælum samkeppnislaga, en í þeim hafi Samkeppnisstofnun og samkeppnisráði verið falið að framfylgja banni 10. gr. laganna við ólögmætu samráði fyrirtækja og ákveða aðgerðir gegn samkeppnishamlandi aðgerðum þeirra, sbr. 8. gr. laganna. Í 52. gr. laganna hafi verið kveðið á um að samkeppnisráð legði stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brytu gegn bannákvæðum laganna. Samkvæmt 57. gr. laganna hafi brot gegn þeim varðað fêsektum eða fangelsi allt að tveimur árum en fangelsi allt að fjórum árum ef sakir voru miklar. Þannig hafi verið gert ráð fyrir því að brot gegn lögnum gætu hvort tveggja leitt til stjórnsluviðurlaga

gagnvart brotlegum fyrirtækjum og varðað brotleg fyrirtæki og einstaklinga refsingu í opinberu máli. Hliðstæð ákvæði séu í samkeppnislögum nr. 44/2005 að því frátöldu að aðeins er gert ráð fyrir stjórnsluviðurlögum gagnvart brotlegum fyrirtækjum. Þær breytingar sem hafi verið gerðar á síðastnefndu lögunum með lögum nr. 92/2007 staðfesti fremur en annað að það samræmist framangreindum ákvæðum stjórnarskrár og mannréttindasáttmála Evrópu að fyrirtæki sé gerð stjórnvaldssekt en einstaklingur sæti refsingu fyrir brot á 10. gr. samkeppnislaga.

Stefnandi telur að ekki verði ótvírætt ráðið af málatilbúnaði stefnanda í hverju brot gegn rétti hans samkvæmt 70. gr. stjórnarskrárinnar og 6. og 7. gr. mannréttindasáttmála Evrópu hafi falist. Verði málsástæða stefnanda helst skilin þannig að brotið hafi verið gegn ætluðum rétti stefnanda til að fella ekki á sig sök við meðferð stjórnslumálsins. Stefndi mótmælir því að stefnandi njóti slíks réttar. Verði ekki á það fallist mótmælir stefndi því að brotið hafi verið gegn slíkum rétti stefnanda. Enda þótt stjórnsluviðurlög teljist ekki til refsinga í íslenskum rétti sé litið svo á að stjórnvaldssekt fyrir brot gegn samkeppnislögum feli í sér viðurlög við refsiverðu broti í skilningi 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. dóm Mannréttindadómstóls Evrópu 27. september 2011 í máli nr. 43509/08, Menarini gegn Ítalíu. Þeim sem borinn sé sökum um refsivert brot í skilningi 1. mgr. 6. gr. sé því óskyldt 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. Mannréttinda dómstóll 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 samkeppnisyfírvöld 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 samkeppnisyfírvöld 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 vísar jafnframt til þess að í 1. mgr. 4. gr. viðauka nr. 7 við mannréttindasáttmála Evrópu sé í íslenskri þýðingu kveðið á um að enginn skuli sæta lögsókn né refsingu að nýju í sakamáli innan lögsögu sama ríkis fyrir brot sem hann hafi þegar verið sýknaður af eða sakfelldur fyrir með lokadómi samkvæmt lögum og sakamálaréttarfari viðkomandi ríkis.

Samkeppnislögum hafi á þessum tíma gert ráð fyrir að samkeppnisráð legði stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brytu gegn bannákvæðum lagana sem og að dómstólar gætu dæmt fyrirtæki til fésektar fyrir slík brot að undangenginni rannsókn lögreglu og útgáfu ákæru. Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 92/2007 sé hvergi vikið að því að samhliða rannsókn Samkeppnisstofnunar og lögreglu brjóti í bága

við rétt félaganna, þ. á m. stefnanda, samkvæmt stjórnarskrá eða mannréttinda sáttmála Evrópu. Í samræmi við það sé í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 52/2007 bent á að bann 1. mgr. 4. gr. viðauka nr. 7 við mannréttindasáttmála Evrópu komi ekki í veg fyrir „að mál sæti á sama tíma málsmeðferð á tveimur eða fleiri stigum (samhliða málsmeðferð)“.

Hvað sem framansögðu líður telur stefndi ekki unnt að horfa fram hjá því að opinbert mál hafi ekki verið höfðað á hendur félögunum. Bann 1. mgr. 4. gr. viðauka nr. 7 við mannréttindasáttmála Evrópu eigi ekki við nema viðkomandi hafi verið sýknaður eða sakfelldur með lokadómi. Samkvæmt því sé ekki um að ræða bann við samhliða málsmeðferð heldur nýrri málsmeðferð gagnvart sama aðila í þeim tilvikum sem lokadómur á hendur honum liggi fyrir, sbr. dóm Mannréttinda dómstóls Evrópu 10. febrúar 2009 í máli 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.

Stefnandi bendir enn fremur á að rannsókn Samkeppnisstofnunar hafi verið nauðsynleg til til að komast að niðurstöðu um hvort olíufélögin 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 byggir einnig á því 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 stjórnslu viðurlögum en starfsmenn hans refsiviðurlögum. Af dómi Hæstaréttar í máli nr. 92/2007 megi ráða að í sakamáli, sem höfðað sé á hendur starfsmanni, geti verið takmarkanir á því að byggja megi á upplýsingum sem starfsmaðurinn hafi veitt stjórnvaldi sem rannsaki brot lögaðilans. Slíkar takmarkanir breyti því hins vegar ekki að lögaðilinn beri sjálfur ábyrgð á því hvort hann nýti rétt sinn til þess að tjá sig um efni stjórnslumálsins. Þannig verði hann að bera hallann af því ef starfs menn 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 stjórnslumáls 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. stjórnslulaga 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 enn þá vanreifaða af hálfu stefnanda.

Hvað sem framansögðu líður mótmælir stefndi því að stefnandi hafi ekki átt þess kost að tjá sig um efni málsins vegna rannsóknar lögreglu. Að beiðni stefnanda sjálfs hafi starfsmenn stefnanda fjallað um og veitt af fúsum og frjálsum vilja upplýsingar um ýmis atvik og sönnunargögn á fundum hjá Samkeppnisstofnun. Þessi upplýsingagjöf hafi farið fram í viðurvist lögmanna 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. Við það bætist að stefnandi hafi tjáð sig um „fjölda tilvika“ fyrir samkeppnisráði og áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Þrátt fyrir fullyrðingar um annað treysti stefnandi sér jafnframt til þess að leggja fram ítarlegt dómskjal þar sem hann fjallaði um enn fleiri atvik málsins í máli því sem hann höfðaði á hendur stefndu á árinu 2006. Umrætt skjal sé hins vegar ekki lagt fram í þessu máli. Af því verði ekki dregin önnur ályktun en að hann hafi komið að öllum sjónarmiðum sínum í málinu. Af framangreindu leiði að sú aðstaða sem stefnandi vísi til geti ekki leitt til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Stefndi bendir einnig á að eftir að rannsókn lögreglu hófst hafi stefnandi haldið áfram að halda því fram að hann hefði vilja og getu til þess að veita upplýsingar um málið. Vísar stefndi þar til tiltekinna ummæla í kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Stefndi kveður málsástæður stefnanda um brot á andmælaréttum ekki samrýmast þessum yfirlýsingum. Þá vísar stefndi til þess að rannsókn lögreglu hafi verið lokið á árinu 2006 og sakamálinu á hendur forstjóra stefnanda hafi verið vísað frá dómi í ársbyrjun 2007. Miðað við málalíbúnað stefnanda hafi eftir þetta tímamark engin vandkvæði verið fyrir hann að afla upplýsinga frá starfsmönnum sínum og benda á mikilvæg efnisatriði sem hann hafi ekki getað komið að fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála eða samkeppnisráði. Haldlaust sé fyrir hann að vísa til þess að langt sé um liðið frá því að brot hans áttu sér stað.

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 fari því ekki gegn grundvallarréttindum sé aðili í þeirri stöðu að þurfa að ákveða hvort það þjóni hagsmunum hans að tjá sig í stjórnsýslumáli 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 stefnandi byggði yfir gögnum um einingaframlegð sína á árunum 1993 til 1995 öndvert við það sem félagið hafði áður upplýst. Það hafi fyrst verið eftir að Samkeppnisstofnun hafi verið komin með þær upplýsingar í hendur að unnt hafi verið að bera saman þróun einingaframlegðar olíufélaganna á árunum 1993 til 1995 samanborið við árin 1996 til 2001.

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

Stefndi vísar jafnframt til þess að til grundvallar niðurstöðu samkeppnisráðs hafi legið sömu gögn og stefnandi hafi haft undir höndum. Stefnandi hafi átt þess kost að tjá sig um gögnin auk þess sem aðferðafræði við útreikningana hafi verið sambærileg og í frumathugun Samkeppnisstofnunar. Þá hafi hann tjáð sig um útreikningana fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála. Stefnandi hafi ekki bent á nein atriði sem hann hafi ekki átt kost á að koma á framfæri vegna þessa. Þessi málsástæða hans sé því vanreifud. Auk þess vísar stefndi til þess að breytingin á viðmiðunartímabilinu hafi verið málefnaleg og í samræmi við kröfur stjórnsýsluréttar 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 málsástæðum stefnanda er lúta að því að málið hafi ekki verið rannsakað nægjanlega. Ítarleg og vönduð rannsókn hafi legið til grundvallar ákvörðun samkeppnisráðs og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Enda þótt stefnandi sé ósammála niðurstöðu nefndarinnar leiði það ekki til þess að rannsókn málsins hafi verið ófullnægjandi. Stefndi hafnar því að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi átt að nota upplýsingar úr rekstri olíufélaganna á árunum 2002 til 2004 til að leiða í ljós áhrif samráðsins í stað þess að styðjast við framlegð árána 1993 til 1995. 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 samfelld brot hafi verið að ræða hafi sami fyrningarfrestur gilt um allt brotið. Samfelldu broti stefnanda hafi í fyrsta lagi lokið við húsleit Samkeppnisstofnunar á starfsstöð stefnanda 18. desember 2001. Fyrningarfrestur brotsins hafi því fyrst byrjað að líða þann dag, sbr. 4. mgr. 82. gr. laganna. Með vísan til framangreinds byggir stefndi á því að fyrning hafi ekki staðið í vegi fyrir sektarákvörðun samkeppnisráðs 28. október 2004. Þá mótmælir stefndi því að tveggja ára fyrningarfrestur samkvæmt 1. mgr. 81. gr. almennra hegningarlaga hafi gilt um brot stefnanda, enda hafi verið kveðið á um fimm ára fyrningarfrest vegna refsíabýrgðar lögaðila á þeim tíma sem samfelldu broti stefnanda hafi lokið.

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

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

Stefndi mótmælir þrautavarakröfu stefnanda um lækkingu sekta. Hann vísar til þess að í úrskurði áfrýjunarnefndar séu á bls. 242-253 ítarlega rakin þau sjónarmið sem liggja að baki ákvörðun sektarinnar sem lögð hafi verið á stefnanda, sbr. einnig bls. 798-958 í ákvörðun samkeppnisráðs. Mat á fjárhæð sektarinnar hafi verið reist á lögmatum og málefnalegum sjónarmiðum. Háttsemi stefnanda hafi falið í sér mjög alvarleg brot gegn 10. gr. samkeppnislaga. Brotin hafi staðið yfir samfellt í níu ár og varðað umfangsmikil viðskipti með nauðsynjavörur. Brotin hafi verið skipulögð og hafi æðstu stjórnendur stefnanda átt þátt í þeim. Þá hafi verið um ein beittan ásetning að ræða og reynt hafi verið að hylma yfir brotin. Brotin hafi að verulegu leyti komið til framkvæmda og með því haft skaðleg áhrif á markaðinn þar sem félögin höfðu samanlagt nær 100% markaðshlutdeild. Þá hafi stefnandi haft verulegan ávinning af brotunum. Byggir stefndi á því að sekt stefnanda að fjárhæð 450 milljónir króna hafi því verið í hóf stillt.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Stefndi vísar til þess að stefnandi telji að ekki sé unnt að beita sektum yfir 40 milljónum króna þar sem aðferðafræði samkeppnisyfirvalda við mat á ætluðum ávinningi stefnanda geti aldrei orðið grundvöllur þess að beitt verði „veltutengdum sektum“. Stefndi bendir á í þessu sambandi að sekt stefnanda hafi ekki verið „veltutengd“ enda þótt sektarhámark hafi numið 10% af veltu hans.

Stefndi tekur fram að með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi sektir félaganna verið ákvarðaðar langt undir mati nefndarinnar á varfærnislega metnum ávinningi þeirra af brotunum. Í tilviki stefnanda hafi þessi ávinningur numið 1.654 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.

Í tilefni af röksemdum stefnanda er lúti að því að með veltu síðasta almanaksárs samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga sé átt við síðasta heila almanaksár sem rannsókn hafi tekið til þar sem brot teljist sönnuð, tekur stefndi fram 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 því að skýrslur og matsgerðir, sem stefnandi vísi til í málalíbúnaði sínum til stuðnings því að mat samkeppnisyfirvalda á ávinningi stefnanda geti ekki verið grundvöllur „veltutengdra sekta“, leiði í ljós að félögin hafi ekki haft ávinning af hinu ólögmeta samráði. Hvað sem því líður byggir stefndi á því að mat áfrýjunarnefndar samkeppnismála á ávinningi stefnanda sé reist á traustum grunni.

Þessu 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 ólögmeats samráðs olúfélaganna í nánar tilgreindum útboðum stórra

viðskiptavina á árinu 1996, eins og nánar sé rakið í úrskurði áfrýjunarnefndar. Þá hafi félögin gert með sér samkomulag um að ræða saman í öllum útboðum til ársins 2001. Tilgangur þessa samráðs hafi verið að verjast auknum kröfum stærri viðskiptavina um afslátt og „verja framlegðina“.

Í öðru lagi hafi félögin sammælt á árinu 1996 um nýja aðferð til þess að viðhafa samráð um verð á eldsneyti sem hafi falist í því að Ker hf. yrði verðleiðandi, eins og nánar sé lýst í ákvörðun samkeppnisráðs og úrskurðarnefndar samkeppnismála. Með þessu hafi félögin komið sér saman um samráðsaðferð sem hafi gert þeim kleift að ná sem mestu út úr markaðsgerð fákeppninnar. Olíumarkaðurinn sé skólabókardæmi um markað þar sem árangursríkt sé fyrir fyrirtæki í 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 olíumarkaðnum hafi verið kjörlendi fyrir árangursríkt samráð um verð og skiptingu markaða, eins og fyrirliggjandi matsgerðir bendi á. Þegar framangreindar staðreyndir um samráð félaganna og þann markað sem þau hafi starfað á séu virtar blasi við að staðhæfingar stefnanda um að hann hafi ekki haft ávinning af samráðinu séu rangar. Þá sýni þetta að eðlilegt sé að nota þróun framlegðar sem mælikvarða á ólögmætan ávinning félaganna.

Vegna málatilbúnaðar stefnanda um þetta atriði leggur stefndi áherslu á nokkur atriði. Af hans hálfu er á því byggt að niðurstöður í skýrslu KPMG hf. um neikvæðan ávinning stefnanda af samráðinu eigi ekki við nein rök að styðjast. Sama eigi við um niðurstöður matsgerðar Ólafs Ísleifssonar og Þorsteins Haraldssonar. Nægilegt sé að líta til þess að félögin hafi skipt á milli sín þeirri framlegð sem hafi verið til komin vegna samráðs í útboðum og vísar stefndi um það meðal annars til umfjöllunar í ákvörðun samkeppnisráðs og umfjöllunar um möguleikann á samráði án ávinnings í matsgerð Guðrúnar Johnsen og Gylfa Zoëga.

Varðandi sönnunargildi matsgerðar Ólafs Ísleifssonar og Þorsteins Haraldssonar tekur stefndi 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 samráðsfyriertækja af ólögsmætu samráði. Í þessu sambandi vísar stefndi jafnframt til álitsgerðar dr. Friðriks Más 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 ólögsmæta 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. Ekki sé rétt að tala um sérstaka „frádráttarliði“ í því sambandi líkt og stefnandi geri í stefnu.

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 ólögsmæta 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 hf. gegn Sigurði Hreinssyni og gagnsök, og 6. maí 2010 í máli nr. 244/2009, Skeljungur o.fl. gegn Vestmannaeyjabæ og gagnsök.

Í greinargerð stefnda er fjallað um þessa dóma og lagt út af þeim. Í stuttu máli þá telur hann að draga megi þá ályktun af dómi Hæstaréttar í máli nr. 309/2007, þar sem leyst hafi verið úr skaðabótakröfu einstaklings sem hafi keypt bensín af Keri

hf., að ávinningur félagsins af samráðinu af sölu á bensíni hafi numið 1,18 krónum á hvern bensínlítra. Miðað við að heildarmagn Kers hf. af seldum bensínlítum 1996 til 2001 hafi verið 437,7 milljónir lítra næmi heildarávinningur félagsins í þessum viðskiptum samtals u.þ.b. 512,9 milljónum króna.

Stefndi vikur einnig að dómum Hæstaréttar 7. febrúar 2008 í málum nr. 142/2007 og 143/2007 þar sem fjallað var um skaðabótakröfur svonefndra stór notenda. Vísað er til forsendna í dómunum þar sem bent er á að stefnandi, Skeljungur hf., hafi skuldbundið sig til þess að greiða hinum olíufélögum tilgreindar fjárhæðir. Var þar talið að þessar fjárhæðir sýndu að lágmarki hvaða hag olíufélögin hefðu talið sig hafa af því að hafa samráð um viðskiptin í stað þess að keppa um þau. Ekki væri ástæða til annars en að ætla að tilboð, sem gefið hefði verið án slíks samráðs, hefði orðið lægra en hagstæðasta boðið sem þar hafi fengist um að minnsta kosti þrefalda fjárhæðina sem stefnandi tók á þennan hátt að sér að greiða hvorum hinna. Varð það niðurstaða réttarins að ávinningur félaganna hafi numið 5,91 krónu af hverjum seldum 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 ólögmeta samráði. Engir dómur liggja fyrir um ávinning félaganna af sölu á svartolíu og flugvélaeldsneyti. Engin ástæða sé þó til að ætla annað en að félögin hafi haft sambærilegan ávinning af ólögmetu samráði um verðlagningu þeirra elds neytistegunda eins og þau hafi haft af sölu á bensíni og gasolíu.

Stefndi hafnar því að skylt hafi verið að lækka álagðar sektir á stefnanda á grundvelli jafnræðis. Í því sambandi vísar stefndi til þess að samkvæmt reglum samkeppnisráðs um atvik sem leitt geti til niðurfellingar sekta eða ákvarðana um að lækka sektir í málum er varði ólögmett samráð fyrirtækja nr. 397/2002, sbr. nú reglur nr. 890/2005, geti samkeppnisyfirvöld lækkað sektir hjá fyrirtækjum, sem hafi átt þátt í ólögmetu samráði, ef það hefur látið henni í té sönnunargögn sem að mati Samkeppnisstofnunar eru talin mikilvæg viðbót við þau sönnunargögn sem stofnunin hafi þegar haft í förum sínum. Mælt hafi verið fyrir um skilyrði og reglur fyrir lækkun sekta á þessum grundvelli í II. kafla reglnanna. Samkvæmt reglunum hafi lækkun sekta verið bundin við það að fyrirtæki léti af hendi sönnunargögn sem væru mikilvæg viðbót við þau sönnunargögn sem lögju fyrir í málinu. Upplýsingaöflun sem fram fari á grundvelli skyldu 39. gr. samkeppnislaga falli ekki undir slíka samvinnu og geti ekki réttlætt lækkun sekta.

Stefndi bendir á að í ákvörðun samkeppnisráðs sé á bls. 938-958 að finna ítarlega umfjöllun um framlag hvers félaganna til að upplýsa málið og rökstuðning samkeppnisráðs fyrir því að veita afslátt frá sektum. Afsláttur sem hafi verið veittur Keri hf. og Olíuverzlun Íslands hf. 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 stefnanda

gæfi ekki tilefni til þess að lækka sektir hans. Stefndi telur að sá afsláttur sem veittur hafi verið Keri hf. og Oluverzlun Íslands hf. hafi byggst á málefnalegum og skýrum reglum.

Stefndi mótmælir því að mismunandi fjárhæðir sekta geti eingöngu helgast af því að hlutur þeirra í samráðinu hafi verið mismikill. Stefndi vísar til þess að reglur nr. 397/2002 geri ráð fyrir mismunandi lækkun sekta eftir því hvenær fyrirtæki óski eftir samvinnu og hvað felist í henni. Til viðbótar megi benda 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.

Stefndi mótmælir enn fremur málsástæðu fyrir þrautavarakröfu stefnanda þess efnis að sektarfjárhæðin sé ekki í samræmi við úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í öðru máli, þ.e. í máli Sölufélags garðyrkjumanna svf. o.fl., sbr. dóm Hæstaréttar 30. október 2003 í máli nr. 37/2003. Stefndi vísar til þess að samkeppnismál séu í eðli sínu flókin og mjög ólík innbyrðis. Sektir í málunum byggist á heildarmati á fjölmörgum sjónarmið sem horfi ólíkt við eftir atvikum og aðstæðum í hverju máli fyrir sig. Mál stefnanda og það mál sem stefnandi vísi til séu ekki sambærileg.

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.

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 liggi 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 ólögmæta 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 450 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 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 fjölbættri samvinnu stefnanda á árunum 1993 til 2001 við tvö önnur olíufélög, Ker hf. (áður Olíufélagið hf.) og Olíuverzlun Íslands 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 olíufélögnum, 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 450 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 samkeppnisyfirvöldum hafi verið óheimilt að halda áfram rannsókn sinni á ætluðu samráði olíufélaganna eftir að ríkislögreglustjóri hóf lögreglurannsókn á sömu atriðum haustið 2003. Rök stefnanda fyrir þessari ályktun virðist byggjast öðrum þræði á fyrimælum 1. mgr. 4. gr. 7. samningsviðauka við mannréttindasáttmála Evrópu. Þar er kveðið á um að enginn skuli sæta lögsókn eða refsingu að nýju í sakamáli innan lögsögu sama ríkis fyrir brot sem hann hefur þegar verið sýknaður af eða sakfelldur fyrir með lokadómi samkvæmt lögum og sakamálaréttarfari viðkomandi ríkis.

Ekki verður séð að fyrrgreind regla mannréttindasáttmálans komi í veg fyrir að mál, sem kann að leiða til sakfellingar fyrir refsiverða háttsemi, sé til rannsóknar hjá tveimur stjórnvöldum á sama tíma. Stefnandi, sem var um hríð til rannsóknar hjá ríkislögreglustjóra sem sakborningur, hafði hvorki verið ákærður né sakfelldur fyrir brot á 10. gr. samkeppnislaga þegar samkeppnisyfirvöld tóku ákvörðun í

málinu. Sakamál var raunar aldrei höfðað gegn stefnanda, einungis gegn forstjórum olíufélaganna. Það var lögmalet hlutverk samkeppnisráðs að leggja á stjórnvaldssektir samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga fyrir brot á 10. gr. laganna og bar Samkeppnisstofnun að rannsaka slík mál og leggja þau fyrir ráðið að rannsókn lokinni. Með vísan til þess sem hér hefur verið rakið verður ekki á það fallist að fyrrgreint ákvæði mannréttindasáttmálans hafi verið því til fyrirstöðu að samkeppnisyfirvöld héldu áfram rannsókn sinni á samstarfi olíufélaganna eftir að rannsókn ríkislögreglustjóra hófst.

Stefnandi reisir fyrrgreinda ályktun einnig á því að sektarákvörðun samkeppnisyfirvalda verði ekki reist á málsmeðferð sem byggist á rannsókn þar sem stefnandi hafi veitt Samkeppnisstofnun ýmsar upplýsingar en fellt á sama tíma á sig sök við lögreglurannsókn sem hafi hafist eftir að þessar upplýsingar höfðu verið veittar. Þessu til stuðnings skírskotar stefnandi meðal annars til niðurstöðu í dómi Hæstaréttar Íslands frá 16. mars 2007 í máli nr. 92/2007, þar sem ákæru á hendur forstjórum olíufélaganna var vísað frá dómi. Í framangreindum hæstaréttardómi var komist að þeirri niðurstöðu að það fyrirkomulag, sem leiddi af þágildandi samkeppnislögum, hafi ekki verið nægilega skýrt ef tilefni þætti til sakamálarannsóknar vegna gruns um brot á lögnum samhliða rannsókn samkeppnisyfirvalda. Þar var einkum skírskotað til þeirrar stöðu sem ákærðu voru í, þar sem þeir hefðu tekið þátt í viðræðum og samningum við Samkeppnisstofnun og veitt stofnuninni ýmsar upplýsingar, en á sama tíma fellt á sig sök með því að málið var síðar tekið til refsimeðferðar. Með vísan til þessa þótti ekki nægjanlega fram komið að forstjórnir 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 hlaut 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 stjórnýslumeðferðar. 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 ólögmaetum 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 samkeppnisyrvalda 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 samkeppnisyrvöldum. 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 torvelda honum að nýta sér andmælarétt sinn, með því að veita rýmri frest en ella til að tjá sig. Við þær aðstæður ber þó að taka mið af þeirri skyldu, sem hvílir á stjórnvöldum samkvæmt 9. gr. stjórnarsýslulaga, að taka ákvarðanir svo fljótt sem unnt er.

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

Dómurinn telur að með þessu hafi Samkeppnisstofnun og samkeppnisráð gert það sem í þeirra valdi stóð til þess að gefa stefnanda færi á því að tjá sig um efni málsins áður en ákvörðun samkeppnisráðs var tekin. Stefnandi hefur aftur á móti ekki útskýrt hvernig upplýsingar, sem starfsmenn hans bjuggu yfir, og gátu varpað sök á þá eða félagið við lögreglurannsóknina, hafi verið stefnanda nauðsynlegar til þess að andmæla málavöxtum eins og Samkeppnisstofnun lýsti þeim. Verður í því efni að áréttta fyrrgreindan megintilgang 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 andmælu sínum 4. maí 2004. Þar vísaði hann meðal annars til gagnrýni sem fram kom í álitsgerð 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 olíufélögum var tjáð að þessar nýju upplýsingar lægju fyrir og hvers efnis þær voru. Fyrrgreind breyting hafði þó ekki teljandi áhrif á niðurstöðu um ávinning olíufélaganna í heild. Taldi samkeppnisráð þannig að þessi ávinningur, sem rakinn var til hins 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 samkeppnisyfivalda, þar sem mælt er

fyrir um að taka skuli saman sérstakar greinargerðir sem nefnast frumathuganir í nánar tilgreindum samkeppnismálum. Í ákvæðinu kemur fram að í þessari greinargerð skuli helstu atvikum málsins lýst, auk þess sem greint skuli frá grundvelli þess í aðalatriðum að tilteknaðstæður eða háttsemi kunni að fara gegn ákvæðum samkeppnislaga. Sérstaklega er tekið fram að í frumathugun sé ekki nauðsynlegt að fram komi tæmandi lýsing á atvikum málsins eða sjónarmiðum samkeppnisyfirvalda. Þá segir í ákvæðinu að tilgangur frumathugunar sé að stuðla að því að málið sé að fullu upplýst áður en ákvörðun er tekin og að auðvelda málsaðila að nýta sér andmælarétt sinn.

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

Stefnandi reisir kröfu sína um ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar einnig á því að rannsókn samkeppnisyfirvalda hafi verið ábótavant í málinu. Vísar stefnandi þar til 10. gr. stjórnarsýslulaga 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 samkeppnisyfirvalda. 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 samkeppnisyfirvalda. 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 samkeppnisyfirvalda, 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 fyrir mælum 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 telur að þetta ákvæði taki ekki til brota stefnanda þar sem langflest samráðstilvikin áttu sér stað fyrir gildistöku laga nr. 39/2000. Stefndi er á öndverðum meiði og vísar til þess að um samfellda brotastarfsemi hafi verið að ræða sem ekki hafi lokið fyrir en eftir gildistöku laganna og hafi fyrning brotsins ekki hafist fyrir 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 fyrir en í desember 2001 og verður í samræmi við almennar reglur að leggja til grundvallar að fyrning á broti stefnanda hafi ekki hafist fyrir en þá. Um þá fyrningu fer eftir fyrir mælum 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 450 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 samkeppnisyfírvöldum.

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 samkeppnisyfirvalda eftir því sem þeir telja rétt en eru hins vegar ekki bundnir við þá afstöðu ef gögn málsins leiða til annars. Samkvæmt þessu getur 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 samkeppnisyfirvalda laut að fjölda alvarlegra samkeppnisbrota stefnanda og samstarfsaðila hans á olíumarkaði. Með þessum brotum, sem framin voru kerfisbundið yfir langt tímabil eða frá 1993 til desember 2001, misnotuðu stefnandi og samstarfsaðilar hans sér nálega 100% hlutdeild þeirra á mörkuðum fyrir eldsneyti og olíuvörur með því að stilla saman strengi um verð á þessum vörum, skipta upp mörkuðunum og eiga samvinnu um gerð tilboða, líkt og ítarlega er reifað í ákvörðun samkeppnisráðs og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Dómurinn telur hafið yfir allan vafa að markmið stefnanda og samstarfsaðila hans var að skapa sér ávinning og um leið hlaut þeim að vera ljóst að háttsemi þeirra var til þess fallin að valda viðskiptavinum þeirra tjóni, sbr. til hliðsjónar dóma Hæstaréttar 7. febrúar 2008 í málum nr. 142/2007 og 143/2007, dóm Hæstaréttar 30. apríl 2008 í máli nr. 309/2007 og dóm réttarins 6. maí 2010 í máli nr. 244/2009. Er þá meðal annars litið til þess að við þátttöku í ýmsum útboðum á eldsneyti og olíuvörum skilgreindu stefnandi og samstarfsaðilar hans sjálfir þann hagnað sem þeir töldu sig öðlast með samráði og ákváðu tiltekna skiptingu hans sín á milli.

Ekki er í lögskýringargögnum vikið að því hvernig beri að skilja hugtakið ábata af broti í 52. gr. eins og ákvæðið hljóðaði við setningu laga nr. 8/1993. Dómurinn tekur undir með samkeppnisyfirvöldum 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.

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

Eins og rakið hefur verið báru samkeppnisyrvöld einingaframlegð af sölu á fljóttandi eldsneyti á tímabilinu 1996 til 2001 saman við meðaltal einingaframlegðar sömu viðskipta á árunum 1993 til 1995 á verðlagi ársins 2001. Rannsókn samkeppnisyrvalda 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 samkeppnisyrvöld beittu til að meta þróun einingaframlegðar á samráðstímanum hafi verið til þess fallinn að varpa ljósi á ávinning olíufélaganna af því samráði sem rannsókn samkeppnisyrvalda 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 vörflokkum. Auk þess er á það fallist að í kortaafsláttum felist útgjöld sem miða að því að kaupa tryggð viðskiptavinarins, en fyrirtæki leggja einungis í slík útgjöld ef þau telja sig hafa hag af því. Því er ekki rétt að taka tillit til slíkra kortaafslátta, eins og rökstutt er í framangreindri yfirmatsgerð. Þá liggur ekki fyrir að breytingar

á reikningsskilum stefnanda milli tímabilanna, sem ekki hafi verið tekið tillit til í niðurstöðu samkeppnisráðs, hnekki í meginatriðum þeim vísbendingum sem samanburðurinn gefur til kynna. Þá tekur dómurinn undir þann varnagla sem kemur fram í undirmatsgerð 3. janúar 2007 þess efnis að skýringarbreytur við útreikning á ávinningi geti verið innbyrðis háðar sem kann að leiða til ofmats á áhrifum þeirra.

Niðurstaða framangreinds samanburðar leiddi í ljós að samanlagður ávinningur stefnanda af samráði um verð á fljótandi eldsneyti á tímabilinu 1996 til 2001 hafi numið 1.654 milljónum 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 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.

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 lágri 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 samkeppnisyrivalda 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 gert að greiða í ríkissjóð. Þær matsgerðir sem stefnandi hefur aflað og hann vísar til í málalíbúnaði sínum hnekkja ekki þeirri niðurstöðu.

Samkvæmt framansögðu sýndu samkeppnisyrivöld 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 samkeppnisyrivalda 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 14.226 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. Sekt að fjárhæð 450 milljónir króna, sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála gerði stefnanda að greiða í ríkissjóð, var því töluvert 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 samkeppnisyfirvalda um að olíufélagin 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 sekt hans í ríkissjóð. Að virtu edli 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 áður tilvitnaðrar 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 samkeppnisyfirvöld hafi talið að samráð þeirra um þessi viðskipti væru hluti af brotlegri 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.

Þegar á allt framangreint er litið telur dómurinn að sekt að fjárhæð 450 milljónir króna, sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála ákvað að stefnanda bæri að greiða í ríkissjóð, sé í hóf stillt í ljósi umfangs samráðsins og þátttöku stefnanda í

Því, sem og ávinnings hans af brotinu og þess samfélagslega skaða sem það hefur valdið. Sú málsástæða stefnanda að olúfélögin hafi sett ólögmati mismunun við ákvörðun sekta með vísan til annarra, eldri úrlausna samkeppnisfirvalda er haldlaus þegar af þeirri ástæðu að þar lágu ekki fyrir gögn 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 samkeppnisfirvalda um það atriði, telur dómurinn ekki fram komið að brotið hafi verið gegn jafnræðisreglu eða meðalhófsreglu með því að veita öðrum þátttakendum í samráðinu afslátt af sektum meðan stefnandi naut ekki slíks afsláttar.

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, Skeljungs hf.

Stefnandi greiði stefndu óskipt 1.500.000 krónur í málskostnað.

Ásmundur Helgason (sign.)

Skúli Magnússon (sign.)

Úlf Viðar Níelsson (sign.)